

RAPPORT DE LA
REPRÉSENTANTE MINISTÉRIELLE
SUR LES QUESTIONS LIÉES AUX
BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX
DANS LES RÉSERVES

Présenté par
WENDY GRANT-JOHN

Le 9 mars 2007





L'honorable James Prentice, P.C., député
Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien
10, rue Wellington
Gatineau (Québec)
K1S 0H4

Le 9 mars 2007

Monsieur le Ministre,

J'ai le plaisir de déposer mon rapport final sur le processus de consultation et de discussion qui vient de s'achever sur les questions relatives aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Depuis le 20 juin de l'année dernière, j'ai eu l'honneur de mener des discussions avec des représentants et des membres des collectivités des Premières nations sur cette question de première importance.

De nombreuses discussions de fond ont jeté quelque lumière sur les complications associées à la lacune juridique qui règne actuellement en matière de protection des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves et sur les conséquences concrètes qu'elle entraîne pour les conjoints. Ce processus a permis d'examiner le contexte juridique général formé par les questions liées aux droits ancestraux et aux droits issus des traités, les droits de la personne, le régime foncier et l'administration de la justice. Mes recommandations s'appuient dans une large part sur le contexte juridique, social et culturel dans lequel les questions relatives aux biens immobiliers matrimoniaux sont vécues par les familles des Premières nations et, en particulier, les femmes. Un point non moins important est que les discussions tenues tout au long du processus ont permis, à mon sens, de mieux comprendre bon nombre des conséquences de l'arrêt *Haida* en matière de consultation.

Bien qu'il n'ait pas été possible d'atteindre un consensus sur les mesures législatives et non législatives les plus viables, j'estime que ces discussions ont jeté un pont permettant d'espérer une meilleure compréhension et la réconciliation des parties sur ces questions et d'autres enjeux de grande importance pour les peuples des Premières nations. Un pas a été franchi. Je vous souhaite la meilleure des chances dans tous les efforts que vous déploierez pour mener cette démarche encore plus loin.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de ma considération la meilleure.



Wendy Grant-John

**Office of the Ministerial
Representative /**

**Bureau de la représentante
ministérielle**

155 Queen Street
Suite 1106
Ottawa, Ontario
K1A 0H4

Phone: (613) 944-9321
Fax: (613) 944-9326
Web site: <http://www.ainc-inac.gc.ca/wige/mrp>

155, rue Queen
Pièce 1106
Ottawa, Ontario
K1A 0H4

Tél. : 613-944-9321
Télééc. : 613-944-9326
Site web : http://www.ainc-inac.gc.ca/wige/mrp/cont_f.html



Table des matières

Sommaire exécutif	1
I. Introduction	5
II. Thèmes	11
Aperçu des principaux thèmes	11
Reconcilier les droits, les intérêts et les mandats	14
III. Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves : contexte et concepts	17
Qu'est-ce qu'un « bien immobilier matrimonial »?	17
Fonctions de la loi sur les biens matrimoniaux	17
Question de compétence découlant de la lacune juridique concernant les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves	18
Reconnaître et respecter les traditions juridiques autochtones	19
Mesurer l'écart dans l'accès aux droits immobiliers matrimoniaux dans les réserves..	20
La relation entre les droits collectifs et les droits individuels.....	21
Les obstacles aux changements et la nécessité d'un cadre stratégique pour la réconciliation	24
IV. Le contexte juridique et social des ententes relatives à la propriété foncière et au logement dans les réserves	28
Caractéristiques juridiques uniques des droits collectifs des Premières nations sur les terres de réserve.....	29
Diversité et unicité des droits individuels sur les terres de réserve	34
Tableau 1 : Droits individuels sur les terres de réserve des membres d'une bande en vertu de la <i>Loi sur les Indiens</i>	35
Tableau 2 : Droits individuels sur les terres générales de la bande	37
V. Enjeux des consultations	40
Questions de processus à la suite de la soumission du rapport.....	44
La nécessité d'une politique fédérale en matière de consultation	48
VI. Résumé des solutions proposées durant le processus	52
Affaires indiennes et du Nord Canada	52
Association des femmes autochtones du Canada	54
Assemblée des Premières nations.....	57
VII. Conclusions et recommandations	59
Leçons à retenir : réussites et obstacles au progrès dans le processus lié aux biens immobiliers matrimoniaux	59
Éléments et principes pour une réponse législative viable	63
Cadre législatif proposé.....	65
Assurer la protection des droits de la personne.....	78
Liens avec les testaments et les successions.....	78
Recommandations non législatives.....	79
Prochaines étapes.....	82
VIII. Résumé des conclusions et des recommandations	84



Sommaire exécutif

RAPPORT DE LA REPRÉSENTANTE MINISTÉRIELLE SUR LES QUESTIONS LIÉES AUX BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX DANS LES RÉSERVES

Le 9 mars 2007

Le présent rapport sur les questions liées aux biens matrimoniaux dans les réserves a été présenté au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien par Wendy Grant-John, représentante ministérielle. On y décrit les résultats d'un processus de consultation en trois phases qui a pris fin en février 2007. L'objectif premier de ce processus était de recommander au ministre une option législative viable sur la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Le processus devait répondre aux principes de l'arrêt *Haida* en matière de consultation.

La représentante ministérielle avait pour mandat d'agir comme partie neutre et d'aider Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC), l'Assemblée des Premières Nations (APN) et l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) à examiner différentes options relatives à la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Conformément à son mandat, qui prévoyait la formulation d'une recommandation si les parties ne parvenaient pas à un consensus, la représentante ministérielle présente ses recommandations à la lumière des discussions.

Le rapport expose le contexte historique et actuel des questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves et livre un aperçu de la dynamique des processus de modification antérieurs de la *Loi sur les Indiens* et des leçons à retenir de cette expérience. Le rapport explique pourquoi il est urgent de prendre des mesures quant aux questions relatives aux biens immobiliers matrimoniaux, comme en témoignent différents rapports déposés par les comités parlementaires et huit rapports des Nations Unies en matière de droits de la personne.

Le rapport aborde 14 grands thèmes issus des discussions tenues dans le cadre du processus.

Des conclusions générales y sont présentées. On indique que certaines Premières nations ont dit douter de la nécessité d'agir maintenant, surtout au moyen du processus législatif fédéral. La question est généralement perçue comme un enjeu important, qui touche le bien-être d'un grand nombre d'hommes, de femmes et d'enfants des Premières nations. Les peuples des Premières nations s'attendent sans réserve à ce que soit reconnu leur pouvoir législatif en matière de biens immobiliers matrimoniaux. Certaines Premières nations voient aussi l'utilité d'appliquer des règlements fédéraux provisoires apportant une protection immédiate dans les situations de crise.

Selon le rapport, outre une loi détaillée relative aux biens immobiliers matrimoniaux reconnaissant la compétence des Premières nations, d'autres préalables sont nécessaires à la jouissance des droits relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux, comme l'accès au système juridique et à des régimes fonciers adaptés aux gens qu'ils servent. Le rapport signale l'urgence d'appliquer des mesures à court terme pour combler les besoins en matière de règlement des litiges et régler les problèmes d'application des ordonnances et des lois des Premières nations.

Certains aspects des lois provinciales s'appliquent aux réserves. Or, les provinces et les territoires présentent une grande diversité dans le traitement de certaines questions de fond essentielles, comme les conjoints de fait et les conjoints de même sexe. L'interdépendance des lois fédérales, des lois provinciales et des lois des Premières nations pose des problèmes d'harmonisation dans les réserves.

Le pouvoir législatif en matière de biens immobiliers matrimoniaux est vu comme un aspect de l'autorité inhérente des Premières nations et de leurs droits issus des traités concernant la relation à la terre et à la famille. Les peuples des Premières nations attendent du gouvernement fédéral qu'il respecte pleinement son rôle fiduciaire au regard de leurs droits fonciers, ancestraux et issus de traités. De plus, ils s'attendent à ce que l'État assume pleinement ses obligations de consulter associées à ces droits. Le rapport décrit plusieurs questions relatives aux consultations qui se sont posées au cours du processus, y compris la question de savoir s'il y a obligation de consulter. Des recommandations y sont formulées en conséquence, notamment celle d'établir une politique fédérale sur les consultations, conformément à l'arrêt *Haida*, ainsi que d'autres mesures opérationnelles et administratives.

Le taux de rupture chez les conjoints mariés et les conjoints de fait vivant dans les réserves est comparable à celui de la population hors réserve. L'absence de protection en matière de biens immobiliers matrimoniaux s'est toutefois fait sentir davantage chez les femmes des Premières nations que chez les hommes, en raison des rôles sociaux actuels et des conséquences des anciennes dispositions discriminatoires de la *Loi sur les Indiens*, qui excluait les femmes des Premières nations de la gouvernance et des biens immobiliers. Les problèmes de violence familiale sont liés à la question des biens immobiliers matrimoniaux.

La protection des intérêts des enfants est une préoccupation essentielle. Pour la plupart des peuples des Premières nations, il faut placer les intérêts des enfants avant ceux des conjoints et protéger les intérêts des Premières nations sur les terres des réserves. Au-delà de cette position générale, les valeurs, les lois et les pratiques varient d'une Première nation à l'autre quant au rôle des droits individuels sur les terres des réserves. Le rapport analyse des décisions judiciaires relatives aux droits collectifs des Premières nations sur les terres de réserve.

La particularité et la diversité des droits dans les ententes sur les terres et le logement dans les réserves sont expliquées en détail, tant au regard des droits collectifs que des droits individuels.

Outre l'application restreinte des lois provinciales d'application générale, d'autres facteurs expliquent le manque actuel de protection des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. En effet, aucune loi fédérale n'aborde cette question, et la compétence des Premières nations au regard des biens immobiliers matrimoniaux n'est pas reconnue par le gouvernement fédéral.

La norme appliquée par le gouvernement fédéral dans sa recherche d'un moyen de combler cette lacune juridique est celle prévue par la législation hors des réserves, alors que, pour les Premières nations, la norme pertinente est la reconnaissance de la validité de leurs valeurs et de leurs traditions au regard de la terre et de la famille. La question est de savoir si tous les recours de type provincial peuvent s'appliquer aux régimes fonciers propres aux collectivités assujetties à la *Loi sur les Indiens* et si de nouvelles approches et de nouveaux recours pourraient être plus efficaces.

Les discussions ont révélé une très nette préférence pour la reconnaissance de la compétence des Premières nations comme moyen de combler la lacune juridique et une intervention minimale des lois fédérales ainsi qu'une opposition quasi unanime à l'application des lois provinciales (par leur incorporation à une loi fédérale) pour régler la question.

Il est apparu très clairement dès le début du processus que les options 1 et 2 du gouvernement fédéral énoncées dans les documents de consultation d'AINC étaient jugées inacceptables par les peuples des Premières nations. Ces options prévoyant l'intégration complète des lois provinciales d'application générale étaient vues comme des atteintes injustifiées aux droits ancestraux et aux droits issus des traités. On a aussi estimé qu'elles posaient trop de difficultés pratiques en termes d'harmonisation et d'incompatibilité des lois. Une troisième option proposée par le gouvernement fédéral comportait une forme de reconnaissance de la compétence des Premières nations par le Parlement fédéral. Cependant, le processus de consultation n'a pas établi clairement si la troisième option était ouverte à la reconnaissance des pouvoirs législatifs inhérents ou préexistants plutôt que des pouvoirs délégués. Le message des peuples des Premières nations a été clair sur ce point. Les pouvoirs délégués ne seraient pas acceptables, et les Premières nations cherchent à obtenir une reconnaissance claire de leurs

compétences. On peut conclure qu'une option 3 modifiée ou une solution de rechange à cette option sont les seules possibilités viables pour diverses raisons. Les participants aux discussions tenues tant par l'APN que par l'AFAC ont déclaré que les membres des Premières nations souhaitaient que la loi sur les biens immobiliers matrimoniaux incorpore les points de vue des Premières nations sur la terre et la famille.

La principale recommandation de la représentante ministérielle concernant l'option législative est un modèle de compétence concurrente dans lequel la compétence des Premières nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux, y compris le règlement des litiges, serait immédiatement reconnue et aurait prépondérance en cas d'incompatibilité avec les lois fédérales ou provinciales. De plus, avant que les Premières nations puissent exercer leur compétence, des règlements fédéraux provisoires fourniraient diverses protections : interdiction de vente ou de cession de droits sur la maison familiale sans le consentement des conjoints, ordonnances d'exclusion, ordonnances de possession exclusive provisoire, ordonnances d'indemnisation pour la valeur de la maison seulement à titre de plus-value, ordonnances d'indemnisation selon le modèle de l'arrêt *Derrickson*, ordonnances de nouveaux recours fondés sur les pratiques et les traditions juridiques des Premières nations. Un grand nombre d'options non législatives proposées au cours du processus sont énumérées.

Le rapport énonce diverses questions essentielles à la mise au point d'un régime détaillé en matière de biens immobiliers matrimoniaux, qui ne peuvent être englobées par une seule initiative sectorielle : questions touchant la gestion des terres, les registres fonciers, les testaments et les successions, l'administration de la justice, l'autonomie gouvernementale, le statut des membres des Premières nations, la garde des enfants et les pensions alimentaires. La viabilité et l'efficacité du cadre législatif, quel qu'il soit, dépendront aussi de la disponibilité des ressources financières nécessaires à la mise en œuvre de mesures non législatives, comme des programmes relatifs aux registres fonciers, des programmes de médiation et d'autres programmes de nature judiciaire, des mécanismes locaux de règlement des litiges, des programmes de prévention de la violence familiale, un fonds d'indemnisation de prêts au conjoint et une augmentation des ressources financières permettant aux collectivités des Premières nations de gérer leurs terres. Sans ces mesures de soutien du gouvernement fédéral, les protections en matière de biens immobiliers matrimoniaux demeureront tout simplement inaccessibles à la grande majorité des peuples des Premières nations.

La représentante ministérielle recommande des mesures appuyant l'objectif global de réconciliation de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle recommande l'adoption d'un cadre stratégique détaillé permettant de gérer le processus de changement, basé sur deux principes fondamentaux :

- 1) les politiques et les initiatives législatives fédérales doivent se fonder sur la reconnaissance de la compétence des Premières nations et le respect des droits ancestraux et des droits issus des traités;
- 2) le gouvernement fédéral et les gouvernements des Premières nations ont l'obligation de respecter et de mettre en œuvre les valeurs reconnues mondialement en matière de droits de la personne.

Le rapport recommande des mesures de collaboration avec les organismes des Premières nations à la suite du rapport et l'évaluation de toute proposition législative pouvant faire suite à la décision du gouvernement.

I. Introduction

- 1 Le 20 juin 2006, vous avez annoncé, à titre de ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, le lancement d'un processus en trois phases visant à examiner les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Les trois phases de ce processus sont les suivantes : la phase de planification, entreprise en juin 2006, la phase des consultations, lancée en septembre 2006, et la phase de la recherche d'un consensus, commencée en février 2007. Ce processus a pour but de mener à l'élaboration d'une recommandation sur le contenu d'une loi sur les biens immobiliers matrimoniaux, recommandation qui a été préparée à votre intention et qui vous sera présentée d'ici la fin de mars 2007.
- 2 Ma nomination à titre de représentante ministérielle a également été annoncée le 20 juin 2006. Mon rôle consistait à agir comme partie neutre, ainsi qu'à aider et à conseiller les trois parties — le ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC), l'Assemblée des Premières nations (APN) et l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) — dans leur examen des options possibles afin de régler les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Mon mandat visait également à faciliter les discussions entre les trois parties, à assurer la médiation et à préparer un rapport final à votre intention sur les résultats des processus de consultations et de recherche d'un consensus. Le but ultime de ce processus en trois phases était d'explorer la possibilité d'élaborer conjointement des options législatives et non législatives pour régler les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. De plus, le processus avait pour but d'assurer la conformité aux décisions dans l'arrêt *Haida*. Dans l'éventualité où les trois parties seraient incapables d'en arriver à un consensus, on m'a demandé de formuler une recommandation qui constituerait une réponse législative viable à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux. Vous trouverez à l'Annexe A une description de mon mandat. La présentation de ce rapport marque la fin de mon mandat en tant que représentante ministérielle. Comme les parties n'ont pas été en mesure d'atteindre un consensus, le cœur de ce rapport reflète ce que j'ai entendu tout au long des trois phases de ce processus sur les biens immobiliers matrimoniaux et appuie la recommandation que je formule au chapitre 7.
- 3 Le processus comportait des activités parallèles et conjointes menées par Affaires indiennes et du Nord Canada, l'Assemblée des Premières nations et l'Association des femmes autochtones du Canada visant à faire participer les membres des Premières nations aux discussions sur les mesures qu'il faudrait prendre pour régler les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Outre mon rapport, chacune des organisations participantes mentionnées ci-dessus a préparé un rapport sur ses activités et ses points de vue (voir Annexe B).
- 4 Au cours des séances de consultation et de dialogue, plusieurs membres des Premières nations ont demandé ce qui avait poussé le gouvernement à entreprendre ce processus. Plusieurs ont également demandé pourquoi on avait accordé une telle priorité à la question des biens immobiliers matrimoniaux et pourquoi elle était devenue un domaine susceptible de faire l'objet d'une loi, étant donné les nombreuses autres questions non résolues, d'ordre politique et juridique, ayant une incidence sur le bien-être des Premières nations d'un bout à l'autre du pays. Il s'agit là de questions importantes, et mon rapport présente un historique des événements (voir Annexe C) qui ont mené au lancement de ce processus. Cet aperçu expliquera le sentiment, que plusieurs personnes ressentent actuellement, à savoir qu'il est urgent d'agir dans le dossier des biens immobiliers matrimoniaux et de reconnaître les compétences des Premières nations, conformément à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Plus récemment, on trouve de nombreux rapports de comités parlementaires¹ et huit rapports des Nations Unies sur les droits de la personne, dans lesquels on

1 Voir par exemple, Canada, Comité sénatorial permanent des droits de la personne, Un toit précaire : les biens matrimoniaux situés dans les réserves, rapport provisoire du Comité sénatorial permanent des droits de la personne, 2^e session, 37^e législature, 4 novembre 2003; Canada, Comité sénatorial permanent des droits de la personne, Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves : toujours en attente, 4^e rapport, 1^{re} session, 38^e législature, 14 décembre 2004; Canada, Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord, Pour résoudre ensemble la question du partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, 5^e rapport, 1^{re} session, 38^e législature, 8 juin 2005; Canada, Comité permanent de la condition féminine, 7^e rapport, 1^{re} session, 39^e législature, juin 2006.

demande que des mesures soient prises relativement à la question des biens immobiliers matrimoniaux².

- 5 Il est bon également de souligner que des organismes des Nations Unies œuvrant pour les droits de la personne ont exprimé des préoccupations concernant le respect du Canada des droits de la personne relativement aux peuples autochtones, dans des domaines autres que les biens immobiliers matrimoniaux. Dans plusieurs de ces rapports, on demande que des mesures soient prises pour la mise en œuvre des recommandations formulées par la Commission royale sur les peuples autochtones, en particulier les recommandations voulant qu'on élabore de nouvelles lois relatives aux droits autochtones³. Plus récemment, le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale a manifesté des préoccupations à l'égard de divers sujets, dont les biens immobiliers matrimoniaux, la question de l'accès à la justice pour les peuples autochtones, le statut d'Indien et l'appartenance à la bande, la violence contre les femmes autochtones, le défaut de mettre en œuvre les recommandations de la Commission royale sur les peuples autochtones, les litiges et les négociations concernant les droits ancestraux sur les terres, y compris la nécessité de négocier fondée sur la reconnaissance et la réconciliation. Le Comité a accueilli favorablement la proposition d'abroger l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, mais a noté que l'abrogation en soi ne garantit pas la jouissance, pour les Autochtones qui vivent dans les réserves, du droit d'accès à des recours efficaces. Le Comité a recommandé que le Canada appuie l'adoption immédiate de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et ratifie la Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur les peuples indigènes et tribaux, n° 169⁴.
- 6 Plusieurs aspects de l'histoire et du contexte qui sous-tendent les questions liées aux droits immobiliers matrimoniaux exigent des explications — le rôle et la fonction du régime foncier prévu par la *Loi sur les Indiens*, la complexité des initiatives visant à modifier la *Loi sur les Indiens*, l'histoire de la politique et de la législation fédérales ayant une incidence négative sur les femmes des Premières nations et la politique fédérale en ce qui a trait à la reconnaissance des droits des Premières nations protégés en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il importe également de prendre en compte le fait que les droits des Premières nations en vertu de l'article 35 sont reconnus et confirmés, mais que la compétence des Premières nations, dans des domaines comme les biens immobiliers matrimoniaux, n'est pas encore pleinement affirmée. Il est essentiel de bien comprendre tous ces aspects si l'on veut élaborer une solution législative viable aux questions liées aux droits immobiliers matrimoniaux dans les réserves.
- 7 Bien que certains membres des Premières nations aient exprimé des doutes quant à la nécessité d'agir à ce moment-ci par rapport à la question des droits immobiliers matrimoniaux, notamment au moyen d'une loi fédérale, presque tous ont reconnu que cette question est importante, car elle

² Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : Canada*, 01/11/2002, doc. de l'ONU A/57/18, 11 novembre 2002, par. 332; Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales du troisième rapport périodique du Canada*, doc. de l'ONU E/C.12/1/Add.31, 4 décembre 1998, par. 29 et 47; Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Consideration of reports of States parties, Canada*, CEDAW/C/2003/1/CRP.3/Add.5/Rev.1, 31 janvier 2003, par. 37; Nations Unies, *Rapport du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, Rodolfo Stavenhagen, doc. de l'ONU E/CN.4/2005/88/Add.3, par. 112 (version révisée inédite), 2 décembre 2004; Nations Unies, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, 02/11/2005, doc. de l'ONU CCPR/C/CAN/CO/5, par. 22; Programme des Nations unies pour les établissements humains, *Indigenous Peoples' Right to Adequate Housing: A Global Overview*, United Nations Housing Rights Programme, rapport n° 7, Nairobi, 2005, p. 24, 29, 88-90; Nations Unies, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, doc. de l'ONU, E/C.12/CAN/CO/5/CRP.1, 1-19 mai 2006, sous-par. 11 d), 17 et 45; Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Consideration of Reports Submitted by State Parties under Article 9 of the Convention*, doc. de l'ONU CERD/C/CAN/CO/18, Advance Unedited Version, mars 2007, par. 15.

³ Rapport du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, Rodolfo Stavenhagen, doc. de l'ONU E/CN.4/2005/88/Add.3, par. 97; *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : Canada*, 01/11/2002, doc. de l'ONU A/57/18, par. 329; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Conclusions du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Canada)*, doc. de l'ONU E/C.12/1/Add.31, 4 décembre 1998, par. 8.

⁴ Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Consideration of Reports Submitted by State Parties under Article 9 of the Convention*, doc. de l'ONU CERD/C/CAN/CO/18, Advance Unedited Version, mars 2007.

touche le bien-être de plusieurs hommes, femmes et enfants des Premières nations. À cet égard, les participants des Premières nations à ce processus s'attendent tous à une reconnaissance du pouvoir législatif des Premières nations relativement aux biens matrimoniaux. Certains membres des Premières nations estiment également qu'il serait utile que le gouvernement adopte des règlements intérimaires afin d'offrir une protection provisoire immédiate pour les situations d'urgence.

- 8 Il est bon de souligner cependant que les points de vue exprimés par les participants au cours des séances organisées par l'APN ne peuvent être interprétés autrement qu'en tant que points de vues individuels exprimés dans le cadre d'un dialogue, étant donné que les participants aux séances de l'APN ne détenaient pas le mandat nécessaire pour lier leurs Premières nations, pour les raisons suivantes énoncées dans le rapport de l'Assemblée des Premières nations :

« Sans exception, tous les participants ont estimé que ces séances étaient structurées aux fins d'information seulement et ne constituaient pas une tribune de consultation avec le gouvernement du Canada ou le ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada. Les participants ont clairement exprimé leurs hésitations et leurs préoccupations à l'égard de la pratique du gouvernement d'interpréter tout dialogue avec les membres des Premières nations, dans le cadre de consultations, dans le but d'aller de l'avant avec le programme législatif énoncé. En outre, les dirigeants des Premières nations présents aux séances ont adopté la position selon laquelle toute décision concernant des options législatives ou non législatives exigerait l'obtention de commentaires de leurs collectivités. Ils ont déclaré de pas pouvoir lier leurs collectivités sans discuter davantage avec elles. [Traduction libre]

- 9 Le pouvoir législatif touchant les biens immobiliers matrimoniaux est vu comme un aspect du droit inhérent des Premières nations et des droits issus des traités sur les terres et les relations familiales. Les membres des Premières nations s'attendent à ce que la Couronne respecte entièrement ses obligations fiduciaires relativement aux terres des Premières nations, ainsi qu'aux droits ancestraux et aux droits issus des traités. De plus, ils s'attendent à ce que la Couronne s'acquitte entièrement de son obligation de consulter découlant de tels droits. Les questions liées à l'obligation de la Couronne de consulter sont, bien entendu, intimement liées au pouvoir de la Couronne de légiférer et à ses obligations de protéger les droits ancestraux et issus des traités.
- 10 La loi sur les biens matrimoniaux vise à fournir des conseils pour résoudre les conflits en matière de cession des biens. Les questions liées aux droits immobiliers matrimoniaux touchent les droits des hommes, des femmes et des enfants. Par conséquent, les membres des Premières nations s'inquiètent face à toute réponse législative et non législative qui pourrait promouvoir la cohésion sociale, tout en fournissant un traitement juste et équitable aux conjoints. Les membres des Premières nations ne souhaitent pas que qu'une loi fédérale vienne diviser de nouveau les membres des collectivités. Ils estiment que cela pourrait se produire si le gouvernement fédéral agit d'une façon qui renforcerait les anciens stéréotypes, par exemple que tous les gouvernements des Premières nations s'opposent à la protection des droits humains individuels ou que la question des biens immobiliers matrimoniaux est une question qui touche les « femmes ». Il est important de comprendre que lorsqu'on dit que la question des « biens matrimoniaux » n'en est pas une qui touche les « femmes », cela ne veut pas dire que l'on nie le fait que cette question a une incidence particulière sur les femmes des Premières nations. Cela signifie plutôt que cette question touche la collectivité entière, et que ce sont les collectivités qui doivent trouver des solutions.
- 11 Les Premières nations prennent actuellement des mesures pour surmonter le problème de la longue exclusion des femmes des Premières nations de la gouvernance, en raison des diverses conséquences discriminatoires de la *Loi sur les Indiens*. Parmi ces mesures, notons le retour à leurs traditions, lesquelles reconnaissent une place égale aux femmes dans la gouvernance, de diverses façons. Les taux actuels de participation des femmes des Premières nations dans des postes de chef et de conseiller sont, à tout le moins, comparables à ceux que l'on retrouve chez les députés de

la Chambre des communes. En novembre 2006, Affaires indiennes et du Nord Canada rendait publiques les statistiques suivantes⁵ :

Femmes chefs : 109
Hommes chefs : 480
Total : femmes et hommes chefs : 589

Femmes conseillères : 751
Hommes conseillers : 1 839
Total : femmes et hommes conseillers : 2 590

Le nombre total de femmes à des postes de chef ou de conseiller se situe à 860, selon les chiffres cités ci-dessus, ou à 27,05 % du nombre total de chefs et de conseillers, qui s'élève à 3 179. Ce taux est plus élevé que celui des femmes qui siègent à la Chambre des communes, qui est de 64 pour 376 députés ou 20,91 %⁶. Rappelons-nous que les femmes des Premières nations n'ont obtenu le droit de voter aux élections du conseil de bande qu'en 1951, car cela nous aide à replacer dans le contexte ce qui a été répété trop souvent au sujet des conseils de bandes et des organisations des Premières nations, c'est-à-dire qu'ils étaient à prédominance masculine. Il reste encore beaucoup de travail à faire, mais la question de la participation des femmes à des postes de dirigeant est en fait une question que l'on retrouve dans toute la société. De plus, la source de problèmes dans les sociétés des Premières nations réside principalement dans l'imposition de la *Loi sur les Indiens* et non pas les traditions culturelles, juridiques ou de gouvernance des Premières nations.

- 12 Il est apparu évident, à l'issue des discussions tenues, que les Premières nations sont déterminées à éviter toute répétition de l'histoire, soit l'imposition d'une loi fédérale, même si celle-ci n'a pas pour but leur assimilation, car cela a trop souvent engendré des conséquences négatives imprévues. Dans presque toutes les rencontres qui ont eu lieu sur les biens immobiliers matrimoniaux, ont été citées comme exemples de cette expérience les modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens* concernant le statut d'Indien et l'appartenance à la bande.
- 13 La loi sur les biens immobiliers matrimoniaux pourrait avoir une incidence fondamentale sur la vie des gens. De réelles inquiétudes ont été exprimées face à la hâte avec laquelle ont été tenues les rencontres, ce qui a été vu par plusieurs comme des échéances arbitraires et déterminées par le gouvernement pour élaborer la loi, étant donné la complexité du sujet et le fait que les questions d'harmonisation et de conflits de lois entre les gouvernements fédéral, provinciaux et des Premières nations seront nombreuses et complexes. Les membres des Premières nations craignent que tout cela aboutisse à des résultats négatifs inattendus. Ils affirment que ce seront eux qui devront en subir les conséquences et non les législateurs ou les rédacteurs de la loi.
- 14 En résumé, les bonnes intentions et la bonne volonté ne sont pas suffisantes pour assurer de bons résultats. Une bonne rédaction de la loi, fondée sur la meilleure information possible et une attention soutenue sont essentielles pour respecter les obligations de la Couronne en ce qui concerne la protection des droits de la personne et la protection des droits ancestraux et issus des traités.
- 15 Le *Recensement de 2001* a permis de recueillir des renseignements sur les unions légitimes et les unions de fait de tous les répondants en date du 16 mai 2001. Ces données révèlent que les taux de rupture de mariage, tant pour les couples mariés que pour les couples en union de fait dans les réserves, sont comparables aux taux que l'on retrouve dans la population en général.
- 16 La population au Canada hors des réserves compte un taux de rupture de mariage de l'ordre de 16,1 %, ce qui est d'environ 2 % inférieur au pourcentage général dans les réserves. Bien qu'une différence de 1,9 % existe entre la proportion des ruptures de mariage chez la population hors réserve et la population autochtone dans les réserves, la différence dans les proportions est

⁵ Signalées dans un courriel de la Direction de l'administration des bandes, Services fonciers et fiduciaires en novembre 2006.

⁶ Vous pouvez obtenir cette information dans le site Web du Parlement à <http://www.parl.gc.ca>.

semblable entre le total de la population hors réserve et les Indiens inscrits et les membres des bandes dans les réserves. Les Indiens inscrits (c'est-à-dire les Indiens qui ont le statut d'Indien) et les membres des bandes présentent des taux de rupture de mariage de 18,1 %, ce qui est comparable à la population autochtone totale dans les réserves. Dans chacune de ces catégories, la proportion de rupture de mariage chez la population canadienne en général est de 2 % inférieure à celle de la population autochtone totale, la population des Indiens inscrits ou la population des membres des bandes.

- 17** Les conséquences de l'absence de protections à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux ne sont pas nécessairement les mêmes pour les hommes que pour les femmes. Ce sont bien plus souvent les femmes des Premières nations, et non les hommes, qui s'occupent des enfants mineurs. Ainsi, les femmes et les enfants des Premières nations sont particulièrement vulnérables à cette absence de protections à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux. Les données provenant du *Recensement de 2001* indiquent que la population des Indiens inscrits dans les réserves est encore une population beaucoup moins âgée que celle des Non-Autochtones hors des réserves. Cela signifie que, dans l'ensemble, les Premières nations sont responsables de l'éducation d'un plus grand nombre d'enfants par famille que les Non-Autochtones au Canada⁷. Les données du *Recensement de 2001* révèlent également qu'une proportion beaucoup plus élevée d'Indiennes inscrites dans les réserves effectuent des travaux ménagers non rémunérés, y compris l'éducation des enfants, comparativement aux Indiens inscrits dans les réserves⁸. De plus, le nombre d'heures que les Indiennes inscrites dans les réserves consacrent à cette activité est beaucoup plus élevé, en moyenne, que le nombre d'heures qu'y consacrent les Indiens inscrits dans les réserves. Le taux et le nombre d'heures que consacrent les Indiennes inscrites dans les réserves à ce type de responsabilités sont beaucoup plus élevés que chez les femmes non autochtones au Canada, dans l'ensemble. L'absence de protections à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux en ce qui concerne la maison familiale peut avoir des conséquences particulièrement négatives en raison des besoins des gens qui ont la charge principale des enfants et la responsabilité de leur offrir un abri et une sécurité.
- 18** En 1999, selon Statistique Canada, 25 % des femmes autochtones et 13 % des hommes autochtones déclaraient avoir été victimes d'actes de violence de la part d'un partenaire actuel ou antérieur au cours des cinq dernières années⁹. Dans certaines collectivités, les taux peuvent atteindre jusqu'à 80 % et même 90 % pour les femmes autochtones. Les femmes et les hommes autochtones, dans des proportions de 37 % et 30 %, respectivement déclarent avoir été victimes de violence psychologique au cours des cinq années antérieures¹⁰. Ces taux élevés signifient non seulement que les conjoints, hommes ou femmes, peuvent avoir besoin d'une aide juridique pour expulser de la maison familiale un partenaire violent et obtenir la possession exclusive de la maison familiale, mais démontrent également la nécessité de mettre en place des programmes et du soutien pour prévenir la violence familiale et composer avec ses conséquences. La question de la violence conjugale est reliée aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux en raison du besoin des victimes de se sentir en sécurité dans leurs propres maisons. Plusieurs provinces ont adopté des lois sur la violence familiale, outre leurs lois sur les biens immobiliers matrimoniaux, pour traiter des besoins spéciaux des victimes et pour ce qui est de la protection et des recours juridiques. Parmi ces mesures, mentionnons les ordonnances pour avoir de nouveau accès à la maison familiale et à son contenu, à l'exclusion du membre de la famille qui a été violent.
- 19** L'absence de protections pour les femmes autochtones dans des situations particulières de rupture de mariage et de violence familiale est liée à l'histoire de la discrimination basée sur le sexe en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Les conséquences de cette longue histoire de discrimination générées par la *Loi sur les Indiens* et d'autres politiques fédérales menant à l'exclusion des femmes des Premières nations de postes de dirigeant, de la propriété foncière et de l'appartenance à une bande se font encore sentir aujourd'hui. Ces inégalités systémiques continues doivent être prises en compte au

⁷ *Ibid.*, p. 36-37.

⁸ *Ibid.*, p. 74-77.

⁹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰ *Ibid.*

moment d'élaborer des solutions aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Nous devons également reconnaître que les gens des Premières nations souhaitent, dans le cadre de cette lutte, recouvrer et utiliser leurs lois et leurs valeurs traditionnelles, de même que les principes des droits humains internationaux.

- 20** Certaines gens des Premières nations remettent en question l'hypothèse de l'existence d'un écart législatif, car ils estiment que la question est traitée dans les lois et les politiques traditionnelles ou autres des Premières nations. Cependant, dans l'ensemble, s'est dégagée une reconnaissance générale, sinon universelle, de la nécessité pour les gouvernements des Premières nations de détenir un pouvoir législatif pour régler les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Pour combler l'écart législatif identifié, on préférerait de beaucoup la reconnaissance de la compétence des Premières nations, un rôle minimal pour la loi fédérale et une opposition presque universelle à l'introduction de lois provinciales (en les intégrant dans une loi fédérale).
- 21** Au centre des préoccupations des Premières nations dans l'élaboration de toute réponse aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux, se trouve la protection des droits des enfants. Pour la plupart des Premières nations, cela signifie accorder la priorité aux droits des enfants avant même les droits des conjoints, et reconnaître les droits et les intérêts des enfants comme un aspect de la loi actuelle sur les biens matrimoniaux, d'une façon bien plus explicite que cela n'est le cas dans les lois hors des réserves.
- 22** Les Premières nations insiste pour dire que si l'on veut assurer les droits des enfants des Premières nations, il faut protéger les droits collectifs des Premières nations sur leurs terres de réserve. Et la raison en est simple : si une nouvelle loi fédérale devait avoir une incidence sur les droits collectifs des Premières nations sur leurs terres d'une façon qui permettrait que soient fragmentées les terres de réserve et qu'elles soient cédées à d'autres personnes, l'avenir des enfants des Premières nations et des générations futures serait compromis dans plusieurs domaines — culturel, social et économique.
- 23** Au-delà de cette position universelle, se trouve toute une gamme de valeurs, de lois et de pratiques chez les Premières nations concernant le rôle des droits individuels sur les terres de réserve.

II. Thèmes

- 24** Il faut écouter bien attentivement ce que les gens des Premières nations nous disent au sujet des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves pour bien les comprendre. Les lois fédérales, les lois provinciales et les lois des Premières nations, les politiques et les pratiques coutumières touchent collectivement les familles des Premières nations dans les réserves ainsi que les maisons dans lesquelles elles vivent, et cela, de diverses façons. Il faut tenir compte de tous ces facteurs au moment d'élaborer une réponse législative viable pour régler la lacune juridique actuelle (c'est-à-dire l'absence d'une loi applicable) en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux dans la plupart des réserves au Canada. C'est un euphémisme d'affirmer qu'il existe une complexité d'intérêts et de droits découlant de l'état actuel des lois fédérales, provinciales et des Premières nations qui touchent les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.
- 25** Le processus de consultation lié aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves a permis de confirmer qu'il existe des gens qui ont besoin de l'aide de leurs gouvernements pour surmonter les moments de crise familiale. Et ce besoin est immédiat. Si les choses sont ainsi, c'est en raison de l'ingérence du gouvernement fédéral dans les valeurs culturelles des Premières nations et d'un manque continu de reconnaissance des traditions juridiques des Premières nations. Par exemple, le fait qu'il y ait davantage de conséquences négatives sur les femmes et les enfants des Premières nations découle non seulement des rôles sociaux actuels des femmes, mais tout aussi important, des conséquences historiques et discriminatoires de la *Loi sur les Indiens*. Le fait de reconnaître la compétence inhérente des Premières nations sur leurs terres et leurs citoyens en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux est une question qu'il faut traiter de façon urgente, si l'on veut assurer l'application et la mise à exécution de lois appropriées au contexte juridique, culturel et social unique des collectivités des Premières nations.

Aperçu des principaux thèmes

- 26** Tout au long des trois phases du processus lié aux biens immobiliers matrimoniaux, plusieurs thèmes clés ont été mis en évidence. Les paragraphes qui suivent présentent un aperçu des principaux thèmes qui ont été portés à mon attention et représentent l'analyse que j'ai réalisée à partir de ce que j'ai entendu en tant qu'acteur neutre. Ces thèmes peuvent nous guider dans l'élaboration d'options législatives et non législatives.
- 27** *Accès à la justice et aux programmes et services connexes*
L'absence actuelle de protections juridiques de base en matière de droits immobiliers matrimoniaux ainsi que d'institutions, de programmes et de services de soutien connexes (comme des mécanismes communautaires de règlement des litiges) a une incidence sur tous les citoyens des Premières nations. Les consultations ont révélé que l'absence de protections en matière de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves signifie bien plus qu'une absence de lois, mais souligne des lacunes d'une envergure et d'une importance égales en ce qui concerne l'accès au système des tribunaux, au service juridique et à des mécanismes de règlement des litiges au niveau des collectivités.
- 28** *Préoccupations au sujet de la pertinence du processus de consultation*
Parmi les préoccupations fondamentales soulevées par les Premières nations, mentionnons la pertinence, la structure et le calendrier du processus de consultation. Bien qu'il soit généralement reconnu que les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves doivent être réglées, les Premières nations ont toujours exprimé leurs inquiétudes au sujet du temps alloué aux consultations et, en raison du délai, de l'impossibilité pour les dirigeants des Premières nations de faire participer à ces consultations ceux qui seront les plus touchés par cette loi, c'est-à-dire les membres des collectivités. De l'avis des Premières nations, un calendrier imposé par le gouvernement, un cadre de consultation non élaboré en collaboration avec les Premières nations et un résultat prédéterminé, soit l'adoption d'une loi au printemps de 2007, étaient irrespectueux des droits ancestraux et issus des traités de même que des principes de consultation définis dans la

jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Des frustrations et de la méfiance ont souvent été exprimées pour avoir à répondre à un programme de priorités prédéterminé par le gouvernement, comportant peu de possibilités d'élaborer conjointement les priorités gouvernementales.

29 *Droits humains fondamentaux*

Les valeurs préconisées dans les droits humains internationaux ont été un point de référence commun tout au long du processus lié aux biens immobiliers matrimoniaux, c'est-à-dire au cours des discussions sur la pertinence et le droit à l'autodétermination, ainsi que sur la pleine jouissance des droits individuels. Les lois et les politiques fédérales discriminatoires adoptées par le passé, combinées à l'absence de protections à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux en vertu de la *Loi sur les Indiens*, ont été considérées comme des obstacles majeurs empêchant les femmes des Premières nations de jouir pleinement de leurs droits humains fondamentaux. Les gouvernements des Premières nations reconnaissent l'importance des droits humains fondamentaux.

30 *Logement*

S'attaquer au problème commun et de longue date du manque de logements dans les collectivités des Premières nations est considéré comme un facteur clé de l'élaboration d'une solution viable aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux et exige que des mesures soient prises à court, à moyen et à long terme.

31 *Importance des valeurs, des pratiques, les systèmes de connaissances et des lois traditionnelles*

Les Premières nations ont clairement indiqué que les valeurs, les pratiques, les systèmes de connaissances et le pouvoir législatif traditionnels relativement à la famille, aux terres, à l'élaboration des lois et à la résolution de problèmes sont hautement respectés par les Premières nations et leur sont appropriés. Toute solution doit en tenir compte, les reconnaître et les intégrer. Étant donné que les pratiques et les approches traditionnelles varient d'une Première nation à l'autre, les solutions aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux doivent offrir la possibilité d'incorporer toute une gamme de traditions et de coutumes, et de composer avec celles-ci.

32 *Droits et bien-être des enfants*

Toutes les Premières nations, sans exception, ont affirmé que toute solution aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux doit d'abord et avant tout tenir compte des droits et des intérêts des enfants et des générations futures, et les respecter.

33 *Questions liées à l'appartenance à la bande et au statut d'Indien*

Des questions liées à la citoyenneté des Premières nations, à l'appartenance à la bande et au statut d'Indien ont été soulevées tout au long du processus. En particulier, il a été dit que les conséquences des dispositions discriminatoires passées de la *Loi sur les Indiens* touchant le statut d'Indien et l'appartenance à la bande, combinées avec les politiques d'assimilation, ont eu des conséquences extrêmement négatives sur la place des femmes des Premières nations dans les collectivités, en ce qui a trait à la gouvernance, à la propriété et aux droits civils. Ces conséquences se font encore sentir aujourd'hui, et compliquent nécessairement l'exercice d'élaboration d'une loi pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux.

34 *Protection des terres des Premières nations*

La protection et la préservation des terres des Premières nations pour les générations futures préoccupent au plus haut point toutes les Premières nations du pays. De manière constante, on a affirmé la nécessité d'équilibrer adéquatement les droits collectifs et les droits individuels sur les terres de réserve et on a dit qu'il s'agissait là d'une question qui se doit d'être réglée. Les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux ne doivent pas mener à l'aliénation ou à la diminution des terres de réserve.

35 *Ressources et capacités pour mettre en œuvre les solutions*

Les Premières nations ont déclaré constamment que les gouvernements des Premières nations doivent posséder les ressources humaines et financières suffisantes pour mettre en œuvre, administrer et appliquer les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux. Les expériences vécues

par le passé dans le cadre de la mise en œuvre des modifications à la *Loi sur les Indiens*, à la suite de l'adoption du projet de loi C-31, ont souvent été mentionnées comme des leçons et des facteurs qu'il faudrait éviter dans la mise en œuvre des solutions aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux. Le manque de ressources adéquates pour l'élaboration de codes ainsi que pour le logement et l'infrastructure à la suite de l'adoption du projet de loi C-31 ont engendré le chaos et des conflits au sein des collectivités, car le gouvernement n'avait pas tenu ses engagements à ce moment-là. Les ressources devant être consacrées à la mise en œuvre sont un élément essentiel de toute solution viable.

36 *Respect des droits ancestraux et des droits issus des traités, des ententes existantes et des lois des Premières nations*

Toute solution aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux ne doit pas annuler ou violer, ou diminuer d'une autre façon, les droits ancestraux et les droits issus des traités sur les terres collectives et les territoires traditionnels, ou encore le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Les lois existantes élaborées dans le cadre des ententes de revendications territoriales globales, des ententes d'autonomie gouvernementale, de la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* et d'autres solutions amenées par les collectivités doivent être respectées. Lorsque des traités ont été signés par ce pays, ils définissaient la relation politique des Premières nations avec le Canada; il n'y a aucune raison de conclure des ententes additionnelles. Outre ces exigences, les Premières nations ont déclaré qu'il était temps pour le Canada d'agir de façon honorable et de respecter les droits ancestraux et issus des traités en dressant un programme pour la réconciliation.

37 *Les solutions doivent être élaborées et mises en œuvre par les collectivités, pour les collectivités*

De façon unanime, les membres des Premières nations sont d'avis que l'intégration des lois provinciales dans les réserves ne fonctionnera pas, et qu'il n'existe pas une solution unique qui conviendrait à toutes les collectivités des Premières nations. Pour déterminer les solutions les plus appropriées pour les membres des collectivités, il faut tenir compte de divers facteurs, tels que les pratiques coutumières, les structures de gouvernance et les régimes de propriété foncière qui varient selon la collectivité.

38 *L'absence de protections à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux n'est pas une question isolée; les solutions ne doivent pas être indépendantes de la question des biens immobiliers matrimoniaux*

Les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux n'existent pas de façon isolée. Elles touchent les questions de violence, de pauvreté, de bien-être des enfants, de logement, de gouvernance, de testament et de succession, de résidence, d'appartenance à la bande, d'inscription, de registre foncier, de ressources, de capacités, d'accès aux services sociaux et à la justice, entre autres. Elles sont aussi influencées par ces questions. Par conséquent, toute solution aux biens immobiliers matrimoniaux qui ne serait rattachée qu'à la division des biens au moment d'une rupture de mariage serait limitée dans sa capacité de contribuer à des améliorations significatives du bien-être des collectivités.

39 *Violence*

La violence est inacceptable. Tout comme il est important de jouir de protections juridiques en vertu de la loi, comme la possibilité d'obtenir des ordonnances d'exclusion et d'assurer leur mise à exécution contre des conjoints violents, il est également important de mettre en place des programmes et des services de soutien pour les femmes, les hommes et les familles, afin de prévenir la violence et d'offrir du soutien et de la guérison aux personnes victimes de violence.

40 *Les femmes doivent pouvoir se faire entendre davantage dans leurs collectivités*

Les hommes et les femmes des Premières nations ont sans cesse affirmé que les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux n'est pas une question de prendre part pour les hommes ou pour les femmes, mais plutôt une question de justice et de droits de la personne. Tant les hommes que les femmes des Premières nations étaient d'avis que les femmes devaient se faire entendre davantage dans les collectivités, comme cela était le cas au sein de leurs gouvernements traditionnels.

Réconcilier les droits, les intérêts et les mandats

- 41 Il est essentiel que les décideurs à tous les niveaux comprennent bien la question pour respecter les droits collectifs et individuels des femmes, des hommes et des enfants des Premières nations. Il est essentiel également de bien comprendre les expériences vécues par les citoyens des Premières nations et de posséder des connaissances sur leurs droits pour apprécier les valeurs et les mandats qu'apportent à ce processus l'Assemblée des Premières nations (APN) et l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC). Tout au long du processus de consultation, de dialogue et de recherche d'un consensus, les deux organisations ont insisté sur la nécessité :
- 1) de respecter et de reconnaître les compétences des Premières nations et leurs traditions juridiques;
 - 2) de redonner aux femmes des Premières nations la place qui leur revient de droit dans leurs collectivités en tant que citoyennes égales, en ce qui a trait à la gouvernance et à la propriété;
 - 3) de reconnaître la réalité historique de la colonisation, les conséquences qu'elle a encore de nos jours et les responsabilités de la Couronne quant à son rôle dans celle-ci (c'est-à-dire que la Couronne est responsable du lancement et du maintien du processus de colonisation et continue de contrôler plusieurs des facteurs pour renverser la situation d'une manière qui favoriserait la réconciliation)
- 42 Les intérêts et les mandats des organisations des Premières nations qui ont participé au processus de recherche de consensus variaient, et ils variaient précisément en raison de la *Loi sur les Indiens*. Les politiques qui en découlent ont engendré plus de conséquences négatives sur les femmes des Premières nations. Ces dernières ont connu des expériences distinctes à la suite de la colonisation, et cela, de plusieurs façons. Historiquement, les lois et les politiques fédérales ont eu des conséquences différentes et typiquement beaucoup plus négatives sur les femmes des Premières nations. L'histoire de ces conséquences est bien documentée.¹¹
- 43 L'ouvrage précurseur de Kathleen Jamieson à ce sujet décrit la résistance des dirigeants des Premières nations, dans l'Est et dans l'Ouest, face à la discrimination explicite fondée sur le sexe imposée par la *Loi sur les Indiens* fédérale dès son adoption de même que leur résistance face à l'expulsion et à l'éviction des femmes des Premières nations des collectivités. M^{me} Jamieson écrit : « *Les Indiens eux-mêmes se sont opposés avec acharnement aux sanctions imposées aux femmes, mais leurs protestations sont restées lettre morte même si, en 1872, le Grand Conseil des Indiens du Québec et de l'Ontario, fondé en 1870, a envoyé une lettre au ministre compétent à Ottawa pour protester, entre autres, contre l'article 6 de la Loi de 1869, en des termes sans équivoque : « Ils (les membres du Grand Conseil) désirent aussi que des amendements soient apportés à l'article 6 de la Loi de 1869 de façon que les femmes puissent avoir le privilège d'épouser la personne de leur choix au moment qui leur plaît, sans s'exposer à être exclues ou évincées de leur tribu et donc à perdre les biens et les droits qu'elles peuvent avoir à titre de membres d'une tribu particulière. » La requête des Indiens resta sans réponse.* »¹²

Lorsque les Premières nations ont eu, pour la première fois en 1946 et en 1947, la possibilité de se présenter devant un comité parlementaire pour donner leur avis sur la question de la *Loi sur les Indiens* des objections ont été soulevées par des dirigeants des Premières nations au sujet de

¹¹ Voir par exemple Kathleen Jamieson, *La Femme indienne devant la Loi : une citoyenne mineure*, Ottawa, Conseil consultatif sur le statut de la femme, ministère des Approvisionnement et Services du Canada, 1978; Patricia Monture-Angus, *Thunder in My Soul: A Mohawk Woman Speaks*, Halifax, Fernwood Press, 1995; Teresa Nahanee, « Indian Women, Sex Equality and the Charter » dans *Women and the Canadian State/Les Femmes et l'état [sic] canadien*, Caroline Andrew et Sanda Rodgers, éd., Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1997, p. 89; Mary Ellen Turpel-Lafond, « Patriarchy and Paternalism: The Legacy of the Canadian State for First Nation women » dans *Women and the Canadian State/Les Femmes et l'état [sic] canadien*, Caroline Andrew et Sanda Rodgers, éd., Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1997, p. 64; Sally Weaver, « First Nation Women and Government Policy, 1970-1992. Discrimination and Conflict », chapitre 3 dans *Changing Patterns: Women In Canada*, S. Burt, L. Code & L. Dorney, éd., Toronto: McClelland & Stewart, 1988; Canada, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 4, *Perspectives et réalités*, chap. 2, 1997.

¹² Kathleen Jamieson, *La Femme indienne devant la Loi : une citoyenne mineure*, Ottawa: Approvisionnement et Services, 1978, p. 30.

l'émancipation involontaire : « Un certain nombre de représentants des bandes et des associations ont soumis des mémoires au Comité mixte en 1946 et en 1947 et ont témoigné devant lui. La plupart des groupes ont fait valoir que les décisions quant à l'appartenance devraient être prises par la bande et que l'émancipation involontaire devrait être abolie. La North American Indian Brotherhood, l'Association des Indiens de l'Alberta, la Fraternité des autochtones de la Colombie-Britannique et l'Union des Indiens de la Saskatchewan ont toutes appuyé fortement cette position. Trouée importante : après tout jusqu'ici on n'avait jamais consulté les Indiens. »¹³.

Ce plaidoyer a été rejeté par le ministère des Affaires indiennes de l'époque, pour la raison suivante : « Comme l'indique le mémoire suivant, préparé à l'intention du comité, le ministère des Affaires indiennes avait des opinions très différentes : Par la modification de la définition d'un Indien dans la loi de 1876, le Dominion a sensiblement réduit le nombre de personnes dont il était responsable et, par le fait même, transmis aux provinces responsabilité de milliers de personnes qui ne serait-ce de la loi de 1876, aurait été à tout jamais la responsabilité du gouvernement fédéral »¹⁴.

- 44 En raison des conséquences des effets plus négatifs sur les femmes des Premières nations, la voie choisie par chacune des organisations des Premières nations pour sortir de la colonisation et aller tant vers la redécouverte de la place des femmes des Premières nations au sein de leurs collectivités que vers le renouvellement des relations des gouvernements des Premières nations avec la Couronne est vue différemment. Par exemple, l'établissement de priorités et les questions de processus peuvent ne pas être considérés de la même façon par les deux organisations. Cette situation offre au gouvernement la possibilité d'exploiter ces différences afin d'en tirer profit. Cependant, et cela est tout à son crédit, en lançant ce processus et en invitant, dès le début, l'APN et l'AFAC à y participer, le gouvernement a plutôt créé un processus qui vise à promouvoir la cohésion au sein des collectivités des Premières nations dans la recherche d'une solution. Cette recherche exigera un engagement permanent des trois parties.
- 45 Un aspect fondamental de ce processus, qui a contribué au renforcement de la relation, est le libellé de la question concernant les liens entre les droits collectifs et les droits individuels. Au cours des discussions sur les politiques tenues par le passé, on a souvent tenu pour acquis que les citoyens des Premières nations devaient accorder la priorité aux droits collectifs sur les droits individuels ou vice-versa. La présentation d'un tel « choix » n'est pas conforme à la Constitution ou à la théorie relative aux droits humains internationaux. Toutefois, en vertu de mon mandat et de manière explicite, je dois formuler une recommandation sur les biens immobiliers matrimoniaux à votre intention, monsieur le ministre, qui reflète un équilibre, c'est-à-dire qui favorise l'harmonie ou la cohérence entre ces deux catégories de droits et qui ne laisse pas croire qu'un conflit ou un précédent est inévitable. Tous les efforts possibles ont été déployés pour trouver des solutions aux questions liées aux droits immobiliers matrimoniaux qui assureraient un équilibre respectueux entre les droits collectifs et les droits individuels des gens des Premières nations.
- 46 La promotion du renforcement de la relation et de la compréhension au sein des collectivités des Premières nations dépendra des mesures qui seront prises par le Canada à la suite de cet exercice de recherche de consensus. Plus ce projet progressera vers l'adoption d'une loi, plus les parties seront impatientes de s'assurer que le produit final reflète bien leurs intérêts et leurs objectifs. Il faudra tenir des discussions de façon permanente pour continuer à mettre en place des mesures constructives à partir des efforts réalisés jusqu'à maintenant dans ce processus. Il ne faudra pas croire que le travail conjoint est achevé.
- 47 Le rôle, le mandat et les intérêts d'AINC méritent également qu'on les prenne en considération. AINC se trouve dans la position non enviable d'avoir à réaliser un mandat susceptible d'engendrer des conflits ou des conflits d'intérêts. Le Ministère est chargé de protéger les intérêts de la Couronne (financiers et juridiques), et on s'attend généralement à ce qu'il réponde aux attentes de la population cliente (en particulier en ce qui concerne les dépenses financières), tout en assumant la

¹³ Ibid, p. 57.

¹⁴ Ibid, p. 58.

responsabilité de respecter et d'affirmer les droits ancestraux et les droits issus des traités, de protéger les droits de la personne et de faire progresser l'égalité entre les sexes dans l'accomplissement de son mandat législatif.

- 48** En dépit de ces défis, chacune des organisations est consciente de la priorité des droits qu'elle défend. Les défis auxquels est confrontée la table de négociation ont deux volets : premièrement, comment répondre à la multitude des intérêts des diverses Premières nations découlant de la colonisation, y compris des effets négatifs distincts et identifiables sur les femmes des Premières nations et, deuxièmement, comment réconcilier ces intérêts en ce qui concerne les droits ancestraux et les droits issus des traités, dont la compétence des Premières nations, les droits individuels et de souveraineté présumée de la Couronne.
- 49** Les histoires, les conséquences et la compréhension de ces questions peuvent être vues de diverses façons. Une histoire ou une expérience n'est pas plus vraie ou valide qu'une autre. Elles font toutes partie d'une histoire commune qui est, en fait, la recherche de solutions pour les familles des Premières nations. Il faut mettre en place des solutions pour recouvrer les traditions juridiques et culturelles des Premières nations et redonner aux femmes des Premières nations la place équitable et égale qui leur revient dans leurs collectivités. Chaque histoire représente une réalité qui se doit d'être reconnue, respectée et comprise en tant que premier pas vers la réconciliation et l'autodétermination. En d'autres mots, les citoyens des Premières nations, y compris les femmes des Premières nations, sont en train d'ouvrir la voie pour retrouver leur droit d'exister, à titre de nations et d'individus, dans l'espoir et la dignité.

III. Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves : contexte et concepts

Qu'est-ce qu'un « bien immobilier matrimonial »?

- 50 Le concept de « bien matrimonial » dans les lois actuelles provinciales et territoriales hors réserves est un concept relativement nouveau dans la loi canadienne. L'introduction de principes juridiques qui reconnaissent l'égalité entre les hommes et les femmes et qui traite du mariage comme un partenariat de droits égaux sur des biens remonte à la fin des années 1970.
- 51 Chaque province et chaque territoire compte maintenant des lois qui abordent la question des droits entre les conjoints durant un mariage et au moment de la rupture d'un mariage. Le terme générique utilisé pour décrire ces lois est « loi sur les biens matrimoniaux ». D'autres termes génériques sont également utilisés par différents gouvernements, tels que « biens familiaux » et « patrimoine familial ».
- 52 Chaque province et chaque territoire a élaboré une définition de ce qu'est un bien matrimonial, et la plupart donnent une définition de la « maison familiale » ou de termes équivalents. Chaque province et chaque territoire détermine les types de relations conjugales compris dans leur loi sur les biens matrimoniaux. Certaines provinces appliquent le régime des biens matrimoniaux aux personnes qui sont mariées en vertu de la loi provinciale, et d'autres comprennent les relations entre conjoints de fait en plus des couples mariés; d'autres encore ont des dispositions particulières pour les relations entre conjoints de même sexe.
- 53 Les biens matrimoniaux peuvent comprendre la maison et la terre sur laquelle est située la maison ainsi que d'autres biens utilisés par la famille, tels qu'une automobile, de l'argent et du mobilier. En vertu des lois de la common law, le concept de propriété (biens que peuvent détenir des personnes) inclut deux principales catégories de biens : les biens réels (biens immeubles ou immobiliers) et les biens personnels (biens meubles). Les biens réels comprennent les terres et tout bien qui est attaché de façon permanente à la terre, comme une maison. Les biens personnels sont les biens qui peuvent être déplacés, comme le mobilier ou l'argent. Dans le droit civil, une distinction semblable est faite entre les biens désignés « immeubles », comme la terre, et les biens désignés « meubles », comme l'argent, une automobile ou le mobilier.

Fonctions de la loi sur les biens matrimoniaux

- 54 Dans toutes les provinces et les territoires, les lois sur les biens matrimoniaux prévoient des règlements qui peuvent guider les conjoints au moment de conclure leurs propres ententes au sujet de leurs biens durant le mariage ou au moment de la rupture d'un mariage. Lorsque les conjoints n'arrivent pas à s'entendre, ces lois offrent des conseils et des pouvoirs aux décideurs judiciaires dans le but de prendre des décisions concernant les litiges qui pourraient survenir entre les conjoints. Ces lois prévoient un régime détaillé pour régler les litiges entre les conjoints au sujet des biens, que ce soit des biens personnels ou des biens réels, et elles tiennent compte des régimes fonciers particuliers de la province ou du territoire. De plus, ces lois définissent ce qui constitue un bien matrimonial (tant personnel que réel). Il existe d'importantes différences entre les provinces et les territoires à cet égard.
- 55 Les lois provinciales et territoriales hors des réserves peuvent toucher les droits des conjoints en ce qui a trait à leurs biens immobiliers matrimoniaux — tant durant le mariage qu'au moment de la rupture du mariage. Par exemple, il y a des protections particulières pour les conjoints concernant la maison familiale au cours du mariage, comme d'en interdire la vente sans le consentement d'un des conjoints. Dans les cas de rupture de mariage, dans chacune des provinces et des territoires, un conjoint peut demander à la cour la possession exclusive provisoire de la maison familiale. Des contrats familiaux peuvent être appliqués en vertu d'une ordonnance des tribunaux. Les lois provinciales et territoriales sur les biens matrimoniaux déterminent également le partage définitif des

biens entre les conjoints en fournissant des modèles pour diviser les biens matrimoniaux d'une manière qui tient compte de la valeur de la maison familiale et de tout autre forme de biens immobiliers matrimoniaux.

Question de compétence découlant de la lacune juridique concernant les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves

- 56** Les gouvernements provinciaux hors des réserves ont la compétence sur les droits de propriété et les droits civils. Il existe un vaste ensemble de pouvoirs qui comprend plusieurs sujets, y compris les droits de propriété individuels, le droit de la famille, les testaments et les successions, ainsi que les droits de la personne. Les gouvernements des territoires possèdent, dans ces domaines, des pouvoirs législatifs qui leur sont délégués par le gouvernement fédéral. Il existe certains domaines de compétences concurrentes avec le gouvernement fédéral en raison de la compétence fédérale en matière de divorce et de définition du mariage. Les gouvernements provinciaux ont également la compétence exclusive de l'administration de la justice dans leur province.
- 57** Pour comprendre la situation actuelle ayant trait aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, il est essentiel de bien comprendre la portée limitée de l'application des lois provinciales et territoriales dans les réserves. La présente initiative concerne une « lacune juridique » en matière de biens immobiliers matrimoniaux qui touche la plupart des réserves au Canada. Le terme « lacune juridique » signifie qu'il y a une absence de loi applicable (qu'elle soit fédérale, provinciale ou des Premières nations) pour régler les litiges concernant les biens immobiliers matrimoniaux pour la majorité des collectivités dans les réserves des Premières nations. Le présent processus a pour but d'en arriver à un consensus sur les rôles respectifs des lois fédérales, provinciales et des Premières nations afin de combler cette lacune.
- 58** Deux cas concernant l'ampleur avec laquelle les lois provinciales sur les biens matrimoniaux peuvent être appliquées aux droits individuels sur les terres de réserve ont été présentés à la Cour suprême du Canada en 1986, soit *Derrickson c. Derrickson*¹⁵ et *Paul c. Paul*¹⁶.
- 59** La Cour suprême a statué que les lois provinciales ne pouvaient être appliquées d'une façon qui modifierait un droit individuel sur les biens réels qu'une personne des Premières nations peut détenir en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Dans l'arrêt *Derrickson*, la Cour a également stipulé que les lois provinciales d'application générale concernant les biens matrimoniaux pouvaient être appliquées en elles-mêmes (sans être intégrées dans une loi fédérale) sur les droits sur les terres de réserve en autant que les droits individuels sur les biens immobiliers en vertu de la *Loi sur les Indiens* ne sont pas modifiés. Par exemple, on peut avoir recours aux lois provinciales pour émettre une ordonnance d'indemnisation, plutôt que de partager ou de vendre un bien réel. Conformément à une telle ordonnance d'indemnisation, un conjoint peut devoir donner un montant à l'autre conjoint afin que le bien soit partagé en parts égales. Ces ordonnances peuvent tenir compte de la valeur de la maison située sur une terre détenue en vertu d'un certificat de possession (en sus de la valeur de l'usage et de l'occupation de la terre attribuée en elle-même).
- 60** Dans l'arrêt *Paul*, la Cour suprême a stipulé que la loi provinciale ne pouvait pas être utilisée pour émettre une ordonnance à M^{me} Paul dans le but qu'elle obtienne la possession provisoire de la maison familiale située sur une terre de réserve et acquise par son mari en vertu d'un certificat de possession conformément à l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*. Les décisions prises dans ces arrêts ont encore des conséquences aujourd'hui. En 2004, les principes énoncés dans les arrêts *Derrickson* et *Paul* ont été appliqués dans les Territoires du Nord-Ouest concernant une maison familiale dans la réserve de Hay River. La Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest a statué qu'en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle* et de la *Loi sur les Indiens* fédérale, elle n'avait pas la

¹⁵ *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 2 C.N.L.R. 45.

¹⁶ *Paul c. Paul* [1986] 1 R.C.S. 306.

compétence nécessaire pour accorder une ordonnance de possession exclusive provisoire de la maison familiale¹⁷.

- 61** Plusieurs raisons expliquent la lacune juridique actuelle qui touche les Premières nations assujetties au régime foncier prévu par la *Loi sur les Indiens* :
- 1) la division des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux signifie que les lois provinciales et territoriales peuvent s'appliquer aux biens matrimoniaux dans les réserves, mais ne peuvent pas être utilisées pour modifier les droits sur les biens immobiliers dans les réserves, qu'ils soient collectifs ou individuels;
 - 2) bien que le gouvernement fédéral détienne la compétence en ce qui a trait aux « Indiens et aux terres mises de côté pour les Indiens » en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il n'y a pas une loi fédérale qui aborde cette question;
 - 3) La compétence des Premières nations en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux n'est pas reconnue par le gouvernement fédéral.
- 62** L'analyse réalisée par le gouvernement fédéral portant sur cette lacune prend sa source dans les notions non autochtones de la propriété individuelle et les relations liées aux droits de propriété, à la famille et au rôle propre de la loi régissant la relation à la terre et à la famille. Le gouvernement fédéral s'appuie fortement sur les lois provinciales sur les biens matrimoniaux comme norme de comparaison dans l'analyse des droits relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Ce n'est pas que les lois provinciales et territoriales sont essentiellement fausses dans leur approche et dans leur contenu à l'égard des régimes de propriété hors des réserves et des relations familiales. La question est de savoir si tous ces recours de type provincial peuvent s'appliquer aux régimes fonciers particuliers que l'on trouve dans les collectivités assujetties à la *Loi sur les Indiens*, de même que de savoir si de nouvelles approches et de nouveaux recours peuvent être plus efficaces. Les discussions tenues au cours des derniers mois ont fourni des renseignements nombreux et valables à ce sujet, en mettant en lumière les perspectives et les valeurs des Premières nations.

Reconnaître et respecter les traditions juridiques autochtones

- 63** L'imminent érudit, spécialiste du droit, John Borrows, a suggéré que le temps était venu de faire une place aux traditions juridiques des Premières nations dans le cadre juridique canadien. Le Canada reconnaît déjà et respecte la diversité dans les dix compétences provinciales autonomes ainsi que les traditions distinctes de la common law et du droit civil. M. Borrows souligne que le fait de respecter et d'accueillir les traditions juridiques autochtones dans ce cadre juridique canadien reflétera la réalité de la vie autochtone dans le Canada d'aujourd'hui et contribuera à élaborer les protocoles nécessaires pour réaliser la réconciliation. Il ne s'agira pas là d'un fait nouveau, mais plutôt de la résurrection d'un modèle d'interaction et d'échange de connaissances déjà existant et au sein duquel les Premières nations et les Européens s'influençaient les uns les autres.
- 64** M. Borrows ajoute que lorsque des gens d'autres continents sont arrivés sur les rives de l'Amérique du Nord, les lois, les protocoles et les procédures des Autochtones ont établi le cadre des premiers traités conclus entre les divers groupes autochtones eux-mêmes et entre les Autochtones et les Européens de diverses nations. À cette époque, les mariages entre des femmes autochtones et des hommes européens étaient célébrés conformément aux traditions juridiques autochtones.
- 65** Le fait que la common law reconnaissait les mariages autochtones coutumiers a été une des raisons pour laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué, dans l'arrêt *Campbell*¹⁸, que les Nisga'a détenaient un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale préexistant.
- 66** Les participants aux discussions tenues tant par l'APN que par l'AFAC ont déclaré que les gens des Premières nations souhaitaient que la loi sur les biens immobiliers matrimoniaux incorpore les points de vue des Premières nations sur la terre et la famille. De l'avis des Premières nations, les traditions

¹⁷ *Buggins c. Norn* [2004] N.W.T.J. n° 85.

¹⁸ *Campbell v Attorney-General (British Columbia)* [2000] B.C.J. No. 1524 (B.C.S.C.)

juridiques autochtones doivent être reconnues comme partie intégrante du système juridique canadien.

Mesurer l'écart dans l'accès aux droits immobiliers matrimoniaux dans les réserves

- 67 La plupart des discussions du gouvernement fédéral au sujet des questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves se fondent sur une comparaison de la compréhension du fédéral de ce qui se passe dans les réserves concernant les droits à la maison familiale avec ce qui se passe à cet égard en dehors des réserves en vertu des lois provinciales et territoriales.
- 68 Les séances de dialogue et de consultations tenues par l'APN et l'AFAC ont replacé les questions dans le contexte de l'histoire de la reconnaissance des droits et de l'expérience extrêmement négative de l'ingérence du gouvernement fédéral dans les rapports hommes-femmes et dans la question des biens en général dans les sociétés des Premières nations.
- 69 En d'autres mots, les normes prises en compte dans les analyses du gouvernement fédéral sont celles prévues par la législation hors des réserves, alors que pour les Premières nations la norme pertinente est la reconnaissance de la validité des valeurs et des traditions de Premières nations par rapport à la terre et à la famille.
- 70 Les principales caractéristiques du système juridique actuel dont on doit tenir compte dans l'analyse des droits sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves sont :
- 1) Les droits sur les biens immobiliers matrimoniaux hors des réserves n'ont pas été élaborés, et ils n'existent toujours pas aujourd'hui, séparément des lois provinciales touchant la loi sur la famille, la loi sur la propriété ainsi que la loi sur les successions en général. Il y a plusieurs différences entre les provinces et les territoires en ce qui a trait à certaines questions clés de politique, comme le traitement de la common law et des conjoints de même sexe. Les lois provinciales et territoriales qui touchent les « biens immobiliers matrimoniaux » hors des réserves font partie d'un cadre juridique beaucoup plus vaste et beaucoup plus détaillé qui traite des lois sur la propriété et la famille en général.
 - 2) Bon nombre de lois provinciales et territoriales sur la famille s'appliquent dans les réserves, telles que les lois sur la garde des enfants et le soutien, ainsi que la loi sur les biens matrimoniaux, dans la mesure où elles ne touchent pas les droits sur les terres de réserve.
 - 3) Les questions liées au droit inhérent des Premières nations et à leurs compétences en ce qui a trait aux lois sur les terres et la famille découlent de la reconnaissance de droits préexistants, reconnus et confirmés en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et des décisions émises par la Cour suprême du Canada sur la façon dont la Couronne doit se comporter dans l'élaboration des lois et des politiques qui peuvent avoir une incidence sur les droits prévus à l'article 35.
 - 4) Le caractère distinct et la diversifié des droits individuels sur les terres et le logement dans les réserves et le cadre juridique distinct lié aux droits de propriété dans les réserves ont de nombreuses sources, y compris les lois, les politiques et les pratiques traditionnelles des Premières nations, la *Loi sur les Indiens* et la Constitution.
 - 5) Il n'y a pas seulement une lacune juridique dans le droit substantiel concernant les biens immobiliers matrimoniaux si l'on compare la situation hors des réserves à celle dans les réserves, mais il y a également une lacune tout aussi importante et préoccupante en matière d'accès au système judiciaire, à de l'aide juridique, à un logement adéquat, à des services de police et à l'exécution des lois, aux capacités et aux ressources en matière de registre foncier, ainsi que dans bien d'autres domaines.
- 71 Le recours aux lois provinciales et territoriales actuelles en tant que norme pour mesurer ce qui se passe dans les réserves semble être logiquement rattaché à l'objectif du gouvernement fédéral de faire en sorte que les Premières nations qui vivent dans les réserves se trouvent dans une position pour le moins comparable à celle des gens qui vivent hors des réserves, pour ce qui est des droits immobiliers matrimoniaux. Cet objectif se fonde sur le principe de l'égalité préconisé par les droits de la personne, et il s'agit là d'un objectif et d'une raison d'être que partage l'Association des femmes

autochtones du Canada. Il s'agit en outre d'un objectif stratégique qui découle logiquement des nombreux rapports nationaux et internationaux sur les droits de la personne, dans lesquels on exige que des mesures concrètes soient prises. Cependant, si l'on veut prendre cet objectif au sérieux, il faut également prendre en considération les autres pré-requis pour la jouissance des droits sur les biens immobiliers matrimoniaux. Cela implique beaucoup plus que l'élaboration d'une loi détaillée sur les biens immobiliers matrimoniaux, mais aussi d'autres facteurs qui déterminent l'accès aux droits sur la propriété dans les démocraties modernes, comme l'accès à des systèmes judiciaires et à des régimes fonciers modernes et adéquats, qui reflètent les gens à l'intention desquels ils sont créés.

- 72** La lacune juridique que connaissent les Premières nations au niveau de leurs collectivités concernant les biens immobiliers matrimoniaux est tout aussi alimentée par le manque d'accès à tout système judiciaire, le manque d'options en matière de logement au moment d'une rupture de mariage, le manque de renforcement des institutions et des capacités, pour n'en nommer que quelques-uns. Cela signifie que le droit d'adopter une mesure pour faire appliquer les droits sur les biens immobiliers matrimoniaux et les recours pourrait n'être, en fait, rien de plus qu'un droit théorique sans un accès concret à un tribunal, à des ressources financières ou à une aide juridique pour la vaste majorité des membres des Premières nations qui vivent une rupture de mariage. Sans un programme d'une plus grande envergure pour traiter ces questions non résolues et les liens politiques, c'est ce qui se produira pour la vaste majorité des membres des Premières nations. Il est urgent d'adopter des mesures à court terme pour répondre aux besoins en matière de règlement des litiges et d'autres questions d'administration de la justice, telles que l'application des ordonnances des tribunaux et des lois des Premières nations. Ces derniers éléments ont été soulignés fortement par les Premières nations tout au long des séances de consultation et de dialogue.
- 73** Si on fait appel aux gouvernements des Premières nations pour fournir des droits et des recours comparables à ceux qui sont disponibles en vertu des lois provinciales et territoriales, tout en tenant compte de la nature distincte du régime foncier dans les collectivités des Premières nations, l'étendue des compétences reconnues, des ressources et du renforcement des capacités et des institutions doit être la même. Si cela n'est pas le cas, les Premières nations pourraient se retrouver dans une impasse, car elles seraient tenues d'offrir les mêmes normes que les gouvernements provinciaux sans avoir à leur disposition les mêmes ressources ni les mêmes capacités pour exécuter leur mandat.

La relation entre les droits collectifs et les droits individuels

- 74** Dans le traitement de la question des biens immobiliers matrimoniaux, les Premières nations doivent nécessairement traiter des droits de propriété collectifs et individuels ainsi que de la relation plus vaste avec la Couronne. Et cela, en raison de la nature unique du régime foncier dans les réserves et de ses liens avec les titres ancestraux ainsi que d'autres droits ancestraux et issus des traités. Il s'agit là d'une réalité constitutionnelle pour les gouvernements des Premières nations et la Couronne.
- 75** L'importance de trouver un juste équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels se reflète dans mon mandat, en vertu duquel je dois élaborer une recommandation qui fera en sorte qu'il y ait un équilibre acceptable entre les droits individuels et les droits à l'égalité garantis par les articles 15 et 28 de la Charte, ainsi que les droits collectifs reconnus à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et cités à l'article 25 de la Charte.
- 76** L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) stipule :
15. (1) *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.*
- (2) *Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race,*

de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

77 L'article 25 de la Charte stipule :

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

78 L'article 28 de la Charte stipule :

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

79 L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* stipule :

- 35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.*
- (2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.*
 - (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.*
 - (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.*

80 Il y a ici quelques points à souligner concernant cet aspect de mon mandat. Premièrement, la relation entre les articles 15, 28, 25, 35(1) et 35(4) est déterminée, en bout de ligne, par la Constitution, et ne peut pas être changée par une politique ou une loi fédérale. En d'autres mots, les choses sont comme elles sont. Deuxièmement, en ce qui concerne l'article 25, il n'existe pas sur la question de décisions exécutoires de la Cour suprême du Canada, et les quelques décisions qui existent se trouvent à des niveaux inférieurs. Troisièmement, ni la Charte ni les droits prévus à l'article 35 ne sont absolus — tous deux peuvent être transgressés dans des circonstances définies par des critères que les tribunaux ont élaborés pour chacun. De façon plus générale, la Cour suprême du Canada a adopté une approche fonctionnelle de l'interprétation tant de la Charte que des droits ancestraux et issus de traités prévus à l'article 35. La réconciliation est un des éléments reconnus de l'article 35. Cet élément semble pertinent pour le traitement de questions concernant des propositions d'initiatives législatives fédérales et le respect des traditions juridiques des Premières nations.

81 Malgré ces complexités, les rédacteurs des lois doivent se former une opinion. Ils ne peuvent pas dire qu'ils ne comprennent une des dispositions de la Constitution, et ils ne peuvent pas traiter non plus une disposition comme si elle était vide de contenu. Ils doivent accorder à chaque disposition une signification et tenir compte de la jurisprudence. En l'absence d'une décision exécutoire de la Cour suprême du Canada concernant l'article 25 de la Charte, les décideurs du gouvernement doivent tout de même juger de leur mieux, en se fondant sur les décisions qui sont disponibles et d'autres autorités pertinentes. Par exemple, dans l'arrêt *Corbiere*, la juge L'Heureux-Dubé a suggéré, en ce qui concerne l'article 25 de la Charte, dans une opinion qui n'est pas exécutoire, « [...] que l'approche contextuelle applicable à l'égard de l'art. 15 commande que l'analyse du caractère égalitaire des dispositions se rapportant aux Autochtones prenne en compte et respecte le patrimoine et la spécificité autochtones, ainsi que la reconnaissance des droits ancestraux et issus

de traités, et mette l'accent sur l'importance qu'ont pour les Canadiens d'origine autochtone, leurs valeurs et leur histoire »¹⁹.

- 82** On peut également trouver, sur cette question d'équilibre, des conseils dans la théorie sur les droits humains internationaux. La théorie sur les droits humains internationaux précise que les divers droits humains sont inhérents (c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas être abolis), ils sont intrinsèquement reliés les uns aux autres, et ils ne peuvent pas être placés dans un ordre de priorité. La politique fédérale devrait intégrer et refléter les « droits ancestraux » de façon à ce qu'ils soient reconnus comme un des aspects des droits humains, un peu de la même façon que la loi internationale reconnaît que le droit des peuples à l'autodétermination est un droit humain fondamental.
- 83** L'indivisibilité est l'interdépendance des droits de la personne a été un principe fondamental de la théorie des droits humains internationaux depuis les tout premiers jours²⁰. La Déclaration de Vienne, adoptée en 1993 à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, réaffirme le principe énoncé au paragraphe 5, qui comprend le droit à l'autodétermination (cité au paragraphe 2 de la Déclaration de Vienne) : « *Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales* »²¹.
- 84** À la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, M^{me} Erica-Irene Daes, une experte en droits de la personne reconnue mondialement, a déclaré : « *Les peuples autochtones de partout dans le monde partagent une autre vision des droits humains et de la démocratie, une vision qui est compatible avec les valeurs et les principes humains reconnus universellement, et qui insiste sur les relations et les responsabilités réciproques entre les familles, les clans, les communautés et les nations. Cela inclut même les responsabilités des êtres humains par rapport aux animaux, aux plantes et à l'environnement en général, ainsi qu'aux autres espèces de créatures vivantes avec lesquelles les humains vivent sur la terre. La vision des peuples autochtones de la démocratie met l'accent sur la centralité du droit de chaque personne à la dignité humaine et à l'intégrité de son identité en tant que membre d'une famille, d'un clan et d'une nation. [...] Puisque les peuples autochtones ont une autre vision de la démocratie, on doit leur donner l'occasion d'être pour nous une source d'inspiration dans notre lutte pour la démocratie et pour la protection efficace des droits humains et des libertés partout dans le monde. Mais ils ne pourront réaliser ceci que si survit leur propre système distinct de gouvernement. Il est essentiel qu'ils obtiennent les pouvoirs d'exercer leur autonomie politique, juridique et économique, y compris le contrôle sur leur propre environnement et le processus en matière de développement durable* »²². [Traduction libre]
- 85** Le long débat sur les droits collectifs des Premières nations et la protection des droits humains individuels, en particulier en ce qui a trait aux questions qui ont des conséquences particulières sur les femmes, a des racines profondes. Trop souvent le débat a été fondé sur l'idée que les Premières nations doivent obligatoirement choisir entre leurs droits collectifs sur les terres et se gouverner elles-mêmes, d'une part, et d'autre part, pouvoir jouir des droits humains individuels à l'égalité et à la dignité. Il est temps d'adopter une nouvelle orientation et de nouvelles politiques qui n'insisteront pas sur un tel choix, qui est faux et que l'on présente aux membres des Premières nations depuis toujours. Assurer un équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels ne veut pas nécessairement dire qu'il faut choisir entre un ensemble de droits plutôt qu'un autre. J'estime que les recommandations formulées dans le présent rapport reflètent un équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels, un équilibre qui respecte ces deux types de droits.

¹⁹ *Corbiere c. Canada* [1999] 2 R.C.S. 203 (SCC), par. 54.

²⁰ John Humphrey, Préface à *No distant millennium: The International Law of Human Rights*, Paris, UNESCO, 1989;

²¹ Nations Unies, *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, doc. de l'ONU A/CONF.157/23, 12 juillet 1993.

²² Professeur Erica-Irene Daes, présidente-rapporteur du Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones, *Address at the World Conference on Human Rights*, Vienne, Autriche, 18 juin 1993.

- 86** Il existe différents points de vue dans les collectivités des Premières nations au sujet de la meilleure façon de répondre aux normes concernant les droits humains internationaux au sein de leurs nations, tout comme c'est le cas dans les gouvernements fédéral et provinciaux, qui ont chacun leur propre loi sur les droits de la personne. Néanmoins, il y a 1) une acceptation générale sur les valeurs liées aux droits humains internationaux, et 2) un consensus selon lequel la mise en œuvre et le respect des droits prévus à l'article 35 fait autant partie des obligations du Canada à l'égard des droits humains que la protection des droits humains individuels.
- 87** Selon mon expérience, les gouvernements des Premières nations sont tout aussi responsables et transparents que les autres gouvernements au Canada. En outre, le pouvoir législatif et le pouvoir de décision des gouvernements des Premières nations seront assujettis à des examens des droits humains de diverses façons, c'est-à-dire par l'intermédiaire de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, des normes en matière de droits humains internationaux, des visions autochtones des droits humains et de l'élan naturel des dirigeants des Premières nations de faire le bien pour leurs citoyens. Il s'agirait ici de « deux poids, deux mesures » si les Premières nations devaient être assujetties à des normes prescriptives au-delà de celles-ci, suivant l'hypothèse que les gouvernements des Premières nations prendraient autant de temps que le gouvernement fédéral pour agir dans le dossier des biens immobiliers matrimoniaux.

Les obstacles aux changements et la nécessité d'un cadre stratégique pour la réconciliation

- 88** Depuis toujours, deux objectifs concurrents et contradictoires ont été transmis par l'intermédiaire de la *Loi sur les Indiens* : la protection des droits fonciers détenus collectivement par les Premières nations sur leurs terres et les politiques d'assimilation. Dans le cadre de cette politique d'assimilation, des efforts ont été déployés pour que les Premières nations adoptent un régime de propriété foncière individuelle sur les terres (par l'entremise du pouvoir et de l'influence des agents des Indiens entre autres). Bien que de nombreux aspects de la *Loi sur les Indiens* soient périmés, la Loi a encore une fonction principale, qui a une grande valeur pour la vaste majorité des Premières nations, et c'est son rôle dans la protection de la base territoriale collective.
- 89** Dans les mesures prises pour s'écarter des objectifs d'assimilation, sont survenus de nombreux conflits sur ce qu'il fallait faire avec la *Loi sur les Indiens*. Et cela malgré une opinion généralement répandue parmi les Premières nations et au sein du gouvernement selon laquelle plusieurs aspects de la *Loi sur les Indiens* constituent des obstacles sérieux au développement et à la pleine jouissance des droits humains.
- 90** Un des exemples des conflits survenus par le passé en raison de la *Loi sur les Indiens* est le cas du comité conjoint Fraternité des Indiens du Canada-Cabinet dont les travaux qui ont eu lieu entre 1974 et 1976 ont donné de faibles résultats, tant pour la Fraternité des Indiens du Canada (FIC) que pour les femmes des Premières nations. Le processus conjoint s'est effondré puisque la FIC préconisait une approche globale pour réformer la *Loi sur les Indiens* et que le gouvernement fédéral insistait sur une approche sectorielle.²³ Pour les femmes des Premières nations, cette longue impasse entre la FIC et le gouvernement fédéral, combinée aux litiges sur l'émancipation obligatoire des femmes autochtones, a finalement abouti à l'adoption de l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP). Cette mesure devait être temporaire et avait pour but de protéger les droits collectifs alors que les discussions se poursuivaient sur l'ensemble de la *Loi sur les Indiens*, y compris sur les dispositions relatives à l'émancipation obligatoire.²⁴ L'article 67 stipule que les décisions prises en vertu de la *Loi sur les Indiens* ne sont pas sujettes aux examens des droits humains conformément à la CHRA. Il était nécessaire d'adopter l'article 67 pour protéger les droits collectifs avant qu'ils ne soient protégés de façon explicite en 1982.

²³ Harold Cardinal. *The Rebirth of Canada's Indians*, Edmonton, Hurtig Publishers, 1977, p. 114-115.

²⁴ Kathleen Jamieson, *La Femme indienne devant la Loi : une citoyenne mineure*, Ottawa, Conseil consultatif sur le statut de la femme, ministère des Approvisionnement et Services du Canada, 1978

- 91 Ce conflit est apparu très évident dans les initiatives relativement récentes, tant celles qui ont réussi que celles qui n'ont pas réussi, pour modifier la *Loi sur les Indiens*, soit l'adoption du projet de loi C-31 en 1985 et l'échec du projet de loi proposant l'adoption d'une loi sur le gouvernement des Premières nations en 2000-2001. Ces conflits récurrents et les impasses au sujet des modifications à la *Loi sur les Indiens* sont des questions plutôt confuses pour bon nombre de personnes qui ne sont pas membres des Premières nations.
- 92 La réponse à cette question réside dans l'expérience d'une longue et pénible suite de modifications à la *Loi sur les Indiens* vécue par diverses Premières nations. Il existe suffisamment de preuves de résultats négatifs non intentionnels découlant de cette approche. Par conséquent, les Premières nations en général croient fermement que les modifications à la *Loi sur les Indiens* ne font que remplacer d'anciens problèmes par de nouveaux. Ce sont les membres des Premières nations qui ont eu à vivre les conséquences quotidiennes de ces mesures au cours des 130 dernières années. Il n'est donc pas étonnant de constater que de l'avis de tous, ce doit être les membres des Premières nations, et non le gouvernement fédéral, qui contrôlent le processus de changement dans leurs collectivités. Cela comprend également le choix du régime foncier applicable à leurs terres. Malgré tout, chaque gouvernement fédéral, peu importe son orientation politique, est revenu à la charge en présentant un modèle de modifications séquentielles, un modèle qui, de l'avis des Premières nations, a prouvé qu'il générerait constamment des problèmes.
- 93 Du point de vue des non-membres des Premières nations, les modifications séquentielles présentent une logique inhérente : des réformes de taille modeste peuvent être entreprises et menées par des spécialistes de secteurs et s'harmonisant avec l'organisation du Ministère. Les dépenses financières et les risques politiques peuvent être contrôlés. La théorie semble bonne, mais du point de vue des Premières nations, les mises en œuvre antérieures ont démontré que tous les éléments sont liés entre eux, ce qui signifie que des ajustements mineurs à une partie de la *Loi sur les Indiens*, même si l'intention est bonne, vont mener invariablement à des conséquences imprévues et à des résultats négatifs dans d'autres domaines. Les efforts qui ont été déployés pour éradiquer la discrimination flagrante basée sur le sexe ont engendré d'autres formes de discrimination, le maintien d'une discrimination résiduelle basée sur le sexe et des conséquences hautement négatives sur l'identité au sein des familles. Le fait que des ressources adéquates n'aient pas été accordées pour la mise en œuvre des changements législatifs est une autre leçon que l'on peut tirer de l'expérience du projet de loi C-31. Enfin, des réformes par secteur peuvent avoir du succès, si l'on pense à la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations*, seulement lorsqu'elles sont mises en place par les Premières nations, fondées sur la compétence des Premières nations et avec leur consentement.
- 94 Mentionnons également que les questions liées aux modifications à la *Loi sur les Indiens* sont reliées inextricablement à la question de la reconnaissance des droits, c'est-à-dire à l'obligation de la Couronne de reconnaître et de respecter les droits reconnus et protégés en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
- 95 Un autre obstacle aux changements consiste dans le fait que trop souvent lorsque des progrès sont réalisés pour élaborer un processus visant à régler les questions relatives à la reconnaissance des droits et à la *Loi sur les Indiens*, les initiatives ont été interrompues en raison d'un changement de ministre ou de gouvernement, et une grande partie des efforts louables déployés a été perdue. Par exemple, deux années d'un travail conjoint ardu, dans le cadre de l'initiative conjointe (APN-AINC) sur l'élaboration des politiques (1999-2000), ont tout simplement été balayées lorsque le nouveau ministre des Affaires indiennes a décidé d'accorder plutôt la priorité à l'adoption d'une loi sur le gouvernement des Premières nations (LGPN). À la suite de la campagne pour mettre un terme à l'initiative de la (LGPN), les Premières nations ont travaillé ensemble à dresser une autre feuille de route pour instaurer des changements et, en 2004, elles ont présenté ce plan au gouvernement fédéral. Un accord Premières nations-Couronne a ainsi été conclu en 2005, visant à s'attaquer à plusieurs questions en suspens, dont la reconnaissance des droits, la politique en matière de consultation, les politiques régissant les initiatives législatives fédérales et plusieurs autres.

- 96** Aux yeux de l'Assemblée des Premières nations, le gouvernement s'est engagé à veiller à ce qu'un plan détaillé, y compris de nouvelles politiques et de nouveaux appuis pour les collectivités, soit élaboré conjointement et qu'il respecte la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations. En vertu de l'accord Premières nations-Couronne de 2005, du travail conjoint doit être entrepris dans les domaines suivants :
- a) de nouvelles approches stratégiques pour la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations, y compris des mécanismes pour la gestion et la coordination de relations intergouvernementales renouvelées et continues et l'évaluation de la possibilité d'adopter une loi sur la reconnaissance des gouvernements des Premières nations;
 - b) de nouvelles approches stratégiques pour la mise en œuvre des traités;
 - c) de nouvelles approches stratégiques pour la négociation des droits et des droits des Premières nations sur les terres;
 - d) un énoncé de principes directeurs en vue de réconcilier les droits prévus à l'article 35, dans le contexte de relations continues avec les gens des Premières nations, leurs gouvernements et le Canada;
 - e) des possibilités nouvelles ou existantes pour faciliter le renforcement des capacités des Premières nations en matière de gouvernance, en travaillant avec les collectivités et les organisations des Premières nations pour déterminer ensemble des approches qui appuieront la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations, y compris des programmes et des politiques, ainsi que des initiatives institutionnelles et législatives.
- 97** De son côté, l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) recherche actuellement des mesures et des actions correctrices dans plusieurs domaines qui, selon elle, sont reliés à ce processus sur les biens immobiliers matrimoniaux, soit :
- 1) veiller à ce que les programmes et les services destinés aux membres des bandes et découlant des traités soient offerts aux femmes, qu'elles vivent ou non dans les réserves;
 - 2) un mécanisme pour mettre en œuvre les traditions juridiques autochtones;
 - 3) l'accès à des mécanismes de règlement des litiges autres que les mécanismes habituels;
 - 4) des activités de sensibilisation du public et de communication reliées aux biens immobiliers matrimoniaux et à la violence familiale;
 - 5) des mesures efficaces pour lutter contre la violence;
 - 6) des analyses fondées sur le sexe et adaptées à la culture.
- 98** L'AFAC cherche également des mesures de redressement pour régler les conséquences de la colonisation sur le leadership des femmes, dont :
- 1) la pleine participation des femmes dans l'élaboration des systèmes de rechange pour le règlement des litiges;
 - 2) la pleine participation des femmes à la mise au point d'activités de sensibilisation publique;
 - 3) la pleine participation des femmes à des mesures de lutte contre la violence;
 - 4) une indemnisation pour les dommages subis en raison de *la Loi sur les Indiens* et les pertes reliées aux biens immobiliers matrimoniaux;
 - 5) un soutien pour la formation, l'éducation, l'emploi et la création d'entreprises pour les femmes;
 - 6) le choix en ce qui concerne l'appartenance à la bande pour les femmes et les enfants;
 - 7) une aide au rapatriement pour les femmes et leurs collectivités.

L'AFAC a conclu un accord avec le gouvernement fédéral 2005²⁵ pour l'élaboration conjointe de politiques, mais n'a pas encore obtenu le financement prévu dans cet accord pour sa mise en œuvre.

- 99** Il est évident qu'il faut un cadre stratégique détaillé pour gérer le processus du changement, un cadre basé sur deux principes fondamentaux, soit :
- 1) des politiques et des initiatives législatives fédérales fondées sur la reconnaissance de la compétence des Premières nations et le respect des droits ancestraux et des droits issus des traités;

²⁵ Vous trouverez une copie de l'accord AFAC-Canada 2005 dans le site Web d'Affaires indiennes Canada à http://www.ainc-inac.gc.ca/nr/prs/m-a2005/02665nwac_f.html.

- 2) l'obligation tant pour le gouvernement fédéral que pour les gouvernements des Premières nations de respecter et de mettre en œuvre les valeurs liées aux droits humains reconnues mondialement.

100 Un cadre stratégique détaillé fournirait du soutien et de la coordination pour les initiatives sectorielles et contribuerait à régler les domaines inévitables de chevauchement ainsi qu'à établir des liens stratégiques qui ne peuvent pas être traités dans le cadre d'une initiative législative sectorielle unique ni même dans une série d'initiatives sectorielles. Dans le cas des biens immobiliers matrimoniaux, comme le démontrera ce rapport, il existe un grand nombre de questions non résolues qui sont essentielles à la mise au point d'un régime détaillé en matière de biens immobiliers matrimoniaux, mais qu'une seule initiative sectorielle ne peut régler — des questions touchant la gestion des terres, les registres fonciers, les testaments et les successions, l'administration de la justice, l'autonomie gouvernementale, le statut des membres des Premières nations, la garde des enfants et les pensions alimentaires, pour n'en nommer que quelques-unes. Parmi les leçons apprises au cours de ce processus, soulignons la nécessité d'accorder aux Premières nations suffisamment de temps pour examiner toute proposition future de mesures législatives, et d'en discuter.

101 L'histoire du long débat sur l'avenir de la *Loi sur les Indiens* témoigne des racines profondes de plusieurs phénomènes persistants :

- 1) la lutte à savoir qui devrait contrôler le processus de changement dans les collectivités des Premières nations (le gouvernement fédéral ou les gouvernements des Premières nations);
- 2) la différence fondamentale d'opinion au sujet des changements réels qui doivent être apportés au moyen d'initiatives sectorielles menées par le gouvernement fédéral et dans l'absence d'un cadre stratégique détaillé mis au point par les Premières nations, énonçant les changements à long terme;
- 3) la lutte pour réconcilier les divisions qui existent au sein des collectivités au sujet du traitement réservé aux femmes et à leurs droits en raison de la *Loi sur les Indiens*;
- 4) l'histoire des initiatives lancées et interrompues entre les Premières nations et le Canada, visant à élaborer un vaste programme de changement, et cela, en raison souvent de changement de ministre ou de gouvernement au niveau fédéral.

IV. Le contexte juridique et social des ententes relatives à la propriété foncière et au logement dans les réserves

- 102** Toute nouvelle loi qui traitera des biens immobiliers matrimoniaux — peu importe sa source — devra être appliquée à une série de règlements juridiques existants visant à créer ou à reconnaître les droits individuels sur les terres de réserve. Les lois sur les biens matrimoniaux doivent également tenir compte du contexte social et culturel actuel dans lequel elles seront appliquées.
- 103** Tout au long du processus de consultation et de dialogue, les membres des Premières nations ont déclaré que la question des biens immobiliers matrimoniaux touchait la relation qu'ils ont avec la terre et la famille et, par conséquent, touchait également des questions qui sont intrinsèques au caractère distinct de chacune des Premières nations. Une des principales questions concernant les valeurs face à la terre et à la famille auxquelles sont confrontées les Premières nations aujourd'hui consiste à déterminer quel est le meilleur moyen d'assurer, à l'avenir, le bien-être collectif, la sécurité et la prospérité des Premières nations. Ces questions sont vite apparues évidentes au cours du processus de consultation. Deux aspects des discussions méritent d'être notés : premièrement, les Premières nations ont des points de vue différents au sujet du rôle de la propriété individuelle dans leurs collectivités et, deuxièmement, chaque Première nation a le droit de déterminer ce rôle conformément à ses propres valeurs culturelles et à sa propre évaluation de ce qui apporte la sécurité et le bien-être collectif dans la collectivité.
- 104** On doit également reconnaître que tant dans le système de common law que dans celui du droit civil, les lois provinciales sur les biens matrimoniaux ont été conçues pour s'appliquer aux droits juridiques particuliers reconnus par la loi provinciale. Ces droits sont connus des tribunaux établis dans la province, qui les reconnaissent également. La loi provinciale détermine en outre quels sont les droits juridiques relativement aux biens meubles et aux biens immeubles qui peuvent être enregistrés dans le système de régime foncier de la province et les conséquences juridiques de leur enregistrement. De plus, les provinces ont des façons différentes de procéder pour ce qui est du registre foncier.
- 105** Les régimes provinciaux touchant les biens matrimoniaux hors des réserves dans les systèmes de common law s'appliquent principalement à trois types de droits individuels juridiques sur les terres — les maisons détenues en fief simple, les maisons louées et, plus rarement, les domaines viagers. Au Québec, le *Code civil du Québec* détermine les règlements sur les droits de propriété privée en ce qui a trait aux biens « immeubles » (les terres et ce qui est attaché à la terre, ainsi que tous les droits sur les terres) et les biens « meubles » (les objets qui peuvent être déplacés physiquement). Ces catégories sont à peu près l'équivalent des concepts de l common law de « biens réels » et des « biens personnels », respectivement. Les droits sur les terres comprennent les droits de propriété, et ils doivent être enregistrés dans le système d'enregistrement des titres fonciers du Québec.
- 106** En dehors des réserves, le symbole prédominant de la propriété individuelle d'une maison dans les systèmes de common law est le fief simple. L'essence même du caractère juridique des droits en fief simple est leur aliénabilité sans restriction. Cela veut dire que le détenteur d'un droit en fief simple a un pouvoir sans restriction de vendre ou de transférer autrement ses droits à une autre personne. En dehors des réserves, les titres en fief simple sont un symbole puissant de sécurité financière et sont considérés comme un instrument souple contrôlé par des personnes et qui favorise la création de la richesse. Dans les systèmes de valeurs non autochtones, la capacité d'une personne de créer sa propre richesse est considérée le moyen le plus adéquat et plus pratique pour assurer la richesse collective de la société.
- 107** La plupart des gens sont conscients que le régime juridique qui s'applique aux terres de réserve est unique. Ce qui peut être moins clair pour les gens qui vivent à l'extérieur des réserves est l'ampleur et le nombre des divers droits individuels sur les terres, et sur le logement, qui existent dans les réserves et qui n'existent pas hors des réserves, que ce soit dans le système de common law ou dans le droit civil. Certains de ces droits individuels sont reconnus en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

Mais plusieurs ne le sont pas. Bon nombre des moyens qu'ont les Premières nations pour détenir des terres dans les réserves ou acquérir un logement proviennent des systèmes locaux de partage des droits collectifs et d'attribution de droits individuels pour l'usage et l'occupation des terres et des logements. Même la méthode de financement des logements dans les réserves est différente des méthodes qui ont cours hors des réserves. Cet aspect est très important car les accords juridiques pour le financement des logements peuvent avoir une influence sur l'ampleur et la nature des droits juridiques individuels sur une maison. Le *Registre des terres indiennes* établi en vertu de la *Loi sur les Indiens* n'offre pas la sécurité des titres comme celle qu'offrent, hors des réserves, les systèmes provinciaux de registres fonciers, et plusieurs des ententes relatives à la propriété foncière conclues par les Premières nations dans les réserves, entre elles et avec le conseil de bande, ne sont pas enregistrées dans le *Registre des terres indiennes*. De plus, on a signalé qu'il n'y avait pas des dispositions dans la *Loi sur les Indiens* autorisant l'adoption d'une réglementation sur les registres et, bien que des détails sur la façon d'opérer un registre sont décrits dans le *Guide du Registre des terres indiennes*, ce guide ne comporte pas de sanctions législatives²⁶.

108 Par ailleurs, la situation sociale et du logement des Premières nations qui vivent dans les réserves est différente de celle des gens hors des réserves de plusieurs façons, qui touchent les questions liées aux biens matrimoniaux. Par exemple, plus des deux tiers des logements dans les réserves appartiennent à la bande en vertu d'une certaine forme de propriété. Soixante-cinq pour cent de la population dans les réserves vivent dans des régions rurales, éloignées, d'accès spécial, comparativement à la population canadienne, où 80 % vivent dans des régions urbaines. Il faut aussi tenir compte des traditions liées aux droits de la famille et du clan.

109 Toutes ces questions constituent la réalité juridique, sociale et culturelle entourant la propriété foncière et le logement dans les réserves et à laquelle s'appliquera toute loi sur les biens matrimoniaux. Ce contexte doit être pris en considération dans toute proposition d'options visant à améliorer les protections concernant les biens immobiliers matrimoniaux.

Caractéristiques juridiques uniques des droits collectifs des Premières nations sur les terres de réserve

110 De façon traditionnelle, les Premières nations ont toujours considéré comme un principe fondamental régissant leur régime foncier (y compris tout droit individuel sur les terres de réserve) la valeur du maintien des droits collectifs des Premières nations sur leurs terres de réserve. Ce principe a servi d'élément central pour assurer que les petites portions de territoires traditionnels représentées par des terres de réserve demeurent entre les mains des Premières nations et de leurs membres. Pour la grande majorité des Premières nations d'aujourd'hui, ce principe est considéré non seulement comme une norme juridique nécessaire régissant leurs relations avec les autres personnes, mais il reflète également les normes sociales contemporaines et les valeurs culturelles de leurs sociétés.

111 La vaste majorité des Premières nations sont assujetties au régime foncier prévu dans la *Loi sur les Indiens*. Ce régime ne prévoit pas, ni ne permet, la propriété en fief simple de toute portion de terres de réserve par des membres individuels de la bande ou par d'autres personnes. L'absence de propriété en fief simple découle du principe général de l'inaliénabilité des terres de réserve et le fait que c'est la Couronne, et non les Premières nations ou des membres individuels des Premières nations, qui détient les titres juridiques sur les terres de réserve. En vertu de la loi canadienne, les droits collectifs des Premières nations sont considérés comme un droit unique semblable à un « droit à titre de bénéficiaire », tout en étant légèrement différent. Ce traitement juridique des terres de réserve a pour but de créer un système où les terres ne peuvent pas être vendues à un non-membre sans que la terre n'ait été cédée au préalable à la Couronne en vertu d'une décision prise par la Première nation dans son ensemble.

²⁶ Brian Ballantyne et James Dobbin, *Options for Land Registration and Survey Systems On Aboriginal Lands In Canada*, rapport préparé à l'intention de la Division des levés officiels de Géomatique Canada, janvier 2000, p. 2.10.

112 La principale raison pour laquelle les terres de réserve ne peuvent pas être aliénées à des non-membres par une décision d'un des membres d'une bande se retrouve dans plusieurs dispositions de la *Loi sur les Indiens*, comme dans les articles 18, 28 et 29 :

18. (1) *Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.*

28. (1) *Sous réserve du paragraphe (2), est nul un acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature, écrit ou oral, par lequel une bande ou un membre d'une bande est censé permettre à une personne, autre qu'un membre de cette bande, d'occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.*

29. *Les terres des réserves ne sont assujetties à aucune saisie sous le régime d'un acte judiciaire.*

113 Assurer l'inaliénabilité générale des terres de réserve est une des principales raisons pour lesquelles l'autorité législative exclusive sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » a été accordée au Parlement fédéral en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* plutôt qu'aux législatures provinciales. Outre les articles 18, 28 et 29 mentionnés ci-dessus, les dispositions suivantes de la *Loi sur les Indiens* abordent la question des droits collectifs de chaque Première nation sur ses terres de réserve : 2 (1) dans les définitions de « bande » et de « réserve », articles 2(2), 16(2), 25(1), 25(2), 30, 31, 35, 36, 37, 38, 39, 46, 58, 81 (1) (i), (p), (p.1) (p.2). Voir Annexe D pour une liste des dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*.

114 Dans l'arrêt *Queen c. Devereaux*, la Cour suprême du Canada décrit ainsi la fonction principale de la Loi : « *La Loi vise à préserver intactes, pour les bandes indiennes, les réserves mises de côté pour celles-ci, sans égard au souhait d'un Indien en particulier d'aliéner pour son propre profit une partie de la réserve dont il peut être locataire. C'est ce que prévoit le paragraphe 28(1) de la Loi* ». [Traduction libre]

115 Même dans les décisions concernant les attributions de terres de réserve à des particuliers conformément à la *Loi sur les Indiens*, les gouvernements des Premières nations sont tenus de respecter non seulement leurs obligations d'équité en vertu de la common law, mais également leurs obligations fiduciaires envers tous les membres des bandes (citoyens) soit de tenir compte des droits des autres membres de la bande. Par exemple, dans l'arrêt *Lower Nicola Indian Band c Trans Canada Displays Ltd.*, la Cour fédérale a déclaré que cette obligation fiduciaire des Premières nations dans la prise de décision au sujet des attributions à des particuliers « exige de concilier les droits collectifs de la bande et les droits de la personne qui demande l'attribution, en considérant le meilleur usage possible de la terre pour le profit de la bande. »²⁷ [Traduction libre]

116 Nous trouvons un autre exemple de ce principe au paragraphe 36(1) de la *Loi sur les Indiens*, concernant les testaments, soit : « *Le ministre peut déclarer nul, en totalité ou en partie, le testament d'un Indien, s'il est convaincu de l'existence de l'une des circonstances suivantes ... (d) le testament vise à disposer d'un terrain, situé dans une réserve, d'une façon contraire aux intérêts de la bande ou aux dispositions de la présente loi* ».

117 Le fait que les droits que possèdent les Premières nations dans leurs terres de réserve sont les mêmes ou l'équivalent des « titres indiens » constitue un autre principe juridique important. Dans l'arrêt *Guerin*²⁸, la Cour a statué : « *À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur*

²⁷ *Lower Nicola Band v. Trans-Canada Displays Ltd.* [2000] 4 C.N.L.R.185 (B.C.S.C.); voir également *Campbell c. Elliott et al.*, [1988] 4 C.N.L.R. 45 (F.C.T.D.).

²⁸ *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 (C.S.C.)

des terres tribales traditionnelles. Le droit des Indiens sur les terres est le même dans les deux cas en : voir l'arrêt *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401, aux p. 410 et 411 (l'affaire *Star Chrome*). La Cour a poursuivi en disant que le « droit que les Indiens ont sur leurs terres est un droit, en common law, qui existait déjà et qui n'a été créé ni par la Proclamation royale de 1763, ni par le par 18(1) de la Loi sur les Indiens, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif ».

118 Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a décrit plusieurs dimensions clés du titre autochtone qui le rendent unique et reconnaissable par rapport aux droits « normaux » sur les biens :

- 1) il ne peut être compris qu'en tenant compte tant de la common law que du point de vue autochtone;
- 2) l'aliénabilité est une de ses dimensions clés, c'est-à-dire que les terres détenues en vertu d'un titre autochtone ne peuvent pas être transférées, vendues ou cédées à quiconque autre que la Couronne et, par conséquent, elles sont inaliénables à une tierce partie;
- 3) les titres indiens découlent de l'occupation et de la possession historiques des Premières nations de leurs terres tribales; ils découlent également du fait qu'elles possédaient ces terres avant la déclaration de la souveraineté britannique, alors que les propriétés comme celles détenues en fief simples ont été constituées par la suite;
- 4) les titres autochtones sont détenus en commun, ils ne peuvent pas être détenus par un membre d'une Première nation en tant que particulier;
- 5) les décisions relatives aux terres sont prises par la collectivité.

119 Dans l'arrêt *Delgamuukw*²⁹, la Cour a également statué sur l'importance du principe de l'inaliénabilité, au paragraphe 129 :

« J'ai indiqué précédemment que l'inaliénabilité des terres indiennes découle, du moins en partie, du principe de common law selon lequel les personnes qui s'établissent dans une colonie doivent obtenir leur titre par voie de concession de la Couronne et que, par conséquent, elles ne peuvent pas l'acquérir en l'achetant à des autochtones. L'inaliénabilité découle également, une fois de plus en partie seulement, de la politique générale qui consiste à « veiller à ce que ceux-ci [les Indiens] ne soient pas dépouillés de leurs droits »: voir *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 133. L'inaliénabilité des terres détenues en vertu d'un titre aborigène indique que ces terres sont quelque chose de plus qu'un simple bien fongible. Le rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec les terres sur lesquelles elle possède un titre aborigène comporte un aspect important de nature non économique. Les terres en elles-mêmes ont une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci. »

120 Ainsi, lorsqu'un membre d'une Première nation acquiert des droits en tant que particulier pour occuper et utiliser des portions de terres de réserve, cela se fait dans le contexte des caractéristiques générales et uniques des droits collectifs prévus par les titres indiens, conformément aux droits des Premières nations sur les terres, y compris les éléments qui ne peuvent pas être évalués en termes monétaires. De plus, ces droits individuels seront assujettis aux droits collectifs. Néanmoins, les membres d'une bande peuvent acquérir le droit d'utiliser et d'occuper des parcelles de terres de réserve de diverses façons, dont certaines sont prévues dans la *Loi sur les Indiens* et d'autres qui ne le sont pas. Par conséquent, le statut juridique et la sécurité de ces droits individuels sur les terres de réserve au sein du système juridique, dans leur état actuel, peut également varier.

121 On a dit souvent que l'attribution d'une parcelle de terre de réserve en vertu de l'article 20 accordait un droit de possession qui est semblable, sous plusieurs aspects, à la propriété en fief simple, puisque la délivrance d'un certificat de possession fournit au membre qui en est le détenteur une grande latitude vis-à-vis de la Première nation, pour ce qui est de l'usage et de l'occupation de la parcelle de terre. (La question des certificats de possession, des attributions coutumières et d'autres formes de propriété foncière et d'ententes en matière de logement dans les réserves est abordée dans le prochain chapitre de ce rapport.) Un membre peut vendre, transférer ou louer la parcelle de

²⁹ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 R.C.S. 1010 (CSC).

terre à d'autres membres de la Première nation. Cependant, même le pouvoir de transférer et de vendre est assujéti à l'approbation du ministre (article 24 de la *Loi sur les Indiens*) ou de son délégué, lequel pourrait être la Première nation en vertu des articles 53 et 60 de la *Loi sur les Indiens*. Finalement, un droit dans une terre de réserve détenu en vertu d'un certificat de possession n'est pas l'équivalent de tout autre type de propriété foncière conformément à la loi canadienne.

- 122** Face à la complexité des changements économiques à l'échelle nationale et internationale, les gouvernements des Premières nations doivent prendre des décisions nombreuses et complexes au sujet de la façon dont leurs terres doivent être utilisées et gérées en vue d'assurer leur bien-être collectif. Elles doivent entre autres décider quel régime juridique doit être appliqué à leurs terres de réserve. Aujourd'hui, la vaste majorité des Premières nations continuent d'estimer que la voie vers leur sécurité collective réside dans la préservation de leurs droits collectifs sur les terres. Ainsi, si on permettait une cession sans restriction des terres contrôlée par des individus, cela conduirait ultimement au démantèlement des réserves, à la perte de leurs cultures distinctes et à la fin de l'existence politique propre des Premières nations.
- 123** D'un autre côté, il y a certaines Premières nations qui sont impatientes d'instaurer de nouvelles formes de propriété foncière et de régime foncier qui permettraient d'accorder des droits individuels sur les terres de réserve afin qu'elles soient davantage axées sur le marché et qu'elles puissent servir de moyen de promouvoir le bien-être et la richesse individuels et collectifs.
- 124** Les droits collectifs que détiennent les Premières nations sur leurs terres signifient qu'elles ont le droit de décider comment leurs terres doivent être utilisées et gérées de façon à promouvoir la sécurité à long terme de toute la nation, et cela, pour le présent et l'avenir.
- 125** Dans la gamme des résultats de l'autonomie gouvernementale pour les Premières nations qui ont négocié de ne plus être assujétiées au régime de la *Loi sur les Indiens*, on trouve certains des choix disponibles. Ainsi, certaines ententes relatives à l'autonomie gouvernementale ont permis de créer des systèmes dans lesquels les terres sont détenues par la nation et peuvent être détenues par des membres en fief simple (la nation des Sechelts). D'autres ententes prévoient que les droits individuels des Premières nations peuvent être enregistrés dans le registre foncier de la province (la nation des Nisga'a). D'autres encore ont conservé le statut de leurs terres de réserve en vertu du paragraphe 91(24) en tant que terres mises de côté pour les Indiens et continuent de fonctionner en utilisant divers moyens, soit le certificat de possession, les certificats de type semblable au certificat de possession, les attributions coutumières, et les ententes en matière de logement, sur les terres générales de la bande (Première nation de Westbank).
- 126** Quelque 48 Premières nations ont choisi de ne plus être assujétiées aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant le régime foncier en concluant une entente avec le Canada de façon à ce que s'applique la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* (LGTPN). Et cinquante et une autres Premières nations sont sur une liste d'attente pour se prévaloir de l'initiative de la LGTPN. En vertu de ce régime, les Premières nations concernées peuvent déterminer comment fonctionner ou reformuler les règlements juridiques touchant les droits individuels sur leurs terres de réserve en adoptant un code foncier. Dans les douze mois suivant l'entrée en vigueur du code foncier, une Première nation assujétiée à la LGTPN est tenue d'adopter une loi concernant les biens immobiliers matrimoniaux.
- 127** La LGTPN, et l'entente cadre qui l'accompagne, est un modèle législatif qui exige de la Première nation intéressée qu'elle réalise au moins trois étapes principales de s'en prévaloir et se retirer du régime de gestion foncière prévu par la *Loi sur les Indiens* :
- 1) la négociation d'une entente individuelle entre le Canada et la Première nation intéressée;
 - 2) l'adoption d'un code foncier;
 - 3) l'entrée en vigueur du code foncier (le conseil détermine cette date dans le code foncier même).
- Ces trois étapes peuvent exiger plusieurs années et, jusqu'à ce qu'elles soient achevées, le régime de gestion foncière de *Loi sur les Indiens* continue de s'appliquer à la Première nation concernée.

De même, jusqu'à ce que ces trois étapes soient achevées, il n'y a aucune obligation d'élaborer un code concernant les biens immobiliers matrimoniaux « au moment de la rupture d'un mariage ». En vertu de l'article 17, une Première nation doit élaborer des règlements concernant les biens immobiliers matrimoniaux à la suite d'un processus de consultation auprès de la collectivité. Cela signifie que la lacune de la *Loi sur les Indiens* demeure jusqu'à ce que les règlements sur les biens immobiliers de la Première nation soit ratifiés par la collectivité et c'est l'entrée en vigueur du code foncier qui déclenche l'obligation d'adopter un code sur les biens immobiliers matrimoniaux. Dans l'article 17, il est stipulé que :

- 17 (1) *La première nation doit veiller à l'établissement, en conformité avec l'accord-cadre et au terme du processus de consultation populaire prévu à cette fin dans le code foncier, de règles générales — de procédure et autres — applicables, en cas d'échec du mariage, en matière soit d'utilisation, d'occupation ou de possession des terres de la première nation, soit de partage des droits sur celles-ci.*
- (2) *Elle est tenue, dans les douze mois qui suivent la date d'entrée en vigueur du code foncier, de les insérer dans ce code ou de prendre des textes législatifs sur le sujet.*

128 À l'heure actuelle, des 48 Premières nations assujetties à la LGTPN :

- 18 ont adopté des codes fonciers;
- 30 sont en cours d'élaboration de leurs codes fonciers;
- 10 ont adopté une loi sur les biens immobiliers matrimoniaux;
- 2 élaboreront d'ici deux ans une loi sur les biens immobiliers matrimoniaux;
- 6 ont dépassé la période d'une année exigée pour l'élaboration d'une loi sur les biens immobiliers matrimoniaux (voir Annexe E).

129 Les Premières nations qui fonctionnent toujours en vertu du régime foncier de la *Loi sur les Indiens* mettent actuellement au point de nouvelles approches, et en font l'expérience, en matière de logement, de gestion foncière et de droits individuels sur les terres. La bande indienne du Lac La Ronge (LLRIB), par exemple, utilise un système d'attributions coutumières et a mis au point un programme pour financer la construction de nouveaux logements et permettre aux membres d'acheter les unités de logement que loue actuellement la bande. La Première nation a créé son propre système de documents et de politique en matière de location pour cette fin. Une des politiques permet aux membres de la bande de présenter une demande d'un nouveau bail résidentiel, qui est un moyen d'accession à la propriété au sein de la collectivité. Ces baux ont une durée déterminée de 29 années et accordent aux détenteurs du bail des droits temporaires de propriété sur la terre. À l'étape de l'élaboration de leur politique en matière de logement, et tout en tenant compte des commentaires de la collectivité, la Première nation du Lac la Ronge a examiné le système des certificats de possession et a déterminé et qu'il était trop restrictif puisque, au fil du temps, la Première nation perdait la possibilité de modifier ou d'adapter l'usage des terres³⁰. La Première nation du Lac la Ronge a également mis en place de nouvelles ententes de financement avec la Banque de Montréal et Affaires indiennes et du Nord Canada, ententes qui permettent à la bande de garantir des prêts résidentiels aux membres et qui constituent un fonds de prêts renouvelables pour aider les membres, en leur offrant des ententes de cofinancement. Les éléments de base de ces baux comprennent une disposition concernant les conjoints non membres, comme le stipule le document de politique : « v) *Les conjoints non membres doivent signer une déclaration selon laquelle ils ne détiennent pas de droits sur la propriété avant que ne soit accordé le bail. Dans le cas du décès du conjoint membre, le conjoint non membre peut soit vendre la maison soit la détenir en fiducie si des enfants membres de la bande sont issus du mariage. Si la maison ne se vend pas dans les six mois, la bande convient de l'acheter ou peut la louer ou la conserver dans le but de la vendre à un autre membre de la bande.* » [Traduction libre]

³⁰ Lac La Ronge Indian Band No. 353 On-reserve Home Ownership Program Overview, présenté à Affaires indiennes et du Nord Canada le 12 avril 2006.

130 Il existe une grande diversité et unicité des droits individuels détenus par des particuliers dans les réserves assujetties à la *Loi sur les Indiens*, qui seront traités dans la prochaine section du présent rapport.

Diversité et unicité des droits individuels sur les terres de réserve

131 D'un point de vue juridique, financier, social et culturel, les ententes relatives à la propriété foncière et au logement dans les réserves sont très différentes et, sous plusieurs aspects, elles n'ont pas de parallèles hors des réserves. Le vérificateur général³¹ et bon nombre de décisions des tribunaux ont soulevé ces distinctions (voir Annexe F).

132 Bien que la *Loi sur les Indiens* ne permette pas la propriété individuelle en fief simple de parcelles de terres de réserve, la Loi stipule que des particuliers peuvent détenir des droits individuels d'utilisation et d'occupation de parcelles de terres de réserve. La Loi prévoit un processus pour reconnaître la possession légale par un membre d'une Première nation, possession qui peut être prouvée par la délivrance d'un certificat de possession. Pour diverses raisons, plusieurs membres des Premières nations vivent dans des maisons situées sur des terres de réserve qui n'ont pas été attribuées en vertu d'un certificat de possession.

133 Une des nombreuses anomalies dont témoigne la situation actuelle en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves est la distinction entre ce que stipule la *Loi sur les Indiens* et ce qui se produit en réalité au chapitre de la propriété foncière dans les réserves. Dans la *Loi sur les Indiens* même, la seule façon qu'une terre est détenue ou peut être détenue dans une réserve par des particuliers est au moyen d'un certificat de possession. Cependant, cela ne reflète pas la réalité sociale, juridique et politique du traitement que les Premières nations accordent à la question des terres et du logement dans leurs réserves. En fait, l'utilisation par les Premières nations de la disposition de la *Loi sur les Indiens* concernant les attributions est maintenant traitée comme une option au titre d'une politique. Affaires indiennes et du Nord Canada estime qu'environ 50 % des Premières nations utilisent le système d'attributions prévu dans la *Loi sur les Indiens*. Bon nombre de Premières nations, en particulier les Premières nations dans les Prairies visées par les traités, ont refusé presque catégoriquement d'utiliser ce système pour diverses raisons. Pour ces Premières nations, le système d'attributions prévu dans la *Loi sur les Indiens* représente une tentative échouée de persuader les Premières nations d'utiliser des règlements concernant les droits individuels sur les terres de réserve définis par des gouvernements de l'extérieur³². Parmi les autres raisons invoquées pour utiliser les procédures en matière d'attribution de parcelles de terres de réserve en dehors de la *Loi sur les Indiens*, notons les raisons financières. AINC exige désormais que les terres soient arpentées avant qu'un certificat de possession ne puisse être émis, et ne débourse plus les frais des levés. Par conséquent, plusieurs Premières nations choisissent de recourir à un système d'attributions coutumières des terres pour accorder une parcelle de terre à un membre d'une Première nation sans que ce dernier n'ait à payer les frais de l'arpentage, ou que ces frais ne soient déboursés à partir des fonds de la bande.

134 Un autre facteur à prendre en considération dans l'élaboration de toute loi sur les biens immobiliers matrimoniaux est qu'il semble exister dans la plupart des collectivités des Premières nations, sinon dans toutes ces collectivités, un vaste ensemble de politiques, de règlements, de coutumes et de traditions juridiques qui fonctionnent en dehors de la reconnaissance de la *Loi sur les Indiens*, mais qui sont compris par les membres des collectivités comme s'appliquant aux droits des particuliers, des familles et des clans sur les terres de réserve. En général, il n'y a pas de système d'enregistrement pour les attributions reconnues comme des attributions coutumières, sauf parfois

³¹ *Rapport du vérificateur général du Canada*, avril 2003, chapitre 6, pièce 6.1.

³² Cornet Consulting & Mediation Inc. (Wendy Cornet and Allison Lendor), *Les Biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves. Document de travail*, 28 novembre 2002; Douglas Sanders, « The Present System of Land Ownership », communication présentée lors de la Conférence des Premières nations sur le droit foncier, les 29 et 30 septembre 1988 au Justice Institute de la Colombie-Britannique; Brian Ballantyne et James Dobbin, *Options for Land Registration and Survey Systems On Aboriginal Lands In Canada*, rapport préparé à l'intention de la Division des levés officiels de Géomatique Canada, janvier 2000.

une mention de leur existence dans la résolution du conseil de bande visant à enregistrer la décision de la Première nation à cet égard. Les attributions coutumières n'ont pas à être enregistrées dans le *Registre des terres indiennes* d'AINC car la *Loi sur les Indiens* ne les reconnaît pas en tant que « possession légale ».

135 Toute réponse pratique et utile aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves exigera de tenir compte des diverses façons dont les membres individuels des Premières nations occupent les logements sur les terres de réserve, à l'intérieur comme à l'extérieur des dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Il existe une multitude de situations différentes, et à divers degrés, dans les différentes réserves.

136 Jusqu'à maintenant, dans la plupart de la documentation disponible touchant les droits individuels d'occuper des terres de réserve, on a mis l'accent sur deux situations principales : les terres détenues en vertu d'un certificat de possession et les terres détenues selon les attributions coutumières. Du point de vue de la *Loi sur les Indiens*, ces deux aspects tombent respectivement dans deux catégories de droits : la « possession légale » et la « possession illégale ». Bien que la question du traitement légal des terres détenues en vertu d'un certificat de possession et les attributions coutumières soient une question politique clé, il existe de nombreuses autres situations de propriété foncière et de logement dont il faut tenir compte. Il existe des pratiques historiques, comme le « Cardex Holdings », qui ont permis d'accorder des droits qui sont encore enregistrés aujourd'hui dans le *Registre des terres indiennes*. Mentionnons en outre les nouveaux instruments juridiques mis au point par les Premières nations pour encourager la propriété privée (p. ex. les initiatives prises par la Première nation du Lac La Ronge et par la Première nation de Little Pine, ainsi que par les Mohawks de la baie de Quinte).

137 Le tableau ci-dessous présente un éventail des droits individuels sur les terres de réserve (c'est-à-dire différentes façons dont les membres des Premières nations peuvent occuper ou utiliser une terre de réserve ou un logement sur une terre de réserve) qui peuvent être pertinents pour la question des droits sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves au cours d'un mariage ou de la rupture d'un mariage. Dans l'élaboration de toute proposition législative de droits et de recours précis, il faudra tenir compte de leur incidence sur la situation sociale et la vie quotidienne des familles qui seront touchées.

Tableau 1 : Droits individuels sur les terres de réserve des membres d'une bande en vertu de la *Loi sur les Indiens*

1) Attribution détenue en vertu d'un certificat de possession

- une parcelle de terre dont l'attribution est approuvée par le conseil de bande et par le ministre des Affaires indiennes, comme le prouve la délivrance d'un certificat de possession;
- fournit un droit individuel reconnu d'utiliser et d'occuper une parcelle de terre de réserve (qui a été arpentée) pour une période de temps indéfinie;
- une parcelle attribuée en vertu d'un certificat de possession ne peut pas être redivisée sans qu'il y ait eu un manquement majeur dans le processus d'attribution, comme une fraude ou une description erronée;
- la parcelle détenue en vertu d'un certificat de possession est considérée une « possession légale » aux termes de la *Loi sur les Indiens*;
- une parcelle est attribuée en vertu d'une résolution du conseil de bande, et une fois qu'elle a obtenu l'approbation du ministre;
- une attribution approuvée est ensuite enregistrée dans le *Registre des terres indiennes*, et ce registre délivre un certificat de possession comme preuve de possession légale;
- la possession légale des terres est considérée avoir été transférée une fois que le ministre (ou son délégué) a approuvé cette attribution;
- la politique ministérielle (*Guide de la gestion des terres*, chapitre 3, page 4) détermine les exigences de la résolution du conseil de bande pour que la Première nation approuve

l'attribution d'une parcelle de terre, par exemple la majorité des votes des membres du conseil et le quorum);

- un certificat de possession peut être transféré à un autre membre de la bande (par don ou vente) conformément à l'article 24 de la *Loi sur les Indiens*;
- un certificat de possession peut être transmis par testament à une personne qui a le droit de résider dans la réserve, conformément à la *Loi sur les Indiens*;
- lorsqu'une personne décède sans testament, la valeur de toute la succession, y compris la valeur des certificats de possession peut être transmise par succession sans testament en vertu de la *Loi sur les Indiens*;
- peut être détenue par un membre seul ou conjointement avec un ou plusieurs autres membres de la Première nation en vertu de la propriété conjointe ou de la propriété en commun.

2) *Certificat d'occupation*

- fournit un droit temporaire d'occuper une terre de réserve, jusqu'à une période de deux ans, au détenteur du certificat ou à ceux qui le réclament par l'intermédiaire de la personne, par legs ou par transmission sous forme d'héritage;
- détermine une période d'occupation;
- est émis lorsque le ministre retient l'approbation d'une attribution de terre approuvée par le conseil, en général jusqu'à ce que certaines conditions soient remplies (par exemple l'obtention d'un levé);
- peut-être prolongé pour une autre période n'excédant pas deux années;
- une fois les conditions remplies, le locataire peut soumettre l'attribution à l'approbation du ministre et obtenir un certificat de possession;
- le Ministère affirme que la possession temporaire n'est pas une « possession légale » comme définie au paragraphe 20(1) de la Loi; par conséquent, le membre de la Première nation ne peut pas transférer ou transmettre autrement la terre en question, sauf par legs ou transmission en vertu d'un héritage, et les héritiers doivent remplir les conditions exigées pour être admissibles à la possession légale de la parcelle de terre (voir le paragraphe 4.6 de la directive 3-3 du *Guide de la gestion des terres*).

3) *Possession sous « cardex »*

- un droit individuel historique sur une terre de réserve créé par une résolution du conseil de bande et approuvé par le ministre, conformément au paragraphe 20(1) de la *Loi sur les Indiens*;
- le *Guide de la gestion des terres* d'AINC précise que les descriptions des terres associées à la possession sous « cardex » étaient vagues et souvent erronées, et bien que la plupart des droits reconnus comme possession sous « cardex » soient enregistrés dans le *Registre des terres indiennes*, ces terres doivent avoir été arpentées adéquatement avant que toute transaction ne puisse avoir lieu sur cette parcelle précise de terre;
- considérée « une possession légale » en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

4) *Avis de droit de possession*

- un droit semblable à une possession sous « cardex » mais, en général, la parcelle de terre n'a pas été arpentée;
- un droit sur une parcelle lorsque l'attribution a été approuvée par le ministre, mais qu'aucun titre n'a été délivré;
- considérée « une possession légale ».

5) *Aucune preuve qu'un titre n'a été délivré*

- possession légale approuvée par le ministre, mais aucun titre n'a été délivré;
- habituellement, la parcelle de terre n'a pas été arpentée.

- 6) *Billets de location*
- un document délivré par le passé en vertu de plus anciennes versions de la *Loi sur les Indiens*, en tant que preuve qu'une personne détient la possession légale d'une parcelle de terre de réserve;
 - est synonyme d'un certificat de possession, comme défini en vertu de la *Loi sur les Indiens*.
- 7) *Réclamations en vertu de l'article 22 (Terres détenues par un membre avant la création de la réserve)*
- en vertu de l'article 22 de la *Loi sur les Indiens*, la possession légale de terres de réserve peut survenir lorsqu'un membre d'une Première nation était en possession de terres avant que ces terres n'aient été incluses dans la réserve, et que le détenteur n'ait apporté des modifications à la terre.
- 8) *Droits individuels des membres sur les terres désignées*
- lorsqu'une Première nation a cédé sous condition une partie de ses terres de réserve au fin de développement économique, par exemple la construction de logements, les membres ainsi que les non-membres peuvent acquérir des droits individuels sur ces terres;
 - l'article 20 prévoit que la procédure d'attribution de parcelles au moyen d'un certificat de possession ne peut pas s'appliquer aux terres désignées.

Tableau 2 : Droits individuels sur les terres générales de la bande

- 9) *Attribution coutumière accordant la possession légale en vertu de la Loi sur les Indiens*
- « attribution coutumière » lorsque l'approbation du conseil de bande est prouvée au moyen d'une résolution du conseil de bande et qu'il y a également, par la suite, l'approbation du ministre, entre autres au moyen d'une garantie d'emprunt ministérielle, mais qu'aucun certificat de possession n'est émis;
 - peut être considérée comme une possession légale malgré l'absence d'un certificat de possession, car certaines actions du ministre ou du Ministère indiquent qu'elle a été approuvée (voir *George c. George*, BCCA).
- 10) *Attribution coutumière enregistrée dans le Registre des terres indiennes*
- pendant un certain temps au cours des années 1970, le Ministère avait mis en place une politique pour permettre l'enregistrement des attributions coutumières dans le *Registre des terres indiennes*;
 - au cours des années 1970, AINC estimait que le recours à ce genre d'attribution avait une certaine valeur pour les Premières nations et a mis en place une politique pour enregistrer de tels droits dans le *Registre des terres indiennes*;
 - dans le cadre de cette politique, AINC a délivré des permis d'occupation pour les attributions coutumières tout en affirmant que cela était fait pour des raisons administratives seulement et que cela ne devait pas constituer une possession légale;
 - en vertu de la politique fédérale actuelle, ces attributions ne sont pas considérées comme des possessions légales conformément à la *Loi sur les Indiens*. Ainsi, elles ne sont pas administrées par AINC et ne sont plus enregistrées désormais dans le *Registre des terres indiennes*. Les attributions qui avaient été enregistrées antérieurement y sont demeurées.
- 11) *Attribution coutumière accordant la possession légale en vertu de la Loi sur les Indiens*
- « l'attribution coutumière » existe lorsque l'approbation du conseil de bande est prouvée d'une certaine façon, entre autres au moyen d'une résolution du conseil de bande, mais que l'approbation du ministre, explicite ou sous-entendue, n'existe pas;
 - Ce que le Ministère comprend de ce type d'attribution coutumière est décrit comme suit dans le *Guide de la gestion des terres*, au chapitre 3 : « *Certaines Premières nations ne*

souscrivent pas aux dispositions de la Loi sur les Indiens relatives à l'attribution. Elles reconnaissent plutôt le régime de possession coutumière ou traditionnelle et accordent « des droits d'occupation selon le bon du conseil de la Première nation ». Le Ministère n'administre pas ces droits, qui ne sont pas des «droits de possession légale» aux termes de la Loi sur les Indiens et qui ne sont donc pas inscrits au Registre des terres indiennes les détenteurs de ces intérêts n'ont pas de droits légaux et demeurent sur la propriété au bon plaisir du conseil de la Première nation. »

12) *Maison appartenant à un particulier située sur les terres générales de la bande*

- des terres qui n'ont pas été attribuées à un particulier au moyen d'un certificat de possession sont considérées comme des « terres de la bande »;
- dans certaines réserves, les maisons sont construites sur les terres générales de la bande aux propres frais du particulier, et celui-ci organise ses propres arrangements financiers auprès d'une institution bancaire;
- cette situation peut survenir même s'il n'y a pas d'attribution coutumière.

13) *Location d'un logement appartenant à la bande sans entente de location avec option d'achat*

- un logement qui appartient à la bande est souvent appelé un « logement social »;
- plusieurs gens des Premières nations vivent dans des maisons qui appartiennent au conseil de bande et qui leur sont attribuées par ce conseil conformément à un contrat exigeant qu'ils paient un loyer, souvent déterminé selon leur revenu mensuel (généralement en vertu de l'article 95 du Programme de logement sans but lucratif dans les réserves de la SCHL).

14) *Loyer avec option d'achat d'un logement appartenant à la bande avec un certificat de possession en gage*

- un logement en vertu d'un contrat conclu entre la bande et un membre de la bande et selon lequel le membre accepte de payer (sur un certain nombre d'années) l'hypothèque acquise par la bande pour construire le logement;
- dans le cas où un certificat de possession aurait été délivré pour la terre sur laquelle la maison est située, le membre de la bande garantira le certificat de possession à la bande, et la bande conservera le certificat de possession de la personne jusqu'à ce que l'hypothèque soit complètement remboursée;
- un certificat de possession donné en garantie doit être inscrit dans le *Registre des terres indiennes*;
- une fois l'hypothèque entièrement remboursée, le certificat de possession concernant la maison construite sur cette terre est retournée à la personne, qui devient alors le « propriétaire » de sa maison;
- si l'hypothèque n'est pas entièrement remboursée en raison d'un défaut de paiement par exemple, le membre de la bande abandonne le certificat de possession et le droit d'utiliser et d'occuper la terre, et on considère qu'il ne détient plus aucune valeur dans la maison.

15) *Loyer avec option d'achat d'un logement appartenant à la bande avec une garantie d'un consentement écrit d'occuper la terre autrement que par un certificat de possession*

- cette situation est semblable à celle décrite ci-dessus, sauf qu'elle touche une maison qui appartient à la bande et qui a été construite sur une parcelle détenue en vertu d'une attribution coutumière; le membre de la bande peut garantir, au moyen d'un consentement écrit, qu'il abandonnera son droit d'utiliser et d'occuper les terres et la maison dans l'éventualité d'un défaut de paiement;
- la garantie par consentement écrit relativement à une attribution coutumière n'est pas enregistrée dans le *Registre des terres indiennes*.

138 Un autre enjeu est celui de comprendre les limites du *Registre des terres indiennes* pour aider à identifier avec précision les droits des biens immobiliers matrimoniaux. À cet égard, j'attire votre

attention sur les commentaires suivants de Brian Ballantyne et James Dobbin : « *Le système n'exige pas l'enregistrement pour que le titre puisse être transféré. Par exemple, on peut attribuer à un membre d'une Première nation un droit exclusif d'utiliser et d'occuper une parcelle de terre de réserve. La Loi sur les Indiens exige qu'un tel droit soit attribué par le conseil de la Première nation et confirmé par le ministre. Les documents appropriés peuvent ensuite être transmis au Registre des terres indiennes pour enregistrement, et cette étape n'est apparemment pas nécessaire en vertu de la Loi pour les droits conférés à un membre. De façon semblable, un membre peut transférer son attribution à un autre membre, avec également l'approbation du ministre. Ici encore, l'enregistrement n'est apparemment pas nécessaire pour les droits conférés au nouveau détenteur. Il n'y a pas de système de priorité autorisé par la loi pour les attributions enregistrées par rapport aux attributions non enregistrées, et il existe un système de priorité très peu fiable pour l'attribution de baux sur les terres désignées. Par conséquent, le système ne peut pas répondre de façon irréfutable à la question fondamentale à savoir qui détient tel droit sur une parcelle de terre précise [...] Le système ne peut pas garantir que la personne dont le nom est sur le [certificat de possession] est en fait le détenteur réel de ces droits. Il ne fournira pas non plus de l'information quant au statut d'un titre sur une parcelle de terre de réserve particulière, comme cela serait le cas normalement d'un système d'enregistrement de titres.*

On peut donc constater que le système ne fonctionne ni comme un système d'actes notariés ni comme un système d'enregistrement de titres. »³³ [Traduction libre]

- 139** Dans l'ensemble, les règles existantes qui s'appliquent à la propriété foncière individuelle, à la propriété résidentielle et à l'occupation dans les réserves sont une combinaison de lois et de politiques adoptées par le gouvernement fédéral et par les Premières nations, ainsi que découlant des normes culturelles et des pratiques coutumières des Premières nations. Par conséquent, ont été créés un certain nombre de droits sur les logements et les terres dans les réserves, dont certains sont reconnus par la *Loi sur les Indiens* et enregistrés dans le *Registre des terres indiennes* et dont certains autres ne le sont pas. Il est évident cependant que ni la *Loi sur les Indiens* ni le *Registre des terres indiennes* ne reflètent tous les droits et toutes les transactions reconnus par les membres des Premières nations et leurs gouvernements, et par rapport auxquels ils sont engagés. Il s'agit là d'un contexte difficile et complexe au sein duquel sera appliquée la nouvelle loi fédérale sur les biens immobiliers matrimoniaux.

³³ Brian Ballantyne et James Dobbin, *Options for Land Registration and Survey Systems On Aboriginal Lands In Canada*, rapport préparé à l'intention de la Division des levés officiels de Géomatique Canada, janvier 2000, p. 2.10.-2.11.

V. Enjeux des consultations

- 140** Mon mandat consistait entre autres à vous fournir des conseils pour l'élaboration d'une « solution législative viable » visant à régler la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. À cet égard, un des objectifs précis énoncé dans mon mandat est : « d'assurer la tenue de consultations appropriées sur la question des biens immobiliers matrimoniaux, y compris la conformité des principes et des préoccupations soulignés dans l'arrêt *Haida* sur le processus de consultation, ainsi que vous conseiller sur la meilleure façon de faciliter un processus englobant l'APN, l'AFAC et AINC ». De plus, en vertu de mon mandat, dans l'éventualité où les parties seraient incapables d'en arriver à un consensus, je recommande une solution qui sera conforme aux considérations des droits de la personne, qui respectera les principes de base définis dans l'arrêt *Haida* et qui s'harmonisera avec les lois provinciales et territoriales (au besoin).
- 141** Comme vous le savez sans doute, l'arrêt *Haida* est une décision prononcée par la Cour suprême du Canada en 2004, dans laquelle la Cour a examiné et résumé toute la documentation législative sur la façon de déterminer quand il existe une obligation juridique de consulter, ainsi que son contenu. Cette décision, qui a créé un précédent, a fourni des lignes directrices pour déterminer les cas où il existe une obligation de consulter lorsqu'une revendication de droits ancestraux ou de titres autochtones n'a pas encore été confirmée par les tribunaux. À cet égard, la Cour a stipulé que :
- 1) l'obligation existe lorsque la Couronne est au courant de l'existence potentielle d'un droit ancestral ou d'un titre autochtone, et qu'elle envisage de prendre des mesures qui pourraient avoir une influence négative sur ceux-ci;
 - 2) dans de tels cas, les gouvernements doivent faire ce qui est nécessaire pour maintenir l'honneur de la Couronne et en arriver à une réconciliation par rapport aux droits en question. Il sera essentiel d'équilibrer les intérêts de la société et les intérêts des Autochtones au moment de prendre des décisions qui touchent les revendications autochtones;
 - 3) cette obligation peut exiger du gouvernement de changer ses plans ou ses politiques afin de répondre aux préoccupations des Autochtones, si les consultations démontrent que cela est nécessaire.³⁴
- 142** À l'issue de ce processus, le gouvernement a déclaré que dans le cas présent l'obligation juridique de consulter n'était pas claire. À d'autres moments, le gouvernement avait indiqué qu'il n'y avait pas d'obligation juridique de consulter sur la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves et qu'il menait ces consultations en s'appuyant sur des considérations de bonne gouvernance et de politique publique. Il est évident que le gouvernement s'est senti obligé d'agir face à cette question des droits de la personne, longtemps négligée, en raison surtout des préoccupations croissantes au Canada et à l'échelle internationale.
- 143** De sérieuses questions au sujet de la nature juridique et politique des consultations ont été soulevées tout au long des phases de consultation et de recherche de consensus. Certaines questions politiques sont indépendantes de l'existence de toute obligation juridique de consulter, pour plusieurs raisons, y compris l'engagement du gouvernement de respecter les principes énoncés dans l'arrêt *Haida*. Mon mandat était, d'une part, de tenter de répondre aux préoccupations au sujet du processus de consultation, et d'autre part, au besoin général du Ministère de posséder une politique officielle en matière de consultation.
- 144** Les organisations nationales et les organismes régionaux et tribaux, les conseils des Premières nations et d'autres représentants des Premières nations ainsi que les organisations de femmes des Premières nations ont manifesté de graves préoccupations tout au long des trois phases du processus.
- 145** Au cours des séances de dialogue menées par l'APN, le court délai accordé pour mener les consultations a été l'élément le plus souvent mentionné, et on a dit que cela avait restreint inutilement la profondeur de l'analyse et le niveau de consultations communautaires exigés, étant

³⁴ *Nation haïda c. Colombie-Britannique* (Ministre des Forêts), [2004] 3 R.C.S. 511 (CSC 73).

donnée la complexité du sujet et les conséquences possibles sur les droits ancestraux et issus des traités. Les représentants des Premières nations dans chacune des régions qui ont participé au processus ont affirmé que le court délai accordé pour mener un processus de consultation national a, au mieux, restreint et, au pire, freiné la capacité des représentants des Premières nations de consulter directement et de façon valable les membres de leur collectivité avant de participer aux séances de dialogue. Une seule séance de dialogue a été tenue par région, et il semble que la région de l'Ontario n'en ait pas tenu du tout. Plusieurs représentants ont indiqué qu'ils n'étaient pas en position de commenter sur les propositions du gouvernement, c'est-à-dire de témoigner des points de vue représentant leurs collectivités respectives au moment où avait lieu l'unique rencontre régionale. Le statut des séances de dialogue menées par l'APN en tant que consultations a été remis en question, en partie en raison du mandat des représentants d'AINC présents à ces rencontres qui n'étaient pas en mesure de s'engager dans des échanges détaillés de points de vue avec les représentants des Premières nations. (Toutefois, certaines parties de ces rencontres ont été tenues à huis clos, et les représentants d'AINC en étaient exclus.)

146 Ces préoccupations, combinées au fait que l'obligation de la Couronne de consulter ne peut être déléguée à toute autre entité (Première nation de *Taku River*)³⁵ semblent avoir mené l'APN à nommer ses séances des « séances de dialogue » plutôt que des séances de consultation. Dans une lettre datée du 1^{er} décembre 2006 qui vous est adressée, à titre de ministre, le chef national Fontaine a déclaré : « *Nous souhaitons affirmer sans équivoque que l'Assemblée des Premières nations n'est pas engagée dans des consultations avec les Premières nations au nom de la Couronne. Cela serait contraire à la loi, étant donné que la Cour suprême du Canada a statué clairement que la Couronne ne pouvait pas déléguer son obligation de consulter à une tierce partie.* »

147 En plus des préoccupations envers le délai très court, les Premières nations ont mentionné certaines décisions comme celles prises récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mikisew* (Traité n° 8)³⁶ et la décision de la Cour fédérale dans l'arrêt *Dene Tha'*³⁷, selon lesquelles il existe une obligation juridique de mener des consultations directes entre la Couronne et les nations individuelles visées par les traités.

148 À certains moments au cours du processus, l'Association des femmes autochtones a également affirmé avoir de sérieuses inquiétudes au sujet de sa capacité de mener des séances de consultation à l'intérieur du délai donné et a posé la question à savoir si le Canada tentait de déléguer son obligation de consulter.

Dans le sommaire exécutif du rapport intitulé *Reconquérir notre mode de vie Solutions en matière de biens immobiliers matrimoniaux Exposé de principe*, l'AFAC s'est déclarée satisfaite et a apprécié le fait d'avoir l'occasion de mener un processus de consultation — après avoir attendu pendant 20 ans pour travailler avec le gouvernement fédéral et l'APN à la recherche d'une solution sur la question des biens immobiliers matrimoniaux.

149 Néanmoins, l'AFAC a également souligné que des obstacles avaient restreint ses activités dans le cadre de cette initiative : le délai trop court pour le processus de consultation, les pressions logistiques découlant de ce court délai, les préoccupations au sujet de la sécurité et le manque général de connaissances chez les femmes au sujet des biens immobiliers matrimoniaux (voir pages 31 et 32).

150 À la page 33 de son rapport final, l'AFAC déclare : « *Les participants ont soulevé de graves préoccupations au sujet du court délai des consultations, c'est-à-dire du temps accordé à ce processus de consultation. Comme nous l'avons noté dans nos soumissions passées aux comités permanents précédents, l'AFAC avait besoin d'une année complète pour mener ces consultations. Dans ce processus, on nous a donné trois mois. Plusieurs participants se sont dits sceptiques au*

³⁵ *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)* [2004] S.C.J. n° 69 (CSC).

³⁶ *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388.

³⁷ *Dene Tha' First Nation v. Minister of Environment* [2006] F.C.J. n° 1677 (F.C.T.D.).

sujet du processus, car ils le considéraient comme un processus mené par le gouvernement mais exécuté par des organisations autochtones. En se basant sur la façon dont les trois phases ont été élaborées, et étant donné le délai de trois mois seulement pour les consultations, ils avaient raison d'être sceptiques. »

151 Les représentants des gouvernements des Premières nations ont insisté sur le fait que les discussions organisées par l'Assemblée des Premières nations comme des «séances de dialogue » ne constituaient pas des consultations pour plusieurs raisons, dont celles mentionnées ci-dessus. Malgré ces problèmes, des contributions importantes ont été apportées par les Premières nations qui ont participé relativement à des questions essentielles, y compris des commentaires, des observations et des questions au sujet des trois options législatives proposées par le gouvernement fédéral.

152 À mon avis, dans l'ensemble, l'expression des préoccupations à l'égard de la profondeur des consultations et des prochaines étapes a soulevé de graves considérations juridiques et politiques que le gouvernement se devra d'examiner. Comme cela est si souvent le cas lorsqu'il est question de droits ancestraux et de droits issus des traités, les questions de fond et les processus sont intimement liés. Et cela est certainement le cas dans le contexte présent d'élaboration d'options législatives pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux, options qui respectent tant les droits humains que les droits ancestraux et issus des traités.

153 En ce qui concerne les options 1 et 2 (décrites dans les documents de consultation d'AINC) il est apparu très évident, dès le début du processus, que toute option qui comprendrait l'intégration des lois provinciales d'application générale touchant les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux serait jugée inacceptable pour un certain nombre de raisons. Certaines de ces raisons touchent les droits ancestraux et issus des traités. D'autres raisons, d'une importance égale, touchait la difficulté d'appliquer des lois provinciales à un régime foncier et à des situations sociales totalement différents, pour lesquels les lois ne sont pas conçues. Ces préoccupations ont été appuyées par les conclusions de deux analyses juridiques indépendantes préparées à mon attention — une par Danalyn MacKinnon sur les compétences de la common law et une autre par Diane Soroka au sujet de considérations relatives au droit civil :

- 1) L'intégration de la loi provinciale sur les biens immobiliers matrimoniaux compte tenu des dispositions de la *Loi sur les Indiens* dans les cas d'incompatibilité ou de conflits :
 - entraînera de nombreuses situations dans lesquelles la loi provinciale ne s'appliquera pas car elle sera en conflit avec la *Loi sur les Indiens*. Cela créera des lacunes dans la loi applicable et entraînera le rejet du but énoncé pour l'adoption de cette loi;
 - entraînera un traitement inégal, d'une province à l'autre, des personnes qui ont des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves;
 - entraînera un traitement inégal, d'une province à l'autre, des personnes qui ont des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves et des personnes qui ont des biens immobiliers matrimoniaux dans la province;
- 2) Dépendamment de son contenu, la promulgation d'une loi fédérale détaillée sur les biens immobiliers matrimoniaux pourrait :
 - accroître la cohérence de la loi;
 - contribuer à assurer un traitement équitable des personnes qui ont des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

154 D'autres recherches ont été effectuées par Teresa Nahanee sur les droits et les recours possibles. Tous ces travaux ont contribué à l'ensemble des données disponibles alimentant la recherche de solutions, et sont joints à l'Annexe G.

155 Comme vous le savez, les options 2 et 3 comprendraient toutes deux une certaine forme de reconnaissance de la compétence des Premières nations par le Parlement fédéral. Au cours des séances de consultation et de dialogue tenues par l'APN et l'AFAC, les représentants des Premières

nations n'ont pas pu exprimer clairement leur opinion sur l'option fédérale 3, à savoir si cette option était ouverte à la reconnaissance des pouvoirs législatifs inhérents ou préexistants plutôt que des pouvoirs délégués. Le message était également très clair à cet égard. Les pouvoirs délégués ne seraient pas acceptables, et les Premières nations cherchent à obtenir une reconnaissance claire de leurs compétences. Il est également devenu évident qu'une option 3 modifiée ou une solution de rechange à cette option étaient les seules possibilités viables pour un certain nombre de raisons.

156 Les participants aux séances de l'APN et de l'AFAC ont répondu à la possibilité d'un échange de points de vue visant à préciser ces options. Cependant, l'APN avait comme instructions de réorienter ce processus pour qu'il reflète davantage les orientations des résolutions de l'Assemblée des chefs et de l'exécutif.³⁸ Les deux organismes se sont dits préoccupés face à la possibilité d'un processus qui se poursuivrait sans leur participation directe après la phase de recherche de consensus.

157 De plus, ils ont déclaré qu'il y avait des limites inhérentes dans la capacité des Premières nations, des organisations des Premières nations et de la Couronne elle-même d'évaluer l'incidence possible sur les droits ancestraux et issus des traités des options présentées (en particulier toute variation de l'option fédérale 3 modifiée ou toute option de rechange). Cet état de choses influençait la capacité des parties d'évaluer pleinement la question, à savoir s'il existe ou non une obligation de consulter ainsi que son envergure et son contenu, et d'en arriver à une entente. Les descriptions des options présentées dans le document de consultation d'AINC, à leur avis, ne fournissaient pas (et ne pouvait pas en fournir à ce moment-là) suffisamment de détails pour réaliser une évaluation la plus approfondie possible. Les descriptions, bien sûr, n'étaient pas suffisamment détaillées, précisément parce que le gouvernement souhaitait consulter les Premières nations et les femmes des Premières nations afin de les élaborer davantage.

158 En ce qui concerne l'obligation de consulter, j'ai reçu une analyse juridique indépendante menée en mon nom par une sous-traitante, Diane Soroka, et datée du 6 mars 2007. Cette opinion ne constitue pas une opinion de la Couronne. Cette analyse a été demandée afin que je puisse formuler des recommandations, à votre intention, sur la façon de traiter les préoccupations au sujet du processus de consultation. Les principales conclusions de cette analyse et juridique sont résumées ci-dessous :

- 1) Il existe une obligation de consulter les Premières nations en ce qui concerne la loi proposée, obligation découlant de leurs droits collectifs sur les terres de réserve mises de côté pour leur usage et leur profit.
- 2) Comme l'information obtenue jusqu'à maintenant est relativement vague, en particulier en ce qui concerne le contenu possible de la loi fédérale dans le cadre de l'option 3, des consultations supplémentaires seront nécessaires sur le contenu éventuel de toute loi proposée.
- 3) Si la loi reconnaît aux Premières nations un droit de légiférer à ce sujet, les conséquences seront vues, probablement, comme moins négatives que s'il n'y avait pas eu cette reconnaissance. De plus, la taille de la base territoriale de la réserve et l'usage que l'on peut en faire ne sont pas changés. Selon le contenu de la loi éventuelle, il pourrait n'y avoir que peu de conséquences négatives sur les droits collectifs des Premières nations sur les terres. La nature et l'ampleur de l'obligation de consulter pourraient alors avoir beaucoup moins d'importance.
- 4) Même à son minimum, l'obligation de consulter exige une participation directe avec chacune des Premières nations. Cela ne peut pas être délégué à une tierce partie.

159 Plusieurs Premières nations ont fait parvenir des lettres et des résolutions affirmant qu'il existe une obligation juridique de consulter et qu'elle doit être exécutée au niveau des nations.³⁹ Je ne peux pas

³⁸ Résolutions de l'APN n^{os} 32/2006 et 72/2006.

³⁹ Voir : Résolutions de l'Assemblée des Premières nations n^{os} 32/2006 et 72/2006; Résolution de l'Assemblée des chefs de la nation des Anishinabeks (06/88) du 15 novembre 2006; lettre à la représentante ministérielle de la part du Grand Chef Stonefish de l'Association of Iroquois and Allied Indians le 24 novembre 2006; lettre au ministre Prentice du chef national de l'APN le 1^{er} décembre 2006; soumission de la tribu des Blood/Kainai au ministre Prentice et à la représentante ministérielle sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves le 8 janvier 2007; déclaration consensuelle des femmes chefs des Premières nations du 14 février 2007; lettre à la représentante ministérielle de la part des Mohawks de la baie de Quinte du 2 mars 2007.

me prononcer, bien sûr, sur l'existence ou non d'un droit de consulter à cet égard, ni sur ce que devrait être son contenu. Conformément à mon mandat, je formule des recommandations au chapitre 7 sur la façon de traiter la question des consultations, tout en maintenant à l'esprit l'engagement du gouvernement d'adopter une loi au sujet des biens immobiliers matrimoniaux au printemps de 2007.

Questions de processus à la suite de la soumission du rapport

- 160** On se préoccupe beaucoup, et on a posé beaucoup de questions, de ce qu'il adviendra lorsqu'une décision déterminant une option législative précise aura été prise une fois que je vous aurai présenté mon rapport.
- 161** Presque tous les gouvernements des provinces et des territoires consultés par AINC ont déclaré qu'ils souhaitaient être consultés davantage, une fois qu'une option législative aura été déterminée.
- 162** Tant l'Assemblée des Premières nations que l'Association des femmes autochtones du Canada soutiennent que leurs points de vue doivent être discutés tout au long de l'élaboration d'une proposition législative précise, et tout particulièrement une fois que le gouvernement aura décidé de l'approche à adopter. Cette question a été soulevée tôt au début du processus de planification, et l'a été tout au long des phases de consultation et de recherche de consensus. Les représentants du Ministère n'ont pas été en mesure de prendre des engagements au sujet de l'élaboration en commun des ébauches de toute proposition législative, citant les politiques de respect de la confidentialité du Cabinet. En réponse à ceci, les deux organisations ont suggéré qu'il existait des précédents, ou qu'on pourrait en créer un, qui accordent de la souplesse à cet égard, par exemple dans les anciens protocoles tels que celui pour l'élaboration conjointe de la loi pour la mise en œuvre et la ratification des ententes relatives à l'autonomie gouvernementale et aux revendications territoriales globales. Il existe également un précédent national : dans le cadre du processus menant à l'élaboration de la loi sur la gouvernance des Premières nations proposée en 2000-2001, on a donné la possibilité aux organisations de Premières nations concernées de fournir des conseils au ministre de l'époque avant que la décision du Cabinet soit prise de rédiger les instructions, et de revoir les avant-projets de loi (avec l'approbation du Cabinet).
- 163** Quant à la question de partager les avant-projets de loi proposés avec les organisations, il est important de tenir compte du contexte juridique et politique dans lequel le gouvernement devra exercer sa discrétion pour répondre à cette demande. Comme vous le savez sans doute, les documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, communément appelés « documents confidentiels du Cabinet », sont protégés de toutes divulgations non autorisées ou autre compromis. Le processus de prise de décisions collectif du Cabinet a traditionnellement été protégé en vertu du règlement de confidentialité, dont le but est d'accroître la solidarité et la responsabilité ministérielle collective du Cabinet. Le principe de confidentialité est également un moyen d'assurer que les ministres peuvent exprimer leurs points de vue en toute franchise avant qu'une décision finale ne soit prise.
- 164** Au moins quatre lois fédérales sont pertinentes pour la compréhension de l'obligation des ministres et des représentants officiels concernant tant l'accès du public que la protection de la confidentialité de l'information contenue des différentes catégories de documents gouvernementaux : la *Loi sur la protection de l'information*, la *Loi sur la preuve*, la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Diverses lignes directrices ont été publiées pour aider les représentants à respecter les exigences juridiques prévues dans ces lois. Outre les exigences obligatoires concernant soit le partage soit la protection des renseignements gouvernementaux, il existe certains domaines de discrétion relativement à la publication de renseignements gouvernementaux, y compris les documents confidentiels du Cabinet.
- 165** La *Loi sur l'accès à l'information* accorde le droit d'accéder à tous les renseignements gouvernementaux généraux; elle est considérée comme quasi-constitutionnelle en ce qu'elle a priorité sur les dispositions contenues dans d'autres lois fédérales, sauf celles qui se trouvent dans la

liste de l'Annexe II de la Loi. Afin de préserver le règlement traditionnel de la confidentialité du Cabinet, le paragraphe 69(1) de la Loi stipule qu'elle ne s'applique pas aux « documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada », communément appelés documents confidentiels du Cabinet. La Loi fournit une liste non exhaustive de types particuliers de documents qui sont jugés comme des documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada et qui ne sont donc pas visés par l'application de la Loi. Mentionnons entre autres types de documents contenus dans la liste, les avant-projets de loi et :

- 1) les mémoires au Cabinet (dossiers présentant des propositions ou des recommandations au Cabinet, y compris les ébauches de mémoire au Cabinet et les formes finales);
- 2) les documents de travail (dossiers présentant le contexte et l'analyse de certains problèmes ou options politiques soumises à l'examen du Cabinet);
- 3) les ordres du jour et les dossiers des délibérations du Cabinet;
- 4) les communications écrites entre les ministres;
- 5) les documents préparés pour les séances d'information à l'intention des ministres;
- 6) les avant-projets de loi (y compris tout avant-projet de loi qu'il soit ou non présenté au Parlement ainsi que les ébauches des règlements et des décrets en conseil);
- 7) les dossiers contenant de l'information au sujet des documents confidentiels.

166 Le Rapport annuel 2000-2001 du Commissariat à l'information indique que les documents confidentiels du Cabinet peuvent être rendus publics avec le consentement du Cabinet. En particulier, le rapport du Commissariat à l'information souligne qu'il existe une convention selon laquelle le premier ministre et d'anciens premiers ministres contrôlent l'accès aux documents confidentiels du Cabinet qui sont sous leur administration. De plus, le Commissariat à l'information note que la politique fédérale actuelle permet au Cabinet ou au premier ministre d'utiliser leur pouvoir de discrétion pour rendre accessible au public un document confidentiel.

167 Il est important de remarquer que les droits des peuples autochtones en vertu de l'article 35 et les obligations fiduciaires de la Couronne par rapport à ces droits peuvent exiger un traitement spécial de confidentialité dans le contexte autochtone, d'ordre politique ou juridique.

168 Comme le souligne le rapport du Groupe d'étude de l'accès à l'information (de 2002),⁴⁰ les peuples autochtones peuvent détenir des droits d'accès aux documents qui modifient le fonctionnement de la *Loi sur l'accès à l'information*, afin de répondre à leurs droits et à leurs besoins. Le Groupe de travail a observé que dans l'affaire de la *Nation et Bande des Indiens Samson*⁴¹, dans certaines situations lorsque la Couronne agit comme fiduciaire des terres et des ressources indiennes, elle peut être appelée à divulguer de l'information dans un contexte de litiges, information qui autrement serait interdite de divulgations. Dans ce cas-ci, la Cour a rejeté l'argument de la Première nation de Samson selon lequel un droit général de divulgation existait en raison de l'obligation fiduciaire. Toutefois, la Cour fédérale d'appel, en se basant sur les faits dans cette affaire, a confirmé la décision du tribunal inférieur déclarant qu'il y avait des droits subordonnés de divulgation d'une opinion juridique dans certaines circonstances lorsque le gouvernement fédéral assure la gestion des terres et d'autres biens des Premières nations. Les conséquences de cette affaire pour les consultations en général et en ce qui concerne les discussions et les analyses continues au sujet des biens immobiliers matrimoniaux devraient être examinées d'un point de vue juridique et politique.

169 Il existe des exemptions discrétionnaires en vertu de la Loi, qui peuvent également avoir une incidence sur les intérêts des Premières nations en ce qui a trait à leurs droits et à leurs titres, comme indiqué dans le rapport du Groupe d'étude de l'accès à l'information, à la section 21 (conseils et recommandations au gouvernement), à la section 23 (privilèges des procureurs et des clients) et à la section 14 (préjudiciable aux affaires fédérales et provinciales). Le Groupe de travail a suggéré l'élaboration de lignes directrices additionnelles pour aider à exercer le principe de discrétion en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* en ce qu'elle touche les peuples autochtones, et il a cité la

⁴⁰ À <http://www.atirtf-geai.gc.ca/paper-aboriginal2-f.html> (Rapport 21 du Groupe d'étude de l'accès à l'information)

⁴¹ *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1998] 2 C.F. 60.

décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Adams*⁴² concernant les obligations du Parlement dans l'élaboration des lois; c'est-à-dire que le Parlement ne peut pas simplement adopter un régime administratif discrétionnaire non structuré qui risquerait de violer les droits autochtones dans un bon nombre d'applications en l'absence d'un certain guide explicite. En ce qui a trait aux exemptions discrétionnaires en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, le rapport du Groupe de travail suggère tout particulièrement ce qui suit : « *Il conviendrait d'adopter une directive d'orientation voulant que dans les cas où une demande porte sur des droits susceptibles de bénéficier d'une protection constitutionnelle et où les exemptions discrétionnaires ne s'appliquent pas avec certitude, on fasse pencher la balance du côté de la divulgation des documents aux requérants autochtones.* » Le Groupe de travail formule également des recommandations en ce qui concerne les exemptions obligatoires de la Loi et suggère qu'une option possible serait de mettre en place un régime de rechange hors de la Loi, à l'intention des peuples autochtones qui cherchent à faire respecter leurs titres juridiques spéciaux.

- 170** En ce qui concerne la *Loi sur l'accès à l'information* et les documents confidentiels du Cabinet, le Groupe de travail a déclaré : « *Actuellement, la Loi ne prévoit aucun droit d'accès aux documents confidentiels du Cabinet. Nous faisons nôtres les préoccupations exprimées par d'autres sur la pertinence de cette exclusion. Par ailleurs, il faut reconnaître qu'il s'agit d'une question particulièrement importante pour les peuples autochtones, qui peuvent avoir droit à cette information dans la mesure où elle est reliée à quelque obligation de fiduciaire de l'État. Si le champ d'application de la Loi est élargi pour y inclure les documents confidentiels du Cabinet, toute exemption liée à la divulgation de ces documents devrait tenir compte des intérêts des peuples autochtones, si on veut s'assurer que les documents relatifs à l'obligation de fiduciaire puissent être communiqués. Si le champ d'application de la Loi n'est pas étendu, il faudra prévoir quelque autre mécanisme officiel pour répondre aux préoccupations des peuples autochtones à cet égard.* »
- 171** Enfin, il existe plusieurs précédents dans lesquels le gouvernement fédéral a exercé son pouvoir discrétionnaire de partager et de consulter des avant-projets de loi, par exemple dans la mise en œuvre d'ententes relatives aux revendications territoriales, la *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne Sechelte*, la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* et le travail du comité consultatif ministériel sur l'initiative de gouvernement des Premières nations.
- 172** Voici comment le juge Blanchard s'est exprimé dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'environnement)*⁴³ : « *Étant le maître de sa propre économie, le Cabinet est libre d'utiliser le système de dossiers de son choix et il a toute latitude également de modifier ce système comme il l'entend pour qu'il s'accorde avec la réalité pratique du jour.* »
- 173** Le résultat du processus législatif en ce qui a trait à ces conséquences possibles sur les droits ancestraux et issus des traités, ainsi qu'à savoir si la Couronne doit s'engager ou non dans des consultations préalables significatives et en temps opportun, de même que la façon de procéder, sont toutes des questions qui doivent être examinées attentivement par un tribunal lorsqu'il existe une obligation juridique de consulter.
- 174** La viabilité de toute loi sur les biens immobiliers matrimoniaux dépend, de toute évidence, de sa conformité à toute exigence constitutionnelle pertinente. Cela peut comprendre des analyses concernant ce qui constitue une violation justifiable de tout droit ancestral ou issu des traités, y compris la question de savoir s'il existe ou non un objectif législatif fédéral valide et si une obligation juridique de consulter a été abrogée. Cette exigence peut s'appliquer, que la Couronne soit consciente ou non, ou qu'elle soit ou non d'avis, qu'il existe une obligation juridique au moment de l'élaboration de la loi. Il est également important de noter à cet égard que dans l'arrêt *Haida*, la Cour a statué ce qui suit : « *Il faut régler les problèmes liés à l'absence de preuve et de définition des revendications en délimitant l'obligation de façon appropriée et non en niant son existence.* » (paragraphe 37)

⁴² *R. c. Adams*, [1996] 3 C.R.C. 101 (CSC)

⁴³ 2001 CFPI 277, Cour d'appel fédérale, 2003 CAF 68.

- 175** En raison des contraintes du ministère de la Justice concernant le privilège procureur-client, les représentants du gouvernement fédéral ont estimé qu'ils n'étaient pas en mesure de partager, avec les représentants des Premières nations ou avec moi-même, les raisons pour lesquelles on avait conclu soit qu'il n'existait pas d'obligation juridique de consulter, soit que la question n'était pas suffisamment claire. Plusieurs questions d'ordre politique et juridique ont découlé de cette situation.
- 176** Premièrement, en raison des contraintes mentionnées ci-dessus relatives au privilège procureur-client, il n'est pas clair si le Ministère a estimé qu'indépendamment de toute revendication par une Première nation individuelle concernant l'affirmation d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale en relation avec la question des biens immobiliers matrimoniaux, une obligation de consulter peut découler du fait qu'il existe un droit sur des titres ancestraux pour la plupart des réserves, sinon toutes, qui sont actuellement assujetties au régime de gestion foncière prévu par la *Loi sur les Indiens*.
- 177** La contrainte opérationnelle de la politique actuelle en relation avec le privilège procureur-client dans le contexte des activités de consultation de la Couronne a miné la capacité de discuter pleinement de toutes les questions et tous les intérêts en jeu. La recherche d'un consensus et la réconciliation sont des processus qui, par définition, exigent de partager des points de vue, des intérêts, des hypothèses et des connaissances — non seulement sur la question à l'étude dans les consultations, mais aussi sur la question de savoir si toute proposition visant à régler la question des biens immobiliers matrimoniaux dans ce cas-ci soulève des questions concernant les droits ancestraux et les droits issus des traités de même que l'obligation de consulter. Autrement, il serait difficile de s'engager dans tout exercice de réconciliation, de compromis et d'équilibre lorsqu'une ou plusieurs parties en cause ne peut que mentionner des conclusions juridiques, sans donner les raisons qui ont amené ces conclusions.
- 178** Le gouvernement du Canada ne possède pas encore de politique officielle ou publique sur la façon d'appliquer les principes découlant de l'arrêt *Haida*, mais AINC est déterminé à les respecter. Peu importe qu'il existe ou non une obligation juridique de consulter en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux, le gouvernement du Canada s'est engagé publiquement à se soumettre aux principes de l'arrêt *Haida*.
- 179** Les principes de l'arrêt *Haida* visent à fournir une orientation générale aux parties, les Premières nations et le gouvernement — il peut y avoir différents points de vue sur ce que cela signifie dans la présente situation, comme en a témoigné le processus de consultation.
- 180** En me fondant sur les préoccupations soulevées au cours des consultations, j'ai suggéré qu'on accorde une attention particulière à un certain nombre de questions :
- 1) La question a été soulevée à savoir s'il y avait une obligation de la part de la Couronne de tenter de résoudre les différentes positions relativement à l'existence d'une obligation de consulter, soit au moyen de la médiation soit en ayant recours aux tribunaux avant de poursuivre dans le dossier en cours (voir les arrêts *Haida* et *Musqueam Indian Nation v. Richmond*⁴⁴).
 - 2) Étant donné que l'on considère que la Couronne possède une connaissance de droit des traités visés par l'article 35, est-ce que les arrêts comme *Mikisew* et *Dene Tha* ont des conséquences sur le processus actuel de consultation relativement aux biens immobiliers matrimoniaux? — par exemple, il y a-t-il un droit de mener des consultations avec les Premières nations visés par des traités? À titre d'information, je joins à ce rapport une copie de la politique des chefs du Traité n° 8 de l'Alberta, qui aborde la question des consultations (voir Annexe H).
 - 3) Si la charge d'initier des consultations revient à la Couronne, et si les Premières nations ont l'obligation de répondre en retour, quelle mesure appropriée doit-on prendre lorsque qu'une Première nation reçoit un avis de rencontre, désire participer à la consultation, mais pour

⁴⁴ *Musqueam Indian Band v. Richmond* 2005 B.C.S.C. 1069.

certaines raisons ne peut pas y participer? Qu'est-ce qui est considéré suffisant pour répondre aux obligations de la Couronne?

- 4) Dans l'arrêt *Dene Tha* et dans d'autres arrêts, la Cour note que lorsqu'il y a obligation juridique de consulter une Première nation, le gouvernement ne peut pas éviter le plein respect de son obligation de consulter en affirmant en pas avoir suffisamment de temps ou que son calendrier était trop serré — dans le cas du processus actuel, nous ne savons pas encore combien de Premières nations ont reçu l'avis annonçant les séances régionales tenues par l'APN par exemple, et combien ont été en mesure d'y participer.

La nécessité d'une politique fédérale en matière de consultation

181 Les questions de politique soulevées au cours des activités de consultation touchent bien plus que les questions concernant l'existence de toute obligation juridique de consulter et de son contenu, mais comprend également ces dernières.

182 Dix-sept ans se sont écoulés depuis l'arrêt *Sparrow*⁴⁵, la première décision de la Cour suprême du Canada qui a défini un principe de consultation dans le cadre d'une analyse visant à déterminer s'il y a ou non violation d'un droit ancestral ou issu des traités et si elle peut être justifiée. Depuis ce temps, au moins 12 autres décisions ont été rendues, y compris l'arrêt *Haida*, qui ont traité de la question des consultations ou qui en ont fait mention⁴⁶. Malgré l'important nombre de décisions, le gouvernement fédéral n'a toujours pas élaboré une politique en matière de consultation pour aider les représentants du Ministère à concevoir et à mettre en œuvre des exercices de consultation. Un processus a été entrepris à la suite de l'arrêt *Haida*, mais il n'est pas encore achevé.

183 Les représentants du Ministère chargés de mener le processus de consultation sur les biens immobiliers matrimoniaux se sont retrouvés, naturellement, dans une situation difficile — devant mener un processus de consultation sur un sujet juridique hautement complexe et, en même temps, composer avec des questions de politique complexes en matière de consultation, sans bénéficier des conseils d'une politique à cet égard. Les représentants des Premières nations et les femmes des Premières nations ont été désavantagés un peu de la même façon, car ils n'étaient pas au courant de la politique du gouvernement, relativement à cette importante jurisprudence touchant de façon vitale leurs droits fondamentaux. Il n'est donc pas étonnant que des questions ayant des conséquences politiques et juridiques majeures aient été soulevées dans ce processus. Je recommande que des efforts soient déployés pour régler cette importante lacune dans la politique fédérale, et cela, le plus tôt possible. Cela veut aussi dire élaborer un ensemble de pratiques et de procédures pour le suivi, l'enregistrement et l'évaluation des préoccupations au sujet des consultations qui ont été soulevées par les représentants des Premières nations tout au long du processus.

184 Le nombre sans cesse croissant d'arrêts que nous possédons maintenant fournit un sens commun et une riche documentation pour l'élaboration de politiques et de pratiques concernant les activités de consultation et les obligations d'AINC. La Cour suprême, dans l'arrêt *Haida*, a souligné le rôle que peut jouer une politique gouvernementale en matière de consultation pour la réalisation de la réconciliation (aux paragraphes 50 et 51) :

185 « *La mise en équilibre et le compromis font partie intégrante de la notion de conciliation. Lorsque l'accommodement est nécessaire à l'occasion d'une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titres ancestraux non encore prouvées, la Couronne doit établir un équilibre raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d'une part,*

⁴⁵ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 (CSC).

⁴⁶ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 (CSC); *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 R.C.S. 1010; *Corbiere c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388.

et l'incidence potentielle de la décision sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d'autre part. »

186 « Il est loisible aux gouvernements de mettre en place des régimes de réglementation fixant les exigences procédurales applicables aux différents problèmes survenant à différentes étapes, et ainsi de renforcer le processus de conciliation et réduire le recours aux tribunaux. Comme il a été mentionné dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 54, le gouvernement « ne peut pas se contenter d'établir un régime administratif fondé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l'absence d'indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas ». Il convient de souligner que, depuis octobre 2002, la Colombie-Britannique dispose d'une politique provinciale de consultation des Premières nations établissant les modalités d'application des lignes directrices opérationnelles des ministères et organismes provinciaux. Même si elle ne constitue pas un régime de réglementation, une telle politique peut néanmoins prévenir l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et servir de guide aux décideurs. »

187 Outre les décisions existantes des tribunaux sur la question des consultations, il existe plusieurs sources dans lesquelles nous pouvons tirer des conseils pour l'élaboration de telles politiques et procédures. À cet égard, la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Haida* souligne que : « Le Guide for Consultation with Māori (1997) du ministère de la Justice de la Nouvelle-Zélande fournit des indications sur la question (aux p. 21 et 31) :

La consultation n'est pas seulement un simple mécanisme d'échange de renseignements. Elle comporte également des mises à l'épreuve et la modification éventuelle des énoncés de politique compte tenu des renseignements obtenus ainsi que la rétroaction. Elle devient donc un processus grâce auquel les deux parties sont mieux informées...

de véritables consultations s'entendent d'un processus qui consiste...

- à recueillir des renseignements pour mettre à l'épreuve les énoncés de politique;*
- à proposer des énoncés qui ne sont pas encore arrêtés définitivement;*
- à chercher à obtenir l'opinion des Māoris sur ces énoncés;*
- à informer les Māoris de tous les renseignements pertinents sur lesquels reposent ces énoncés;*
- à écouter avec un esprit ouvert ce que les Māoris ont à dire sans avoir à en faire la promotion;*
- à être prêt à modifier l'énoncé original;*
- à fournir une rétroaction tant au cours de la consultation qu'après la prise de décision. »*

188 Dans une résolution adoptée en 1989, la Confédération des Nations de l'APN définit plusieurs principes qui, selon l'APN, devraient refléter les politiques et les pratiques du gouvernement en matière de consultation :

- 1) *Qu'il n'y ait pas de programme prédéterminé (les parties doivent dresser le programme ensemble);*
- 2) *que les parties soient constituées du gouvernement fédéral et des gouvernements des Premières nations ou leurs représentants dûment autorisés (pour parler de gouvernement à gouvernement);*
- 3) *que les parties échangent de l'information, des points de vue et des commentaires en tant que deux entités égales et qu'elles mènent leurs affaires dans le respect mutuel et la bonne foi;*
- 4) *que les discussions soient ouvertes et que les ententes soient conclues ouvertement (il ne doit pas y avoir des discussions « sélectives » ou privées);*
- 5) *que les Premières nations obtiennent toute l'information leur permettant de porter des jugements informés et éclairés;*
- 6) *que les points de vue des Premières nations soient pleinement discutés et qu'on leur accorde tout leur poids;*
- 7) *que toutes tentatives possibles soient faites pour harmoniser les différents points de vue entre les Premières nations et le gouvernement fédéral afin d'adopter une position que toutes les parties pourra accepter et mettre en œuvre;*

- 8) *que, si toutes tentatives de bonne foi pour atteindre un consensus ont échoué, les points de vue différents soient proprement enregistrés et respectés, et qu'aucune partie ne prenne unilatéralement des mesures qui iraient à l'encontre des intérêts de l'autre partie.*⁴⁷ [Traduction libre]

189 La résolution se poursuit en stipulant que l'APN n'est pas un gouvernement autochtone national; qu'elle ne peut pas engager juridiquement aucune Première nation au-delà de ce que cette Première nation consent librement, qu'elle choisisse une loi particulière ou un changement législatif uniforme, ou encore le statu quo. La résolution de l'APN suggère trois étapes de consultation. À l'étape initiale, les consultations mettraient l'accent sur l'information, l'éducation et l'explication, de façon à ce que toutes les Premières nations soient le plus au courant possible de toutes les initiatives et de leurs conséquences. À l'étape suivante, auraient lieu des consultations, par l'intermédiaire de l'APN, avec les dirigeants des Premières nations qui auraient été pleinement informés et qui échangeraient librement des opinions éclairées pour atteindre un consensus ou convenir qu'ils ne sont pas d'accord sur les diverses options. Au cours de l'étape finale de consultation, les Premières nations et le gouvernement fédéral discuteraient d'options diverses dans le but de conclure une entente sur des mesures particulières à prendre.

190 Aux États-Unis d'Amérique, le décret n° 13175 du 16 novembre 2000 intitulé « Consultation and Coordination with Indian Tribal Governments » [Consultation et coordination avec les gouvernements tribaux indiens]⁴⁸ a pour but d'établir des consultations et une collaboration régulières et significatives avec les représentants tribaux dans l'élaboration des politiques fédérales qui ont des conséquences sur les tribus, de renforcer la relation de gouvernement à gouvernement aux États-Unis avec les tribus indiennes et de réduire l'imposition de mandats non fondés sur les tribus indiennes. Le décret mentionne quelques principes fondamentaux dans la section 2, par exemple la relation de gouvernement à gouvernement, le droit des tribus indiennes à l'autonomie gouvernementale et la reconnaissance de leurs pouvoirs souverains inhérents sur leurs membres et leurs territoires, ainsi que leur droit à l'autodétermination. Dans la section 3, on exige des organismes fédéraux qu'ils adhèrent aux principes fondamentaux décrits dans la section 2 ainsi qu'aux critères ci-dessous, au moment d'élaborer des politiques qui auront des conséquences sur les tribus :

- a) *Les organismes doivent respecter l'autonomie gouvernementale et la souveraineté des tribus indiennes, honorer les traités des tribus et d'autres droits et faire tout le nécessaire pour respecter les responsabilités qui découlent de la relation juridique unique entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des tribus indiennes.*
- b) *En ce qui concerne les lois et les règlements fédéraux administrés par les gouvernements des tribus indiennes, le gouvernement fédéral doit accorder à ces gouvernements la plus grande discrétion administrative possible.*
- c) *Au moment d'entreprendre la formulation et la mise en œuvre de politiques qui ont des répercussions sur les tribus, les organismes doivent :*
 - (1) *encourager les tribus indiennes à élaborer leurs propres politiques pour réaliser leurs objectifs de programme;*
 - (2) *si possible, laisser aux tribus indiennes le soin d'établir les normes;*
 - (3) *au moment de déterminer l'établissement de normes fédérales, consulter les représentants des tribus sur la nécessité de normes fédérales et de toutes autres options qui limiteraient l'étendue des normes fédérales ou préserveraient d'une quelconque façon les prérogatives et les autorités des tribus indiennes.* [Traduction libre]

La section 4 prévoit des exigences spéciales concernant les propositions législatives, comme suit :
« *Les organismes ne doivent pas soumettre au Congrès une loi qui ne serait pas conforme aux critères d'élaboration de politiques déterminés à la section 3 .* » [Traduction libre]

⁴⁷ Confédération des Nations de l'APN, résolution n° 4/89, adopté le 18 octobre 1989.

⁴⁸ Government of the United States of America, Federal Register, vol. 65, n° 218, p. 67249-67252.

191 Toutes les préoccupations et toutes les leçons tirées de ce processus relatif aux biens immobiliers matrimoniaux fournissent l'occasion d'aller de l'avant dans le dossier longtemps négligé de l'adoption d'une politique en matière de consultation touchant les questions autochtones.

VI. Résumé des solutions proposées durant le processus

192 En vertu de mon mandat, je dois aussi préparer un résumé des solutions proposées durant le processus.

Affaires indiennes et du Nord Canada

193 Dès le début de son processus de consultation, AINC a proposé trois options générales en vue de l'adoption d'une mesure législative. Le Ministère a indiqué qu'il était prêt à envisager d'autres options législatives ainsi que des options non législatives, mais qu'il n'était pas prêt à envisager seul une solution non législative totalement différente

194 Les trois options législatives fédérales ont été décrites comme suit dans le document intitulé *Document de consultation : Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves* publié à l'automne 2006.

Option 1 : L'incorporation par renvoi des lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves

Selon cette option, une loi fédérale devra faire renvoi aux lois provinciales et territoriales de façon à ce que les membres des réserves aient accès aux protections juridiques des provinces et des territoires en matière de biens immobiliers matrimoniaux. Les changements apportés aux lois provinciales et territoriales dans ce domaine s'appliqueraient aussi dans les réserves. Pour que cette solution soit réalisable, il faudrait modifier la Loi sur les Indiens.

Application du droit provincial

X. (1) Les lois de la province où est située une réserve s'appliquent à la division et à l'utilisation, l'occupation ou la possession des immeubles ou biens réels matrimoniaux situés sur la réserve.

Chevauchement

(2) Dans le cas où une réserve s'étend sur plus d'une province, les lois de la province où se trouve la plus grande partie de la réserve s'appliquent.

Conflit

(3) Les dispositions de la présente loi l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute loi provinciale.

Option 2 : L'incorporation par renvoi des lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux assortie d'un mécanisme législatif attribuant aux Premières nations le pouvoir de légiférer à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux

Comme pour la première option, il faudrait modifier la loi fédérale de façon à ce que les membres des Premières nations qui vivent dans une réserve aient accès aux protections juridiques des provinces et des territoires en matière de biens immobiliers matrimoniaux. Par conséquent, les lois de la province ou du territoire sur lequel une réserve est située fourniront le cadre législatif en matière de biens immobiliers matrimoniaux, à moins que la Première nation concernée n'adopte ses propres règles en la matière ou jusqu'à ce qu'elle le fasse. Comme dans la première option, certaines modifications à la Loi sur les Indiens pourront être apportées.

Application du droit provincial

X. (1) Les lois de la province où est située une réserve s'appliquent à la division et à l'utilisation, l'occupation ou la possession des immeubles ou biens réels matrimoniaux situés sur la réserve.

Chevauchement

(2) Dans le cas où une réserve s'étend sur plus d'une province, les lois de la province où se trouve la plus grande partie de la réserve s'appliquent.

Conflit

(3) Les dispositions de la présente loi l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute loi provinciale.

Cette option diffère de la première car elle implique l'apport de changements à la loi fédérale afin de permettre aux Premières nations de prendre en charge cette question. Par exemple :

Règles applicables à la rupture d'une relation conjugale

Y. L'article X ne s'applique pas si une bande, au sens de la *Loi sur les Indiens*, a adopté, au titre de l'article Z, des règles générales de procédure ou autres applicables, en cas d'échec de l'union conjugale, en matière de division des immeubles ou biens réels matrimoniaux situés sur la réserve et d'utilisation, d'occupation et de possession de ceux-ci.

Option 3 : Adoption d'une loi fédérale de fond sur les biens immobiliers matrimoniaux assortie d'un mécanisme législatif attribuant aux Premières nations le pouvoir de légiférer en matière de biens immobiliers matrimoniaux

Cette option nécessite l'adoption, par le gouvernement fédéral, d'une loi de fond qui offre des protections pour les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Cette option diffère de la première car elle comporte l'ajout de changements à la loi fédérale de façon à permettre aux Premières nations d'assumer la responsabilité de ce dossier. Comme pour la deuxième solution, la loi fédérale s'appliquerait dans les réserves à moins que les Premières nations n'adoptent leurs propres lois en la matière ou jusqu'à ce qu'elles le fassent. Certains amendements devront être faits à la *Loi sur les Indiens*.

Comme c'est le cas des deux premières options, la troisième option soulève des questions importantes. Une loi fédérale de fond portant sur les biens immobiliers matrimoniaux devra traiter toutes les questions difficiles et importantes que des lois provinciales et territoriales abordent actuellement hors réserve, telles que : veiller au meilleur intérêt de l'enfant; défendre les intérêts des conjoints quand plusieurs familles habitent la même résidence et identifier les mesures à prendre en cas de violence familiale.

Une loi fédérale de fond devra également permettre de régler des questions importantes, comme : reconnaître la façon distincte dont les Premières nations attribuent les terres dans les réserves; prendre en compte les valeurs culturelles qu'entretiennent les Premières nations à l'égard de la famille et de la terre; et tenir compte des intérêts des conjoints non membres.

Il apparaît évident qu'une loi fédérale de fond devra examiner de quelle façon régler chacune de ces questions, ainsi que de nombreuses autres questions

195 À l'issue de la phase des consultations, AINC a ainsi résumé les conclusions des consultations qu'il a menées avec les gouvernements provinciaux et territoriaux ainsi qu'avec les organisations autochtones (autres que l'APN et l'AFAC) :

Le processus de consultation a fourni aux Premières nations et à d'autres intervenants pertinents l'occasion de participer à des efforts en vue de trouver une solution à la lacune législative concernant les biens immobiliers matrimoniaux, qui touche de tant de personnes dans les collectivités des Premières nations.

Dans bon nombre des séances de consultation, les participants ont eu tendance à mettre l'accent sur des questions particulières plutôt que de discuter des options proposées.

Lorsque les participants ont choisi une option précise, c'est l'option 3 qui a été la plus retenue.

Dans l'ensemble, les participants aux séances de consultation ont suggéré entre autres :

- d'intégrer un mécanisme des Premières nations pour créer et mettre en œuvre une loi sur les biens immobiliers matrimoniaux;
- d'assurer un équilibre entre l'autorité des chefs et des conseils sur les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux et une approche du processus de prise de décision adoptée par les collectivités des Premières nations;
- de conserver la participation du gouvernement fédéral à la question des biens immobiliers matrimoniaux, puisque le gouvernement du Canada détient la compétence dans les réserves en vertu de la *Loi sur les Indiens* et a également des obligations fiduciaires à leur l'égard;
- de veiller à ce que les organisations des Premières nations participent activement au processus de prise de décision;
- d'intégrer les valeurs traditionnelles et culturelles des Premières nations dans toute solution législative; par exemple, il a été suggéré que toute nouvelle loi en matière de biens immobiliers matrimoniaux respecte les mariages traditionnels;
- d'élaborer une solution législative pour régler immédiatement la lacune juridique dans cette question complexe, et réaliser des progrès en permettant un examen futur de la loi;
- de veiller à ce que le meilleur intérêt des enfants ait toujours la priorité dans l'élaboration d'une option législative en matière de biens immobiliers matrimoniaux.

196 Bien qu'il ait été généralement reconnu que la question des biens immobiliers matrimoniaux devait être réglée, des critiques ont été formulées concernant le processus de consultation, en particulier à ce qui a trait au délai dans lequel il a été mené. On a dit souvent que le délai était trop court, et qu'il ne permettait pas d'examiner et de bien comprendre les complexités de la question. Certains participants estimaient que le Ministère aurait dû communiquer directement avec les membres des collectivités et que l'information aurait dû être offerte plus rapidement à quiconque le souhaitait et non pas être publiée seulement dans Internet.

Association des femmes autochtones du Canada

La vision mise de l'avant dans le rapport final de l'Association des femmes autochtones du Canada dans ce processus est intitulée *Reconquérir notre mode de vie*. Cette vision est décrite comme une recherche de l'équilibre entre des personnes, des familles et des collectivités en santé et des nations qui prennent leur racine dans les enseignements et les connaissances traditionnelles des Premières nations. Les solutions proposées par l'AFAC ont été regroupées sous six thèmes généraux :

- Les conséquences intergénérationnelles de la colonisation;
- La violence;
- La justice;
- L'accessibilité des soutiens;
- Les communications et l'éducation; et
- Les changements législatifs

197 Sont décrites ci-dessous les solutions précises proposées par l'AFAC :

À court terme — Les conséquences intergénérationnelles de la colonisation

- la loi fédérale doit inclure une clause rétroactive pour compenser financièrement les femmes autochtones et leurs descendants qui ont subi des pertes en raison des dispositions de la *Loi sur les Indiens*;

- les lois et les politiques sur l'appartenance à la bande et la citoyenneté doivent être revues pour offrir le choix aux femmes et à leurs descendants en matière d'appartenance à une bande;
- la Fondation autochtone de guérison et tous les programmes de guérison et de bien-être autochtones doivent être élargis et être suffisamment financés pour répondre de façon plus adéquate aux conséquences intergénérationnelles de la colonisation.

À court terme — La violence

- L'AFAC obtient du financement pour élaborer une stratégie nationale efficace visant à mettre un frein à la violence contre les femmes, les enfants et les familles autochtones, violence qui contribue aux ruptures de mariage;
- mise en œuvre des ordonnances d'exécution;
- accroître le nombre de maisons de transition pour les femmes, les enfants et les familles;
- rendre officiel et reconnaître le rôle des organisations des femmes autochtones en tant qu'intervenantes officielles dans la conception des politiques et des programmes ainsi que dans les initiatives.

À court terme — La justice

- améliorer, pour les femmes autochtones, l'accès à des processus judiciaires qui tiendraient compte des besoins particuliers des collectivités semi-éloignées, éloignées ou isolées;
- le système judiciaire doit mettre en application les ordonnances des tribunaux, les règlements administratifs de la bande, etc. ;
- élaboration de systèmes à plusieurs degrés de médiation autochtone ou d'autres pratiques et systèmes autochtones appropriés pour la justice et la prise de décision au chapitre des biens immobiliers matrimoniaux;
- évaluation des conséquences des mesures liées aux biens immobiliers matrimoniaux mises en œuvre en vertu de la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations*.

À court terme — L'accessibilité des soutiens

- accroître le financement des programmes de soutien destinés aux femmes et aux enfants autochtones afin qu'ils puissent vivre de saines relations et les aider au moment d'une rupture de mariage;
- veiller à ce que les femmes autochtones puissent avoir accès aux programmes et aux services, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des réserves, y compris les femmes qui vivent dans des collectivités semi-éloignées, éloignées ou isolées.

À court terme — Les communications et l'éducation

- élaborer, mettre en œuvre et financer un processus de facilitation et de communication continu en vue d'accroître la compréhension des femmes et des collectivités autochtones au chapitre des droits, des politiques et des processus liés aux biens immobiliers matrimoniaux.

À court terme — Les changements législatifs

- mettre en œuvre provisoirement une loi fédérale de fond obligatoire pour protéger les droits des femmes et des enfants qui vivent dans les réserves jusqu'à ce que les collectivités des Premières nations puissent élaborer leur propre loi; cette loi fédérale devrait prévoir la possibilité de se retirer de la loi et des clauses de compensation.

À moyen terme — Les conséquences intergénérationnelles de la colonisation

- élaboration d'un mécanisme pour mettre en œuvre les compensations devant être accordées pour le manque de protection qu'ont connu les femmes et leurs descendants, y compris le fait qu'elles aient été privées de leurs droits aux collectivités et la perte de leur langue, de leur culture et de leur identité en raison des politiques concernant les biens immobiliers matrimoniaux;

- analyses des conséquences basées sur le sexe de la Fondation autochtone de guérison et des programmes de guérison et de bien-être devant être financés en vue d'améliorer leur efficacité pour les femmes, les enfants et les familles autochtones;
- élaboration et financement de programmes de rapatriement pour que les collectivités puissent accueillir leurs membres.

À moyen terme — La violence

- logements subventionnés et à prix modique offerts dans des collectivités saines et sécuritaires;
- évaluation des conséquences et des lacunes des programmes et des services existants visant à lutter contre la violence, y compris les maisons de transition et les refuges, et fournir des ressources additionnelles là où elles sont nécessaires;
- Rechercher des pratiques prometteuses pour édifier de saines collectivités;
- offrir des maisons de transition pour les hommes.

À moyen terme — La justice

- que les spécialistes du droit et du système judiciaire reçoivent de la formation concernant les questions liées aux droits autochtones dans les réserves.

À moyen terme — L'accessibilité des soutiens

- mettre en place un mécanisme pour la prestation de services continus offrant un soutien traditionnel pour les femmes et les enfants autochtones.

À moyen terme — Les communications et l'éducation

- mettre au point des politiques fédérales, provinciales et territoriales obligatoires pour le financement et la mise en œuvre de programmes d'études autochtones;
- fournir des ressources additionnelles pour l'éducation et améliorer le niveau de la formation, afin d'accroître l'employabilité des femmes autochtones pour leur permettre de reconstruire leurs familles, leurs collectivités et leurs nations, y compris la nécessité de modifier les exigences en matière d'admissibilité, par exemple les limites restrictives concernant l'âge;
- créer un fonds et un programme spéciaux pour l'éducation, la formation, le développement économique et la création de petites entreprises, sans barrières en matière d'admissibilité, pour les femmes qui viennent de se séparer de leur conjoint.

À moyen terme — Les changements législatifs

- un organe habilitant formé de femmes autochtones et de représentants des Premières nations pour faciliter le processus de consultation et d'élaboration fondé sur les lois autochtones pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux d'une façon qui soit appropriée à chacune des Premières nations.

À long terme — Les conséquences intergénérationnelles de la colonisation

- mettre un terme aux conséquences intergénérationnelles de la colonisation et créer un espace pour inspirer de nouveau la fierté envers l'identité autochtone et accroître l'estime de soi;
- les femmes et leurs descendants obtiendront réparations pour le manque de protection à l'égard de leurs droits en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

À long terme — La violence

La violence est inacceptable

- les collectivités utilisent une approche collective et adaptée à leur culture pour résoudre les conflits;
- mettre en œuvre et élargir l'application de pratiques prometteuses pour l'édification de saines collectivités.

À long terme — La justice

- que les collectivités mettent en œuvre un mécanisme autochtone de règlement des conflits ou des litiges basé sur la collectivité et adapté à la culture.

À long terme — L'accessibilité des soutiens

- que les femmes et les enfants autochtones soient en mesure de profiter des avantages qui découlent de la *Loi sur les Indiens*, peu importe leur lieu de résidence.

À long terme — Les communications et l'éducation

- que les personnes, les familles, les collectivités et les nations aient les ressources et les connaissances suffisantes du droit pour bâtir des collectivités saines, viables et durables.

À long terme — Les changements législatifs

- que les collectivités utilisent les lois autochtones, qui prévoient une participation égale pour les femmes, dans le règlement des questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux;
- les collectivités utiliseront cette expertise dans tous les processus de prise de décision dans les collectivités.

198 Outre ces recommandations, l'AFAC a fait remarquer que les options fédérales 1 et 2 étaient inacceptable, mais qu'il était possible de travailler à partir d'une version modifiée de l'option fédérale 3.

Assemblée des Premières nations

199 L'Assemblée des Premières nations, dans son rapport final sur ces séances de dialogue, a présenté les suggestions suivantes, qui serviraient de guide pour la recherche de solutions, de même que d'une base à partir de laquelle serait évaluée toute solution :

- Respect des valeurs traditionnelles;
- Protection des droits ancestraux et des droits issus des traités;
- Aucune abrogation ou dérogation touchant les droits collectifs des Premières nations;
- Protection et préservation des terres des Premières nations pour les générations futures;
- Renforcement des familles et des collectivités des Premières nations;
- Reconnaissance et mise en œuvre des compétences des Premières nations;
- Solutions fondées sur la collectivité; et
- Équité.

200 L'APN a indiqué que les options fédérales 1 et 2, dans lesquelles il était question d'intégration des lois provinciales, ont été carrément rejetées dans toutes les séances de dialogue tenues dans les régions. Dans une résolution présentée à l'assemblée générale de 2006 et adoptée par la suite par le comité exécutif de l'APN le 31 juillet 2006 (N^o 21/2006), on a demandé que soit réorienté le processus de consultation afin qu'il se conforme à l'obligation juridique de la Couronne de consulter, obligation qui s'applique dans le cas présent, insiste l'APN. Une seconde résolution rejetant les trois options fédérales a été adoptée par le comité exécutif de l'APN le 5 février 2007 (N^o 72/2006), et une *Déclaration commune des femmes chefs et conseillères des Premières Nations* a été publiée le 14 février 2007 rejetant également les trois options.

201 Par conséquent, bien que l'APN ait présenté, dans le matériel fourni au cours des séances de dialogue tenues dans les régions, un certain nombre de solutions pour discussion, le mandat de l'APN tout au long de ce processus exigeait qu'une réponse fédérale en matière de biens immobiliers matrimoniaux soit conforme à la mise en application des principes et des processus reconnus dans l'*Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations* de 2005. En particulier, l'Accord envisage la mise en place de processus mutuellement acceptables pour l'élaboration de lois des Premières nations qui comprennent l'exercice des pouvoirs fédéraux. L'Accord prévoit également

des structures et des processus pour discuter de questions liées à la consultation, à l'honneur de la Couronne, au respect et la mise en œuvre des droits ancestraux et des droits issus des traités. Pour ces raisons, l'APN maintient que le Canada a pris des engagements en vertu de l'Accord de 2005, et qu'il doit les respecter, engagements qui sont pertinents à l'initiative sur les biens immobiliers matrimoniaux. Cette position a été rendue publique dès les premières rencontres organisées par AINC, en 2005, concernant l'élaboration d'une réponse aux deux rapports des comités parlementaires sur les biens immobiliers matrimoniaux, et avant le mandat actuel du gouvernement fédéral de consulter sur la question des biens immobiliers matrimoniaux.

202 Ces pressions sur l'APN, ainsi que les questions relatives au mandat des autres parties, ont fait en sorte qu'aux cours de la phase de recherche de consensus l'occasion ne s'est pas présentée d'examiner pleinement la question à savoir si l'option 3, qui comprenait une reconnaissance explicite des pouvoirs législatifs inhérents des Premières nations ou d'autres pouvoirs délégués, pourrait être une option viable. L'APN soutient que toute proposition législative précise que pourrait par la suite élaborer le gouvernement fédéral doit être assujettie à des consultations directes avec les Premières nations. À la fin, la participation de l'APN a été restreinte même si cette dernière reconnaissait que la question des biens immobiliers matrimoniaux était importante. Ironiquement, selon l'APN, un des buts de *l'Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en oeuvre des gouvernements des Premières nations* de 2005 était de prévoir un processus conjoint dans le cadre duquel des mesures pourraient être prises pour prévenir exactement le genre de conflits de mandat qui est survenu dans ce processus.

VII. Conclusions et recommandations

Leçons à retenir : réussites et obstacles au progrès dans le processus lié aux biens immobiliers matrimoniaux

- 203** Un certain nombre de leçons valables peuvent être tirées de ce processus de consultation.
- 204** Bien que nous n'ayons pas eu suffisamment de temps pour qu'un consensus puisse être atteint entre les trois parties, au niveau du groupe de travail technique, les discussions approfondies sur plusieurs questions de politique et préoccupations ont permis de réaliser des progrès vers l'élaboration d'un consensus. Chaque partie a pu accroître sa compréhension des questions et des divers droits qui entourent la recherche d'une solution aux questions liées aux biens mobiliers matrimoniaux dans les réserves.
- 205** Les parties ont déployé tous les efforts possibles pour respecter les échéances établies pour le processus et ont apporté plusieurs commentaires à chacune de ses phases. L'APN et l'AFAC ont toutes deux exprimé des doutes, à différents degrés, au sujet de la capacité du gouvernement de mener des consultations de l'ampleur voulue pour respecter l'obligation de la Couronne dans le temps alloué. Les préoccupations des Premières nations à cet égard ont créé une certaine entrave au mandat de l'APN en particulier. Les représentants de l'APN devaient suivre le mandat qui leur avait été donné par le comité exécutif et l'assemblée des chefs (voir Annexe I). Bien que le Ministère ait accordé une prolongation du délai, cela n'était pas suffisant pour répondre à toutes les préoccupations concernant la pertinence du processus de consultation.
- 206** Dès le début du processus, les parties ont élaboré des principes directeurs pour régir leurs relations tout au long de ce processus. Ces principes sont présentés à l'Annexe J. Les parties ont également convenu d'un processus en trois phases afin de discuter des options législatives et non législatives possibles, comme suit :

Phase 1

Exercices conjoints menés par le groupe de travail pour identifier les principes pertinents à l'évaluation de toutes les options législatives (que ce soit celles présentées ci-dessous ou toute autre qui pourrait être soumise); les principes pourraient comprendre des questions ayant trait aux réponses non législatives nécessaires pour assurer la mise en œuvre.

Phase 2

Séances conjointes de remue-ménage pour identifier un champ préliminaire d'options législatives et non législatives devant faire l'objet de discussions par le groupe de travail (à partir de l'information provenant du processus de consultation et d'autres sources comme les comités parlementaires).

Phase 3

Évaluation conjointe de chacune des options en vérifiant leur conformité aux principes identifiés à la phase 1 et en déterminant les résultats potentiels lorsque ces options seront appliquées à toute une gamme de situations pertinentes — par exemple à divers accords relatifs à la propriété foncière et au logement, combinés à différents statuts de relations conjugales en fonction de l'appartenance à une bande et du statut d'Indien.

- 207** J'ai participé à des séances de consultation tenues par les parties et j'ai beaucoup appris des participants sur les questions et les préoccupations qui ont une incidence sur leurs Premières nations. Les trois parties ont travaillé avec ardeur à la planification et à la conduite de leurs séances respectives de consultation et de dialogue. Les discussions qui ont eu lieu et le matériel produit pour ces séances étaient détaillés, éclairés et impressionnants. Les participants aux discussions

possédaient de grandes connaissances, et ont exprimé leurs préoccupations au sujet des lacunes dans la conception du processus global lié à la question des biens immobiliers matrimoniaux.

- 208** Au début du processus, mon bureau a distribué une quantité considérable de matériel pour tenter de construire une base d'information commune. J'ai tenu des rencontres d'information et des groupes de discussions avec divers experts en droit familial, en biens immobiliers matrimoniaux ainsi qu'en droits ancestraux et en droits issus des traités. J'ai demandé que l'on mène des recherches et que l'on me présente des opinions juridiques pour appuyer davantage l'analyse que je présente dans ce rapport.
- 209** Le groupe de travail sur la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves a tenu des réunions régulièrement, tout au long des phases de planification, de consultation et de recherche de consensus. Les parties ont échangé des points de vue sur les valeurs et les principes pertinents à la question dans le but d'évaluer l'utilité des solutions proposées. Des discussions approfondies ont eu lieu au cours de la phase de recherche d'un consensus, discussions qui ont aidé tous les participants à apprécier les opinions et les intérêts respectifs des parties à la table.
- 210** À la fin, les différences reliées au processus ont pris beaucoup plus de place que le contenu même, ce qui est dommage étant donné l'importance de ces questions pour le bien-être de la population des collectivités. Il n'a pas été possible d'atteindre un consensus en raison, en partie et à différents degrés, des problèmes reliés au mandat des trois parties. Certains des obstacles sont décrits ci-dessous.
- 211** Les biens immobiliers matrimoniaux sont un sujet qui, comme plusieurs autres, est lié à la *Loi sur les Indiens*, en chevauche plusieurs autres et possède de nombreux liens politiques. Bien que ces liens aient été connus dès le départ, la structure d'AINC fait encore en sorte que l'on se trouve cloisonné dans un processus d'élaboration de politiques qui rend, à l'intérieur d'échéances serrées, la réalisation de progrès extrêmement difficile.
- 212** L'incapacité des parties d'établir un lien entre l'initiative sur les biens immobiliers matrimoniaux et les processus d'élaboration de politiques plus vastes qui intéressent l'APN et l'AFAC respectivement, et pour lesquels ils ont des mandats, a constitué, en fin de compte, un obstacle au processus. Cet obstacle est lié en partie à la méfiance des membres des Premières nations à l'égard de ce qui pourrait découler par la suite de toute entente de consensus. Aucune partie n'a le contrôle du processus législatif qui déterminerait le fond même de tout consensus qui pourrait avoir été atteint ou de la forme finale de la loi fédérale qui s'appliquerait à leur peuple. L'APN cherche une aisance dans la mise en œuvre de l'Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations. *Pour sa part, l'AFAC souhaite que l'on inclue les femmes dans tout processus sur les biens immobiliers matrimoniaux relié à cet accord. Quant à AINC, il a des obligations parallèles : d'une part, envers l'APN, de mettre en œuvre l'Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale et, d'autre part, de respecter son engagement public de présenter une loi d'ici le printemps de 2007.*

Questions de consultation et conformité à la jurisprudence entourant l'arrêt *Haida*

- 213** De graves questions cependant ont été soulevées au sujet de l'existence d'une obligation juridique de consulter sur le contenu de toute disposition particulière devant faire partie d'un projet de loi. À cet égard, j'ai pris note de la déclaration suivante citée au paragraphe 50 de l'arrêt *Haida* : « *Lorsque l'accommodement est nécessaire à l'occasion d'une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titres ancestraux non encore prouvées, la Couronne doit établir un équilibre raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d'une part, et l'incidence potentielle de la décision sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d'autre part.* »
- 214** Guidée par l'esprit de cette orientation, et dans l'absence d'un consensus qui aurait été atteint à l'issue de la phase de recherche d'un consensus, et éclairée par les discussions tenues au cours des phases de consultation et de recherche d'un consensus et par mes propres recherches et analyses,

j'ai fait tous les efforts possibles pour formuler une série de recommandations visant à dresser un cadre législatif (défini ci-dessous) qui respectera les exigences des paragraphes 35(1) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et des objectifs de ce processus en matière de droits fondamentaux humains.

- 215** Comme l'exige mon mandat, j'ai également examiné, d'une façon générale, les questions liées à l'harmonisation, afin d'assurer au maximum un régime cohérent en matière de biens matrimoniaux, régime qui reconnaît et respecte la compétence souveraine de tous les gouvernements concernés.
- 216** Le cadre législatif défini dans la prochaine section sur mes recommandations vise à minimiser les activités fédérales à court terme en restreignant la loi fédérale à des mesures absolument nécessaires pour répondre aux situations urgentes et en reconnaissant la compétence des Premières nations à court et à long terme, d'une manière conforme à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je le répète, mon but est de réduire le risque de violation de tout droit.
- 217** J'ai pris note de la déclaration suivante du juge en chef de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c Adams*⁴⁹ et qui a été citée par la suite par la Cour suprême dans les arrêts *Haida* et *Mitchell* :

Compte tenu des obligations uniques de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones, le Parlement ne peut pas se contenter d'établir un régime administratif fondé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l'absence d'indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas. Si une loi confère un pouvoir discrétionnaire administratif susceptible d'entraîner d'importantes conséquences pour l'exercice d'un droit ancestral, cette loi ou son règlement d'application doit énoncer des critères précis, balisant l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accueillir ou de refuser les demandes et tenant compte de l'existence des droits ancestraux. En l'absence de telles indications précises, la loi ne donne pas aux représentants de l'État des directives suffisantes pour leur permettre de s'acquitter de leurs obligations de fiduciaire, et, suivant le critère établi dans Sparrow, on jugera que la loi porte atteinte aux droits ancestraux.

- 218** Vous souhaitez peut-être demander conseils sur la façon dont cette orientation donnée par la Cour peut s'appliquer à toute proposition législative et avant-projet de loi qui émergeront de la prise de décision sur la question des biens immobiliers matrimoniaux et à savoir si le cadre législatif défini ci-dessous peut contribuer à cet égard.
- 219** S'il existe une obligation de consulter qui exige des consultations supplémentaires et un accommodement, je recommande l'introduction d'une disposition dans la loi prévoyant un processus de consultation bien documenté et qui aurait lieu avant qu'un décret en conseil ne permette l'entrée en vigueur de tout projet de loi, pour toute Première nation. Cette procédure proposée a pour modèle celle qui a été utilisée dans le cadre de la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* (LGTPN) et de la *Loi sur le développement commercial et industriel des Premières nations* (LDCIPN). Dans chacun de ces cas, la loi n'entre en vigueur pour une Première nation qu'à l'adoption d'un décret en conseil. Une version modifiée de cette option permettrait à la loi d'être élaborée et adoptée par le Parlement tout en fournissant un moyen de faire en sorte que la Couronne respecte toute obligation juridique de consulter, particulière ou restante, qu'elle pourrait avoir envers une Première nation en vertu d'un droit issu des traités ou d'un droit ancestral. Cela permettrait également au gouvernement de combler toutes lacunes en matière de consultation avant qu'une loi ne s'applique à une Première nation donnée. Ce processus ne doit pas nécessairement être long; il pourrait être mené par l'intermédiaire des bureaux régionaux et au moyen, à la fois, de correspondances et de rencontres, et il dresserait un dossier clair des consultations tenues avec chacune des Premières nations. Cela n'empêcherait pas, au bout du compte, l'application de la loi fédérale, mais pourrait éliminer toute vulnérabilité juridique possible quant à l'obligation de consulter et permettrait également de mener un processus d'éducation publique d'ordre juridique, que l'APN et l'AFAC estiment très nécessaire. Une disposition permettant de modifier l'application de la loi par un

⁴⁹ [1996] 3 S.C.R. 101, paragraphe 54.

décret en conseil ou une entente avec une Première nation donnée fournirait la flexibilité nécessaire pour apporter des rajustements au besoin (comme pour la LDCIPN). Si le Parlement accepte, le gouvernement ne se trouvera pas en position de violer un privilège parlementaire.

220 La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada⁵⁰. Par conséquent, dans les protocoles utilisés pour examiner les avant-projets de loi avant leur présentation au Parlement, on doit accorder aux droits reconnus en vertu de l'article 35 le même degré de respect que les droits prévus dans la Charte. Je recommande que la Couronne entreprenne, outre une analyse des droits prévus dans la Charte, une analyse des droits prévus en vertu de l'article 35, y compris le paragraphe 35(4), pour toute loi proposée, avant que ne soit présenté au Parlement un projet de loi sur les biens immobiliers matrimoniaux. En d'autres mots, on devrait demander au ministère de la Justice de confirmer la conformité du projet de loi par rapport à la Charte et à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Parmi les éléments nécessaires à cette tâche, mentionnons, 1) une identification des nombreuses dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui protègent les droits collectifs et les titres ancestraux des Premières nations sur leurs terres de réserve; 2) une analyse du rôle que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* jouent actuellement dans la protection des droits sur les terres de réserve en vertu de l'article 35, comme les titres autochtones; et 3) s'assurer que toutes dispositions proposées n'ont pas de conséquences négatives sur de tels droits, en analysant la relation entre la *Loi sur les Indiens* et les nouvelles dispositions législatives proposées. Toutes ces étapes sont nécessaires pour avoir une image complète des risques potentiels de violation et pour savoir comment composer avec de tels risques.

221 Je recommande que des travaux conjoints soient entrepris entre vous-même et le ministre de la Justice pour l'élaboration de lignes directrices qui serviront à AINC et au ministère de la Justice dans leurs travaux communs visant à établir une culture pour la conformité à l'article 35 et à faire en sorte que les initiatives législatives soient adéquatement rédigées au regard de la conformité à l'article 35. Des lignes directrices et des directives en matière de politique, comme celles présentées ci-dessous, pourraient être élaborées afin que les droits protégés en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* soient traités avec le même respect pour la règle de droit que ceux accordés en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

- 1) garantir que toute loi ou politique proposée respecte l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les obligations fiduciaires de la Couronne;
- 2) conseiller les ministères et les organismes du gouvernement du Canada en ce qui a trait à la conformité à l'article 35, créant ainsi une culture de respect au sein du gouvernement pour les droits ancestraux et les droits issus des traités;
- 3) promouvoir la conformité avec les obligations juridiques internationales qui touchent les Premières nations;
- 4) veiller à ce que les interventions du Canada devant les tribunaux soient conformes à l'article 35;
- 5) veiller au rôle du Parlement et du grand public, c'est-à-dire promouvoir la sensibilisation à l'article 35 concernant les droits ancestraux et les droits issus des traités.

222 La politique fédérale stipule explicitement que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit en vertu de l'article 35⁵¹. Étant donné cette déclaration, et en tenant compte de la question de la conformité à l'arrêt *Haida*, il me semble que d'autres questions doivent être examinées dans le cadre d'une analyse de l'article 35 et des questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux. Par exemple, existe-t-il des connaissances de fait ou des connaissances de droit découlant d'un des éléments suivants :

⁵⁰ Paragraphe 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. »

⁵¹ « Le gouvernement du Canada reconnaît que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit existant au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. [...]Le gouvernement reconnaît d'une part qu'il pourrait être possible de s'adresser aux tribunaux pour faire respecter le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et que, d'autre part, il existe des points de vue divergents quant à la nature, à la portée et au contenu de ce droit. Page 3 du *Guide de la politique fédérale. L'autonomie gouvernementale des Autochtones : L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en oeuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*. »

- 1) l'énoncé cité ci-dessus de la politique fédérale selon lequel le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit reconnu en vertu de l'article 35;
- 2) les recommandations de la Commission royale sur les peuples autochtones soumises de façon officielle au Bureau du Conseil privé et qui comprennent des conclusions concernant l'existence d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et son contenu vis-à-vis du droit familial et ce qui doit être fait relativement aux biens immobiliers matrimoniaux;
- 3) les décisions existantes des tribunaux touchant les droits et les titres ancestraux des Premières nations sur leurs terres de réserve;
- 4) l'Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations de mai 2005;
- 5) les diverses résolutions reçues jusqu'à maintenant et l'information tirées des séances de consultation et de dialogue dans lesquelles les Premières ont parlé de leurs divers droits ancestraux et issus des traités.

223 Le Ministère devrait élaborer, le plus tôt possible, des politiques et des procédures précises en matière de consultation afin que les activités futures de consultation puissent identifier toute obligation juridique de consulter, et s'en acquitter, tout en réalisant les objectifs de bonne gouvernance et de politique publique en :

- 1) s'assurant que les Premières nations reçoivent toute l'information pertinente à la question en jeu, pour prendre une décision en temps opportun;
- 2) offrant aux Premières nations la possibilité d'exprimer leurs préoccupations et leurs points de vue sur les conséquences possibles d'une proposition législative et sur les questions liées à l'existence d'une obligation de consulter;
- 3) écoutant, en analysant et en examinant sérieusement les commentaires et les préoccupations des Premières nations à propos des principes juridiques et politiques pertinents, y compris leurs relations avec d'autres principes constitutionnels et liés aux droits de la personne;
- 4) veillant à ce que le ministère de la Justice réalise des analyses approfondies sur les questions liées à l'article 35 touchant toute initiative législative proposée avant, durant et après la tenue de consultations;
- 5) accordant une attention particulière aux propositions visant à mitiger les conséquences négatives possibles sur les droits ancestraux et issus des traités ainsi que sur d'autres droits et intérêts des Premières nations, et en prenant des mesures pour modifier la proposition du gouvernement;
- 6) établissant, en consultation avec les Premières nations, un protocole pour l'élaboration des propositions législatives.

Éléments et principes pour une réponse législative viable

224 Les diverses lois, politiques et traditions juridiques des Premières nations sont reflétées dans les approches prises par ces dernières au chapitre du logement, des terres et des relations familiales. Les diverses expériences et réponses des Premières nations face au processus de colonisation se reflètent également dans leurs lois et leurs politiques contemporaines (par exemple dans leur choix d'utiliser ou non le système de certificat de possession et la manière dont ce dernier a été introduit dans les collectivités, leur choix d'utiliser ou non le système d'attribution coutumière et son contenu). S'adapter et respecter cette diversité doit être un élément de toute initiative législative liée aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves

225 Le rôle des gouvernements des Premières nations dans la construction et le financement de logements dans les réserves rend également la situation de la propriété foncière et du logement très différente de ce qu'elle est en dehors des réserves, tant d'un point de vue juridique que social.

226 D'autres aspects de la loi qui touche la propriété foncière et les logements dans les réserves sont les dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant le statut d'Indien et l'appartenance à la bande (dispositions passées et présentes qui ont des conséquences encore aujourd'hui), les codes

d'appartenance à la bande et les règlements des bandes concernant la résidence. Selon certains facteurs, l'appartenance à la bande peut être sous le contrôle des gouvernements des Premières nations, mais le gouvernement fédéral a conservé le contrôle unique du pouvoir législatif sur la détermination du statut d'Indien.

227 D'autres aspects juridiques complexes et divers proviennent de l'extérieur des collectivités des Premières nations, c'est-à-dire des lois sur les biens matrimoniaux d'application générale qui s'appliquent maintenant dans une certaine mesure aux collectivités dans les réserves. Il faudra adopter des règlements pour promouvoir l'harmonisation des compétences sur les biens immobiliers matrimoniaux (tant en ce qui concerne la compétence des Premières nations que la compétence du gouvernement fédéral) avec les divers choix politiques qu'ont faits les gouvernements provinciaux concernant l'équilibre dans les droits sur les biens matrimoniaux. Deux autres domaines qui soulèvent des préoccupations à cet égard sont la diversité des traitements accordés par les provinces et les territoires pour ce qui est des relations en union de fait, ainsi que les définitions de ce que constitue un bien matrimonial.

228 Dans l'ensemble, nous nous retrouvons dans une situation juridique, sociale et culturelle qui n'a aucun parallèle hors des réserves. Cela, en retour, nous amène à conclure que, dans la mesure du possible, le pouvoir de prise de décision dans la conception de lois sur les biens immobiliers matrimoniaux applicables dans les réserves doit être laissé à chacune des Premières nations. Cela signifie également qu'une tentative de transférer au complet les droits et les recours de types provinciaux à une réserve ne fonctionnerait pas.

229 Parmi les nombreux facteurs particuliers à prendre en compte dans la conception d'un cadre juridique visant à améliorer la situation des conjoints dans les réserves concernant les biens immobiliers matrimoniaux, notons :

- 1) accorder la priorité aux droits des enfants, en particulier en ce qui concerne leurs besoins d'un abri, de stabilité et d'accès à leur culture;
- 2) assurer l'accès immédiat à des recours à court terme;
- 3) maintenir les principes de non-aliénation des terres de réserve et la protection des droits collectifs des Premières nations sur leurs terres de réserve; et voir à ce que ces droits ne soient pas diminués ou violés;
- 4) reconnaître le rôle de la Couronne dans l'instauration du régime de colonisation, dans le maintien de ce régime et dans le contrôle de plusieurs facteurs pouvant renverser la situation, d'une manière qui favorise la réconciliation;
- 5) reconnaître la compétence des Premières nations sur la détermination des droits des conjoints sur le logement familial et d'autres biens matrimoniaux, y compris leur autorité en ce qui a trait au règlement local des litiges;
- 6) reconnaître la compétence des Premières nations dans les biens immobiliers matrimoniaux d'une manière qui reconnaît et respecte les droits humains fondamentaux, les droits ancestraux et les droits issus des traités, y compris les titres autochtones;
- 7) réaffirmer l'égalité entre les hommes et les femmes;
- 8) reconnaître le besoin de régler les conséquences historiques et discriminatoires de la *Loi sur les Indiens* qui ont empêché les femmes de jouir des droits à la propriété et des droits civils;
- 9) reconnaître que les femmes ont subi des conséquences disproportionnellement négatives en raison du manque de protections relatives aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves;
- 10) reconnaître que plus la loi fédérale est normative, plus le risque est grand de violer des droits ancestraux ou issus des traités;
- 11) faire confiance aux gouvernements des Premières nations pour protéger les droits de la personne, au moins aussi bien que le fait le gouvernement fédéral; les gouvernements des Premières nations ne devraient pas faire l'objet d'un examen plus grand ou moins grand, ni être plus soupçonnés ou moins soupçonnés que le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux à cet égard;

- 12) veiller à ce que les ressources soient en place pour le renforcement des capacités et des institutions, qui sont un préalable au bon fonctionnement d'un régime solide en matière de biens immobiliers matrimoniaux (pour l'élaboration de lois, la gestion des terres, les registres foncier et de logement, ainsi que les mécanismes de rechange et les processus pour le règlement des litiges).

230 Ce que les Premières nations et les membres des Premières nations ont vécu, collectivement et individuellement, dans le régime de colonisation⁵² a façonné les questions qui résident au cœur de cette initiative. Ces questions sont :

- 1) Quelle est la responsabilité du gouvernement fédéral de reconnaître la compétence des Premières nations sur les biens immobiliers matrimoniaux, à court et à long terme?
- 2) Quelle réponse doit fournir le gouvernement fédéral pour régler les situations où il y a un manque de protections juridiques concernant les litiges sur les droits liés à la maison familiale dans les réserves?
- 3) Quelle réponse doit fournir le gouvernement fédéral pour régler le manque de capacités pour appliquer les lois, les politiques et les traditions existantes des Premières nations?
- 4) Quelles sont les protections juridiques nécessaires pour reconnaître et régler les conséquences actuelles de la situation historique des femmes des Premières nations qui, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, ont été privées de leurs droits à la propriété et de leurs droits civils?
- 5) Comment le Canada et les Premières nations peuvent-ils aller de l'avant pour répondre à ces besoins, d'une manière qui respecte et reconnaît les compétences, les droits, et les titres des Premières nations, ainsi que les droits humains fondamentaux?
- 6) Quelles mesures législatives, à court et à long terme, doivent prendre le gouvernement fédéral et les gouvernements des Premières nations?
- 7) Qu'est-ce que les gouvernements des Premières nations doivent faire pour répondre à la question des droits des femmes des Premières nations, et des autres citoyens, en ce qui concerne les biens immobiliers matrimoniaux, et pour les inclure dans la prise de décision?

Cadre législatif proposé

231 Bien qu'un consensus n'ait pas été atteint entre les trois parties sur les éléments particuliers d'un modèle législatif et du processus pour son élaboration, le cadre juridique que je recommande est inspiré des discussions tenues avec l'Assemblée des Premières nations, l'Association des femmes autochtones du Canada et le ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, ainsi que des discussions tenues d'un bout à l'autre du pays avec les membres des Premières nations, des commentaires des participants aux groupes de discussions et des conseils juridiques de sources indépendantes.

232 Tout au long des phases de consultation et de recherche de consensus, il semblait clair que l'on considérait les options fédérales 1 et 2 présentées dans le document de consultation d'AINC comme des violations non justifiables et qu'elles susciteraient en outre trop de problèmes pratiques pour ce qui est de l'harmonisation et des conflits de lois. Il s'agit là d'un point de vue partagé par plusieurs gouvernements provinciaux, l'APN et l'AFAC, et qui s'est dégagé des analyses juridiques indépendantes que j'ai demandées à ce sujet. (Une troisième analyse portait sur des questions de droits et de recours qui ne se trouvaient pas dans les options proposées par le gouvernement fédéral.)

233 Vous trouverez à la page 91, un tableau résumant le cadre législatif que je recommande pour satisfaire aux diverses exigences de mon mandat. Le schéma de base de la loi serait un modèle de compétences concurrentes où la suprématie serait accordée à la loi des Premières nations en cas d'incompatibilité ou de conflit avec une loi fédérale ou une loi provinciale en ce qui concerne les

⁵² La colonisation peut être définie comme l'imposition d'une structure de gouvernance par des entités à l'extérieur des Premières nations.

biens matrimoniaux. À cet égard, les Premières nations doivent jouir de la plus grande étendue possible de leurs responsabilités en matière d'élaboration de lois, et l'activité fédérale doit être aussi minime que possible, pour répondre aux préoccupations relatives aux droits de la personne.

234 La loi pourrait avoir pour titre : *Loi concernant les Premières nations, les biens immobiliers matrimoniaux et le règlement des litiges.*

235 La loi proposée comporterait deux parties. La Partie I présenterait une démarche pour reconnaître les droits sur les biens immobiliers matrimoniaux et la compétence des Premières nations. Cela n'est pas seulement souhaitable, en tant que question de principe, mais doit être considéré comme un moyen pratique, pour le gouvernement fédéral, de reconnaître et d'affirmer les droits ancestraux et les droits issus des traités, et d'éviter le plus possible toute violation

236 Préambule

Les Parties 1 et 2 seraient précédées d'un préambule décrivant les principes importants et fournissant le contexte pour l'interprétation de la loi proposée. Par exemple, ces principes pourraient comprendre :

- 1) la nécessité d'agir en conformité avec les principes des droits humains fondamentaux;
- 2) la nécessité de mettre immédiatement en place des mesures fédérales intérimaires pour assurer la protection des droits des conjoints en ce qui concerne les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves;
- 3) la reconnaissance de l'importance du principe de réconciliation en ce qui a trait aux droits ancestraux et aux droits issus des traités et la souveraineté de la Couronne;
- 4) le bien-fondé de la reconnaissance de la compétence des Premières nations sur la détermination des droits des conjoints en relation avec la maison familiale et d'autres questions concernant les relations matrimoniales dans les réserves;
- 5) le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale en vertu des droits prévus à l'article 35;
- 6) la nécessité d'une collaboration et d'une réconciliation entre les Premières nations et la Couronne relativement aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves;
- 7) l'égalité entre les hommes et les femmes;
- 8) l'importance d'inclure les femmes à tous les niveaux de la prise de décision, en tant que personnes égales;
- 9) les droits prioritaires des enfants dans la détermination des questions relatives aux droits des conjoints à la maison familiale;
- 10) la nécessité de tenir compte des droits des autres membres de la famille et des intérêts culturels des Premières nations.

237 Dispositions générales

Il faudra établir certaines dispositions générales. Premièrement, fournir des définitions des termes clés tels que : « enfant », « conjoint de fait », « adulte à charge », « famille », « gouvernement des Premières nations », « terres de réserve des Premières nations », « biens immeubles », « maison familiale », « conjoint », « biens meubles » et « violence ».

Deuxièmement, il faudra inclure une disposition « Il est entendu que », confirmant le maintien du statut de terres de réserve en vertu de la *Loi sur les Indiens*, en tant que terres mises de côté pour les Indiens. Le libellé utilisé dans la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* pourrait aider à cet égard :

Titres sur les terres des Premières nations

Il est entendu que,

- a) les droits collectifs sur les terres des Premières nations ne sont pas touchés par cette loi;

- b) les terres des Premières nations continuent d'être des terres mises de côté pour l'usage et le profit de la Première nation pour laquelle elles ont été réservées;
- c) les terres des Premières nations continuent d'être des terres mises de côté au sens du point 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

238 Applicabilité

Troisièmement, il sera nécessaire d'inclure une disposition générale pour décrire l'applicabilité de la loi et d'exclure les terres de réserve auxquelles s'applique la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* (LGTPN). Dans les discussions avec les Premières nations participantes, assujetties à la LGTPN, on pourrait se demander si des références supplémentaires sont nécessaires afin de répondre à toute lacune qui pourrait exister à partir de la date d'entrée en vigueur du code foncier d'une Première nation jusqu'à l'adoption de la loi de cette Première nation sur les biens immobiliers matrimoniaux, conformément à la LGTPN. Si une telle mesure s'avère nécessaire ou désirable, il sera probablement nécessaire d'obtenir le consentement de la Première nation participante, au moyen d'une modification à l'entente cadre sur la gestion des terres des Premières nations (comme modifiée).

Les clauses prépondérantes des ententes sur les revendications territoriales et des ententes d'autonomie gouvernementale prévoient vraisemblablement que les régimes fonciers et d'autonomie gouvernementale des Premières nations dans cette situation ne seraient pas touchés et n'exigeraient pas une référence dans la loi proposée. Depuis qu'a été adoptée, en 1994, la politique fédérale sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, on a cherché à faire en sorte que la lacune législative existante en vertu de la *Loi sur les Indiens* ne se retrouve pas dans les ententes relatives aux revendications territoriales ou à l'autonomie gouvernementale. Pour les ententes relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale, conclues depuis l'adoption de cette politique et qui traitent de la question des terres, les biens immobiliers matrimoniaux sont traités de diverses façons, qui visent à régler la lacune de la *Loi sur les Indiens*. Les quelques ententes qui ont été négociées avant cette politique semblent fonctionner, mais comprennent un écart législatif. Il s'agit là d'une question qui exigera le consentement des parties à ces ententes si on veut la régler.

Quatrièmement, la loi devra s'appliquer aux couples en union de fait et aux couples mariés selon la coutume, ainsi qu'aux personnes mariées en vertu des lois provinciales. Pour cela, il faudra donner une définition suffisamment vaste du terme « conjoint ». La *Loi sur les Indiens* fournit une définition du terme « conjoint de fait »⁵³ et de « survivant », mais non de « conjoint ». Il faudra accorder à cette question une considération particulière dans la loi proposée sur les biens immobiliers matrimoniaux ainsi que dans les règlements fédéraux provisoires. Les Premières nations sont libres de définir des termes dans leurs propres lois.

L'AFAC a suggéré la définition suivante pour le fonctionnement des règlements fédéraux provisoires. Cette proposition a pour but de saisir l'ampleur des types de relations dans l'ensemble des lois provinciales, fédérales et des Premières nations : *Le terme « conjoint » désigne une personne qui s'est liée à une autre personne dans une cérémonie de mariage civil ou religieux, ou qui a une union civile avec une autre personne, ou qui s'est mariée à une autre personne en vertu d'une loi autochtone coutumière, ou qui a vécu avec une autre personne dans une relation conjugale pour une période d'au moins une année, ou qui a vécu dans un type de relation d'une certaine permanence avec une autre personne, relation dans laquelle les deux personnes sont des parents naturels ou adoptifs d'un enfant.* » [Traduction libre]. Teresa Nahanee, dans son document, aborde également cette question avec plus ou moins de détails; ses descriptions peuvent fournir une certaine aide.

⁵³ L'article 2 de la *Loi sur les Indiens* définit ainsi le terme « conjoint de fait » : « La personne qui vit avec la personne en cause dans une relation conjugale depuis au moins un an. ». Le terme « survivant », quant à lui, est ainsi défini : « L'époux ou conjoint de fait survivant d'une personne décédée ».

239 Considérations en matière d'harmonisation

Un autre facteur important dont il faut tenir compte est la façon dont le Canada réconcilie la diversité inhérente aux deux compétences en matière de droit, la common law et le droit civil, faisant tous deux partie de notre système juridique national. Il existe au moins deux lois qui fournissent un cadre et des règlements particuliers pour réaliser l'harmonisation entre ces deux traditions juridiques. La *Loi d'interprétation* fédérale mentionne, aux paragraphes 8.1 et 8.2, la dualité des traditions juridiques et fournit des règlements pour l'interprétation des lois fédérales traitant des droits de propriété et des droits civils au Canada d'une manière qui respecte tant les traditions de la common law que du droit civil.⁵⁴ Il ne fait aucun doute que cela devra être pris en compte au moment d'élaborer toute loi fédérale qui traitera des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. D'autres conseils sont donnés dans la *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil*,⁵⁵ dont le préambule met l'accent sur la nécessité d'une interaction harmonieuse entre la loi fédérale et la loi provinciale et exige une interprétation de la loi fédérale qui est compatible avec les traditions de la common law et du droit civil.

240 John Borrows suggère d'établir des principes et des structures semblables à ceux-ci soient établies pour les traditions juridiques autochtones. Selon lui, une telle loi devrait reconnaître les droits inhérents des peuples autochtones à la propriété et aux droits civils au sein de leurs traditions juridiques. Il ajoute que les principes définis dans le préambule de la *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil* pourrait servir d'inspiration pour cette tâche.⁵⁶ Borrows formule un certain nombre de recommandations très utiles au sujet du contenu d'une loi d'harmonisation du droit fédéral avec les droits autochtones. À mon avis, ses idées font appel à la notion de réconciliation. En ce qui concerne la réconciliation, la Cour suprême du Canada a demandé aux Premières nations et au Canada de s'engager à la réaliser. Je recommande que les rédacteurs de la loi prennent en compte ce type d'approche.

241 Examen de la mise en œuvre de la loi

Cinquièmement, il faudra inclure une disposition prévoyant un examen de la loi et de sa mise en œuvre. Vous trouverez ci-dessous un exemple d'un libellé possible.

Examen de la mise en œuvre

Trois ans après l'entrée en vigueur de la Loi, le ministre devra soumettre un rapport au Parlement après avoir mené des consultations auprès des Premières nations; ce rapport :

- (a) fera état des progrès concernant la mise en œuvre;
- (b) fournira une liste des consultations menées auprès des Premières nations dans la préparation du rapport du ministre et indiquera quelles Premières nations ont été consultées, mentionnera la participation des femmes des Premières nations aux consultations et comprendra une description de toute préoccupation soulevée au cours des consultations concernant les dispositions de la Loi ou sa mise en œuvre, ainsi que des propositions du ministre pour adapter ou régler ces préoccupations;
- (c) une analyse comparative entre les sexes des questions ci-dessus.

242 Sixièmement, pour s'assurer que la nouvelle loi concernant les biens immobiliers matrimoniaux a préséance dans l'éventualité d'un conflit ou d'une incompatibilité avec les lois provinciales qui s'appliquent dans les réserves par rapport aux biens immobiliers en général, il pourrait être nécessaire d'apporter une modification corrélative à l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cette modification viserait simplement à ajouter le nom de la nouvelle loi, comme cela a été fait dans le cas de la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations*.

⁵⁴ *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, C. I-21.

⁵⁵ *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, C. 4.

⁵⁶ John Borrows, *Indigenous Legal Traditions in Canada*, Rapport pour la Commission du droit du Canada, Commission du droit du Canada, janvier 2006, p. 168-173.

Article 88 : « Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les 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 la Loi sur la gestion financière et statistique des Premières nations, ou la Loi concernant les Premières nations, les biens immobiliers matrimoniaux et le règlement des litiges ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou texte législatif d'une bande pris sous leur régime, et sauf dans la mesure où ces lois provinciales contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou la Loi sur la gestion financière et statistique des premières nations ou sous leur régime. »

243 Septièmement, il sera peut-être nécessaire d'apporter des modifications supplémentaires aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui traitent des droits détenus en vertu d'un certificat de possession afin d'assurer la conformité avec la nouvelle loi. Par exemple, il sera peut-être nécessaire d'apporter des modifications aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant les certificats de possession afin de prévoir l'enregistrement des conjoints des détenteurs de certificat de possession. Cela entraînera la publication d'un avis selon lequel un conjoint pourrait avoir des droits en vertu de la nouvelle loi. Il faudra examiner attentivement les dispositions concernant les certificats de possession pour assurer la conformité, sans violer les droits collectifs, les droits ancestraux ou les droits issus des traités. À cet égard, l'analyse préparée par Teressa Nahanee identifiant les dispositions pertinentes pourrait être d'une certaine utilité. Bien que cette analyse laisse entendre que des modifications soient apportées à la *Loi sur les Indiens*, ce que je ne recommande pas, l'analyse détaillée présentée dans ce document donne une idée du genre d'examen qu'il sera nécessaire de mener pour assurer le bon fonctionnement du régime.

Partie 1 – Reconnaissance de la compétence des Premières nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux

244 Les dispositions concernant la reconnaissance de la compétence des Premières nations doivent être décrites dans la Partie 1, avant les règlements fédéraux provisoires, afin de mettre l'accent sur la prépondérance et la préférence de la compétence des Premières nations dans ce domaine. Reconnaître cette compétence inhérente signifie reconnaître qu'elle est en concurrence avec la compétence du gouvernement fédéral en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'agit là d'un modèle familier aux ententes relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale. Il existe de nombreux exemples sur lesquels s'appuyer en ce qui concerne les clauses prépondérantes et faire en sorte que les lois fédérales, provinciales et des Premières nations dans ce domaine fonctionnent de concert, pour offrir la protection dont ont besoin les conjoints dans les réserves.

245 Je présente ci-dessous certains exemples de libellés sur la reconnaissance, libellés qui doivent être accompagnés d'énoncés préambulaires touchant tant le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, en vertu des droits prévus à l'article 35, que l'importance des droits de la personne et de l'égalité entre les hommes et les femmes. Dans le cadre de cette proposition, la compétence des Premières nations sur les biens immobiliers matrimoniaux comprendrait nécessairement et incidemment la compétence d'établir des mécanismes locaux de rechange pour le règlement des litiges. Deux raisons viennent appuyer ce point : la nécessité d'organismes de règlement des litiges locaux et adaptés à la culture et l'inaccessibilité du système judiciaire actuel pour de nombreuses personnes et collectivités des Premières nations en raison de l'éloignement, du manque de ressources financières et d'autres facteurs.

Compétence des Premières nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux

X(1) Les gouvernements des Premières nations ont le pouvoir d'adopter des lois en ce qui concerne :

- a) les droits et les intérêts des conjoints sur la maison familiale située dans une réserve mise de côté pour l'usage et le profit de la Première nation qui adopte une telle loi;

- b) les droits et les intérêts des conjoints sur tout autre type de logement ou de structure qu'une loi d'une Première nation pourrait définir comme un bien immobilier matrimonial, un bien immeuble ou un autre droit sur la terre, reconnu par la Premières nations et situé sur toute réserve mise de côté pour l'usage et le profit de la Première nation qui adopte une telle loi;
 - c) les droits et les intérêts des conjoints en ce qui concerne un bien loué ou loué à bail sur toute réserve mise de côté pour l'usage et le profit de la Première nation qui adopte une telle loi et sur lequel un ou les deux conjoints ont des intérêts;
 - d) les droits et les intérêts des autres membres de la famille qui vivent avec les conjoints.
- (2) Il est entendu que la compétence dont il est fait mention à l'article X(1) comprend le pouvoir d'établir des organismes locaux de règlement des litiges pour aider les conjoints à résoudre les questions touchant les biens immobiliers matrimoniaux, les biens réels et tous autres intérêts sur les terres reconnus par la Première nation
- (3) Nonobstant la compétence dont il est fait mention à l'article X(1), les dispositions de la Partie 2 s'appliqueront aux terres de réserve des bandes qui se trouvent dans la liste présentée au tableau 1 jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi dont il est question à l'article X(1), conformément aux dispositions du paragraphe X(4).
- (4) La loi d'une Première nation dont il est fait mention à l'article X(1) doit entrer en vigueur à la date déterminée par celle-ci.
- (5) Dans l'éventualité d'un conflit ou d'une incompatibilité entre les dispositions de la loi de la Première nation adoptée conformément aux dispositions de cette partie et une disposition de la *Loi sur les Indiens* autre que les articles 18, 28, 29 et 37, la loi sur la Première nation l'emportera dans la mesure du conflit ou de l'incompatibilité.

Partie 2 – Règlements fédéraux provisoires concernant les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves

246 La Partie 2 prévoit des règlements fédéraux provisoires établissant une protection à court terme, jusqu'à ce qu'une Première nation ait adopté sa propre loi concernant les biens immobiliers matrimoniaux. J'ai suggéré des recours à court terme qui seraient disponibles en vertu de cette Partie et j'ai donné une justification pour chacun d'eux. Certaines considérations impérieuses en matière de droits de la personne justifient des mesures fédérales à court terme afin qu'un certain secours soit offert aux conjoints des Premières nations en attendant que les Premières nations qui n'en ont pas adoptent une loi sur les biens immobiliers matrimoniaux. Une protection additionnelle à court terme sera offerte dans le cadre de l'exercice des pouvoirs des Premières nations conformément à la Partie I de la loi proposée.

247 Interdiction de vendre la maison familiale

Dans le cas où une maison serait située sur une terre détenue en vertu d'un certificat de possession, il n'y a actuellement rien qui empêche le conjoint dont le nom est sur le certificat de possession de vendre cette maison sans le consentement de l'autre conjoint. Lorsque les conjoints sont mariés, et surtout lorsqu'il y a des enfants, chaque membre de la famille devrait se sentir en sécurité, soit être protégé contre la vente de la maison familiale sans qu'il en soit informé, peu importe que le nom d'un conjoint ou des deux conjoints soit sur les documents qui concernent la maison. La disposition qui touche ce recours dans les réserves aurait dû exister depuis longtemps, pour les attributions détenues en vertu d'un certificat de possession ou les maisons qui appartiennent à des membres individuels et qui sont situées sur les terres générales de la bande.

Pour appliquer cette mesure, il faudra mettre sur pied un ou plusieurs mécanismes servant à enregistrer le nom du conjoint dans le *Registre des terres indiennes*, le cas échéant, ainsi que des mécanismes de soutien pour les Premières nations qui souhaiteraient établir un registre distinct pour

les maisons seulement, que celles-ci soient situées sur des terres détenues en vertu d'un certificat de possession ou sur les terres générales de la bande.

248 Recours provisoires – Ordonnances d'exclusion et ordonnances de possession exclusive provisoire de la maison familiale

Il est nécessaire d'offrir dans les réserves des recours permettant la possession exclusive provisoire de la maison familiale pour faire face aux situations de crise et donner aux conjoints le temps de stabiliser leur situation, pendant qu'ils font des plans à plus long terme. Les recours permettant la possession provisoire de la maison familiale ne présentent que peu de difficultés, ni même aucune en fait, pour ce qui est de la violation possible des droits collectifs, en raison précisément de leur nature temporaire. Ces recours pourraient être :

- 1) des ordonnances d'exclusion provisoire pour permettre à un conjoint de détenir la possession exclusive temporaire de la maison familiale dans un cas de crise entraînée par la violence familiale (dans certaines régions les demandes peuvent être présentées par un conjoint ou une tierce partie au nom du conjoint qui a besoin de protection) ;
- 2) des ordonnances de possession exclusive provisoire accordées à la demande d'un conjoint au moment de la rupture de la relation et qui visent à ce que le conjoint qui a la garde des enfants puisse jouir d'un abri et de stabilité.

249 Une ordonnance d'indemnisation pour la valeur de la maison familiale

Les diverses valeurs et pratiques des Premières nations entourant les droits sur les terres de réserve doivent être respectées et, dans la nouvelle loi, il faudra établir une distinction entre la maison familiale en tant qu'amélioration sur la terre et un droit sur une terre de réserve même. Cela implique de mettre en place des recours pour le transfert ou la vente forcée des droits d'un conjoint sur les terres, comme le déterminera les pouvoirs de la Première nation en vertu de la Partie 1.

250 Pour répondre aux droits des deux conjoints, qu'ils soient membres ou non membres, et pour répondre aux droits des deux conjoints dans la maison familiale séparément des droits de propriété collectifs de la Première nation sur les terres de réserve, il faudra mettre en place un recours pour les indemnités — un recours relié à la valeur de la maison familiale en tant qu'amélioration. Je recommande que la nouvelle loi prévoit que les tribunaux pertinents aient le pouvoir, au moment de l'annulation d'un mariage, d'une séparation ou d'un divorce, d'accorder aux conjoints la possibilité de présenter une demande pour obtenir une ordonnance d'indemnisation afin de diviser la valeur de la maison familiale. Seule la structure de la maison, en tant qu'amélioration, serait prise en compte dans l'évaluation. La disposition proposée doit être rédigée de façon à reconnaître les contributions des conjoints dans la relation maritale de même que les biens immobiliers matrimoniaux, y compris les contributions financières ainsi que les contributions en espèces, telles que l'éducation des enfants et les travaux ménagers non rémunérés.

251 La Loi prévoit déjà des mécanismes semblables pour les situations non maritales où des indemnités sont nécessaires en raison d'améliorations. Les articles 22, 23 et 25 en sont des exemples :

252 Les articles 22 et 23 traitent du droit d'un membre d'obtenir une indemnité pour les améliorations permanentes qu'il a apportées à la terre et qui ont été incluses par la suite dans la réserve.

22. Un Indien qui a fait des améliorations à des terres en sa possession avant leur inclusion dans une réserve, est considéré comme étant en possession légale de ces terres au moment de leur inclusion.

23. Un Indien qui est légalement retiré de terres situées dans une réserve et sur lesquelles il a fait des améliorations permanentes peut, si le ministre l'ordonne, recevoir à cet égard une indemnité d'un montant que le ministre détermine, soit de la personne qui entre en possession, soit sur les fonds de la bande, à la discrétion du ministre.

253 L'article 25 prévoit une indemnisation pour des améliorations faites à une terre de réserve par un Indien qui n'a plus le droit de résider dans une réserve donnée :

25. (1) *Un Indien qui cesse d'avoir droit de résider sur une réserve peut, dans un délai de six mois ou dans tel délai prorogé que prescrit le ministre, transférer à la bande, ou à un autre membre de celle-ci, le droit à la possession de toute terre dans la réserve, dont il était légalement en possession.*
- (2) *Lorsqu'un Indien ne dispose pas de son droit de possession conformément au paragraphe (1), le droit à la possession de la terre retourne à la bande, sous réserve du paiement, à l'Indien qui était légalement en possession de la terre, sur les fonds de la bande, de telle indemnité pour améliorations permanentes que fixe le ministre.*

254 Les directives du Ministère en matière de politique offrent des conseils aux fonctionnaires pour traiter ces situations. Une entente est généralement négociée entre la Première nation et le membre. Le ministre et le Ministère peuvent apporter leur concours lorsqu'il est impossible d'en arriver à une entente⁵⁷. Les directives d'AINC offrent également de l'information sur la façon dont l'indemnisation est déterminée et sur l'évaluation des améliorations qui ont été faites, ainsi que des procédures lorsque la Première nation et le membre ne peuvent en arriver à une entente sur l'indemnisation au titre des améliorations. Les gestionnaires des terres de la Première nation et le gouvernement de la Première nation ont des rôles à jouer dans la détermination de ces questions. En d'autres mots, il existe un ensemble de pratiques sur lesquelles s'appuyer, qui peuvent être pertinentes et qui peuvent être adaptées pour traiter des droits sur une maison familiale en tant qu'amélioration et reconnaître la compétence de la Première nation plutôt que de laisser cela à la discrétion du ministre.

255 La directive 3-5 du *Guide de la gestion des terres* explique que lorsqu'un particulier et le conseil ne peuvent pas s'entendre sur l'indemnisation au titre des améliorations en vertu de l'article 25, le ministre doit exercer son pouvoir discrétionnaire conformément au paragraphe 25(2) de la *Loi sur les Indiens*. Une enquête approfondie doit alors être effectuée afin d'identifier les améliorations qui ont été apportées à la propriété en question. La directive stipule ensuite : « *Le rapport d'enquête établi de concert avec TPSGC [Travaux publics et Services gouvernementaux Canada] devrait comprendre : a) la détermination des améliorations et la confirmation du droit de propriété; b) la valeur des améliorations, établie par un évaluateur indépendant, à moins que le particulier et le conseil de la Première nation ne conviennent d'un montant mutuellement acceptable et c) lorsque le conseil de la Première nation conteste la valeur des améliorations, les détails de la contestation et les recommandations sur les mesures à prendre.* » C'est le gestionnaire des terres de la Première nation qui prend les arrangements nécessaires pour qu'une évaluation soit effectuée des améliorations permanentes apportées à la terre; selon la directive, TPSGC doit aussi réaliser un examen. Dans les cas visés par les améliorations prévues à l'article 25, si une ordonnance ministérielle est nécessaire parce qu'aucune entente n'a été conclue entre la Première nation et le membre, le gestionnaire des terres, avec l'aide du ministre de la Justice, prépare une ordonnance déterminant le montant de l'indemnisation qui sera payée au particulier pour les améliorations apportées à la propriété en question et confirmant que le droit de possession sur la terre a été remis à la Première nation. C'est au gestionnaire des terres de faire approuver l'ordonnance et de s'occuper de son enregistrement.

256 Il est bon de noter que tant l'APN que l'AFAC ont manifesté un vif intérêt dans l'établissement d'un fonds d'indemnisation pour accorder des prêts aux conjoints afin de les aider à faire appliquer les ordonnances d'indemnisation relativement aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Je le répète, il serait bon d'examiner et d'adapter, au cours de discussions entre AINC, l'APN et l'AFAC, les procédures existantes, en y apportant quelques modifications, sur la compétence des Premières nations plutôt que d'avoir recours au pouvoir discrétionnaire du ministre, sur la faisabilité d'établir un fonds d'indemnisation pour accorder des prêts aux conjoints.

⁵⁷ Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, *Guide de la gestion des terres*, chapitre 3, Directive 3-2 et 3-5.

257 Ordonnances d'indemnisation de type *Derrickson*

Dans l'arrêt *Derrickson*, la Cour a fait état d'une disposition prévue par la loi sur les relations familiales de la Colombie-Britannique qui pourrait s'appliquer aux conjoints dans les réserves afin d'émettre une ordonnance d'indemnisation juste et équitable en relation avec la valeur de la maison familiale et de la terre détenue en vertu d'un certificat de possession sur laquelle était située la maison. Ce recours a été accordé pour remplacer le recours qui n'était pas disponible, soit une ordonnance de partage. Dans ce cas, la disposition particulière sur laquelle on s'est fondé pour accorder ce recours d'indemnisation était l'article 51 de la *Family Relations Act* [Loi sur les relations familiales], R.S.C.B.C. 1979, C. 121 (selon le libellé de cette loi au moment du litige).

258 Il semble que toute compétence provinciale et territoriale possède une disposition semblable, mais cela pourrait être confirmé par le ministère de la Justice de même que la question de leur applicabilité aux terres de réserve en tant que lois d'application générale qui n'entrent pas en conflit avec la *Loi sur les Indiens*. Si, en fait, chaque compétence possède une disposition semblable qui fonctionne comme celle dont il est question dans l'arrêt *Derrickson*, une option serait alors de conserver simplement la loi provinciale comme elle fonctionne maintenant.

259 Une autre option serait d'adopter une disposition fédérale prévoyant ce type de recours à l'échelle nationale pour les conjoints qui ont des maisons familiales sur des terres détenues en vertu d'un certificat de possession. Il n'est pas clair si les conjoints non membres peuvent actuellement obtenir une ordonnance du type *Derrickson*, et ce fait doit également être confirmé d'une façon ou d'une autre par le ministère de la Justice. Étant donné que les biens immobiliers situés dans les réserves peuvent être hérités et vendus par un conjoint non membre en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Indiens*, il existe des précédents dans la loi où un conjoint non membre a été en mesure de partager la valeur des biens matrimoniaux dans les réserves en autant qu'il n'acquerrait pas un droit permanent sur la terre même.

260 Mise à exécution des contrats familiaux

Dans toutes les compétences hors des réserves, il existe des dispositions au moyen desquelles les tribunaux mettent à exécution les ententes valides conclues entre les conjoints concernant leurs biens matrimoniaux et d'autres lois sur la famille, par exemple les ordonnances alimentaires. Ces ententes peuvent avoir été conclues avant le mariage (entente pré-nuptiale), au cours du mariage (entente conjugale) ou au moment de la rupture du mariage ou de la relation (entente de séparation).

Ces ententes sont utiles car elles servent aux conjoints à déterminer leur avenir par consentement mutuel. Le contenu de telles ententes est influencé par ce que les parties conviennent des résultats probables si la question devait être présentée devant les tribunaux. Malheureusement, en vertu de la lacune juridique actuelle concernant les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, bien que les conjoints dans les réserves puissent conclure de telles ententes, il n'y a aucun moyen de les faire appliquer si un conjoint refuse de respecter ses obligations contractuelles.

261 Je recommande que les règlements fédéraux provisoires comprennent une disposition permettant la mise à exécution par les tribunaux des contrats familiaux conclus entre les conjoints dans les réserves. Vous souhaiterez sans doute avoir recours à un libellé qui soit suffisamment vaste pour assurer la mise à exécution de la totalité de telles ententes, étant donné que les dispositions dans les ententes sur les biens immobiliers matrimoniaux pourraient être reliées intégralement à ce dont les parties ont convenu dans d'autres domaines, tels que les pensions alimentaires. Cette recommandation peut exiger non seulement d'inclure une disposition dans la nouvelle loi proposée, mais aussi d'examiner les dispositions pertinentes de la *Loi sur le divorce* fédérale.

262 Autres recours conformément aux éléments de preuve des lois et des pratiques coutumières des Premières nations

Dans les pouvoirs accordés aux tribunaux pour appliquer les règlements fédéraux provisoires, je recommande que ces derniers bénéficient d'une certaine souplesse afin d'établir des recours temporaires plutôt que de limiter les choix aux recours existants de type provincial. Cela pourrait permettre aux traditions juridiques et à la diversité des Premières nations d'être reconnues et prises en compte par les tribunaux. Cela permettrait également aux Premières nations de donner leur opinion, à savoir quels recours seraient les plus appropriés pour leurs collectivités. On pourrait réaliser cela par l'établissement d'une disposition « ami de la Cour » au moyen des ressources fédérales pour sa mise en œuvre et de dispositions confirmant la qualité pour agir des Premières nations à cet égard.

263 Toutefois, il n'est pas recommandé d'inclure dans les règlements fédéraux provisoires les ordonnances pour le transfert d'une maison familiale et les ordonnances pour le partage et la vente. Les diverses façons qu'ont les Premières nations d'utiliser les certificats de possession et les attributions coutumières et leurs différents points de vue sur la possibilité pour un membre de détenir un droit à la propriété sur les terres mêmes nous amènent à dire que par respect pour les principes d'autonomie gouvernementale, il faudrait laisser aux Premières nations le soin de déterminer de telles questions et d'offrir ou non ces recours. Il s'agit là de questions que les Premières nations peuvent traiter immédiatement, étant donné leur compétence concurrente sur les biens immobiliers matrimoniaux.

264 Critères pour orienter les tribunaux dans l'émission d'ordonnances en vertu des règlements fédéraux provisoires

En ce qui concerne les règlements fédéraux provisoires, les tribunaux auront besoin d'une certaine orientation pour prendre des décisions. Certains des critères typiques utilisés dans les lois provinciales sont tout aussi pertinents aux citoyens des Premières nations, comme le fait de tenir compte des droits des enfants ou de la présence de violence familiale. Toutefois, les tribunaux devront examiner des critères qui sont pertinents aux diverses collectivités des Premières nations. La loi devrait permettre que des éléments de preuve soient présentés pour les diverses situations sociales, lois et politiques des Premières nations, ainsi que pour leurs pratiques particulières concernant la propriété du clan. On trouve dans l'article 8 de la *Westbank First Nation Family Property Law*, qui comprend également des critères typiques des lois provinciales, un exemple des critères élaborés tout particulièrement pour un contexte des Premières nations. Cependant, il faut être prudent lorsqu'on examine la jurisprudence, comme celle relative au cas de la Première nation de Westbank. Ce qui fonctionne pour une Première nation peut ne pas fonctionner pour une autre. Les dispositions concernant le mécanisme « ami de la Cour » et la qualité pour agir de la Première nation concernée pourront aider à présenter au tribunal de tels éléments de preuve, dans les cas où l'on a recours au système judiciaire existant.

**Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves
Modèle de compétences concurrentes (fédéral et Premières nations)**

		Règlements fédéraux provisoires*	Compétences des Premières nations (ont la prépondérance sur les règlements fédéraux provisoires)
Domaine des droits et des recours en matière de biens immobiliers matrimoniaux	Interdiction de vendre la maison familiale (sans le consentement du conjoint durant le mariage)	Disponible (pour les conjoints membres et non membres)	Comme déterminé par la loi de la Première nation
	Ordonnance d'exclusion (dans les cas de violence)	Disponible (pour les conjoints membres et non membres)	Comme déterminé par la loi de la Première nation
	Ordonnance de possession exclusive provisoire	Disponible (pour les conjoints membres et non membres)	Comme déterminé par la loi de la Première nation
	Ordonnance d'indemnisation (en relation avec le partage de la valeur de la maison familiale en tant qu'amélioration et non en relation avec la valeur de la terre de réserve sur laquelle celle-ci est située)	Disponible (pour les conjoints membres et non membres)	Comme déterminé par la loi de la Première nation
	Ordonnance d'indemnisation de type Derrickson (pour le partage de la valeur de la maison familiale et des terres détenues en vertu d'un certificat de possession sur laquelle celle-ci est située – offerte aux membres seulement)	Disponible (soit en utilisant la loi provinciale (statu quo) soit en adoptant une disposition fédérale qui s'appliquerait uniformément à toutes les compétences)	Comme déterminé par la loi de la Première nation
	Contrats familiaux (ententes pré-nuptiales, conjugales et de séparation)	Disponible (pour les recours et les protections offertes en vertu des règlements fédéraux provisoires)	Comme déterminé par la loi de la Première nation
	Autres ordonnances (selon les éléments de preuve des lois et des pratiques coutumières des Premières nations)	Disponible	Comme déterminé par la loi de la Première nation

** Les lois fédérales et des Premières nations seront assujetties à l'examen des droits de la personne (selon la Charte, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et les normes en matière de droits humains internationaux).

265 Règlement des litiges et application des ordonnances

Des préoccupations touchant l'accès au système judiciaire et l'application des ordonnances des tribunaux ont été soulevées tout au long du processus et ont souvent été mises de l'avant comme base de questionnement sur la capacité de la loi fédérale d'offrir une aide réelle aux conjoints dans les situations de crise dans les réserves. Les raisons suivantes ont été évoquées :

- a) la majorité du peuple de la Première nation serait dans l'incapacité d'accéder au système judiciaire existant en raison des coûts et de l'éloignement géographique qui s'ajoutent aux barrières culturelles et autres;
- b) les fréquents litiges juridiques portant sur la question de savoir si les cours fédérales ou les cours supérieures provinciales sont les plus appropriées pour traiter de litiges particuliers survenus dans le contexte d'une réserve;
- c) les nombreuses difficultés liées à l'application des ordonnances des tribunaux et des lois des Premières nations lorsque ces dernières doivent s'adresser aux services de police ou à d'autres exécutants pour obtenir de l'aide;
- d) dans le cas des collectivités éloignées, des cours par service aérien sont disponibles, mais sont souvent restreintes à des questions de droit criminel, et l'accès à une cour familiale n'est possible qu'en parcourant des distances considérables; la plupart des membres des Premières nations n'ont tout simplement pas les ressources nécessaires pour y accéder;
- e) si une partie de l'entente sur les biens matrimoniaux doit être conclue en vertu d'une loi provinciale dans le cadre d'une cour supérieure et si les ordonnances touchant les biens immobiliers matrimoniaux peuvent être obtenues conformément à une loi dans un autre système judiciaire (par exemple une cour fédérale ou de la Première nation), il faudra régler d'importantes questions d'harmonisation qui pourraient avoir une influence sur leur application.

266 Ce sont là des questions importantes reliées à l'administration de la justice qui ont une incidence sur la viabilité ultime de toute loi de fond relative aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. (Plusieurs de ces questions ne se limitent pas aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves — notons une autre fois le besoin d'un programme et d'un plan d'action plus vaste.) Pour cette raison, il faudra mettre rapidement en place la Partie 1 pour reconnaître la compétence des Premières nations en matière de règlement d'un litige dans ce domaine et pour fournir des ressources aux collectivités des Premières nations afin de leur permettre d'établir des organismes locaux de règlement de litiges ou encore d'offrir de la formation aux organes régionaux, si tel est leur choix. De plus, je recommande que des discussions aient lieu avec le ministère de la Justice afin d'intégrer cet élément dans un plan d'action pour le renouvellement de la Stratégie relative à la justice applicable aux Autochtones. Voilà une raison de plus pour examiner le concept d'une loi d'harmonisation Premières nations-Canada.

267 Je recommande également de veiller à ce que la reconnaissance du pouvoir législatif des Premières nations comprenne la reconnaissance du pouvoir décisionnel des organismes locaux de règlement de litiges, afin qu'ils soient en mesure d'appliquer une ordonnance d'une cour provinciale ou supérieure. (Ceci exigerait probablement des discussions entre les Premières nations et les gouvernements provinciaux concernés.)

268 Des façons novatrices d'utiliser tous les niveaux du système judiciaire existant devraient être explorées le plus rapidement possible. Je suis consciente qu'il y a des questions constitutionnelles complexes à résoudre, mais tous les efforts devraient être déployés pour relever ces défis et de rétablir des mécanismes qui permettraient l'accès des collectivités à la justice dans ce domaine, et cela, à court terme. À titre d'exemple, toute possibilité de recourir aux juges de paix, aux cours provinciales ou aux nouvelles cours familiales des Premières nations dans le but d'obtenir les ordonnances proposées à la Partie 2 devrait être étudiée. Une autre avenue à explorer pourrait être la nomination de juges de paix fédéraux originaires de la collectivité de la Première nation pour traiter les questions touchant le droit familial. Une telle mesure pourrait servir d'instrument pour l'application à la fois des règlements fédéraux provisoires et des lois des Premières nations, si tel est le choix des Premières nations.

269 Comme dernier commentaire général sur l'importance de l'accès aux recours juridiques, j'aimerais porter à votre attention les observations de l'honorable M.E. Turpel-Lafond dans un article intitulé *Some Thoughts on Inclusion and Innovation in the Saskatchewan Justice System*⁵⁸. La juge Turpel souligne la prédominance des systèmes judiciaires distincts « au profit d'un système judiciaire commun qui est accessible et abordable, et qui représente l'expression la plus élevée et la meilleure de l'inclusion sociale et culturelle. Elle ajoute : en judiciaire *Un système juridique inclusif et respectueux, donnant à tous les citoyens accès à une possibilité de règlement pacifique des litiges au moyen de la loi, constitue une puissante toile de fond pour la réforme de la justice, et s'il elle est mené avec sincérité, il exigera des changements fondamentaux. Ceci se fonde sur l'hypothèse qu'une inclusion authentique signifie bien plus qu'une assimilation culturelle, linguistique et normative au sein d'un système colonial, et qu'il est nécessaire de changer le système judiciaire pour mieux refléter l'ensemble de la société qu'il sert.* La Turpel déclare également : *Je suggérerais que la discussion portant sur la réforme de la justice devrait explorer des moyens pour avancer et évoluer, en tenant compte du fait historique des solitudes distinctes, au sein d'un système fort et unique qui est pleinement inclusif et respectueux.* » [Traduction libre] Selon moi, cette analyse est compatible avec les propositions de reconnaître les traditions juridiques autochtones de John Borrows, discutées précédemment dans ce rapport, ainsi qu'avec mes recommandations sur la nécessité de reconnaître les compétences des Premières nations et leurs mécanismes de règlement des litiges, de même que la nécessité de leur fournir du financement.

270 Article 89 de la Loi sur les Indiens

Nous devons aussi prendre en compte l'article 89 de la *Loi sur les Indiens*. L'article 89 prévoit des exemptions de confiscation ou de saisie des biens personnels et immobiliers des « Indiens ».⁵⁹ L'article 89 se lit comme suit :

89. (1) *Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande.*
- (1.1) *Par dérogation au paragraphe (1), les droits découlant d'un bail sur une terre désignée peuvent faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution.*
- (2) *Une personne, qui vend à une bande ou à un membre d'une bande un bien meuble en vertu d'une entente selon laquelle le droit de propriété ou le droit de possession demeure acquis en tout ou en partie au vendeur, peut exercer ses droits aux termes de l'entente, même si le bien meuble est situé sur une réserve.*

271 De toute évidence, cette disposition rend plus complexe l'application des ordonnances de la cour par des non-Indiens relatifs aux biens des Indiens situés dans les réserves. Ceci a une incidence sur les conjoints des membres des Premières nations qui n'ont pas le statut d'Indien en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou qui ne sont pas membres de la bande.

272 L'article 89 de la *Loi sur les Indiens* soulève quelques graves préoccupations de politique. D'une part, il ne serait pas utile des recours en matière d'indemnisation qui sont pratiquement non exécutoires dans leur application pour les conjoints non membres, non-Indien. D'autre part, il ne devrait pas y avoir de tentative d'ouverture de l'article 89 de quelque manière que ce soit qui pourrait permettre la saisie de terres de réserve au bénéfice d'un non-membre de la bande. Qu'il soit judicieux ou non de retirer cette exemption d'une manière très restreinte, de sorte que les conjoints non membres puissent faire exécuter les ordonnances des tribunaux relatifs aux biens personnels dans les réserves à seule fin de faire appliquer une ordonnance touchant des biens matrimoniaux ou un contrat familial serait fort probablement très controversé dans les collectivités des Premières

⁵⁸ *Revue Sask.L.* 68, 2005, p. 293.

⁵⁹ Notons que le terme « Indien » aux fins de cette section comprend les membres d'une bande qui n'ont pas le statut d'Indien en vertu de l'article 6 de la Loi – a. 4.1.

nations. Cela soulèverait probablement d'autres questions de politique, comme à savoir si d'autres ordonnances telles que les ordonnances alimentaires pourraient être appliquées par les conjoints non membres contre des biens personnels dans les réserves. Cela illustre une autre fois la difficulté de tracer une ligne de démarcation précise entre une initiative sectorielle unique et les nombreux autres enjeux importants de politique publique reliés à cette initiative. Une option privilégiée touchant l'article 89 serait de reconnaître la compétence des Premières nations de traiter cette question de manière similaire à la compétence reconnue à la Première nation de Westbank dans leur entente sur l'autonomie gouvernementale à l'article 103(c), soit d'exercer leur compétence relativement à leur capacité de grever les droits de propriété sur les terres, « y compris les règles touchant les exemptions prévues à l'article 89 de la Loi sur les Indiens ».

Assurer la protection des droits de la personne

273 Je recommande, pour diverses raisons, une loi autonome et non pas des modifications qui seraient insérées au milieu de la *Loi sur les Indiens*. Cette recommandation signifierait nécessairement que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) s'appliquerait pleinement et que l'exemption aux termes de l'article 67 de la LCDP, touchant les décisions relatives à la *Loi sur les Indiens*, ne s'appliquerait pas. Néanmoins, une question serait en suspens, à savoir si la LCDP devrait avoir une clause interprétative dans son application aux gouvernements des Premières nations afin de bien tenir compte des droits ancestraux et les droits issus des traités ainsi que des autres droits collectifs (par exemple ceux sur les terres). Les discussions à cet égard avec les Premières nations et les organisations des Premières nations sont une partie essentielle du travail sur la réconciliation et du respect de l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs.

274 J'ai également pris note de la nouvelle tendance dans les récentes ententes sur l'autonomie gouvernementale⁶⁰ prévoyant des processus pour traiter de toute conclusion formulée par les organes internationaux des droits de la personne selon laquelle une loi d'une Première nation n'est pas compatible avec une obligation juridique internationale quelconque du Canada. Il serait difficile de traduire de telles dispositions d'ententes dans un contexte législatif national. Une telle proposition soulèverait naturellement la question à savoir quel processus devrait-on mettre en place au Canada pour répondre aux constats défavorables au regard de ses lois touchant les peuples autochtones au Canada qui ne sont pas conformes aux normes applicables en matière de droits humains internationaux. Comme cette vaste question de politique dépasse mon mandat, je n'ai pas abordé la question.

Liens avec les testaments et les successions

275 Dans de nombreuses régions, mais non dans toutes (hors des réserves) la mort d'un conjoint autorise le conjoint survivant à réclamer sa part des biens matrimoniaux en vertu de la loi provinciale sur les biens matrimoniaux plutôt que de la loi provinciale sur les testaments et successions.

276 Plusieurs membres des Premières nations ont la ferme conviction que la mort de conjoint devrait entraîner un certain droit sur les biens immobiliers matrimoniaux. Certains ont l'impression qu'il devrait y avoir pour le moins une disposition dans la nouvelle loi prévoyant qu'un conjoint survivant, qui a entrepris une démarche d'acquisition d'un bien immobilier matrimonial avant le décès de son conjoint, devrait avoir la possibilité de poursuivre sa démarche.

277 Bien que je sois consciente de l'importance des questions relatives aux biens pour les conjoints survivants, la difficulté du présent exercice est que je ne peux faire aucune recommandation (y compris celle décrite ci-dessus) qui n'aurait pas des conséquences significatives et possiblement imprévues au regard des dispositions existantes de la *Loi sur les Indiens* concernant les testaments et les successions. Ces dispositions elles-mêmes exigent un examen détaillé dans le cadre du processus actuel en matière de biens immobiliers matrimoniaux. Les dispositions de la *Loi sur les*

⁶⁰ Par exemple l'article 36 de l'Accord d'autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank, l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador et l'Accord des Tlicho.

Indiens régissant ce qu'il advient lorsqu'un « Indien » de la réserve décède sans testament (intestat), prévoient divers scénarios pour partager les biens, réels et personnels, entre un conjoint survivant et tout enfant survivant ou d'autres héritiers. Tenter d'élaborer des dispositions sur les biens immobiliers matrimoniaux qui interagiraient de manière cohérente avec ces dispositions exigerait un examen approfondi et un processus de consultation conçu à cette fin. Plus importante encore est la nécessité d'élaborer un processus qui offrira aux Premières nations l'occasion de progresser plus rapidement qu'elles ne le font actuellement dans l'obtention de compétences dans tous les domaines qui touchent les droits de propriété et les droits civils des membres des Premières nations. Reconnaître la compétence des Premières nations dans ce domaine et dans d'autres domaines d'une manière qui respecte les droits prévus à l'article 35 est, en fin de compte, le seul moyen d'assurer que les gouvernements des Premières nations jouissent du respect et de la reconnaissance qui leur permettra de mettre au point un ensemble cohérent de lois dans des domaines qui inévitablement interagissent entre eux.

Recommandations non législatives

278 La viabilité et l'efficacité de tout cadre législatif dépendront des ressources financières nécessaires qui seront offertes. Sans cet engagement de la part du gouvernement fédéral, la loi ne sera tout simplement pas accessible pour la majorité des membres des Premières nations. De toute évidence, les Premières nations ont besoin de ressources pour élaborer les lois proposées et consulter leurs citoyens sur cet enjeu complexe. Sans ces ressources, les règlements fédéraux provisoires auront la prépondérance par défaut. Ceci minerait toute prétention de bonne foi dans l'adoption d'une loi qui reconnaîtrait la compétence des Premières nations.

279 Il faut également reconnaître que le meilleur espoir d'application de ces lois se situe à un niveau local. Cela signifie que des ressources doivent être disponibles afin d'assurer que les Premières nations peuvent combler la lacune dans l'administration de la justice concernant les biens immobiliers matrimoniaux en établissant des mécanismes de règlement des litiges, ou en améliorant les processus existants, depuis la médiation et les conseils des aînés jusqu'aux services des tribunaux, au besoin. Il importe de répéter qu'étant donné que la lacune existante en matière d'application des lois dans les réserves est beaucoup plus importante qu'à l'extérieur des réserves; il y a un besoin important, voire urgent et immédiat, de mettre en place des initiatives pour accéder à des services de justice en matière de droit familial.

280 Il faut également reconnaître qu'un régime efficace régissant les biens immobiliers matrimoniaux suppose l'existence d'un régime foncier cohérent, qui reflète les valeurs et qui répond aux besoins des citoyens qu'il doit desservir. Pour plusieurs collectivités dans les réserves, il y a de nombreuses incohérences et anomalies dans la gestion des terres de réserve. Il ne s'agit pas là d'une réflexion sur la compétence des gouvernements des Premières nations, mais plutôt de résultats provenant d'une centaine d'années pendant lesquelles les Premières nations ont composé simultanément avec un système de gestion des terres découlant de la *Loi sur les Indiens* qui leur a été imposé et un manque de reconnaissance des traditions juridiques et des valeurs culturelles des Premières nations en ce qui a trait à la famille et à la terre. Le fait que les normes juridiques et culturelles des Premières nations touchant les terres et la famille n'aient pas été correctement reconnues par le système juridique général ne signifie pas qu'elles ne fonctionnent pas ni qu'elle ne continue pas à avoir des conséquences sociales et sur la gouvernance au sein des collectivités. Bref, le fait que les lois ont été imposées de l'extérieur et la non-reconnaissance des traditions juridiques et culturelles des Premières nations toujours en cours a créé un environnement complexe dans lequel introduire une initiative visant à protéger les droits sur les biens immobiliers matrimoniaux.

281 Bien qu'il y ait des programmes existants visant à accorder du soutien aux Premières nations pour assurer la transition de la *Loi sur les Indiens* à l'exercice d'une compétence inhérente, il semble que les ressources accordées à ces programmes soient insuffisantes tant par rapport aux besoins qu'aux intérêts des Premières nations.

282 La *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* (LGTPN) continuera probablement à servir d'étape provisoire vers une expression plus complète de l'autonomie gouvernementale. Cette loi reconnaît l'autorité des Premières nations pour élaborer leurs codes fonciers depuis le tout début, ainsi que les lois sur les biens immobiliers matrimoniaux et pour reconnaître, créer et déterminer leurs droits légaux sur les terres. Les Premières nations assujetties à la LGTPN peuvent maintenir un système de certificats de possession, reconnaître officiellement les attributions coutumières ou choisir une autre option qui convient à leur peuple. L'intérêt manifesté à l'égard de la participation à cette initiative des Premières nations est plus grand que les ressources disponibles. Il existe d'autres initiatives que celle de la LGTPN qui visent à accroître la capacité de gestion des terres et la formation du personnel des gouvernements des Premières nations afin qu'il assume plus d'autorité dans les questions relatives à la gestion des terres — le Programme régional d'administration des terres (PRAT), le Programme de gestion des terres et de l'environnement dans les réserves (PGTER), les programmes d'autorité déléguée 53-60 (faisant référence aux articles de la *Loi sur les Indiens* qui autorisent le transfert de l'autorité du ministre dans ce domaine). Des efforts de recherches sont déjà déployés dans le but d'examiner les options visant à moderniser les systèmes de registre foncier. Tous ces programmes et initiatives exigent de la coordination et autant de soutien qu'il est nécessaire pour répondre aux Premières nations intéressées. Je recommande qu'AINC effectue une évaluation de ces programmes et évalue tout manque dans les ressources pour répondre à la demande et ce qu'il faut pour y remédier. Selon moi, de tels programmes procurent un point de départ en vue de soutenir le travail qui doit être exécuté dans les collectivités par les membres des collectivités, s'ils ont les ressources suffisantes.

283 En plus de ces mesures, les trois parties ont manifesté de l'intérêt dans plusieurs autres options visant à soutenir des mesures législatives, dont certaines sont énumérées ci-dessous. Vous trouverez dans les rapports des parties une image plus complète des domaines abordés dans les options non législatives.

Mise en oeuvre

- 1) programmes pour traiter des priorités des Premières nations touchant les questions relatives au registre des terres de réserve;
- 2) forums et mécanismes mis au point par les chefs dans le but d'assurer une représentation égale des hommes et des femmes dans l'élaboration, la mise en œuvre et l'évaluation des solutions communautaires concernant les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Financement

- 3) indemnités pour le manque de protection accordée aux femmes et à leurs descendants en vertu de la *Loi sur les Indiens* comme résultat de l'initiative relative aux biens immobiliers matrimoniaux;
- 4) programmes conçus tout particulièrement pour les femmes qui ont vécu une séparation, en matière d'éducation, de formation, de développement économique et de création de petites entreprises, sans obstacles à l'admissibilité;
- 5) fonds d'indemnisation pour accorder des prêts aux conjoints, car peu de couples dans les réserves auront suffisamment d'équité dans leur maison pour rendre possible le partage des biens, sans compter les frais des mesures juridiques liées à ce partage; la pénurie chronique de logements influence la capacité des conjoints de se conformer aux ordonnances d'indemnisation; des prêts pourraient être accordés aux membres des bandes dans les réserves qui sont dans un processus de divorce pour le partage équitable de la maison familiale et de tout certificats de possession ou attributions coutumières acquis par le couple durant le mariage;
- 6) fonds pour accorder des prêts pour le logement dans les réserves afin d'aider les membres des Premières nations à construire leur propre maison est ainsi à remédier aux problèmes actuels de pénurie de logements;
- 7) fournir des ressources additionnelles pour accroître l'éducation et la formation dans le but d'augmenter l'employabilité des femmes autochtones et leur permettre de reconstruire

leurs familles, leurs collectivités et leurs nations, y compris le besoin de modifier les critères d'admissibilité, tels que les limites restrictives concernant l'âge.

Consolider les politiques et les programmes existants

- 8) analyses des conséquences basées sur le sexe de la Fondation autochtone de guérison et des programmes de guérison et de bien-être devant être financés en vue d'améliorer leur efficacité pour les femmes, les enfants et les familles autochtones;
- 9) encourager les Premières nations à explorer les possibilités de leurs politiques du logement pour répondre à certains aspects des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, tels que les politiques pour composer avec la nouvelle formation familiale à la suite d'une rupture de mariage et le traitement des conjoints non membres;
- 10) accroître l'accès aux processus de négociation de l'autonomie gouvernementale et poursuivre les discussions concernant le besoin de réviser les politiques actuelles et les cadres de financement pour la négociation de l'autonomie gouvernementale.

L'accessibilité des soutiens

- 11) s'assurer que les femmes autochtones peuvent avoir accès aux programmes et aux soutiens tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des réserves, y compris celles qui vivent dans des collectivités semi-éloignées, éloignées et isolées;
- 12) augmenter le financement pour l'hébergement des femmes et du Programme pour la prévention de la violence familiale d'AINC (actuellement, il y a 35 foyers d'hébergement pour 633 Premières nations);
- 13) créer des établissements de traitement pour prévenir les ruptures de mariage;
- 14) les membres qui se retrouvent à l'extérieur de la réserve à la suite de la rupture du mariage devraient pouvoir accéder aux mécanismes de règlement des litiges aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur des réserves.

Violence

- 15) établissement d'une stratégie nationale efficace pour lutter contre la violence faite aux femmes, aux enfants et aux familles autochtones, dans laquelle s'engagerait les dirigeants des Premières nations et qui comprendrait des programmes éducatifs pour les hommes sur les questions relatives à la violence et ses incidences sur les femmes et les enfants;
- 16) augmenter le nombre de logements de transition pour les femmes, les enfants et les familles;
- 17) offrir des services d'intervention aux familles et aux collectivités afin de mettre un terme au cycle des dépendances à l'alcool et aux drogues dans les collectivités des Premières nations;
- 18) fournir des logements subventionnés et à prix abordable dans des collectivités saines et sécuritaires;
- 19) évaluation des conséquences et des lacunes des programmes et des services existants visant à lutter contre la violence, y compris les maisons de transition et les refuges, et fournir des ressources additionnelles là où elles sont nécessaires;
- 20) offrir des maisons de transition pour les homes.

Justice

- 21) permettre aux collectivités de mettre en œuvre un mécanisme autochtone de règlement des conflits ou des litiges basé sur la collectivité et adapté à la culture;
- 22) améliorer, pour les femmes autochtones, l'accès à des processus judiciaires qui tiendraient compte des besoins particuliers des collectivités semi-éloignées, éloignées ou isolées;
- 23) élaborer des systèmes à plusieurs degrés de médiation autochtone ou d'autres pratiques et systèmes autochtones appropriés pour la justice et la prise de décision au chapitre des biens immobiliers matrimoniaux;
- 24) évaluer les conséquences des mesures liées aux biens immobiliers matrimoniaux mises en œuvre en vertu de la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations*;

- 25) accéder à un tribunal vidéo pour les collectivités éloignées;
- 26) fonds pour accéder à de l'aide juridique en matière de droit familial — financé par le gouvernement fédéral à l'intention des conjoints des Premières nations qui n'ont pas les ressources financières nécessaires pour obtenir des ordonnances des tribunaux relativement aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves à la suite d'une rupture de mariage;
- 27) programmes éducatifs et de sensibilisation pour les spécialistes des systèmes politiques et juridiques provinciaux afin d'accroître l'accès à une justice autochtone adaptée à la culture et réduire la discrimination dans les tribunaux;
- 28) formation aux spécialistes et aux membres du système judiciaire sur les questions touchant les droits autochtones dans les réserves;
- 29) création d'un circuit de tribunaux indépendants des Premières nations ou de cercles des aînés;
- 30) mécanismes pour le maintien de l'ordre et le règlement des litiges, de rechange ou traditionnels, (tels que la médiation);
- 31) modèle de la justice réparatrice comme les approches traditionnelles en matière de justice qui mettent l'accent sur le problème et la solution;
- 32) médiation accrue dirigée par les bandes en vue d'assurer un partage équitable des biens immobiliers matrimoniaux, y compris le partage de la valeur de la maison
- 33) mise en œuvre, par les collectivités des Premières nations, d'un mécanisme autochtone de règlement des litiges ou des conflits, fondé sur la collectivité et adapté à la culture;
- 34) mécanisme de règlement des litiges de rechange, y compris les programmes de médiation traditionnels des Premières nations;
- 35) tribunaux autonomes et responsables traitant des questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux :
 - a) constituent un organisme régulateur pour les chefs et les conseils
 - b) aider à régler les litiges courants et concrets
 - c) agissent en tant que procédure d'appel Act
 - d) précisent les critères minimum permettant afin d'assurer la protection des droits et l'égalité pour toute les parties concernées.

Les communications et l'éducation

- 36) assurer l'éducation sur les nouveaux concepts touchant les biens immobiliers matrimoniaux au moyen des nouvelles trousse d'information qui seront distribuées dans les collectivités une fois que des mesures auront été prises à la suite de la publication du rapport de la représentante ministérielle.

Prochaines étapes

284 Ce projet doit faire partie du processus continu et plus vaste entourant la réconciliation. Les parties à ce processus vivent actuellement une transition dans leurs relations mutuelles. Les Premières nations sont en transition dans la mesure où elles s'éloignent des lacunes de la *Loi sur les Indiens* tout en conservant le contrôle du processus de changement, du processus de renforcement d'une nation et de préservation du principe de non-aliénation et des droits collectifs sur les terres. Il y a un travail à faire au sein des collectivités des Premières nations, ainsi qu'avec le gouvernement fédéral, pour répondre aux besoins de tous les citoyens des Premières nations.

285 L'élaboration d'un plan de mise en œuvre, y compris un exercice sur les coûts reliés aux ressources nécessaires, pourrait bénéficier de la participation des deux organismes. L'APN et de l'AFAC estiment que leur participation continue aux prochaines étapes est essentielle à l'engagement du gouvernement dans le cadre d'un processus ouvert et transparent.

286 Il faudra élaborer un vaste cadre politique pour la gestion du processus de changement, un cadre qui repose sur deux principes fondamentaux :

- 1) les politiques fédérales et les initiatives législatives doivent être fondées sur la reconnaissance de la compétence de Premières nations et sur le respect des droits ancestraux et des droits issus des traités;
- 2) tant le gouvernement fédéral que les gouvernements des Premières nations doivent respecter et mettre en œuvre les valeurs reconnues internationalement au chapitre des droits de la personne.

287 À moyen terme, vous envisagerez peut-être de tenir des discussions dans le cadre politique global d'un projet plus vaste visant à reconnaître la compétence inhérente des Premières nations sur les « droits à la propriété et sur les droits civils » au regard de leurs citoyens, comme mesure provisoire dans un contexte plus large visant à s'éloigner de la *Loi sur les Indiens*.

288 Un travail considérable a été réalisé tout au long de ce processus d'apporter des idées sur les besoins et les recours au chapitre des droits relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux et sur la façon de répondre à ces besoins. De même, de nombreuses discussions ont eu lieu sur l'évaluation des incidences possibles sur les droits ancestraux et des droits issus des traités. Ce travail ne pourra être terminé que lorsque des dispositions législatives précises seront disponibles pour évaluer le traitement des droits individuels et des droits collectifs ainsi que de leurs relations par rapport à la *Loi sur les Indiens* et, finalement, aux droits prévus par l'article 35. Ce travail sera le mieux réaliser si l'APN et l'AFAC y participent, puisque les deux organismes ont participé à tout le processus jusqu'à maintenant. Il ne fait aucun doute que leur intervention facilitera la rédaction du projet de loi.

289 Comme cela est évident dans ce rapport, la complexité de tenir compte à la fois des droits relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux et de respecter l'honneur de la Couronne est une tâche délicate et complexe dans laquelle il est facile de se perdre dans les détails. J'estime qu'il est temps d'aller de l'avant dans le dossier des biens immobiliers matrimoniaux, tout en élaborant un plan de réconciliation en vue de mettre un terme au modèle « démarrage-arrêt » des initiatives conjointes entre les Premières nations et le Canada.

VIII. Résumé des conclusions et des recommandations

Vous trouverez dans les pages qui suivent un résumé des conclusions et des recommandations que j'ai formulées tout au long de ce rapport. Les numéros des paragraphes indiqués entre parenthèses font référence aux paragraphes du document principal.

I. Thèmes

1. Les thèmes clés suivants, qui ont été mis en évidence tout au long du processus sur les biens immobiliers matrimoniaux, peuvent nous guider dans l'élaboration d'options législatives et non législatives :
 - 1) *Accès à la justice et aux programmes et services*
 - 2) *Préoccupations au sujet de la pertinence du processus de consultation*
 - 3) *Droits humains fondamentaux*
 - 4) *Logement*
 - 5) *Importance des valeurs, des pratiques, les systèmes de connaissances et des lois traditionnelles*
 - 6) *Droits et bien-être des enfants*
 - 7) *Questions liées à l'appartenance à la bande et au statut d'Indien*
 - 8) *Protection des terres des Premières nations*
 - 9) *Ressources et capacités pour mettre en œuvre les solutions*
 - 10) *Respect des droits ancestraux et des droits issus des traités, des ententes existantes et des lois des Premières nations*
 - 11) *Les solutions doivent être élaborées et mises en œuvre par les collectivités, pour les collectivités*
 - 12) *L'absence de protections à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux n'est pas une question isolée; les solutions ne doivent pas être indépendantes de la question des biens immobiliers matrimoniaux*
 - 13) *Violence*
 - 14) *Les femmes doivent pouvoir se faire entendre davantage dans leurs collectivités (Paragraphes 26-40)*
2. La promotion du renforcement de la relation et de la compréhension au sein des collectivités des Premières nations dépendra des mesures qui seront prises par le Canada à la suite de cet exercice de recherche de consensus. Plus ce projet progressera vers l'adoption d'une loi, plus les parties seront impatientes de s'assurer que le produit final reflète bien leurs intérêts et leurs objectifs. Il faudra tenir des discussions de façon permanente pour continuer à mettre en place des mesures constructives à partir des efforts réalisés jusqu'à maintenant dans ce processus. Il ne faudra pas croire que le travail conjoint est achevé. (*Paragraphe 46*)

II. Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves : contexte et concepts

3. Il est urgent d'adopter des mesures à court terme pour répondre aux besoins en matière de règlement des litiges et d'autres questions d'administration de la justice, telles que l'application des ordonnances des tribunaux et des lois des Premières nations. Ces derniers éléments ont été soulignés fortement par les Premières nations tout au long des séances de consultation et de dialogue. (*Paragraphe 72*)
4. Si on fait appel aux gouvernements des Premières nations pour fournir des droits et des recours comparables à ceux qui sont disponibles en vertu des lois provinciales et territoriales, tout en tenant compte de la nature distincte du régime foncier dans les collectivités des Premières nations, l'étendue des compétences reconnues, des ressources et du renforcement des capacités et des institutions doit être la même. Si cela n'est pas le cas, les Premières nations pourraient se retrouver dans une impasse, car elles seraient tenues d'offrir les mêmes normes que les gouvernements provinciaux sans avoir à leur disposition les mêmes ressources ni les mêmes capacités pour exécuter leur mandat. (*Paragraphe 73*)

5. Il est évident qu'il faut un cadre stratégique détaillé pour gérer le processus du changement, un cadre basé sur deux principes fondamentaux, soit :
 - 1) des politiques et des initiatives législatives fédérales fondées sur la reconnaissance de la compétence des Premières nations et le respect des droits ancestraux et des droits issus des traités;
 - 2) l'obligation tant pour le gouvernement fédéral que pour les gouvernements des Premières nations de respecter et de mettre en œuvre les valeurs liées aux droits humains reconnues mondialement. (*Paragraphe 99*)
6. Dans le cas des biens immobiliers matrimoniaux, comme le démontrera ce rapport, il existe un grand nombre de questions non résolues qui sont essentielles à la mise au point d'un régime détaillé en matière de biens immobiliers matrimoniaux, mais qu'une seule initiative sectorielle ne peut régler — des questions touchant la gestion des terres, les registres fonciers, les testaments et les successions, l'administration de la justice, l'autonomie gouvernementale, le statut des membres des Premières nations, la garde des enfants et les pensions alimentaires, pour n'en nommer que quelques-unes. Parmi les leçons apprises au cours de ce processus, soulignons la nécessité d'accorder aux Premières nations suffisamment de temps pour examiner toute proposition future de mesures législatives, et d'en discuter. (*Paragraphe 100*)

III. Le contexte juridique et social des ententes relatives à la propriété foncière et au logement dans les réserves

7. Toute réponse pratique et utile aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves exigera de tenir compte des diverses façons dont les membres individuels des Premières nations occupent les logements sur les terres de réserve, à l'intérieur comme à l'extérieur des dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Il existe une multitude de situations différentes, et à divers degrés, dans les différentes réserves. (*Paragraphe 135*)

IV. Enjeux des consultations

8. En ce qui concerne les options 1 et 2 (décrites dans les documents de consultation d'AINC) il est apparu très évident, dès le début du processus, que toute option qui comprendrait l'intégration des lois provinciales d'application générale touchant les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux serait jugée inacceptable pour un certain nombre de raisons. Certaines de ces raisons touchent les droits ancestraux et issus des traités. D'autres raisons, d'une importance égale, touchent la difficulté d'appliquer des lois provinciales à un régime foncier et à des situations sociales totalement différents, pour lesquels les lois ne sont pas conçues. Ces préoccupations ont été appuyées par les conclusions de deux analyses juridiques indépendantes préparées à mon attention. (*Paragraphe 154*)
9. Concernant les options 2 et 3, les pouvoirs délégués ne seraient pas acceptables. Les Premières nations cherchent à obtenir une reconnaissance claire de leurs compétences. Il est également devenu évident qu'une option 3 modifiée ou une solution de rechange à cette option étaient les seules possibilités viables pour un certain nombre de raisons. (*Paragraphe 156*)
10. Il est important de remarquer que les droits des peuples autochtones en vertu de l'article 35 et les obligations fiduciaires de la Couronne par rapport à ces droits peuvent exiger un traitement spécial de confidentialité dans le contexte autochtone, d'ordre politique ou juridique. (*Paragraphe 168*)
11. Les conséquences de l'affaire de la *Nation et Bande indienne de Samson c. Canada* pour les consultations en général et en ce qui concerne les discussions et les analyses continues au sujet des biens immobiliers matrimoniaux devraient être examinées d'un point de vue juridique et politique. (*Paragraphe 169*)

12. En me fondant sur les préoccupations soulevées au cours des consultations, j'ai suggéré qu'on accorde une attention particulière à un certain nombre de questions :
- 1) La question a été soulevée à savoir s'il y avait une obligation de la part de la Couronne de tenter de résoudre les différentes positions relativement à l'existence d'une obligation de consulter, soit au moyen de la médiation soit en ayant recours aux tribunaux avant de poursuivre dans le dossier en cours (voir les arrêts *Haida* et *Musqueam Indian Nation v. Richmond*).
 - 2) Étant donné que l'on considère que la Couronne possède une connaissance de droit des traités visés par l'article 35, est-ce que les arrêts comme *Mikisew* et *Dene Tha* ont des conséquences sur le processus actuel de consultation relativement aux biens immobiliers matrimoniaux? Par exemple, il y a-t-il un droit de mener des consultations avec les Premières nations visés par des traités?
 - 3) Si la charge d'initier des consultations revient à la Couronne, et si les Premières nations ont l'obligation de répondre en retour, quelle mesure appropriée doit-on prendre lorsque qu'une Première nation reçoit un avis de rencontre, désire participer à la consultation, mais pour certaines raisons ne peut pas y participer? Qu'est-ce qui est considéré suffisant pour répondre aux obligations de la Couronne?
 - 4) Dans l'arrêt *Dene Tha* et dans d'autres arrêts, la Cour note que lorsqu'il y a obligation juridique de consulter une Première nation, le gouvernement ne peut pas éviter le plein respect de son obligation de consulter en affirmant en pas avoir suffisamment de temps ou que son calendrier était trop serré — dans le cas du processus actuel, nous ne savons pas encore combien de Premières nations ont reçu l'avis annonçant les séances régionales tenues par l'APN par exemple, et combien ont été en mesure d'y participer. (*Paragraphe 181*)
13. Je recommande que des efforts soient déployés pour régler cette importante lacune dans la politique fédérale, et cela, le plus tôt possible. Cela veut aussi dire élaborer un ensemble de pratiques et de procédures pour le suivi, l'enregistrement et l'évaluation des préoccupations au sujet des consultations qui ont été soulevées par les représentants des Premières nations tout au long du processus. (*Paragraphe 184*)

VII. Conclusions et recommandations

14. Vous souhaitez peut-être demander conseils sur la façon dont cette orientation donnée par la Cour peut s'appliquer à toute proposition législative et avant-projet de loi qui émergeront de la prise de décision sur la question des biens immobiliers matrimoniaux et à savoir si le cadre législatif défini ci-dessous peut contribuer à cet égard. (*Paragraphe 219*)
15. S'il existe une obligation de consulter qui exige des consultations supplémentaires et un accommodement, je recommande l'introduction d'une disposition dans la loi prévoyant un processus de consultation bien documenté et qui aurait lieu avant qu'un décret en conseil ne permette l'entrée en vigueur de tout projet de loi, pour toute Première nation. Cette procédure proposée a pour modèle celle qui a été utilisée dans le cadre de la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* (LGTPN) et de la *Loi sur le développement commercial et industriel des Premières nations* (LDCIPN). Dans chacun de ces cas, la loi n'entre en vigueur pour une Première nation qu'à l'adoption d'un décret en conseil. Une version modifiée de cette option permettrait à la loi d'être élaborée et adoptée par le Parlement tout en fournissant un moyen de faire en sorte que la Couronne respecte toute obligation juridique de consulter, particulière ou restante, qu'elle pourrait avoir envers une Première nation en vertu d'un droit issu des traités ou d'un droit ancestral. Cela permettrait également au gouvernement de combler toutes lacunes en matière de consultation avant qu'une loi ne s'applique à une Première nation donnée. Ce processus ne doit pas nécessairement être long; il pourrait être mené par l'intermédiaire des bureaux régionaux et au moyen, à la fois, de correspondances et de rencontres, et il dresserait un dossier clair des consultations tenues avec chacune des Premières nations. Cela n'empêcherait pas, au bout du compte, l'application de la loi fédérale, mais pourrait éliminer toute vulnérabilité juridique possible quant à l'obligation de consulter et permettrait également de mener un processus d'éducation publique d'ordre juridique, que l'APN et l'AFAC estiment très nécessaire. Une disposition permettant de modifier l'application de la loi par un décret

en conseil ou une entente avec une Première nation donnée fournirait la flexibilité nécessaire pour apporter des rajustements au besoin (comme pour la LDCIPN). Si le Parlement accepte, le gouvernement ne se trouvera pas en position de violer un privilège parlementaire. (*Paragraphe 220*)

16. La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada. Par conséquent, dans les protocoles utilisés pour examiner les avant-projets de loi avant leur présentation au Parlement, on doit accorder aux droits reconnus en vertu de l'article 35 le même degré de respect que les droits prévus dans la Charte. Je recommande que la Couronne entreprenne, outre une analyse des droits prévus dans la Charte, une analyse des droits prévus en vertu de l'article 35, y compris le paragraphe 35(4), pour toute loi proposée, avant que ne soit présenté au Parlement un projet de loi sur les biens immobiliers matrimoniaux. En d'autres mots, on devrait demander au ministère de la Justice de confirmer la conformité du projet de loi par rapport à la Charte et à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Parmi les éléments nécessaires à cette tâche, mentionnons, 1) une identification des nombreuses dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui protègent les droits collectifs et les titres ancestraux des Premières nations sur leurs terres de réserve; 2) une analyse du rôle que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* jouent actuellement dans la protection des droits sur les terres de réserve en vertu de l'article 35, comme les titres autochtones; et 3) s'assurer que toutes dispositions proposées n'ont pas de conséquences négatives sur de tels droits, en analysant la relation entre la *Loi sur les Indiens* et les nouvelles dispositions législatives proposées. Toutes ces étapes sont nécessaires pour avoir une image complète des risques potentiels de violation et pour savoir comment composer avec de tels risques. (*Paragraphe 221*)
17. Je recommande que des travaux conjoints soient entrepris entre vous-même et le ministre de la Justice pour l'élaboration de lignes directrices qui serviront à AINC et au ministère de la Justice dans leurs travaux communs visant à établir une culture pour la conformité à l'article 35 et à faire en sorte que les initiatives législatives soient adéquatement rédigées au regard de la conformité à l'article 35. Des lignes directrices et des directives en matière de politique, comme celles présentées ci-dessous, pourraient être élaborées afin que les droits protégés en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* soient traités avec le même respect pour la règle de droit que ceux accordés en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
 - 1) garantir que toute loi ou politique proposée respecte l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les obligations fiduciaires de la Couronne;
 - 2) conseiller les ministères et les organismes du gouvernement du Canada en ce qui a trait à la conformité à l'article 35, créant ainsi une culture de respect au sein du gouvernement pour les droits ancestraux et les droits issus des traités;
 - 3) promouvoir la conformité avec les obligations juridiques internationales qui touchent les Premières nations;
 - 4) veiller à ce que les interventions du Canada devant les tribunaux soient conformes à l'article 35;
 - 5) veiller au rôle du Parlement et du grand public, c'est-à-dire promouvoir la sensibilisation à l'article 35 concernant les droits ancestraux et les droits issus des traités. (*Paragraphe 222*)
18. Le Ministère devrait élaborer, le plus tôt possible, des politiques et des procédures précises en matière de consultation afin que les activités futures de consultation puissent identifier toute obligation juridique de consulter, et s'en acquitter, tout en réalisant les objectifs de bonne gouvernance et de politique publique en :
 - 1) s'assurant que les Premières nations reçoivent toute l'information pertinente à la question en jeu, pour prendre une décision en temps opportun;
 - 2) offrant aux Premières nations la possibilité d'exprimer leurs préoccupations et leurs points de vue sur les conséquences possibles d'une proposition législative et sur les questions liées à l'existence d'une obligation de consulter;
 - 3) écoutant, en analysant et en examinant sérieusement les commentaires et les préoccupations des Premières nations à propos des principes juridiques et politiques pertinents, y compris leurs relations avec d'autres principes constitutionnels et liés aux droits de la personne;

- 4) veillant à ce que le ministère de la Justice réalise des analyses approfondies sur les questions liées à l'article 35 touchant toute initiative législative proposée avant, durant et après la tenue de consultations;
 - 5) accordant une attention particulière aux propositions visant à mitiger les conséquences négatives possibles sur les droits ancestraux et issus des traités ainsi que sur d'autres droits et intérêts des Premières nations, et en prenant des mesures pour modifier la proposition du gouvernement;
 - 6) établissant, en consultation avec les Premières nations, un protocole pour l'élaboration des propositions législatives. (*Paragraphe 224*)
19. Les diverses lois, politiques et traditions juridiques des Premières nations sont reflétées dans les approches prises par ces dernières au chapitre du logement, des terres et des relations familiales. Les diverses expériences et réponses des Premières nations face au processus de colonisation se reflètent également dans leurs lois et leurs politiques contemporaines (par exemple dans leur choix d'utiliser ou non le système de certificat de possession et la manière dont ce dernier a été introduit dans les collectivités, leur choix d'utiliser ou non le système d'attribution coutumière et son contenu). S'adapter et respecter cette diversité doit être un élément de toute initiative législative liée aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. (*Paragraphe 225*)
20. D'autres aspects juridiques complexes et divers proviennent de l'extérieur des collectivités des Premières nations, c'est-à-dire des lois sur les biens matrimoniaux d'application générale qui s'appliquent maintenant dans une certaine mesure aux collectivités dans les réserves. Il faudra adopter des règlements pour promouvoir l'harmonisation des compétences sur les biens immobiliers matrimoniaux (tant en ce qui concerne la compétence des Premières nations que la compétence du gouvernement fédéral) avec les divers choix politiques qu'ont faits les gouvernements provinciaux concernant l'équilibre dans les droits sur les biens matrimoniaux. Deux autres domaines qui soulèvent des préoccupations à cet égard sont la diversité des traitements accordés par les provinces et les territoires pour ce qui est des relations en union de fait, ainsi que les définitions de ce que constitue un bien matrimonial. (*Paragraphe 228*)
21. Dans l'ensemble, nous nous retrouvons dans une situation juridique, sociale et culturelle qui n'a aucun parallèle hors des réserves. Cela, en retour, nous amène à conclure que, dans la mesure du possible, le pouvoir de prise de décision dans la conception de lois sur les biens immobiliers matrimoniaux applicables dans les réserves doit être laissé à chacune des Premières nations. Cela signifie également qu'une tentative de transférer au complet les droits et les recours de types provinciaux à une réserve ne fonctionnerait pas. (*Paragraphe 229*)
22. Tout au long des phases de consultation et de recherche de consensus, il semblait clair que l'on considérait les options fédérales 1 et 2 présentées dans le document de consultation d'AINC comme des violations non justifiables et qu'elles susciteraient en outre trop de problèmes pratiques pour ce qui est de l'harmonisation et des conflits de lois. Il s'agit là d'un point de vue partagé par plusieurs gouvernements provinciaux, l'APN et l'AFAC, et qui s'est dégagé des analyses juridiques indépendantes que j'ai demandées à ce sujet. (*Paragraphe 233*)
23. Le schéma de base de la loi serait un modèle de compétences concurrentes où la suprématie serait accordée à la loi des Premières nations en cas d'incompatibilité ou de conflit avec une loi fédérale ou une loi provinciale en ce qui concerne les biens matrimoniaux. À cet égard, les Premières nations doivent jouir de la plus grande étendue possible de leurs responsabilités en matière d'élaboration de lois, et l'activité fédérale doit être aussi minime que possible, pour répondre aux préoccupations relatives aux droits de la personne. (*Paragraphe 234*)
24. La loi pourrait avoir pour titre : *Loi concernant les Premières nations, les biens immobiliers matrimoniaux et le règlement des litiges.* (*Paragraphe 235*)
25. La loi proposée comporterait deux parties. La Partie I présenterait une démarche pour reconnaître les droits sur les biens immobiliers matrimoniaux et la compétence des Premières nations. Cela n'est pas

seulement souhaitable, en tant que question de principe, mais doit être considéré comme un moyen pratique, pour le gouvernement fédéral, de reconnaître et d'affirmer les droits ancestraux et les droits issus des traités, et d'éviter le plus possible toute violation. (*Paragraphe 236*)

26. Les Parties 1 et 2 seraient précédées d'un préambule décrivant les principes importants et fournissant le contexte pour l'interprétation de la loi proposée. Par exemple, ces principes pourraient comprendre :

- 1) la nécessité d'agir en conformité avec les principes des droits humains fondamentaux;
- 2) la nécessité de mettre immédiatement en place des mesures fédérales intérimaires pour assurer la protection des droits des conjoints en ce qui concerne les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves;
- 3) la reconnaissance de l'importance du principe de réconciliation en ce qui a trait aux droits ancestraux et aux droits issus des traités et la souveraineté de la Couronne;
- 4) le bien-fondé de la reconnaissance de la compétence des Premières nations sur la détermination des droits des conjoints en relation avec la maison familiale et d'autres questions concernant les relations matrimoniales dans les réserves;
- 5) le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale en vertu des droits prévus à l'article 35;
- 6) la nécessité d'une collaboration et d'une réconciliation entre les Premières nations et la Couronne relativement aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves;
- 7) l'égalité entre les hommes et les femmes;
- 8) l'importance d'inclure les femmes à tous les niveaux de la prise de décision, en tant que personnes égales;
- 9) les droits prioritaires des enfants dans la détermination des questions relatives aux droits des conjoints à la maison familiale;
- 10) la nécessité de tenir compte des droits des autres membres de la famille et des intérêts culturels des Premières nations. (*Paragraphe 237*)

27. Il faudra établir certaines dispositions générales. Premièrement, fournir des définitions des termes clés tels que : « enfant », « conjoint de fait », « adulte à charge », « famille », « gouvernement des Premières nations », « terres de réserve des Premières nations », « biens immeubles », « maison familiale », « conjoint », « biens meubles » et « violence ». Deuxièmement, il faudra inclure une disposition « Il est entendu que », confirmant le maintien du statut de terres de réserve en vertu de la *Loi sur les Indiens*, en tant que terres mises de côté pour les Indiens. Le libellé utilisé dans la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* pourrait aider à cet égard. (*Paragraphe 238*)

28. Il sera nécessaire d'inclure une disposition générale pour décrire l'applicabilité de la loi et d'exclure les terres de réserve auxquelles s'applique la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* (LGTPN). Dans les discussions avec les Premières nations participantes, assujetties à la (LGTPN), on pourrait se demander si des références supplémentaires sont nécessaires afin de répondre à toute lacune qui pourrait exister à partir de la date d'entrée en vigueur du code foncier d'une Première nation jusqu'à l'adoption de la loi de cette Première nation sur les biens immobiliers matrimoniaux, conformément à la LGTPN. Si une telle mesure s'avère nécessaire ou désirable, il sera probablement nécessaire d'obtenir le consentement de la Première nation participante, au moyen d'une modification à l'entente cadre sur la gestion des terres des Premières nations (comme modifiée). (*Paragraphe 239*)

29. La loi devra s'appliquer aux couples en union de fait et aux couples mariés selon la coutume, ainsi qu'aux personnes mariées en vertu des lois provinciales. Pour cela, il faudra donner une définition suffisamment vaste du terme « conjoint ». La *Loi sur les Indiens* fournit une définition du terme « conjoint de fait » et de « survivant », mais non de « conjoint ». Il faudra accorder à cette question une considération particulière dans la loi proposée sur les biens immobiliers matrimoniaux ainsi que dans les règlements fédéraux provisoires. Les Premières nations sont libres de définir des termes dans leurs propres lois. (*Paragraphe 239*)

30. Borrows formule un certain nombre de recommandations très utiles au sujet du contenu d'une loi d'harmonisation du droit fédéral avec les droits autochtones. À mon avis, ses idées font appel à la notion de réconciliation. En ce qui concerne la réconciliation, la Cour suprême du Canada a demandé aux Premières nations et au Canada de s'engager à la réaliser. Je recommande que les rédacteurs de la loi prennent en compte ce type d'approche, en ce concerne les questions d'interprétation de la loi sur les biens immobiliers matrimoniaux proposée. (*Paragraphe 241*)
31. Il faudra inclure une disposition prévoyant un examen de la loi et de sa mise en œuvre. Vous trouverez un exemple d'un libellé possible dans mon rapport. (*Paragraphe 242*)
32. Pour s'assurer que la nouvelle loi concernant les biens immobiliers matrimoniaux a préséance dans l'éventualité d'un conflit ou d'une incompatibilité avec les lois provinciales qui s'appliquent dans les réserves par rapport aux biens immobiliers en général, il pourrait être nécessaire d'apporter une modification corrélative à l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cette modification viserait simplement à ajouter le nom de la nouvelle loi, comme cela a été fait dans le cas de la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations*. (*Paragraphe 243*)
33. Il sera peut-être nécessaire d'apporter des modifications supplémentaires aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui traitent des droits détenus en vertu d'un certificat de possession afin d'assurer la conformité avec la nouvelle loi. Par exemple, il sera peut-être nécessaire d'apporter des modifications aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant les certificats de possession afin de prévoir l'enregistrement des conjoints des détenteurs de certificat de possession. Cela entraînera la publication d'un avis selon lequel un conjoint pourrait avoir des droits en vertu de la nouvelle loi. Il faudra examiner attentivement les dispositions concernant les certificats de possession pour assurer la conformité, sans violer les droits collectifs, les droits ancestraux ou les droits issus des traités. (*Paragraphe 244*)
34. Les dispositions concernant la reconnaissance de la compétence des Premières nations doivent être décrites dans la Partie 1, avant les règlements fédéraux provisoires, afin de mettre l'accent sur la prépondérance et la préférence de la compétence des Premières nations dans ce domaine. Reconnaître cette compétence inhérente signifie reconnaître qu'elle est en concurrence avec la compétence du gouvernement fédéral en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'agit là d'un modèle familier aux ententes relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale. Il existe de nombreux exemples sur lesquels s'appuyer en ce qui concerne les clauses prépondérantes et faire en sorte que les lois fédérales, provinciales et des Premières nations dans ce domaine fonctionnent de concert, pour offrir la protection dont ont besoin les conjoints dans les réserves. (*Paragraphe 245*)
35. Je présente dans mon rapport certains exemples de libellés sur la reconnaissance, libellés qui doivent être accompagnés d'énoncés préambulaires touchant tant le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, en vertu des droits prévus à l'article 35, que l'importance des droits de la personne et de l'égalité entre les hommes et les femmes. Dans le cadre de cette proposition, la compétence des Premières nations sur les biens immobiliers matrimoniaux comprendrait nécessairement et incidemment la compétence d'établir des mécanismes locaux de règlement des litiges. Deux raisons viennent appuyer ce point : la nécessité d'organismes de règlement des litiges locaux et adaptés à la culture et l'inaccessibilité du système judiciaire actuel pour de nombreuses personnes et collectivités des Premières nations en raison de l'éloignement, du manque de ressources financières et d'autres facteurs. (*Paragraphe 246*)
36. La Partie 2 prévoit des règlements fédéraux provisoires établissant une protection à court terme, jusqu'à ce qu'une Première nation ait adopté sa propre loi concernant les biens immobiliers matrimoniaux. J'ai suggéré des recours à court terme qui seraient disponibles en vertu de cette Partie et donné une justification pour chacun d'eux. Certaines considérations impérieuses en matière de droits de la personne justifient des mesures fédérales à court terme afin qu'un certain secours soit offert aux conjoints des Premières nations en attendant que les Premières nations qui n'en ont pas adoptent une loi sur les biens immobiliers matrimoniaux. Une protection additionnelle à court terme

sera offerte dans le cadre de l'exercice des pouvoirs des Premières nations conformément à la Partie I de la loi proposée. (*Paragraphe 247*)

37. Lorsque les conjoints sont mariés, et surtout lorsqu'il y a des enfants, chaque membre de la famille devrait se sentir en sécurité, soit être protégé contre la vente de la maison familiale sans qu'il en soit informé, peu importe que le nom d'un conjoint ou des deux conjoints soit sur les documents qui concernent la maison. Pour appliquer cette mesure, il faudra mettre sur pied un ou plusieurs mécanismes servant à enregistrer le nom du conjoint dans le *Registre des terres indiennes*, le cas échéant, ainsi que des mécanismes de soutien pour les Premières nations qui souhaiteraient établir un registre distinct pour les maisons seulement, que celles-ci soient situées sur des terres détenues en vertu d'un certificat de possession ou sur les terres générales de la bande. (*Paragraphe 248*)
38. Il est nécessaire d'offrir dans les réserves des recours permettant la possession exclusive provisoire de la maison familiale pour faire face aux situations de crise et donner aux conjoints le temps de stabiliser leur situation, pendant qu'ils font des plans à plus long terme. Les recours permettant la possession provisoire de la maison familiale ne présentent que peu de difficultés, ni même aucune en fait, pour ce qui est de la violation possible des droits collectifs, en raison précisément de leur nature temporaire. Ces recours pourraient être :
- 1) des ordonnances d'exclusion provisoire pour permettre à un conjoint de détenir la possession exclusive temporaire de la maison familiale dans un cas de crise entraînée par la violence familiale (dans certaines régions les demandes peuvent être présentées par un conjoint ou une tierce partie au nom du conjoint qui a besoin de protection);
 - 2) des ordonnances de possession exclusive provisoire accordées à la demande d'un conjoint au moment de la rupture de la relation et qui visent à ce que le conjoint qui a la garde des enfants puisse jouir d'un abri et de stabilité. (*Paragraphe 249*)
39. Les diverses valeurs et pratiques des Premières nations entourant les droits sur les terres de réserve doivent être respectées et, dans la nouvelle loi. Il faudra établir une distinction entre la maison familiale en tant qu'amélioration sur la terre et un droit sur une terre de réserve même. Cela implique de mettre en place des recours pour le transfert ou la vente forcée des droits d'un conjoint sur les terres, comme le déterminera les pouvoirs de la Première nation en vertu de la Partie 1. (*Paragraphe 250*)
40. Je recommande que la nouvelle loi prévoit que les tribunaux pertinents aient le pouvoir, au moment de l'annulation d'un mariage, d'une séparation ou d'un divorce, d'accorder aux conjoints la possibilité de présenter une demande pour obtenir une ordonnance d'indemnisation afin de diviser la valeur de la maison familiale. Seule la structure de la maison, en tant qu'amélioration, serait prise en compte dans l'évaluation. La disposition proposée doit être rédigée de façon à reconnaître les contributions des conjoints dans la relation maritale de même que les biens immobiliers matrimoniaux, y compris les contributions financières ainsi que les contributions en espèces, telles que l'éducation des enfants et les travaux ménagers non rémunérés. (*Paragraphe 251*)
41. L'APN et l'AFAC ont manifesté un vif intérêt dans l'établissement d'un fonds d'indemnisation pour accorder des prêts aux conjoints afin de les aider à faire appliquer les ordonnances d'indemnisation relativement aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Je le répète, il serait bon d'examiner et d'adapter, au cours de discussions entre AINC, l'APN et l'AFAC, les procédures existantes, en y apportant quelques modifications, sur la compétence des Premières nations plutôt que d'avoir recours au pouvoir discrétionnaire du ministre, sur la faisabilité d'établir un fonds d'indemnisation pour accorder des prêts aux conjoints. (*Paragraphe 257*)
42. Il semble que toute compétence provinciale et territoriale possède une disposition semblable, mais cela pourrait être confirmé par le ministère de la Justice de même que la question de leur applicabilité aux terres de réserve en tant que lois d'application générale qui n'entrent pas en conflit avec la *Loi sur les Indiens*. Si, en fait, chaque compétence possède une disposition semblable qui fonctionne comme celle dont il est question dans l'arrêt *Derrickson*, une option serait alors de conserver simplement la loi provinciale comme elle fonctionne maintenant. (*Paragraphe 259*)

43. Une autre option serait d'adopter une disposition fédérale prévoyant ce type de recours à l'échelle nationale pour les conjoints qui ont des maisons familiales sur des terres détenues en vertu d'un certificat de possession. Il n'est pas clair si les conjoints non membres peuvent actuellement obtenir une ordonnance du type *Derrickson*, et ce fait doit également être confirmé d'une façon ou d'une autre par le ministère de la Justice. (*Paragraphe 260*)
44. Je recommande que les règlements fédéraux provisoires comprennent une disposition permettant la mise à exécution par les tribunaux des contrats familiaux conclus entre les conjoints dans les réserves. Vous souhaiterez sans doute avoir recours à un libellé qui soit suffisamment vaste pour assurer la mise à exécution de la totalité de telles ententes, étant donné que les dispositions dans les ententes sur les biens immobiliers matrimoniaux pourraient être reliées intégralement à ce dont les parties ont convenu dans d'autres domaines, tels que les pensions alimentaires. Cette recommandation peut exiger non seulement d'inclure une disposition dans la nouvelle loi proposée, mais aussi d'examiner les dispositions pertinentes de la *Loi sur le divorce* fédérale. (*Paragraphe 262*)
45. Dans les pouvoirs accordés aux tribunaux pour appliquer les règlements fédéraux provisoires, je recommande que ces derniers bénéficient d'une certaine souplesse afin d'établir des recours temporaires plutôt que de limiter les choix aux recours existants de type provincial. Cela pourrait permettre aux traditions juridiques et à la diversité des Premières nations d'être reconnues et prises en compte par les tribunaux. Cela permettrait également aux Premières nations de donner leur opinion, à savoir quels recours seraient les plus appropriés pour leurs collectivités. On pourrait réaliser cela par l'établissement d'une disposition « ami de la Cour » au moyen des ressources fédérales pour sa mise en œuvre et de dispositions confirmant la qualité pour agir des Premières nations à cet égard. (*Paragraphe 263*)
46. Toutefois, il n'est pas recommandé d'inclure dans les règlements fédéraux provisoires les ordonnances pour le transfert d'une maison familiale et les ordonnances pour le partage et la vente. Les diverses façons qu'ont les Premières nations d'utiliser les certificats de possession et les attributions coutumières et leurs différents points de vue sur la possibilité pour un membre de détenir un droit à la propriété sur les terres mêmes nous amènent à dire que par respect pour les principes d'autonomie gouvernementale, il faudrait laisser aux Premières nations le soin de déterminer de telles questions et d'offrir ou non ces recours. Il s'agit là de questions que les Premières nations peuvent traiter immédiatement, étant donné leur compétence concurrente sur les biens immobiliers matrimoniaux. (*Paragraphe 264*)
47. En ce qui concerne les règlements fédéraux provisoires, les tribunaux auront besoin d'une certaine orientation pour prendre des décisions. Certains des critères typiques utilisés dans les lois provinciales sont tout aussi pertinents aux citoyens des Premières nations, comme le fait de tenir compte des droits des enfants ou de la présence de violence familiale. Toutefois, les tribunaux devront examiner des critères qui sont pertinents aux diverses collectivités des Premières nations. La loi devrait permettre que des éléments de preuve soient présentés pour les diverses situations sociales, lois et politiques des Premières nations, ainsi que pour leurs pratiques particulières concernant la propriété du clan. On trouve dans l'article 8 de la *Westbank First Nation Family Property Law*, qui comprend également des critères typiques des lois provinciales, un exemple des critères élaborés tout particulièrement pour un contexte des Premières nations. Cependant, il faut être prudent lorsqu'on examine la jurisprudence, comme celle relative au cas de la Première nation de Westbank. Ce qui fonctionne pour une Première nation peut ne pas fonctionner pour une autre. Les dispositions concernant le mécanisme « ami de la Cour » et la qualité pour agir de la Première nation concernée pourront aider à présenter au tribunal de tels éléments de preuve, dans les cas où l'on a recours au système judiciaire existant. (*Paragraphe 265*)
48. Pour cette raison, il faudra mettre rapidement en place la Partie 1 pour reconnaître la compétence des Premières nations en matière de règlement d'un litige dans ce domaine et pour fournir des ressources aux collectivités des Premières nations afin de leur permettre d'établir des organismes locaux de règlement de litiges ou encore d'offrir de la formation aux organes régionaux, si tel est leur

choix. De plus, je recommande que des discussions aient lieu avec le ministère de la Justice afin d'intégrer cet élément dans un plan d'action pour le renouvellement de la Stratégie relative à la justice applicable aux Autochtones. Voilà une raison de plus pour examiner le concept d'une loi d'harmonisation Premières nations-Canada. (*Paragraphe 267*)

49. Je recommande également de veiller à ce que la reconnaissance du pouvoir législatif des Premières nations comprenne la reconnaissance du pouvoir décisionnel des organismes locaux de règlement de litiges, afin qu'ils soient en mesure d'appliquer une ordonnance d'une cour provinciale ou supérieure. (Ceci exigerait probablement des discussions entre les Premières nations et les gouvernements provinciaux concernés.) (*Paragraphe 268*)
50. Des façons novatrices d'utiliser tous les niveaux du système judiciaire existant devraient être explorées le plus rapidement possible. Je suis consciente qu'il y a des questions constitutionnelles complexes à résoudre, mais tous les efforts devraient être déployés pour relever ces défis et de rétablir des mécanismes qui permettront l'accès des collectivités à la justice dans ce domaine, et cela, à court terme. À titre d'exemple, toute possibilité de recourir aux juges de paix, aux cours provinciales ou aux nouvelles cours familiales des Premières nations dans le but d'obtenir les ordonnances proposées à la Partie 2 devrait être étudiée. Une autre avenue à explorer pourrait être la nomination de juges de paix fédéraux originaires de la collectivité de la Première nation pour traiter les questions touchant le droit familial. Une telle mesure pourrait servir d'instrument pour l'application à la fois des règlements fédéraux provisoires et des lois des Premières nations, si tel est le choix des Premières nations. (*Paragraphe 269*)
51. Une option privilégiée touchant l'article 89 serait de reconnaître la compétence des Premières nations de traiter cette question de manière similaire à la compétence reconnue à la Première nation de Westbank dans leur entente sur l'autonomie gouvernementale à l'article 103(c), soit d'exercer leur compétence relativement à leur capacité de grever les droits de propriété sur les terres, « *y compris les règles touchant les exemptions prévues à l'article 89 de la Loi sur les Indiens* ». (*Paragraphe 273*)
52. Je recommande, pour diverses raisons, une loi autonome et non pas des modifications qui seraient insérées au milieu de la *Loi sur les Indiens*. Cette recommandation signifierait nécessairement que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) s'appliquerait pleinement et que l'exemption aux termes de l'article 67 de la LCDP, touchant les décisions relatives à la *Loi sur les Indiens*, ne s'appliquerait pas. Néanmoins, une question serait en suspens, à savoir si la LCDP devrait avoir une clause interprétative dans son application aux gouvernements des Premières nations afin de bien tenir compte des droits ancestraux et les droits issus des traités ainsi que des autres droits collectifs (par exemple ceux sur les terres). Les discussions à cet égard avec les Premières nations et les organisations des Premières nations sont une partie essentielle du travail sur la réconciliation et du respect de l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs. (*Paragraphe 274*)
53. Tenter d'élaborer des dispositions sur les biens immobiliers matrimoniaux qui interagiraient de manière cohérente avec ces dispositions exigerait un examen approfondi et un processus de consultation conçu à cette fin. Plus importante encore est la nécessité d'élaborer un processus qui offrira aux Premières nations l'occasion de progresser plus rapidement qu'elles ne le font actuellement dans l'obtention de compétences dans tous les domaines qui touchent les droits de propriété et les droits civils des membres des Premières nations. Reconnaître la compétence des Premières nations dans ce domaine et dans d'autres domaines d'une manière qui respecte les droits prévus à l'article 35 est, en fin de compte, le seul moyen d'assurer que les gouvernements des Premières nations jouissent du respect et de la reconnaissance qui leur permettra de mettre au point un ensemble cohérent de lois dans des domaines qui inévitablement interagissent entre eux. (*Paragraphe 278*)
54. La viabilité et l'efficacité de tout cadre législatif dépendront des ressources financières nécessaires qui seront offertes. Sans cet engagement de la part du gouvernement fédéral, la loi ne sera tout simplement pas accessible pour la majorité des membres des Premières nations. De toute évidence, les Premières nations ont besoin de ressources pour élaborer les lois proposées et consulter leurs

citoyens sur cet enjeu complexe. Sans ces ressources, les règlements fédéraux provisoires auront la prépondérance par défaut. Ceci minerait toute prétention de bonne foi dans l'adoption d'une loi qui reconnaîtrait la compétence des Premières nations. (*Paragraphe 279*)

55. Il faut également reconnaître que le meilleur espoir d'application de ces lois se situe à un niveau local. Cela signifie que des ressources doivent être disponibles afin d'assurer que les Premières nations peuvent combler la lacune dans l'administration de la justice concernant les biens immobiliers matrimoniaux en établissant des mécanismes de règlement des litiges, ou en améliorant les processus existants, depuis la médiation et les conseils des aînés jusqu'aux services des tribunaux, au besoin. Il importe de répéter qu'étant donné que la lacune existante en matière d'application des lois dans les réserves est beaucoup plus importante qu'à l'extérieur des réserves; il y a un besoin important, voire urgent et immédiat, de mettre en place des initiatives pour accéder à des services de justice en matière de droit familial. (*Paragraphe 280*)
56. Il faut également reconnaître qu'un régime efficace régissant les biens immobiliers matrimoniaux suppose l'existence d'un régime foncier cohérent, qui reflète les valeurs et qui répond aux besoins des citoyens qu'il doit desservir. (*Paragraphe 281*)
57. Bien qu'il y ait des programmes existants visant à accorder du soutien aux Premières nations pour assurer la transition de la *Loi sur les Indiens* à l'exercice d'une compétence inhérente, il semble que les ressources accordées à ces programmes soient insuffisantes tant par rapport aux besoins qu'aux intérêts des Premières nations. (*Paragraphe 282*)
58. La *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* (LGTPN) continuera probablement à servir d'étape provisoire vers une expression plus complète de l'autonomie gouvernementale. Cette loi reconnaît l'autorité des Premières nations pour élaborer leurs codes fonciers depuis le tout début, ainsi que les lois sur les biens immobiliers matrimoniaux et pour reconnaître, créer et déterminer leurs droits légaux sur les terres. Les Premières nations assujetties à la LGTPN peuvent maintenir un système de certificats de possession, reconnaître officiellement les attributions coutumières ou choisir une autre option qui convient à leur peuple. L'intérêt manifesté à l'égard de la participation à cette initiative des Premières nations est plus grand que les ressources disponibles. Il existe d'autres initiatives que celle de la LGTPN qui visent à accroître la capacité de gestion des terres et la formation du personnel des gouvernements des Premières nations afin qu'il assume plus d'autorité dans les questions relatives à la gestion des terres — le Programme régional d'administration des terres (PRAT), le Programme de gestion des terres et de l'environnement dans les réserves (PGTER), les programmes d'autorité déléguée 53-60 (faisant référence aux articles de la *Loi sur les Indiens* qui autorisent le transfert de l'autorité du ministre dans ce domaine). Des efforts de recherches sont déjà déployés dans le but d'examiner les options visant à moderniser les systèmes de registre foncier. Tous ces programmes et initiatives exigent de la coordination et autant de soutien qu'il est nécessaire pour répondre aux Premières nations intéressées. Je recommande qu'AINC effectue une évaluation de ces programmes et évalue tout manque dans les ressources pour répondre à la demande et ce qu'il faut pour y remédier. Selon moi, de tels programmes procurent un point de départ en vue de soutenir le travail qui doit être exécuté dans les collectivités par les membres des collectivités, s'ils ont les ressources suffisantes. (*Paragraphe 283*)
59. En plus de ces mesures, les trois parties ont manifesté de l'intérêt dans plusieurs autres options visant à soutenir des mesures législatives, dont certaines sont énumérées ci-dessous. Vous trouverez dans les rapports des parties une image plus complète des domaines abordés dans les options non législatives. (*Paragraphe 284*)
60. Ce projet doit faire partie du processus continu et plus vaste entourant la réconciliation. Les parties à ce processus vivent actuellement une transition dans leurs relations mutuelles. Les Premières nations sont en transition dans la mesure où elles s'éloignent des lacunes de la *Loi sur les Indiens* tout en conservant le contrôle du processus de changement, du processus de renforcement d'une nation et de préservation du principe de non-aliénation et des droits collectifs sur les terres. Il y a un

travail à faire au sein des collectivités des Premières nations, ainsi qu'avec le gouvernement fédéral, pour répondre aux besoins de tous les citoyens des Premières nations. (*Paragraphe 285*)

61. L'élaboration d'un plan de mise en œuvre, y compris un exercice sur les coûts reliés aux ressources nécessaires, pourrait bénéficier de la participation des deux organismes. L'APN et de l'AFAC estiment que leur participation continue aux prochaines étapes est essentielle à l'engagement du gouvernement dans le cadre d'un processus ouvert et transparent. (*Paragraphe 286*)
62. Il faudra élaborer un vaste cadre politique pour la gestion du processus de changement, un cadre qui repose sur deux principes fondamentaux :
 - Les politiques fédérales et les initiatives législatives doivent être fondées sur la reconnaissance de la compétence de Premières nations et sur le respect des droits ancestraux et des droits issus des traités;
 - Tant le gouvernement fédéral que les gouvernements des Premières nations doivent respecter et mettre en œuvre les valeurs reconnues internationalement au chapitre des droits de la personne. (*Paragraphe 287*)
63. À moyen terme, vous envisagerez peut-être de tenir des discussions dans le cadre politique global d'un projet plus vaste visant à reconnaître la compétence inhérente des Premières nations sur les « droits à la propriété et sur les droits civils » au regard de leurs citoyens, comme mesure provisoire dans un contexte plus large visant à s'éloigner de la *Loi sur les Indiens*. (*Paragraphe 288*)
64. Un travail considérable a été réalisé tout au long de ce processus d'apporter des idées sur les besoins et les recours au chapitre des droits relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux et sur la façon de répondre à ces besoins. De même, de nombreuses discussions ont eu lieu sur l'évaluation des incidences possibles sur les droits ancestraux et des droits issus des traités. Ce travail ne pourra être terminé que lorsque des dispositions législatives précises seront disponibles pour évaluer le traitement des droits individuels et des droits collectifs ainsi que de leurs relations par rapport à la *Loi sur les Indiens* et, finalement, aux droits prévus par l'article 35. Ce travail sera le mieux réaliser si l'APN et l'AFAC y participent, puisque les deux organismes ont participé à tout le processus jusqu'à maintenant. Il ne fait aucun doute que leur intervention facilitera la rédaction du projet de loi. (*Paragraphe 289*)

Annexe A

**Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves
Résumé du mandat de la représentante du Ministère**



Le 20 juillet 2006

Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves Résumé du mandat de la représentante du Ministère

La représentante du Ministère doit s'assurer qu'une solution législative viable pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux (BIM) dans les réserves est recommandée au ministre à la fin du processus de consultation (printemps 2007).

Objectifs

1. S'assurer de la tenue des consultations nécessaires sur la question des BIM, notamment sur le besoin de se conformer aux principes¹ énoncés dans l'arrêt *Haïda*, les craintes relatives au processus de consultation et la meilleure façon de concevoir un processus auquel participeront l'APN, l'AFAC et AINC.
2. Proposer la solution législative la plus viable afin de s'assurer :
 - Que les droits des femmes des Premières nations ont été pris en considération et que la *Charte canadienne des droits et libertés* et les droits de la personne sont respectés;
 - Qu'il y a harmonisation des lois provinciales et territoriales (au besoin);
 - Qu'il y a un équilibre acceptable entre les droits individuels à l'égalité garantis par les articles 15 et 28 de la *Charte* et les droits collectifs reconnus dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et cités dans l'article 25 de la *Charte*.

¹ Les principes suivants découlant de l'arrêt *Haïda* aideront à orienter les consultations, afin de rendre les consultations entre le gouvernement du Canada et les peuples autochtones efficaces et productives :

- Réconciliation : les consultations avec les peuples autochtones, inspirées du principe très important de réconciliation, reposeront sur l'honneur de la Couronne, le renouvellement des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones ainsi que l'équilibre des intérêts autochtones et non autochtones.
- Engagement commun : les consultations se fonderont sur l'engagement d'être de bonne foi, de se respecter mutuellement, d'être réciproquement responsable et d'être efficace.
- Prise de décisions judicieuses : le processus rendra les résultats des consultations importantes durables.
- Transparence : les consultations efficaces doivent se tenir au moment opportun et être accessibles, inclure tous les groupes éventuellement visés et privilégier un dialogue franc et ouvert et la responsabilité.

Activités

La représentante du Ministère doit :

- Collaborer étroitement avec AINC, l'APN et l'AFAC et rencontrer régulièrement leurs représentants;
- Rencontrer toutes les parties pendant l'étape de planification afin d'élaborer un processus clair et transparent pour établir des méthodes de communication, fixer les objectifs et les délais et formuler des principes;
- Assister au plus grand nombre possible de séances de consultation (animées par les trois parties);
- Produire un rapport final sur le processus qui sera présenté au ministre;
- Assurer la liaison entre AINC, l'APN et l'AFAC;
- Animer, lors de l'étape de consultation, les séances de consultation auxquelles prennent part AINC, l'APN et l'AFAC chaque mois et conseiller les parties;
- Faciliter le processus de consultation et jouer un rôle dans ses trois étapes (planification, consultation et établissement d'un consensus);
- Aider les parties, lors de la recherche d'un consensus, à s'entendre pour que la question des BIM soit résolue;
- Recommander, si les parties ne s'entendent pas, une solution qui sera en conformité avec les droits de la personne, qui maintiendra les principes de base exposés dans l'arrêt *Haïda* et qui s'harmonisera avec les lois provinciales et territoriales (au besoin).

Rapport final

Le rapport final de la représentante du Ministère doit comprendre les éléments suivants :

- Un compte rendu des consultations publiques;
- Les copies de tous les mémoires et de tout document recueilli et analysé;
- Une description des questions² liées aux BIM qui ont des répercussions négatives sur les droits des femmes des Premières nations et qui doivent être résolues par une solution législative relative aux BIM;
- Une description des différents systèmes d'attribution des terres et de coutumes, des politiques appliquées actuellement par les Premières nations et de la façon dont ces dernières seront touchées par une solution législative ou politique;
- Un résumé des solutions proposées par les participants;
- L'analyse par la représentante des questions abordées et des recommandations précises sur l'adoption de mesures pouvant

² Ces questions peuvent comprendre, par exemple, l'application de toute loi relative aux BIM, les mesures pour faire face aux situations urgentes (à savoir, la violence familiale), la gestion des terres de réserve, le droit des conjoints et enfants survivants de demeurer dans la maison familiale, etc.

comprendre, entre autres, des modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* ou à ses règlements, ou l'élaboration de nouvelles lois ou politiques;

- Une annexe comprenant une chronologie des réunions, une liste des mémoires reçus, une liste des participants aux réunions de consultation et le nombre de témoignages reçus à huis clos, s'il y a lieu.

Annexe B

Rapports Finals

**Assemblée des Premières Nations
Affaires indiennes et du Nord Canada
Association des femmes autochtones du Canada**





BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX DANS LES RÉSERVES :
NOS TERRES, NOS FAMILLES, NOS SOLUTIONS

MARS 2007



ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS

À PROPOS DE L'ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS

L'Assemblée des Premières Nations (APN) est l'organisation nationale et politique qui représente les gouvernements et les citoyens des Premières Nations de l'ensemble du Canada, y compris les membres des Premières Nations qui habitent dans les réserves et dans les régions urbaines et rurales. Au Canada, chaque Chef a le droit de devenir membre de l'APN. Le Chef national est élu par les Chefs du Canada, qui eux-mêmes sont élus par leurs citoyens.

L'APN a pour rôle et fonction de constituer une tribune nationale déléguée permettant de décider et de coordonner des mesures efficaces et collectives fondées sur la collaboration. Ainsi, les Premières Nations demandent à l'APN d'examiner ou d'étudier certains sujets, de fournir des réponses ou de prendre des mesures dans divers domaines. De plus, l'APN a vocation à faire avancer les aspirations des Premières Nations.

Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec l'Assemblée des Premières Nations à l'adresse suivante :

473, rue Albert, bureau 810
Ottawa (Ontario)
K1R 5B4

Téléphone : (613) 241-6789
Sans frais : 1 866 869-6789
Télécopieur : (613) 241-5808

Vous pouvez également visiter le site Web de l'APN :
www.afn.ca

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE UN : Executive Summary

1.0 INTRODUCTION	5
1.1 SANS PRÉJUDICE	5
1.2 MÉTHODE	5
1.3 RÉSUMÉ DE L'ORIENTATION PRÉCONISÉE LORS DES SÉANCES RÉGIONALES DE DIALOGUE	6

CHAPITRE DEUX : Sommaire des séances régionales de discussion de l'Assemblée des Premières Nations

2.0 INTRODUCTION	9
2.1 PROCESSUS NATIONAL DU MINISTRE	9
2.2 QUE SONT LES BIENS IMMOBILIERS?	10
2.3 LE BESOIN DE RECOURS QUE N'OFFRE PAS LA LOI SUR LES INDIENS	12
2.4 PRÉOCCUPATIONS À L'ÉGARD DU PROCESSUS	13
2.5 PRINCIPES DIRECTEURS SOUS-JACENTS À NOTRE RECHERCHE DE SOLUTIONS	13
2.6 OPTIONS LÉGISLATIVES DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL	14
2.7 OPTIONS LÉGISLATIVES DE L'ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS	16
2.8 OPTIONS NON LÉGISLATIVES DE L'ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS	17
2.9 QUESTIONS COMMUNES SOULEVÉES AU COURS DES SÉANCES RÉGIONALES DE DISCUSSION	20
2.10 SÉANCES RÉGIONALES DE DISCUSSION	20
2.11 DÉFIS ET POSSIBILITÉS	30

CHAPITRE TROIS : À la recherche de solutions

3.0 INTRODUCTION	33
3.1 LES LOIS DE QUEL GOUVERNEMENT?	33
3.2 QUELS TYPES DE PROTECTIONS LÉGALES SONT NÉCESSAIRES?	34
3.3 CONCLUSION	37

Annexes

- A. Résolution no 32 / 2006
- B. Résolution no 72 / 2006
- C. Lettre du 9 février 2007 du Chef national Phil Fontaine au ministre Prentice
- D. Lettre du 25 septembre 2006 du Chef national Phil Fontaine au ministre Prentice
- E. Lettre du 1er novembre 2006 du ministre Prentice au Chef national Phil Fontaine
- F. Lettre du 20 novembre 2006 du Chef national Phil Fontaine à tous les Chefs
- G. Lettre du 1er décembre 2006 du Chef national Phil Fontaine au ministre Prentice
- H. Résolution no 06/88 des Chefs de l'Ontario
- I. Guide des ressources de l'APN
- J. Guide des ressources de l'APN – Addenda pour le Québec
- K. Foire aux questions
- L. Déclaration unanime des femmes Chefs des Premières Nations





Chapitre un : Sommaire

1.0 INTRODUCTION

Conformément au mandat énoncé dans la résolution 32/2006, l'APN a coordonné et co-organisé des séances régionales de dialogue qui ont débuté le 16 novembre 2006 à Saskatoon (Saskatchewan) et se sont terminées le 19 janvier 2007 à Hay River (T.N.-O.) Le présent rapport résume l'orientation recommandée à l'APN dans le cadre de ces séances régionales de dialogue.

1.1 SANS PRÉJUDICE

Le présent rapport donne un aperçu d'ensemble de l'orientation générale recommandée par les participants durant les séances régionales de dialogue. Il a été rédigé sans préjudice des points de vue et positions d'une Première Nation en particulier et/ou du rapport final de l'Assemblée des Premières Nations.

1.2 MÉTHODE

Aux termes du mandat fixé par la résolution no 32/2006, l'APN a coordonné et co-organisé des séances régionales de dialogue dans l'ensemble du pays avec des organisations provinciales et territoriales du 16 novembre 2006 (Saskatoon, Saskatchewan) au 19 janvier 2007 (Hay River, Territoires du Nord-Ouest). Le calendrier des séances était le suivant :

- Saskatoon, Saskatchewan : 16 et 17 novembre 2006
- Richmond, Colombie-Britannique : 20 et 21 novembre 2006
- Winnipeg, Manitoba : 23 et 24 novembre 2006
- Whitehorse, Yukon : 24 novembre 2006
- Halifax, Nouvelle-Écosse : 30 novembre et 1er décembre 2006
- Québec, Québec : 13 et 14 décembre 2006
- Edmonton, Alberta : 17 janvier 2007
- Hay River, Territoires du Nord-Ouest : 19 janvier 2007

Les Chefs de l'Ontario n'ont pas participé aux séances régionales de dialogue organisées par l'APN. Ils ont préféré faire connaître leurs préoccupations concernant le processus national du ministre en adoptant la résolution no 06/08, en novembre 2006. Cette dernière demande « l'arrêt et la restructuration du processus national du ministre afin de créer un processus et un

échancier appropriés ».

Lors des séances, les participants ont reçu une trousse d'information préparée par l'APN, qui comprenait les documents suivants :

- Un dépliant d'information sur les biens immobiliers matrimoniaux, qui décrivait également les questions et préoccupations des Chefs en assemblée;
- Une liste des questions souvent posées;
- Une copie de la résolution no 32/2006;
- Une copie de la lettre envoyée par le Chef national, Phil Fontaine, (25 septembre 2006) au ministre Prentice pour lui communiquer les paramètres de la participation de l'APN au processus de consultation;
- Une copie de la réponse (1er novembre 2006) du ministre Prentice adressée au Chef national;
- Un manuel de référence relatif aux séances régionales de dialogue contenant des renseignements généraux pertinents destinés à faciliter la discussion et la recherche de solutions.

Les représentants d'AINC ont fourni leur propre trousse d'information aux participants, qui décrivait les trois propositions fédérales. Il a été conseillé aux participants souhaitant obtenir des détails sur ces trois propositions de se référer à la trousse d'AINC.

Ensemble, ces deux trousse d'information fournissaient des renseignements généraux sur les biens immobiliers matrimoniaux et les propositions aux participants de chaque région pour leur permettre d'étudier la question. Chaque séance s'étalait sur deux jours et se déroulait suivant le même schéma. Le premier jour, la séance commençait par une réunion plénière matinale visant à présenter la question des biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves. Cette présentation était suivie de réunions en petits groupes dirigées par un facilitateur et destinées à étudier les principes directeurs et les solutions existantes. L'après-midi, les petits groupes examinaient les propositions législatives et non législatives de l'APN. À la demande des participants, la séance d'examen des propositions législatives de l'APN s'est déroulée à huis clos. À la fin de la journée, les séances en petits groupes étaient suspendues jusqu'au lendemain. Le deuxième jour commençait par une réunion plénière au cours de laquelle les facilitateurs et/ou les preneurs de notes faisaient un compte rendu des discussions du jour précédent. Après ce compte rendu, les participants discutaient des propositions législatives fédérales dans le cadre de réunions en petits groupes dirigées par un facilitateur. À la fin des réunions, les participants se regroupaient pour écouter le discours de clôture.

Après chaque séance de dialogue régional, un résumé confidentiel sans préjudice a été envoyé à chaque région aux fins de distribution aux membres. Il a été demandé à chaque région de lire attentivement le résumé et de signaler toute éventuelle correction.

1.3 RÉSUMÉ DE L'ORIENTATION PRÉCONISÉE LORS DES SÉANCES RÉGIONALES DE DIALOGUE

Le présent rapport récapitule l'orientation choisie par les participants durant les séances régionales de dialogue. Dans l'ensemble, un consensus a été atteint dans deux domaines : le processus employé et l'orientation choisie quant aux propositions de l'APN et d'AINC.

A. Orientation du processus

Tous les participants sans exception ont considéré les séances de dialogue comme des séances d'information uniquement et non comme des consultations avec le gouvernement du Canada ou le ministère des Affaires indiennes.

Les participants ont clairement exprimé leur réticence et leur préoccupation quant à l'habitude du gouvernement d'interpréter tout dialogue avec les citoyens des Premières Nations comme une « consultation » dans le but de faire avancer son programme législatif établi. De plus, les dirigeants des Premières Nations présents aux séances ont décidé de ne prendre aucune décision avant d'avoir consulté leurs communautés respectives.

En conséquence, l'APN a consacré une grande partie de chaque séance à la diffusion de renseignements sur les BIM afin de permettre à chaque région d'entamer une véritable discussion sur le sujet; le gouvernement du Canada supposait peut-être que ces renseignements étaient déjà connus par l'ensemble des participants. Par exemple, l'APN a expliqué en détail les solutions provinciales et territoriales actuelles, tels les ordres de partage et de vente, qui sont offertes aux couples mariés vivant à l'extérieur des réserves. Préalablement à toute explication du « vide juridique » actuel et à toute élaboration de nouvelles solutions viables, il était nécessaire de s'assurer que les participants avaient bien compris les solutions existantes.

La fonction informative des séances n'avait peut-être pas été entièrement prévue avant le lancement du processus de dialogue. Ainsi, dès la première séance (Saskatchewan), la deuxième grande préoccupation des participants est devenue évidente : l'absence d'un délai raisonnable.

Durant les séances, les participants ont été confrontés aux questions complexes de nature sociale, économique, juridique et constitutionnelle qui touchent les familles et les enfants de leurs communautés dans un cas de divorce. Dans ce contexte, on leur a demandé de trouver un début de solution aux nombreux problèmes inhérents au bris d'un mariage. Cette tâche était lourde et pressante, d'autant plus que le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien souhaite présenter une solution législative au début du mois d'avril 2007. Inutile de dire que tous les participants ont réclamé un délai supplémentaire pour pouvoir présenter les renseignements recueillis durant les séances à leurs communautés et pour consigner les commentaires de leurs citoyens.

La nécessité d'entamer un dialogue directement avec les membres des communautés a été la dernière revendication des participants. Ces derniers ont clairement indiqué leur désaccord avec le ministre sur le processus des séances régionales de dialogue qui ne prévoit aucune discussion directe avec les communautés. Ils ont aussi été catégoriques sur la question des consultations : en cas de présentation d'une solution législative par le ministre des Affaires indiennes, toute consultation subséquente devra être engagée directement auprès des communautés des Premières Nations, car ces dernières sont les ayant droit. Toute proposition de loi aura un effet sur leurs droits fonciers collectifs. Bien que l'APN joue un rôle important de médiatrice et de coordinatrice, les participants ont clairement indiqué que toutes les solutions à long terme devront être élaborées par leurs communautés respectives et à l'intention de leurs communautés.

B. Orientation choisie concernant les propositions

Étant donné l'importance de la question et des éventuelles répercussions sur les droits fonciers des Premières Nations, les participants ont estimé que le calendrier de six mois à trois phases établi par le ministre des Affaires indiennes manquait d'impartialité et empêchait la sélection d'une solution législative ou non proposée par l'APN aux fins d'examen. À chaque séance régionale, certaines Premières Nations ont présenté leurs méthodes en vigueur pour gérer les BIM et les participants ont donné leur avis sur chaque proposition de l'APN. Cependant, aucune proposition n'a recueilli un consensus général.

Dans l'ensemble, les participants ont considéré ces réunions comme des séances d'information et ont exprimé le besoin d'étudier plus en détail toutes les propositions avec les membres de leurs communautés.

On a toutefois constaté l'unanimité parmi les participants quant aux principes qui doivent guider la recherche de solutions et constituer les critères de base de l'évaluation de toute proposition:

- Le respect des valeurs traditionnelles;
- La protection des droits ancestraux et issus de traités;
- Aucune abrogation ou violation des droits collectifs des Premières Nations;
- La protection et préservation des terres des Premières Nations à l'intention des futures générations;
- Le renforcement des familles et des communautés des Premières Nations;
- La reconnaissance et l'exercice de la compétence des Premières Nations;
- Des solutions communautaires;
- L'impartialité.

En outre, tous les participants ont partagé les mêmes approches conceptuelles concernant l'élaboration de solutions. Mais, celles-ci doivent encore faire l'objet de discussions et de débats au sein des communautés.

Les participants aux différentes séances régionales de dialogue ont tous, sans exception, rejeté catégoriquement la proposition fédérale préconisant l'application de lois provinciales ou territoriales dans les réserves.





Chapitre deux : Sommaire des séances régionales de discussion de l'Assemblée des Premières Nations

2.0 INTRODUCTION

Lorsqu'un couple marié, dont au moins l'un des conjoints est membre d'une bande de Première Nation et qui vit à l'intérieur ou en dehors d'une réserve, décide de se séparer, de nombreux problèmes surgissent. Souvent, ces problèmes ont trait aux enfants et (ou) à la question de savoir qui doit quitter la maison familiale? Qui devrait avoir la garde des enfants et comment les biens devraient-ils être divisés?

Si cette famille vit en dehors de la réserve, les lois de la province ou du territoire de résidence s'appliquent pour déterminer la manière dont les biens, qui comprennent les biens mobiliers (par exemple les meubles, les véhicules et l'argent comptant) et immobiliers (terrain et objets qui y sont fixés tels que la maison familiale ou l'entreprise) seront divisés.¹ Toutefois, si cette famille vit dans la réserve, les lois provinciales ou territoriales ne s'appliquent pas pour régler les disputes concernant les terres et la maison familiale. Alors, quels sont les recours légaux que peuvent utiliser les familles qui vivent dans les réserves pour déterminer la manière dont les biens du ménage doivent être divisés? La réponse diffère d'une Première nation à l'autre. Pour certaines, il peut exister des lois traditionnelles qui aident les couples à déterminer comment diviser la maison familiale et la terre lorsque survient une séparation ou un divorce. Malheureusement, pour ces Premières Nations, le gouvernement fédéral ne reconnaît actuellement pas ces lois.

D'autres Premières Nations ont parfois décidé de gérer leurs terres en vertu de la Loi sur la gestion des terres des premières nations (LGTPN) et se sont dotées (ou sont en train de le faire) du code des biens immobiliers matrimoniaux exigé par la

LGTPN. D'autres encore peuvent avoir eu la possibilité de négocier une entente d'autonomie gouvernementale dans le cadre de laquelle elles règlent cette question de la division des biens immobiliers matrimoniaux.

Pour la majorité des Premières Nations qui gèrent leurs terres en vertu de la Loi sur les Indiens, il n'existe pas de dispositions pour le règlement de cette question de la division des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Il se présente donc des situations où les lois provinciales ne s'appliquent pas pour résoudre les disputes concernant la terre et la maison familiale et où la Loi sur les Indiens demeure silencieuse sur cette question (par exemple, un tribunal provincial ne peut pas rendre une ordonnance de possession temporaire en faveur de l'un ou l'autre des conjoints). Pour cette raison, il existe pour les familles qui vivent dans les réserves un fossé législatif qu'il faut le combler.

2.1 PROCESSUS NATIONAL DU MINISTRE²

• *Le processus sur les biens immobiliers matrimoniaux lancé par le ministre des Affaires indiennes à l'échelle nationale*

Le 21 juin 2006, l'honorable Jim Prentice, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (AINC) et interlocuteur fédéral auprès des Métis et des Indiens non inscrits, a annoncé que le gouvernement fédéral tiendrait des consultations nationales sur les biens immobiliers matrimoniaux (BIM) et a fait de Madame Wendy Grant-John sa représentante ministérielle. La mesure du ministre comporte trois volets, soit : 1) planification et préparation; 2) consultation; 3) établissement d'un consensus. Selon ses prévisions, celles-ci devraient avoir été menées à terme pour mars 2007.

Le ministre Prentice a invité l'Assemblée des Premières Nations (APN) et l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) à proposer des solutions à la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. À l'étape de l'établissement du consensus, la représentante ministérielle travaillera avec l'APN, l'AFAC et le ministère des Affaires indiennes et du

¹ Pour une description des constantes des lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux, se référer à la Fiche de renseignements d'Affaires indiennes et Nord du Canada intitulée Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

² Le rapport du Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord de juin 2005 intitulé Pour résoudre ensemble la question du partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves fait un bref historique de l'examen de cette question et de diverses recommandations de solutions qui remontent à 1988 et à l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones qui a eu lieu au Manitoba. Le rapport du comité permanent cite (pp. 2 à 6) la plus récente demande de réforme prononcée en décembre 2004 par le rapporteur spécial sur la situation des droits de la personne et des droits fondamentaux des peuples autochtones.

Nord Canada (AINC) afin d'amener les parties à essayer de s'entendre sur les options qui ressortent des consultations nationales.

Le ministre a demandé à Mme Grant-John de recommander des options, qui pourraient être de nature législative si les parties n'arrivaient pas à s'entendre. Le ministre compte déposer un projet de loi sur les biens immobiliers matrimoniaux au printemps 2007.

• **Rôle de l'Assemblée des Premières Nations dans les consultations nationales :**

L'APN Aa participé au processus du ministre conformément aux dispositions du mandat qui lui est dévolu dans les résolutions nos 32/2006 et 76/2006. La résolution no 32/2006 a été prise lors de l'assemblée générale annuelle de l'APN de juillet 2006, et a été approuvée par l'exécutif de l'APN.³ Cette résolution prévoyait la formulation d'options législatives et non législatives visant à concilier la compétence des Premières Nations et celle des couronnes fédérale et provinciale respectivement.

Pour faciliter la discussion et l'élaboration d'options, l'APN a coorganisé des séances régionales de discussion qui ont eu lieu d'un bout à l'autre de la nation et dont elle a assuré la coordination. Les échanges intervenus lors de ces séances qui se sont déroulées de novembre 2006 à janvier 2007, de concert avec les organisations provinciales et territoriales participantes, sont résumés dans le présent rapport final et forment la base des options proposées et des recommandations faites aux Chefs en assemblée en ce qui concerne les prochaines étapes.⁴

Compte tenu de la réelle inquiétude suscitée par le processus national du ministre, les Chefs en assemblée ont présenté une résolution lors de l'Assemblée extraordinaire des Chefs de décembre 2006. La résolution 76/2006 a fait l'objet de longs débats lors de cette assemblée. Le Comité exécutif a adopté cette résolution le 5 février 2006.⁵ En plus de réclamer l'arrêt du processus national du ministre, la résolution 76/2006 demande à l'APN de préconiser une réorientation du processus afin

d'obtenir des consultations directes entre la Couronne et les Premières Nations, l'élaboration facilitée d'une politique générale fédérale sur les consultations et le respect des objectifs et méthodes de l'Accord politique, qui a été signé avec le gouvernement fédéral en mai 2005.

Dans une lettre datée du 9 février 2007, le Chef national a envoyé une copie de la résolution 72/2006 au ministre, tout en décrivant les inquiétudes des Premières Nations concernant le processus et en lui demandant la tenue d'une réunion afin d'examiner ces préoccupations.⁶ Dans sa lettre, le Chef national a signalé au ministre que « tant que nous n'aurons pas trouvé des solutions communes à nos préoccupations, le mandat des représentants de l'APN se limitera à la promotion de la reconnaissance et de la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations et à celle de certaines propositions non législatives ».

2.2 QUE SONT LES BIENS IMMOBILIERS?

Le terme juridique « biens immobiliers matrimoniaux » au Canada désigne la maison familiale et la terre sur laquelle elle se trouve.⁷ À la différence de la propriété de la terre en dehors des réserves, il n'existe, en vertu de la Loi sur les Indiens, aucune propriété en fief simple à l'égard de la terre que posséderait une bande ou un membre de celle-ci dans une réserve; le titre de possession en droit à l'égard d'une terre de réserve est détenu par le gouvernement fédéral et, au mieux, un droit exclusif de possession de fait à l'égard de celle-ci peut avoir été accordé à un membre de la bande.

Il existe deux formes principales de possession de fait concernant une terre de réserve que des couples mariés peuvent acquérir. Parfois, un couple détient le droit d'occuper une terre de réserve en vertu d'un certificat de possession, mais, la plupart du temps, celui-ci lui a été accordé par le conseil de bande en vertu d'une attribution (ou tenure) coutumière.

³ Pour le texte complet de la résolution no 32-2006, voir annexe A.

⁴ Selon le processus interne de l'APN visant à régler cette question, les dialogues régionaux devaient se terminer par une réunion des Chefs en assemblée, qui aurait permis d'examiner et de considérer des solutions et des recommandations. Cependant, le ministre n'a pas accepté d'allonger son échéancier visant à présenter une loi au printemps 2007. Par conséquent, l'APN n'a pas été en mesure de terminer son processus interne.

⁵ Pour le texte complet de la résolution no 76/2006, voir annexe B.

⁶ Pour la lettre du Chef national adressée au ministre Prentice (9 fév. 2007), voir annexe C. À la date de la diffusion du présent rapport, le ministre n'avait pas encore envoyé de réponse. Le mandat des représentants de l'APN inhérent à la phase 3 du processus national du ministre était limité à la promotion de la reconnaissance et de la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations et à celle d'options non législatives.

⁷ Au Québec, le terme utilisé est « immeuble ». Pour de plus amples renseignements à sujet du régime qui prévaut au Québec en cas de rupture d'un mariage, voir l'annexe J.

Un certificat de possession est un droit de possession légal d'une terre de réserve qui est reconnu en vertu de l'article 20(2) de la Loi sur les Indiens. Toutefois, un membre de bande peut seulement acquérir un certificat de possession avec le consentement et l'autorisation du conseil de bande et du ministre des Affaires indiennes.

Une attribution coutumière est un autre droit qu'un membre de bande peut acquérir pour la possession de fait de terres de réserve. De nombreuses bandes n'établissent pas de certificats de possession de terres de réserve et s'en remettent à des attributions par le Chef en conseil conformément aux coutumes et aux traditions de la bande.

En outre, quelle que soit la collectivité de réserve dans laquelle le couple marié réside, les terres de réserve sont détenues collectivement par l'ensemble des membres de la bande et peuvent seulement être louées ou vendues avec le consentement de la bande toute entière. L'intérêt collectif dans la terre est un étayage fondamental du droit à la terre d'une Première Nation. Compte tenu du caractère collectif de la possession des terres de réserve, il est difficile de financer la construction d'une maison familiale vu que le par. 89(1) de la Loi sur les Indiens interdit formellement d'hypothéquer les « biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ». Cette mesure vise à protéger les intérêts collectifs des membres des bandes sur leurs terres de réserve.

Par conséquent, la plupart des couples qui souhaitent bâtir ou acheter une maison familiale dans une réserve ne peuvent simplement contracter une hypothèque à cette fin auprès d'une banque. Peu nombreux sont les couples qui peuvent bâtir ou acheter une maison familiale sans aide financière quelconque. C'est notamment le cas des couples des réserves, dont le revenu moyen s'élevait à 15 667 \$ en 2006.

Selon que c'est le couple marié ou la bande qui l'a construite, le type de maison familiale aura une influence sur la division des biens du couple au moment de la séparation ou du divorce.

• **Types de biens immobiliers matrimoniaux qui existent dans les réserves**

Les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves comprennent la maison familiale, mais ils peuvent comprendre également la terre détenue en vertu d'un certificat de possession ou d'une attribution coutumière.

A. Maison familiale

La plupart des couples désireux de bâtir ou d'acheter une maison familiale dans une réserve doivent obtenir un prêt ou une subvention auprès de leur bande ou du gouvernement fédéral. Généralement, il existe trois catégories d'habitations dans les réserves :

- Logement en propriété individuelle : Logement payé par le ou les membres de la bande qui l'occupent et pour lequel ils ont pu obtenir un prêt bancaire ou une subvention de la bande. Bien que ces membres soient propriétaires de la maison, il se peut qu'ils occupent une terre qui appartient à la bande en général en vertu d'une convention de location avec celle-ci.
- Logement social : Logement qui appartient à la bande et pour lequel un ou plusieurs membres versent des paiements; une fois la maison entièrement remboursée à la bande, celle-ci en transfère la possession aux membres concernés.
- Logement locatif appartenant à la bande : Logement loué à la bande. Certaines bandes utilisent des conventions à bail ou adoptent des politiques de logement qui prévoient des dispositions en cas de séparation des locataires.

B. Certificats de possession

Le certificat de possession équivaut à un intérêt foncier dans une réserve. Il a été créé par le gouvernement fédéral en vertu de la Loi sur les Indiens et permet au membre de la bande qui y est nommé de posséder légalement la parcelle de terre qui y est désignée. Il peut être transféré exclusivement à un autre membre de la bande.

Même si tous les membres d'une bande peuvent demander un certificat de possession, un tel document est délivré à la discrétion du conseil de bande et doit être approuvé par le ministre des Affaires indiennes. En d'autres termes, un membre d'une bande n'a pas automatiquement droit aux certificats de possession. En outre, un certificat de possession, contrairement à la propriété en fief simple, ne donne droit au titulaire qu'à l'usufruit de la terre et non à sa possession. D'après la Loi sur les Indiens, c'est plutôt la Couronne fédérale qui, légalement, est propriétaire de toutes les terres de réserve.

Deux choses importantes doivent être prises en considération lorsque l'on examine la question des biens matrimoniaux sous l'angle des certificats de possession. La première est qu'un certificat de possession peut être ou ne pas être enregistré auprès du ministère des Affaires indiennes et que la plupart des conseils de bande n'ont pas de système d'enregistrement propre. La deuxième est que, actuellement, aucune loi n'exige que les certificats de possession soient détenus conjointement au moment du mariage. Cela a souvent pour conséquence que le nom d'un seul des conjoints figure sur le certificat. Au moment de la séparation ou du divorce, le conjoint dont le nom ne figure pas sur le certificat est souvent forcé de quitter la maison familiale. Dans ce cas, si la personne désignée sur le certificat est le mari, la femme ne dispose actuellement d'aucun recours en vertu de la Loi sur les indiens.

C. Attribution coutumière

Une attribution coutumière est un autre droit qu'un membre de bande peut acquérir pour la possession de fait de terres de réserve. Les attributions coutumières sont des attributions de terres consenties par les bandes ou par les gouvernements de bande à leurs membres, conformément à leurs coutumes et traditions. L'attribution peut ou non conférer un intérêt conjoint au mari et à la femme.

Il n'existe pas de processus d'enregistrement officiel des attributions coutumières par les bandes. Comme pour les certificats de possession, il n'existe actuellement en cas de rupture du mariage aucun recours pour l'épouse qui n'est pas bénéficiaire d'une attribution coutumière à son nom.

2.3 LE BESOIN DE RECOURS QUE N'OFFRE PAS LA LOI SUR LES INDIENS

La réalité sur le plan légal est que les lois provinciales et territoriales qui régissent la division des biens immobiliers ne s'appliquent pas dans les réserves. Les lois provinciales, par exemple, n'ont pas juridiction pour accorder à une mère et ses enfants un droit de possession exclusive de la maison familiale ou de la terre située dans la réserve où ils résident, lorsque le mariage est rompu, même si ceux-ci sont forcés de partir.

Il y a une bonne raison à cela. La Couronne fédérale possède la compétence exclusive sur « les Indiens et les terres qui leur sont réservées », en vertu de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867.

Par suite de l'autorisation fédérale et des révisions apportées aux dispositions de la Loi sur les Indiens qui portent sur l'appartenance, une femme n'a plus à devenir membre de la bande de son mari lorsqu'elle l'épouse. De la même manière, une épouse qui n'est pas membre d'une Première Nation n'acquiert pas le « statut » d'Indienne au moment du mariage. Le statut de membre et la résidence d'une épouse ou d'un époux sont des facteurs significatifs dans la recherche de solutions.

Bien que la Couronne fédérale ait la compétence exclusive sur les Indiens et leurs terres, les épouses qui habitent dans les réserves et leurs enfants ont néanmoins droit à des recours équitables en cas de rupture du mariage; ces recours sont actuellement inaccessibles à la majorité des Premières Nations. Toutefois, cette recherche de recours ne peut pas se limiter à une modification de la Loi sur les Indiens pour soit autoriser l'application des régimes légaux provinciaux, soit imposer un nouveau régime légal aux Premières Nations.

Pour les Premières Nations, la clé pour une quelconque solution à long terme réside dans le droit inhérent qu'elles possèdent de gouverner leurs territoires traditionnels, y compris les terres de réserve; ce droit inhérent ne dépend pas de la Couronne ni n'est issu d'une délégation émanant d'elle. Ainsi, une solution à long terme doit reconnaître la compétence des Premières Nations pour concevoir, élaborer, mettre en œuvre et faire appliquer leurs propres solutions; des solutions qui soient culturellement adaptées et qui respectent leur diversité.

2.4 PRÉOCCUPATIONS À L'ÉGARD DU PROCESSUS

Sans exception, les participants à chacune des séances de discussion ont exprimé des préoccupations au sujet de deux aspects fondamentaux du processus. Ces aspects sont indiqués ci-dessous car ils mettent en lumière la nature des préoccupations qui voient le jour lorsque l'on cherche à régler la question des biens immobiliers matrimoniaux d'un bout à l'autre du pays; ils peuvent également constituer la base sur laquelle devrait être mis en branle un processus capable de nous guider dans la recherche de solutions à long terme.

Obligation de consultation et d'accommodement

On craint fortement que les séances régionales de discussion organisées par l'APN ne soient interprétées comme des consultations par le ministre des Affaires indiennes et du Nord. Bien que les représentants de l'APN à chacune des séances aient expliqué clairement que celles-ci résultaient de la résolution no 32/2006 comme « un moyen d'élaborer des options pour régler la question des BIM conformément aux principes définis dans la directive de reconnaissance et de mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations », tout les participants ont exprimé du scepticisme à l'égard de l'intention du gouvernement et ont mis l'APN en garde contre une telle interprétation de la part du ministre.

Si celui-ci est déterminé à aller de l'avant avec le projet de loi, les Premières Nations veulent que le gouvernement fédéral se lance dans une consultation collectivité par collectivité.

Échéancier

Tous les participants ont exprimé de la frustration et des réserves au sujet de l'échéancier auquel le ministre des Affaires indiennes et du Nord veut soumettre cette initiative. Toutes les régions ont exprimé l'avis qu'il était irréaliste et injuste de s'attendre à ce que la question puisse être résolue dans les six mois. Plutôt que d'adopter l'échéancier du ministre, les Premières Nations voudraient avoir plus de temps pour s'informer elles-mêmes et informer leurs membres sur les tenants et aboutissants de la question pour pouvoir ensuite élaborer des possibilités de choix éclairés. C'est là la méthode qui a leur préférence et qui, selon elles, en assurant un apport significatif de leur part, éviterait qu'elles ne se retrouvent devant une solution parachutée depuis le sommet.

2.5 PRINCIPES DIRECTEURS SOUS-JACENTS À NOTRE RECHERCHE DE SOLUTIONS

La résolution no 32/2006 de l'APN stipule que « l'élaboration des options [devait] se faire conformément aux principes définis dans l'Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations », lesquels avaient déjà été adoptés par les Premières Nations et constitueraient les principes fondamentaux qui guideront notre recherche de solutions.

D'autres principes complémentaires pourront également guider la recherche de solutions aux problèmes qui touchent les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Notamment :

• Les valeurs traditionnelles

Le respect des valeurs traditionnelles est un point essentiel à considérer dans la recherche de solutions au vide législatif. Nous devons appliquer des solutions propres aux Premières Nations qui se fondent sur nos traditions et qui réaffirment le rôle traditionnellement puissant des femmes dans nos collectivités.

• La protection des droits ancestraux et issus de traités

Les Premières Nations possèdent des droits ancestraux et issus de traités à leurs terres de réserve, qui sont protégés par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle. Les solutions au vide législatif ne devraient pas porter atteinte à ces droits.

• Aucune atteinte (abrogation ou dérogation) à nos droits collectifs

L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 protège les droits collectifs ancestraux et issus de traités des Premières Nations. Malgré la protection des droits individuels inscrite à l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, l'article 25 de la Loi constitutionnelle de 1982 stipule que la protection des droits individuels par la Charte « ne porte pas atteinte aux droits ou libertés - ancestraux, issus de traités ou autres - des peuples autochtones du Canada...» Les solutions aux problèmes qui touchent les biens matrimoniaux dans les réserves ne doivent en rien porter atteinte aux droits collectifs que nos peuples détiennent sur leurs terres de réserve et territoires ancestraux.

- **La protection et la préservation des terres des Premières Nations au profit des prochaines générations**

La protection et la préservation des terres de réserve au profit des prochaines générations doivent essentiellement étayer la quête de solutions aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

- **Le renforcement des liens au sein des familles et des collectivités des Premières Nations**

Pour préserver nos cultures et resserrer les liens au sein des familles des Premières Nations, il faut que les solutions permettent aux enfants des Premières Nations de rester dans leur collectivité, de vivre auprès de leur famille élargie et d'apprendre leur langue et leur culture.

- **La reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations**

Les solutions doivent préconiser la reconnaissance et l'exercice de la compétence des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux sur les terres de réserve

- **Des solutions issues des collectivités**

L'élaboration de solutions doit se faire au niveau des Premières Nations et émaner des membres eux-mêmes. Le titre ancestral et les droits issus de traités dont doit tenir compte la recherche de solutions aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves sont détenus collectivement par tous les membres des collectivités des Premières Nations. Tous les membres des collectivités doivent donc participer à la recherche de solutions.

Sans exception, tous les principes ci-devant énumérés ont été acceptés à chacune des séances régionales de discussion; un autre principe leur a également été ajouté :

L'équité

Dans la recherche de solutions, on doit examiner chaque cas de mariage rompu à l'aune de ses propres faits et circonstances pour tenter de parvenir à une solution équitable pour tous les membres de la famille, surtout les enfants.

2.6 OPTIONS LÉGISLATIVES DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Dans son Document de consultation : Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves de septembre 2006, le gouvernement fédéral propose trois options législatives afin de combler le vide législatif qui existe à l'égard de la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

L'APN n'a pas voulu trahir l'une quelconque de ces options et, par conséquent, a mis des exemplaires du document de AINC intitulé « Document de consultation – Les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves » à la disposition des participants à ses séances régionales de dialogue.

Dans le présent rapport, aucune référence de notre part aux options législatives du gouvernement fédéral n'est une caution de l'APN ou des Premières Nations à l'égard de l'une ou l'autre de ces options, ni ne doit être interprétée comme telle. Au lieu de cela, aux fins de brosser un tableau complet de la situation, ces options ont été définies et les réactions des Premières Nations à leur égard ont été résumées.

L'APN et les Premières Nations se réservent le droit d'identifier toute éventuelle préoccupation des Premières Nations à l'égard des options législatives du gouvernement fédéral et, le cas échéant, de lui en faire part.

Les trois options législatives proposées par le gouvernement fédéral peuvent être résumées comme suit :

- **Application des lois provinciales – Option fédérale no 1**

La première option que propose le gouvernement fédéral serait d'incorporer par renvoi des lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Cette application des lois fédérales a unanimement été rejetée par la résolution no 32/2006 comme solution possible à la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

De la même manière, les Premières Nations, sans exception, l'ont rejetée à chacune des séances régionales de discussion.

• **Application des lois provinciales et pouvoirs législatifs délégués – Option fédérale no 2 :**

La deuxième option que propose le gouvernement fédéral consisterait, de manière analogue, à incorporer par renvoi les lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves et de les assortir d'un mécanisme législatif attribuant aux Premières Nations le pouvoir d'exercer leur compétence sur les biens immobiliers matrimoniaux. »

Dans cette option, les lois provinciales s'appliqueraient à une Première Nation, à moins ou jusqu'à ce qu'elle se dote de ses propres lois sur les biens immobiliers matrimoniaux en vertu des pouvoirs que lui délèguerait le gouvernement fédéral.

Comme nous l'avons noté plus tôt, les Chefs en assemblée ont, dans la Résolution no 32/2006 de l'APN, rejeté à l'unanimité l'application des lois provinciales.

Lors des séances régionales de dialogue, les Premières Nations participantes ont jugé toute référence à un « pouvoir délégué » être une injure au droit inhérent et au droit issu des traités de gérer leurs propres terres et, par conséquent, l'ont rejetée.

• **Lois fédérales et délégation de pouvoirs législatifs – Option fédérale no 3**

La troisième option que propose le gouvernement fédéral consisterait à élaborer une loi fédérale « de substance ». Tout comme la deuxième option, celle-ci prévoirait la mise en place d'un « mécanisme législatif permettant aux Premières Nations d'exercer leur compétence sur les biens immobiliers matrimoniaux. »

Dans cette option, les lois sur les biens immobiliers matrimoniaux élaborées par le gouvernement fédéral s'appliqueraient à moins ou jusqu'à ce qu'une Première Nation se dote de ses propres lois sur les biens immobiliers matrimoniaux en vertu des pouvoirs que lui délèguerait le gouvernement fédéral.

Face à chacune des options législatives du gouvernement fédéral, les participants aux séances régionales de discussion ont été invités à exprimer leurs éventuelles réserves et à proposer des changements qui seraient susceptibles d'y remédier. Les deux premières options fédérales ont purement et simplement été rejetées pour les raisons précédemment exposées. En ce qui concerne la troisième, les Premières Nations participantes ont dit refuser leur consentement à une option qui, à proprement parler, devrait davantage être l'objet d'une consultation directe avec le gouvernement fédéral.

2.7 OPTIONS LÉGISLATIVES DE L'ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS⁸

Le mandat confié à l'APN en ce qui concerne la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves se trouve dans la Résolution no 32/2006 de l'APN. Cette résolution exige l'élaboration d'options afin de reconnaître et d'exercer la compétence des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

L'APN a élaboré et proposé à l'attention des participants aux séances régionales de discussion d'un bout à l'autre de la nation les options qui suivent. Ces options visent à favoriser la reconnaissance et l'exercice de la compétence des Premières Nations sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves et les questions connexes.

Option de l'APN no 1 : Une loi de reconnaissance

L'adoption d'une loi de reconnaissance serait une manière possible de régler la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. La loi reconnaîtrait la compétence des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves et préparerait le terrain à l'élaboration, la mise en oeuvre et l'exécution des lois sur les biens immobiliers matrimoniaux des Premières Nations.

Option de l'APN no 2 : Accord intergouvernemental et loi sur la mise en oeuvre

Par cette option, la reconnaissance et l'exercice de la compétence des Premières Nations relativement aux biens immobiliers matrimoniaux à l'intérieur des réserves passeraient par trois instruments.

Le premier instrument consisterait en un accord conclu de gouvernement à gouvernement entre le gouvernement fédéral et les Premières Nations participantes; il exposerait les rôles et responsabilités des parties au titre des droits immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Cet accord constituerait une reconnaissance de fait de la compétence des Premières Nations en la matière.

Le deuxième instrument serait une loi fédérale ratifiant l'accord et lui donnant vigueur.

La troisième catégorie d'instrument prendrait la forme d'une loi édictée par chacune des Premières Nations participantes afin de ratifier et d'exécuter l'accord intergouvernemental. Les lois adoptées par les Premières Nations participantes comporteraient en outre des dispositions détaillées qui, à la rupture d'un mariage, aideraient les couples vivant dans les réserves à partager la maison familiale et tout autre bien immobilier matrimonial acquis par eux pendant le mariage.

Option de l'APN no 3 : Dispositions d'application

Il existe un certain nombre de dispositions d'application possibles que les Premières Nations pourraient vouloir examiner et adopter comme partie intégrante de leurs régimes de régulation de la disposition des biens immobiliers matrimoniaux se trouvant sur des terres de réserve. L'une de ces dispositions est la suivante :

- **Tribunaux des Premières Nations et mécanismes de résolution des disputes :** Selon cette disposition, on s'en remettrait à des mécanismes traditionnels de résolution des disputes ou des tribunaux des Premières Nations seraient établis pour assurer la mise en application des lois sur les biens immobiliers matrimoniaux des Premières Nations et servir de médiateurs pour le règlement des disputes entre des conjoints de Premières Nations.
- **Autorité régionale en matière de logement :** En vertu de cette disposition, une autorité du logement indépendante serait établie et dotée de la capacité et des ressources nécessaires pour soutenir un certain nombre de Premières Nations situées dans une aire de compétences régionales donnée en administrant et appliquant une politique et un régime de logement auxquels celles-ci se seraient ralliées.

⁸AFN, Séances régionales de discussion – Guide des ressources intitulé « Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves : Nos terres, nos familles, nos solutions (Ottawa : APN, 2006), p.16.

2.8 OPTIONS NON LÉGISLATIVES DE L'ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS⁹

L'APN a également élaboré un certain nombre d'options non législatives qui ont été soumises pour examen et discussion à l'attention des participants aux séances régionales de discussion. Ces options sont les suivantes :

• Contrat prénuptial et accord de séparation

Dans la plupart des juridictions, il est possible de conclure un contrat avant le mariage afin de déterminer la répartition des biens en cas de rupture. Un tel contrat est communément appelé un « contrat prénuptial ». Les époux peuvent aussi s'entendre après la séparation. Il s'agit alors d'un accord de séparation.

Ce n'est qu'en cas de désaccord entre les conjoints qu'une loi sur les biens immobiliers matrimoniaux les aidera à convenir d'une répartition équitable des biens matrimoniaux. Autrement dit, le vide législatif est bien plus inquiétant pour les couples qui n'ont pas établi de contrat prénuptial pour déterminer comment leurs biens seront répartis en cas de rupture et qui, lorsque celle-ci survient, ne sont pas capables de s'entendre sur la division de leurs biens.

Le problème pourrait se régler dans une large mesure si on informait les couples avant qu'ils se marient ou s'adonnent à un autre type de relation, ou lorsque la rupture menace, de leurs droits, y compris de la possibilité de conclure un contrat prénuptial.

Cependant, pour être réussie, une telle campagne de sensibilisation devrait s'étendre sur plusieurs années et n'aiderait que les citoyens des Premières Nations qui n'ont pas encore contracté une quelconque forme de relation maritale. Ainsi, la mise en œuvre réussie de cette option exigerait des fonds suffisants pour lancer et poursuivre sur plusieurs années une campagne de sensibilisation soutenue.

Certains citoyens des Premières Nations pourraient, en raison de leur culture, entretenir des préjugés contre le recours à des ententes sur les droits de propriété avant ou après le mariage. Il faudrait peut-être également lutter contre les préjugés à l'encontre de telles ententes dans le cadre de toute éventuelle campagne de sensibilisation du public.

• Fonds de prêts d'indemnisation des conjoints

Même si les couples des réserves peuvent actuellement demander et obtenir des ordonnances d'indemnisation pour leurs biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, l'interdiction d'hypothéquer des terres de réserve et le manque d'accès à des capitaux compliquent souvent la tâche des conjoints qui doivent se plier à de telles ordonnances. L'accès à ce recours n'a donc pas augmenté la protection dont jouissent les couples des Premières Nations.

Étant donné la pénurie chronique de logements qui sévit dans les réserves, il est essentiel de trouver une solution aux difficultés qu'ont les couples des Premières Nations à se plier aux ordonnances d'indemnisation. Sinon, le flot des citoyens de nos collectivités des Premières Nations qui cherchent à se loger ne diminuera pas.

La solution consiste à permettre aux couples vivant dans les réserves d'accéder à des capitaux, ce qui pourrait se faire si le gouvernement fédéral instaurait un fonds de prêts d'indemnisation des conjoints. Des prêts pourraient être consentis aux membres des bandes vivant dans les réserves qui sont en instance de divorce. Cela leur donnerait la possibilité de compenser l'autre conjoint en lui versant une part équitable de la valeur de la maison familiale ou d'éventuels certificats de possession ou d'attributions coutumières acquis par le couple pendant leur mariage.

• Fonds de prêts pour le logement dans les réserves

Aux niveaux de financement actuels, il pourrait falloir de 15 à 60 ans pour réduire la pénurie de logements dans les réserves. Puisque les terres de réserve ne peuvent être hypothéquées, le défaut du gouvernement fédéral de débloquer suffisamment de ressources pour régler la pénurie de logements dans les réserves équivaut à une assimilation forcée car les citoyens des Premières Nations n'ont d'autre choix que de quitter leur collectivité pour se trouver un logement ou pour échapper au surpeuplement.

Il est inacceptable que les Premières Nations aient à attendre de 15 à 60 ans pour surmonter la pénurie actuelle de logements. Il est permis de croire que le gouvernement fédéral a la responsabilité fiduciaire de pallier la pénurie chronique de logements dans les collectivités des Premières Nations en dedans d'un laps de temps raisonnable.

⁹ Supra, pp. 18 à 22.

• Refuges pour femmes

Le Programme pour la prévention de la violence familiale d'AINC est doté d'un budget annuel d'environ 18,5 millions de dollars. Ces fonds sont répartis à raison d'approximativement 11,5 millions par an entre un réseau de 35 refuges à la grandeur du Canada, et de quelque 7 millions par an destinés à des projets communautaires de prévention de la violence familiale dans les collectivités des Premières Nations.

Le ministre Prentice a récemment annoncé un investissement ponctuel de 6 millions pour 2006-2007 afin de répondre aux besoins immédiats des refuges actuels et d'aider les collectivités des Premières Nations à améliorer leurs programmes et services de prévention de la violence familiale.

Même si le budget annuel du Programme pour la prévention de la violence familiale d'AINC et l'investissement ponctuel de 6 millions qui vise à répondre aux besoins des 35 refuges qui existent actuellement au Canada sont très nécessaires et appréciés par les Premières Nations, la réalité est qu'il faudrait ouvrir de nouveaux refuges. Étant donné qu'il n'existe que 35 refuges pour desservir 633 Premières Nations au Canada, de nombreuses familles des Premières Nations ne peuvent s'en prévaloir.

• Résolution des différends

Les conflits relevant du droit de la famille sont de plus en plus souvent résolus de manière extrajudiciaire. Certaines Premières Nations ont trouvé des manières très créatives d'appliquer ce type de solution au règlement des questions de droit de la famille dans leurs collectivités. La Première Nation de Siksika, par exemple, a conclu un accord avec les cours provinciales de l'Alberta de sorte que leurs juges puissent, si les parties y consentent, rediriger les questions propres au droit de la famille (garde d'enfants, accès et frais d'entretien) vers le système de médiation traditionnelle de la Première Nation pour obtenir un règlement. Lorsque les parties en arrivent à un consensus, ce consensus peut être consigné à l'ordonnance sur consentement et déposé à la Cour. Dans le même ordre d'idées, le règlement extrajudiciaire des différends peut servir à régler les conflits qui divisent les couples des réserves quant à la répartition des biens matrimoniaux.

• Vidéotribunaux pour les collectivités éloignées

Pour rendre la justice plus accessible aux couples des Premières Nations qui vivent dans des collectivités éloignées, le gouvernement fédéral pourrait vouloir injecter des fonds dans la création de vidéotribunaux qui veilleraient à l'application des lois sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Des juges de tribunaux provinciaux pourraient être nommés pour instruire des affaires de droit familial ou n'interviennent pas des questions de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Des juges de tribunaux fédéraux pourraient quant à eux être nommés aux vidéotribunaux pour instruire des différends impliquant des questions de division des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Si des vidéotribunaux étaient mis en place, les couples des réserves n'auraient plus à quitter leurs collectivités pour exercer auprès des tribunaux des recours dans des affaires de droit de la famille. L'accès à la justice pour les collectivités éloignées serait donc grandement amélioré.

• Fonds d'aide juridique en matière de droit de la famille

Pour rendre la justice encore plus accessible aux couples des réserves, le gouvernement fédéral pourrait créer un fonds d'aide juridique en matière de droit de la famille. Les couples en instance de séparation ou de divorce qui ont besoin d'aide financière pourraient y puiser pour engager des procédures de demande d'ordonnance à l'égard de leurs biens immobiliers matrimoniaux.

• Centres de traitement

Les Premières Nations souhaitent renforcer les liens à l'intérieur de leurs familles et de leurs collectivités. C'est pourquoi elles s'intéressent beaucoup à la sensibilisation comme moyen de prévenir la consommation de drogues et la violence conjugale dans leurs collectivités, et donc de réduire le nombre d'unions brisées.

En cas de violence conjugale, les Premières Nations veulent que des traitements soient proposés aux couples qui souhaitent protéger leur relation et fournir à leurs enfants un milieu stable et propice à leur développement.

• Accords d'autonomie gouvernementale

Avec le gouvernement fédéral, certaines Premières Nations ont conclu des accords d'autonomie gouvernementale qui reconnaissent leur compétence sur les questions qui relèvent du droit de la famille, dont la répartition des biens immobiliers matrimoniaux à la suite de la rupture d'un mariage.

Même s'il n'est pas certain que le gouvernement fédéral engagera avec quelque Première Nation que ce soit de nouvelles négociations en vue de la conclusion avec elle d'un accord d'autonomie gouvernementale, une Première Nation pourrait entamer des pourparlers avec le gouvernement fédéral pour tenter de conclure avec lui un accord qui lui donnerait des pouvoirs en matière de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

• Loi sur la gestion des terres des Premières Nations

La Loi sur la gestion des terres des Premières nations (LGTPN) est une loi fédérale promulguée en 1999 qui ratifie l'Accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières nations conclu en 1996 entre le gouvernement fédéral et 14 Premières Nations. La signature de l'Accord-cadre est la première étape que doit franchir une Première Nation pour pouvoir bénéficier de la Loi sur la gestion des terres des Premières nations.

Lorsqu'une Première Nation adhère à la LGTPN, les dispositions de la Loi sur les Indiens relatives à la gestion des terres ne s'appliquent plus à ses terres de réserve. En outre, la LGTPN lui reconnaît le pouvoir d'établir des règles générales – de procédure et autres – applicables, « en cas d'échec du mariage, en matière soit d'utilisation, d'occupation ou de possession des terres de la Première Nation, soit de partage des intérêts sur celles-ci. »

Les Premières Nations souhaitant assumer le contrôle de leurs terres de réserve et des biens immobiliers matrimoniaux qui s'y trouvent voudront peut-être songer à signer l'Accord-cadre.

• Politiques de logement des Premières Nations

Certaines Premières Nations ont lancé des initiatives bien à elles pour résoudre les problèmes liés aux biens matrimoniaux. À titre d'exemple, les Premières Nations de Mistawasis et de Squamish ont adopté des politiques de logement qui renferment des dispositions sur la répartition des biens immobiliers matrimoniaux en cas de rupture du mariage.

La politique de logement de la Première Nation de Mistawasis précise qu'en cas de conflit ou de séparation, qu'il s'agisse d'une union de fait ou d'un mariage, « le titre de propriété d'une unité

de la bande ou de la Société canadienne d'hypothèques et de logement doit être émis au nom du conjoint qui, de l'avis de l'autorité en matière de logement, a le plus grand besoin de l'unité en question. »

La politique de logement de la Nation Squamish traite des intérêts des conjoints non membres. En général, les personnes qui ne sont pas membres de la Nation Squamish n'ont pas de droits ou d'intérêts légaux dans une habitation ou une parcelle de terrain, mais des règles extraordinaires s'appliquent aux ex-conjoints non membres qui sont les principaux donneurs de soins des enfants mineurs ou des adultes à charge. Dans pareils cas, l'ex-conjoint non membre est autorisé à demeurer dans la résidence située à l'intérieur de la réserve, jusqu'à ce que les enfants mineurs ou les adultes à charge soient en mesure de prendre soin d'eux-mêmes ou ne résident plus avec l'ex-conjoint non membre. Hormis ces cas, un ex-conjoint non membre doit libérer le domicile dans les trois mois qui suivent la dissolution du mariage ou de la relation.

Les Premières Nations qui souhaitent régler les questions relatives aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves peuvent également le faire en adoptant des politiques de logement et d'autres politiques contenant des dispositions sur la répartition des biens immobiliers matrimoniaux en cas de rupture du mariage.

2.9 QUESTIONS COMMUNES SOULEVÉES AU COURS DES SÉANCES RÉGIONALES DE DISCUSSION

Au cours des séances régionales de discussion organisées par l'APN dans tout le pays, d'autres questions communes à toutes les Premières Nations ont été soulevées. Ce qui suit résume les questions et les thèmes abordés dans l'ensemble des régions.

Mise en équilibre des droits individuels et collectifs

La nécessité de trouver une solution permettant de concilier l'intérêt collectif en matière de réserves et de territoires traditionnels avec les droits des individus qui vivent dans les réserves est extrêmement importante et les membres des collectivités doivent participer directement à la recherche de cette solution.

Solutions communautaires

En plus de manifester leurs préoccupations à l'égard du processus et des méthodes de consultation, les Premières Nations ont souligné le principe fondamental selon lequel une véritable solution ne pourra être trouvée que si elle vient de la collectivité et est appuyée par celle-ci. Le corollaire de ce principe est que toute solution imposée fera l'objet d'une résistance, non pas parce que les Premières Nations ne sont pas prêtes à attaquer le problème, mais parce que souvent les solutions imposées ne tiennent pas compte de leur opinion et, qui plus est, minent les efforts qu'elles déploient pour être respectées en tant que gouvernements autonomes ayant des droits inhérents et des responsabilités. De plus, une solution imposée risque de nuire aux relations entre les Premières Nations et le gouvernement. En effet, l'imposition d'une solution serait considérée comme un manque de respect à l'égard des dirigeants des Premières Nations et ne conviendrait probablement pas aux circonstances particulières des collectivités, aux valeurs traditionnelles et aux lois coutumières.

Formation et capacité

Pratiquement toutes les Premières Nations souffrent d'un manque de ressources et bon nombre d'entre elles se sont dites préoccupées par une démarche du gouvernement fédéral qui pourrait entraîner des changements considérables sans qu'il n'existe de ressources humaines et financières appropriées pour agir. Les Premières Nations craignent que, sans ressources adéquates, elles hériteront des coûts élevés de l'administration d'une solution imposée, comme cela a été le cas à la suite des changements apportés en 1985 aux dispositions relatives à la citoyenneté et à l'appartenance de la Loi sur les Indiens, et hésitent donc à adopter une solution imposée par le gouvernement fédéral qui ne tient pas compte du manque de ressources.

2.10 SÉANCES RÉGIONALES DE DISCUSSION

En plus de faire ressortir les préoccupations communes concernant le processus ainsi que les problèmes communs à toutes les régions, chaque séance a apporté quelque chose d'unique et de complémentaire. Voici un résumé de ces apports particuliers.

A. Premières Nations de la Saskatchewan : 16-17 novembre 2006

L'APN et la Federation of Saskatchewan Indian Nations (FSIN) ont coordonné la séance régionale de discussion tenue à Saskatoon, en Saskatchewan. Pendant deux jours, les représentants de l'APN ont rencontré les participants invités par la FSIN et la Saskatchewan First Nations' Women's Commission. Certes, les participants ont fait remarquer qu'on ne leur avait pas donné beaucoup de temps pour se préparer, mais ils ont commencé à déterminer les préoccupations, les difficultés et les possibilités entourant la recherche de solutions au problème des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Les paragraphes suivants résument les questions fondamentales discutées au cours de la séance régionale de discussion des 16 et 17 novembre.

Perspective des traités

Les Premières Nations de Saskatchewan sont signataires du traité 4 (1874), du traité 5 (1875), du traité 6 (1876) et du traité 10 (1906) et représentent environ 117 000 Indiens inscrits.

Les traités constituent un point de départ fondamental dans toute discussion sur les possibilités concernant les biens immobiliers matrimoniaux et ils doivent être pris en considération dans la recherche de solutions.

Étant donné la complexité de la question et la nécessité de consacrer plus de temps à l'information des membres des Premières Nations de la Saskatchewan, les Chefs ont exprimé le souhait de poursuivre la discussion entre eux et ont planifié, à cet effet, la tenue d'autres séances pour la fin du mois de novembre.

Droits fonciers collectifs

Dans la recherche de solutions pour les droits immobiliers matrimoniaux, le droit collectif des membres des bandes aux terres de réserve domine. Ce droit collectif et la relation que les membres des Premières Nations ont avec leurs territoires traditionnels sont ce qu'il y a de plus important. C'est pourquoi le contrôle de la terre doit rester dans les mains de la Nation. Pour beaucoup de Premières Nations, il faut établir un équilibre approprié entre le droit d'un membre d'une bande à une maison matrimoniale et les droits collectifs de l'ensemble des membres aux terres de la bande.

Approche globale

Les solutions à long terme doivent tenir compte non seulement des complexités juridiques qui sont inhérentes à la question des biens immobiliers matrimoniaux, mais aussi des nombreux facteurs socio-économiques qui influenceront sur les résultats. Violence conjugale, pénurie de logements, garde d'enfants, accès à la justice et capacité de faire appliquer les dispositions prises, voilà quelques-uns des facteurs qui doivent influencer sur notre façon de penser dans la recherche de solutions.

Non seulement la violence conjugale contribue-t-elle aux ruptures de mariage, mais elle requiert également l'élaboration de solutions qui assureront la sécurité des femmes et des enfants.

La pénurie chronique de logements dans les réserves signifie que les gens ne disposent pas de logements abordables. Cette situation peut être un facteur contribuant à la rupture des familles et peut entraîner le départ de la collectivité d'un conjoint et d'un ou de plusieurs enfants (en général la femme et les enfants).

La garde d'enfants est souvent un facteur que les tribunaux provinciaux considèrent avant de déterminer qui devrait posséder de façon temporaire ou permanente la maison familiale lorsqu'un couple se sépare. Même si l'on estime généralement qu'il est injuste que la femme et les enfants doivent quitter la maison familiale à la dissolution d'un mariage, c'est pourtant là

la réalité. Il faut donc trouver des solutions qui permettront aux enfants des Premières Nations de vivre dans leur collectivité et d'apprendre leur langue et leur culture.

Il en coûte cher aux couples en instance de séparation ou de divorce de chercher une issue auprès des tribunaux. Et non seulement ce processus est-il cher, mais bon nombre de réserves et de collectivités des Premières Nations se trouvent dans des régions rurales et reculées, ce qui limite l'accès au système judiciaire. Les Premières Nations veulent des solutions efficaces et exécutoires et l'accès à la justice est essentiel à la réussite de toute solution.

En ce qui concerne cet accès à la justice, une fois que les décisions sont prises relativement à la répartition des biens immobiliers, elles doivent être appliquées et les mécanismes devant servir à assurer leur mise en œuvre sont une partie essentielle de toute solution.

B. Les Premières Nations de la Colombie-Britannique : 20-21 novembre 2006

Il n'y a pas de traité historique conclu entre le gouvernement du Canada et la majorité des Premières Nations de Colombie-Britannique, l'exception étant les parties de la province signataires des traités Douglas et du traité 8. Toutefois, il existe des traités modernes tels que les ententes conclues avec les nations Nisga'a et Sechelt.

Étroitesse de la définition

La définition de l'expression « biens immobiliers matrimoniaux » est basée sur une langue et une culture traditionnellement étrangères aux Premières Nations. C'est pourquoi les valeurs culturelles qui pourraient permettre non seulement de cerner le problème, mais aussi de trouver des solutions doivent être fondamentalement différentes des valeurs occidentales et de ses traditions judiciaires.

Ainsi par exemple, souvent en Colombie-Britannique, la décision de se marier est traditionnellement influencée par un certain nombre de facteurs intimement liés à la terre et aux ressources. Même si les éléments culturels peuvent différer d'un endroit à l'autre, ils tournent autour d'un principe commun : le droit à la terre est un droit collectif et non individuel.

Catégories d'exemption

Un certain nombre de Premières Nations négocient actuellement des accords et des traités d'autonomie gouvernementale. Ces Premières Nations ainsi que les collectivités qui ont déjà choisi de gérer leurs territoires conformément à la Loi sur la gestion des terres des Premières Nations souhaitent que les négociations ou la planification en cours ne soient pas compromises par le programme législatif du gouvernement et anticipent donc la nécessité d'établir des catégories d'exemption.

Protection de l'assise territoriale des Premières Nations

Récemment, les Premières Nations de Colombie-Britannique ont trop souvent été confrontées à des essais d'empiétement du gouvernement provincial sur leurs champs de compétence visant à leur faire accepter n'importe quelle « solution » qui inviterait ouvertement la province à faire appliquer ses lois sur leurs territoires.

Comme pour les autres Premières Nations du pays, la conservation et la protection de l'assise territoriale est fondamentale dans toute solution à long terme. C'est pourquoi nous devons peut-être commencer par préciser le principe de base selon lequel les personnes non autochtones qui se marient dans les collectivités des Premières Nations n'ont aucun droit sur les terres de celles-ci en cas de rupture de mariage.

Cadre de justice réparatrice

Pour beaucoup de personnes, les problèmes qui surgissent à la rupture d'un mariage dans une collectivité ne sont pas considérés comme des problèmes entre un homme et une femme. En fait, la fin d'un mariage concerne la famille entière. La façon traditionnelle dont ces problèmes ont pu être traités n'existe plus dans de nombreuses collectivités, mais des efforts doivent être faits pour trouver des solutions qui amènent toutes les parties ayant un enjeu dans un conflit particulier à résoudre collectivement les séquelles du conflit et à envisager les conséquences pour l'avenir.

Les systèmes des Premières Nations ont été méthodiquement déplacés par la Loi sur les Indiens et d'autres lois coloniales. Il est donc plus qu'ironique qu'aujourd'hui le gouvernement veuille que les Premières Nations envisagent a) de rafistoler l'héritage colonial ou b) d'accepter sa « solution » d'une législation plus fédérale.

Rôle fondamental des femmes

Traditionnellement, les femmes étaient la pierre angulaire de la famille et leur rôle était fortement respecté. L'imposition de la Loi sur les Indiens et la création des pensionnats indiens ont nui à cette perception du rôle de la femme. Les Premières Nations doivent commencer à restaurer leurs relations avec les femmes de leurs collectivités et réaffirmer le rôle primordial qu'elles assument dans la santé et la force de nos familles. Si l'on déplace les femmes, les collectivités se retrouvent affaiblies.

Exécution

Pour toutes les Premières Nations, la réussite d'une solution dépend non seulement de son élaboration, mais aussi de sa mise en œuvre et de son exécution. L'approche globale dont discutent de nombreuses Premières Nations envisage la mise en place de mécanismes communautaires ou régionaux d'exécution tels que des comités de justice ou une cour itinérante. Ces mécanismes sont également une expression de la compétence des Premières Nations et ne peuvent être négligés.

Poursuite de la recherche

La question de l'ampleur du problème des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves a été soulevée à plusieurs reprises et il a été proposé qu'une autre étude soit entreprise pour la définir. Il conviendrait également d'examiner les répercussions et les coûts de toute approche imposée par le gouvernement fédéral. Ce genre d'analyse serait très informative pour la discussion de solutions.

C. Premières Nations du Manitoba : 23-24 novembre 2006

Les Premières Nations du Manitoba sont signataires des traités 1 et 2 (1871) et du traité 5 (1875) et sont constituées aujourd'hui de 62 collectivités.

Définition trop étroite de la question

Au sein des Premières Nations, de nombreux couples se sont mariés selon des rites traditionnels ou vivent comme conjoints de fait. Lorsqu'ils mettent fin à leur relation, des problèmes semblables à ceux des autres couples peuvent surgir. C'est pourquoi la définition des biens immobiliers matrimoniaux doit inclure toutes les relations maritales. Confrontés à une séparation ou à un divorce, tous les couples doivent résoudre les mêmes problèmes. Par conséquent, les solutions doivent inclure toutes les formes d'union et ne devraient pas être définies de façon trop étroite.

Processus fédéral contraignant

Encore une fois, l'échéancier du ministre visant à agir au cours des six prochains mois impose quasiment la « solution », c'est-à-dire qu'il n'y a pas assez de temps pour que les Premières Nations puissent élaborer le genre de solutions à long terme qu'elles envisagent telles que des initiatives de justice réparatrice ou l'établissement d'une politique globale.

Sous réserve des solutions des Premières Nations

Certaines Premières Nations résolvent leurs problèmes avec les moyens qu'elles ont à leur disposition : conseils coutumiers, comités de justice et conseils des aînés. Aucune solution législative ne doit causer de préjudice aux solutions qui fonctionnent pour elles. Cette question est semblable à celle de la création de catégories d'exemptions, qui pourrait aboutir, ou ne pas aboutir, à une mosaïque de systèmes qui traiteraient des biens immobiliers matrimoniaux dans tout le pays.

Capacité et rôle des organisations provinciales et territoriales

Pratiquement toutes les Premières Nations prédisent que les solutions à long terme non assorties de ressources adéquates sont vouées à l'échec. Il peut être difficile pour chaque Première Nation de conclure le type d'entente ou d'adopter le type de régime envisagé par les options de l'APN. Il pourrait être plus faisable de négocier un rôle pour des organisations provinciales et territoriales, qui fourniraient régionalement certains des services requis.

Impossibilité de céder ce que l'on ne possède pas

Bon nombre de Premières Nations ne gèrent pas leurs terres en vertu d'un certificat de possession, mais plutôt d'une attribution coutumière. En outre, beaucoup de membres des Premières Nations n'ont pas de ressources suffisantes pour financer la construction d'une maison familiale et s'adressent à la bande pour obtenir un appui financier ou un logement locatif ou un logement social. Dans ce cas, les maisons sont financées par la bande, par l'intermédiaire de la Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL). Les membres qui habitent dans une de ces maisons au moment d'une séparation ou d'un divorce ne peuvent la partager ou la vendre pour satisfaire à la

décision d'un tribunal pour la simple raison qu'ils ne peuvent pas donner ce qu'ils ne possèdent pas. Par conséquent, la résolution d'un différend entourant la possession de biens matrimoniaux concernera directement le conseil de bande et/ou l'autorité en matière de logement.

Les politiques de la SCHL peuvent créer des obstacles artificiels aux solutions à long terme

Les politiques de la SCHL (telles que celle qui prévoit un seul prêt par membre) peuvent créer des obstacles aux solutions à long terme. Par exemple, si un prêt de la SCHL est détenu au nom d'un conjoint au moment du mariage et qu'elle ou il quitte la maison au moment de la séparation, ce conjoint ne pourra pas prendre un deuxième prêt pour une autre maison, même si elle ou il n'habite plus dans la première maison.

Législation sur la violence conjugale

La province du Manitoba est l'une des cinq provinces et territoires du Canada ayant une législation en matière de violence conjugale. Mise en œuvre en septembre 1999, « la législation en matière de violence familiale vise à fournir aux victimes un accès rapide et efficace au système de justice afin d'obtenir une intervention immédiate. Il s'agit habituellement d'une ordonnance ex parte rendue en urgence par un juge de paix et subéquemment confirmée par un tribunal. En général, ces ordonnances prévoient des dispositions telles que l'occupation exclusive de la résidence par la victime, le retrait du prévenu de la résidence, le retrait supervisé des objets personnels du prévenu en vue de protéger la sécurité de la victime et des restrictions sur les communications et les contacts avec la victime¹⁰. »

Il est évident que toute solution à long terme doit prendre en considération les répercussions de la législation sur la violence conjugale dans les réserves. Or, l'échéance serrée du ministre pourrait empêcher la réalisation de l'analyse approfondie requise dans ce contexte.

¹⁰ Examen de la législation provinciale/territoriale en matière de violence familiale et des stratégies d'application, Ministère de la Justice, (Ottawa, février 2002).

Législation provinciale relative à la protection de l'enfance

Le délai serré empêche également le type d'analyse juridique requise pour vérifier que les solutions communautaires ne sont pas en conflit avec la législation provinciale relative à la protection de l'enfance, mais la complètent.

D. Premières Nations de l'Atlantique : 30 novembre – 1er décembre 2006

Les Mi'kmaqs et les Malécites de Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve sont représentés par les 30 Premières Nations de ce territoire.

Pouvoir de prendre des règlements administratifs

L'actuel pouvoir de prendre des règlements administratifs prévu dans la Loi sur les Indiens permet aux Premières Nations de définir les conditions de résidence dans leurs collectivités. Pour certaines Premières Nations, l'exercice de ce pouvoir agit comme une limite sur la possession de biens immobiliers à l'intérieur des réserves. Par exemple, un conjoint non-membre peut résider dans le territoire d'une réserve de Première Nation pendant la durée de son mariage, mais en cas de rupture de mariage, il ou elle doit quitter la réserve à moins qu'il ou elle ait des enfants mineurs.

Malheureusement pour les Premières Nations qui ont essayé de régler la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves en élaborant un règlement, le ministère des Affaires indiennes a refusé de l'approuver parce qu'il dépassait le pouvoir actuel de prendre des règlements administratifs.

Les Premières Nations ont le pouvoir de prendre des règlements administratifs en vertu de l'alinéa 81(1)c) de la Loi sur les Indiens concernant « l'observation de la loi et le maintien de l'ordre » et en vertu de l'alinéa 81(1)i) concernant « la répartition des terres entre les membres de la bande ». Étant donné la compétence et le pouvoir actuels dont elles disposent, un bon nombre de Premières Nations se sont demandé pourquoi elles ne s'en serviraient pas pour créer des solutions exécutoires au sein de leurs collectivités.

Problèmes familiaux / Meilleurs intérêts des enfants

Une rupture de mariage ne touche pas seulement le mari et la femme, mais toute la famille et en particulier les enfants. Voilà pourquoi certaines collectivités des Premières Nations qui gèrent les logements appartenant à la bande ont adopté la politique de logement qui attribue la maison familiale au conjoint ayant la garde des enfants. Elles considèrent que l'application de cette politique est dans le « meilleur intérêt des enfants ». Cependant, cette approche ne fournit sans doute aucune solution aux couples qui ont un logement en propriété individuelle, ce qui élimine le rôle de la bande dans la répartition des biens.

Estimation des biens immobiliers

En dehors des réserves, la répartition des biens immobiliers est basée sur la juste valeur du marché. Dans les réserves, il n'y a pas de marché comparable qui permette d'estimer la valeur d'une maison ou d'une terre familiale. On constate plutôt des estimations arbitraires basées sur des facteurs subjectifs, dont aucun ne pourrait se justifier sérieusement devant une cour de justice.

Cette impossibilité d'estimer objectivement la valeur d'une maison ou d'une terre familiale impose une limite à la solution d'ordonnance d'indemnisation.

Partage de l'information

Étant donné que des Premières Nations règlent la question des biens immobiliers matrimoniaux au moyen du régime de la LGTPN ou par des accords d'autonomie gouvernementale, il existe des modèles ou des précédents d'information qui pourraient servir à d'autres Premières Nations afin d'éviter la duplication inutile de ressources.

Consultation matrimoniale avant le mariage

Pour beaucoup de Premières Nations, la discussion sur les biens immobiliers matrimoniaux se concentre, à tort, sur la façon de régler les différends à la fin d'un mariage. Il faudrait plutôt insister davantage sur la façon d'empêcher la rupture d'un mariage. Des initiatives comportant des solutions non législatives, telles que la consultation matrimoniale avant et pendant le mariage, ne sont qu'un exemple.

Non-interférence des conseils de bande

Dans les collectivités où les membres possèdent des terres de réserve en vertu d'un certificat de possession, c'est au couple qu'il revient de décider de la façon de régler un différend concernant les biens immobiliers. Le conseil de bande n'intervient pas. Cela ne veut pas dire, toutefois, que le couple ne bénéficierait pas d'un mécanisme indépendant de règlement de différend, qui ne ferait pas intervenir le tribunal mais confirmerait et préciserait l'issue d'un éventuel différend.

Solutions communautaires et respect de l'autonomie de la bande

La clé de la réussite de toute solution à long terme se trouve dans la collectivité. Ce sont les membres de la collectivité qui doivent intervenir dans la conception, la mise en œuvre et l'exécution de toute mesure si celle-ci doit avoir des résultats durables. Une approche « descendante » à cet égard, ou à tout autre égard, est inacceptable et risque d'échouer.

Une approche communautaire permet à la Première Nation d'exercer sa compétence et d'exprimer sa culture et ses coutumes particulières. Il n'y a pas deux collectivités qui sont identiques et le caractère unique de chacune est ce qui permet de trouver des solutions viables. Pour cette simple raison, une approche universelle est inacceptable.

Règlement traditionnel des différends

Finalement, la question de la répartition des biens immobiliers matrimoniaux concerne l'entité qui a le pouvoir et l'autorité de trancher un différend. Des Premières Nations ont créé un mécanisme communautaire de règlement des différends qui fonctionne au niveau local. C'est ainsi que le fait de porter devant un conseil des aînés un différend survenu entre un homme et une femme à la rupture d'un mariage s'est révélé efficace. Il s'est également avéré efficace de soumettre un différend à la décision d'un comité de justice communautaire.

E. Les Premières Nations du Yukon : 24 novembre 2006

Il n'existe pas de réserves assujetties à la Loi sur les Indiens dans le territoire du Yukon. Actuellement, onze des quatorze Premières Nations du Yukon ont négocié des accords d'autonomie gouvernementale. Ces accords prévoient des « terres désignées » et non des réserves pour les Premières Nations et confirment que la Loi sur les Indiens ne s'applique pas à ces ter-

res. En d'autres mots, ces terres sont considérées comme des réserves sans que la Loi sur les Indiens ne les concerne. Les trois Premières Nations qui n'ont pas conclu d'accord d'autonomie gouvernementale pourraient soit retourner à la table de négociation, soit décider que des réserves soient créées en vertu de la Loi sur les Indiens.

Au Yukon, la Loi sur le patrimoine et l'obligation alimentaire¹¹ détermine la répartition des biens familiaux, tels que la maison familiale et les biens personnels, le droit de propriété ou de possession d'un bien et l'exécution forcée du droit d'un conjoint à la possession d'un bien. La législation du Yukon suppose une répartition égale des biens familiaux en cas d'échec du mariage, quelle que soit la personne qui en est propriétaire, à moins qu'un conjoint ne puisse prouver qu'une répartition égale serait injuste en raison de circonstances particulières.

Étant donné que la Loi sur le patrimoine et l'obligation alimentaire est une loi du Yukon d'application générale, elle continuera à s'appliquer aux Premières Nations du Yukon jusqu'à ce qu'une Première Nation fasse une loi sur les biens immobiliers matrimoniaux conformément à son accord d'autonomie gouvernementale.

Accords d'autonomie gouvernementale

Les accords d'autonomie gouvernementale du Yukon ne prévoient pas précisément de législation sur les biens immobiliers matrimoniaux, mais prévoient le pouvoir de légiférer en ce qui concerne l'utilisation et la gestion des terres désignées.

F. Premières Nations de l'Ontario

Au cours de leur assemblée spéciale tenue le 15 novembre 2006, les Chefs de l'Ontario ont adopté la Résolution no 06/88¹² indiquant leur intention de ne pas participer à la séance régionale de discussion de l'APN et d'élaborer leur réponse à l'initiative du ministre Prentice sur les biens immobiliers matrimoniaux et de la lui communiquer directement. Par conséquent, le présent rapport ne contient pas les points de vue des Premières Nations de l'Ontario.

¹¹ L.R.Y. 2002, c. 83.

¹² On trouvera la copie de la Résolution 06/88 des Chefs de l'Ontario en annexe H.

G. Premières Nations du Québec : 13 – 14 décembre 2006

Dans la province du Québec, la propriété et les droits civils sont régis par le Code civil du Québec¹³ (ci-après appelé le « Code »). Le Code est un recueil complet de règles inspirées du droit civil français. Il est divisé en dix « livres » portant sur des sujets tels que la famille, les personnes, les biens, les successions, etc. Au moment de la Confédération, chaque province a gardé son droit; au Québec il s'agissait du droit civil. Les règles énoncées dans le Code sont le fondement du droit ou de la législation au Québec¹⁴.

Distinction des biens au Québec

Dans le droit québécois, les biens sont immeubles ou meubles¹⁵.

Dans l'examen des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, il convient d'exposer les grandes lignes du droit des biens au Québec pour que les distinctions soient bien comprises. Les articles pertinents du Code dans ce domaine sont les suivants.

- 899.** Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles.
- 900.** Sont immeubles les fonds de terre, les constructions et ouvrages à caractère permanent qui s'y trouvent et tout ce qui en fait partie intégrante.
- 904.** Les droits réels qui portent sur des immeubles, les actions qui tendent à les faire valoir et celles qui visent à obtenir la possession d'un immeuble sont immeubles.
- 905.** Sont meubles les choses qui peuvent se transporter, soit qu'elles se meuvent elles-mêmes, soit qu'il faille une force étrangère pour les déplacer.
- 907.** Tous les autres biens que la loi ne qualifie pas sont meubles.

En général, les immeubles sont des terres et comprennent les bâtiments et tout ce qui est rattaché à la terre de façon permanente. Les droits réels et les mesures prises pour les faire valoir ou pour obtenir la possession d'un immeuble sont également

immeubles. Le concept d'immeubles est équivalent au concept de biens immobiliers dans la common law.

Les meubles sont des choses qui peuvent être déplacées ou toutes les autres choses qui ne sont pas désignées par la loi comme étant des immeubles. Le concept de meubles est équivalent au concept de biens personnels dans la common law.

Les biens immobiliers matrimoniaux seraient donc considérés comme des immeubles dans le droit québécois. Toutes solutions respectant la possession, l'utilisation ou le droit à la possession ainsi que l'utilisation des biens immobiliers matrimoniaux seraient considérées comme immeubles (ou biens immobiliers).

Collectivités des Premières Nations au Québec

Certains articles du Code¹⁶ concernent des collectivités de Premières Nations en particulier.

152. Dans les communautés criées, inuit ou naskapiées, l'agent local d'inscription ou un autre fonctionnaire nommé en vertu des lois relatives aux autochtones criés, inuit et naskapis peut, dans la mesure prévue au règlement d'application, être autorisé à exercer certaines fonctions du directeur de l'état civil.

Dans le cadre d'une entente conclue entre le gouvernement et une communauté mohawk, le directeur de l'état civil peut convenir avec la personne désignée par la communauté de modalités particulières portant sur la transmission des informations relatives aux mariages célébrés sur le territoire défini dans l'entente et sur la transmission des déclarations de naissance, de mariage ou de décès des membres de la communauté, ainsi que pour l'inscription sur le registre des noms traditionnels des membres de la communauté.

366. [...] Sont également compétentes pour célébrer les mariages sur le territoire défini dans une entente conclue entre le gouvernement et une communauté mohawk les personnes désignées par le ministre de la Justice et la communauté.

Ces articles ne touchent pas directement les droits des époux aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Ils sont fournis comme précédents de modifications apportées au Code pour que les pratiques traditionnelles des collectivités des Premières Nations du Québec soient respectées.

¹³ C.C.Q., S.Q. 1980, c-39.

¹⁴ APN, Addendum au Guide de ressources des séances régionales de discussion (Ottawa, APN, 2006).

¹⁵ Livre Quatrième, « Des biens » C.C.Q. articles 899 et suivants.

¹⁶ C.C. Q. articles 152 et 366.

Convention de la Baie-James et du Nord québécois (CBJNQ)

Dans la CBJNQ, le Canada s'occupe de l'administration, de la gestion et du contrôle des terres de catégorie 1A. Seuls les Cris ont le droit de résider sur ces terres. Le Québec conserve la nue-propriété de ces terres et, sous réserve d'autres dispositions, la propriété de tous les droits relatifs aux minéraux et des droits tréfonciers¹⁷.

La CBJNQ est semblable à la Loi sur les Indiens en ce qui concerne la question des biens immobiliers matrimoniaux : il n'y a pas de dispositions pour un régime de biens matrimoniaux pour les conjoints vivant sur les terres de catégorie 1A.

Loi sur les Cris et les Naskapis

La Loi sur les Cris et les Naskapis est semblable à la CBJNQ en ce qui concerne les terres de catégorie 1A¹⁸. En outre, cette loi prévoit un système d'enregistrement des terres et un régime de succession (testaments et héritiers) pour les biens. Le système d'enregistrement des terres ne prévoit rien en ce qui concerne l'enregistrement d'une résidence familiale ou les droits réels des conjoints.¹⁹

La Loi sur les Cris et les Naskapis est semblable à la CBJNQ en ce qui concerne les terres de catégorie 1A²⁰. En outre, cette loi prévoit un système d'enregistrement des terres et un régime de succession (testaments et héritiers) pour les biens. Le système d'enregistrement des terres ne prévoit rien en ce qui concerne l'enregistrement d'une résidence familiale ou les droits réels des conjoints²¹. En cas de succession ab intestat (c.-à-d. lorsqu'une personne meurt sans laisser de testament), le régime de succession reconnaît le conjoint non marié comme héritier ou héritière légitime (pour autant que les deux conjoints soient non mariés). De plus, la loi prévoit la disposition des biens traditionnels (biens meubles ou personnels seulement) par un conseil de famille²².

La Loi sur les Cris et les Naskapis donne au conjoint non marié le droit à une part de la succession à titre d'héritier ou héritière légitime. C'est là le seul effet en ce qui concerne les biens immobiliers matrimoniaux sur les terres de catégorie 1A. Par con-

séquent, les conjoints crs vivant sur ces terres ont probablement les mêmes problèmes en matière de biens immobiliers matrimoniaux que les autres époux mariés vivant dans les réserves du Québec.

Partage de l'information/Pratiques exemplaires

Nous admettons généralement que nous pouvons profiter de l'expérience des autres. Or nous constatons que des Premières Nations ont montré l'exemple en abordant la question des biens immobiliers matrimoniaux au moyen de politiques ou de lois traditionnelles. Nous devrions donc consigner les précédents ou établir des listes de pratiques exemplaires en vue de leur distribution dans tout le pays.

Justice réparatrice

Un bon nombre de Premières Nations veulent surtout éviter une situation où il faudrait appliquer une solution élaborée unilatéralement et imposée par le gouvernement fédéral. De plus, de nombreuses Premières Nations veulent aborder la question des biens immobiliers matrimoniaux dans un cadre qui rétablit les méthodes traditionnelles de justice et ne dépend pas du système de justice provincial.

Politiques du logement

Quelques Premières Nations ont essayé de régler les questions de biens immobiliers matrimoniaux par les politiques du logement de la réserve. Ces politiques donnent la priorité en matière de résidence et de possession de la maison familiale à celui des parents qui a la garde de l'enfant. Dans certains cas, la possession prend fin au dix-huitième anniversaire de l'enfant (des enfants).

Parent ayant la garde d'un ou plusieurs enfants

La question de la garde de l'enfant relève de la compétence provinciale ainsi que les cas où la rupture du mariage est un autre facteur à prendre en compte lorsqu'on étudie des solutions à long terme. Par exemple, dans tout le pays, les lois provinciales appliquent souvent la règle du « meilleur intérêt de l'enfant » pour décider quel parent en aura la garde. À cela s'ajoute la stabilité reliée au fait de pouvoir rester dans la maison familiale.

¹⁷ Supra, p. 3 citant la CBJNQ, S.C. 1976-77, c. 32, article 5 Régime des terres, paragraphe 5.1.1 Terres de catégorie IA.

¹⁸ Supra, p. 4, citant la Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec, 1984, article 2 Définitions.

¹⁹ Supra, p. 4, citant les articles 150-153.

²⁰ Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec, 1984, article 2 Définitions.

²¹ Supra, citant les articles 150-153

²² Supra, article 173 et suivants

Pour plusieurs Premières Nations, tenir compte du « meilleur intérêt de l'enfant » fait déjà partie des principes non écrits d'attribution de la maison familiale.

H. Premières Nations de l'Alberta : le 17 janvier 2007

Les Premières Nations de l'Alberta qui sont signataires du Traité 6 (1876), du Traité 7 (1877) et du Traité 8 (1878) représentent plus de 96 000 Indiens inscrits.

Pour ces Premières Nations, les Traités constituent également le point de départ fondamental de tout débat sur les solutions aux questions de BIM. Pour être plus précis, le sujet des BIM ne représente qu'une partie des questions laissées en suspens par les traités que les Premières Nations de l'Alberta veulent régler avec le gouvernement du Canada. Comme l'ont affirmé d'autres dirigeants de Première Nation, il ne peut y avoir de solution à long terme qu'après de longs débats avec les citoyens des Premières Nations.

Reconnaissance de la compétence

Les Premières Nations de l'Alberta ayant signé les Traités, leur compétence législative n'a plus à être définie par une loi. Au contraire, la compétence des Premières Nations de l'Alberta est consignée dans les Traités; elles seront les architectes des solutions de partage de la propriété en cas d'échec de l'union.

Il n'y a pas de solution universelle

Imposer une solution législative revient à refuser délibérément de reconnaître la diversité des peuples de Première Nation de ce pays et constitue une violation des obligations issues des traités pour le Canada. Les Premières Nations de l'Alberta contestent la nécessité d'accepter une option à l'échelle nationale au lieu d'élaborer et de mettre en œuvre une ou des options au sein de la collectivité et non à l'extérieur.

Moratoire sur les amendements législatifs

Quelques Premières Nations de l'Alberta sont en train de négocier des ententes d'autonomie gouvernementale. D'autres ont l'intention de se lancer dans des négociations semblables d'ici peu. C'est pourquoi ces Premières Nations pensent qu'il ne faut présenter aucun amendement législatif ou nouvelle loi qui aurait une incidence sur ces négociations jusqu'à ce que toutes les Premières Nations aient eu suffisamment de temps pour en étudier les répercussions et (ou) conclure leurs négociations.

²³ Buggins c. Norn [2004] N.W.T.J. No 85 (SC) (QL) paragraphe 8.

²⁴ Black c. Wetade [2006] N.W.T.S.C. 51 (CanLi).

I. Premières Nations des Territoires du Nord-Ouest : le 19 janvier 2007

Le cas particulier des Premières Nations des T.N.-O. signifie que l'étude de la question des BIM soulève des préoccupations parmi eux. À présent, les T.N.-O. ne comptent plus qu'une seule réserve, soit la réserve Hay River de la Première Nation K'atlodeeche, située sur la rivière au Foin. Le reste du territoire fait l'objet de diverses revendications territoriales globales et d'accords d'autonomie gouvernementale.

La Loi sur le droit de la famille des Territoires du Nord-Ouest prévoit le partage des biens familiaux lors de la rupture d'un mariage ou d'une union de fait. Le partage des biens familiaux, y compris des biens immobiliers et de la maison familiale, se fait en fonction de leur valeur. En vertu de la Loi, les conjoints sont supposés avoir droit à une part égale de toute augmentation de la valeur totale de leurs biens pendant la durée de leur relation, et ce, sans égard à leur contribution.

Lorsque les couples qui se séparent ne peuvent parvenir à un accord sur la propriété, la possession et l'usage de la maison familiale, la Loi sur le droit de la famille apporte divers recours semblables à ceux des autres provinces comme la possession exclusive, le partage et la vente.

La Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest a suivi la décision Derrickson de la Cour suprême du Canada et a refusé d'appliquer la Loi sur le droit de la famille territoriale sur les conflits en matière de biens matrimoniaux dans la réserve de Hay River²³. La jurisprudence montre que les dispositions de la Loi s'appliquent au partage des biens matrimoniaux des Premières Nations qui ne vivent pas dans la réserve.²⁴

Jusqu'à ce que cette question soit définitivement réglée, il semble que la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest appliquera la Loi sur le droit de la famille sur les terres de la Première Nation Gwich'in, des Sahtu Dene et des Métis ainsi que de la Première Nation Tlicho qui ne sont pas des réserves.

Compétence et autonomie des Premières Nations

La Cour suprême des T.N.-O. statue de plus en plus sur les questions qui, selon les membres de la Première Nation K'atlodeeche, leur reviennent de plein droit; les décisions sur ce qui se passe dans les collectivités des Premières Nations devraient être prises par un tribunal des Premières Nations et non par les tribunaux du Territoire.

Plusieurs citoyens de Première Nation voient d'un mauvais œil ces multiples ingérences des gouvernements externes dans leurs affaires, surtout lorsque ces ingérences ont des répercussions sur le bien-être et le meilleur intérêt de leurs enfants. Personne n'acceptera une solution qui enlèverait le pouvoir décisionnel et le leadership à leur collectivité.

J. Forum à l'intention des femmes chefs et des conseillères des Premières Nations : 12 au 14 février 2007

Du 12 au 14 février 2007, l'Assemblée des Premières Nations a tenu un forum à l'intention des femmes chefs des Premières Nations à Vancouver (Colombie-Britannique). Ce forum était placé sous le thème suivant : « Nos familles, nos terres et notre avenir ». Il avait pour but de discuter des sujets importants suivants, qui sont interdépendants : la pauvreté, les biens immobiliers matrimoniaux, le rôle central des femmes au sein de communautés durables et la compétence des Premières Nations.

Voici ci-dessous un résumé des discussions des Chefs sur les biens immobiliers matrimoniaux :

Inquiétude par rapport au processus national du ministre

Les femmes chefs ont rejeté unanimement les tentatives du gouvernement fédéral de régler la question des biens immobiliers matrimoniaux en leur nom; elles sont sceptiques quant à l'intention du gouvernement de régler cette question compte tenu des initiatives discriminatoires et assimilatrices entreprises par le gouvernement dans le passé.

Les femmes chefs ont approuvé la demande faite au gouvernement par d'autres dirigeants durant les séances régionales de dialogue : s'il a l'intention de proposer une loi au printemps 2007, le gouvernement doit préalablement consulter directement les Premières Nations.

Ainsi, les femmes chefs ont catégoriquement rejeté toute tentative du gouvernement fédéral de régler la question des biens immobiliers matrimoniaux et ont décidé de déclarer publiquement leur position à la fin du Forum.

Compétence et édification des nations

Les femmes chefs ont clairement indiqué que les efforts actuels du gouvernement visant à imposer une loi constituent un autre exemple de l'intention de celui-ci de semer la controverse parmi et entre les citoyens et les citoyennes des communautés des Premières Nations. Au lieu de soutenir cette tentative de divi-

sion, les femmes chefs ont déclaré qu'il était nécessaire de travailler ensemble à la recherche de solutions à l'intention des hommes, des femmes et des enfants se trouvant dans une situation de bris de mariage.

Ensemble, les communautés doivent prendre de réelles mesures et commencer à officialiser par écrit leurs propres lois et à revendiquer leur propre compétence. Dans les régions canadiennes où un traité a été signé, ce dernier détermine la relation politique que les Premières Nations doivent entretenir avec le Canada; il n'est pas nécessaire de signer des ententes supplémentaires.

Revitaliser nos traditions

Les femmes chefs ont indiqué qu'il était nécessaire de se pencher de nouveau sur les récits, les légendes et les enseignements de nos communautés afin de trouver l'orientation adéquate qui permettra de régler au mieux la question des biens immobiliers matrimoniaux. Nombre de personnes ont oublié la façon dont les conflits étaient résolus dans le passé ainsi que l'importance de la famille dans la recherche de solutions durables et réalistes. S'efforcer de trouver la solution qui conviendra le mieux aux enfants constitue l'élément fondamental de ces enseignements du passé.

Logement

La plupart des communautés des Premières Nations sont malheureusement confrontées à un manque chronique de logements. Et les habitations disponibles ne satisfont pas les normes en vigueur. Bien que les gouvernements des Premières Nations essaient de trouver des logements pour leurs citoyens, nombre d'entre eux accumulent des dettes importantes à cause de la SCHL et de ses programmes de logement injustes; ces programmes orientent les communautés vers la ruine.

Ainsi, la question des biens immobiliers matrimoniaux ne bénéficiera d'aucune solution durable tant que ne seront pas réglés le manque chronique de logements et le piètre état des habitations dans les communautés des Premières Nations.

Déclaration unanime

À la fin du Forum (14 février 2007), les femmes chefs ont rédigé une déclaration unanime afin d'officialiser leur position commune concernant les problèmes qui nuisent à leurs nations, à leurs familles et à leur avenir. Ce protocole, qui est présenté à l'annexe L, a été adopté à l'unanimité par les femmes chefs et les conseillères des Premières Nations présentes au Forum. La motion concernant le protocole d'accord a été proposée par la Chef Maureen Chapman, de la Première Nation de Skawahlook, et appuyée par la Chef Lynda Price, de la bande indienne d'Ulkatcho.

2.11 DÉFIS ET POSSIBILITÉS

Le présent rapport reflète les points de vue offerts par chaque région au cours des séances de discussion de l'APN. Il pourrait être utile, au moment où toutes les parties étudient les prochaines étapes, de présenter un certain nombre de défis reconnus lorsque nous avancerons dans ce processus et de les voir comme une possibilité de prévoir ce qui s'en vient et à quel moment.

Bien que la question des BIM dans les réserves ait été étudiée par le gouvernement canadien au cours des dernières décennies, elle n'est pas comprise de la même façon dans les collectivités. C'est pourquoi les membres de la collectivité, les dirigeants des Premières Nations et les gouvernements canadiens ont des niveaux différents de sensibilisation ou de connaissance des « lacunes législatives » et des BIM.

Pour arriver à une compréhension plus homogène qui permettrait d'aboutir à des solutions à long terme, toutes les parties bénéficieraient d'avoir un peu plus de temps à consacrer à l'éducation du public.

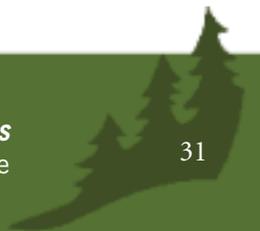
Il est également vrai que les Premières Nations n'en sont pas toutes au même point dans leur préparation ou leur capacité à traiter de cette question. C'est pourquoi les solutions potentielles ne devraient causer aucun préjudice aux Premières Nations ni les pénaliser pour des questions de capacité, car toutes les Premières Nations auront besoin de ressources supplémentaires (humaines et financières) pour mettre en œuvre des solutions à long terme et assurer leur conformité.

En dernier lieu, le ministre des Affaires indiennes a été transparent et a déclaré qu'il souhaitait trouver une solution législative de fond. Les Premières Nations suspectent que cette loi est déjà en cours d'élaboration et qu'on leur imposera cette solution plutôt que de reconnaître leur compétence pour élaborer,

mettre en œuvre et appliquer des solutions culturellement appropriées et qui respectent leur diversité. Les Premières Nations pourraient vouloir adopter des solutions provisoires pour d'atténuer l'approche imposée par le gouvernement fédéral. Par exemple, elles pourraient envisager d'élaborer des politiques qui traiteraient de cette question (c.-à-d. le logement et (ou) la résidence).

Il est de plus en plus clair que les Premières Nations sont incapables de respecter le calendrier du ministre et (ou) qu'elles ne sont pas prêtes à le faire, et ce, pour les raisons les plus fondamentales. La contrainte de temps, des ressources humaines et financières limitées, la menace d'une législation qui pèse sur leurs têtes et le différé sur les obligations de consultation et d'accommodation de la Couronne ont fait ressortir la nécessité d'un processus plus équitable qui respecterait les besoins et les processus décisionnels des gouvernements et des peuples de Première Nation. Les Premières Nations tiennent à régler cette question d'une manière équitable, juste et efficace. Elles sont prêtes à participer à des processus de remplacement constructifs et à des solutions qui répondent aux préoccupations décrites aux présentes pour instaurer des changements durables.

Le dernier chapitre passera en revue certaines pratiques actuelles des Premières Nations et des idées proposées durant les séances de discussion régionales sur la quête de solutions.





Chapitre trois : À la recherche de solutions

3.0 INTRODUCTION

Nous savons que chaque province et territoire possède actuellement des lois qui définissent les biens matrimoniaux. La définition provinciale et territoriale des biens immobiliers matrimoniaux comprend la terre et la maison familiale. Lorsque l'union se brise, si les conjoints ne parviennent à un accord sur un partage équitable de leurs biens communs, les lois provinciales et territoriales peuvent aider le couple et leur fournir des réponses. Ces lois portent sur la terre et la maison familiale, cependant, elles ne s'appliquent pas sur les réserves.

La Loi sur les Indiens s'applique toujours à la majorité des Premières Nations, mais elle est muette sur les questions de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Certains gouvernements de Première Nation ont exercé des pouvoirs législatifs sur les biens matrimoniaux à la suite d'accords d'autonomie gouvernementale en vertu de la Loi sur la gestion des terres de premières nations. Quant aux Premières Nations qui ont demandé à exercer des pouvoirs législatifs hors de ces deux régimes, disons en tant qu'exercice de pouvoir réglementaire, le gouvernement fédéral leur a nié la compétence d'exercer ce pouvoir en vertu de la Loi sur les Indiens.

Donc, le gouvernement du Canada pose les questions, « Quel gouvernement devrait adopter des lois pour protéger les droits de propriété des conjoints dans les réserves? » et « Quel genre de protection légale faut-il? »²⁵

Ce dernier chapitre tentera de répondre à ces deux questions fondamentales.

3.1 LES LOIS DE QUEL GOUVERNEMENT?

Pour les Premières Nations, la réponse à cette question est très simple : elles forment le gouvernement qui détient l'autorité pour adopter des lois qui protègent les droits de propriété des conjoints au sein de leurs collectivités. De plus, elles s'opposent à tout pouvoir législatif externe qui entrera en vigueur sans leur consentement éclairé et ce dernier sera vu comme une dégradation supplémentaire de la relation entre les Premières Nations et le gouvernement. C'est le point de vue sans appel des Premières Nations qui revendiquent leur droit inhérent à gouverner leurs terres, qui ont signé des Traités, qui ont négocié des accords d'autonomie gouvernementale, qui sont actuellement en négociation ou qui ont l'intention de suivre ce processus.

Certains pensent que seul le gouvernement fédéral souhaite intervenir dans la question des BIM dans les réserves, mais certaines Premières Nations ont pris l'initiative de traiter les questions de biens matrimoniaux dans le cadre de leurs négociations d'autonomie gouvernementale ou du régime de la Loi sur la gestion des terres de premières nations. Une Première Nation de l'Ontario a décidé de traiter la question des BIM en exerçant son droit inhérent à gouverner et gérer son propre territoire, sans égard à l'autorité fédérale déléguée ou négociée dans les accords d'autonomie gouvernementale. Cependant, cela a incité le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien à affirmer que cette loi n'entraîne pas dans les compétences de la Première nation en vertu de la Loi sur les Indiens.²⁶

D'autres Premières Nations ont pris l'initiative de traiter cette question au moyen de règlements de résidence, de politiques du logement, de programmes de justice réparatrice ou de médiation rattachée au tribunal. On peut trouver dans chacun de ces régimes (c.-à-d., les accords d'autonomie gouvernementale, la LGTPN et les initiatives stratégiques) des exemples utiles sur la façon de régler la question sans se contenter d'appliquer la loi provinciale ou territoriale. Chacune de ces initiatives souligne implicitement la nécessité de protéger l'utilisation, l'occupation et la possession des terres des Premières Nations.

²⁵ Biens immobiliers matrimoniaux, FICHE DE RENSEIGNEMENTS, Affaires indiennes et du Nord Canada, p.2.

²⁶ Ojibways of Sucker Creek First Nation Matrimonial Real Property Law. Cette loi a été acceptée par la collectivité dans le cadre d'un référendum.

3.2 QUELS TYPES DE PROTECTIONS LÉGALES SONT NÉCESSAIRES?

Accords d'autonomie gouvernementale

Les Premières Nations peuvent aborder la question des BIM dans les accords d'autonomie gouvernementale. Par exemple, la Première Nation Westbank l'a traité de la façon suivante :

Traitement des intérêts sur les terres de Westbank en cas d'échec du mariage

108.

(a) La Première Nation de Westbank a compétence en ce qui a trait au traitement des intérêts sur les Terres de Westbank en cas d'échec du mariage touchant au moins un Membre et doit édicter, dans les douze mois suivant la Date d'Entrée en Vigueur, une loi énonçant les règles et procédures applicables, lors de l'échec du mariage, à l'utilisation, à l'occupation et à la possession des Terres de Westbank ainsi qu'à la répartition des intérêts sur ces terres.

(b) Il est entendu que la loi mentionnée à l'alinéa 108a) ne peut créer aucune forme de discrimination fondée sur le sexe, mais peut établir une distinction entre les Membres et les non-Membres pour la détermination du type d'intérêt sur les Terres de Westbank qu'un individu peut détenir.

(c) Tout différend entre le Canada et la Première Nation de Westbank à l'égard du présent article est assujéti à l'arbitrage conformément aux règles énoncées à l'article 271.

Loi sur la gestion des terres des Premières Nations

En vertu de cette Loi, les Premières Nations ont la responsabilité d'édicter les règles et procédures applicables « en cas d'échec du mariage, en matière soit d'utilisation, d'occupation ou de possession des terres de la Première Nation, soit de partage des intérêts sur celles-ci. »

Certaines similitudes sont apparues dans les règles et procédures édictées. En voici quelques-unes :

- Reconnaissance du droit des conjoints à établir des contrats pré-nuptiaux qui régiront le partage des biens;
- médiation obligatoire;
- droit de renvoyer le conflit devant un tribunal compétent si aucune solution n'est trouvée après la médiation obligatoire;
- lorsque la maison familiale est en jeu, les tribunaux seront guidés par le principe qui veut que le parent qui a la garde de l'enfant ait la possession exclusive de la résidence familiale jusqu'à ce que l'enfant devienne majeur et qu'il ait la possibilité de terminer ses études.

Autres solutions des Premières Nations

Les Premières Nations tentent de traiter la question des BIM par d'autres moyens que les processus négociés dans les accords d'autonomie gouvernementale et les procédures créées par la LGTPN. Certains d'entre eux sont décrits ci-dessous. Ils pourraient servir de fondement à une discussion. Pour comprendre ces initiatives, il est crucial de bien voir la distinction délibérée qui est faite entre l'intérêt sur les terres et l'intérêt sur la maison familiale.

Pour les Premières Nations, les terres de réserve d'une bande ne peuvent en aucun cas être aliénées sans le consentement libre et éclairé de toute la bande. Autrement dit, aucune entité externe à la bande n'a compétence pour ordonner ou obliger la vente d'une parcelle de terre de la réserve sans le consentement de la totalité de la bande. C'est ce droit de propriété collective de la terre par la bande qui doit être protégé et préservé.

Les biens matériels acquis pendant le mariage ou l'union de fait, comme l'argent déposé dans un compte bancaire, le mobilier, les véhicules et autres articles personnels, doivent aussi être protégés. La maison familiale est un bien particulier car elle est attachée à la terre et lors de la rupture du mariage, si elle n'est pas vendue, alors elle sera occupée par un des deux conjoints et (ou) des enfants. Parfois, les couples qui se séparent parviennent à des ententes satisfaisantes sur la maison et n'ont pas besoin de recourir aux tribunaux, au gouvernement de leur bande ou à une autre entité externe pour régler la question de la possession.

Bien des gens ne peuvent régler cette question eux-mêmes et doivent s'en remettre aux tribunaux ou recourir à d'autres moyens.

Les initiatives présentées ci-dessous décrivent des pratiques élaborées par certaines collectivités de Première Nation pour régler les conflits sur la maison familiale.

Règlement de conflits

En cas d'échec du mariage dans les collectivités de Première Nation, au moins un des conjoints peut demander aide et (ou) conseils au Chef et au Conseil en place sur la maison familiale. Dans ces cas-là, il y a plusieurs possibilités. Certaines Premières Nations peuvent avoir un processus de règlement des conflits défini dans son accord d'autonomie gouvernementale ou son code foncier comme l'exige la LGTPN. D'autres ont peut-être élaboré un processus de règlement des conflits fondé sur les lois traditionnelles auquel participent les aînés de la collectivité. Par exemple, dans une collectivité du Manitoba, on demande à un comité d'aînés d'intervenir pour aider le couple (et donc la collectivité) à trouver une solution équitable pour toutes les parties. La description de ce comité a fait ressortir certains préalables :

- les aînés sont choisis par l'ensemble de la collectivité dont ils font partie;
- le comité offre ses conseils indépendamment du Chef et du Conseil²⁷

Le comité des aînés étudie les conflits familiaux au cas par cas et, à ce jour, avec beaucoup de succès.

L'approche commune aux Premières Nations qui ont édicté leurs propres règles et procédures en vertu de la Loi sur la gestion des terres de Premières Nations est la création d'un mécanisme communautaire de règlement des conflits qui doit être utilisé avant de pouvoir recourir aux tribunaux compétents. Par exemple, un des conjoints peut demander les services de médiation du Chef et du Conseil. Si la médiation porte fruit, l'accord entre les parties se résume à rédiger un accord de séparation qui pourrait porter aussi sur la terre. Si la médiation échoue, le Chef et le Conseil remettront au couple un certificat attestant leur tentative de règlement du conflit par la médiation. Ce certificat sera ensuite déposé devant un tribunal compétent.

²⁷ Séance régionale de discussion du Manitoba, le 23 novembre 2006.

²⁸ Voir par exemple le texte législatif des Chippewas de la Première Nation Georgina Island sur les biens immobiliers matrimoniaux.

²⁹ Voir le texte législatif de la Première Nation de Beecher Bay, de la Première Nation de Whitecap Dakota et des Chippewas de la Première Nation Georgina Island sur les biens immobiliers matrimoniaux.

³⁰ Séances régionales de discussion, Guide de ressources, Assemblée des Premières Nations, 2006, p. 20.

La loi de la Première Nation définit alors la compétence du tribunal à l'égard de ses terres et des voies de recours possibles.²⁸

Médiation rattachée au tribunal

Tout comme dans le cadre de la LGTPN, une Première Nation peut aider le couple en lui offrant des services de médiation. Si le couple ne peut arriver à une issue satisfaisante par la médiation, alors il pour avoir recours à un tribunal compétent.²⁹

On pourrait aussi adopter le processus créé par la Première Nation Siksika, qui a conclu un accord avec les tribunaux provinciaux de l'Alberta qui permet aux juges des tribunaux de la province, avec le consentement des parties concernées, de déférer au système traditionnel de médiation de la Première Nation Siksika les affaires relevant du droit de la famille (garde d'enfant, visite et entretien des enfants). Lorsque les parties s'entendent, l'entente est saisie dans une ordonnance sur consentement et déposée au tribunal.³⁰

On pourrait également se fonder sur les processus de règlement des conflits pour régler les litiges sur le partage des biens matrimoniaux des couples qui résident dans une réserve.

Médiateurs et (ou) arbitres itinérants

Bien que le règlement de conflits soit vu par la plupart comme la solution de remplacement la plus viable à une solution législative imposée, plusieurs collectivités n'ont pas les ressources humaines et financières requises pour offrir ces services à leurs membres. Il faudrait donc étudier de plus près la création d'un service itinérant de médiation qui serait entièrement composé de membres des Premières Nations dotés de l'expérience, des connaissances et de l'expertise nécessaires pour aider les membres de la collectivité. Il faudrait également envisager de gérer les services des divers médiateurs par région ou par territoire de traité.

Politiques du logement

En élaborant des politiques du logement, une Première Nation pourrait tenir compte des effets de l'échec d'un mariage sur les besoins en matière de logement. Ce genre de politiques aura la plus grande pertinence dans le cas d'une propriété appartenant à la bande lorsque cette dernière ou la SCHL a mis le logement à la disposition de la famille sous certaines conditions.

Par exemple, la nation Squamish met des logements à la disposition de quatre catégories de membres : célibataires, chefs de famille monoparentale, mariés / conjoints de fait et retraités. Pour ce qui est des personnes qui ne sont pas membres de la nation, seuls ceux qui sont les principaux dispensateurs de soins à des enfants ou des adultes dépendants peuvent résider dans la maison familiale pour une durée définie.

Une solution possible pour le logement social ou des immeubles locatifs appartenant à la bande serait d'élaborer un projet de politiques du logement fondées sur le principe que la maison familiale sera attribuée au parent qui a la garde de l'enfant, en fonction des besoins de l'enfant (des enfants), jusqu'à ce l'enfant atteigne la majorité OU jusqu'à ce que les besoins de l'enfant ou les ententes de garde changent. Par ailleurs, il faut aussi étudier les cas où les deux parents perdent la garde des enfants.

De plus, il faut tenir compte de la législation sur la violence familiale qui a été récemment édictée dans certaines provinces et certains territoires. Même dans les provinces qui n'ont pas adopté cette loi, la sécurité de la famille devrait être prise en compte dans le choix des critères en matière de règlement de la possession de la maison familiale.

Ces politiques pourraient ne pas être applicables aux logements en propriété individuelle à moins que la maison familiale n'ait été entièrement ou partiellement subventionnée par la bande, auquel cas ces politiques sur le logement pourraient s'appliquer.

Le conjoint qui n'est pas membre de la bande doit quitter la maison familiale qui se trouve dans la réserve dans les trois mois qui suivent la séparation, sauf si des circonstances justifient que l'autorité en matière de logement (ou des Conseil des aînés ou mode alternatif de règlement des conflits) lui accorde une prorogation.

Exclusion de toute personne non membre de la bande des intérêts conjoints dans les terres de la réserve J

En vertu des chapitres 20 à 28 de la Loi sur les Indiens, les membres d'une bande peuvent posséder légalement une terre dans la réserve. De nombreux membres de la bande attendent que le Chef et le Conseil leur attribuent un terrain et une maison familiale pour en prendre possession. Dans la plupart des cas, ces attributions de terrain ne sont pas enregistrées. Un membre d'une bande peut aussi prendre possession d'une terre de la réserve au moyen d'un certificat de possession. Là encore, ces certificats peuvent être enregistrés ou non. Quel que soit le cas, il n'est pas exigé que l'attribution ou le certificat soit au nom des deux conjoints qui sont également membres de la même bande.

La création d'un intérêt conjoint obligatoire empêcherait un des conjoints de transférer ou de vendre son intérêt à un autre membre de la bande sans le consentement de l'autre. Pour effectuer ce changement, il faudrait modifier la Loi sur les Indiens.

Les dispositions de la Loi sur les Indiens déclarent implicitement que la possession des terres de la réserve est limitée à la bande ou à ses membres. Donc, seuls les membres de la bande peuvent se voir accorder la possession ou demander un certificat de possession à la bande, et les personnes qui ne sont pas membres de la bande ne peuvent avoir aucun intérêt dans les terres de la réserve, même si elles ont un droit de copossession sur la maison familiale tant que dure leur mariage et (ou) pendant qu'elles sont les principales dispensatrices de soin. Cette restriction sur les droits des non-membres est nécessaire et justifiable si les Premières Nations en raison de la nature collective de leur droit à la terre.

Par conséquent, si un des conjoints quitte le foyer conjugal, le conjoint qui n'est pas membre de la bande ne peut recevoir d'indemnisation que pour la valeur économique de son intérêt dans la maison familiale.

Règlements administratifs sur la résidence

L'article 18,1 de la Loi sur les Indiens prévoit une autorisation légale de résidence des membres d'une bande et de la garde de leurs enfants dans une réserve:

art. 18,1 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.

En général, les droits de résidence des membres comme des non-membres peuvent être traités par des règlements pris par le Chef et le Conseil en vertu des paragraphes 81(p.1) et (p.2) de la Loi sur les Indiens qui décrètent que :

art.81(1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes :

- (p.1) la résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve;
- (p.2) l'adoption de mesures relatives aux droits des époux ou conjoints de fait 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;

La limitation la plus claire des droits des conjoints qui ne sont pas membres de la bande vient probablement de règlements administratifs sur les droits de résidence. Par exemple, les Six Nations de Grand River ont mis en application le règlement suivant en matière de résidence :

Seul un membre inscrit de la bande de la Première Nation _____ aura le droit de résider sur les terres de la Première Nation _____. Quiconque commet une infraction à ce règlement sera est passible, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'une amende d'un maximum de mille dollars ou d'un emprisonnement d'une durée maximale de trente jours, ou des deux. [Traduction]³¹

Ce règlement a pour effet d'empêcher qui que ce soit, à l'exception des membres de la bande, de prendre légalement possession des terres et (ou) des propriétés de la réserve. Ainsi, si une personne qui n'est pas membre de la bande choisit de résider dans une maison en contravention à ce règlement, elle le fait à ses propres risques.

Exécution

L'ensemble des politiques et règlements décrits jusqu'ici est applicable par les gouvernements de bande. Ces recours ne sont pas ceux qui créent les pires difficultés en matière d'exécution. Si les lois provinciales ou territoriales deviennent exécutoires sur les terres des réserves, alors des questions se posent sur la façon de les appliquer. Par exemple, le recours de partage et de vente pourrait avoir des répercussions graves sur la famille alors que ce ne serait pas le cas si la famille vivait hors de la réserve.

En raison de la pénurie chronique de logements dans la plupart des réserves, il est fréquent que les besoins fondamentaux des membres de la bande en matière de logement ne puissent être satisfaits. Il serait accablant que les tribunaux aient le pouvoir d'ordonner le partage et la vente de la maison familiale dans les collectivités où il n'existe pratiquement pas d'autre logement pour la famille.

Les restrictions à l'exécution des ordonnances d'indemnisation dans les réserves créent quant à elles un contexte juridique qui devrait être étudié plus en profondeur pour protéger les droits des conjoints lors de la rupture du mariage. Actuellement, une ordonnance d'indemnisation entre deux membres d'une bande est exécutoire dans la réserve.

Cependant, si le conjoint qui demande l'ordonnance d'indemnisation n'est pas « Indien » au sens de la Loi sur les Indiens, alors il (elle) ne pourra faire appliquer le recours. Les raisons pour lesquelles l'art. 89 de la Loi exempte de saisie la propriété d'un Indien, au sens de la Loi sur les Indiens, située sur la réserve, forment la base fondamentale de la protection et de la préservation des terres qui font partie des réserves pour les générations futures.

3.3 CONCLUSION

Ce chapitre avait pour objectif de mettre en lumière les tentatives de certaines Premières Nations pour aborder la question des BIM sans recourir à une simple application de la loi provinciale ou territoriale dans leur réserve.

Comme nous l'avons dit dans ce rapport, les Premières Nations pensent que les solutions à long terme sur ce sujet doivent comporter la participation directe des membres de la collectivité dès le départ et doivent constituer l'exercice de leur droit inhérent à gérer leurs terres. Nous espérons que les quelques initiatives citées dans ce chapitre illustrent les résolutions créatives des problèmes qui sont à notre portée à condition d'avoir la possibilité et la capacité nécessaires pour les mettre en oeuvre.

³¹ Cet exemple reflète le règlement actuel des Six Nations du territoire de Grand River en matière de résidence. En 1996 ce règlement a été contesté devant les tribunaux de l'Ontario (qui s'appelaient alors Division générale) comme contrevenant à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés dans l'affaire Six Nations of the Grand River c. Henderson. La Cour a conclu que le règlement administratif contrevenait au par. 15(1) de la Charte mais que la situation socio-économique de la bande et la surpopulation de la réserve justifiait le règlement administratif en vertu de l'article 1 de la Charte.



Our Lands, Our Families, Our Solutions

Final Report on AFN Regional Dialogue Sessions
Without Prejudice

Annexe A.

Résolution no 32 / 2006



OBJET : BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX

PROPOSEUR : Doug Kelly, Grand Chef, mandataire, Shxw'ow'hamel (C.B.)

COPROPOSEUR : Noeline Villebrun, Chef nationale des Dénés des T. N.-O., mandataire, Première Nation K'atlodeeche (Dénés de Hay River) (T. N.-O.)

DÉCISION : Le 13 juillet 2006, le coprésident a soumis les projets de résolutions n° 1 à 36 au Comité exécutif de l'APN pour examen. Le 31 juillet 2006, le Comité exécutif de l'APN, dûment convoqué en réunion, a souscrit à ces projets de résolutions.

ATTENDU QUE les Premières Nations ont des droits inhérents, ancestraux et issus de traités que protège la Constitution, et qu'elles peuvent réglementer toutes les affaires concernant les membres de leurs nations, y compris la séparation des biens immobiliers matrimoniaux situés sur les terres des Premières Nations;

ATTENDU QUE le vide juridique en matière biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières Nations constitue une violation intolérable des droits humains des hommes, des femmes et des enfants des Premières Nations, violation qui a donné lieu à des sanctions répétées à l'encontre du gouvernement du Canada par les Nations Unies;

ATTENDU QUE les Premières Nations, réunies à l'Assemblée extraordinaire des Chefs tenue en mars 2005, ont convenu d'une vision globale sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations et ont confirmé les principes et les processus nécessaires à la réalisation de cet objectif;

Copie certifiée d'une résolution adoptée le 31 juillet 2006 à Winnipeg (Manitoba).

ATTENDU QUE l'Accord politique entre les Premières Nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations signé le 31 mai 2005 instaure un processus approprié pour la conciliation de la compétence des Premières Nations et celle de la Couronne fédérale sur les biens immobiliers et pour l'élaboration conjointe des politiques;

ATTENDU QUE le 21 juin 2006, le ministre des Affaires indiennes a annoncé unilatéralement un processus de consultation sur les biens immobiliers matrimoniaux;

ATTENDU QUE le processus de consultation élaboré et proposé par Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) comprend les phases suivantes :

- a) Planification et développement – de juin à août 2006
- b) Consultations – de septembre 2006 à janvier 2007
- c) Création d'un consensus – de février à avril 2007
- d) Présentation du projet de loi – avril ou mai 2007

ATTENDU QUE le 17 mai 2006, le député conservateur Brian Pallister a déposé le projet de loi C-289 intitulé *Loi portant modification de la Loi sur les indiens* (immeubles et biens réels matrimoniaux), qui élargirait l'application du droit provincial en matière de biens immobiliers aux terres de réserve;

ATTENDU QUE le gouvernement fédéral a l'intention de présenter un projet de loi afin de réglementer les droits en matière de biens immobiliers sur les terres de réserve en avril ou en mai 2007;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée donnent au Chef national et à l'Assemblée des Premières Nations le mandat de chercher à concilier la compétence des Premières Nations et celle de la Couronne fédérale à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières Nations;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent au Chef national et à l'Assemblée des Premières Nations d'obtenir les ressources voulues pour mettre en place un processus propre aux Premières Nations et faisant intervenir la participation pleine et effective des Premières Nations à la formulation des options législatives sur les biens immobiliers matrimoniaux;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent la création d'un Groupe de travail sur les biens immobiliers matrimoniaux, qui sera composé de membres du Conseil des femmes de l'APN et du Comité de chefs et d'experts sur la RMGPN;

POUR CES MOTIFS, l'Assemblée des Premières Nations, le Chef national et le Groupe de travail réaliseront et superviseront les activités suivantes :

- a) formuler des options législatives et non législatives visant à concilier la compétence des Premières Nations et celles de la Couronne fédérale et de la Couronne provinciale;

Copie certifiée d'une résolution adoptée le 31 juillet 2006 à Winnipeg (Manitoba).

- b) veiller à ce que les options législatives et non législatives ainsi élaborées parviennent à un équilibre juste et respectueux des droits individuels et collectifs des citoyens et peuples des Premières Nations;
- c) demander des précisions du gouvernement du Canada à propos des répercussions éventuelles du projet de loi C-289 sur le processus de consultation;
- d) élaborer et mettre en œuvre une stratégie de communications visant à faire avancer les intérêts des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux, aux niveaux national et international;
- e) lancer des discussions avec les Premières Nations et les citoyens des Premières Nations sur les options législatives formulées afin de mettre en œuvre la compétence des Premières Nations à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières Nations, conformément aux principes de l'élaboration des politiques des Premières Nations instaurés par l'Assemblée des Premières Nations, y compris un dialogue national complet, des discussions régionales et le consentement des Premières Nations;

POUR CES MOTIFS, la formulation des options législatives et non législatives sera réalisée en conformité avec les principes énoncés dans l'*Accord politique sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations*;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée rejettent à l'unanimité l'application du droit provincial en matière de biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières Nations;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent à l'Assemblée des Premières Nations et au Chef national, au besoin, d'obtenir un délai supplémentaire pour élaborer les options législatives durant la phase de planification du processus de consultation proposé par le gouvernement fédéral;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent que tout projet de loi fasse l'objet d'autres consultations et soit approuvé par les gouvernements des Premières Nations avant d'être appliqué.

Copie certifiée d'une résolution adoptée le 31 juillet 2006 à Winnipeg (Manitoba).



Nos terres, nos familles, nos solutions
Sous réserve

Annexe B.

Résolution no 72 / 2006



OBJET : **BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX – RÉSERVES À L'ÉGARD DU PROCESSUS**

PROPOSEUR : Doug Kelly, mandataire, Première Nation de Kwakwa'Apilt (C.-B.)

COPROPOSEUR : Deborah Chief, Chef, Nation Ojibway de Brokenhead, Man.

DÉCISION : Adoptée par le Comité exécutif de l'APN le 5 février 2007

ATTENDU QUE le gouvernement fédéral a unilatéralement élaboré trois options législatives en vue de résoudre le problème des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves;

ATTENDU QUE, le 21 juin 2006, le ministre des Affaires indiennes a unilatéralement annoncé la tenue d'un processus de consultation au sujet des options législatives relatives aux biens immobiliers matrimoniaux, nonobstant le fait que le gouvernement fédéral soit dépourvu de politique spécifique en matière de consultation des Premières Nations sur des questions qui touchent nos droits et nos intérêts constitutionnels;

ATTENDU QUE les options législatives proposées par le gouvernement fédéral influenceront négativement et empiéteront sur les droits inhérents ancestraux et issus de traités des Premières Nations, ce qui enclenche l'obligation légale de la Couronne de consulter toutes les Premières Nations dont les droits inhérents ancestraux et issus de traités pourraient être compromis par les options législatives proposées par le gouvernement;

Copie certifiée d'une résolution Adoptée par le Comité exécutif le 5 février 2007

ATTENDU QUE le gouvernement fédéral a annoncé son intention de déposer en 2007 un projet de loi destiné à régler les droits relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves;

ATTENDU QUE, à l'unanimité, les Premières Nations sont d'avis que l'échéancier que le ministre propose pour la tenue de la consultation à laquelle il les convie et pour le dépôt du projet de loi sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves est trop court et trop chargé et que, compromettant leur capacité, et réciproquement, de s'acquitter de leur devoir de s'engager dans ce processus de consultation d'une manière dûment informée, il ne respecte pas le principe du consentement préalable libre et éclairé;

ATTENDU QUE les Chefs des Premières Nations manquent de capacités et de ressources pour se préparer et prendre part aux consultations dans leurs communautés, et qu'ils ne sont pas en situation de pouvoir évaluer les options législatives proposées par le gouvernement fédéral ni de prendre des décisions informées à cet égard;

ATTENDU QUE la Couronne ne peut pas déléguer à une tierce partie le pouvoir de s'acquitter de son obligation légale de consulter les Premières Nations et doit consulter directement toute Première Nation dont les droits inhérents ancestraux et issus de traités pourraient être affectés négativement par d'éventuels projets de mesures gouvernementales;

POUR CES MOTIFS, les options législatives relatives aux biens immobiliers matrimoniaux sont rejetées par les Premières Nations;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée déclarent que le Canada doit mettre en œuvre les intentions et méthodes mentionnées dans l'*Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations* (mai 2005), et que les parties s'entendent pour favoriser la mise en place de processus sérieux de conciliation et d'application des droits de l'article 35 afin d'améliorer la qualité de vie des Premières Nations et de permettre le renouvellement des politiques dans tous les domaines présentant un intérêt commun;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée sont d'avis que le gouvernement fédéral doit faire participer les Premières Nations à, et financer, l'élaboration d'un processus et d'une politique de consultation et d'entente axés sur la communauté et acceptés par les deux parties en tant que condition préalable à toute élaboration d'une loi fédérale;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent au gouvernement fédéral de reconnaître et de respecter les lois et traditions actuelles des Premières Nations qui ont rapport avec la consultation et l'adoption d'un compromis;

Copie certifiée d'une résolution Adoptée par le Comité exécutif le 5 février 2007

POUR CES MOTIFS, le processus actuel mis en place par le gouvernement fédéral pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux ne satisfait pas aux exigences du cadre de consultation établi par les Premières Nations, qui est confirmé dans l'*Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations*;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée sont d'avis que le processus actuel, qui a été mis en place par le gouvernement fédéral, doit être arrêté et réorienté afin qu'il respecte et mette en œuvre pleinement la position des Premières Nations, telle que confirmée par la présente résolution;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée sont d'avis que seules les Premières Nations peuvent définir leurs valeurs traditionnelles et leurs lois communautaires, car elles disposent de droits légitimes liés à leurs traditions, à leurs territoires, à leurs droits inhérents, à leurs droits issus de traités et aux responsabilités collectives inhérentes qui incombent à leurs citoyens;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent au Comité exécutif de l'APN de communiquer cette position au gouvernement fédéral et d'entamer des discussions avec les autorités provinciales et territoriales afin d'obtenir leur appui au niveau de l'opposition à l'application de lois provinciales.

Copie certifiée d'une résolution Adoptée par le Comité exécutif le 5 février 2007



Nos terres, nos familles, nos solutions
Sous réserve

Annexe C.

Lettre du 9 février 2007
du Chef national Phil Fontaine au ministre Prentice



Le 9 février 2007

L'honorable Jim Prentice, C.P., député
Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien
10, rue Wellington
Gatineau (Québec) K1A 0H4

Monsieur le ministre,

Nous souhaitons par la présente vous informer d'une orientation importante décidée par le Comité exécutif de l'Assemblée des Premières Nations (APN) lors de sa dernière réunion, le 5 février 2007.

Le Comité exécutif devait débattre d'une résolution portant sur le processus relatif aux biens immobiliers matrimoniaux, rédigée lors de l'Assemblée extraordinaire des Chefs de décembre 2006, qui lui avait été soumise par les Chefs en assemblée. Après examen, le Comité exécutif a adopté ladite résolution en déclarant que la position qu'elle exposait reflétait l'opinion unanime des citoyens des Premières Nations sur cette question, telle qu'exprimée pendant les discussions des Chefs en assemblée et les séances régionales de dialogue qui ont pris fin le 31 janvier 2007.

La résolution n° 72/2006 reflète de façon constante la position soutenue par l'APN, tant par écrit que dans le cadre de nos réunions depuis le début du processus. En bref, la résolution rejette les options et le processus du gouvernement fédéral et demande la réorientation du processus afin qu'il soit conforme aux objectifs et approches préconisés dans l'*Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements de Première nation* (mai 2005), notamment en ce qui concerne des processus communautaires significatifs de consultation et d'adaptation ainsi que la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements, lois et politiques des Premières Nations.

Comme vous avez pu le constater dans notre lettre du 25 septembre 2006, dans laquelle nous décrivions notre mandat concernant notre participation aux étapes initiales du processus, les Premières Nations affirment clairement que l'*Accord politique* constitue le cadre idéal pour autoriser et guider l'élaboration de politiques selon des principes et des processus de collaboration bien précis. De plus, nous avons fait connaître notre position selon laquelle le rapport de la représentante ministérielle devrait être examiné par le Comité directeur mixte, un processus établi dans le cadre de travail sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations. En janvier 2006, dans un discours prononcé lors du Sommet de la Colombie-Britannique, vous vous êtes déclaré en faveur d'un comité directeur mixte et prêt à y participer. Compte tenu de votre appui à ce comité, nous estimons que ce processus est le moyen le plus pratique et le plus approprié pour parvenir à des solutions communes et efficaces. Dans votre réponse à notre lettre datée du 1^{er} novembre 2006, vous avez indiqué que votre ministère n'était pas opposé à cette approche. Nous espérons qu'elle bénéficiera d'un appui adéquat.

Nous nous sommes engagés dans les différentes phases du processus de dialogue et d'information sur les biens immobiliers matrimoniaux en ayant préalablement obtenu la garantie qu'aucun résultat n'avait été prédéterminé et que toute méthode visant à résoudre cette question de longue date serait le fruit d'un travail en commun. Bien que les Premières Nations souhaitent régler la situation de la manière la plus efficace possible, elles désapprouvent le processus actuel.

Les Premières Nations présentent toutefois une autre approche qui, compte tenu de la résolution et du résultat des séances régionales de dialogue, constitue un préalable essentiel pour obtenir des solutions valables dans le domaine des biens immobiliers matrimoniaux. Ainsi, les Premières Nations ont demandé à l'APN de définir une nouvelle orientation du processus actuel.

Une nouvelle orientation permettrait l'élaboration des processus et principes prescrits dans l'*Accord politique*, qui cernent adéquatement les questions relatives aux biens immobiliers matrimoniaux et favorisent l'obtention de résultats mutuellement acceptables. À notre avis, cette nouvelle orientation permettrait à court terme de trouver une solution rapide et efficace au profit des familles confrontées aux difficultés inhérentes au partage des biens immobiliers matrimoniaux et, à plus long terme, de faire progresser la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements de Première Nation.

Nous souhaitons vous rencontrer dès que possible pour discuter de nos préoccupations concernant le processus. Nous souhaitons également vous aviser que, tant que nous n'aurons pas trouvé de solutions mutuellement satisfaisantes à nos préoccupations, le mandat des dirigeants de l'APN se limitera à la promotion de la reconnaissance et de la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations et à celle de certaines options non législatives.

- 3 -

Nous demeurons déterminés à trouver une solution à la question des biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves. À ce sujet, nous vous encourageons fortement à nous rencontrer au moment qui vous semblera le plus opportun afin d'apaiser les inquiétudes des Premières Nations quant au processus et de poursuivre la recherche de solutions à cette question.

Veillez agréer, Monsieur le ministre, l'expression de mes salutations distinguées.

Phil Fontaine
Chef national



Nos terres, nos familles, nos solutions
Sous réserve

Annexe D.

Lettre du 25 septembre 2006
du Chef national Phil Fontaine au ministre Prentice



Le 25 septembre 2006

Monsieur Jim Prentice, député, C.P.
Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien
Chambre des communes
Ottawa ON K1A 0A6

Monsieur le ministre,

La présente lettre a trait à l'annonce de nomination d'une représentante spéciale pour la question des biens immobiliers matrimoniaux que vous avez faite le 21 juin 2006. Nous sommes heureux que le gouvernement prenne des mesures pour régler cette importante question et vous remercions d'avoir invité l'Assemblée des Premières Nations à prendre part au processus.

Vous trouverez ci-joint une copie d'une résolution de l'APN qui fait état du mandat qui lui a été dévolu pour assumer ce rôle de participation. Nous aimerions profiter de l'occasion pour ajouter quelques mots sur les paramètres de notre participation aux consultations sur les biens immobiliers matrimoniaux que vous tiendrez d'un bout à l'autre du pays.

L'Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations (« l'Accord ») définit le nouveau cadre d'un processus d'élaboration des politiques qui est fondé sur des principes de parité et de coopération. C'est en accord avec ces principes et cette démarche que nous voyons notre participation.

Nous sommes confiants que les résultats de la consultation et du processus d'édification d'un consensus que vous proposez ne sont pas déterminés à l'avance et que nous nous emploierons de concert à élaborer des solutions aux problèmes des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves qui soient compatibles avec l'esprit authentique de l'Accord. À cet égard, nous avons des réserves au sujet des échéances que vous proposez pour boucler l'ensemble de ce processus.

.../2

Compte tenu de propos de représentants du MAINC et de la représentante ministérielle tenus en notre présence, nous croyons comprendre que l'ensemble du processus culminera avec le dépôt, en avril ou mai 2007, d'un projet de loi fédéral.

Nous sommes d'accord avec vous qu'il s'agit d'une question urgente qui nécessite incessamment notre attention, mais sa solution implique des questions constitutionnelles et juridictionnelles complexes ainsi qu'une multitude de questions auxiliaires à caractère légal et social. À cet égard, nous ne sommes pas intéressés à participer à un processus qui, à toute vapeur, voudrait élaborer et mettre en œuvre des solutions qui n'auraient pas été dûment examinées. Cela ne pourrait se solder que par des épreuves encore plus grandes pour les citoyens des Premières Nations.

Étant donné que l'élaboration d'un projet de loi peut prendre jusqu'à un an, voire plus, surtout sur une question aussi complexe que celle-ci, nous nous inquiétons des délais exagérément courts et de l'allure précipitée que vous vous proposez d'adopter pour boucler ce programme de discussion et de recherche de positions communes devant aboutir au dépôt d'un projet de loi. À moins que vous ayez déjà en main des options législatives toutes faites sur cette question, nous pensons que votre objectif de dépôt en avril ou mai 2007 d'un projet de loi qui aborde correctement la multitude de questions que soulève le problème des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves ne peut être atteint.

Le sort réservé aux Premières Nations met toujours en jeu l'honneur de la Couronne. À tout le moins, l'exigence de communication de toutes les informations pertinentes ne peut être escamotée. Par conséquent, nous vous demandons de nous informer sans délai de toutes éventuelles options législatives que vous seriez en train d'étudier, ou que vous envisageriez d'étudier, et de nous dire si ces options en sont encore au stade d'idées, ou à celui de propositions achevées. Nous sommes confiants que vous partagerez également avec nous toute l'information dont le Cabinet aura été saisi sur cette question, ou un résumé de celle-ci pour que nous puissions juger des motivations et des ambitions du processus fédéral.

Nous souhaitons également vous exprimer clairement notre compréhension de la relation qui existe entre le processus de consultation que vous proposez et le processus d'élaboration paritaire des politiques sur lequel l'APN et le gouvernement du Canada se sont entendus et dont il est fait état dans l'Accord.

Vous avez nommé M^{me} Wendy Grant-John comme représentante de votre ministère et lui avez demandé de présenter un rapport qui comporterait notamment des recommandations issues du processus des échanges paritaires visant à dégager des positions communes. Dans l'esprit du processus paritaire d'élaboration des politiques prévu dans l'Accord, nous sommes d'avis et anticipons que, après que la représentante ministérielle aura déposé son rapport, vous apporterez celui-ci à la table du comité directeur mixte pour discussion.

Enfin, nous voulons également vous faire remarquer que les tribunaux ont reconnu les droits ancestraux et les droits issus des traités par lesquels les citoyens des Premières Nations sont liés à leurs terres de réserve. Votre gouvernement ne peut pas ignorer ce facteur dans l'élaboration des diverses manières possibles de régler la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Il doit trouver le moyen de faire place à ces droits ancestraux et à ces droits issus des traités qui sont les nôtres et se rappeler que toute solution législative proposée qui influencerait sur ces mêmes droits exigera notre consentement. Par conséquent, nous sommes confiants que, lorsque, éventuellement, elles nous seront soumises, toutes les options que votre gouvernement voudra proposer auront été dûment expurgées de tout risque de violation de nos droits ancestraux et de nos droits issus des traités.

Nous vous remercions de bien vouloir fournir aux Premières Nations des ressources pour leur permettre d'élaborer et de promouvoir des solutions au problème des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Nous diligenterons nos efforts pour identifier et mettre de l'avant de telles options et, enfin, vous confirmons que, dans notre esprit à nous, notre participation au processus que vous proposez n'équivaut pas de notre part à une acceptation de ses prémisses, ni de tout éventuel résultat prédéterminé auquel il aboutirait.

Veillez agréer, monsieur le ministre, l'expression de nos sentiments distingués.

Le Chef national

Phil Fontaine

cc. : Premières Nations
Comité exécutif national

pièce jointe



Nos terres, nos familles, nos solutions
Sous réserve

Annexe E.

Lettre du 1er novembre 2006
du ministre Prentice au Chef national Phil Fontaine



Bureau du ministre des Affaires indiennes et
du Nord canadien et interlocuteur fédéral
auprès des Médis et des Indiens non inscrits

OTTAWA, Canada K1A 0H4

Le 1^{ère} novembre 2006

Monsieur Phil Fontaine
Chef national
Assemblée des Premières Nations
473, rue Albert, 8^e étage
OTTAWA ON K1R 5B4

Monsieur Fontaine,

Je vous remercie de votre lettre du 25 septembre 2006 au sujet du processus de consultation concernant les biens immobiliers matrimoniaux (BIM). L'annonce qui a été faite pas plus tard que le 29 courant table sur le travail qui a été fait à ce sujet par l'Assemblée des Premières Nations (APN), l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) et le ministère canadien des Affaires indiennes et du Nord. La participation de l'APN a été précieuse et contribuera indubitablement à l'avènement d'une solution législative durable à ce problème.

Je puis vous assurer que notre gouvernement s'est engagé à régler ce problème afin que les populations autochtones, surtout les femmes et les enfants, qui vivent dans les réserves ne se voient plus nier l'accès à une répartition juste et équitable des BIM au moment de la dissolution d'un mariage ou de la séparation de conjoints de fait. Le temps est maintenant venu d'aller vers une solution législative. Pour ce faire, les séances de consultation qui ont maintenant commencé devraient se terminer en janvier 2007. Elles seront menées concurremment par nos trois instances et fourniront la matière de la phase finale de ce processus de consultation sur les BIM.

Le gouvernement a l'intention d'introduire une solution légiférée sur les BIM au parlement au printemps 2007. Je puis toutefois vous assurer que notre gouvernement n'a pas de solution prédéterminée ou de projet de loi tout prêt pour régler cette affaire. En continuant de prêter leur concours, les organismes autochtones et les voix des personnes qui sont touchées par ce problème des BIM influenceront sur la solution qui sera retenue.

Le document de consultation « *Trouver des solutions avec lesquelles nous pourrions vivre* » contribuera lui aussi à alimenter les discussions sur une solution législative et nous en fournirons des exemplaires à l'APN pour qu'elle puisse le distribuer. L'information contenue dans ce document, tout comme les observations et les points de vue exprimés par les populations autochtones, ne manqueront pas de donner lieu à l'élaboration d'une gamme de solutions qui seront examinées par les parties à la phase de la recherche de positions communes du processus de consultation.

Vous suggérez également dans votre lettre que le Comité directeur mixte soit saisi du rapport de la représentante ministérielle aux fins de discussion. Le MAINC ne s'oppose pas à cette idée, mais il serait prématuré pour le moment d'en parler. En outre, toute rencontre ou discussion de hauts fonctionnaires concernant la question des BIM devrait se faire avec la

participation de l'AFAC et ne devrait pas retarder l'introduction au printemps 2007 d'une solution législative à la très pressante question qui nous occupe.

M^{me} Wendy Grant-Johnson, notre représentante ministérielle, s'assurera que toutes les voix concernées soient entendues. Je serai sans doute bientôt informée de ses efforts et ses vues pour amener cette question des BIM à une solution législative durable qui saura prendre en compte le travail respectif de l'APN, de l'AFAC et des fonctionnaires du MAINC.

Je vous invite à me faire part de toutes autres idées qui pourraient aider à garantir que les populations autochtones, surtout les femmes et les enfants, jouissent à l'égard des BIM du même accès aux recours et aux avantages de la loi que les autres Canadiens.

Veillez avoir l'obligeance d'agréer, Monsieur Fontaine, l'expression de nos sentiments distingués.

Le ministre Jim Prentice, député, C.P., C.R.

[signature]



Nos terres, nos familles, nos solutions
Sous réserve

Annexe F.

Lettre du 20 novembre 2006
du Chef national Phil Fontaine à tous les Chefs



Le 20 novembre 2006

Objet : Avis à l'intention de tous les Chefs

Madame, Monsieur,

Je souhaite, par la présente, vous informer que l'Assemblée des Premières Nations (APN) a commencé à tenir ses séances de dialogue régional sur les biens immobiliers matrimoniaux (BIM) dans l'ensemble du pays. Celles-ci dureront de novembre à décembre 2006. Je vous invite à consulter le site Web de l'APN afin d'obtenir de plus amples renseignements sur le sujet. Bien que de la documentation supplémentaire soit sur le point d'être diffusée, je tiens à vous renseigner sur la nature particulière de ces séances de dialogue régional.

L'initiative sur les BIM a été annoncée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien le 21 juin 2006. L'absence de législation permettant de partager les BIM en cas de rupture ou de divorce constitue depuis très longtemps une source de préoccupations pour les Premières Nations. Ce problème résulte une fois de plus de la loi fédérale inadéquate et imparfaite qui a été imposée à nos communautés. Certaines Premières Nations ont été proactives en élaborant leurs propres processus communautaires concernant les BIM. Cependant, le gouvernement fédéral n'a pas reconnu leurs processus.

L'actuelle initiative a pour but de combler le vide juridique au moyen de processus et de méthodes proposés par les Premières Nations. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien envisage de présenter un rapport contenant des options législatives au printemps de 2007.

Le ministre a nommé une représentante ministérielle, Madame Wendy Grant-John, pour gérer ce dossier. L'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) participera également aux discussions et interviendra surtout durant les séances réunissant des femmes des Premières Nations vivant à l'intérieur et à l'extérieur des réserves.

L'APN tiendra des séances de dialogue régional avec les dirigeants, les citoyens, les hommes, les femmes, les jeunes et les aînés des Premières Nations. Nous souhaitons que le plus grand nombre possible de personnes participe à ce processus. Le gouvernement est à l'origine du problème, mais il est important que nous, les Premières Nations, y trouvions des solutions.

Notre travail sera axé sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements et de la compétence des Premières Nations. Et il sera guidé par le principe directeur suivant : la solution doit être élaborée par les Premières Nations.

Le gouvernement a déclaré qu'il souhaitait adopter l'une des trois solutions suivantes :

- i. L'application de lois provinciales dans les réserves;
- ii. L'application de lois provinciales accompagnées d'un pouvoir législatif délégué aux Premières Nations;
- iii. L'élaboration d'une loi fédérale et la délégation d'un pouvoir législatif aux Premières Nations.

Bien que le gouvernement fédéral souhaite appliquer l'une de ses trois options, l'APN affirme que son rapport et ses recommandations exprimeront uniquement l'avis des Premières Nations, qu'il corresponde ou pas aux propositions du gouvernement. Les travaux de l'APN dans le domaine des BIM sont régis par la résolution n° 32/2006 de l'APN, qui demande l'élaboration de solutions préconisant la reconnaissance et le respect des gouvernements et de la compétence des Premières Nations.

L'APN propose ses propres solutions aux fins d'examen. Bien qu'elles ne soient pas les seules à être envisagées, elles ont pour but de susciter la discussion concernant les moyens à mettre en œuvre :

- i. Loi de reconnaissance– présenter un projet de loi préconisant la reconnaissance de la compétence des Premières Nations dans le domaine des BIM situés dans les réserves. Ce projet de loi ouvrirait la voie à l'adoption et à l'application de lois sur les BIM des Premières Nations;
- ii. Accord de gouvernement à gouvernement et loi de mise en œuvre – reconnaissance et exercice de la compétence des Premières Nations dans le domaine des BIM au moyen des trois instruments suivants :
 - a. des accords de gouvernement à gouvernement entre le gouvernement fédéral et les Premières Nations participantes, qui définiraient les rôles et les responsabilités et qui reconnaîtraient de facto la compétence des Premières Nations dans le domaine des BIM;
 - b. une loi fédérale permettant la ratification et la mise en œuvre de l'accord;
 - c. une loi semblable, promulguée par les Premières Nations signataires de l'accord, qui établirait les régimes de partage des BIM.
- iii. Mesures d'application– des éventuelles mesures d'application que les Premières Nations pourraient inclure dans leur plan de gestion des BIM. Ces mesures seraient, entre autres, les suivantes : des tribunaux des Premières Nations et/ou des processus de règlement des différends.

De plus amples renseignements sur chacune des options seront fournis au début des séances de dialogue régional. Les Premières Nations souhaiteront éventuellement adopter l'une de ces options, s'en inspirer pour en élaborer d'autres ou proposer des solutions entièrement nouvelles. Les recommandations qui seront formulées seront celles qui seront présentées dans le rapport de l'APN destiné à la représentante ministérielle du ministre.

Je tiens à souligner que vous, comme tous les citoyens des Premières Nations, avez la possibilité d'exprimer votre opinion dans le cadre de ces séances de dialogue. Il ne fait aucun doute que le gouvernement fédéral a l'obligation de nous consulter avant de prendre une initiative susceptible de porter atteinte à nos droits ancestraux ou issus de traités. De notre côté, il est de notre devoir de faire connaître nos préoccupations au gouvernement. Toute recommandation formulée par l'APN devra préalablement être approuvée par les Chefs en assemblée au cours de l'assemblée extraordinaire qui sera consacrée aux biens immobiliers matrimoniaux.

Dans cet esprit, je vous invite à donner votre avis durant les séances de dialogue régional. Nous avons besoin de votre opinion, de vos idées et de vos conseils. L'APN rejettera et contrecarrera toute tentative gouvernementale visant à briser ou à nier la volonté des Premières Nations. De plus, cette question requiert notre attention et notre intervention, car elle concerne nos citoyens, notre peuple, nos gouvernements, nos familles et notre avenir.

Cordialement.

Phil Fontaine
Chef national



Nos terres, nos familles, nos solutions
Sous réserve

Annexe G.

Lettre du 1er décembre 2006
du Chef national Phil Fontaine au ministre Prentice



Le 1^{ère} décembre 2006

L'honorable Jim Prentice, P.C., député
Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien
10, rue Wellington
Gatineau (Québec) K1S 0H4

Monsieur le Ministre,

Je vous remercie de votre lettre datée du 1^{er} novembre 2006, en réponse à ma correspondance du 25 septembre dernier concernant le processus du gouvernement sur les biens immobiliers matrimoniaux (BIM).

Dans votre lettre, vous faites remarquer que les séances de consultation ont maintenant débuté et qu'elles seront menées par les trois organisations. Vous affirmez aussi que l'étape finale de votre processus de consultation sur les BIM reposera sur les séances de consultation. Nous déclarons catégoriquement que l'Assemblée des Premières Nations (APN) n'effectue pas de consultations auprès des Premières Nations au nom de la Couronne. Ceci contreviendrait à la loi, car la Cour suprême du Canada a clairement stipulé que la Couronne ne peut déléguer ses obligations de consultation à des tiers.

Comme je l'ai indiqué dans ma lettre du 25 septembre 2006, l'APN travaille assidûment en vue de faciliter la recherche de solutions qui aideront à déterminer les intérêts des Premières Nations et à élaborer des options qui les respectent. L'APN joue aussi un rôle important qui consiste à informer les citoyens des Premières Nations sur les questions entourant les BIM dans les réserves. Selon nos analyses des pratiques exemplaires et de la jurisprudence en ce domaine, ce rôle est une condition préalable à des consultations significatives et constructives.

Nous sommes très heureux d'avoir la possibilité de remplir les rôles importants de facilitation et d'éducation du public. Le rôle de l'APN est essentiel lorsqu'il s'agit de cerner les problèmes et de les étudier, compte tenu de la diversité des Premières Nations dans tout le Canada et donc de la vaste gamme d'options potentielles qui pourrait être requise pour répondre à leurs intérêts distincts.

Cependant, le travail de l'APN à cet égard ne doit pas faire oublier ou se substituer à l'obligation de la Couronne de consulter chaque Première Nation lorsque la Couronne a connaissance, réelle ou par interprétation, de l'existence potentielle de droits ancestraux ou issus d'un traité et envisage des projets qui pourraient avoir des effets négatifs sur ces droits.

Ce point de vue est manifestement soutenu par les Premières Nations qui ont participé aux séances régionales de dialogue organisées par l'APN en Saskatchewan, en Colombie-Britannique, au Manitoba, au Yukon et dans les provinces atlantiques. Les participants ont unanimement déclaré que les consultations doivent se faire à l'échelle communautaire et être effectuées auprès de la Première Nation dont les droits ancestraux ou issus d'un traité pourraient subir une incidence négative à la suite d'une solution juridique. Les participants nous ont également tous déclaré que le calendrier de votre processus à l'échelle du pays est beaucoup trop court.

Comme vous, nous avons pour objectif de régler cette question aussi rapidement que possible, mais nous pensons qu'il est tout à fait impossible que la Couronne puisse remplir ses obligations

de consultation des Premières Nations d'ici le printemps 2007. Nous ne souhaitons pas retarder le règlement de cette importante question et nous continuerons à travailler assidûment avec vous pour mettre sur pied un plan d'action sur les questions entourant les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, en tenant compte des options et solutions non législatives qui seront mises de l'avant durant le processus.

Le manque de politique clairement définie de votre gouvernement quant aux consultations avec les Premières Nations semble entraver les progrès sur cet important sujet. Notre travail sur la résolution des questions entourant les BIM dans les réserves nous amène à inviter votre gouvernement à entamer une collaboration immédiate avec les Premières Nations en vue d'élaborer une politique et un processus de consultation précis, transparent et mutuellement satisfaisant. Cette importante tâche peut être entreprise en vertu de *l'Accord politique entre les Premières Nations et la Couronne sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements de Première Nation*, qui établit un cadre de travail axé sur une approche conjointe et collaborative pour guider l'élaboration des politiques.

Comme vous le savez, les citoyens des Premières Nations ont aussi exprimé unanimement leur opposition à l'application des lois provinciales sur leurs terres. Ce sentiment se reflète également dans la résolution n° 32/2006 de l'APN. Les commentaires que vous avez émis devant le Comité sénatorial permanent des Droits de la personne le 30 octobre 2006 sont encourageants et me permettent de croire que vous entrevoyez également les difficultés qu'engendrerait l'imposition pure et simple de la législation provinciale aux Premières Nations.

J'espère que le fait de privilégier la recherche de solutions et une approche plus générale, plutôt que de s'en tenir à des délais rigides et exiger absolument un dénouement juridique, donnera lieu à un changement concret et sera synonyme de justice pour tous les citoyens des Premières Nations.

Veuillez agréer, Monsieur le ministre, l'expression de mes plus cordiales salutations.

Phil Fontaine
Chef national

c.c. Wendy Grant-John
Beverly Jacobs
Bill Graham (Anita Neville, CE)
Jack Layton (Jean Crowder, CE)
Gilles Duceppe (Marc Lemay, CE)



Nos terres, nos familles, nos solutions
Sous réserve

Annexe H.

Résolution no 06/88 des Chefs de l'Ontario



ÉBAUCHE
Résolution 06/88

Biens immobiliers matrimoniaux

ATTENDU que le gouvernement fédéral a imposé un processus de consultation nationale au sujet de l'initiative intitulée Biens immobiliers matrimoniaux (BIM) qui a commencé le 21 juin 2006;

ATTENDU que ce processus de consultation prévoit l'établissement par l'Assemblée des Premières Nations (APN), l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) et la représentante ministérielle, Wendy Grant-John, d'un rapport contenant des recommandations de solutions;

ATTENDU que, bien que la planification débutera cette année, le projet de loi est prévu pour avril-mai 2007 et que les activités de consultation seront dotées d'un budget de 2,7 millions de dollars réparti en trois phases;

ATTENDU que des réserves ont été exprimées au niveau national au sujet du fait que la fin de la consultation devait coïncider avec la fin de 2006, et que les séances régionales de discussion sont destinées à regrouper des participants sur tous les aspects de la question des biens immobiliers matrimoniaux – compétences, droits ancestraux et droits issus de traités, consultation et accommodement, administration de la justice, droits collectifs et droits individuels, non-membres de bandes devant les questions de résidence et d'héritage, violence familiale, régime foncier, droits enregistrés et rôle des politiques de logement;

ATTENDU que les Premières Nations règlent ces questions de biens immobiliers matrimoniaux et autres questions familiales depuis des temps immémoriaux selon des pratiques, des coutumes et des traditions qui leur sont propres;

ATTENDU que les Chefs en assemblée de la Nation Anishinabek ont choisi de se doter d'un processus législatif pour l'adoption d'une loi de la Nation Anishinabek sur les biens immobiliers matrimoniaux qui reconnaît la compétence de cette dernière sur ces complexes questions et, par conséquent, ont résolu de ne pas se joindre au processus de consultation des Chefs de l'Ontario;

ATTENDU que le gouvernement du Canada a répondu qu'il créerait une nouvelle loi fédérale pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux sur les terres de réserve;

POUR CES MOTIFS, nous, Chefs en assemblée, rejetons l'imposition unilatérale de lois sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves qui n'émaneraient pas des Premières Nations.

POUR CES MOTIFS, la présente résolution ne concerne pas le processus dans lequel la Nation Anishinabek s'est engagée ainsi que la loi que celle-ci se propose d'adopter sur la question des biens immobiliers matrimoniaux;

POUR CES MOTIFS nous, Chefs en assemblée, ordonnons que le processus de consultation APN/AINC/AFAC soit stoppé et réorganisé selon une structure et un échéancier appropriés dictés par nous;

POUR CES MOTIFS nous, Chefs en assemblée, rejetons l'allocation de financement de l'Ontario pour une participation aux séances régionales de discussion de l'APN;

POUR CES MOTIFS, chacune des Premières Nations de l'Ontario mettra sur pied un processus de consultation *bona fide* et constructif qui lui sera propre et créera et promulguera sa propre loi autochtone sur les biens immobiliers matrimoniaux.

Proposeur : Dave General, Chef, Six Nations du Territoire de Grand River

Coproposeur : Dean Sayers, Chef, Ojibways de Batchewana



Nos terres, nos familles, nos solutions
Sous réserve

Annexe I.

Guide des ressources de l'APN





Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves
Nos terres, nos familles, nos solutions

Séances régionales de discussion
Guide de ressources



Novembre 2006

AU SUJET DE L'ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS

L'Assemblée des Premières Nations (APN) est le représentant politique national des gouvernements des Premières Nations et de leurs citoyens au Canada, y compris ceux qui vivent dans les réserves, dans les régions urbaines et dans les zones rurales. Tout Chef du Canada a le droit d'être membre de l'Assemblée. Le Chef national est élu par les Chefs du Canada, lesquels sont à leur tour élus par leurs concitoyens.

Le rôle et la fonction de l'APN consistent à servir de forum national délégué destiné à déterminer et à harmoniser des mesures collectives efficaces pour toutes les questions présentées par les Premières Nations en vue d'être étudiées, révisées et réglées, ainsi qu'à promouvoir les aspirations des Premières Nations.

Pour plus d'information, veuillez communiquer avec nous :

473, rue Albert, bureau 810
Ottawa ON K1R 5B4

Téléphone : 613-241-6789
Sans frais : 1-866-869-6789
Télécopieur : 613-241-5808

Ou visitez le site web de l'APN à www.afn.ca.

AU SUJET DU PRÉSENT GUIDE DE RESSOURCES

Le 21 juin 2006, l'honorable Jim Prentice, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et interlocuteur fédéral auprès des Métis et des Indiens non inscrits, a annoncé que le gouvernement fédéral tiendrait des consultations nationales sur les biens immobiliers matrimoniaux, et il a fait de Wendy Grant-John sa représentante ministérielle.

Le ministre Prentice a invité l'APN et l'Association des femmes autochtones du Canada à proposer des solutions aux problèmes qui touchent les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. L'APN entamera un dialogue, tant à l'échelle régionale que nationale, conformément à ce que prévoit sa Résolution n° 32/2006, qui exige l'élaboration de solutions afin de reconnaître et d'exercer la compétence des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux sur les terres de réserve. La Résolution n° 32/2006 est fournie à l'Annexe 2.

Pour aider les Premières Nations et leurs citoyens à proposer des options, l'APN coordonne et anime des séances régionales de discussion dans tout le pays. Les séances se déroulent de novembre 2006 à janvier 2007. Le présent Guide de ressources fournit des renseignements généraux pertinents, et soumet des questions qui faciliteront la discussion en vue de trouver des solutions aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Les renseignements ici proposés ne constituent en rien un avis juridique, et ne devraient pas être perçus ou utilisés comme tel. Nul ne devrait agir sur la foi des renseignements contenus dans le présent document sans d'abord obtenir l'avis de son représentant juridique, quel que soit le sujet traité.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	2
VIDE LÉGISLATIF DANS LES RÉSERVES	2
CONSULTATIONS NATIONALES DU MINISTRE SUR LES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX.....	2
RÔLE DE L'APN DANS LES CONSULTATIONS NATIONALES.....	2
IMPORTANCE DE FAIRE ENTENDRE VOTRE VOIX.....	3
QUE SONT LES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX?.....	4
BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX.....	4
TYPES DE BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX TROUVÉS DANS LES RÉSERVES.....	4
PRINCIPAUX ENJEUX ET POINTS À CONSIDÉRER.....	5
TITRE ABORIGÈNE ET DROITS ISSUS DE TRAITÉS.....	5
CONSULTATION ET CONCILIATION.....	5
RECONNAISSANCE JUDICIAIRE DE LA COMPÉTENCE DES PREMIÈRES NATIONS SUR L'AMÉNAGEMENT DES TERRES.....	5
RECONNAISSANCE JUDICIAIRE DE LA COMPÉTENCE DES PREMIÈRES NATIONS EN MATIÈRE DE DROIT DE LA FAMILLE.....	5
RECONNAISSANCE, PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL, DE LA COMPÉTENCE DES PREMIÈRES NATIONS EN MATIÈRE DE DROIT DE LA FAMILLE.....	6
NATURE DES TERRES DE RÉSERVE.....	6
DROITS INDIVIDUELS AUX TERRES DE RÉSERVE - CERTIFICATS DE POSSESSION ET ATTRIBUTIONS COUTUMIÈRES.....	7
INTÉRÊT COLLECTIF DES MEMBRES DE LA BANDE DANS LES TERRES DE RÉSERVE.....	7
MISE EN ÉQUILIBRE DES DROITS INDIVIDUELS ET COLLECTIFS.....	8
ENREGISTREMENT DES TITRES DE PROPRIÉTÉ.....	8
CONJOINTS NON MEMBRES DE LA BANDE.....	8
GARDE D'ENFANTS.....	9
DROIT AUX BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX À LA MORT D'UN CONJOINT.....	9
VIOLENCE CONJUGALE.....	10
PÉNURIE DE LOGEMENTS.....	10
ACCÈS À LA JUSTICE.....	11
MISE EN APPLICATION.....	11
PRINCIPES DIRECTEURS.....	12
PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ACCORD POLITIQUE.....	12
AUTRES PRINCIPES DIRECTEURS.....	12
PRINCIPES DIRECTEURS PROPOSÉS PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL.....	13
PRINCIPES ET OBJECTIFS DU DROIT FAMILIAL PROVINCIAL ET TERRITORIAL.....	14
VOIES DE RECOURS.....	15
RECOURS TRADITIONNELS DES PREMIÈRES NATIONS.....	15
VOIES DE RECOURS PRÉVUES AUX LOIS PROVINCIALES ET TERRITORIALES.....	16
OPTIONS ET SOLUTIONS.....	17
OPTIONS LÉGISLATIVES DES PREMIÈRES NATIONS.....	17
OPTIONS LÉGISLATIVES DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL.....	19
OPTIONS NON LÉGISLATIVES.....	20
COMMENT NOUS COMMUNIQUER VOS COMMENTAIRES?.....	25
ANNEXE A LISTE DES QUESTIONS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION.....	26
ANNEXE B RÉSOLUTION N^o 32/2006 ADOPTÉE À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ANNUELLE DE L'APN.....	29
ANNEXE C ACCORD POLITIQUE ENTRE LES PREMIÈRES NATIONS ET LA COURONNE FÉDÉRALE PORTANT SUR LA RECONNAISSANCE ET LA MISE EN ŒUVRE DES GOUVERNEMENTS DES PREMIÈRES NATIONS.....	3230

INTRODUCTION

VIDE LÉGISLATIF DANS LES RÉSERVES

Le gouvernement fédéral ne reconnaît pas les lois traditionnelles des Premières Nations qui pourraient aider les couples à se répartir la maison et la terre familiales lorsqu'un mariage éclate. De plus, chaque fois que les Premières Nations adoptent des lois sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, le gouvernement fédéral les rejette car, à son avis, elles outrepassent les pouvoirs de réglementation prévus à l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*.

Depuis les arrêts rendus par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Derrickson c. Derrickson* et *Paul c. Paul*, les lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux ne s'appliquent plus aux terres de réserveⁱ.

Même si le gouvernement fédéral peut promulguer des lois sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il a choisi de ne pas le faire. Par conséquent, ni la *Loi sur les Indiens* ni aucune autre loi fédérale ne traitent des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Ces facteurs ont creusé un vide législatif dans les réserves, en ce qui a trait à la division des biens immobiliers matrimoniaux par suite de la rupture d'un mariageⁱⁱ. Les consultations nationales du ministre visent à combler ce vide.

CONSULTATIONS NATIONALES DU MINISTRE SUR LES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX

Le 21 juin 2006, l'honorable Jim Prentice, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et interlocuteur fédéral auprès des Métis et des Indiens non inscrits, a annoncé que le gouvernement fédéral tiendrait des consultations nationales sur les biens immobiliers matrimoniaux, et il a fait de Wendy Grant-John sa représentante ministérielle. La mesure du ministre comporte trois volets, soit 1) planification et préparation; 2) consultation; 3) établissement d'un consensus.

Le ministre Prentice a invité l'APN et l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) à proposer des solutions à la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. À l'étape de l'établissement du consensus, la représentante ministérielle travaillera avec l'APN, l'AFAC et Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) afin d'amener les parties à s'entendre sur les options qui ressortent des consultations nationales.

Le ministre a demandé à M^{me} Grant-John de recommander des options, qui pourraient être de nature législative, si jamais les parties n'arrivent pas à s'entendre. Le ministre compte déposer un projet de loi sur les biens immobiliers matrimoniaux au printemps 2007.

RÔLE DE L'APN DANS LES CONSULTATIONS NATIONALES

La Résolution n^o 32/2006 de l'APN exige l'élaboration d'options afin de reconnaître et d'exercer la compétence des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux sur les terres de réserve.

Pour aider les Premières Nations et leurs citoyens à cerner des options, l'APN coordonne et anime des séances régionales de discussion dans tout le pays. Les séances se déroulent de novembre 2006 à janvier 2007, et elles seront résumées dans un rapport définitif.

Le rapport sera soumis aux Chefs réunis en assemblée extraordinaire afin qu'ils l'examinent et fournissent des directives sur les options et les recommandations qu'il renferme. Les directives des Chefs en assemblée formeront la base du mandat confié à l'APN, à l'étape de

l'établissement d'un consensus que dirigera la représentante ministérielle et des dialogues qui suivront avec le gouvernement du Canada.

IMPORTANCE DE FAIRE ENTENDRE VOTRE VOIX

Dans les réserves, lorsqu'une union se brise, le vide législatif où flottent les lois sur les biens immobiliers matrimoniaux ainsi que le manque chronique de logements forcent souvent l'un des deux conjoints, ou les deux, ainsi que leurs enfants à quitter la collectivité pour se reloger. À défaut de règles reconnues qui aideront les couples à se répartir équitablement les intérêts qu'ils détiennent dans la maison familiale, les résultats risquent fort de décevoir.

L'éclatement d'un mariage compte sans doute parmi les moments les plus éprouvants de la vie. L'absence de régime législatif accentue les tensions que crée une rupture chez les couples et les familles des Premières Nations. Les couples des réserves ont droit à la certitude. Ils peuvent aussi s'attendre à une juste indemnisation de leur part de la maison familiale, de sorte qu'ils puissent trouver un logement adéquat où se loger avec leurs enfants à la suite d'une rupture. Notre avenir repose sur nos enfants, et ils devraient être en mesure de vivre dans les collectivités des Premières Nations et d'apprendre leurs langues et leurs cultures.

Nous devons agir immédiatement pour endiguer le flot des membres des Premières Nations qui quittent nos collectivités en raison de la pénurie chronique de logements qui frappe et, dans certains cas, du vide législatif où flottent les lois sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Puisque la question touche les familles et les collectivités des Premières Nations, il importe que tous les citoyens et les dirigeants des Premières Nations se prononcent.

Le ministre a clairement déclaré qu'il déposera un projet de loi au printemps 2007. Voilà une raison tout aussi impérieuse de veiller à faire entendre votre voix.

Même si le gouvernement fédéral est tenu de consulter les Premières Nations sur un projet de décision ou de mesure qui risque de porter atteinte à nos droits ancestraux et issus de traités, les tribunaux ont stipulé que les Premières Nations ont l'obligation réciproque de faire connaître leurs préoccupations au gouvernement, de réagir aux tentatives de la Couronne en vue de concilier nos préoccupations et nos suggestions, et d'essayer de trouver une solution mutuellement acceptable. Ainsi, à défaut de faire connaître nos préoccupations au gouvernement, et d'essayer de trouver une solution satisfaisante de part et d'autre, nous agirons à notre détriment.

La Couronne ne doit pas prendre à la légère son devoir de consulter les Premières Nations. Les tribunaux ont précisé que les consultations doivent être entreprises dans l'intention véritable de tenir réellement compte des préoccupations des Premières Nations, et que les observations des Premières Nations doivent être prises en considération avec sérieux et, lorsque c'est possible, intégrées d'une façon qui puisse se démontrer dans le plan d'action proposéⁱⁱⁱ.

Nous avons là une occasion de composer avec les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, en conformité avec nos droits et nos responsabilités. Saisissons cette occasion en exposant clairement les solutions que nous privilégions et, le cas échéant, en informant le gouvernement de nos préoccupations.

Les solutions imposées ne fonctionnent pas. Les membres des Premières Nations doivent absolument participer à l'élaboration de solutions bien à eux, en ce qui concerne leurs familles et leurs terres. Assurez-vous de faire entendre votre voix.

QUE SONT LES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX?

BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX

Le terme juridique « biens immobiliers matrimoniaux » désigne la maison familiale et la terre sur laquelle elle se trouve. Les biens matrimoniaux peuvent englober toute autre terre qu'un couple possédait avant une séparation ou un divorce.

TYPES DE BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX TROUVÉS DANS LES RÉSERVES

Quels biens immobiliers matrimoniaux y a-t-il dans les réserves? On y trouve la maison familiale, voire la terre détenue par un couple en vertu d'un certificat de possession ou d'une attribution coutumière.

- **Maison familiale**

Les terres de réserve sont collectivement détenues par tous les membres de la bande. Le par. 89(1) de la *Loi sur les Indiens* interdit formellement d'hypothéquer les « biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ». Cette mesure vise à protéger les intérêts collectifs des membres des bandes sur leurs terres de réserve. Par conséquent, la plupart des couples qui souhaitent bâtir ou acheter une maison familiale dans une réserve, ne peuvent simplement contracter une hypothèque à cette fin auprès d'une banque. Peu nombreux sont les couples qui peuvent bâtir ou acheter une maison familiale sans aide financière quelconque. C'est notamment le cas des couples des réserves, dont le revenu moyen s'élevait à 15 667 \$ en 2006.

Puisque les terres de réserve ne peuvent être hypothéquées, la plupart des couples désireux de bâtir ou d'acheter une maison familiale dans une réserve doivent obtenir un prêt ou une subvention auprès de leur bande ou du gouvernement fédéral. Dans les réserves, les domiciles familiaux sont répartis en trois catégories de logement :

 **Logement en propriété individuelle** : Logement payé par le ou les membres de la bande qui l'occupent et pour lequel ils ont pu obtenir un prêt bancaire ou une subvention de la bande. Bien que ces membres soient propriétaires de la maison, il se peut qu'ils occupent la terre qui appartient à la bande en général, en vertu d'une convention de location avec la bande.

 **Logement social** : Logement qui appartient à la bande et pour lequel un ou des membres versent des paiements. Une fois la maison entièrement remboursée à la bande, celle-ci en transfère la possession aux membres de la bande concernés.

 **Logement locatif appartenant à la bande** : Logement loué à la bande. Certaines bandes utilisent des conventions de bail ou adoptent des politiques de logement qui prévoient des dispositions en cas de séparation des locataires^{iv}.

- **Certificat de possession**

Le certificat de possession équivaut à un intérêt foncier dans une réserve. Il a été créé par le gouvernement fédéral en vertu de la *Loi sur les Indiens* et permet à son titulaire - un membre de la bande - de posséder légalement la parcelle de terre inscrite au certificat. Même si tous les membres d'une bande peuvent demander un certificat de possession, un tel document est délivré à la discrétion du conseil de bande et doit être approuvé par le ministre. Autrement dit, les membres de la bande n'y ont pas automatiquement droit. De plus, le certificat de possession, contrairement à l'intérêt de propriété absolue, ne fait pas du détenteur le propriétaire de la terre. D'après la *Loi sur les Indiens*, c'est plutôt la Couronne fédérale qui, en common law, est propriétaire de toutes les terres de réserve.

- **Attribution coutumière**

Une attribution coutumière constitue un autre droit que les membres des bandes peuvent acquérir pour posséder des terres de réserve. Les attributions coutumières sont des attributions de terres consenties par les bandes ou par les gouvernements de bande à leurs membres, conformément à leurs coutumes et traditions.

PRINCIPAUX ENJEUX ET POINTS À CONSIDÉRER

Lorsqu'on cherche des solutions aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, de nombreux éléments doivent être pris en considération. Voici certains des principaux enjeux et éléments qu'il serait pertinent d'examiner :

TITRE ABORIGÈNE ET DROITS ISSUS DE TRAITÉS

Les tribunaux ont confirmé que les Premières Nations détiennent des droits ancestraux et issus de traités relativement à leurs terres de réserve^v. Par conséquent, les terres de réserve tombent sous la protection du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voilà le point de départ incontournable de toute discussion en vue de résoudre le vide législatif. Il faut en tenir compte dans la quête de solutions aux problèmes qui touchent les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, et dans l'évaluation de toute option législative proposée par le gouvernement fédéral.

CONSULTATION ET CONCILIATION

Des causes récemment portées devant les tribunaux ont confirmé que le gouvernement fédéral ne peut décider unilatéralement de promulguer une loi qui risque de porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités ou aux intérêts des Autochtones, sans d'abord consulter les Premières Nations et justifier toute violation éventuelle de leurs droits protégés par la Constitution. Par ailleurs, lorsqu'un droit ancestral ou issu de traité est fortement étayé, le gouvernement fédéral peut même être appelé à concilier ce droit ou à obtenir le consentement des Premières Nations pour les mesures qu'il propose, y compris ses initiatives législatives. Ces facteurs doivent aussi éclairer la quête de solutions.

RECONNAISSANCE JUDICIAIRE DE LA COMPÉTENCE DES PREMIÈRES NATIONS SUR L'AMÉNAGEMENT DES TERRES

Les tribunaux ont reconnu la compétence des Premières Nations sur l'aménagement des terres de réserve. Dans l'affaire *Delgamuukw*, par exemple, la Cour suprême du Canada a maintenu que le titre aborigène, dans sa forme intégrale, englobe le droit de gérer des terres détenues en vertu de ce titre. Les attributions coutumières relèvent aussi du droit coutumier des Premières Nations, et il y a lieu de se demander si les lois provinciales peuvent s'appliquer à cette forme traditionnelle de gestion des terres de réserve par les Premières Nations. La recherche de solutions relatives aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves doit tenir compte de la compétence des Premières Nations sur l'aménagement des terres de réserve.

RECONNAISSANCE JUDICIAIRE DE LA COMPÉTENCE DES PREMIÈRES NATIONS EN MATIÈRE DE DROIT DE LA FAMILLE

Les Premières Nations règlent les questions qui relèvent du droit de la famille en s'appuyant sur des lois, des coutumes et des pratiques traditionnelles qui portent, notamment, sur la répartition des biens matrimoniaux à la rupture d'un mariage. Les tribunaux ont reconnu les lois, coutumes et pratiques traditionnelles associées à la famille des Premières Nations (p. ex.,

l'adoption et le mariage). Dans l'affaire *Campbell*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a aussi reconnu les droits des Premières Nations à l'autonomie gouvernementale.

La reconnaissance judiciaire du droit général à l'autonomie gouvernementale associée à celle de la compétence des Premières Nations sur une série de questions qui relèvent du droit de la famille doivent également entrer en ligne de compte dans les discussions, avec le gouvernement fédéral, qui visent à trouver des solutions au vide législatif.

RECONNAISSANCE, PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL, DE LA COMPÉTENCE DES PREMIÈRES NATIONS EN MATIÈRE DE DROIT DE LA FAMILLE

Le gouvernement fédéral a, dans une certaine mesure, reconnu la compétence et le pouvoir législatif des Premières Nations en matière de droit de la famille et de répartition des biens immobiliers matrimoniaux. Cette reconnaissance ressort des accords d'autonomie gouvernementale, de la *Loi portant sur la ratification de l'Accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières nations et visant sa prise d'effet (Loi sur la gestion des terres des Premières nations (LGTPN))* et des lois subséquentes de compétence fédérale et de Premières Nations qui visent la mise en œuvre de l'Accord-cadre. L'accord de Meadow Lake, par exemple, procure une compétence exclusive à la Première Nation sur tout ce qui a trait aux biens matrimoniaux à l'intérieur de ses terres. La LGTPN reconnaît aussi les attributions coutumières; il s'agit, en quelque sorte, d'une loi coutumière ou traditionnelle des Premières Nations.

De plus, des traités modernes reconnaissent les pouvoirs législatifs des Premières Nations sur les questions qui touchent le droit de la famille, dont celui des Nisga'as. Les dispositions de ce traité relatives au droit de la famille comptent parmi celles que le Parti libéral de la Colombie-Britannique n'a pu contester dans l'affaire *Campbell*. Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a stipulé que les Premières Nations jouissent d'un droit inhérent existant à l'autonomie gouvernementale.

Par conséquent, en plus des jugements rendus et des éléments constitutionnels à considérer, des décisions phares soutiennent la reconnaissance et la mise en œuvre de la compétence des Premières Nations relativement à la répartition des biens immobiliers matrimoniaux en cas de rupture du mariage. Dans tout dialogue mené avec le gouvernement fédéral pour trouver des solutions au vide législatif, ces précédents ne peuvent être passés sous silence.

NATURE DES TERRES DE RÉSERVE

La nature juridique des terres de réserve complique la recherche de solutions. Aussi bien les terres de réserve que les terres détenues en vertu du titre aborigène sont inaliénables, sauf si elles sont cédées à la Couronne. Dans l'affaire *Delgamuukw*, la Cour suprême du Canada a expliqué comme suit la protection contre l'aliénation accordée aux terres de réserve et aux terres détenues en vertu d'un titre aborigène :

L'aliénation des terres en question éteindrait le droit des Autochtones de les occuper et mettrait fin au rapport qu'ils entretiennent avec celles-ci...

Afin de s'acquitter de sa responsabilité de protéger les terres de réserve contre l'aliénation, la Couronne a inscrit de nombreuses dispositions en ce sens à la *Loi sur les Indiens*.

À titre d'exemple, les articles 29 et 89 de la *Loi sur les Indiens* protègent les terres de réserve contre la saisie sous le régime d'un acte judiciaire. C'est dire que les terres de réserve ne peuvent être saisies et vendues pour rembourser une dette contractée par un membre de la bande. En outre, l'article 89 interdit de grever des terres de réserve d'une hypothèque, et la majorité des banques refusent donc de consentir des prêts à des membres des Premières Nations pour l'achat d'une maison à l'intérieur d'une réserve. Par ailleurs, même si les

banques acceptent de prêter à des membres des Premières Nations, les articles 29 et 89 empêchent toujours la saisie et la vente de terres de réserve. Par conséquent, même si les terres de réserve pouvaient être grevées d'une hypothèque, les banques resteraient incapables de saisir et de vendre des terres de réserve détenues en vertu d'un certificat de possession, d'une attribution coutumière ou autrement, si l'emprunteur faisait défaut de paiement.

Pour protéger encore davantage les terres de réserve contre l'aliénation, seuls les bandes et leurs membres sont en droit de les posséder. À titre d'exemple, le par. 28(1) de la *Loi sur les Indiens* prévoit que tout accord par lequel une bande ou un membre de la bande autorise des membres extérieurs à la bande à occuper, à utiliser ou à habiter une terre de réserve est nul. De même, l'article 24 fait en sorte qu'un membre de la bande ne peut transférer qu'à la bande ou à un autre membre de la bande l'intérêt qu'il possède dans un certificat de possession.

Les Premières Nations cherchent à protéger et à préserver leurs terres au profit des prochaines générations, et la quête de solutions à la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves doit avant tout en tenir compte.

DROITS INDIVIDUELS AUX TERRES DE RÉSERVE - CERTIFICATS DE POSSESSION ET ATTRIBUTIONS COUTUMIÈRES

Comme nous l'avons signalé plus tôt, il existe deux grandes catégories de droits individuels aux terres de réserve qu'un membre d'une bande peut acquérir, soit le certificat de possession ou l'attribution coutumière.

Le certificat de possession, contrairement à l'intérêt de propriété absolue, ne fait pas du détenteur le propriétaire de la terre. En fait, la personne nommée sur le certificat n'est autorisée qu'à posséder la parcelle de terre décrite sur ce même certificat.

Une attribution coutumière constitue un autre droit de posséder des terres de réserve. Les attributions coutumières sont des attributions de terres consenties par les bandes ou par les gouvernements de bande à leurs membres, conformément à leurs coutumes et traditions.

INTÉRÊT COLLECTIF DES MEMBRES DE LA BANDE DANS LES TERRES DE RÉSERVE

Les membres d'une bande conservent des intérêts collectifs sous-jacents relativement aux terres détenues individuellement par eux en vertu d'un certificat de possession ou d'une attribution coutumière. Quelle est la nature de cet intérêt collectif?

Même si, en common law, la propriété des terres de réserve revient à la Couronne fédérale, les Premières Nations détiennent collectivement ce qu'on appelle des droits à titre de bénéficiaire des terres de réserve. Ces droits sont une autre façon de dire que tous les membres de la bande sont collectivement autorisés à utiliser leurs terres de réserve et à en bénéficier.

En outre, les tribunaux ont reconnu que les Premières Nations détiennent, par rapport à leurs terres de réserve, un titre aborigène et des droits issus de traités qui constituent une autre forme de droits collectifs. En outre, ces droits sont protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La nature « collective » des terres de réserve consiste en une reconnaissance du fait que les sociétés des Premières Nations ont leur propre régime foncier, et qu'elles entretiennent des valeurs et des croyances par rapport à leurs terres.

MISE EN ÉQUILIBRE DES DROITS INDIVIDUELS ET COLLECTIFS

La recherche de solutions aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves doit se fonder sur la mise en équilibre, d'une part, des droits collectifs des membres des bandes sur les terres de réserve, qui sont aussi visées par le titre aborigène et les droits issus de traités, et d'autre part, des droits individuels que pourrait détenir un couple qui possède des terres de réserve en vertu d'un certificat de possession ou d'une attribution coutumière.

ENREGISTREMENT DES TITRES DE PROPRIÉTÉ

Pour qu'un tribunal puisse rendre des ordonnances sur la part respective des intérêts des conjoints dans la maison familiale et tout autre bien matrimonial qu'ils possèdent, il est essentiel que le juge soit en mesure de vérifier le droit de propriété à ces biens. En ce qui concerne les couples établis hors des réserves, les tribunaux se fient aux bureaux provinciaux d'enregistrement des titres de propriété, qui dressent une liste des propriétaires inscrits de toutes les propriétés foncières en fief simple et de toutes les charges grevant pareilles terres.

Cependant, le régime d'enregistrement des terres de réserve est beaucoup moins fiable que ceux de la plupart des provinces et des territoires, et ne procure aucune preuve irréfutable du droit de posséder des terres de réserve. De plus, aucune loi n'exige l'établissement d'une liste complète de toutes les charges grevant les intérêts fonciers. Par ailleurs, même si le certificat de possession doit être inscrit au Registre des terres indiennes, les attributions coutumières ne peuvent y être consignées. Cela limite la capacité des tribunaux et des juges de vérifier le titre d'un couple établi dans une réserve sur sa maison familiale et les terres qu'il possède en vertu d'un certificat de possession ou d'une attribution coutumière.

Par conséquent, pour protéger d'autres personnes qui pourraient avoir des intérêts dans les biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves, il faudra grandement améliorer le système du Registre des terres indiennes.

CONJOINTS NON MEMBRES DE LA BANDE

Par suite des révisions apportées aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui portent sur l'appartenance, une femme n'a plus à devenir membre de la bande de son mari lorsqu'elle l'épouse. Pas plus que les conjoints qui ne sont pas membres d'une Première Nation n'obtiennent un statut d'Indiens ou ne deviennent membres de la bande en mariant une personne indienne. De nombreuses dispositions de la *Loi sur les Indiens* compliquent la recherche de solutions lorsqu'une séparation ou un divorce fait surgir la question des droits et intérêts des conjoints non membres de la bande.

Le statut de membre des conjoints pèse beaucoup dans la recherche de solutions, car le droit de résider dans une réserve et de pouvoir utiliser les terres de réserve et en bénéficier y est étroitement lié. À titre d'exemple, le par. 28(1) de la *Loi sur les Indiens* déclare nul un accord de toute nature par lequel une bande ou un membre d'une bande est censé permettre à une personne, autre qu'un membre de cette bande, d'occuper, d'utiliser ou d'habiter une réserve. En vertu de l'article 24 de la *Loi sur les Indiens*, un membre d'une bande ne peut transférer son intérêt dans un certificat de possession qu'à la bande ou à un autre membre de la bande.

Autrement dit, lorsqu'un couple établi dans une réserve se sépare ou divorce, le conjoint non membre de la bande n'est pas autorisé à continuer de vivre dans la maison familiale au sein de la réserve, ou de posséder légalement toute terre détenue par le couple au moyen d'un certificat de possession ou d'une attribution coutumière. Il en est ainsi parce que la *Loi sur les Indiens* est conçue pour protéger les terres de réserve contre l'aliénation, et pour veiller à ce que seulement les bandes et leurs membres utilisent et bénéficient de ces terres^{vi}.

Alors, même si les couples des réserves peuvent prétendre à la possession exclusive, ce recours pourrait toujours être refusé aux conjoints non membres, car le par. 28(1) de la *Loi sur les Indiens* rend nul tout accord visant à permettre à des non-membres de la bande de résider dans la réserve. Aucun des autres recours actuellement prévus aux lois provinciales et territoriales ne pourrait aider les conjoints non membres de la bande qui le souhaitent à continuer de vivre dans une maison familiale au sein d'une réserve, plutôt que d'être indemnisés pour leur part dans la maison familiale.

Dans l'affaire *Derrickson*, la Cour a maintenu que les lois provinciales sur les biens immobiliers matrimoniaux qui autorisent les tribunaux à rendre des ordonnances d'indemnisation sont applicables aux réserves. Les lois provinciales et territoriales qualifient d'ordonnance d'indemnisation une ordonnance émise par un tribunal pour forcer un conjoint à rembourser à l'autre son intérêt dans tout bien appartenant conjointement au couple. Par conséquent, des recours sont à la portée des conjoints non membres qui souhaitent se faire indemniser leur intérêt dans la maison familiale ou dans tout autre bien immobilier matrimonial situé dans la réserve.

GARDE D'ENFANTS

La garde d'enfants peut être un facteur que les tribunaux considèrent avant de déterminer qui devrait posséder temporairement la maison familiale lorsqu'un couple se sépare. Cependant, ce facteur pèse vraisemblablement moins sur les décisions des tribunaux à propos du conjoint qui devrait conserver la maison familiale à la suite d'un divorce.

Encore une fois, de nombreuses dispositions de la *Loi sur les Indiens* compliquent la recherche de solutions aux problèmes qui touchent les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, surtout lorsqu'un des conjoints et certains sinon tous les enfants du mariage ne sont pas membres de la bande.

Comme nous l'avons signalé plus tôt, les conjoints non membres de la bande ne sont plus autorisés à habiter dans une réserve après la rupture du mariage, et la *Loi sur les Indiens* refuse aux conjoints non membres tout droit à la possession de terres de réserve au moyen d'un certificat de possession. Par conséquent, si un tribunal accordait la garde des enfants du couple au conjoint non membre, il serait sans doute empêché de consentir la possession exclusive de la maison familiale à ce conjoint^{vii}. Même si, dans certaines circonstances, les lois provinciales et territoriales mettent des recours à la disposition des couples des réserves, ces recours n'offriraient aucun secours ni aucune protection aux conjoints et aux enfants non membres de la bande.

Toutefois, le résultat varie si un membre de la bande obtient la garde d'enfants non membres. En effet, le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens* autorise le membre d'une bande à résider dans la réserve avec ses enfants à charge ou les enfants dont il a la garde même s'ils ne sont pas membres.

Les Premières Nations souhaitent vivement que leurs enfants puissent vivre dans leurs collectivités et apprendre leurs langues et leur culture. Cet objectif important doit être atteint dans les solutions aux problèmes qui touchent les biens immobiliers dans les réserves.

DROIT AUX BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX À LA MORT D'UN CONJOINT

Outre la séparation et le divorce, la mort peut aussi avoir un effet sur les droits d'un conjoint non membre à la maison familiale. Encore une fois, pour protéger les terres de réserve contre l'aliénation, et pour veiller à ce que les bandes et leurs membres puissent les utiliser et en bénéficier, le par. 50(1) de la *Loi sur les Indiens* interdit à une personne non membre de la bande, y compris un conjoint, d'acquérir par legs ou transmission sous forme de succession le droit de posséder une terre de réserve à la mort d'un membre de la bande.

En revanche, le par. 50(2) de la *Loi* autorise une personne qui hérite d'un droit à des terres de réserve par legs ou transmission sous forme de succession à recevoir les produits de la vente de ce droit. Par conséquent, certaines protections et certains recours sont à la portée d'un conjoint non membre, et consistent en une indemnité pour l'intérêt qu'il détient dans la maison familiale à la mort de son conjoint.

Quoi qu'il en soit, dans la recherche de solutions aux problèmes qui touchent les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, il sera important d'évaluer la pertinence des recours actuellement proposés aux conjoints non membres au titre de leur droit à la maison familiale après la mort d'un conjoint.

VIOLENCE CONJUGALE

Un sondage réalisé par Statistique Canada (1993) a révélé que 51 % des Canadiennes ont été agressées physiquement au moins une fois avant l'âge de 16 ans, et 25 % des femmes mariées se sont fait violenter par leurs conjoints^{viii}. La violence conjugale serait plus répandue dans les collectivités des Premières Nations^{ix}. Garantir la sécurité de tous les citoyens des Premières Nations, surtout celle des femmes et des enfants, est un objectif important que doivent atteindre les solutions aux problèmes des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

La violence familiale au sein des collectivités des Premières Nations a été décrite comme une « conséquence de la colonisation, de l'assimilation forcée et du génocide culturel; les gestes, les valeurs, les convictions, les attitudes et les types de comportement négatifs, cumulatifs et multigénérationnels d'une personne ou d'un peuple qui réduisent ou minent l'harmonie et le bien-être des Autochtones en tant qu'individus, familles, familles étendues, communautés ou peuple^x ». Dans la recherche de solutions, il faut aussi se pencher sur ces causes profondes de la violence conjugale, qui contribuent à l'éclatement des familles au sein des collectivités des Premières Nations.

Six provinces et un territoire ont adopté des lois sur la violence conjugale qui permettent au conjoint qui est victime de demander une ordonnance de non-communication à la Cour à l'encontre du conjoint violent, et une ordonnance de possession exclusive temporaire de la maison familiale.

Outre les éventuelles questions concernant la mise en application, l'adoption de recours similaires pour les couples établis dans les réserves procurerait sans doute aux conjoints qui sont victimes de violence familiale les protections tant recherchées. Cependant, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui protègent les terres de réserve contre l'aliénation et font que les Premières Nations puissent les utiliser et en bénéficier permettraient difficilement, à n'en pas douter, de proposer ce genre de recours aux conjoints non membres.

La violence conjugale est un problème sérieux qui doit être réglé en marge de la recherche de solutions aux problèmes qui touchent les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

PÉNURIE DE LOGEMENTS

La recherche de solutions doit aussi aborder la pénurie chronique de logements dans la plupart des réserves. Même si les Premières Nations estiment le manque de logements dans les réserves à environ 80 000 unités, le gouvernement fédéral croyait en 2005 qu'il se situait entre 20 000 et 35 000 unités; or, le rythme de croissance de la pénurie serait de 2 200 logements par an.

Cependant, malgré les efforts déployés par le gouvernement fédéral pour investir des fonds supplémentaires et ainsi remédier à la pénurie de logements dans les réserves, et compte tenu des niveaux actuels de financement, il pourrait prendre de 15 à 60 ans pour éliminer cette

pénurie. Dans le budget fédéral de 2005, par exemple, le gouvernement a alloué 295 millions de dollars répartis sur 5 ans au logement dans les réserves. Ces fonds permettront de raccorder 5 400 terrains à bâtir aux services publics et à construire environ 6 400 unités dans la période de 5 ans. Si le manque se situe à 20 000 unités, et que 6 400 unités sont construites tous les 5 ans, il faudra environ 15 ans pour régler le retard actuel. Par contre, si le manque se chiffre à 80 000 unités, il faudra 62 ans pour en venir à bout^{xi}.

La pénurie chronique de logements dans les réserves a provoqué un surpeuplement. La proportion des foyers surpeuplés au sein des réserves est estimée à 31 %. Pour sa part, le surpeuplement intensifie les tensions entre les personnes et peut donc contribuer à échauffer les conflits entre les conjoints jusqu'à l'éclatement du mariage, dans certains cas.

Lorsque des couples des Premières Nations se séparent, le manque de logements abordables brise souvent des familles un peu plus, car un des époux et quelques-uns des enfants, sinon tous, sont forcés de quitter leur collectivité pour se reloger. Voilà qui morcelle encore davantage les collectivités des Premières Nations. Par ailleurs, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui interdisent l'hypothèque ou la saisie des terres de réserve limitent grandement la capacité des Premières Nations de remédier au manque de logements.

La pénurie chronique de logements dans les réserves et l'accès des couples des Premières Nations aux capitaux qui leur permettraient de se reloger dans la réserve à l'issue d'une rupture, sont des éléments clés que doit aborder la recherche de solutions aux problèmes reliés aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

ACCÈS À LA JUSTICE

Il importe de veiller à ce que des recours et des protections soient à la portée des couples des réserves, de façon à les aider à se répartir la maison familiale à la suite d'une séparation ou d'un divorce. Toutefois, il est tout aussi important de voir à ce qu'ils puissent accéder à ces recours.

Il en coûte cher aux couples en instance de séparation ou de divorce de chercher une issue auprès des tribunaux. Les niveaux de revenus étant considérablement plus bas dans les réserves, la plupart des couples qui y sont établis auront encore plus de mal à emprunter les nouvelles voies de recours adoptées pour les aider à se répartir les biens immobiliers matrimoniaux^{xii}. Par conséquent, si la situation financière de l'un ou des deux conjoints en instance de séparation ou de divorce au sein d'une réserve présente une difficulté, il importe de prévoir une quelconque aide financière qui leur permet d'accéder aux voies de recours.

De plus, bon nombre de réserves et de collectivités des Premières Nations se trouvent dans des régions rurales et reculées. Leur emplacement limite la capacité des couples qui y vivent d'accéder au système judiciaire, et donc de se prévaloir des recours à leur portée.

Les Premières Nations veulent des solutions efficaces et exécutoires. Par conséquent, veiller à ce que les Premières Nations aient accès aux tribunaux et à la justice constitue un élément essentiel de la recherche de solutions aux problèmes qui touchent les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

MISE EN APPLICATION

Une fois que des décisions seront prises sur les recours proposés aux couples des réserves, il faudra décider des mesures à prendre pour les mettre en application. Les cours provinciales jouent un rôle déterminant dans la mise en application des recours proposés aux couples des réserves, par l'entremise des lois provinciales et territoriales. Cependant, puisque les terres de réserve sont des terres prévues au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et qu'elles sont aussi frappées du titre aborigène et de droits issus de traités, il convient de se demander

si les cours provinciales auraient la compétence voulue pour faire appliquer aux réserves les lois sur les biens immobiliers matrimoniaux.

La question cruciale de savoir quelle cour pourrait ou devrait avoir compétence sur la mise en application des voies de recours, au chapitre des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, devra être réglée au moment de la recherche de solutions.

PRINCIPES DIRECTEURS

À partir de quels principes souhaitons-nous orienter notre recherche de solutions aux problèmes qui touchent les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves?

PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ACCORD POLITIQUE

Par la Résolution n° 32/2006 de l'APN, les Chefs en assemblée ont précisé que « la formulation des options législatives et non législatives sera réalisée en conformité avec les principes énoncés dans l'*Accord politique sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations* ». L'*Accord politique* figure à l'Annexe 3 des présentes.

Veillez consulter à l'Annexe 3 les principes pertinents de l'*Accord politique* déjà adoptés par les Premières Nations, et qui comptent parmi les principes de base qui guideront notre recherche de solutions.

AUTRES PRINCIPES DIRECTEURS

Nous souhaiterions peut-être appliquer d'autres principes directeurs à notre recherche de solutions aux problèmes qui touchent les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. À des fins d'étude, nous vous soumettons ci-après une liste de principes directeurs potentiels :

- **Valeurs traditionnelles**

Le respect des valeurs traditionnelles est un point essentiel à considérer dans la recherche de solutions au vide législatif. Nous devons appliquer des solutions propres aux Premières Nations qui se fondent sur nos traditions et qui reconnaissent le rôle traditionnellement puissant des femmes dans nos collectivités.

- **Protection des droits ancestraux et issus de traités**

Les Premières Nations possèdent des droits ancestraux et issus de traités à leurs terres de réserve qui sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle*, et les solutions au vide législatif ne devraient pas y porter atteinte.

- **Aucune atteinte à nos droits collectifs**

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège les droits collectifs ancestraux et issus de traités des Premières Nations. Malgré la protection des droits individuels inscrite à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*^{xiii}, l'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982* stipule que la protection des droits individuels par la *Charte* « ne porte pas atteinte aux droits ou libertés - ancestraux, issus de traités ou autres - des peuples autochtones du Canada... » Les solutions aux problèmes qui touchent les biens matrimoniaux dans les réserves ne doivent en rien porter atteinte aux droits collectifs que nos peuples détiennent sur leurs terres de réserve et territoires ancestraux.

- **Protection et préservation des terres des Premières Nations au profit des prochaines générations**

La protection et la préservation des terres de réserve au profit des prochaines générations doivent essentiellement étayer la quête de solutions aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

- **Resserrement des familles et des collectivités des Premières Nations**

Pour préserver nos cultures et resserrer les familles des Premières Nations, il faut que les solutions permettent aux enfants des Premières Nations de rester dans leur collectivité, de vivre auprès de leur famille élargie et d'apprendre leur culture.

- **Reconnaissance et exercice de la compétence des Premières Nations**

Les solutions doivent préconiser la reconnaissance et l'exercice de la compétence des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux sur les terres de réserve.

- **Solutions communautaires**

L'élaboration de solutions doit se faire à l'échelle communautaire par les membres des Premières Nations. Le titre aborigène et les droits issus de traités dont doit tenir compte la recherche de solutions aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, sont détenus collectivement par tous les membres des collectivités des Premières Nations. Tous les membres des collectivités doivent donc participer à la recherche de solutions.

QUESTIONS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

1. Parmi les principes directeurs précités, y en a-t-il que vous n'appuyez pas?
2. Est-ce que d'autres principes directeurs devraient encadrer la recherche de solutions au vide législatif?

PRINCIPES DIRECTEURS PROPOSÉS PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

En septembre 2006, le gouvernement fédéral a préparé un document intitulé *Document de consultation : Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves*. En plus d'exposer les options législatives que propose le gouvernement fédéral pour remédier aux problèmes associés aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, le document suggère quelques principes devant guider la recherche de solutions. Pour en savoir plus sur les options et les principes directeurs proposés par le gouvernement fédéral, veuillez consulter le site web d'AINC www.ainc-inac.gc.ca. Vous y trouverez une version complète du *Document de consultation : Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves*.

L'exigence voulant que les solutions respectent « les droits de la personne reconnus au Canada » et « le droit constitutionnel » s'inscrit parmi les principes proposés par le gouvernement fédéral pour remédier aux problèmes associés aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Dans l'*Accord politique*, les Premières Nations et le gouvernement du Canada ont adopté ces deux principes.

À titre d'exemple, le principe n° 8 de l'*Accord politique* porte sur les droits de la personne et prévoit ce qui suit :

Les Premières nations et le Canada s'engagent à respecter les droits de la personne et les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne applicables. Il est important

que tous les citoyens des Premières nations participent à la mise en oeuvre de leur gouvernement et que les gouvernements des Premières nations respectent la dignité inhérente de tous leurs citoyens, qu'il s'agisse des personnes âgées, des femmes, des jeunes ou des personnes vivant dans la réserve ou à l'extérieur de celle-ci.

Au principe n° 2, le gouvernement fédéral et les Premières Nations prennent un engagement conjoint semblable à maintenir le constitutionnalisme et la primauté du droit. Ce principe se lit en partie comme suit : « La loi, les politiques et les actions des gouvernements doivent être conformes à la Constitution, y compris l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui reconnaît et confirme les droits [ancestraux et issus de traités] existants. »

PRINCIPES ET OBJECTIFS DU DROIT FAMILIAL PROVINCIAL ET TERRITORIAL

- Répartition égale des biens communs

Les lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux comportent quelques présomptions fondamentales qui sous-tendent toutes les voies de recours proposées aux conjoints qui se séparent ou divorcent. La première présomption veut que tous les biens acquis par un couple pendant le mariage, peu importe qui en est le propriétaire inscrit ou légal, soient considérés comme des biens matrimoniaux ou communs que possèdent les deux conjoints. La seconde présomption des lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux prévoit que, au moment d'un divorce, tous les biens communs doivent être divisés également entre les deux époux.

Cependant, le par. 48(12) de la *Loi sur les Indiens* stipule qu'« il n'y a aucune communauté de biens meubles ou immeubles situés dans une réserve ». Il s'agit là d'une disposition de plus de la *Loi sur les Indiens* qui vise à protéger les terres de réserve contre l'aliénation et à faire en sorte que les membres des bandes puissent continuer de les utiliser et d'en bénéficier. La disposition complète l'article 24 et le par. 28(1) de la *Loi*, qui interdisent aux non-membres de la bande de posséder des terres de réserve au moyen d'un certificat de possession, et rendent nul tout accord par lequel une bande ou un membre de la bande autorise une personne non membre de la bande à habiter dans une réserve.

Par conséquent, si les Premières Nations veulent adopter la présomption des biens communs, il faudra abattre au moins deux obstacles majeurs. Tout d'abord, il faudrait remédier à l'incompatibilité entre les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui visent à protéger les terres de réserve contre l'aliénation, d'une part, et l'application de la présomption de communauté de biens aux conjoints non membres, d'autre part. Il faudrait aussi éliminer l'obstacle que représente le par. 48(12) de la *Loi*.

- « Meilleur intérêt de l'enfant »

Lorsqu'ils se prononcent sur la garde des enfants, les juges appliquent la norme du « meilleur intérêt de l'enfant ». Ce en quoi consiste ce « meilleur intérêt » est plus ou moins déterminé au cas par cas, quoique certains facteurs entrent toujours en ligne de compte^{xiv}.

Si un couple qui se sépare a des enfants à charge, le juge tiendra parfois compte du « meilleur intérêt de l'enfant » avant d'accorder la possession temporaire de la maison familiale à l'un des deux conjoints.

Au moment de déterminer qui aura la garde des enfants, les tribunaux appliquent déjà ce principe aux couples des Premières Nations. En outre, l'accent placé sur le « meilleur intérêt de l'enfant » dans les lois provinciales et territoriales sur la famille est également compatible avec l'intérêt qu'ont les Premières Nations à veiller à ce que les enfants des Premières Nations restent dans leurs collectivités et apprennent leurs langues et leurs cultures.

Toutefois, la capacité des tribunaux d'appliquer ce principe pour déterminer lequel des conjoints devrait temporairement avoir la possession de la maison familiale pourrait être limitée par les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, qui empêchent des conjoints non membres de posséder une terre de réserve ou de résider dans la réserve après la rupture du mariage.

QUESTIONS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

1. Êtes-vous disposé à appliquer la présomption de « droit égal aux biens communs » aux couples des réserves?
2. Si oui, comment peut-on protéger les terres de réserve contre l'aliénation et faire en sorte que les membres de la bande puissent les utiliser et en bénéficier, si des conjoints non membres sont présumés posséder 50 % des intérêts dans une maison familiale située à l'intérieur de la réserve, ou dans un certificat de possession ou une attribution coutumière enregistrée ou produite au nom de leurs conjoints?
3. S'il est dans le « meilleur intérêt de l'enfant » de confier la garde au conjoint non membre, lequel n'est pas autorisé à résider dans la réserve ou d'y posséder une terre ou une maison familiale, comment peut-on veiller à ce que les enfants des Premières Nations restent dans leur collectivité et apprennent leur langue et leur culture?
4. Selon vous, les intérêts des conjoints non membres sont-ils suffisamment bien protégés par des ordonnances d'indemnisation qui leur donnent droit à une somme équivalant à la moitié de la valeur de la maison familiale au moment du divorce?
5. Seriez-vous prêt à adopter une politique ou une loi permettant aux conjoints non membres de résider dans votre collectivité et de rester dans la maison familiale pendant une période de temps définie, de sorte que les enfants de l'union puissent rester dans la collectivité?
6. Aimerez-vous recommander d'autres solutions pour concilier les droits individuels et collectifs associés aux biens immobiliers matrimoniaux?

VOIES DE RECOURS

Dans la recherche de solutions aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, les Premières Nations devront déterminer les voies de recours qui seront proposées aux couples en instance de séparation ou de divorce.

RECOURS TRADITIONNELS DES PREMIÈRES NATIONS

De nombreuses Premières Nations sont dotées de lois, coutumes et pratiques traditionnelles qui aident les couples à décider du conjoint qui conservera la maison familiale et la terre détenue par le couple en vertu d'un certificat de possession ou d'une attribution coutumière. Les traditions et les coutumes des Premières Nations varient d'une région à l'autre, et d'une nation à la suivante. Il est donc impossible de résumer toutes les voies de recours traditionnellement empruntées par chacune des collectivités des Premières Nations dans le présent Guide de ressources.

De plus, si nous soutenons la notion selon laquelle les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux doivent provenir des collectivités des Premières Nations, alors il reviendra à chacune d'elles de décider des lois, coutumes et pratiques traditionnelles qu'elle souhaite intégrer à tout nouveau régime conçu pour trancher les conflits entourant les droits immobiliers matrimoniaux dans sa réserve.

QUESTION À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

- 1.** Devrait-il revenir à chaque collectivité de Premières Nations de décider des lois, coutumes et pratiques traditionnelles qu'elle souhaite intégrer à tout nouveau régime conçu pour trancher les conflits entourant les biens immobiliers matrimoniaux dans sa réserve?

VOIES DE RECOURS PRÉVUES AUX LOIS PROVINCIALES ET TERRITORIALES

Les lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux proposent habituellement diverses voies de recours aux couples en instance de séparation ou de divorce, dont en voici quelques-uns :

- **Possession de la maison familiale**

Un couple qui se sépare doit tout d'abord décider de celui des deux conjoints qui, d'ici à ce qu'ils décident de reprendre leur vie commune ou de divorcer, habitera la maison familiale. S'ils n'arrivent pas à s'entendre, ils peuvent demander aux tribunaux de les aider à prendre cette décision. Les lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux qualifient d'ordonnance de possession exclusive, une ordonnance judiciaire qui consent à un des époux la possession exclusive de la maison familiale.

- **Action en partage et vente de la maison familiale**

Si le couple décide plus tard de divorcer, il devra décider de celui des deux conjoints qui conserve la maison familiale et toute terre détenue conjointement. Il arrive que les époux ne parviennent pas à se mettre d'accord, à savoir s'ils doivent vendre ou conserver la maison familiale, ou partager la propriété. L'action en partage est un terme juridique qui désigne une requête adressée à un tribunal afin qu'il ordonne le partage de la propriété; elle est habituellement déposée lorsque les copropriétaires ne peuvent s'entendre sur la vente, la conservation ou la division de la propriété. En vertu des lois provinciales et territoriales, lorsqu'un époux refuse de vendre la maison familiale, l'autre peut en demander le partage ou la vente. Habituellement, une ordonnance de partage procure une évaluation de l'ensemble de la propriété, fixant par le fait même ce qu'il en coûterait à l'une des parties de racheter la moitié de l'autre.

Étant donné le manque chronique de logements dans les réserves, si un des conjoints oblige l'autre à vendre la maison familiale située dans la réserve, toute la famille pourrait être forcée de quitter la collectivité pour se reloger. Un conjoint pourrait donc utiliser l'action en partage et la vente pour opprimer l'autre. C'est pourquoi, avant d'adopter ce recours, les Premières Nations voudront songer soigneusement à un système de vérification qui puisse éviter que l'action en partage et la vente ne servent d'outils d'oppression.

Les ordonnances d'indemnisation peuvent pratiquer le même effet que les ordonnances de partage et de vente. Plus particulièrement, une ordonnance d'indemnisation, tout comme une ordonnance de partage ou de vente, permettra au conjoint qui en fait la demande de se faire indemniser la moitié de la valeur de la maison familiale. L'avantage de l'ordonnance d'indemnisation, par rapport à l'ordonnance de partage ou de vente, est qu'elle n'exige pas la vente de la maison familiale.

- **Prévenir la vente de la maison familiale**

Il arrive parfois qu'un époux cherche à vendre la maison sans le consentement de l'autre. Les lois provinciales et territoriales précisent que, si un conjoint craint que l'autre n'essaie de vendre la maison familiale, il ou elle peut demander à la Cour d'en ordonner l'interdiction.

- **Ordonnances d'indemnisation**

Il se peut qu'un des époux veuille continuer d'habiter la maison familiale, mais que l'autre souhaite se faire indemniser son intérêt dans celle-ci. Les lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux qualifient d'ordonnance d'indemnisation une ordonnance émise par un tribunal pour forcer un conjoint à rembourser à l'autre son intérêt dans un bien détenu conjointement par le couple. Dans l'affaire *Derrickson*, la Cour a maintenu que les lois provinciales sur les biens immobiliers matrimoniaux qui autorisent les tribunaux à rendre des ordonnances d'indemnisation s'appliquent aux réserves.

Cependant, parce que les terres de réserve ne peuvent être saisies ou vendues, les conjoints qui bénéficient d'une ordonnance d'indemnisation ont souvent beaucoup de mal à faire respecter cette ordonnance. Puisque les terres de réserve ne peuvent être hypothéquées, le manque d'accès à des capitaux complique souvent la tâche des conjoints qui possèdent des biens immobiliers matrimoniaux dans une réserve et qui doivent satisfaire aux conditions d'une ordonnance d'indemnisation.

QUESTIONS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

- 1. Les couples établis dans les réserves devraient-ils être en mesure de demander et d'obtenir des ordonnances de possession exclusive de la maison familiale?
- 2. Est-ce que des règles particulières devraient s'appliquer lorsque la violence conjugale contribue à la rupture d'un mariage?
- 3. Les conjoints non membres devraient-ils être en mesure de demander et d'obtenir des ordonnances de possession exclusive de la maison familiale?
- 4. Les couples des réserves devraient-ils être en mesure de demander et d'obtenir des ordonnances de partage et de vente de la maison familiale?
- 5. Étant donné la pénurie chronique de logements qui frappe la majorité des réserves, quelles autres protections faudrait-il prévoir pour éviter que le partage et la vente ne servent d'outils pour opprimer?
- 6. Les couples des réserves devraient-ils être en mesure de demander et d'obtenir des ordonnances pour prévenir la vente de la maison familiale par un conjoint?

OPTIONS ET SOLUTIONS

OPTIONS LÉGISLATIVES DES PREMIÈRES NATIONS

Le mandat confié à l'APN, quant aux questions qui touchent les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, figure dans sa Résolution n° 32/2006. Cette résolution exige l'élaboration d'options afin de reconnaître et d'exercer la compétence des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. L'APN a conçu des options législatives et non législatives à la lumière de ce mandat.

À des fins d'examen, l'APN vous soumet les options suivantes. Ces options favorisent la reconnaissance et l'exercice de la compétence des Premières Nations sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves et les questions connexes.

- **Loi sur la reconnaissance - 1^{re} option de l'APN**

L'adoption d'une loi sur la reconnaissance pourrait régler les problèmes reliés aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. La loi reconnaîtrait la compétence des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, et elle préparerait le terrain à la mise en œuvre et à l'exécution des lois des Premières Nations sur le sujet.

- **Accord intergouvernemental et loi sur la mise en œuvre - 2^e option de l'APN**

Par cette option, la reconnaissance et l'exercice de la compétence des Premières Nations relativement aux biens immobiliers matrimoniaux à l'intérieur des réserves passeraient par trois instruments.

Le premier instrument consisterait en un accord conclu de gouvernement à gouvernement entre le gouvernement fédéral et les Premières Nations participantes, et il exposerait les rôles et responsabilités des parties au titre des droits immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Cet accord reconnaîtrait de fait la compétence des Premières Nations en la matière.

Le deuxième instrument serait une loi fédérale ratifiant l'accord et lui donnant vigueur.

La troisième catégorie d'instrument se résumerait à une loi édictée par chaque Première Nation participante afin de ratifier et d'exécuter l'accord intergouvernemental. Les lois adoptées par les Premières Nations participantes comporteraient en outre des dispositions détaillées qui, à la rupture d'un mariage, aideraient les couples des réserves à se répartir la maison familiale et tout autre bien immobilier matrimonial acquis par le couple pendant le mariage.

- **Exécution - 3^e option de l'APN**

En matière d'exécution, il existe plusieurs options que les Premières Nations pourraient vouloir examiner et intégrer à leur régime réglementant la disposition des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Voici une option que nous soumettons à votre attention.

- **Tribunaux des Premières Nations et modes traditionnels de règlement des conflits :**
Cette option mise soit sur les modes traditionnels de règlement des conflits, soit sur des tribunaux des Premières Nations qui seraient mis en place pour faire appliquer les lois des Premières Nations sur les biens immobiliers matrimoniaux et soumettre à la médiation les conflits entre conjoints des Premières Nations.

QUESTIONS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

[a-1.](#) Que pensez-vous de la première option de l'APN?

[b-2.](#) Que pensez-vous de la deuxième option de l'APN?

[c-3.](#) Que pensez-vous de la troisième option de l'APN qui propose des modes d'exécution?

[d-4.](#) Quelles autres options recommanderiez-vous afin d'obtenir la reconnaissance et l'exercice de la compétence des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves?

[e-5.](#) Quelles autres options recommanderiez-vous afin de permettre l'exécution des lois des Premières Nations sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves?

OPTIONS LÉGISLATIVES DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Dans son *Document de consultation : Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves* de septembre 2006, le gouvernement fédéral propose trois options législatives afin de combler le vide législatif où flottent les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Pour être bien certaine de ne pas présenter ces options de manière erronée, l'APN dirige les lecteurs vers la page web d'AINC où figure le document précité (http://www.ainc-inac.gc.ca/wige/mrp/cdm_f.html). On y trouve une description complète des options législatives proposées par le gouvernement fédéral. Pendant les séances régionales de discussion de l'APN, les participants pourront aussi se procurer un exemplaire du *Document de consultation : Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves*.

Dans le présent Guide de ressources, aucune référence aux options législatives du gouvernement fédéral ne signifie l'appui de l'APN ou des Premières Nations à l'égard de l'une ou l'autre de ces options, ou ne doit être interprétée comme tel. L'APN et les Premières Nations se réservent le droit de soulever les préoccupations des Premières Nations relativement aux options législatives du gouvernement fédéral et de les lui communiquer.

Les trois options législatives proposées par le gouvernement fédéral se résument comme suit^{xv} :

- **Application des lois provinciales - 1^{re} option du gouvernement fédéral**

La première option que propose le gouvernement fédéral serait d'incorporer par renvoi des lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves^{xvi}. Par la Résolution n^o 32/2006 de l'APN, les Chefs en assemblée ont rejeté à l'unanimité l'application des lois provinciales aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

- **Application des lois provinciales et pouvoirs législatifs délégués - 2^e option du gouvernement fédéral**

Dans le même ordre d'idées, la deuxième option législative que propose le gouvernement fédéral consisterait à incorporer par renvoi des lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, et de les assortir d'un mécanisme législatif attribuant aux Premières Nations le pouvoir d'exercer leur compétence sur les biens immobiliers matrimoniaux^{xvii}.

Pour cette option, les lois provinciales s'appliqueraient à une Première Nation, à moins ou jusqu'à ce qu'elle se dote de ses propres lois sur les biens immobiliers matrimoniaux, en vertu des pouvoirs que lui délèguerait le gouvernement fédéral^{xviii}.

Comme nous l'avons signalé plus tôt, les Chefs en assemblée ont rejeté à l'unanimité l'application des lois provinciales au moyen de la Résolution n^o 32/2006 de l'APN.

- **Lois fédérales et délégation de pouvoirs législatifs - 3^e option du gouvernement fédéral**

La troisième option que propose le gouvernement fédéral consisterait à élaborer une loi fédérale « de fond ». Tout comme la deuxième option, celle-ci prévoirait la mise en place d'un mécanisme législatif permettant aux Premières Nations d'exercer leur compétence sur les biens immobiliers matrimoniaux.

Par cette option, les lois fédérales en matière matrimoniale s'appliqueraient à une Première Nation, à moins ou jusqu'à ce qu'elle se dote de ses propres lois sur les biens immobiliers matrimoniaux, en vertu des pouvoirs que lui délèguerait le gouvernement fédéral^{xix}.

Comme nous l'avons signalé plus tôt, même si le gouvernement fédéral est tenu de consulter les Premières Nations sur un projet de décision ou de mesure qui risque de porter atteinte à nos droits ancestraux et issus de traités, les tribunaux ont stipulé que les Premières Nations ont l'obligation réciproque d'exprimer leurs préoccupations au gouvernement, et de réagir aux efforts de la Couronne en vue de répondre à nos préoccupations et à nos suggestions.

QUESTIONS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

- 1. Quelles sont vos préoccupations à l'égard de la première option du gouvernement fédéral?
Quels changements y proposeriez-vous pour éliminer vos préoccupations?
- 2. Quelles sont vos préoccupations à l'égard de la deuxième option du gouvernement fédéral?
Quels changements y proposeriez-vous pour éliminer vos préoccupations?
- 3. Quelles sont vos préoccupations à l'égard de la troisième option du gouvernement fédéral?
Quels changements y proposeriez-vous pour éliminer vos préoccupations?

OPTIONS NON LÉGISLATIVES

- **Contrat préuptial et accord de séparation**

Dans la plupart des territoires de compétence, il est possible de conclure un contrat avant le mariage afin de déterminer la répartition des biens en cas de rupture. Un tel contrat est communément appelé « contrat préuptial ». Les époux peuvent aussi parvenir à une entente après la séparation. Il s'agit alors d'un accord de séparation.

Ce n'est qu'en cas de désaccord entre les conjoints qu'une loi sur les biens immobiliers matrimoniaux les aidera à convenir d'une répartition équitable des biens matrimoniaux. Autrement dit, le vide législatif est bien plus inquiétant pour les couples qui n'ont pas signé de contrat préuptial afin de déterminer comment leurs biens seront répartis en cas de rupture.

Le problème pourrait se régler en bonne partie si on informait les couples de leurs droits avant qu'ils se marient ou forgent d'autres formes de relations, et à la rupture d'un mariage, et si on leur parlait de la possibilité de conclure un contrat préuptial.

Cependant, pour être réussie, une telle campagne de sensibilisation devrait s'étirer sur plusieurs années et n'aiderait que les citoyens des Premières Nations qui n'ont pas encore scellé une quelconque relation maritale. La mise en œuvre réussie de cette option exigerait donc des fonds suffisants pour lancer et mener une campagne soutenue de sensibilisation qui durerait plusieurs années.

En raison de leur culture, certains citoyens des Premières Nations pourraient entretenir des préjugés contre le recours à des ententes sur les droits de propriété avant ou après le mariage. Toute campagne de sensibilisation devrait peut-être s'y attaquer.

QUESTION À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

1. Croyez-vous que la solution repose en partie sur une campagne qui sensibiliserait les membres des Premières Nations aux contrats préuptiaux et aux accords de séparation, qui prévoient la division de leurs intérêts dans la maison familiale ou une terre de réserve?

- **Fonds de prêts d'indemnisation à l'égard des conjoints**

Même si les couples des réserves peuvent actuellement demander et obtenir des ordonnances d'indemnisation pour leurs biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, l'interdiction d'hypothéquer des terres de réserve et le manque d'accès à des capitaux compliquent souvent la tâche des conjoints qui doivent satisfaire aux conditions d'une ordonnance. L'accès à ce recours n'a donc pas augmenté la protection offerte aux couples des Premières Nations.

Étant donné la pénurie chronique de logements qui frappe les réserves, il est essentiel de trouver une solution aux difficultés qu'ont les couples des Premières Nations à observer les ordonnances d'indemnisation. Sinon, le flot des citoyens de nos collectivités des Premières Nations qui cherchent à se loger restera constant.

La solution consiste à rendre les capitaux accessibles aux couples des réserves. Pour ce faire, le gouvernement fédéral pourrait instaurer un fonds de prêts d'indemnisation à l'égard des conjoints. Les prêts pourraient être consentis aux membres d'une bande qui vivent dans une réserve et qui sont en instance de divorce. Par cette mesure, ils pourraient indemniser leurs conjoints pour la juste part qu'ils détiennent dans la maison familiale et dans tout certificat de possession ou attribution coutumière obtenue par le couple pendant le mariage.

QUESTIONS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

1. Appuyez-vous la création, par le gouvernement fédéral, d'un fonds de prêts d'indemnisation à l'égard des conjoints?
2. Y a-t-il d'autres options que vous aimeriez suggérer au manque d'accès des couples à des capitaux que crée l'interdiction d'hypothéquer des terres de réserve?

- **Fonds de prêts pour le logement dans les réserves**

Comme nous l'avons déjà soulevé, compte tenu des niveaux actuels de financement, il pourrait prendre de 15 à 60 ans pour réduire la pénurie de logements dans les réserves. Puisque les terres de réserve ne peuvent être hypothéquées, le défaut du gouvernement fédéral de débloquer suffisamment de ressources pour régler le manque de logement dans les réserves équivaut à une assimilation forcée, car les citoyens des Premières Nations n'ont d'autre choix que de quitter leur collectivité pour se trouver un logement ou pour échapper au surpeuplement.

Il est inacceptable que les Premières Nations aient à attendre de 15 à 60 ans pour surmonter la pénurie actuelle de logements. Il est permis de croire que le gouvernement fédéral a la responsabilité fiduciaire de pallier la pénurie chronique de logements dans les collectivités des Premières Nations à l'intérieur d'un délai raisonnable. Les Premières Nations ne sont pas intéressées par la documentation du gouvernement, et elles appuieraient la création d'un fonds de prêts pour le logement dans les réserves.

QUESTIONS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

1. Appuyez-vous la création d'un fonds de prêts pour le logement dans les réserves?
2. Aimeriez-vous proposer d'autres options pour éliminer la pénurie chronique de logements dans les collectivités des Premières Nations et pour contrer le manque d'accès des citoyens des Premières Nations à des capitaux, en raison de l'interdiction d'hypothéquer des terres de réserve?

- **Refuges pour femmes**

Le Programme pour la prévention de la violence familiale d'AINC est doté d'un budget annuel d'environ 18,5 millions de dollars. Ces fonds sont répartis à raison d'approximativement 11,5 millions par an entre un réseau de 35 refuges à la grandeur du Canada, et de quelque 7 millions par an destinés à des projets communautaires de prévention de la violence familiale dans les collectivités des Premières Nations.

Le ministre Prentice a récemment annoncé un investissement ponctuel de 6 millions pour 2006-2007, afin de répondre aux besoins immédiats des refuges actuels et d'aider les collectivités des Premières Nations à améliorer leurs programmes et services de prévention de la violence familiale.

Même si les collectivités des Premières Nations ont grand besoin et apprécient beaucoup le budget annuel alloué au Programme pour la prévention de la violence familiale d'AINC, ainsi que l'investissement ponctuel de 6 millions qui vise à répondre aux besoins des 35 refuges actuels au Canada, il faudrait ouvrir de nouveaux refuges. Puisque seulement 35 refuges desservent 633 Premières Nations au Canada, de nombreuses familles des Premières Nations ne peuvent s'en prévaloir.

QUESTION À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

1. Est-ce qu'il faudrait augmenter le nombre de refuges pour femmes dans les collectivités des Premières Nations?

- **Règlement extrajudiciaire des différends**

On recourt de plus en plus au règlement extrajudiciaire des différends pour régler les conflits qui relèvent du droit de la famille. À ce chapitre, certaines Premières Nations l'ont appliqué de façon très créative à leurs collectivités. La Première Nation de Siksika, par exemple, a conclu un accord avec les cours provinciales de l'Alberta de sorte que leurs juges puissent, si les parties y consentent, rediriger les questions propres au droit de la famille (garde d'enfants, accès et frais d'entretien) vers le système de médiation traditionnelle de la Première Nation pour obtenir un règlement. Lorsque les parties en arrivent à un consensus, ce consensus peut être consigné à l'ordonnance sur consentement et déposé à la Cour. Dans le même ordre d'idées, le règlement extrajudiciaire des différends peut servir à régler les conflits qui divisent les couples des réserves quant à la répartition des biens matrimoniaux.

QUESTION À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

1. Soutenez-vous le recours au règlement extrajudiciaire des différends pour régler les conflits entre les conjoints au sujet de la répartition des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves?

- **Vidéotribunaux pour les collectivités reculées**

Pour rendre la justice plus accessible aux couples des Premières Nations qui vivent dans des collectivités reculées, le gouvernement fédéral voudra peut-être injecter des fonds dans la création de vidéotribunaux qui veilleront à l'application des lois sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. On pourrait confier aux cours provinciales des causes qui relèvent du droit de la famille, mais qui ne portent sur aucun conflit relatif aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Des juges de la Cour fédérale pourraient être nommés au vidéotribunal pour trancher des conflits qui touchent la répartition des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Si des vidéotribunaux étaient mis en place, les couples des réserves n'auraient plus à quitter leurs collectivités pour obtenir des mesures

réparatoires en matière de droit de la famille. L'accès à la justice pour les collectivités reculées serait donc grandement amélioré.

QUESTIONS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

1. Appuyez-vous la création de vidéotribunaux pour les collectivités reculées, afin de rendre la justice plus accessible aux couples des Premières Nations?
2. Aimeriez-vous proposer d'autres options pour rendre la justice plus accessible aux couples des Premières Nations établis dans des collectivités reculées?

• **Fonds d'aide juridique en matière de droit de la famille**

Pour rendre la justice encore plus accessible aux couples des réserves, le gouvernement fédéral pourrait créer un fonds d'aide juridique en matière de droit de la famille. Les couples en instance de séparation ou de divorce qui ont besoin d'aide financière pourraient y puiser en vue de solliciter une ordonnance relative aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

QUESTIONS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

1. Soutenez-vous la création d'un fonds d'aide juridique en matière de droit de la famille, dans lequel les couples des Premières Nations qui ont besoin d'aide financière pourraient puiser pour chercher à obtenir une ordonnance, au moment d'une séparation ou d'un divorce, relativement à leurs biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves?
2. Aimeriez-vous proposer d'autres options pour rendre la justice plus accessible aux couples des Premières Nations?

• **Centres de traitement**

Les Premières Nations souhaitent renforcer leurs familles et leurs collectivités. Par conséquent, elles s'intéressent beaucoup à la sensibilisation comme moyen de prévenir la violence conjugale dans leurs collectivités, et donc de réduire le nombre d'unions brisées.

En cas de violence conjugale, les Premières Nations veulent que des traitements soient proposés aux couples qui souhaitent protéger leur relation et fournir un milieu stable et stimulant à leurs enfants.

QUESTIONS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION :

1. Croyez-vous qu'une partie de la solution serait de lancer une campagne de sensibilisation sur la violence conjugale dans les collectivités des Premières Nations?
2. Soutenez-vous la mise en place de nouveaux centres de traitement à l'intention des couples des Premières Nations qui sont touchés par la violence conjugale, et qui souhaitent préserver leur mariage et offrir un milieu stable et stimulant à leurs enfants?
3. Aimeriez-vous proposer d'autres options pour éliminer la violence conjugale des collectivités des Premières Nations?

• **Accord d'autonomie gouvernementale**

Avec le gouvernement fédéral, certaines Premières Nations ont conclu des accords d'autonomie gouvernementale qui reconnaissent leur compétence sur les questions qui

relèvent du droit de la famille, dont la répartition des biens immobiliers matrimoniaux à la suite de la rupture d'un mariage.

On ne sait pas trop si le gouvernement fédéral négociera de nouveaux accords d'autonomie gouvernementale avec les Premières Nations. Toutefois, une Première Nation pourrait entreprendre des pourparlers avec le gouvernement en vue de conclure un tel accord qui lui donnerait des pouvoirs en matière de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

- ***Loi sur la gestion des terres des Premières nations***

De portée fédérale, la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* a été édictée en 1999. La LGTPN ratifie un Accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières Nations de 1996, entre le gouvernement fédéral et 14 Premières Nations. Pour que la LGTPN s'applique à une Première Nation, celle-ci doit en premier lieu signer l'Accord-cadre.

Lorsqu'une Première Nation devient assujettie à la LGTPN, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui portent sur la gestion des terres ne s'appliquent plus à ses terres de réserve. En outre, la LGTPN lui reconnaît le pouvoir d'établir des règles générales — de procédure et autres — applicables, « en cas d'échec du mariage, en matière soit d'utilisation, d'occupation ou de possession des terres de la Première Nation, soit de partage des intérêts sur celles-ci ».

Les Premières Nations souhaitant assumer le contrôle de leurs terres de réserve et des biens immobiliers matrimoniaux qui s'y trouvent voudront peut-être songer à signer l'Accord-cadre.

- **Politiques de logement des Premières Nations**

Certaines Premières Nations ont lancé des initiatives bien à elles pour résoudre les problèmes liés aux biens matrimoniaux. À titre d'exemple, les Premières Nations de Mistawasis et de Squamish ont adopté des politiques de logement qui renferment des dispositions sur la répartition des biens immobiliers matrimoniaux en cas de rupture du mariage.

La politique de logement de la Première Nation de Mistawasis précise qu'en cas de conflit ou de séparation, qu'il s'agisse d'une union de fait ou d'un mariage, le titre de propriété d'une unité de la bande ou de la Société canadienne d'hypothèques et de logement doit être émis au nom du conjoint qui, de l'avis de l'autorité en matière de logement, a le plus grand besoin de l'unité en question^{xx}.

La politique de logement de la nation squamish traite des intérêts des conjoints non membres. En général, les personnes qui ne sont pas membres de la nation squamish n'ont pas de droits ou d'intérêts légaux dans une habitation ou une parcelle de terrain, mais des règles extraordinaires s'appliquent aux ex-conjoints non membres qui sont les principaux donneurs de soins des enfants mineurs ou des adultes dépendants. Dans pareils cas, l'ex-conjoint non membre est autorisé à demeurer dans la résidence située à l'intérieur de la réserve, jusqu'à ce que les enfants mineurs ou les adultes dépendants soient en mesure de prendre soin d'eux-mêmes ou ne résident plus avec l'ex-conjoint non membre^{xxi}. Hormis ces cas, un ex-conjoint non membre doit libérer le domicile dans les trois mois qui suivent la dissolution du mariage ou de la relation^{xxii}.

Les Premières Nations qui veulent s'attaquer aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves peuvent aussi le faire en adoptant des politiques de logement et autres qui renferment des dispositions sur la répartition des biens immobiliers matrimoniaux en cas de rupture du mariage.

COMMENT NOUS COMMUNIQUER VOS COMMENTAIRES?

Il y a au moins trois façons de nous communiquer vos commentaires sur cette importante question :

- **Séances régionales de discussion**

L'Assemblée des Premières Nations mènera des séances régionales de discussion dans tout le Canada entre novembre 2006 et janvier 2007. Si vous avez été convié à une séance régionale de discussion, sachez que vous aurez alors l'occasion d'exposer vos idées et vos opinions au sujet des solutions possibles aux problèmes qui touchent les biens immobiliers matrimoniaux.

- **Questionnaire en ligne**

Les questions soulevées dans le présent Guide de ressources sont regroupées à l'Annexe A. Elles figurent aussi dans un questionnaire en ligne que nous avons affiché dans notre site web à www.afn.ca. Vous pouvez nous donner votre rétroaction en le remplissant.

- **Questionnaire à retourner par la poste**

Vous pouvez aussi participer en remplissant le questionnaire à retourner par la poste, que vous trouverez en annexe du présent Guide de ressources, et nous le transmettre à :

Assemblée des Premières Nations
473, rue Albert
Ottawa ON K1R 5B4

- **Coordonnées**

Veillez nous communiquer vos questions ou vos préoccupations à :

Assemblée des Premières Nations
473, rue Albert
Ottawa ON K1R 5B4

Téléphone : 613-241-6789
Sans frais : 1-866-869-6789
Télécopieur : 613-241-5808

ANNEXE A LISTE DES QUESTIONS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION

1. Parmi les principes directeurs précités, y en a-t-il que vous n'appuyez pas?
2. Est-ce que d'autres principes directeurs devraient encadrer la recherche de solutions au vide législatif?
3. Comment peut-on concilier le droit collectif de tous les membres de la bande à leurs terres de réserve avec les droits individuels des couples en instance de séparation qui détiennent un certificat de possession ou une attribution coutumière?
4. Êtes-vous disposé à appliquer la présomption de « droit égal aux biens communs » aux couples des réserves?
5. Si oui, comment peut-on protéger les terres de réserve contre l'aliénation et faire en sorte que les membres de la bande puissent les utiliser et en bénéficier, si des conjoints non membres sont présumés posséder 50 % des intérêts dans une maison familiale située à l'intérieur de la réserve, ou dans un certificat de possession ou une attribution coutumière enregistrée ou produite au nom de leurs conjoints?
6. S'il est dans le « meilleur intérêt de l'enfant » de confier la garde au conjoint non membre, lequel n'est pas autorisé à résider dans la réserve ou d'y posséder une terre ou une maison familiale, comment peut-on veiller à ce que les enfants des Premières Nations restent dans leur collectivité et apprennent leur langue et leur culture?
7. Selon vous, les intérêts des conjoints non membres sont-ils suffisamment bien protégés par des ordonnances d'indemnisation qui leur donnent droit à une somme équivalant à la moitié de la valeur de la maison familiale au moment du divorce?
8. Aimeriez-vous recommander d'autres solutions pour concilier les droits individuels et collectifs associés aux biens immobiliers matrimoniaux?
9. Seriez-vous prêt à adopter une politique ou une loi permettant aux conjoints non membres de résider dans votre collectivité et de rester dans la maison familiale pendant une période de temps définie, de sorte que les enfants de l'union puissent rester dans la collectivité?
10. Devrait-il revenir à chaque collectivité de Premières Nations de décider des lois, coutumes et pratiques traditionnelles qu'elle souhaite intégrer à tout nouveau régime conçu pour trancher les conflits entourant les biens immobiliers matrimoniaux dans sa réserve?
11. Les couples établis dans les réserves devraient-ils être en mesure de demander et d'obtenir des ordonnances de possession exclusive de la maison familiale?
12. Les conjoints non membres devraient-ils être en mesure de demander et d'obtenir des ordonnances de possession exclusive de la maison familiale?
13. Est-ce que des règles particulières devraient s'appliquer lorsque la violence conjugale contribue à la rupture d'un mariage?
14. Les couples des réserves devraient-ils être en mesure de demander et d'obtenir des ordonnances de partage et de vente de la maison familiale?

15. Étant donné la pénurie chronique de logements qui frappe la majorité des réserves, quelles autres protections faudrait-il prévoir pour éviter que le partage et la vente ne servent d'outils pour opprimer?
16. Les couples des réserves devraient-ils être en mesure de demander et d'obtenir des ordonnances pour prévenir la vente de la maison familiale par un conjoint?
17. Que pensez-vous de la première option de l'APN?
18. Que pensez-vous de la deuxième option de l'APN?
19. Que pensez-vous de la troisième option de l'APN qui propose des modes d'exécution?
20. Quelles autres options recommanderiez-vous afin d'obtenir la reconnaissance et l'exercice de la compétence des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves?
21. Quelles autres options recommanderiez-vous afin de permettre l'exécution des lois des Premières Nations sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves?
22. Quelles sont vos préoccupations à l'égard de la première option du gouvernement fédéral? Quels changements y proposeriez-vous pour éliminer vos préoccupations?
23. Quelles sont vos préoccupations à l'égard de la deuxième option du gouvernement fédéral? Quels changements y proposeriez-vous pour éliminer vos préoccupations?
24. Quelles sont vos préoccupations à l'égard de la troisième option du gouvernement fédéral? Quels changements y proposeriez-vous pour éliminer vos préoccupations?
25. Croyez-vous que la solution repose en partie sur une campagne qui sensibiliserait les membres des Premières Nations aux contrats préuptiaux et aux accords de séparation, qui prévoient la division de leurs intérêts dans la maison familiale ou une terre de réserve?
26. Y a-t-il d'autres options que vous aimeriez suggérer au manque d'accès des couples à des capitaux que crée l'interdiction d'hypothéquer des terres de réserve?
27. Appuyez-vous la création, par le gouvernement fédéral, d'un fonds de prêts d'indemnisation à l'égard des conjoints?
28. Appuyez-vous la création d'un fonds de prêts pour le logement dans les réserves?
29. Aimeriez-vous proposer d'autres options pour éliminer la pénurie chronique de logements dans les collectivités des Premières Nations et pour contrer le manque d'accès des citoyens des Premières Nations à des capitaux, en raison de l'interdiction d'hypothéquer des terres de réserve?
30. Est-ce qu'il faudrait augmenter le nombre de refuges pour femmes dans les collectivités des Premières Nations?
31. Soutenez-vous le recours au règlement extrajudiciaire des différends pour régler les conflits entre les conjoints au sujet de la répartition des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves?

32. Appuyez-vous la création de vidéotribunaux pour les collectivités reculées, afin de rendre la justice plus accessible aux couples des Premières Nations?
33. Soutenez-vous la création d'un fonds d'aide juridique en matière de droit de la famille, dans lequel les couples des Premières Nations qui ont besoin d'aide financière pourraient puiser pour chercher à obtenir une ordonnance, au moment d'une séparation ou d'un divorce, relativement à leurs biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves?
34. Aimerez-vous proposer d'autres options pour rendre la justice plus accessible aux couples des Premières Nations?
35. Croyez-vous qu'une partie de la solution serait de lancer une campagne de sensibilisation sur la violence conjugale dans les collectivités des Premières Nations?
36. Soutenez-vous la mise en place de nouveaux centres de traitement à l'intention des couples des Premières Nations qui sont touchés par la violence conjugale, et qui souhaitent préserver leur mariage et offrir un milieu stable et stimulant à leurs enfants?
37. Aimerez-vous proposer d'autres options pour éliminer la violence conjugale des collectivités des Premières Nations?

ANNEXE B Résolution n° 32/2006 adoptée à l'Assemblée générale annuelle de l'APN

Assemblée des Premières Nations
Assemblée générale annuelle - Résolution n° 32/2006
11, 12, et 13 juillet 2006, Vancouver (Colombie-Britannique)

OBJET : BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX

PRPOPOSEUR : Doug Kelly, Grand Chef, mandataire, Shxw'ow'hamel (C.-B.)

COPROPOSEUR : Noeline Villebrun, Chef nationale des Dénés des T. N.-O., mandataire, Première Nation K'atlodeeche (Dénés de Hay River) (T. N.-O.)

DÉCISION : Le 13 juillet 2006, le coprésident a soumis les projets de résolutions n^{os} 1 à 36 au Comité exécutif de l'APN pour étude. Le 31 juillet 2006, lors d'une réunion dûment convoquée, le Comité exécutif de l'APN a confirmé et entériné ces projets de résolution.

ATTENDU QUE les Premières Nations ont des droits inhérents, ancestraux et issus de traités que protège la Constitution, et qu'elles peuvent réglementer toutes les affaires concernant les membres de leurs nations, y compris la séparation des biens immobiliers matrimoniaux situés sur les terres des Premières Nations;

ATTENDU QUE le vide juridique en matière biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières Nations constitue une violation intolérable des droits humains des hommes, des femmes et des enfants des Premières Nations, violation qui a donné lieu à des sanctions répétées à l'encontre du gouvernement du Canada par les Nations Unies;

ATTENDU QUE les Premières Nations, réunies à l'Assemblée extraordinaire des Chefs tenue en mars 2005, ont convenu d'une vision globale sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations et ont confirmé les principes et les processus nécessaires à la réalisation de cet objectif;

ATTENDU QUE l'Accord politique entre les Premières Nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations signé le 31 mai 2005 instaure un processus approprié pour la conciliation de la compétence des Premières Nations et celle de la Couronne fédérale sur les biens immobiliers et pour l'élaboration conjointe des politiques;

ATTENDU QUE le 21 juin 2006, le ministre des Affaires indiennes a annoncé unilatéralement un processus de consultation sur les biens immobiliers matrimoniaux;

ATTENDU QUE le processus de consultation élaboré et proposé par Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) comprend les phases suivantes :

- a) Planification et développement - de juin à août 2006
- b) Consultations - de septembre 2006 à janvier 2007
- c) Création d'un consensus - de février à avril 2007
- d) Présentation du projet de loi - avril ou mai 2007

ATTENDU QUE le 17 mai 2006, le député conservateur Brian Pallister a déposé le projet de loi C-289 intitulé *Loi portant modification de la Loi sur les indiens* (immeubles et biens réels matrimoniaux), qui élargirait l'application du droit provincial en matière de biens immobiliers aux terres de réserve;

ATTENDU QUE le gouvernement fédéral a l'intention de présenter un projet de loi afin de régler les droits en matière de biens immobiliers sur les terres de réserve en avril ou en mai 2007;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée donnent au Chef national et à l'Assemblée des Premières Nations le mandat de chercher à concilier la compétence des Premières Nations et celle de la Couronne fédérale à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières Nations;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent au Chef national et à l'Assemblée des Premières Nations d'obtenir les ressources voulues pour mettre en place un processus propre aux Premières Nations et faisant intervenir la participation pleine et effective des Premières Nations à la formulation des options législatives sur les biens immobiliers matrimoniaux;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent la création d'un Groupe de travail sur les biens immobiliers matrimoniaux, qui sera composé de membres du Conseil des femmes de l'APN et du Comité de chefs et d'experts sur la RMGPN;

POUR CES MOTIFS, l'Assemblée des Premières Nations, le Chef national et le Groupe de travail réaliseront et superviseront les activités suivantes :

- a) formuler des options législatives et non législatives visant à concilier la compétence des Premières Nations et celles de la Couronne fédérale et de la Couronne provinciale;
- b) veiller à ce que les options législatives et non législatives ainsi élaborées parviennent à un équilibre juste et respectueux des droits individuels et collectifs des citoyens et peuples des Premières Nations;
- c) demander des précisions du gouvernement du Canada à propos des répercussions éventuelles du projet de loi C-289 sur le processus de consultation;
- d) élaborer et mettre en œuvre une stratégie de communications visant à faire avancer les intérêts des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux, aux niveaux national et international;
- e) lancer des discussions avec les Premières Nations et les citoyens des Premières Nations sur les options législatives formulées afin de mettre en œuvre la compétence des Premières Nations à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières Nations, conformément aux principes de l'élaboration des politiques des Premières Nations instaurés par l'Assemblée des Premières Nations, y compris un dialogue national complet, des discussions régionales et le consentement des Premières Nations;

POUR CES MOTIFS, la formulation des options législatives et non législatives sera réalisée en conformité avec les principes énoncés dans l'*Accord politique sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations*;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée rejettent à l'unanimité l'application du droit provincial en matière de biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières Nations;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent à l'Assemblée des Premières Nations et au Chef national, au besoin, d'obtenir un délai supplémentaire pour élaborer les options législatives durant la phase de planification du processus de consultation proposé par le gouvernement fédéral;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent que tout projet de loi fasse l'objet d'autres consultations et soit approuvé par les gouvernements des Premières Nations avant d'être appliqué.

ANNEXE C *Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations*

Attendu que les Premières nations et le Canada s'entendent sur l'importance de la reconnaissance et de la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations au moyen d'approches fondées sur des principes et conforme à la Constitution;

Attendu que le premier ministre, à la Table ronde Canada-Autochtones du 19 avril 2004, a déclaré qu'«[i]l est maintenant temps de renouveler et de renforcer l'engagement qui lie le gouvernement et les Premières nations» et il a promis qu'«[à] l'avenir, le gouvernement discutera avec eux avant d'élaborer des politiques. Ce principe de collaboration constituera la pierre angulaire de notre nouveau partenariat»;

Attendu que la Cour suprême du Canada a mentionné, dans de nombreuses décisions, que la conciliation constituait l'objet fondamental de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et elle a notamment fait les déclarations suivantes :

«Le paragraphe 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté.» (Van der Peet);

«Les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. L'article 35 promet la reconnaissance de droits [...] Un processus de négociation honnête permet de concrétiser cette promesse et de concilier les revendications de souveraineté respectives.» (Haida);

Attendu que les Premières nations et le Canada reconnaissent que l'évolution de la jurisprudence fait pression pour l'élaboration de nouvelles approches en vue de la réalisation de la conciliation;

Attendu que les Premières nations et le Canada reconnaissent que ces nouvelles approches doivent s'enraciner dans la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux et issus de traités de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, et que la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit :

«Le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises.» (Sparrow);

Attendu que la Commission royale sur les peuples autochtones a conclu que « les peuples autochtones du Canada possèdent le droit à l'autodétermination »; les Premières nations et le Canada reconnaissent que l'élaboration de politiques tiendra compte aussi des échanges et des accords internationaux qui concernent les droits des peuples indigènes, y compris le droit à l'autodétermination, dans lesquels est impliqué le Canada;

Attendu que les Premières nations et le Canada reconnaissent l'importance d'avoir des gouvernements des Premières nations forts avec des droits à l'autonomie gouvernementale reconnus afin de réaliser et d'atteindre un développement politique, social, économique et culturel et une meilleure qualité de vie;

Attendu que les Premières nations et le Canada reconnaissent que l'accès aux terres et aux ressources, le partage de ceux-ci et les bénéfices qui en découlent contribuent à la durabilité des gouvernements, y compris les gouvernements des Premières nations, et que la Commission royale sur les peuples autochtones a constaté l'importance et la contribution d'un accès accru aux terres et aux ressources et à leurs bénéfices à la mise en oeuvre des gouvernements des Premières nations; et

Attendu que les Premières nations et le Canada partagent un même intérêt d'assurer que le public comprenne et soutienne l'autonomie gouvernementale.

LES PARTIES CONVIENNENT DE CE QUI SUIT :

«Parties» s'entend de l'Assemblée des Premières Nations, dirigée par les chefs en assemblée, et sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada (ci-après appelée le «Canada»), autorisé par le Cabinet.

Aux fins du présent accord, «Premières nations» et «Autochtones» s'entendent «des Indiens» visés au paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'intention et l'objet du présent accord est d'amener les parties à travailler conjointement afin de promouvoir des processus significatifs en vue de la conciliation et de la mise en oeuvre des droit mentionnés à l'article 35, auprès des gouvernements des Premières nations, pour atteindre une meilleure qualité de vie, et de soutenir la transformation des politiques dans d'autres domaines d'intérêt commun, en ce qui a trait aux et en confirmant les principes suivants.

Principes : Les principes suivants doivent être lus ensembles puisqu'ils se soutiennent et sont interdépendants.

1. Maintenir l'honneur de la Couronne

La coopération constituera la pierre angulaire du partenariat entre le Canada et les Premières nations. Cela requiert des processus honorables de négociations, le respect des exigences de la consultation, de l'accommodement, de justification ainsi que du consentement des Premières nations, le cas échéant et selon les circonstances. Le maintien de l'honneur de la Couronne est toujours au coeur des relations de la Couronne avec les Autochtones.

2. Constitutionnalisme et primauté du droit

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». La loi, les politiques et les actions des gouvernements doivent être conformes à la Constitution, y compris l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui reconnaît et confirme les droits existants,

3. Fédéralisme canadien, pluralisme et diversité des Premières nations

Le Canada est un état fédéral et à cet égard, les relations entre le Canada et les Premières nations, ainsi que le respect des droits protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sont importants au fonctionnement de la fédération canadienne afin de relever le défi de l'accommodement du pluralisme à l'intérieur du cadre constitutionnel canadien. Accommoder le pluralisme nécessite le respect de la diversité des Autochtones qui ont vécu, depuis des

temps immémoriaux, sur les terres en sociétés distinctives et avec leurs propres cultures, pratiques et traditions, y compris des pouvoirs de faire des lois.

4. Mutualité

Cette relation renouvelée doit se fonder sur la mutualité, en tenant compte de quatre principes dégagés par la Commission royale sur les peuples autochtones:

- reconnaissance mutuelle;
- respect mutuel;
- partage; et
- responsabilité mutuelle.

5. Reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et le titre aborigène

Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et le titre aborigène sont des droits ancestraux existant reconnus et confirmés au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le titre aborigène ainsi que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale incluent le droit de prendre des décisions relatives aux terres et le droit de disposer de structures politiques pour prendre de telles décisions.

6. Mise en oeuvre de la relation visée par les traités

La mise en oeuvre de la relation visée par les traités devrait s'inspirer de la compréhension initiale des signataires des traités, y compris l'interprétation qu'ont les Premières nations de l'esprit et de l'intention des traités.

7. Respect des responsabilités fiduciaires de la Couronne

La Couronne doit maintenir sa relation fiduciaire à l'égard des Autochtones et remplir ses obligations de fiduciaire.

8. Droits de la personne

Les Premières nations et le Canada s'engagent à respecter les droits de la personne et les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne applicables. Il est important que tous les citoyens des Premières nations participent à la mise en oeuvre de leur gouvernement et que les gouvernements des Premières nations respectent la dignité inhérente de tous leurs citoyens, qu'il s'agisse des personnes âgées, des femmes, des jeunes ou des personnes vivant dans la réserve ou à l'extérieur de celle-ci.

9. Mise en oeuvre des gouvernements des Premières nations et développement socioéconomique

La mise en oeuvre de gouvernements des Premières nations forts est importante pour une économie durable et pour le développement social, ainsi que pour améliorer la qualité de vie des Autochtones à des niveaux dont jouissent la plupart des Canadiens. Le développement international témoigne de façon constante que la bonne gouvernance constitue un élément clé pour le développement de collectivités solides, saines et prospères. À cet égard, les facteurs clés pour les gouvernements des Premières nations incluent une juridiction inhérente, des institutions capables de gouverner et une concordance culturelle. La mise en oeuvre de gouvernements des Premières nations forts, ayant la capacité et les ressources appropriées,

donnent lieu à des collectivités motrices du développement et qui s'associent avec d'autres gouvernements et le secteur privé pour améliorer les conditions sociales et économiques de leurs collectivités.

10. Formes traditionnelles de gouvernement, langues et enseignements traditionnels des Premières nations

La mise en oeuvre de gouvernements des Premières nations nécessitera la reconnaissance de l'importance des langues et des enseignements traditionnels des Premières nations, ainsi que des formes traditionnelles de gouvernements afin d'assurer la vitalité des cultures, des sociétés et des gouvernements des Premières nations.

11. Le lien particulier avec le territoire

Les Autochtones ont un lien particulier avec le territoire qui n'est pas qu'économique, mais également social, culturel et spirituel. Selon les croyances que leurs territoires constituaient un cadeau du Créateur qui devait être protégé à l'intention des générations actuelles et futures, le lien particulier avec le territoire représentent également pour les Autochtones une responsabilité de gérance environnementale.

LES PARTIES S'ENGAGENT À L'ÉGARD DE CE QUI SUIT :

1. Établir un comité directeur conjoint avec représentation des Parties. Le Comité entreprendra et surveillera les actions conjointes relatives aux changements de politiques, y compris l'élaboration d'un ou de cadres, afin de promouvoir des processus significatifs de reconnaissance et de conciliation des droits de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, y compris la mise en oeuvre des gouvernements des Premières Nations. Le Comité contribuera au renouveau de la relation à travers la considération de :

a) Nouvelles approches en matière de politiques pour la reconnaissance et la mise en oeuvre de gouvernements des Premières nations, y compris des mécanismes de gestion et de coordination des relations intergouvernementales renouvelées et continues, ainsi que l'évaluation de la possibilité d'une «Loi sur la reconnaissance des gouvernements des Premières nations».

b) Nouvelles approches en matière de politiques en ce qui a trait à la mise en oeuvre des traités.

c) Nouvelles approches en matière de politiques pour la négociation des droits et intérêts fonciers des Premières nations.

d) Un énoncé de principes directeurs afin de concilier les droits protégés de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans le contexte des relations continues avec les Autochtones, leurs gouvernements et le Canada.

e) Des possibilités nouvelles ou existantes en vue de faciliter la capacité de gouvernance des Premières nations en travaillant conjointement avec leurs collectivités et leurs organisations afin de déterminer des approches pour soutenir la mise en oeuvre des gouvernements des Premières nations, y compris les initiatives institutionnelles, législatives, politiques et de programme.

Les discussions sur ces sujets devraient s'inspirer, en partie, du rapport *Nos nations, nos gouvernements : Choisir notre propre voie*, du rapport Penner, et des travaux de la

Commission royale sur les peuples autochtones portant sur la réorganisation de la relation avec les Autochtones.

2. Développer les modalités d'une approche coopérative au développement de politiques, tel qu'il est prévu à l'Annexe 1 du présent *Accord*.

LES PARTIES RECONNAISSENT CE QUI SUIT :

1. Le présent *Accord* n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2. Le présent *Accord* ne s'appliquera qu'aux Premières nations qui auront consenti à son application.

3. Les discussions relatives au présent *Accord* visent l'amélioration et le soutien des négociations et des processus et ne portent pas atteinte aux initiatives existantes entre le gouvernement du Canada et les Premières nations ou avec les gouvernements provinciaux ou territoriaux, lorsqu'ils y participent, et ne visent pas les remplacer ou y déroger, sans le consentement des Premières nations touchées.

4. Les actions énoncées dans cet *Accord* débiteront à la signature de celui-ci et le Comité directeur conjoint devra faire rapport annuellement des progrès accomplis auprès des chefs en assemblée et auprès du Ministre.

Signé à Ottawa le

Au Nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada

Le ministre des Affaires indiennes et du développement du Nord canadien

Au Nom de l'Assemblée des Premières Nations

Le Chef national Phil Fontaine / L'Assemblée des Premières Nations

Annexe 1

**COLLABORATION SUR L'ÉLABORATION DES POLITIQUES ENTRE
L'ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS ET LE GOUVERNEMENT DU CANADA**

Renforcer l'élaboration des politiques

1. Le ministre et l'Assemblée des Premières Nations s'engagent à entreprendre des discussions:

- sur les processus permettant d'accroître la participation de l'Assemblée des Premières Nations, ayant été mandatée par les chefs de l'assemblée, dans l'élaboration de politiques fédérales qui concernent les membres de l'Assemblée de Premières Nations

- ou qui ont des répercussions spécifiques importantes sur eux, notamment dans les domaines de la santé, de l'apprentissage continu, du logement, des négociations, des possibilités économiques, et de la responsabilisation axée sur les résultats; et,
- sur les ressources humaines et financières ainsi que sur les mécanismes d'imputabilité nécessaires pour favoriser une participation accrue de l'Assemblée des Premières Nations en matière d'élaboration de politiques.

2. Aucune disposition de la présente Annexe n'a pour effet d'affecter ou de restreindre le Comité directeur conjoint, ou encore les principes, décrits dans l'Accord

ⁱ Les lois provinciales et territoriales sur les biens matrimoniaux s'appliquent aux droits de propriété individuels des « Indiens » établis dans les réserves, mais non aux terres de réserve.

ⁱⁱ Cependant, des Premières Nations qui se gouvernent elles-mêmes et d'autres qui gèrent leurs terres en vertu de la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* ont adopté leurs propres lois ou codes sur les biens immobiliers matrimoniaux.

ⁱⁱⁱ *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, (1999), 178 D.L.R. (4th) 666 (B.C.C.A.); *Première Nation crie de Mikisew c. Canada* [2002] 1 C.N.L.R. 169 (Section de première instance).

^{iv} *Dunstan v. Dunstan* (2002) 100 British Columbia Law Reports (3d) 156 (B.C.S.C)

^v Voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 120; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 379.

^{vi} Le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens* le confirme : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande. »

^{vii} C'est parce que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* sont conçues pour protéger les terres de réserve contre l'aliénation, et pour les préserver de sorte que les membres de la bande les utilisent et en bénéficient.

^{viii} Voir HAMILTON, A.C. et C.M. Sinclair, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (Winnipeg : Enquête publique sur l'administration de la justice et les Autochtones, 1991), de 22 à 41.

^{ix} À titre d'exemple, une étude réalisée par l'Ontario Native Women's Association a révélé que 80 % des femmes autochtones étaient victimes de violence. Cette étude est citée à la page 9 du *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*.

^x Santé Canada – Centre national d'information sur la violence dans la famille, *La violence familiale au sein des collectivités autochtones : Une perspective autochtone* (Ottawa : Santé Canada, 1996), p. 1.

^{xi} Ces projections ne tiennent pas compte de l'accroissement, à raison de 2 200 unités par an, de la pénurie de logements.

^{xii} Le revenu moyen dans les réserves se situait à 15 667 \$ en 2006.

^{xiii} Le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* stipule : « 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. »

^{xiv} Les divers facteurs habituellement pris en considération sont :

1. Les aptitudes des parents.
2. La moralité et la réputation des parents.
3. Les désirs des parents naturels en se fondant sur les ententes convenues entre eux.
4. La possibilité de maintenir les relations au sein de la famille naturelle.
5. La préférence de l'enfant s'il est en âge et capable de poser un jugement rationnel.
6. Les possibilités matérielles qui influenceront sur l'avenir de l'enfant.
7. L'âge, l'état de santé et le sexe de l'enfant.
8. L'endroit où chaque parent vit et la possibilité du parent qui n'a pas la garde d'avoir des droits de visite.
9. La période de temps pendant laquelle l'enfant a été séparé du parent naturel qui demande la garde.
10. L'incidence d'un abandon ou d'une renonciation préalable volontaire relativement aux droits de garde.

^{xv} Pour une description complète de cette option, veuillez consulter le *Document de consultation : Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves* d'AINC, à http://www.ainc-inac.gc.ca/wige/mrp/cdm_f.html.

^{xvi} *Ibid.*

^{xvii} *Supra*, note de fin de document n° xiii.

^{xviii} *Ibid.*

^{xix} *Ibid.*

^{xx} Politique de logement de la Première Nation de Mistawasis n° 103, en ligne à www.mistawasis.ca/publicworks/housing_policy.htm, dans la section intitulée « Marriage Conflicts » (section non numérotée).

^{xxi} Politique de logement de la nation squamish (approuvée le 10 octobre 2001 et revue le 12 février 2003), en ligne à www.squamish.net/PDF/news/bulletins/Housing_Policy.pdf, sous-alinéa 13.4(a)(I).

^{xxii} *Ibid.*, alinéa 13.4(b).



Nos terres, nos familles, nos solutions
Sous réserve

Annexe J.

Guide des ressources de l'APN – Addenda pour le Québec



Addenda du Manuel de référence

BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX AU QUÉBEC

1. INTRODUCTION

L'Assemblée des Premières Nations (APN) a rédigé un manuel de référence¹ consacré aux biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves. Ce manuel vise à aider à la coordination et à l'organisation de séances de dialogue régional dans l'ensemble du pays et à susciter la discussion sur :

*l'élaboration de solutions visant à reconnaître et à exercer la compétence des Premières Nations dans le domaine des biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves.*²

Le contexte social et juridique entourant les biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves est présenté dans le Manuel de référence.

Le présent addenda du Manuel de référence a pour but de montrer la portée de la loi du Québec dans le domaine des biens immobiliers matrimoniaux.

2. CARACTÉRISTIQUES DE LA LOI DU QUÉBEC

(a) Propriété et droits civils

Au Québec, la propriété et les droits civils sont régis par le Code civil du Québec³ (ci-après le « Code »). Le Code est un recueil complet de règles provenant du droit civil en vigueur en France. Il est composé de 10 « livres » consacrés à la famille, aux personnes, à la propriété, à la succession et à d'autres thèmes connexes.

À l'époque de la Confédération, chaque province a gardé ses propres lois; le Québec a continué d'appliquer le droit civil.⁴ Les règles contenues dans le Code constituent les fondements juridiques du Québec.

La première section du Code décrit l'esprit de ce document législatif :

« Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

¹ APN. Manuel de référence des séances de dialogue régional « Biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves : nos terres, nos familles, nos solutions » (Ottawa : APN, 2006).

² Supra, section intitulée « AU SUJET DE CE MANUEL DE RÉFÉRENCE », qui fait référence à la résolution n° 32/2006 de l'APN.

³ C.C.Q., S.Q. 1980, c-39.

⁴ Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2^e édition (élève) (Carswell : Toronto, 1985), 30.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. »

Le divorce est prononcé conformément à la *Loi sur le divorce*, qui est une loi fédérale.⁵ La *Loi sur le divorce*⁶ ne réglemente pas la division ou le partage des biens immobiliers matrimoniaux entre les conjoints, car, en vertu de l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, cette question relève de la compétence provinciale (propriété et droits civils).⁷

(b) Types de biens

En vertu de la législation québécoise, les biens se divisent en immeubles et en meubles⁸.

Concernant les biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves, il est nécessaire de décrire la loi régissant les biens au Québec afin de bien saisir les distinctions. Les articles du Code faisant référence à ce sujet sont les suivants :

- 899. *Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles.*
- 900. *Sont immeubles les fonds de terre, les constructions et ouvrages à caractère permanent qui s'y trouvent et tout ce qui en fait partie intégrante.*
- 904. *Les droits réels qui portent sur des immeubles, les actions qui tendent à les faire valoir et celles qui visent à obtenir la possession d'un immeuble sont immeubles.*
- 905. *Sont meubles les choses qui peuvent se transporter, soit qu'elles se meuvent elles-mêmes, soit qu'il faille une force étrangère pour les déplacer.*
- 907. *Tous les autres biens que la loi ne qualifie pas sont meubles.*

En général, les **immeubles** sont le terrain et les bâtiments et autres éléments qui sont installés en permanence sur ces terres. Les droits réels et recours employés pour faire

⁵ C.C.Q., article 517.

⁶ L.R., 1985, ch. 3 (2^e suppl.).

⁷ 1867, L.R.C. 1985, Appendice II, n^o 5.

⁸ Livre quatrième, « Des biens », C.C. Q., articles 899 et seq.

respecter ces droits ou pour obtenir possession d'immeubles sont aussi des immeubles. Le concept d'immeuble est équivalent à celui de biens réels employé en common law.

Les **meubles** sont des éléments qui peuvent être déplacés ou qui ne sont pas considérés comme un immeuble par la loi. Le concept de meuble est équivalent à celui de biens personnels employé en common law.

(c) Communautés des Premières Nations

Le Code⁹ comprend certains articles concernant les communautés des Premières Nations :

152. Dans les communautés cries, inuit ou naskapiés, l'agent local d'inscription ou un autre fonctionnaire nommé en vertu des lois relatives aux autochtones cries, inuit et naskapis peut, dans la mesure prévue au règlement d'application, être autorisé à exercer certaines fonctions du directeur de l'état civil.

Dans le cadre d'une entente conclue entre le gouvernement et une communauté mohawk, le directeur de l'état civil peut convenir avec la personne désignée par la communauté de modalités particulières portant sur la transmission des informations relatives aux mariages célébrés sur le territoire défini dans l'entente et sur la transmission des déclarations de naissance, de mariage ou de décès des membres de la communauté, ainsi que pour l'inscription sur le registre des noms traditionnels des membres de la communauté.

366. [...] Sont également compétentes pour célébrer les mariages sur le territoire défini dans une entente conclue entre le gouvernement et une communauté mohawk les personnes désignées par le ministre de la Justice et la communauté.

Ces articles n'ont pas d'effets directs sur les droits des conjoints dans le domaine des biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves. Toutefois, ils constituent un précédent, car des modifications ont été apportées au Code afin que celui-ci respecte mieux les pratiques traditionnelles des communautés des Premières Nations situées au Québec.

Selon la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* (CBJNQ), le Canada administre, gère et contrôle les terres de la catégorie 1A. Seuls les membres de la nation crie peuvent habiter sur ces terres. Le Québec conserve la nue-propriété de ces terres et, selon d'autres dispositions, il garde aussi la propriété des droits aux minéraux et des droits tréfonciers.¹⁰

⁹ C.C. Q., articles 152 et 366.

¹⁰ JBNQA, L.C. 1976-1977, chap. 32, Chapitre 5 Régime des terres, art. 5.1.1, Terres de la catégorie 1A.

La CBJNQ fait très souvent référence à la *Loi sur les Indiens*. Par exemple, certaines protections et certains droits concernant les terres de la catégorie 1A, telle l'exemption de saisie et de taxation, sont semblables à celles et à ceux de la *Loi sur les Indiens*. Sur le plan des biens immobiliers matrimoniaux, la CBJNQ est comparable à la *Loi sur les Indiens* : il n'existe aucune disposition prévoyant un régime de partage des biens immobiliers matrimoniaux à l'intention des conjoints habitant sur des terres de la catégorie 1A.

Concernant les terres de la catégorie 1A, la *Loi sur les Cris et les Naskapis* est semblable à la CBJNQ.¹¹ De plus, cette loi prévoit un système d'enregistrement foncier et un régime de succession (c.-à-d. les testaments et les successions) concernant les biens. Le système d'enregistrement ne fait aucunement allusion à l'enregistrement d'une résidence familiale ni à d'autres droits fonciers conjugaux.¹² En cas d'intestat (c.-à-d. le décès d'une personne n'ayant pas laissé de testament), le régime de succession considère le conjoint célibataire comme un héritier légal (le conjoint doit être célibataire). En outre, la *Loi* comprend une disposition qui prévoit l'attribution des biens traditionnels □ limités aux meubles ou aux biens personnels □ à un conseil familial.¹³

En vertu de la *Loi sur les Cris et les Naskapis*, le conjoint célibataire, en tant qu'héritier légal, a droit à une part des biens. Cette disposition est la seule concernant les biens immobiliers matrimoniaux situés sur des terres de la catégorie 1A. Par conséquent, les conjoints cris habitant sur ces terres seront probablement confrontés aux mêmes questions concernant les biens immobiliers matrimoniaux que les couples mariés vivant dans des réserves au Québec.

3. LA LOI SUR LES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX AU QUÉBEC

Les règles régissant les biens immobiliers matrimoniaux figurent dans le Livre deuxième, intitulé « La famille », du Code.¹⁴ Ces articles sont détaillés et régissent le mariage et sa célébration, les droits et devoirs des époux, la résidence familiale, le patrimoine familial, la prestation compensatoire, les régimes matrimoniaux, la société d'acquêts, la séparation de biens, les régimes communautaires, la séparation de corps, la dissolution du mariage, l'union civile, la filiation, l'adoption, les obligations alimentaires, l'autorité parentale et les successions.

Concernant les biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves, le présent document fait référence seulement aux articles du Code abordant cette question dans le cadre des affaires familiales.

(a) Droits des conjoints concernant le patrimoine familial

¹¹ Cree-Naskapi (of Quebec) Act, 1984, chap. 18, art. 2 (Définitions)

¹² Supra, articles 150 à 153.

¹³ Supra, articles 173 et seq.

¹⁴ Livre deuxième, « La famille », C.C.Q., articles 365 et seq.

Dans la section consacrée au patrimoine familial, les articles 414, 415, 416 et 423 énoncent les principes régissant le patrimoine familial, qui concernent les biens immobiliers matrimoniaux :

- 414. *Le mariage emporte constitution d'un patrimoine familial formé de certains biens des époux sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens.*
- 415. *Le patrimoine familial est constitué des biens suivants dont l'un ou l'autre des époux est propriétaire: les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, ...¹⁵*
- 416. *En cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité du mariage, la valeur du patrimoine familial des époux, déduction faite des dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens qui le constituent, est divisée à parts égales, entre les époux ou entre l'époux survivant et les héritiers, selon le cas.*
- 423. *Les époux ne peuvent renoncer, par leur contrat de mariage ou autrement, à leurs droits dans le patrimoine familial.*
- 424. *La renonciation de l'un des époux, par acte notarié, au partage du patrimoine familial peut être annulée pour cause de lésion ou pour toute autre cause de nullité des contrats.*
- 431. *Il est permis de faire, par contrat de mariage, toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public.*
- 516. *Le mariage se dissout par le décès de l'un des conjoints ou par le divorce.*

Ainsi, l'obtention d'une part égale du patrimoine familial est le droit absolu de chaque conjoint, en tant que sujet d'ordre public, qui ne peut être altéré par l'intermédiaire d'une entente conclue entre les conjoints ni même par un contrat de mariage sous le régime de séparation des biens.

Les tribunaux ont décidé que la résidence familiale peut englober un camp de chasse et de pêche et une résidence de vacances ou secondaire, si ces derniers sont utilisés pour des activités familiales.¹⁶

¹⁵ Les autres biens énumérés sont des meubles ou des biens personnels, tels que le mobilier et les véhicules automobiles, utilisés pour les déplacements de la famille, et certains régimes de retraite.

¹⁶ Ciotola, P. *Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles* (Wilson & Lafleur : Montréal, 2004) 84.

Après la dissolution du mariage provoquée par le décès de l'un des conjoints, le conjoint survivant peut être exercer le droit au patrimoine familial par rapport aux biens ou à la succession.

(b) Biens du mariage

Si les conjoints n'ont pas choisi un régime matrimonial particulier dans leur contrat de mariage¹⁷, par exemple le régime de séparation des biens, ils sont soumis au régime de la société d'acquêts.¹⁸ Ce régime s'applique aux biens qui ne sont pas considérés comme un patrimoine familial.

Selon ce régime, les biens sont soit¹⁹:

- **propres** : ils ne font pas partie du régime matrimonial; les propres sont habituellement acquis par le conjoint avant le mariage ou par succession ou héritage;
- **acquêts** : ces biens sont assujettis au régime matrimonial et ne constituent pas les propres du conjoint.

Une fois que la valeur des acquêts a été établie, les biens sont partagés par moitié entre les conjoints.²⁰ Ainsi, en l'absence d'un contrat de mariage, les biens immobiliers ou immeubles acquis pour des fins commerciales, traditionnelles et récréatives par l'un des conjoints seront pris en compte dans le partage des acquêts entre les conjoints.

4. RECOURS

(a) Protection de la résidence familiale

Dans la section consacrée aux droits et aux devoirs des époux, les articles suivants définissent des règles concernant la résidence familiale et sa protection :

392. Les époux [...] sont tenus de faire vie commune.

395. Les époux choisissent de concert la résidence familiale En l'absence de choix exprès, la résidence familiale est présumée être celle où les membres de la famille habitent lorsqu'ils exercent leurs principales activités.

Sans le consentement des deux conjoints, la résidence familiale ne peut pas être aliénée, facturée ou louée. S'il s'agit d'une résidence louée, l'un des conjoints, qui est propriétaire

¹⁷ C.C.Q., article 485.

¹⁸ C.C.Q., article 432.

¹⁹ C.C.Q., articles 448 à 460.

²⁰ C.C.Q., article 481.

ou bailleur, ne peut pas sous-louer, céder son droit ou mettre fin au bail.²¹ Cette disposition peut être opposable aux tiers si les deux conjoints ou l'un d'eux a enregistré une déclaration de résidence familiale concernant les biens immobiliers ou les immeubles.²²

(b) Mesures provisoires

Une demande en séparation de corps délie les époux de l'obligation de faire vie commune.²³ Le tribunal peut ordonner à l'un des époux de quitter la résidence familiale pendant la durée du procès.²⁴

(c) Prestation compensatoire

Au moment où il prononce la séparation de corps, le divorce ou la nullité du mariage, le tribunal peut ordonner à l'un des conjoints de verser une prestation à l'autre, en compensation de l'apport de ce dernier à l'enrichissement, par le travail ou des contributions, du patrimoine de l'autre conjoint. À défaut d'accord entre les parties concernant le paiement, le tribunal peut ordonner que la prestation soit payée par l'attribution de droits dans certains biens.²⁵

(d) Attribution de la propriété de la résidence familiale

En cas de séparation de corps, de divorce ou de nullité du mariage, le tribunal peut, à la demande de l'un des conjoints, attribuer au conjoint du locataire le bail de la résidence familiale ou attribuer au conjoint auquel il accorde la garde d'un enfant un droit d'usage de la résidence familiale.²⁶

Le jugement qui attribue un droit d'usage ou de propriété équivaut à un titre et en a tous les effets.²⁷

5. QUESTIONS CONNEXES

(a) Médiation

Depuis des temps immémoriaux, la médiation ou la résolution sans confrontation des différends fait partie de la culture et des traditions des communautés des Premières Nations. Un guide important destiné aux médiateurs au Québec fait d'ailleurs référence à ce fait accompli.²⁸

²¹ C.C.Q., articles 403, 404, 405 et 406.

²² C.C.Q., article 407.

²³ C.C.Q., article 499.

²⁴ C.C.Q., article 500.

²⁵ C.C. Q., articles 427 et 429.

²⁶ C.C.Q., article 409 et 410.

²⁷ C.C.Q., article 413.

²⁸ Lambert, D., et Berube, L. *La Médiation familiale, guide du médiateur* (CCH : Brossard, 2004), 21.

Au Québec, depuis les années 80, la médiation est utilisée comme un moyen d'éviter de résoudre les différends, en particulier les affaires familiales, devant les tribunaux.²⁹

En cas de différend entre les conjoints concernant des questions relatives au patrimoine familial, il n'est pas obligatoire d'être entendu par un tribunal sauf pour les mesures provisoires et les recours. Le conjoint ou les conjoints doivent préalablement participer à une séance d'information sur le processus de médiation et le médiateur doit déposer un rapport au tribunal.³⁰

La médiation n'est pas un processus obligatoire, car l'un des conjoints peut donner une raison valable de ne pas y participer. Cette raison peut être donnée au médiateur de son choix, qui n'est pas obligé de la mentionner dans son rapport destiné au tribunal.

Le Service de médiation familiale assume, à concurrence d'un nombre prescrit de séances avec les conjoints, le paiement des honoraires du médiateur.

Dans une instance concernant la dissolution du mariage, le tribunal peut prendre en compte l'accord issu de la médiation entre les conjoints.³¹

(b) Conjoints d'union civile

D'après le Code, l'union civile concerne deux personnes âgées de 18 ans ou plus qui s'engagent à faire vie commune dans la même situation qu'un mariage et en ayant les mêmes droits et obligations.³²

L'union civile doit être contractée publiquement devant un célébrant compétent à célébrer les mariages.³³

Conformément aux articles 521.6 et 521.8, les conjoints ont, en union civile, les mêmes droits concernant la résidence familiale et sa protection et le patrimoine familial que les conjoints mariés.

En l'absence d'un contrat de mariage, le régime matrimonial de la société d'acquêts s'applique aux biens des conjoints en union civile.³⁴

Par conséquent, les couples en union civile vivant dans les réserves seront confrontés aux mêmes questions concernant les biens immobiliers matrimoniaux que les couples mariés habitant dans les réserves au Québec.

²⁹ Supra, 22

³⁰ Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, dispositions 814.3 à 814.14.

³¹ C.C.Q., article 504.

³² C.C.Q., articles 521.1 et seq.

³³ C.C.Q., article 521.2

³⁴ C.C.Q., article 521.8.

(c) Conjoints de fait ou non mariés

Le Code ne contient aucune disposition consacrée aux biens immobiliers matrimoniaux des conjoints de fait ou non mariés. Si les conjoints ne possèdent pas un titre conjoint ou un contrat familial accordant des droits sur les immeubles ou les biens immobiliers, ils sont considérés comme des personnes distinctes et n'ont aucun recours concernant la résidence familiale ou d'autres immeubles ou biens immobiliers en vertu du droit de la famille au Québec.

6. CONCLUSION

Étant donné que, en vertu de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, seule la Couronne fédérale est habilitée à élaborer des lois pour les « Indiens et les terres réservées aux Indiens », la Cour suprême du Canada a décidé que les lois provinciales sur les biens immobiliers matrimoniaux ne pouvaient pas être appliquées sur les terres de réserve.³⁵ La Couronne fédérale n'a pas assumé ses responsabilités comme le prouve l'absence de dispositions concernant les biens immobiliers matrimoniaux dans la *Loi sur les Indiens*.³⁶

Les problèmes familiaux font aussi partie de la culture et de la survie des Premières Nations. Les principes traditionnels sont axés sur la protection des terres à l'intention des futures générations. Les conjoints sont chargés de prendre soin de chacun d'eux et de leurs enfants ainsi que des aînés et des personnes ayant une incapacité.³⁷

Les communautés des Premières Nations ont mis en œuvre des solutions partielles dans le périmètre de leur compétence limitée, dont des politiques du logement et des formes de mode alternatif de règlements des conflits. Toutefois, si l'un des conjoints refuse de respecter les solutions communautaires, ces dernières peuvent devenir inopérantes.

Au Québec, les principes du droit de la famille, notamment ceux concernant les biens immobiliers matrimoniaux, sont semblables à ceux d'autres provinces au Canada à part quelques distinctions et une terminologie différente, qui est axée sur les droits individuels des conjoints. La loi québécoise garantit la protection de la résidence familiale et confère des droits réels aux conjoints concernant la résidence familiale et les biens immobiliers matrimoniaux, même si l'un des conjoints est le seul propriétaire. Cependant, les effets négatifs dont sont victimes les conjoints vivant dans les réserves sont les mêmes tant au Québec et que dans le reste du Canada.

³⁵ *Derrickson c. Derrickson* [1986] 1 R.C.S. 285.

³⁶ S.R. 1985, c. I-5.

³⁷ Assemblée des Premières Nations, réunion du groupe d'experts sur les biens immobiliers matrimoniaux (Ottawa, le 4 décembre 2006).

Selon la Cour suprême du Canada³⁸, le droit de la famille au Québec est une loi provinciale concernant les biens immobiliers matrimoniaux qui ne peut être appliquée dans les réserves situées dans cette province. Les droits et recours des conjoints prévus par la loi québécoise ne sont pratiquement plus exécutoires lorsque les biens immobiliers ou immeubles en question sont situés dans une réserve.

Les tribunaux pourraient demander à l'un des conjoints de quitter la résidence familiale, mais cela serait à titre temporaire en attendant la fin du procès.³⁹ La résidence familiale située dans une réserve n'est assujettie à aucun droit réel.

En matière de recours, le conjoint créancier pourrait aussi recevoir une compensation financière de la part du conjoint débiteur qui détient le titre des immeubles (ou biens immobiliers) situés dans la réserve. Dans les réserves, le conjoint sans titre ne peut se voir attribuer aucun droit réel en vertu du Code ou de la *Loi sur les Indiens* concernant les biens immobiliers matrimoniaux.

Par contre, lorsque les biens immobiliers matrimoniaux sont situés à l'extérieur d'une réserve, les conjoints ont droit chacun à une part égale de la propriété et peuvent exercer un recours pour faire respecter et protéger leurs droits. Dans les réserves, les conjoints et leur famille n'ont souvent pas le choix que de quitter leur communauté. Cette situation compromet la survie de la culture et de la langue de la communauté, cela au détriment des futures générations. Compte tenu de l'évolution de la situation, les Premières Nations doivent absolument trouver des solutions afin de régler la question des biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves.

³⁸ Supra, note 27, *Derrickson*.

³⁹ C.C.Q., articles 499 et 500

7. QUESTIONS À DISCUTER AU QUÉBEC

- (a) Quels types de solutions concernant les biens immobiliers matrimoniaux votre communauté a-t-elle mis en œuvre? Est-ce que ces solutions ont aidé tous les couples en instance de divorce ou de désunion?
- (b) Est-ce que les conjoints vivant les réserves devraient obtenir une part égale du patrimoine familial (c.-à-d. la résidence familiale et d'autres types de biens immobilier restant à définir)?
- (c) Dans le cas où aucun contrat permettant de partager les biens n'a été établi, est-ce que les conjoints vivant dans les communautés devraient être assujettis à un régime matrimonial?
- (d) Est-ce que les conjoints vivant dans les communautés devraient enregistrer une déclaration de résidence familiale afin d'éviter la vente ou la cession de la résidence?
- (e) Est-ce que les conjoints vivant dans les communautés devraient avoir recours à un mécanisme efficace leur permettant d'exercer leur droit à recevoir une compensation correspondant à leur part des biens immobiliers matrimoniaux?
- (f) En cas de bris d'un mariage, est-ce que des conjoints vivant dans une communauté devraient être encouragés à utiliser des services de médiation ou un moyen de résolution des différends?
- (g) Si des conjoints vivant dans une communauté ne parviennent pas à régler le partage des biens immobiliers matrimoniaux, quelle tribune ou quel tribunal devrait être habilité à prendre une telle décision? Est-ce que ce tribunal ou cette cour de justice devrait être présidé par un juge membre des Premières Nations qui connaîtrait les traditions et la culture de la communauté?
- (h) Est-ce que les conjoints en union civile vivant dans les communautés ont les mêmes droits vis-à-vis des biens immobiliers matrimoniaux que les conjoints formant un couple marié?
- (i) Est-ce que les conjoints de fait ou non mariés vivant dans les communautés ont les mêmes droits vis-à-vis des biens immobiliers matrimoniaux que les conjoints formant un couple marié?
- (j) Dans le cas de conjoints vivant dans une communauté qui ne sont pas membres d'une bande, quelles sont les réponses à toutes les questions posées précédemment?



Nos terres, nos familles, nos solutions
Sous réserve

Annexe K.

Foire aux questions



Bien immobiliers matrimoniaux
Nos terres, nos familles, nos solutions

Questions courantes

En quoi consistent les biens immobiliers matrimoniaux?

Le terme « biens immobiliers matrimoniaux » désigne la maison familiale et le terrain sur lequel elle a été construite ou toute autre terre appartenant à un couple.

Qu'est-ce que le processus de consultation du ministre?

Le 21 juin 2006, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a annoncé la tenue d'un processus national de consultation sur les biens immobiliers matrimoniaux. Ce dernier a pour but de trouver des solutions au vide juridique qui existe dans les réserves concernant les biens immobiliers matrimoniaux. L'existence de ce vide juridique est inhérente à de nombreux facteurs.

Premièrement, les Premières Nations possèdent des lois traditionnelles qui pourraient aider les couples vivant dans les réserves à se partager la maison familiale et le terrain en cas de divorce ou de séparation. Cependant, ces lois traditionnelles ne sont pas reconnues par le gouvernement fédéral.

Deuxièmement, les endroits où les Premières Nations ont promulgué des lois visant à régler les problèmes de partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, le gouvernement fédéral a rejeté ces lois, car, selon lui, elles outrepassaient les pouvoirs réglementaires mentionnés dans l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*.

Troisièmement, à la suite des décisions de la cour suprême du Canada (1986) dans les causes *Derrickson c. Derrickson* et *Paul c. Paul*, les lois provinciales et territoriales destinées à aider les couples à se partager la maison familiale et le terrain en cas de séparation ou de divorce ne s'appliquent pas dans les réserves.

Quatrièmement, bien que le gouvernement fédéral soit autorisé, en vertu de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à promulguer des lois sur les biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves, cette question n'est pas abordée dans la *Loi sur les Indiens* ni dans n'importe quelle autre loi fédérale.

Enfin, de récentes affaires présentées devant les tribunaux ont confirmé le fait que le gouvernement fédéral ne peut pas promulguer unilatéralement des lois

susceptibles de porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones ou de nuire à leurs intérêts sans préalablement consulter les Premières Nations et justifier tout éventuel empiètement de leurs droits protégés par la Constitution.

En outre, dans les cas où la présence de droits ancestraux ou issus de traités est évidente, le gouvernement fédéral peut même être obligé de se conformer à ces droits ou d'obtenir le consentement des Premières Nations avant de prendre toute mesure, y compris des initiatives législatives.

Dans les réserves, ces facteurs ont abouti à un vide juridique en ce qui concerne le partage des biens immobiliers matrimoniaux après la séparation du couple. Le gouvernement fédéral a lancé un processus national de consultation afin de trouver des solutions à ce vide juridique.

Qui participera au processus?

Le ministre a invité l'Assemblée des Premières Nations (APN) et l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) à participer à la recherche de solutions pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. L'APN et l'AFAC s'entretiendront chacune avec leurs membres et leurs électeurs afin de trouver des solutions au vide juridique existant dans les réserves. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (AINC) consultera aussi les gouvernements provinciaux et d'autres parties intéressées sur la question.

Nommée représentante ministérielle du ministre, Mme Wendy Grant-John a pour mission de travailler en collaboration avec l'APN et l'Association des femmes autochtones du Canada et de favoriser l'établissement d'un consensus entre les parties dans le cadre de consultations et d'un dialogue.

Quand se tiendra le processus national du gouvernement fédéral?

Le processus national du ministre devrait se dérouler en trois phases :

- Phase 1 – Planification et élaboration : juin à septembre 2006
- Phase 2 - Consultations et dialogue : octobre à décembre 2006
- Phase 3 – Établissement d'un consensus : janvier à mars 2007

Le ministre a déclaré que le processus national se terminera par la présentation d'un projet de loi en avril ou en mai 2007. Si AINC, l'AFAC et l'APN ne parviennent pas à atteindre un consensus par rapport à une solution, le ministre demandera à la représentante ministérielle d'en recommander une.

Quelle fonction occupera l'Assemblée des Premières Nations dans le processus national?

L'APN participera au processus du ministre en respectant la résolution n° 32/2006 de l'APN. Cette résolution demande « l'élaboration de solutions [...] conformément aux principes mentionnés dans l'Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations ».

La résolution demande également la formation d'un groupe de travail sur les biens immobiliers matrimoniaux, qui sera constitué de représentantes du Conseil des femmes de l'APN et d'un comité de chefs et d'experts. Le Groupe de travail sur les biens immobiliers matrimoniaux donnera des conseils et une orientation à l'APN concernant la préparation d'un guide du facilitateur et d'autres documents prévus pour les séances de dialogue régionales; ces documents porteront aussi sur tout sujet susceptible d'être abordé durant le processus national du ministre.

L'APN tiendra des séances de dialogue régionales avec les Premières Nations d'octobre à décembre 2006 en vue de déterminer des solutions; elle demandera aussi aux citoyens des Premières Nations de donner leur avis par l'intermédiaire de son site Web. Les solutions proposées durant les séances régionales et sur le site Web seront compilées dans un rapport, qui sera présenté aux Chefs en assemblée à la prochaine Assemblée extraordinaire des Chefs, en décembre 2006 ou en janvier 2007.

Après avoir pris connaissance des solutions et des recommandations contenues dans le rapport, les Chefs en assemblée choisiront une orientation qui constituera le mandat de l'APN. L'Assemblée appliquera ce mandat tout au long du processus d'établissement d'un consensus de la représentante ministérielle et à l'occasion de tout autre dialogue subséquent sur cette question avec le gouvernement fédéral.

Quelles questions importantes seront abordées pendant le processus national?

Les questions seront, entre autres, les suivantes :

- Quelles sont les solutions législatives ou non législatives permettant de combler le vide juridique?
- Quels types de règles seraient nécessaires pour combler le vide juridique?
- Qui devrait élaborer ces règles?
- Comment ces règles seront-elles appliquées?
- Quels autres éléments devraient être aussi mis en place afin que le nouveau régime législatif puisse régler efficacement et de manière appropriée la question des biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves?

Quels types de biens immobiliers matrimoniaux trouve-t-on dans les réserves? Sont-ils semblables à ceux situés à l'extérieur des réserves?

Dans les réserves, la notion de biens immobiliers matrimoniaux est très différente de celle en vigueur à l'extérieur.

En règle générale, un couple vivant dans une maison familiale située à l'extérieur d'une réserve est propriétaire de l'habitation et du terrain sur lequel celle-ci a été construite. Le « titre de propriété » ou le « titre en fief simple » sont les termes employés pour désigner la **propriété** juridique des personnes à l'égard du terrain et de toute habitation située sur ce terrain. Autrement dit, les couples qui possèdent une maison familiale ou un terrain à l'extérieur d'une réserve sont les **propriétaires juridiques** de ces biens immobiliers matrimoniaux.

La situation est très différente dans les réserves. Le gouvernement fédéral détient le titre de propriété à l'égard des terres situées dans les réserves : il est le propriétaire juridique de ces terres.

Étant donné que dans les réserves le gouvernement fédéral est le propriétaire juridique des terres, les seuls droits que les couples vivant dans les réserves peuvent acquérir sont des droits de **possession**. Il en existe deux types : le certificat de possession et l'attribution coutumière.

Un certificat de possession donne le droit légal de posséder une terre dans une réserve; ce droit est reconnu par la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, les membres d'une bande ne peuvent pas acquérir un certificat de possession sans le consentement et l'autorisation du conseil de bande et du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien. Bien qu'un certificat de possession soit un droit de possession en vertu de la *Loi sur les Indiens*, il n'est pas considéré comme un droit foncier en common law.

Une attribution coutumière est un autre droit permettant aux membres d'une bande d'acquérir des terres situées dans une réserve. La bande attribue des terres à ses membres selon ses propres coutumes et traditions. Cependant, les attributions coutumières ne sont pas des biens reconnus par la *Loi sur les Indiens* ni en common law.

En effet, bien que les biens immobiliers matrimoniaux comprennent le terrain et la maison familiale, les couples vivant dans les réserves sont propriétaires uniquement de l'habitation familiale. En dépit du fait que le couple détient un certificat de possession, il n'est pas propriétaire du terrain décrit dans le certificat en question : il bénéficie simplement d'un droit légalement reconnu de **possession** du terrain décrit sur le certificat.

En ce qui concerne le certificat de possession ou l'attribution coutumière, il est aussi important de noter que tous les membres d'une bande possèdent un intérêt

commun sous-jacent dans toute terre appartenant à un des membres. Quelle est la nature de cet intérêt collectif?

Bien que le gouvernement fédéral soit le propriétaire juridique des terres situées dans les réserves, les Premières Nations possèdent collectivement un intérêt bénéficiaire par rapport à ces terres. En d'autres mots, tous les membres d'une bande sont autorisés à utiliser les terres de leur réserve et à en tirer profit.

Les cours de justice ont reconnu que les Premières Nations détiennent un titre autochtone et des droits issus de traités qui s'appliquent aux terres situées dans les réserves, et que ces biens sont protégés par l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Par conséquent, lorsque l'on cherche des solutions aux biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves, il est important de concilier les droits collectifs, dont sont titulaires les membres d'une bande par rapport aux terres situées dans la réserve et aux terres régies par le titre autochtone et les droits issus de traités, et les droits individuels, dont peut se prévaloir un couple possédant un terrain dans une réserve conformément à un certificat de possession ou à une attribution coutumière.

Quels objectifs souhaite atteindre l'Assemblée des Premières Nations en participant à ce processus?

L'Assemblée des Premières Nations et ses membres des Premières Nations sont préoccupés par le vide juridique actuel concernant les biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves. Ce sujet touche toutes les communautés des Premières Nations, car il a de graves conséquences sur les épouses et les enfants, qui, en cas de séparation, doivent quitter leur communauté afin de trouver un logement.

L'APN souhaite trouver une solution à cette question et à d'autres connexes, tel le manque permanent de logements qui concerne la plupart des réserves. À cause de cette pénurie, l'un des époux ou les deux doivent souvent quitter leur communauté pour trouver un logement à la suite d'une séparation ou d'un divorce. Ce phénomène contribue à l'éclatement continue des familles et des communautés des Premières Nations.

Afin de préserver nos cultures et de renforcer les liens familiaux des Premières Nations, il est important de trouver des solutions permettant aux enfants des Premières Nations de demeurer dans leur communauté, de vivre au sein de leur famille élargie et d'apprendre leur culture. En s'efforçant de trouver des solutions à la question des biens immobiliers matrimoniaux et à d'autres connexes, l'APN espère resserrer les liens familiaux et communautaires.

L'APN et les Premières Nations veulent également préserver les terres des Premières Nations à l'intention des futures générations et trouver un juste équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels des citoyens par rapport à leurs terres.

L'APN et les Premières Nations souhaitent également obtenir la reconnaissance et l'exercice de la compétence des Premières Nations dans tous les domaines touchant la santé et le bien-être des citoyens des Premières Nations, y compris dans celui des biens immobiliers matrimoniaux situés sur leurs terres. En cas de bris d'un mariage, les Premières Nations possèdent des lois, des coutumes et des pratiques traditionnelles permettant de partager les biens immobiliers matrimoniaux. L'application de ces processus a été arrêtée lorsque la *Loi sur les Indiens* a été imposée à nos nations.

Les Premières Nations sont persuadées que la solution à la question des biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves, comme de nombreux autres défis auxquels sont confrontées les communautés des Premières Nations, réside dans la reconnaissance et la mise en œuvre de la gouvernance des Premières Nations.

Nous devons appliquer des solutions propres aux Premières Nations, qui sont fondées sur nos traditions et qui reconnaissent le rôle important des femmes des Premières Nations au sein de nos communautés.

Tant que ces questions ne seront pas réglées, le résultat final sera le même pour les familles et les communautés des Premières Nations, et cela malgré la mise en place ou pas d'une loi.

Que fait l'Assemblée des Premières Nations pour protéger nos droits ancestraux et issus de traités dans nos réserves?

Tout en cherchant des solutions à cette question, nous devons demeurer vigilants et protéger nos droits ancestraux et issus de traités. Il faut absolument concilier de manière appropriée les droits individuels et les droits collectifs des citoyens des Premières Nations.

Quelles solutions l'APN proposera-t-elle pour combler le vide juridique?

Les solutions doivent être élaborées avec les Premières Nations dans le cadre du dialogue. Nous ne souhaitons pas déterminer à l'avance des solutions, qui doivent être élaborées dans le cadre des séances de dialogue régionales avec les Premières Nations.

Cependant, le gouvernement fédéral actuel préconise la même solution que son prédécesseur, c'est-à-dire l'application des lois provinciales dans le partage des BIM des Premières Nations. Cette approche n'est pas acceptable pour les

gouvernements et citoyens des Premières Nations. Elle a été rejetée à l'unanimité dans la résolution 32/2006.

Bien que l'APN ne souhaite pas déterminer à l'avance l'issue du dialogue avec les Premières Nations, elle et ses membres des Premières Nations sont fermement convaincus que la solution réside dans la reconnaissance et l'exercice de la compétence des Premières Nations sur la propriété.

Pourquoi les Premières Nations rejettent-elles l'application des lois provinciales pour combler le vide juridique?

La Cour suprême du Canada a déjà statué contre l'application des lois provinciales dans les réserves et a déclaré que toute mesure prise en ce sens serait anticonstitutionnelle.

Dans l'affaire *Derrickson*, la Cour suprême a indiqué qu'à partir du moment où une loi provinciale sur les biens immobiliers matrimoniaux prétend déterminer à qui appartient une terre, une telle loi empiète sur les fondements du droit du gouvernement fédéral de posséder les terres situées dans les réserves indiennes, qui est stipulé dans l'article 91(24), et elle doit être interprétée d'une manière restrictive afin de préserver sa validité constitutionnelle.

S'empresser d'imposer des lois provinciales, qui sont susceptibles d'être contestées en cour, qui ne bénéficient pas de l'appui communautaire et qui ne règlent aucunement les questions en suspens, n'améliorera certainement pas la situation des familles et des communautés des Premières Nations. Au contraire, cette mesure créera encore plus d'incertitude et imposera encore plus d'épreuves à nos citoyens.

Les Premières Nations souhaitent mettre en œuvre des solutions sérieuses et ne sont pas prêtes à soutenir des options inapplicables qui ne feront qu'apporter plus de problèmes à leurs citoyens.

En vertu de la *Loi sur les Indiens*, les membres d'une bande peuvent acquérir le droit de posséder légalement une terre dans une réserve. Le certificat de possession constitue un droit de possession d'une terre située dans une réserve qui est reconnu en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Bien que le certificat de possession soit un droit accordé par la *Loi sur les Indiens*, il ne constitue pas un droit foncier reconnu en common law.

Comment pourrais-je donner mon avis?

Pour savoir comment donner votre avis, veuillez visiter le site Web de l'APN à l'adresse www.afn.ca. Nous souhaitons connaître vos idées afin de résoudre au mieux cette question importante.



Nos terres, nos familles, nos solutions
Sous réserve

Annexe L.

Déclaration unanime des femmes Chefs des Premières Nations



Déclaration commune des femmes Chefs et conseillères des Premières Nations
14 février 2007
Vancouver (Colombie-Britannique)

Les femmes Chefs et conseillères des Premières Nations se disent outrées de l'interférence du gouvernement de la Couronne dans nos vies et affirment leur intention d'y mettre fin. Pour la première fois dans l'histoire moderne, les femmes Chefs et conseillères des Premières Nations d'un bout à l'autre du Canada se sont rassemblées dans l'unité au Forum des femmes Chefs des Premières Nations de l'Assemblée des Premières Nations qui s'est tenu à Vancouver (Colombie-Britannique), du 12 au 14 février 2007.

Les femmes Chefs et conseillères des Premières Nations désirent exprimer leur accablement et leur profonde frustration devant les conditions qui sont actuellement le lot des communautés, des familles et des enfants des Premières Nations.

La présente déclaration est l'énoncé des positions adoptées unanimement par les femmes Chefs et conseillères des Premières Nations présentes au forum pour résoudre les problèmes critiques auxquels font actuellement face nos nations et nos familles et, grâce aux changements à venir, cheminer dans la voie du progrès.

Les énoncés qui suivent ont reçu l'assentiment des femmes Chefs et conseillères des Premières Nations :

1. Les femmes Chefs des Premières Nations honorent l'esprit et l'intention de la relation originale entre les Premières Nations et la Couronne britannique, à savoir une vie pacifique, sans interférence, et la conservation, sauf en cas de cession, des pouvoirs inhérents que nous a accordés le créateur.
2. Les Premières Nations au Canada sont des nations qui, collectivement, depuis les temps préexistants, possèdent des droits, des responsabilités, des langues, des cultures, des territoires et des lois qui leur sont propres.
3. Nous soutenons que, de par les pouvoirs qui nous incombent, nous sommes les législateurs et les gardiens de nos nations, de nos familles et de nos terres. Les lois holistiques des Premières Nations continueront de guider nos décisions malgré les tentatives d'éventuelles lois fédérales, provinciales ou territoriales de s'immiscer dans nos compétences inhérentes. En violant la convention originelle, la Couronne crée et perpétue les conditions de pauvreté auxquelles elle ne cesse d'acculer nos peuples.
4. Dans l'adoption de leurs lois et de leurs politiques, les autorités fédérales, provinciales et territoriales doivent cesser tant d'empiéter sur nos droits inhérents ou qui découlent des traités que de bafouer ces mêmes droits.
5. Les femmes Chefs et conseillères des Premières Nations feront alliance avec les gouvernements des Premières Nations pour mettre de l'avant un plan global visant à garantir que tous les gouvernements soient obligés de rendre compte de leur administration, que les droits collectifs soient préservés et que la pauvreté et l'injustice sociale soient éradiquées.
6. Les femmes Chefs et conseillères des Premières Nations veilleront : à ce que nos terres, nos familles et nos enfants reçoivent la protection qui leur est due; à ce que nos droits soient promus et respectés; à ce que les décisions qui affectent nos vies relèvent de nous. Nous ne renoncerons pas à nos droits au détriment de nos terres, de nos familles et de notre avenir.
7. Les négociations et les consultations concernant les éventuelles initiatives fédérales, provinciales ou territoriales qui ont une incidence sur les droits inhérents préexistants des Premières Nations et leurs droits issus des traités doivent avoir pour partie les responsables des gouvernements des Premières Nations.
8. Un travail collectif doit permettre de trouver des solutions au niveau local, régional ou national. Les femmes Chefs et conseillères des Premières Nations demandent au gouvernement du Canada de travailler avec les gouvernements des Premières Nations à la création d'un nouvel avenir pour tous nos peuples.
9. Le cycle de la pauvreté, la violence, le manque d'accès à des services de santé et d'éducation de qualité et la non-reconnaissance des compétences inhérentes des Premières Nations continuent de résulter de la démarche et des politiques assimilatrices et génocidaires des autorités fédérales.
10. Les femmes Chefs et conseillères des Premières Nations s'opposent unitairement aux tentatives de la part du gouvernement fédéral pour imposer unilatéralement des lois et des politiques du type de celles que traduisent ses récentes initiatives pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux ou abroger l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne. De telles initiatives qui, sauf cas de cession, empiètent sur nos compétences inhérentes, ou les bafouent, seront rejetées.
11. À cette fin, nous emploierons collectivement nos efforts pour soutenir un changement systémique.

For more information, please contact us at:
473 Albert Street, Suite 810
Ottawa, ON
K1R 5B4
Telephone: 613-241-6789
Toll-Free: 1-866-869-6789
Fax: 613-241-5808

BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX DANS LES RÉSERVES



Rapport sur les consultations concernant les biens immobiliers matrimoniaux



Affaires indiennes
et du Nord Canada

Indian and Northern
Affairs Canada

Canada

Le présent document contient des renseignements généraux qui visent à faciliter, dans un contexte de consultation, l'examen des solutions législatives qui pourraient être adoptées afin de fournir des droits en matière de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Il offre une vue d'ensemble des problèmes ayant déjà été identifiés lors de discussions publiques. Les libellés juridiques qui y sont présentés fournissent simplement au lecteur un exemple de types de dispositions législatives servant à illustrer une façon dont une option peut être présentée. Ce texte n'énumère pas chacune des dispositions liées à une option législative donnée. Il s'agit plutôt d'un document de nature générale qui vise seulement à faciliter l'étude des solutions qui permettraient l'application et la mise en oeuvre des droits liés aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Puisque ce document n'est destiné qu'à stimuler la discussion et la réflexion, le gouvernement du Canada ne s'engage nullement à en appuyer ou à en adopter le contenu. De plus, tout projet de loi peut être sujet à des amendements à la demande du Parlement et qui peuvent avoir un impact sur l'examen futur de la question. Veuillez prendre note que le contenu de ce document ne constitue en rien un avis juridique.

Les opinions et points de vue présentés dans le présent document sont ceux des auteurs. Il ne s'agit ni de la vision d'Affaires indiennes et du Nord Canada, ni de celle du gouvernement du Canada.

Publié avec l'autorisation du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien
et interlocuteur fédéral auprès des Métis et des Indiens non inscrits

Ottawa, 2007

www.ainc-inac.gc.ca

1 800 567-9604

ATME seulement 1 866 553-0554

QS-7090-000-BB-A1

Catalogue: R2-470/2007

ISBN: 978-0-662-49983-1

© Ministre des Travaux publics et des
Services gouvernementaux Canada

RAPPORT SUR LES CONSULTATIONS CONCERNANT
LES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX

AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA

LE 7 MARS 2007

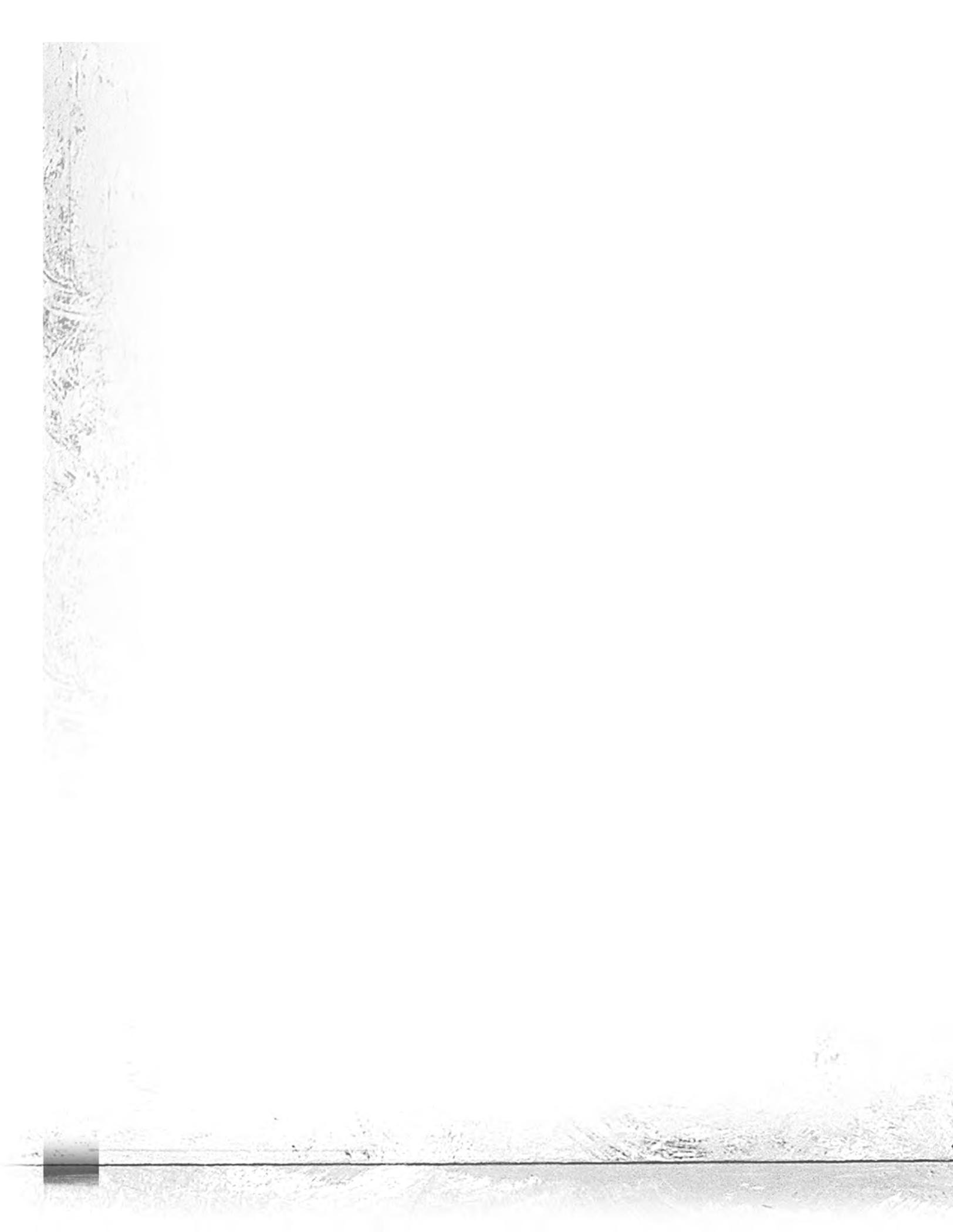
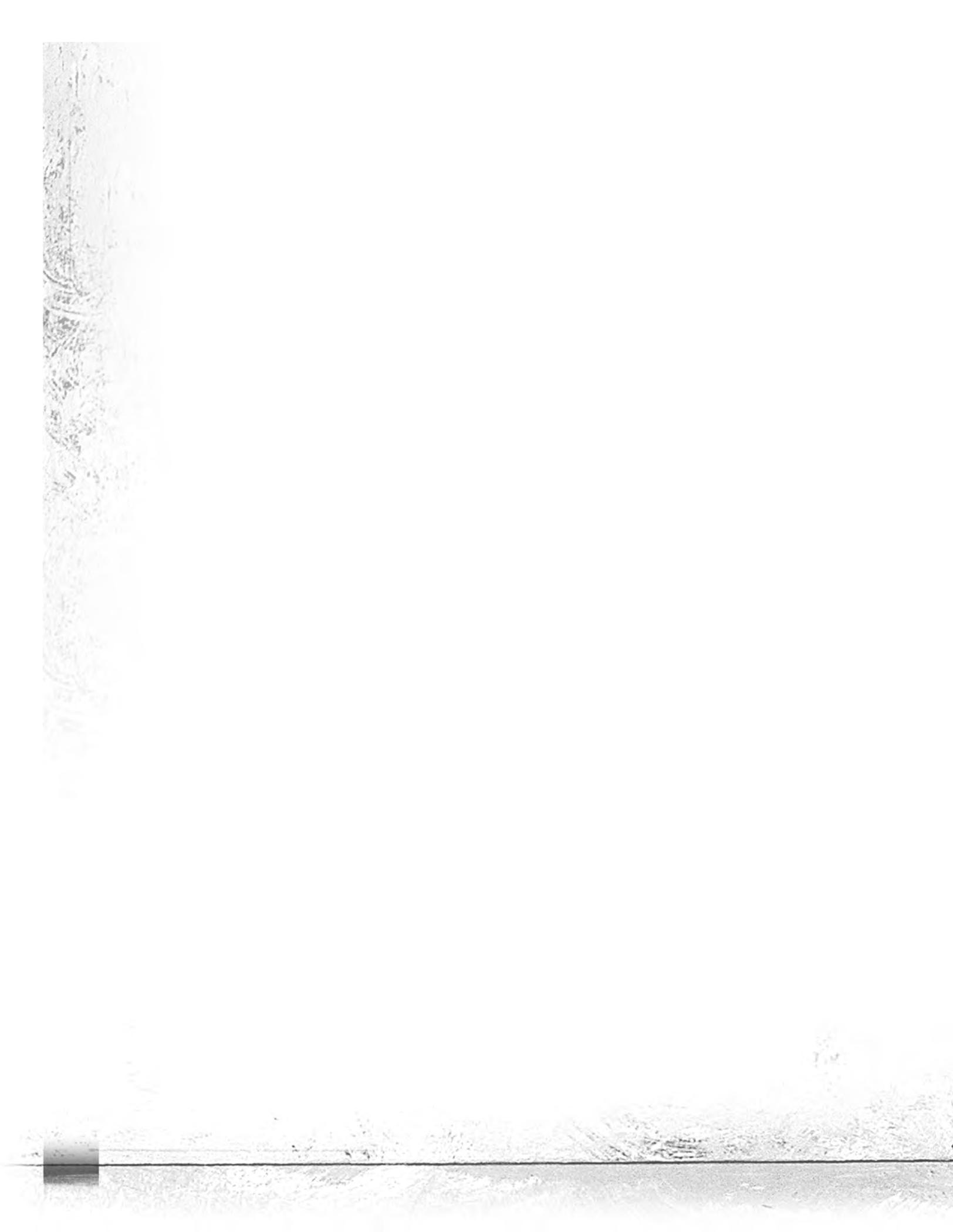


TABLE DES MATIÈRES

Aperçu du rapport	1
Section 1 : Introduction	3
Section 2 : Le processus de consultation	5
Section 3 : Résultats de la consultation des organisations autochtones	7
Section 4 : Consultation des provinces et des territoires	13
Section 5 : Conclusions	15
Annexe A : Consultations avec les organisations et collectivités autochtones	17
• Assemblée des chefs du Manitoba	17
• Congrès des peuples autochtones	18
• Première nation d'Eel Ground	18
• Fédération des Indiens de Terre-Neuve	19
• Association du Barreau autochtone du Canada	19
• Les femmes autochtones du Québec	20
• Cercle national autochtone contre la violence familiale	21
• Association nationale des centres d'amitié	21
• Conseil des Autochtones de la Nouvelle-Écosse	21
• Conseil des Autochtones de l'Île-du-Prince-Édouard	22
• Conseil des peuples autochtones du Nouveau-Brunswick	22
• Nation Nishnawbe-Aski	23
• Traités numéros 6, 7 et 8 (Conseil consultatif du Traité n° 6)	23
• Première nation Witsuwet'en	24
Annexe B : Chronologie des consultations de AINC sur les BIM, par province et territoire	25
Annexe C : Statistiques sommaires	33



APERÇU DU RAPPORT

Trois comités parlementaires se sont penchés sur la question des biens immobiliers matrimoniaux (BIM) dans les réserves, et chacun a recommandé au gouvernement fédéral d'adopter des mesures législatives appropriées pour combler le vide juridique dans ce domaine.

La loi concernant les BIM vise à combler ce vide en offrant aux personnes qui possèdent ce genre de biens, ou qui y ont droit, des dispositions juridiques sur la division équitable des BIM et la protection de leurs droits en cas de séparation, de divorce ou de décès du conjoint.

La consultation relative aux BIM a été annoncée le 20 juin 2006 et a commencé le 29 septembre suivant. Elle visait à éclairer la solution juridique qui sera adoptée à ce sujet.

Le rapport de consultation comporte cinq sections qui contiennent des renseignements de base et soulignent les propos entendus au cours des consultations de AINC au sujet des BIM.

La **section un** donne des renseignements de base sur le vide juridique inhérent aux BIM.

La **section deux** décrit la consultation relative aux BIM qui guidera la loi qui sera adoptée.

La **section trois** présente les principaux résultats des consultations tenues par les organisations et les collectivités autochtones subventionnées par AINC.

La **section quatre** décrit les consultations menées avec les provinces et les territoires.

La **section cinq** donne un aperçu de la consultation et des questions soulevées.

SECTION 1 : INTRODUCTION

Dans le contexte juridique canadien, un bien matrimonial est généralement défini comme un bien appartenant à l'un des conjoints, ou aux deux, qui est utilisé pour les besoins familiaux. Les biens matrimoniaux sont classés en deux catégories : i) les biens immobiliers matrimoniaux (BIM), comprenant la terre et tout ce qui y est rattaché en permanence, comme la *maison familiale*, et ii) les biens personnels matrimoniaux, comprenant les biens meubles, comme la voiture familiale, les meubles et l'argent déposé dans un compte en banque.

Selon la *Loi constitutionnelle de 1867*, la propriété et les droits civils sont des champs de compétence provinciaux. Conformément à ce pouvoir législatif, les provinces ont adopté des lois visant à protéger les droits des conjoints sur les biens matrimoniaux, y compris les BIM. Étant donné toutefois, que les terres des réserves relèvent de la compétence fédérale et que la *Loi sur les Indiens* ne visent pas les BIM, la jurisprudence a déterminé que les dispositions juridiques relatives aux biens matrimoniaux de compétence provinciale ne s'appliquent pas dans les réserves.

Étant donné cette lacune législative, les tribunaux n'ont pas le pouvoir de protéger les droits des conjoints sur les BIM situés dans une réserve. De plus, ils ne peuvent pas prendre d'ordonnances quant à la possession temporaire ou permanente d'une maison familiale située dans une réserve. En ce qui concerne les BIM situés dans les réserves, les tribunaux ne peuvent que tenir compte de la valeur de la maison et de la terre lorsqu'ils décident de la répartition des actifs entre les conjoints. À cette fin, ils peuvent prendre une ordonnance sur les biens personnels matrimoniaux dans le but d'équilibrer les actifs respectifs des conjoints.

Les personnes qui vivent dans les réserves ne jouissent pas des mêmes droits et recours juridiques en matière de BIM que les individus vivant hors réserves. Les conjoints vivant dans une réserve, contrairement à leurs homologues établis à l'extérieur de la réserve, ne peuvent pas demander au tribunal: a) de prendre une ordonnance provisoire ou permanente de possession au sujet de la maison familiale, même dans une situation de violence conjugale ou dans le cas où le conjoint a la garde des enfants; b) d'ordonner le partage et la vente de la maison familiale dans le but d'exécuter une ordonnance de compensation d'un conjoint à l'autre; et c) d'empêcher un conjoint de vendre ou d'hypothéquer la maison familiale sans le consentement de l'autre conjoint.

Si l'on en juge par les faits anecdotiques, la question des BIM dans les réserves touche de façon disproportionnée les femmes autochtones et leurs enfants, surtout ceux qui sont victimes de violence familiale. Au moment de la rupture d'un mariage ou d'une union de fait, de nombreuses femmes vivant dans une réserve qui ne détiennent pas de certificat de possession sont forcées de quitter la maison familiale et, dans les cas où elles ne peuvent se trouver un autre logement dans la réserve, leur collectivité. Même dans des cas où le certificat de possession est délivré au nom des deux conjoints, un tribunal ne peut en accorder la possession exclusive provisoire à l'un ou à l'autre des conjoints ou ordonner la vente de la propriété. En vertu de la *Loi sur les Indiens*, on ne peut invoquer des considérations familiales pour annuler ou modifier un certificat de possession.

SECTION 2 : LE PROCESSUS DE CONSULTATION

La consultation sur les BIM situés dans une réserve a débuté le 29 septembre 2006, sous l'égide de Jim Prentice, ministre des Affaires indiennes et du Nord et interlocuteur fédéral pour les Métis et les Indiens non inscrits, de concert avec Beverley Jacobs, présidente de l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC), et Phil Fontaine, chef national de l'Assemblée des Premières nations (APN). À cette occasion le ministre a annoncé la nomination de Wendy Grant-John, qui représentera le Ministère. Elle dirigera la consultation et recommandera dans un rapport, le 31 mars 2007, une solution législative.

Au cours des consultations, l'AFAC a fait entendre la voix des femmes, l'AFN a eu des discussions avec les collectivités des Premières nations. De son côté, AINC a consulté les gouvernements provinciaux et territoriaux ainsi que les organisations autochtones qui ne sont pas représentés par l'AFAC ou l'AFN. Mme Grant-John a aidé les parties à préparer leurs plans de consultation, puis a amorcé les travaux qui devraient mener à la phase de recherche d'un consensus.

Les consultations, qui ont commencé en septembre 2006 et ont pris fin le 31 janvier 2007, seront à la base de la collaboration axée sur la recherche d'un consensus quant à une solution législative acceptable.

Options proposées

Dans le cadre des consultations, trois options devaient être proposées afin de susciter la discussion sur une éventuelle solution législative. On a demandé aux participants leurs opinions concernant chacune des options et on les a invité à proposer d'autres solutions qu'ils privilégient.

Option 1 : *Incorporation des lois provinciales et territoriales en matière de biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves*

Le gouvernement fédéral adopte une loi afin d'offrir les protections juridiques provinciales et territoriales en matière de BIM situés dans les réserves. Les modifications apportées aux lois provinciales et territoriales en matière de BIM seraient aussi en vigueur dans les réserves.

Option 2 : *Incorporation des lois provinciales et territoriales en matière de biens immobiliers matrimoniaux et adoption d'une formule législative accordant aux Premières nations compétence en matière de biens immobiliers matrimoniaux.*

Le gouvernement fédéral adopte une loi afin d'offrir aux membres des Premières nations vivant dans les réserves les protections juridiques provinciales et territoriales en matière de BIM situés dans les réserves. Cette option diffère de la première, car on devra modifier la loi fédérale afin que les Premières nations puissent exercer leur compétence dans ce domaine.

Les lois de la province ou du territoire où se trouve la réserve assureront l'encadrement juridique des BIM tant que les Premières nations n'auront pas fixé leurs propres règles.

Option 3 : *Adoption d'une loi de fond en matière de biens immobiliers matrimoniaux et adoption d'une formule législative accordant aux Premières nations compétence en matière de biens immobiliers matrimoniaux.*

Le gouvernement fédéral adopte une loi de fond qui offre des protections en matière de BIM situés dans les réserves. Tout comme dans la seconde option, la loi fédérale s'appliquerait dans les réserves jusqu'à ce qu'une Première nation adopte un règlement administratif sur les BIM.

Processus de consultation et méthodologie de AINC

Consultations tenues par les organisations autochtones

AINC a consulté et financé les organisations et les collectivités intéressées qui ne sont pas représentées par l'AFN ou l'AFAC. Les 52 séances ont permis de consulter plus de 680 personnes, dont environ 76 % de femmes. On trouvera à l'annexe B le calendrier officiel des séances. Aucune demande n'est venue du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest, du Nunavut et de la Saskatchewan.

Pour leur part, les organisations autochtones ont mené chacune leur propre consultation. Conformément aux exigences de financement de AINC, un représentant du ministère a pu assister à toutes les séances. Au début des séances, on a distribué le dossier de consultation préparé par AINC, qui informait des trois options législatives proposées, ainsi que le matériel que les organisations autochtones désiraient offrir.

Consultation des gouvernements provinciaux et territoriaux

Le 22 août 2006, le ministre Prentice a écrit à ses collègues provinciaux et territoriaux pour leur demander de faciliter l'accès à leurs fonctionnaires en vue des consultations sur les BIM situés dans une réserve. À cette fin, Michael Wernick, sous-ministre de AINC, a sollicité l'avis de ses homologues provinciaux et territoriaux au sujet du processus.

AINC a consulté l'ensemble des provinces et des territoriaux, sauf le Nunavut. Les séances consistaient, en général, en un aperçu de la question des BIM, offert par le représentant de AINC, suivi d'une période de questions et de réponses sur le processus de consultation, dont des questions quant aux éventuelles options législatives offertes dans le document de AINC. Il est souvent arrivé que les représentants provinciaux et territoriaux informent le représentant de AINC de leurs vues préliminaires, sous toute réserve.

Autres méthodes de consultation

Parmi les méthodes de consultation utilisées, il y a le site Internet de AINC, qui donne l'adresse courriel à utiliser pour faire part de ses commentaires. Une quarantaine de personnes ont visité le site pour réagir à la consultation ou demander des renseignements.

Environ 15 organisations des Premières nations se sont adressées directement au ministre afin de participer à la consultation.

Le présent rapport est le fruit des renseignements colligés par AINC et des rapports soumis par les organisations autochtones qui ont obtenu des fonds du Ministère pour tenir des séances de consultation sur les BIM.

SECTION 3 : RÉSULTATS DE LA CONSULTATION DES ORGANISATIONS AUTOCHTONES

Le point de vue exprimé par les femmes au cours du processus a été constant. Plus de 72 % des participants étaient des femmes. Toutes ont décrit avec passion les conséquences pour elles de l'absence de dispositions législatives en matière de BIM. Elles ont parlé notamment :

- de la nécessité d'éviter que les enfants ne souffrent des solutions envisagées;
- de l'obligation fréquente pour les femmes de quitter la réserve après la rupture d'une relation ou pour fuir la violence familiale;
- des appréhensions qu'ont les femmes de retourner auprès d'un conjoint violent, en raison du manque de logements;
- de leur désenchantement par rapport à la structure de direction des collectivités des Premières nations, dominée presque exclusivement par les hommes;
- de leurs craintes de voir l'éventuel régime de gestion des BIM des Premières nations perpétuer la répartition inégale du pouvoir, s'il est placé sous l'autorité du chef et du conseil au lieu de la collectivité.

Les consultations organisées par les organisations autochtones non représentées par l'AFN ou l'AFAC ont été l'occasion pour les participants de soulever bon nombre de questions fréquentes. On trouvera plus bas les cinq thèmes les plus fréquents, et, à l'annexe B, des précisions sur les résultats des conclusions, par organisation.

1. La question de la maison familiale revient dans 64 % des consultations.

Les participants s'inquiètent du fait que certaines personnes n'ont souvent d'autre choix que de quitter la réserve après la rupture d'une relation, notamment à cause du manque de logements ou de politiques de logement.

Lorsqu'on détermine qui doit occuper la maison familiale, les enfants sont souvent les premiers mentionnés, suivis des personnes âgées et des personnes ayant un handicap qui ont besoin de soins spéciaux.

Des participants estiment que si les éventuelles dispositions législatives sur les BIM exigent la valeur marchande de la maison, cela risque d'être une incitation au divorce. Cela crée un risque de vente forcée de la maison familiale et fait craindre que l'un des conjoints puisse vendre la maison familiale à l'insu ou sans le consentement de l'autre.

Voici des exemples de suggestions concernant le partage de la maison familiale ou matrimoniale.

- Partage à part égale
- Rachat du certificat de possession par la bande afin qu'elle puisse conserver la propriété du bien-fonds et obliger le couple à quitter la maison
- Transmission des certificats de possession par les femmes

Il a également été suggéré de lier le certificat de possession à des modalités précises, notamment le retrait d'office, par la bande, du certificat délivré au nom du conjoint qui devient violent envers son conjoint ou ses enfants au profit du conjoint victime de la violence.

Des participants croient que des règles devraient permettre à chaque conjoint de récupérer son investissement dans la maison familiale ou matrimoniale.

Pour ce qui est des BIM et des personnes non inscrites, voici ce qu'on suggère.

- Attribuer le certificat de possession au parent qui s'occupe des enfants, sans égard à l'appartenance à la bande, au statut d'Indien ou au titulaire du certificat.
- Permettre au conjoint ayant la garde des enfants d'occuper la maison même s'il n'a pas le statut d'Indien.
- Mettre la maison familiale au nom des enfants qui ont le statut d'Indien ou appartiennent à la bande et garder le titre en fiducie.

2. La question de la violence familiale revient dans 59 % des consultations.

Selon les participants, en cas de violence familiale, c'est d'habitude la femme qui quitte la maison. Faute d'endroit où loger, elle finit cependant par retourner auprès de son conjoint violent. La décision de rompre signifie souvent, pour elle, la perte du domicile dans la réserve et, souvent, de tout ce qu'elle a acquis pendant la relation.

Il est rare que la bande ou la GRC oblige le conjoint violent à quitter la maison de façon temporaire ou permanente, et c'est la victime de la violence qui doit partir, d'habitude avec les enfants.

De nombreux participants suggèrent de s'occuper des cas de violence familiale, étant quasi unanimes à penser que c'est la personne violente qui devrait être privée de son droit de rester à la maison et obligée de s'en aller et que les intérêts des enfants doivent primer.

Selon d'autres, la loi devrait prévoir, pour le conjoint violent, la révocation du certificat de possession, au profit du conjoint victime de violence. En outre, les participants croient que les personnes violentes ne devraient pas pouvoir vivre dans la réserve et que les bandes, par leurs règlements, devraient protéger les victimes, quel que soit leur statut. Les deux conjoints devraient, pense-t-on enfin, dans ce genre de situation pouvoir compter sur des services d'orientation, et les victimes pouvoir trouver un endroit sûr où loger.

3. La question de l'inscription et du statut d'Indien été soulevée dans 63 % des consultations.

Les participants croient que les personnes qui ne sont pas membres de la bande devraient avoir le droit, du moins temporairement, de rester à la maison et que ça devrait être le cas lorsqu'elles ont vécu longtemps avec un membre de la bande (20 ans et plus, selon certains), notamment en cas de décès du conjoint.

En cas de rupture, on estime, en général, que le parent, indépendamment du statut d'Indien ou de l'appartenance à la bande, devrait pouvoir rester à la maison tant que les enfants sont mineurs.

On craint que les personnes qui n'ont pas le statut d'Indien soient unilatéralement tenues de quitter la réserve en cas de rupture d'une relation. On suggère de tenir compte de ce que la personne qui n'a pas le statut ou n'appartient pas à la bande a fait pour la collectivité au moment de décider qui peut rester à la maison.

4. La question des compétences des Premières nations et des gouvernements fédéral et provinciaux revient dans 38 % des consultations.

Compétence des Premières nations et de la bande

Bien des participants croient que les conseils de bande prennent des décisions en fonction de ceux qu'ils connaissent et que les chefs et les conseils ne font pas toujours preuve de justice. Nombreux aussi trouvent que les conseils, considérés comme un fief masculin, ne sont pas tenus de rendre des comptes. À leur avis, ils ne devraient pas leur appartenir de décider comment sont régis les BIM dans les réserves, ni avoir de pouvoir individuel quant aux politiques qui s'appliquent.

Compétence des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux

La question des compétences des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux est revenue sans cesse. Des participants sont inquiets de voir que les ordonnances des tribunaux provinciaux ne sont pas toujours appliquées, tandis que d'autres croient en l'importance d'harmoniser les mesures législatives des gouvernements fédéral et provinciaux et des Premières nations pour que la solution liées aux BIM fonctionne dans les réserves. On croit aussi en la nécessité d'un mécanisme d'appel.

5. La question du bien-être et de la garde des enfants revient dans 35 % des consultations.

Quelle que soit la solution adoptée au sujet des BIM, les enfants doivent passer en premier, car cette question est pour eux, lorsqu'on les retire de la collectivité où vit leur famille pour les envoyer dans un milieu urbain, une source de souffrance.

Il faut d'abord protéger les enfants (et leurs mères) et reconnaître le droit des enfants à grandir dans leur culture.

Voici les principales suggestions faites.

- Quiconque a la garde des enfants doit pouvoir rester à la maison.
- Lorsqu'il y a des enfants, les deux parties doivent pouvoir compter sur une indemnisation, qu'elles aient ou le statut d'Indien ou non.
- Les lois doivent permettre aux parents d'un ou plusieurs enfants de rester à la maison, quel que soit le titulaire du certificat de possession.

Options proposées

Au cours de nombreuses séances, il n'était pas claire si les participants appuyaient ou rejetaient l'une ou l'autre des trois options proposées par le gouvernement du Canada. Les participants ont eu tendance à s'en tenir aux questions abordées plus haut, au lieu de discuter des options proposées. Néanmoins, lorsqu'elles ont été abordées, voici ce qui est ressorti des discussions.

Option 1 – Application des lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves

Cette option a été rejetée car la plupart des groupes croient que les lois provinciales actuelles sont inadéquates. On fait valoir que l'application des lois provinciales dans les réserves est contraire à l'autodétermination des collectivités, ne tient pas compte des lois et des valeurs traditionnelles et ne reconnaît pas le principe de l'autonomie gouvernementale des Premières nations.

Les lois provinciales soulèvent des inquiétudes.

- À Terre-Neuve-et-Labrador, les couples non mariés doivent prouver leur participation financière à la relation pour avoir droit aux biens matrimoniaux. Les couples mariés sont mieux protégés.
- Aucun mécanisme de rechange de règlement des litiges n'est prévu pour les conjoints qui se séparent sans passer par les tribunaux.
- De nombreux participants pensent qu'une seule loi devrait s'appliquer à toutes les bandes et que l'application des lois provinciales et territoriales sur les BIM créerait des régimes différents parmi les Premières nations.
- Cette option ne prévoit pas de mécanisme législatif permettant aux Premières nations d'adopter leurs propres lois sur les BIM.

Option 2 - Application des lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux combinée à un mécanisme législatif reconnaissant la compétence des Premières nations en matière de bien immobiliers matrimoniaux

Même si l'on admet, en général, que les chefs et les conseils sont plus favorables à cette option qu'à l'option 1, les inquiétudes concernant l'application des lois provinciales dans les réserves sont les mêmes. En outre :

- des participants sont d'avis que les conseils de bande ne devraient pas être autorisés à adopter des lois sur les BIM, car ils ne croient pas qu'ils agiraient dans les intérêts de la collectivité;
- on propose la création d'un organisme d'appel indépendant afin d'alléger les préoccupations à l'idée que les chefs et les conseils puissent exercer une compétence en ce qui concerne les BIM;
- nombreux sont ceux pour qui les lois des bandes doivent tenir compte des besoins et des valeurs de chacune.

Option 3 – Droits substantiels en matière de biens immobiliers matrimoniaux, garantis par les lois fédérales, combinés à un mécanisme législatif reconnaissant aux Premières nations une compétence par rapport aux biens immobiliers matrimoniaux

Lorsque les participants ont eu à indiquer quelle solution il préféreraient, ils ont presque toujours choisi l'option 3, pourvu que les Premières nations puissent adopter leurs propres lois sur les BIM. Voici des exemples de propos entendus.

- Pour ce qui est de l'option 2, les lois fédérales ne reconnaissent pas, en général, les lois et les valeurs traditionnelles, tandis que le partage des actifs est contraire au mode traditionnel.
- Seul le gouvernement fédéral entretient un rapport fiduciaire ou de nation à nation avec les Premières nations.
- On devrait, comme on l'a suggéré au cours de plusieurs consultations, remplacer totalement la *Loi sur les Indiens*.
- Les Autochtones devraient élaborer une loi en commençant par le début.

Autres solutions

Parmi les suggestions d'ordre législatif, il y a la reconnaissance de la compétence inhérente des Premières nations à adopter leurs propres lois sur les BIM, l'adoption d'une combinaison de lois fédérales, provinciales et territoriales conférant un pouvoir législatif aux Premières nations ainsi que l'adoption d'une combinaison de lois fédérales, provinciales et territoriales ne conférant pas de pouvoir législatif aux Premières nations.

Des solutions non législatives sont également suggérées au lieu des trois options législatives proposées. Ces solutions visaient d'abord à respecter les intérêts des enfants et le principe d'un cadre conforme à la culture des Premières nations.

La principale solution non législative abordée portait sur une forme de tribunal ou d'organisme indépendant responsable chargé de statuer sur les BIM, faisant contrepoids au pouvoir des chefs et des conseils et permettant d'en appeler de leurs décisions afin de protéger les droits et l'égalité des parties en cause.

Autres considérations

- Création de tribunaux indépendants ambulants des Premières nations ou de cercles des aînés
- Création de mécanismes de rechange pour le règlement des litiges
- Correction des lacunes quant à la valeur commerciale des logements situés à l'intérieur ou à l'extérieur des réserves afin de pouvoir indemniser les conjoints qui quittent la maison familiale en échange de la part de la valeur de la maison qui leur revient selon une évaluation indépendante.
- Accroissement de la participation des femmes aux décisions concernant les BIM.
- Création par les chefs d'un forum assurant l'égalité de participation des femmes et des hommes à l'élaboration de solutions communautaires en matière de BIM.

- Investissements visant à réduire le nombre de familles éclatées et à appuyer les systèmes d'aide aux femmes et aux enfants, y compris les logements et les refuges.
- Éducation et sensibilisation accrues quant aux BIM situés dans les réserves.
- Modification du système de délivrance de certificat de possession afin d'assurer l'équité.
- Adoption d'un moratoire afin d'accorder plus de temps aux consultations.

SECTION 4 : CONSULTATION DES PROVINCES ET DES TERRITOIRES

Les provinces et les territoires ont été invités à participer aux consultations. On a aussi demandé aux ministres provinciaux et territoriaux des Affaires autochtones de coopérer en vue d'organiser et de coordonner la participation de leur gouvernement aux consultations sur les BIM. Les commentaires obtenus ont été faits sous toute réserve.

Malgré les nombreuses questions soulevées par les provinces et les territoires, y compris le fait qu'ils trouvaient que la durée prévue pour les consultations était trop courte et qu'ils avaient besoin de plus de temps pour se préparer à la mise en œuvre, quatre aspects les ont principalement préoccupés.

1. Division des pouvoirs

La difficulté tient au fait que les provinces exercent leurs compétences en ce qui concerne le droit de la famille et les biens et que celles du gouvernement du Canada s'appliquent aux terres de réserve.

Les préoccupations soulevées portaient sur :

- l'application, y compris quels seront les tribunaux compétents par rapport aux BIM situés dans les réserves;
- les différents régimes provinciaux et territoriaux, dont l'harmonisation des lois et des règlements relevant de leurs compétences.

2. Contraintes de financement

Des gouvernements pensent que l'adoption de lois sur les BIM risque d'accroître la demande à laquelle doivent répondre les programmes et les services provinciaux et que le gouvernement du Canada se décharge d'une de ses responsabilités sur le dos des provinces et des territoires.

Certaines questions de financement à résoudre portent sur l'adoption et l'application de compétences provinciales ou territoriales, spécialement quand elles se traduisent par une demande accrue de services sociaux et juridiques.

3. Entente d'autonomie gouvernementale

Les provinces et les territoires veulent être certains que les solutions relatives aux BIM n'influenceront pas sur les ententes en vigueur ou les négociations en cours. Ils veulent également obtenir le plus vite possible plus d'information quant à l'application aux ententes foncières et d'autonomie gouvernementale d'une mesure législative visant les BIM.

4. Autres consultations

La plupart des gouvernements demandent à être consultés encore, une fois qu'une solution législative aura été adoptée.

Options proposées

Sur les sept provinces et territoires qui ont indiqué l'option qu'ils préfèrent, quatre se sont prononcés en faveur de la troisième.

Les options 1 et 2 ont obtenu la préférence d'un gouvernement et un autre a indiqué que les trois options présentées étaient acceptable en tant que façon pour le ministre de protéger les réserves.

Cinq gouvernements provinciaux ou territoriaux estiment qu'ils seraient plus à même d'indiquer leur préférence si on leur présentait le modèle législatif proposé. On s'entend en général sur le principe d'accorder des compétences aux Premières nations.

SECTION 5 : CONCLUSIONS

Les consultations ont permis aux Premières nations et autres intéressés de participer à la recherche d'une solution afin de combler le vide juridique inhérent aux BIM qui a une incidence sur collectivités des Premières nations.

Malgré les options législatives dont l'examen a été proposé, la plupart des participants se préoccupent davantage de la réponse à apporter à la question des BIM que de la façon de le faire.

Quand les participants ont choisi une option, c'est l'option 3 qu'ils ont préférées.

Voici les suggestions des participants.

- Intégrer un mécanisme des Premières nations en vue d'élaborer et d'appliquer une loi.
- Trouver l'équilibre entre le pouvoir des chefs et des conseils en ce qui concerne les BIM et un mécanisme de prise de décision communautaire des Premières nations.
- Maintenir la participation fédérale aux questions concernant les BIM, car le gouvernement du Canada a compétence dans les réserves, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, et a des obligations fiduciaires à l'égard des Premières nations.
- Veiller à ce que les organisations des Premières nations participent à la prise de décision.
- Tenir compte des lois et des valeurs traditionnelles des Premières nations dans l'éventuelle solution législative. On suggère, par exemple, que la nouvelle loi sur les BIM reconnaisse le mariage traditionnel.
- Adopter une solution législative permettant de combler immédiatement le vide juridique lié à cette question complexe et s'en servir permettant un futur examen de la loi.
- Veiller à ce que les intérêts des enfants passent en premier lorsqu'on adoptera une solution législative au sujet des BIM.

Même si l'on s'entend en général sur la nécessité de s'occuper de la question des BIM, la consultation a fait l'objet de critiques, notamment quant à sa durée. Les participants ont souvent jugé qu'elle était trop courte et ne permettait pas de bien saisir la complexité du problème. D'autres sont d'avis que AINC aurait dû consulter directement les membres des collectivités et que l'information aurait dû être envoyée rapidement à chacun et ne pas être simplement diffusée sur l'Internet.

ANNEXE A : CONSULTATIONS AVEC LES ORGANISATIONS ET COLLECTIVITÉS AUTOCHTONES

Les renseignements présentés ci-dessus, dans la section 3, sont tirés des rapports des représentants de AINC (qui ont assisté aux séances de consultation) ainsi que des rapports des organisations et des collectivités autochtones qui ont obtenu des fonds pour mener les consultations sur les BIM. La présente section contient un résumé des rapports de chacune des organisations autochtones et un aperçu des questions qui ont retenu l'attention ou différaient considérablement des résultats présentés dans la section 3.

Assemblée des chefs du Manitoba (AMC)

L'AMC a tenu une séance à laquelle ont assisté 43 participants, dont les représentants de 27 collectivités des Premières nations du Manitoba, quatre représentants de conseil tribal et cinq membres du First Nations Women's Council de l'AMC.

La rencontre a pris la forme d'une séance d'éducation et d'information préliminaire. Les participants croient que la consultation des Premières nations par le gouvernement fédéral doit s'appuyer sur les principes du libre consentement préalable et éclairé et de la réconciliation.

Selon l'AMC, les éléments essentiels d'une solution concernant les BIM doivent comporter les aspects suivants sans pour autant s'y limiter :

- la reconnaissance et l'instauration de la compétence des Premières nations en matière de doit familial;
- la protection des terres et des intérêts des Premières nations, maintenant et dans l'avenir;
- des mécanismes de soutien pour les femmes, les hommes, les enfants et les familles;
- la promotion des droits de la personne des Premières nations, dont le juste équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs;
- des résultats durables pour les collectivités et les gouvernements des Premières nations.

Autres suggestions

- Le gouvernement fédéral doit reconnaître les compétences en matière de citoyenneté et offrir, en attendant, des séances d'éducation et d'information au sujet du projet de loi C-31.
- Les futures discussions entre le gouvernement fédéral et les dirigeants des Premières nations devront porter sur le projet de loi C-31 et les BIM.
- Les Premières nations doivent adopter le principe des meilleurs intérêts des enfants.
- Les interventions doivent permettre de garder les familles ensemble.
- Il faut mieux concevoir les droits de la personne avant d'adopter une solution en matière de BIM.

Congrès des peuples autochtones (rapport préliminaire)

Le Congrès des peuples autochtones (CPA) a tenu quatre séances de discussion et de consultation avec 188 participants, mais d'autres séances ont dû être annulé pour des raisons logistiques et elles ont été remplacées par un sondage Internet.

Préoccupations

- La *Loi sur les Indiens* comporte des dispositions discriminatoires pour les femmes autochtones et leurs enfants ainsi que les futures générations d'Autochtones.
- L'absence de protection pour les couples homosexuels
- L'absence de mesures et d'institutions d'aide aux familles des Premières nations, à l'intérieur et à l'extérieur des réserves.
- L'incidence des facteurs socio-économiques favorisant la violence familiale, la rupture des mariages et autres problèmes.
- L'application des mesures législatives concernant les BIM.

Solutions proposées

- Modifier les dispositions de la *Loi sur les Indiens* en ce qui a trait à l'égalité entre les sexes.
- Accroître l'offre de programmes sociaux afin d'améliorer le bien-être à l'intérieur et à l'extérieur des réserves (logement, refuges, information culturelle)
- Insister sur l'éducation, la défense des droits, le counselling et la sensibilisation axées sur les BIM.

Même s'il n'y a pas eu de réaction catégorique aux trois options, les participants voient d'un œil moins favorable l'application des lois provinciales et craignent que l'application des lois fédérales se fasse au détriment de l'autonomie gouvernementale. Toutes les options doivent prévoir un financement en vue de résoudre les problèmes et d'appliquer les solutions proposées.

Première nation d'Eel Ground

Une séance de consultation a eu lieu à Miramichi, auprès d'une quinzaine de participants. De plus, 100 sondages téléphoniques ont été menés dans les collectivités d'Eel Ground, de Burnt Church et de Metapaniage. Enfin, six d'entrevues réalisées auprès d'aînés sur le droit coutumier, le mariage et la pauvreté ont été diffusées sur le réseau de télévision des Autochtones APTN afin de s'adresser à un plus vaste public.

Recommandations visant à répondre aux questions indirectes

- Améliorer la sensibilisation culturelle.
- Accorder plus d'intérêt à la famille et à la culture.
- Les lois et les politiques doivent respecter les modes de vie traditionnels et éviter de scinder la population en catégories.

- Les systèmes d'éducation doivent être adaptés à la culture.
- Exercer sur les politiques et les lois un contrôle ayant une incidence sur la vie quotidienne, dans tous les domaines.

Selon le rapport de la Première nation d'Eel Ground, beaucoup de femmes ne sont pas informées des questions liées aux BIM et ne voient pas à quoi le gouvernement veut en venir avec les options proposées. Les opinions exprimées montrent qu'il faut d'abord protéger les femmes et les enfants, que les mesures d'application, de mise en œuvre et de recours sont essentielles et que l'élaboration, la mise en œuvre et l'application des politiques futures devra se faire en collaboration avec les gouvernements et les collectivités mi'kmaq.

Fédération des Indiens de Terre-Neuve (FNI)

La FNI a tenu neuf séances de consultation auxquelles ont assisté 85 personnes environ, dont 76 % de femmes.

Selon le rapport de la FNI, bon nombre de participants trouvent que les consultations n'étaient pas sérieuses en raison du peu de temps qui leur a été accordé. Les participants ont favorisé une approche cohérente et souple permettant aux collectivités et aux bandes des Premières nations de se doter d'un cadre commun adapté à leur culture et aux besoins de leurs collectivités mais aussi de protéger les femmes et les enfants en cas de rupture du mariage.

Les participants jugent nécessaire d'accroître les capacités en matière d'éducation, de sensibilisation et d'intervention afin d'aider les femmes et les enfants à connaître et à exercer leurs droits à tous les stades du mariage ou en cas de rupture.

Autres préoccupations

- Il faut accorder plus d'importance aux consultations sur les BIM.
- La modification de la *Loi sur les Indiens* est étroitement liée aux lacunes sur d'autres plans, comme l'administration des bandes, ainsi que la protection et le respect des droits.
- On n'a pas tenu compte de la persécution et des conséquences auxquelles s'exposent les femmes qui racontent leur histoire.

Association du Barreau autochtone du Canada (ABA)

L'ABA a tenu sa consultation à l'occasion de sa XVIII^e conférence annuelle d'automne. Son rapport se limite donc ses principaux succès, messages et réalisations.

Selon le rapport des représentants de AINC, 15 participants ont assisté à la séance, parmi lesquels 66 % de femmes.

S'agissant des options, les participants croient en la nécessité d'adopter une combinaison des options 2 et 3, puisque les compétences des gouvernements fédéral et provinciaux ne sont pas entières mais se chevauchent. À leurs avis, on devrait reconnaître immédiatement la compétence des Premières nations à adopter leurs propres lois sur les BIM.

Suggestions d'ordre général

- Les Premières nations doivent disposer de fonds leur permettant d'adopter leurs propres codes et lois si les options 2 ou 3 sont retenues.
- Les options proposées ne tiennent pas compte des traditions.
- Les participants veulent voir le projet de loi avant son adoption.
- La période prévue pour les consultations est trop courte.
- On se demande si l'AFN ou l'AFAC représentent vraiment les Premières nations.

Femmes autochtones du Québec (FAQ)

Les FAQ ont tenu cinq séances d'une journée auprès de 55 participants, dont 93 % de femmes.

Étant donné le faible nombre de participants, leurs points de vue n'ont pas été jugés représentatives de l'ensemble des Premières nations du Québec.

Voici leurs principales recommandations.

- Toutes les parties doivent coopérer afin d'informer correctement et adéquatement les Premières nations, afin qu'elles puissent faire des choix éclairés au sujet des BIM.
- La protection juridique des femmes en cas de séparation ou de divorce est souhaitable, mais à condition de ne pas être imposée sans une consultation valable.

Les FAQ ont rejeté le processus de consultation, jugeant que :

- le calendrier est trop court et trop rigide;
- le peu de ressources financières offertes et l'étendue du territoire à couvrir obligent les FAQ à faire des choix limitant le nombre de Premières nations consultées;
- l'information donnée n'était pas suffisante pour faire un choix éclairée entre les trois options.

Les FAQ ont recommandé de consacrer plus de temps aux discussion et de tenir compte :

- de l'incidence de la *Loi sur les Indiens*, de l'adoption d'une nouvelle loi ou de la modification des lois en vigueur;
- du rapport entre les pouvoirs législatifs des Premières nations et l'application des lois provinciales dans les réserves;
- des options proposées au cours d'autres séances de consultation, comme celles concernant les chefs de l'APN et pas les autres.

Cercle national autochtone contre la violence familiale (CNACVF)

Le CNACVF a tenu dans tout le pays sept séances sur les BIM qui ont attiré 42 participantes, toutes membres des Premières nations (employées et clientes des refuges).

La question de la violence familiale est souvent revenue, notamment en ce qui concerne l'obligation pour les femmes de quitter le foyer. Beaucoup de femmes disent avoir peu de droits sur ce plan et qu'elles doivent alors quitter la réserve pour des raisons de sécurité. La question des clientes des refuges qui doivent retourner dans la collectivité faute d'avoir quelque part où aller en raison du manque de logements est préoccupante. Elles s'inquiètent du pouvoir des chefs et des conseils de prendre des décisions d'autant plus qu'elles soupçonnent qu'ils ne prennent pas les BIM au sérieux. Nombreuses sont les participantes pour qui la possession de la maison matrimoniale doit être fondée sur la prise de décision coutumière ou traditionnelle et pour qui la solution retenue en matière de BIM devra s'appuyer sur le principe de l'égalité entre les sexes.

Lors d'une discussion limitée, il a été question des options proposées. Toutefois, au cours d'une séance de consultation où la discussion s'est prolongée, il a été question des options mais l'option 1 a été rejetée, car on a jugé qu'elle revenait à céder les compétences à une province, tout comme l'option 2, car la coopération fédérale-provinciale est peu probable. L'option 3 a bénéficié d'un certain soutien, car elle comporte un mécanisme qui devrait leur permettre aux Premières nations d'adopter leur règles. Si l'on retient une solution ressemblant à l'option 3, des normes minimales seront nécessaires. Les participantes estiment, en général, que la participation des femmes à l'élaboration de codes et de lois concernant les BIM devra s'inscrire dans le processus envisagé pour la loi sur les BIM.

Association nationale des centres d'amitié (ANCA)

L'ANCA a tenu une séance de consultation auprès de 23 participants, dont 87 % de femmes.

D'après la principale recommandation, la loi doit reconnaître la compétence inhérente des Premières nations en matière de BIM, selon des normes minimales clairement définies (application de la Charte, principes d'équité et d'égalité, inaliénabilité des terres des Premières nations, priorité des personnes à charge, intégration des usages et des traditions).

Pour les participants, les nouveaux mécanismes régissant les BIM doivent être liés à des plans de mise en œuvre et d'application et examiner les rapports entre les centres d'amitié, les collectivités des Premières nations et les organismes gouvernementaux, car les centres d'amitié sont souvent appelés à offrir des services non subventionnés d'aide aux femmes et aux enfants sur lesquels les BIM ont une incidence.

Conseil des Autochtones de la Nouvelle-Écosse (CANE)

Le CANE a mené sept séances de consultation auprès de 39 participants, dont 56 % de femmes.

Le Conseil a recommandé l'option 3 comme la meilleure des trois présentées, à condition que la loi sur les BIM respecte les droits de la personne et le droit constitutionnel et puisse s'appliquer.

Selon des participants :

- les partenaires, qu'ils aient ou le statut d'Indien ou non, doivent être indemnisés, spécialement quand il y a des enfants;
- un comité d'examen indépendant ou un cercle des aînés doit être chargé de prendre les décisions, cas par cas;
- les enfants doivent avoir la priorité.

Conseil des Autochtones de l'Île-du-Prince-Édouard (CAIPE)

Le CAIPE a mené trois séances de consultation auprès de 28 participants, dont 60 % de femmes. Une séance de synthèse a également réuni 27 participants.

Voici les principales conclusions.

- Les Autochtones doivent pouvoir adopter leurs propres lois sur les BIM.
- Il faut se concentrer sur les personnes et non les chefs et les conseils.
- Il faut tenir compte des enfants et des futures générations.

La plupart des participants ne sont pas d'accord avec les options proposées.

Objet des autres discussions

- Abrogation ou modification de la *Loi sur les Indiens*
- Limitation de la portée des lois fédérales et provinciales sur les BIM
- Élaboration des options selon la perspective autochtone.
- Considération de la souveraineté comme quatrième option
- Intégration des pratiques traditionnelles, y compris la médiation à l'intérieur de cercles de justice

Conseil des peuples autochtones du Nouveau-Brunswick (NBAPC)

Le NBAPC a tenu six séances de consultation auprès de 22 participants, dont 50 % de femmes.

Voici les principales recommandations.

- Remplacer la *Loi sur les Indiens*, et non simplement la rafistoler.
- Placer la loi sur les BIM sous la compétence des tribunaux fédéraux et provinciaux et d'un tribunal itinérant des Premières nations.
- À l'intérieur et à l'extérieur des réserves, les systèmes juridiques doivent collaborer afin de résoudre les problèmes liés aux BIM, conformément à leurs compétences respectives.

Autres recommandations

- Modifier les certificats de possession de manière à inclure plusieurs conjoints.
- Reconnaître les mariages traditionnels.
- Appliquer un régime uniforme en matière de BIM dans les réserves.
- Ne pas accorder aux chefs et aux conseils de pouvoirs individuels quant aux politiques concernant les BIM.
- Adopter des mécanismes permettant de résoudre les questions visées par le projet de loi C-31.

Nation Nishnawbe-Aski (NAN)

La NAN a mené auprès de trois groupes de concertation une séance de consultation de trois jours qui a attiré une trentaine de participants, toutes des femmes.

Les participantes ont rejeté les trois options, invoquant le fait que les lois fédérales et provinciales ne reconnaissent pas le droit traditionnel et que le partage des actifs n'est pas conforme à la tradition.

Recommandations

- Soumettre les consultations sur les BIM et le financement des communications avec les collectivités à un moratoire de cinq ans.
- Amener les collectivités à faire revivre les usages et les pratiques traditionnelles concernant les BIM, y compris la justice réparatrice et les cercles.

Les participantes se disent préoccupées par la sécurité et le bien-être des femmes et des enfants, la violation des droits collectifs ainsi que la qualité et la disponibilité des logements.

Traités numéros 6, 7 et 8 (rencontre organisée par le Conseil consultatif du Traité n° 6)

Cette séance d'échange de renseignements a attiré 52 participants, dont 69 % de femmes.

La principale recommandation était de reconnaître le pouvoir inhérent des Premières nations à adopter des lois sur les BIM.

Parmi les autres recommandations, il y a l'examen des questions liées au projet de loi C-31, la participation continue de tous les membres aux décisions sur l'aménagement des terres et la restructuration du processus de consultation. Des participants estiment qu'il faut maintenir la responsabilité fiduciaire du gouvernement fédéral afin de protéger les intérêts politiques, sociaux et économiques des Indiens visés par les traités.

Première nation Witsuwet'en

Une séance de consultation a eu lieu avec la Première nation Witsuwet'en. Il y a eu trois participants, toutes des femmes.

Elles rejettent les trois options, jugeant qu'elles ne répondent pas aux besoins des femmes witsuwet'en et ne respectent pas les valeurs traditionnelles des collectivités.

Elles ont recommandé de prévoir des indemnités par rapport aux questions visées par le projet de loi C-31 avant d'adopter une loi sur les BIM. À leur avis, l'incidence négative des BIM est imputable aux effets de la *Loi sur les Indiens* et aux valeurs contraires aux croyances sociales des Autochtones.

ANNEXE B : CHRONOLOGIE DES CONSULTATIONS DE AINC SUR LES BIM, PAR PROVINCE ET TERRITOIRE

CONSULTATIONS NATIONALES

Colombie-Britannique Date : 12 décembre 2006
Événement : Consultation nationale
Organisation responsable : Congrès des peuples autochtones (CPA)
Endroit : Vancouver (Colombie-Britannique)

Date : 18 novembre 2006
Événement : Consultation nationale (2 séances)
Organisation responsable : Cercle national autochtone contre la violence familiale (CNACVF)
Endroit : Bella Cola (Colombie-Britannique)

Alberta Date : 14 et 15 novembre 2006 (2 séances)
Événement : Consultation nationale
Organisation responsable : Cercle national autochtone contre la violence familiale (CNACVF)
Endroit : Morley (Alberta)

Saskatchewan Date : 19 octobre 2006
Événement : AGA de l'Association du Barreau autochtone
Organisation responsable : Association du Barreau autochtone (ABA)
Endroit : Saskatoon (Saskatchewan)

Date : 13 décembre 2006
Événement : Consultation nationale
Organisation responsable : Congrès des peuples autochtones (CPA)
Endroit : Saskatoon (Saskatchewan)

Date : Du 11 au 13 novembre 2006 (2 séances)
Événement : Consultation nationale
Organisation responsable : Cercle national autochtone contre la violence familiale (CNACVF)
Endroit : Fort Qu'Appelle (Saskatchewan)

Ontario

Date : 5 décembre 2006
Événement : Consultation nationale
Organisation responsable : Association nationale des centres d'amitié (ANCA)
Endroit : Ottawa (Ontario)

Date : 3-4 novembre 2006
Événement : Consultation nationale
Organisation responsable : Congrès des peuples autochtones (CPA)
Endroit : Ottawa (Ontario) – Assemblée générale annuelle

Date : Janvier 2007
Événement : Consultation nationale
Organisation responsable : Congrès des peuples autochtones (CPA)
Endroit : Ottawa (Ontario) – Caucus des PN

Date : 27 novembre 2006
Événement : Consultation nationale
Organisation responsable : Cercle national autochtone contre la violence familiale (CNACVF)
Endroit : Sault Ste Marie (Ontario)

Date : 4 décembre 2006
Événement : Consultation nationale
Organisation responsable : Cercle national autochtone contre la violence familiale (CNACVF)
Endroit : Akwesasne (Ontario)

Québec

Date : 13 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Cercle national autochtone contre la violence familiale (CNACVF)
Endroit : Kitigan-Zibi (Québec)

Nouvelle-Écosse

Date : 5 et 7 décembre 2006 (2 séances)
Événement : Consultation nationale
Organisation responsable : Cercle national autochtone contre la violence familiale (CNACVF)
Endroit : Halifax (Nouvelle-Écosse)

CONSULTATIONS RÉGIONALES, PAR PROVINCE ET TERRITOIRE

Columbia-Britannique Date : 11 janvier 2007
Événement : Séance de consultation auprès des Wet'suwet'en
Organisation responsable : Wet'suwet'en
Endroit : Moricetown (Colombie-Britannique)

Date : 12 janvier 2007
Événement : Séance de consultation auprès des Wet'suwet'en
Organisation responsable : Wet'suwet'en
Endroit : Houston (Colombie-Britannique)

Alberta Date : 6 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Traités numéros 6, 7 et 8
Endroit : Edmonton (Alberta)

Manitoba Date : 22 novembre 2007
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Assemblée des chefs du Manitoba (ACM)
Endroit : Winnipeg (Manitoba)

Ontario Date : Du 17 au 19 novembre 2006
Événement : AGA de la nation nishnabe-aski
Organisation responsable : Nation nishnabe-aski (NAN)
Endroit : Thunder Bay (Ontario)

Québec Date : 28 novembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Femmes autochtones du Québec (FAQ)
Endroit : Sept-Îles (Québec)

Date : 30 novembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Femmes autochtones du Québec (FAQ)
Endroit : La Tuque (Québec)

Date : 2 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Femmes autochtones du Québec (FAQ)
Endroit : Wendake (Québec)

Date : 9 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Femmes autochtones du Québec (FAQ)
Endroit : Val D'Or (Québec)

Nouveau-Brunswick

Date : 18 novembre 2006

Événement : Consultation régionale

Organisation responsable : Conseil des peuples autochtones du Nouveau-Brunswick (NBAPC)

Endroit : Dalhousie (Nouveau-Brunswick)

Date : 19 novembre 2006

Événement : Consultation régionale

Organisation responsable : Conseil des peuples autochtones du Nouveau-Brunswick (NBAPC)

Endroit : Beresford (Nouveau-Brunswick)

Date : 22 novembre 2006

Événement : Consultation régionale

Organisation responsable : Conseil des peuples autochtones du Nouveau-Brunswick (NBAPC)

Endroit : Saint-Jean (Nouveau-Brunswick)

Date : 26 novembre 2006

Événement : Consultation régionale

Organisation responsable : Conseil des peuples autochtones du Nouveau-Brunswick (NBAPC)

Endroit : St-Basile (Nouveau-Brunswick)

Date : 29 novembre 2006

Événement : Consultation régionale

Organisation responsable : Conseil des peuples autochtones du Nouveau-Brunswick (NBAPC)

Endroit : Fredericton (Nouveau-Brunswick)

Date : 29 novembre 2006

Événement : Consultation régionale

Organisation responsable : Conseil des peuples autochtones du Nouveau-Brunswick (NBAPC)

Endroit : Moncton (Nouveau-Brunswick)

Île-du-Prince-Édouard Date : 7 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Conseil des peuples autochtones de l'Île-du-Prince-Édouard (CPAIBE)
Endroit : Mt. Stewart (Île-du-Prince-Édouard)

Date : 11 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Conseil des peuples autochtones de l'Île-du-Prince-Édouard (CPAIBE)
Endroit : Tyne Valley (Île-du-Prince-Édouard)

Date : 14 décembre 2006 (2 séances)
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Conseil des peuples autochtones de l'Île-du-Prince-Édouard (CPAIBE)
Endroit : Charlottetown (Île-du-Prince-Édouard)

Nouvelle-Écosse Date : 4 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Conseil des Autochtones de la Nouvelle-Écosse (CANE)
Endroit : Sydney (Nouvelle-Écosse)

Date : 6 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Conseil des Autochtones de la Nouvelle-Écosse (CANE)
Endroit : Truro (Nouvelle-Écosse)

Date : 8 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Conseil des Autochtones de la Nouvelle-Écosse (CANE)
Endroit : Yarmouth (Nouvelle-Écosse)

Date : 9 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Conseil des Autochtones de la Nouvelle-Écosse (CANE)
Endroit : Kentville (Nouvelle-Écosse)

Date : 11 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Conseil des Autochtones de la Nouvelle-Écosse (CANE)
Endroit : Milton/Liverpool (Nouvelle-Écosse)

Date : 13 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Conseil des Autochtones de la Nouvelle-Écosse (CANE)
Endroit : Milton/Liverpool (Nouvelle-Écosse)

Date : 9 janvier 2007
Événement : Première nation d'Eel Ground Consultation
Organisation responsable : Première nation d'Eel Ground
Endroit : Amherst (Nouvelle-Écosse)

Terre-Neuve-et-Labrador

Date : 26 novembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Fédération des Indiens de Terre-Neuve (FNI)
Endroit : St. George's (Terre-Neuve)

Date : 27 novembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Fédération des Indiens de Terre-Neuve (FNI)
Endroit : Corner Brook (Terre-Neuve)

Date : 27 novembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Fédération des Indiens de Terre-Neuve (FNI)
Endroit : Stephenville (Indian Head) (Terre-Neuve)

Date : 3 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Fédération des Indiens de Terre-Neuve (FNI)
Endroit : Benoit's Cove (Terre-Neuve)

Date : 3 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Fédération des Indiens de Terre-Neuve (FNI)
Endroit : Flat Bay (Terre-Neuve)

Date : 4 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Fédération des Indiens de Terre-Neuve (FNI)
Endroit : Grand Falls/Windsor (Terre-Neuve)

Date : 5 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Fédération des Indiens de Terre-Neuve (FNI)
Endroit : Gander Bay (Terre-Neuve)

Date : 6 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Fédération des Indiens de Terre-Neuve (FNI)
Endroit : Port au Port (Terre-Neuve)

Date : 7 décembre 2006
Événement : Consultation régionale
Organisation responsable : Fédération des Indiens de Terre-Neuve (FNI)
Endroit : Appleton (Glenwood) (Terre-Neuve)

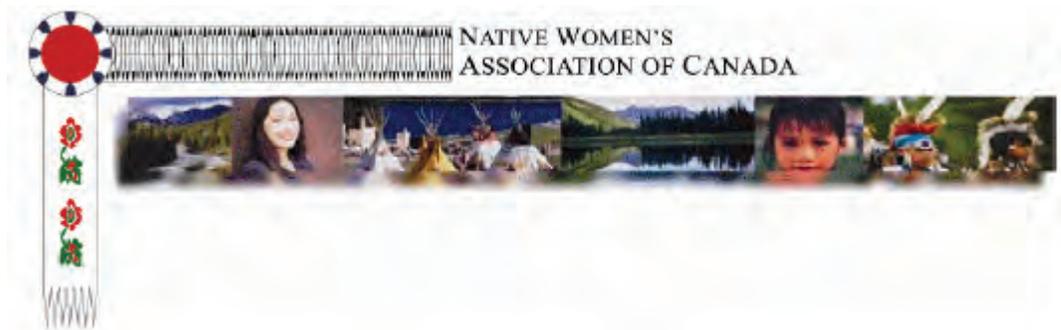
Yukon, Territoires du Nord-Ouest et Nunavut
Pas séances de AINC

ANNEXE C : STATISTIQUES SOMMAIRES

Ces statistiques ne tiennent pas compte des consultations faites par l'AFAC et de l'APN
Le nombre de participants exclu les représentants du ministère ainsi que le facilitateur

INAC MRP Consultation Sessions Summary Statistics (based on available information)			
Location	# of Sessions	# of Participants	% of Female Participants
NATIONAL SESSIONS			
6 sessions	226	34	15%
Congress of Aboriginal People	Vancouver	4	100%
Congress of Aboriginal People	Ottawa (AGM)	152	Unknown
Congress of Aboriginal People	Saskatoon	6	Unknown
Congress of Aboriginal People	Ottawa (caucus)	16	Unknown
Indigenous Bar Association	Saskatoon	15	67%
National Association of Friendship Centres	Ottawa	23	87%
REGIONAL SESSIONS			
British Columbia	4 regional sessions	19	89%
Wetsuweten	Smithers	3	100%
Wetsuweten	Morice town	9	78%
NACAFV	Nuxalt Nation Transition House	1	100%
NACAFV	Nuxalt Nation Transition House, Bella Coda	6	100%
Alberta	3 regional sessions	63	49%
NACAFV	Morley	6	100%
NACAFV	Morley	5	100%
Treaty 6, 7, and 8 (Women's Advisory Council)	Edmonton	52	73%
Saskatchewan	2 regional sessions	7	100%
NACAFV	Fort Qu'Appelle	1	100%
NACAFV	Fort Qu'Appelle	6	100%
Manitoba	1 regional session	43	Unknown
Assembly of Manitoba Chiefs		43	Unknown
Ontario	3 regional sessions	41	41%
Nishnawbe Aski Nation	Thunder Bay	30	100%
NACAFV	Sault Ste. Marie	6	100%
NACAFV	Akwesasne	5	100%
Quebec	5 regional sessions	52	94%
Femme Autochtone du Québec	Wendake	20	95%
Femme Autochtone du Québec	La Tuque	2	100%
Femme Autochtone du Québec	Val d'Or	6	100%
Femme Autochtone du Québec	Sept-Îles	18	89%
NACAFV	Kagan-Zibi	6	100%
Atlantic	28 regional sessions	231	55%
Native Council of Nova Scotia	Sydney	5	40%
Native Council of Nova Scotia	Yarmouth	2	100%
Native Council of Nova Scotia	Turo	2	50%
Native Council of Nova Scotia	Kentville	2	50%
Native Council of Nova Scotia	Milton	8	75%
Native Council of Nova Scotia	Sheet Harbour	20	50%
NACAFV	Millbrook	1	100%
NACAFV	Millbrook	5	100%
Eel Ground	Amherst	15	7%
Federation of Newbunland Indians	Grand Falls	4	100%
Federation of Newbunland Indians	Port au Port	14	29%
Federation of Newbunland Indians	St. George's	3	100%
Federation of Newbunland Indians	Stephenville	10	100%
Federation of Newbunland Indians	Flat Bay	11	100%
Federation of Newbunland Indians	Gander Bay	29	66%
Federation of Newbunland Indians	Appleton	3	100%
Federation of Newbunland Indians	Benoit's Cove	4	100%
Federation of Newbunland Indians	College of the North Atlantic	11	91%
New Brunswick Aboriginal People's Council	Dalhousie	5	Unknown
New Brunswick Aboriginal People's Council	Beresford	5	40%
New Brunswick Aboriginal People's Council	Saint John	3	33%
New Brunswick Aboriginal People's Council	Fredericton	7	71%
New Brunswick Aboriginal People's Council	Saint Basile	1	Unknown
New Brunswick Aboriginal People's Council	Moncton	1	100%
Native Council of PEI	Tyne Valley	10	60%
Native Council of PEI	Mount Stewart	11	55%
Native Council of PEI	Charlottetown (Elder's Circle)	12	67%
Native Council of PEI	Charlottetown (wrap-up session)	27	Unknown
The North		--	
TOTAL (National and Regional)	46 sessions	682	77%
OTHER CONSULTATION METHODS			
E-mails	Approximately 55		
Letter	Approximately 15 submissions		
Phone calls	Approximately 15 calls		
Provinces/territories	All provinces/territories except Quebec have provided input		
Government of Canada	1 interdepartmental meeting has occurred		

* percentages have been adjusted for missing gender information



Reconquérir notre mode de vie

**Solutions en matière de biens immobiliers
matrimoniaux**

Exposé de principe

Janvier 2007

Remerciements

La présidente Beverly Jacobs, au nom du conseil d'administration et du personnel de l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) souhaite présenter ses plus sincères remerciements à tous les jeunes, femmes et hommes, qui nous ont fait part de leurs expériences et qui ont participé à la recherche de solutions pendant toute la durée de l'initiative sur la recherche de solutions aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux. M^{me} Jacobs apprécie leur force, leurs connaissances et leur passion de même que leur sens des responsabilités au regard de la santé et du bien-être de leurs collectivités. Elle se dit également heureuse du rôle que chacun a joué en vue d'assurer que tous, nous planifions et préparons l'avenir de nos générations futures.

L'AFAC reconnaît que de nombreuses personnes ont dû faire face à des menaces personnelles en raison de leur décision de participer à cette initiative; choix qu'elles ont fait dans le but d'aider à l'identification de solutions qui profiteront à tout le peuple autochtone.

M^{me} Jacobs souhaite également remercier les aînés qui ont participé à la planification et à la mise en œuvre du processus pour leurs judicieux conseils. Ils ont fourni leurs avis au cours des diverses séances tenues dans le cadre de ce processus de consultation.

M^{me} Jacobs reconnaît le soutien des communautés autochtones. Elle souhaite de plus manifester son appréciation à l'égard des personnes qui ont donné des conseils lors de leur participation aux groupes de discussions, aux enquêtes écrites, aux appels téléphoniques, de même qu'à l'égard des personnes qui ont participé aux comités permanents, aux groupes consultatifs et au conseil d'administration. Finalement, M^{me} Jacobs désire souligner l'énorme travail et le dévouement des employés permanents et des sous-traitants de l'AFAC qui ont veillé à ce que les mots et l'esprit des participants soient intégrés dans ce rapport.

Table des matières

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE EXÉCUTIF	4
INTRODUCTION	5
Mission de l'AFAC	
Biens immobiliers matrimoniaux (BIM)	
INITIATIVE SUR LES SOLUTIONS AUX BIM	5
Activités	
Calendrier	
VISION ET PRINCIPES	6
Vision	
Principes	
RECONQUÉRIR NOTRE MODE DE VIE : TROUVER DES SOLUTIONS	8
LES CONSÉQUENCES INTERGÉNÉRATIONNELLES DE LA COLONISATION	8
Solutions à court terme	
Solutions à moyen terme	
Solutions à long terme	
LA VIOLENCE	12
Solutions à court terme	
Solutions à moyen terme	
Solutions à long terme	
LA JUSTICE	16
Solutions à court terme	
Solutions à moyen terme	
Solutions à long terme	
L'ACCESSIBILITÉ DES SOUTIENS	19
Solutions à court terme	
Solutions à moyen terme	
Solutions à long terme	
LES COMMUNICATIONS ET L'ÉDUCATION	21
Solutions à court terme	
Solutions à moyen terme	
Solutions à long terme	
LES CHANGEMENTS LÉGISLATIFS	25
Solutions à court terme	
Solutions à moyen terme	
Solutions à long terme	
RESTRICTIONS	29
CONCLUSION	31
Annexe A – Résumé des solutions.....	33
Annexe B – Glossaire.....	37

Sommaire exécutif

La question des biens immobiliers matrimoniaux (BIM) est en instance de règlement depuis plus de 20 ans. L'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) a été heureuse de participer à l'établissement de ce processus de consultation et de recherche de consensus en partenariat avec l'Assemblée des Premières nations et Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) qui ont œuvré à l'identification des solutions aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux.

L'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) a eu recours à des moyens diversifiés pour obtenir des informations et recueillir les idées des femmes autochtones touchant les solutions qu'elles jugeaient les plus appropriées et les plus utiles au règlement des BIM. Les informations obtenues auprès du peuple autochtone qui a participé à ces séances constituent la base de cet énoncé de principe.

La vision, les principes et les solutions sont fondés sur les voix des participants à l'initiative sur les Solutions relatives aux BIM qui ont partagé leurs pensées et leurs idées avec l'AFAC dans la recherche de solutions. Chaque solution est associée à des recommandations à court, à moyen et à long terme.

Vision

Notre vision dans ce processus est axée sur «La reconquête de notre manière d'être» : un *équilibre sain* des personnes, familles, collectivités et nations qui est fondé sur nos enseignements et savoirs traditionnels.

Principes

Nos principes touchent de façon particulière :

- Les femmes et leur rôle dans ce processus et dans la collectivité;
- Les enfants autochtones et leur bien-être;
- Les aînés et leur importance comme porteurs des connaissances traditionnelles;
- La gouvernance et son rôle dans les collectivités saines
- L'éloignement et les défis additionnels posés aux collectivités semi-éloignées, éloignées et isolées;

La responsabilité du gouvernement dans ses pratiques discriminatoires passées.

Solutions

Les solutions générées par l'entremise du processus de consultation ont été regroupées en six thèmes généraux :

1. Incidences intergénérationnelles de la colonisation
2. Violence
3. justice
4. Accessibilité des soutiens
5. Communications et éducation
6. Changements législatifs

La prochaine étape consiste à réaliser un consensus avec nos partenaires de manière à ce qu'il devienne possible de mettre en œuvre des solutions qui apporteront des résultats bénéfiques pour toutes les personnes, familles, collectivités et nations autochtones.

Introduction

Mission de l'AFAC

L'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) repose sur le but collectif d'améliorer, de promouvoir et de favoriser le bien-être social, économique, culturel et politique des femmes autochtones des Premières nations et de la société canadienne. L'AFAC contribue à renforcer l'autonomie des femmes en participant à l'élaboration de lois qui les touchent ou à des modifications de ces lois, et en faisant participer les femmes à la mise au point et à la prestation de programmes qui font la promotion de l'égalité pour les femmes autochtones.

Biens immobiliers matrimoniaux (BIM)

La *Loi sur les Indiens* ne contient pas de dispositions pour régir les « biens immobiliers matrimoniaux » dans les réserves; cette expression comprend la terre ou la maison où vit un couple au cours de leur mariage ou de leur union maritale, ou encore dont ils en tirent profit. En 1986, la Cour suprême du Canada a statué que les lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux ne s'appliquaient pas aux terres de réserve. Ces décisions ont créé une lacune dans la loi, ce qui a entraîné de graves conséquences, particulièrement pour les femmes autochtones.

Les couples qui conviennent de la manière de traiter leurs biens immobiliers matrimoniaux n'ont pas à leur disposition un cadre juridique détaillé qui rendrait leurs intentions exécutoires. Lorsqu'un couple n'est pas d'accord, il n'existe pas de mécanisme pour résoudre leurs litiges. Sans protection juridique, les femmes qui vivent une rupture de leur relation maritale, qui sont victimes de violence à la maison ou dont le conjoint est décédé perdent souvent leurs maisons situées dans la réserve. Il devient alors difficile pour elles de maintenir des contacts réguliers avec leur famille élargie et leurs amis; il en résulte ensuite la perte de leur contribution au bien-être de leur collectivité, au présent et à l'avenir.

Initiative sur les solutions en matière de biens immobiliers matrimoniaux

Activités

L'AFAC a constaté depuis longtemps que l'absence de lois sur les biens immobiliers matrimoniaux a des conséquences négatives sur les femmes et les enfants autochtones. Depuis les années 1990, l'AFAC prône la recherche d'une solution pour remédier à ce problème. L'AFAC salue la possibilité de travailler en collaboration avec l'Assemblée des Premières nations (APN) et Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) à la recherche de solutions à l'accès aux droits sur les biens immobiliers matrimoniaux qui n'est pas le même pour les femmes que pour les hommes autochtones.

Les objectifs définis dans le cadre de la participation de l'AFAC à ce processus comprennent :

- veiller à ce que seuls les besoins et les intérêts des femmes autochtones soient reflétés tout au long du processus de consultation;
- viser un équilibre respectueux entre les droits humains collectifs et les droits humains individuels des femmes autochtones et des collectivités auxquelles elles appartiennent;
- rechercher les meilleures solutions possibles afin de faciliter l'accès aux protections liées aux biens immobiliers matrimoniaux pour les femmes et les enfants autochtones qui vivent dans les réserves.

Tout au long de ce processus, l'AFAC a veillé à ce que les solutions soient apportées par les personnes qui ont été touchées par la lacune juridique actuelle. L'AFAC s'est assurée que ces personnes ont eu pleinement l'occasion de participer et de partager leurs propositions de solutions et leurs recommandations, d'une manière sécuritaire et accessible. L'AFAC appuie pleinement la bonne gouvernance et encourage un équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels des peuples et des personnes dans les collectivités où elles vivent et auxquelles elles appartiennent.

L'initiative sur les solutions relatives aux biens immobiliers matrimoniaux a créé un environnement sécuritaire et confortable dans lequel les femmes des Premières nations ont pu partager leurs pensées, leurs idées et, plus important, leurs solutions aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux. Ces solutions sont tirées de leurs expériences, de leurs connaissances et de leurs cultures propres. L'AFAC estime qu'il était d'une importance capitale que les voix des femmes soient entendues et, par conséquent, elle a mené un processus qui était inclusif et stimulant pour les femmes. Les activités entreprises au cours de cette initiative ont permis à l'AFAC de conserver les contributions des femmes pour les présenter à la phase suivante, où nous chercherons à établir un consensus avec nos partenaires sur les meilleures solutions à prendre.

Calendrier

Le 20 juin 2006, le ministre d'AINC a nommé M^{me} Wendy Grand John représentante ministérielle pour la conduite du processus et l'atteinte d'un consensus sur une solution aux biens immobiliers matrimoniaux.

Le 29 septembre 2006, l'AFAC, l'APN et AINC ont annoncé conjointement le lancement de leur processus de consultation d'un bout à l'autre du Canada.

L'AFAC a mené la collecte des activités qui ont permis d'obtenir les renseignements qui forment la base de ce rapport entre le 29 septembre 2006 et le 29 janvier 2007.

Vision et principes

L'imposante quantité de réponses des femmes autochtones était essentielle au bon déroulement de l'initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux. La vision et les principes suivants ont été directement élaborés à partir des mots des femmes. Comme l'AFAC continue à œuvrer pour l'atteinte d'un consensus sur les solutions avec nos partenaires, cette vision et ces principes guideront notre processus pour reconquérir notre mode de vie.

Vision

Reconquérir notre mode de vie : un équilibre entre des personnes, des familles, des collectivités et des nations saines, lequel est fondé sur nos connaissances et nos enseignements traditionnels.

Principes :

Le processus

Nos histoires sont ce que nous sommes. Les voix et les histoires des femmes autochtones ont été la source principale de nos solutions aux biens immobiliers matrimoniaux.

Les femmes

Les femmes et les enfants autochtones ont toujours fait partie intégrante des lois et des valeurs traditionnelles de leurs nations.

Les femmes sont honorées en tant que celles qui donnent la vie.

Les femmes fournissent du leadership dans la reconstruction de nos collectivités. Leurs compétences et leur savoir-faire leur assurent un rôle essentiel et égal dans la collectivité.

Les enfants

Les enfants sont un cadeau sacré du Créateur.

Les enfants ont le droit d'être élevés au sein de leur famille, de leur culture et de leur communauté, et de vivre dans un environnement sain et sécuritaire.

Le bien-être des enfants est le mieux atteint par les parents car ce sont eux qui trouvent des solutions qui tiennent d'abord compte des besoins des enfants.

Les hommes

Les hommes sont nos partenaires égaux.

Les hommes fournissent du leadership dans la reconstruction de nos collectivités. Leurs compétences et leur savoir-faire leur assurent un rôle essentiel et égal dans la collectivité.

Les hommes contribuent à l'essor de familles fortes et respectueuses et ils en bénéficient.

Les aînés

Les aînés sont les porteurs de nos connaissances traditionnelles et, grâce à leurs conseils et à leurs enseignements oraux, ils nous aideront à reconquérir notre mode de vie.

La gouvernance

Une bonne gouvernance et une responsabilisation judicieuse sont primordiales pour le développement de collectivités saines et viables.

Les collectivités

Les collectivités des Premières nations sont diverses.

Alors que les peuples des Premières nations affrontent des difficultés communes, les collectivités situées dans des régions éloignées ou isolées peuvent vivre des expériences particulières; ce qui doit être pris en compte dans le choix des solutions aux biens immobiliers matrimoniaux.

Le rôle du gouvernement fédéral

Alors que plusieurs des solutions se situent au niveau communautaire, il est essentiel de comprendre que ces problèmes communautaires découlent des lois et des politiques fédérales — ou de leur absence — qui ont été discriminatoires envers les peuples et les personnes autochtones.

La section suivante donne un aperçu des préoccupations particulières qui ont été soulevées par les participants. Chacune est brièvement décrite et est suivie par des propositions de solutions à long, à moyen et à court terme, qui permettront de réaliser notre vision.

Reconquérir notre mode de vie : trouver des solutions

L'AFAC est d'avis que les solutions aux questions des biens immobiliers matrimoniaux doivent provenir des gens eux-mêmes. Tout au long de l'initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux, l'AFAC a invité les participants à parler de leurs expériences, des obstacles auxquels ils sont confrontés et de ce dont ils ont besoin pour aller de l'avant. Les solutions proposées intègrent les principes énoncés au début de ce rapport aussi bien que les enjeux et les préoccupations soulevés par les participants. Ces solutions englobent des changements juridiques et légaux, lesquels peuvent prendre racine dans les enseignements et les processus traditionnels autochtones ainsi que dans les préoccupations sociales et relatives au bien-être auxquelles on doit s'attaquer pour soutenir les femmes, les enfants et les familles autochtones.

Les solutions générées par l'initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux ont été regroupées sous six thèmes généraux : les conséquences intergénérationnelles de la colonisation, la violence, la justice, l'accessibilité du soutien, les communications et l'éducation ainsi que les changements législatifs. Chaque thème est brièvement décrit ci-dessous; la description est suivie de recommandations à court, à moyen et à long terme. Vous trouverez un résumé des recommandations à l'Annexe A.

Les conséquences intergénérationnelles de la colonisation

La *Loi sur les Indiens* même a été élaborée sur des politiques gouvernementales d'assimilation et de génocide culturel. Ces mécanismes d'assimilation comme le placement intentionnel des enfants dans les pensionnats indiens et la « rafle des années soixante » (référant au placement massif et injuste d'enfants autochtones dans le système provincial de protection de l'enfance) ont généré des conséquences intergénérationnelles sur les personnes et les familles qui les ont vécus; ces mécanismes sont souvent mentionnés comme des facteurs de ruptures des unions maritales. Les enseignements fondamentaux autochtones sur les relations entre les femmes et les hommes et le rôle de chacun dans la société, de même que sur les responsabilités mutuelles, la famille élargie, la collectivité et la Création ont été remplacés par des notions provenant de l'ensemble de la société, où les femmes étaient perçues de manière très différente.

Solutions à court terme

La loi fédérale doit inclure une clause rétroactive pour compenser financièrement les femmes autochtones et leurs descendants qui ont subi des pertes en raison des dispositions de la Loi sur les Indiens

Trop souvent, les femmes ont dû quitter leur collectivité pour se protéger elles-mêmes et pour protéger leur famille contre la violence et ont subi des pertes en raison du manque de protections offertes aux femmes autochtones en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Réduire les conséquences intergénérationnelles de la colonisation est un objectif important, dans la mesure où les femmes sont déjà marginalisées au sein de la société canadienne dans son ensemble.

Les compensations atténueront certains des problèmes personnels et des difficultés financières auxquels sont confrontés les femmes et leurs descendants qui ont souffert à la suite d'une rupture familiale et de la perte de biens immobiliers, en raison du manque de protections offertes pour les femmes en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Ce manque de protections va au-delà d'une simple absence de mécanisme pour régler la perte de biens immobiliers matrimoniaux après la rupture d'une union, il s'étend à toutes les conséquences du colonialisme dont ont souffert les femmes autochtones.

Les lois et les politiques sur l'appartenance à la bande et la citoyenneté doivent être revues pour offrir le choix aux femmes et à leurs descendants en matière d'appartenance à une bande

À l'heure actuellement, l'appartenance à la bande est déterminée de la manière suivante : une personne est désignée membre d'une bande en vertu de règlements qui ne tiennent pas toujours compte de leurs souhaits, besoins et intérêts personnels. Tout au long de l'initiative sur les solutions, les participants ont suggéré un certain nombre d'options de rechange aux politiques d'appartenance à la bande et ils ont insisté sur le fait qu'il était important d'avoir la possibilité de faire un choix personnel. Parmi ces choix, notons : la possibilité d'établir une double appartenance pour les enfants nés d'un mariage où les parents venaient de deux Premières nations différentes et la possibilité pour les femmes de choisir de transférer leur appartenance au moment d'un mariage, d'une séparation, d'un divorce ou du décès d'un conjoint.

Ces choix donneront aux femmes autochtones la possibilité de prendre des décisions dans leur propre intérêt et dans le meilleur intérêt de leur famille.

La Fondation autochtone de guérison et tous les programmes de guérison et de bien-être autochtones doivent être élargis et être suffisamment financés pour répondre de façon plus adéquate aux conséquences intergénérationnelles de la colonisation

La colonisation et ses conséquences ont eu une forte incidence négative sur les personnes, les familles et les collectivités. Malgré ces événements, les femmes qui ont participé à l'initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux estiment que la collectivité pourrait guérir, en partie en ayant recours à des programmes holistiques et adaptés à la culture, comme ceux décrits précédemment.

« La guérison commence d'abord par moi-même, ensuite ma famille et ma collectivité. Plus nous sommes sains, et plus nous sommes stables et plus forts. »

Les programmes portant sur la guérison et le bien-être devront être élargis davantage pour contribuer à ce processus de renforcement des personnes et des collectivités. Les organismes et les organisations qui dispensent ces programmes doivent être suffisamment financés de manière à ce que tous les programmes puissent être offerts à tous les Autochtones qui en ont besoin. En particulier, les programmes doivent être accessibles aux personnes qui vivent dans les collectivités éloignées et isolées, là où la distance et le manque d'infrastructures locales rendent l'accès aux programmes plus difficile.

Solutions à moyen terme

Élaboration d'un mécanisme pour mettre en œuvre les compensations devant être accordées pour le manque de protection qu'ont connu les femmes et leurs descendants, y compris le fait qu'elles aient été privées de leurs droits aux collectivités et la perte de leur langue, de leur culture et de leur identité en raison des politiques concernant les biens immobiliers matrimoniaux

Pour offrir aux femmes et à leurs descendants des compensations pour le manque de protections, y compris l'émancipation obligatoire et la perte de leur langue, de leur culture et de leur identité en raison des politiques concernant les biens immobiliers matrimoniaux, il faudra créer un mécanisme communautaire pour mettre en œuvre le processus de compensation décrit ci-dessus dans les solutions à court terme.

Analyses des conséquences basées sur le sexe de la Fondation autochtone de guérison et des programmes de guérison et de bien-être devant être financés en

vue d'améliorer leur efficacité pour les femmes, les enfants et les familles autochtones

L'AFAC a entendu la demande des participants d'accroître et d'étendre les programmes de guérison et de bien-être en vue de favoriser le processus de guérison qui doit s'installer dans les collectivités.

L'AFAC souhaite amener cette demande à une étape ultérieure, en recommandant qu'une analyse des conséquences basées sur le sexe soit effectuée pour ces programmes. Les travaux réalisés par le passé par l'AFAC ont démontré que les hommes et les femmes autochtones ont vécu différentes expériences au cours du processus de colonisation en raison de leur sexe. Selon les valeurs européennes, on ne respectait pas les femmes ni leurs contributions dans la société comme les cultures autochtones le faisaient. Cela a eu pour résultat que le rôle des femmes autochtones n'a pas été respecté dans les collectivités autochtones de même que l'honneur dont elles jouissaient.

Une analyse des conséquences basées sur le sexe fera en sorte que les programmes de guérison et de bien-être abordent et respectent les besoins à la fois des femmes et des hommes autochtones. Grâce à cette analyse, on pourra évaluer les programmes et déterminer où il y a des résultats positifs et, si nécessaire, modifier ces programmes pour tenir compte des expériences distinctes des hommes et des femmes autochtones et régler les questions de distinction entre les sexes.

Élaboration et financement de programmes de rapatriement pour que les collectivités puissent accueillir leurs membres

Les politiques d'assimilation du gouvernement fédéral ont eu pour conséquence la perte du statut d'Indien, de l'appartenance à la bande et de l'identité pour plusieurs membres des Premières nations. L'émancipation obligatoire et la « rafle des années soixante » sont deux exemples bien connus de ces politiques. Un exemple moins connu toutefois est la perte du statut, ou de l'appartenance des femmes autochtones qui ont épousé une personne qui n'avait pas le statut d'Indien ou qui était membre d'une autre bande.

L'adoption de la *Loi C-31* qui a redonné le statut d'Indien à plusieurs personnes a créé de la confusion et des pressions pour les personnes et collectivités autochtones. On a demandé aux Premières nations d'accepter le retour de personnes au sein des bandes et des collectivités sans qu'elles aient les ressources adéquates pour les accueillir. Plusieurs qui ont été finalement en mesure de retourner dans leurs collectivités ont constaté qu'ils ont été accueillis comme des étrangers. Un participant a déclaré :

« [...] Il ya encore aujourd'hui des répercussions dans notre collectivité [...]. Nous avons des femmes qui sont revenues à la maison, et qui sont toujours sans abri, d'une certaine manière, car elles ne respectent pas la Loi C-31. Nous pourrions aussi bien dire que ce genre de choses fait qu'il y a toujours un certain type de contrôle sur les femmes et les enfants. »

À l'heure actuelle, les collectivités des Premières nations et d'autres collectivités autochtones ne disposent pas des ressources et des fonds nécessaires pour établir des programmes qui faciliteraient le rapatriement de ces femmes et de leurs descendants. Des programmes éducatifs pour les membres des collectivités et pour les personnes qui reviennent dans les collectivités sont fondamentaux pour les efforts de rapatriement. Ces activités entraîneront des changements positifs, comme le décrit ainsi un participant :

« [...] Vous avez l'impression qu'une évolution se produit et que cela croît à pas de géant, mais ça commence avec les enfants. Aussitôt que nous commençons à travailler avec les enfants, tout commence à changer; et les femmes aussi bien que

leurs hommes n'hésitent pas à participer quand ils voient quelque chose de bon pour leurs enfants et que maintenant vous n'êtes pas dans des camps adverses... »

Solutions à long terme

Mettre un terme aux conséquences intergénérationnelles de la colonisation et créer un espace pour inspirer de nouveau la fierté envers l'identité autochtone et accroître l'estime de soi

Tout au long de l'initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux, le thème de la colonisation a été soulevé, surtout en ce qui concerne les conséquences sur les femmes autochtones et leur manque de droits humains. Le processus colonial a eu des conséquences intergénérationnelles, c'est-à-dire des conséquences sur les femmes d'une génération à l'autre. Des événements traumatisants et les durs traitements, qui sont des conséquences du processus de colonisation vécues par les grands-mères, continuent d'affecter leurs filles, leurs petites-filles et les générations futures. Un participant a ainsi décrit les effets de la colonisation :

« [...] Nous sommes devenus des non-personnes. Nous ne pouvions pas voter. Nos femmes ne pouvaient pas s'exprimer. »

Les femmes autochtones qui ont participé aux séances étaient d'accord pour dire que la colonisation était un facteur déterminant pour un bon nombre de problèmes et de difficultés connexes dans les réserves. Le processus de colonisation a couvert plusieurs mesures reliées entre elles, notamment l'introduction de la *Loi sur les Indiens*, l'imposition du gouvernement du conseil de bande et le recours à des mécanismes d'assimilation, tels que les pensionnats indiens. Des participants ont déclaré à l'AFAC :

« [...] C'est à propos de ce que nous sommes dans notre collectivité. C'est à propos de ce que nous voulons accomplir. C'est à propos du partage de notre histoire de vie, pour que nos dirigeants, quels qu'ils soient, puissent prendre ces faits et les mettre dans le langage qu'il faut pour les examiner et élaborer la loi. »

« Ce n'est pas la colonisation qui me motive dans ma collectivité; ce sont mes valeurs et mes croyances qui me font décider ce que je veux décider dans ma prise de décision. »

Les femmes et leurs descendants obtiendront réparations pour le manque de protection à l'égard de leurs droits en vertu de la Loi sur les Indiens

Les participants ont clairement indiqué les lois du gouvernement fédéral et plus particulièrement la *Loi sur les Indiens* en tant qu'agent contributeur de la dévalorisation des femmes dans les collectivités des Premières nations. Un participant a affirmé :

« [...] Le racisme, les notions d'apartheid et la discrimination font partie du cœur même de la Loi sur les Indiens. »

Presque toutes les femmes qui ont décrit leur expérience en relation avec les biens immobiliers matrimoniaux ont parlé des pertes qu'elles ont subies; les femmes en général estimaient qu'il était important de réviser les lois discriminatoires, telles que la *Loi sur les Indiens*. La disposition concernant la réparation pour le manque de protections permettra aux femmes de s'employer à briser le cycle des abus intergénérationnels en leur fournissant les outils et les ressources dont elles ont besoin pour agir.

La violence

Par l'entremise de l'initiative sur les solutions relatives aux biens immobiliers matrimoniaux et des travaux précédents entrepris par l'AFAC a établi que la violence exercée à l'égard des femmes autochtones, sous toutes ses formes, est la préoccupation la plus importante à laquelle nous sommes confrontés. La question de la violence systémique et structurelle contre les femmes autochtones est entretenue par un manque de compréhension et de sensibilité, le comportement des membres de la collectivité, les prestataires de services et la société en général.

L'AFAC reconnaît que la violence contre les femmes autochtones prend plusieurs formes, y compris la violence à la maison et dans les relations intimes, le silence politique et la violence raciale et sexuelle dans les rues. Statistique Canada rapporte que les femmes autochtones sont plus de trois fois plus souvent victimes de la violence d'un conjoint que les autres femmes au Canada.

Tout au long du processus de l'initiative sur les solutions, l'AFAC a entendu à maintes reprises que le cycle de violence doit être immédiatement interrompu et que cela doit se faire par l'entremise de programmes de guérison et de bien-être. De plus, l'AFAC a entendu et constaté que ces programmes de guérison et de bien-être doivent inclure les hommes et les femmes, les adultes et les enfants, ainsi que les victimes d'abus et les abuseurs.

Les participants ont aussi clairement affirmé que bien que les collectivités des Premières nations doivent immédiatement entreprendre le processus de se guérir elles-mêmes, le gouvernement fédéral, en particulier Affaires indiennes et du Nord Canada, doit reconnaître les incidences négatives que ses politiques racistes et assimilatrices ont provoquées sur des générations de personnes, de familles, de collectivités et de nations autochtones. En outre, l'AINC a une responsabilité de diligence raisonnable d'allouer des ressources pour traiter les conséquences négatives que ses politiques ont eues sur les personnes et les peuples autochtones.

Solutions à court terme

L'AFAC obtient du financement pour élaborer une stratégie nationale efficace visant à mettre un frein à la violence contre les femmes, les enfants et les familles autochtones, violence qui contribue aux ruptures de mariage

Les besoins particuliers des collectivités autochtones doivent être prises en considération au moment d'aborder la question de la violence. En raison de la loi raciste et sexiste, le peuple autochtone est confronté à un type de violence que ne connaît pas l'ensemble de la population canadienne. On a répété tout au long du processus de consultation qu'il était temps de mettre fin à la violence contre les femmes.

Bien qu'aucun participant n'ait demandé précisément de mettre en place une stratégie nationale, les solutions proposées par les femmes peuvent le mieux se concrétiser au moyen d'une telle stratégie. La nature du travail de l'AFAC fait de cet organisme un instrument idéal pour mettre en œuvre une stratégie nationale visant à mettre un terme à la violence contre les femmes et les enfants autochtones, laquelle contribue aux ruptures de mariage.

Mise en œuvre des ordonnances d'exécution

Plusieurs participants ont parlé du manque de services de police dans les collectivités des Premières nations, ainsi bien que de l'absence de politiques et de procédures à suivre dans les cas de dispute familiale. Dans le but d'assurer la sécurité et le bien-être

des femmes et des enfants autochtones, les ordonnances établies en vertu des dispositions du droit familial et criminel doivent être appliquées. Trop souvent, les femmes ont mentionné des situations où elles ont demandé de l'aide au personnel affecté à l'application de la loi, mais n'ont pu en obtenir. Une participante a dit :

« [...] Je suis très inquiète au sujet de l'application des lois. Même si nous obtenons quelque chose d'énorme, de merveilleux, le tout présenté dans un beau document qui va nous aider pour toujours, comment mettre ces ordonnances à exécution, particulièrement dans les collectivités éloignées? Hé, vous avez un fusil braqué sur votre tête et il n'y a pas de policiers autour de vous, qu'est-ce que vous faites? Vous oubliez tout et vous partez. Je veux dire que, selon moi, la question de l'application de la loi doit être bien étudiée et nous devons obtenir la collaboration des systèmes judiciaires dans ce domaine. »

Les raisons qui ont été évoquées pour expliquer ce manque de force exécutoire varient : un manque de connaissance de l'application des ordonnances d'interdiction de communiquer ou des autres ordonnances dans les réserves, un manque de capacité pour fournir du personnel pouvant assurer les mesures d'application, ou une perception souvent basée sur des expériences vécues selon laquelle ces questions sont moins prioritaires que d'autres demandes au regard du temps et des ressources à leur consacrer.

Accroître le nombre de maisons de transition pour les femmes, les enfants et les familles

Lorsqu'une femme est dans l'impossibilité de demeurer dans la résidence familiale en raison de la rupture de son mariage ou de risques pour sa propre sécurité, elle a besoin d'aide et d'un refuge dans l'immédiat. Une façon de respecter son droit à la sécurité et à un refuge consiste à mettre à sa disposition un hébergement transitoire ou un réseau de résidences sécuritaires similaires.

Une des recommandations qui a été fréquemment formulée par les participants était qu'un hébergement transitoire, additionnel et approprié soit disponible immédiatement pour les gens qui en ont besoin. Cela permettrait aux femmes d'avoir accès au soutien à court et à moyen terme dont elles ont besoin pour faire de bons choix quant aux prochaines étapes à entreprendre à la suite de la rupture d'un mariage. Une femme a mentionné que :

« Quand mon mariage s'est brisé, j'ai eu la sensation de n'avoir aucun endroit où aller ni personne pour me guider. »

De l'hébergement transitoire doit être offert aux femmes qui vivent dans les régions éloignées ou isolées : ces femmes ont dit qu'elles sont souvent dans l'incapacité d'accéder aux programmes et aux soutiens offerts dans ces endroits en raison du manque de transport, du coût du transport ou des normes d'admissibilité. Une participante a fait le commentaire suivant :

« Il devrait y avoir quelques types de refuges dans les réserves... ce qui permettrait aux membres de demeurer dans leurs collectivités. »

Il est évident qu'un hébergement transitoire dans les réserves ne serait pas encore suffisant pour répondre aux besoins des femmes et des enfants qui subissent la perte de leur résidence familiale en raison de la rupture du mariage.

Rendre officiel et reconnaître le rôle des organisations des femmes autochtones en tant qu'intervenantes officielles dans la conception des politiques et des programmes ainsi que dans les initiatives

Les femmes qui ont participé à l'initiative sur les solutions ont constamment insisté sur la nécessité de faire entendre les voix des femmes. Elles ont fréquemment reconnu l'importance de la participation des femmes à toutes les étapes de la recherche de solutions et ont parlé du pouvoir des femmes œuvrant ensemble pour trouver des solutions. L'AFAC est d'avis que le travail réalisé par les femmes au niveau local peut être appuyé par les organisations de femmes autochtones, spécialement si ces organisations jouissent d'une position officielle et reconnue en tant qu'intervenant dans la conception des initiatives reliées aux politiques et aux programmes.

Solutions à moyen terme

Logements subventionnés et à prix modique offerts dans des collectivités saines et sécuritaires

Les participants au processus de consultation national ont affirmé que l'actuelle pénurie de logements aggrave les préoccupations associées aux biens immobiliers matrimoniaux. Le manque de logements a été identifié comme une des raisons pour lesquelles les femmes acceptent de demeurer dans des relations abusives. C'est pourquoi, l'hébergement subventionné et abordable dans une collectivité sécuritaire et saine doit constituer une priorité, à la fois à l'intérieur et à l'extérieur des réserves, pour les femmes et les enfants autochtones. Le commentaire suivant sur le logement illustre clairement ce besoin :

« Nous avons certainement besoin de plus de services dans les réserves, mais pour une femme qui doit faire un choix pour des raisons de sécurité; il faut qu'il y ait des services et du soutien ailleurs également. Je pense que cela ne doit pas être l'un ou l'autre. Il y a plusieurs options et vous devez répondre à vos propres besoins. »

Évaluation des conséquences et des lacunes des programmes et des services existants visant à lutter contre la violence, y compris les maisons de transition et les refuges, et fournir des ressources additionnelles là où elles sont nécessaires

Dans les commentaires fournis par les divers moyens, les participants ont demandé que soient augmentées les ressources pour le logement, les maisons de transition, les refuges et d'autres services de soutien. Pour donner suite à cette demande, l'AFAC suggère que les évaluations des conséquences soient menées dans le cadre des programmes actuels de lutte contre la violence familiale.

Cette évaluation des conséquences mesurera l'efficacité des programmes et des services et donnera des indications sur les ressources additionnelles qui devraient être fournies aux programmes qui en ont besoin. Un des résultats de l'initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux a été d'accroître la connaissance et la conscience des femmes autochtones à l'égard des questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux. L'AFAC prévoit que cette augmentation du niveau de connaissance incitera un plus grand nombre de femmes à demander l'accès aux programmes et aux services; ce qui entraînera un plus grand besoin de répondre à leurs demandes.

Rechercher des pratiques prometteuses pour édifier de saines collectivités

En outre, un projet d'étude des pratiques prometteuses pour bâtir des collectivités saines devrait être mené. Le résultat final procurera à toutes les collectivités les outils indispensables pour les conduire vers la voie de la guérison. Une participante a exprimé la pensée suivante :

« J'aimerais trouver une façon de répertorier nos pratiques dans un récit. Faire quelques recherches sur nos pratiques et aller rencontrer des aînés, découvrir ce dont ils se souviennent et le documenter ensuite et prendre ces renseignements et les partager avec les membres de la collectivité. Partager la conscience. »

Offrir des maisons de transition pour les hommes

L'idée de fournir des hébergements transitoires pour les hommes pendant les moments de difficultés maritales a été présentée lors de l'initiative sur les solutions. Dans les cas de violence familiale, les participants ont suggéré que les femmes et les enfants demeurent dans la maison et qu'on offre un lieu d'hébergement pour les hommes; cela serait moins déroutant pour l'unité familiale. Les aînés ont parlé d'approches traditionnelles ou cela se pratiquait :

« [...] On demandait à l'homme de partir car c'est la maison de la femme et que c'est son ventre et que ce sont ses enfants. C'est la loi de la nature. »

L'établissement de centres de transition pour les hommes apporterait des avantages supplémentaires en augmentant l'accès aux programmes et aux soutiens qui sont habituellement dispensés dans ces centres, comme les services de consultation, le soutien individuel et les références pour d'autres services qui pourraient aider les hommes à résoudre les problèmes qui les ont conduits au centre de transition. Cette solution bénéficierait donc aux hommes en leur fournissant un logement temporaire et l'accès aux services, ainsi qu'aux femmes et aux enfants qui pourraient continuer à vivre dans la maison familiale, de manière sécuritaire. Un participant a rappelé au groupe les conséquences de la violence sur les enfants, disant que :

« Nous connaissons le cycle de la violence et tout ce que cela comporte pour les enfants. Vous savez, si nous pouvons aider les enfants dans ce processus, alors je pense que cela apportera de l'aide pour les prochaines années, décades et générations. C'est tout. »

Solutions à long terme

La violence est inacceptable

Depuis plus de 32 ans, l'Association des femmes autochtones du Canada a adopté la position selon laquelle toute forme de violence est inacceptable. L'AFAC a toujours défendu le droit de vivre sans violence; un monde sans violence permettrait aux collectivités autochtones de se développer et à tous les membres des collectivités de reconquérir leur mode de vie. Les collectivités sans violence favorisent la confiance et le sens de la fierté chez les membres.

Les collectivités utilisent une approche collective et adaptée à leur culture pour résoudre les conflits

Traditionnellement, les peuples des Premières nations avaient une responsabilité collective envers le bien-être de la collectivité. Cette responsabilité comprenait l'obligation de porter assistance aux membres de la collectivité qui avaient besoin d'aide pour régler un conflit, y compris les conflits entre partenaires. Un participant a affirmé :

« [...] S'il faut une collectivité pour élever un enfant alors il faut une collectivité pour rassembler cette famille, la maintenir ensemble, l'aider. »

Le recours à une approche collective adaptée à la culture pour résoudre les litiges par l'entremise des collectivités aura pour conséquence un traitement juste et équitable pour les deux partenaires dans la recherche de solutions relatives aux questions des biens

immobiliers matrimoniaux. Ceci comprend souvent des solutions fondées sur le sexe qui honorent les rôles particuliers joués par les femmes.

Mettre en œuvre et élargir l'application de pratiques prometteuses pour l'édification de saines collectivités

Les résultats de l'étude portant sur les pratiques prometteuses qui est recommandée comme solution à moyen terme permettront la mise en œuvre ou l'expansion de ces pratiques. Nous croyons que l'application ultérieure de ces meilleures pratiques favorisera l'essor de saines collectivités.

La justice

Tout au long du processus de l'initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux, les participants ont fréquemment soulevé des questions relatives à la justice, à l'accès à des services juridiques et à l'application des ordonnances des tribunaux. Ils ont également discuté des questions entourant les services de police et de protection, ainsi que l'accès à de l'aide juridique et à des professionnels du domaine du droit ayant des connaissances sur les biens immobiliers matrimoniaux. Les solutions recommandées ci-dessous offriraient aux collectivités des Premières nations l'occasion d'améliorer la prestation des programmes liés à la justice et assureraient la protection des femmes et des enfants. Ces solutions permettraient d'accroître l'accès aux programmes et aux services de justice pour les femmes et les familles autochtones qui ont subi les conséquences négatives découlant de la question des biens immobiliers matrimoniaux.

Solutions à court terme

Améliorer, pour les femmes autochtones, l'accès à des processus judiciaires qui tiendraient compte des besoins particuliers des collectivités semi-éloignées, éloignées ou isolées

Le manque de soutien et d'infrastructures pour les femmes qui sont confrontées à des problèmes liés aux biens immobiliers matrimoniaux a été un thème qui est revenu constamment tout au long de l'initiative sur les biens immobiliers matrimoniaux. De façon répétitive, de nombreuses femmes autochtones ont parlé des frustrations qu'elles ont vécues en tentant d'accéder à des processus judiciaires et face à leur incapacité d'y arriver en raison d'obstacles tels que la question financière, l'éloignement et le manque de services. Les obstacles au processus judiciaire peuvent empêcher les femmes d'agir et les mènent souvent à demeurer dans une relation abusive et malsaine.

Accéder à des services juridiques est une démarche coûteuse. Les participants ont décrit comment les frais associés à des processus juridiques même simples étaient souvent inabordables pour plusieurs femmes et enfants autochtones, qui sont souvent dans un état de pauvreté bien plus élevé que le reste de la population canadienne.

L'AFAC a aussi entendu parler de situations où les femmes autochtones se sont retrouvées prises dans les lacunes de l'aide juridique parce qu'elles avaient un emploi. Ces femmes ne pouvaient pas accéder à une aide juridique en raison de leur revenu, mais ce revenu était tout de même insuffisant pour couvrir les coûts associés au processus juridique.

« Pour être admissible à l'aide juridique, je devrais quitter mon emploi. »

Un autre facteur qui entrave l'accès à tout processus judiciaire est l'éloignement de nombreuses collectivités de Premières nations au Canada. La distance est un obstacle

pour les femmes qui vivent dans des collectivités éloignées ou isolées. Dans ces collectivités où il n'y a pas de services, les femmes qui désirent accéder à un processus judiciaire doivent se déplacer à l'extérieur de leur collectivité. Ici encore, le fardeau des coûts de déplacement est souvent hors de la portée de ces femmes. Une des participantes a déclaré :

« Bien souvent, ces femmes doivent quitter la collectivité et se rendre dans des centres urbains pour accéder à des tribunaux de droit familial. »

De plus, les difficultés associées aux déplacements pour accéder à la justice font en sorte qu'il arrive souvent que les femmes décident de ne pas avoir recours à ces services en raison de ces difficultés ou parce qu'elles savent que cela sera difficile.

En réponse aux questions soulevées ci-dessus, les participants estiment que l'accès à l'aide juridique et à des conseils dans les collectivités des Premières nations contribuerait à atténuer certains des problèmes liés à la question des biens immobiliers matrimoniaux.

« Dans les villes, les gens ont accès à de l'aide juridique et nous devrions y avoir accès aussi. Dans les collectivités, nous avons besoin de l'aide juridique, même si ce n'était que deux avocats par collectivité. Chaque réserve a un avocat pour ce qui concerne ses droits sur les terres. »

Le système judiciaire doit mettre en application les ordonnances des tribunaux, les règlements administratifs de la bande, etc.

Les participants à l'initiative nationale des solutions aux biens immobiliers matrimoniaux ont également affirmé qu'il n'y a pas suffisamment de services de police qui traitent des biens immobiliers matrimoniaux comme moyen d'appliquer les ordonnances des tribunaux pour soutien financier. En raison de ce manque, l'application et l'exécution de telles ordonnances sont inefficaces. La plupart des gens considèrent que les services de police dans les réserves sont inadéquats. Les commentaires de cette femme illustre clairement cette question :

« [...] Lorsque des processus juridiques appropriés sont entrepris, ces derniers sont souvent sans pouvoir et ne valent même pas le papier sur lequel ils sont écrits. Par exemple, il n'y a pas suffisamment de services de police qui traitent des biens immobiliers matrimoniaux comme un moyen d'appliquer les ordonnances des tribunaux pour soutien financier. Cela mène à une exécution et à une application inefficaces des ordonnances de paiement. La plupart des gens considèrent que les services de police dans les réserves sont inadéquats. Plusieurs disent qu'il y a très peu de considération ou de sensibilité envers les questions qui touchent les femmes. »

Élaboration de systèmes à plusieurs degrés de médiation autochtone ou d'autres pratiques et systèmes autochtones appropriés pour la justice et la prise de décision au chapitre des biens immobiliers matrimoniaux

Les participants ont constamment demandé qu'on établisse un organisme indépendant pour avoir pour mandat de répondre aux besoins des Premières nations au chapitre de la justice, en particulier aux besoins des femmes. Cet organisme devra utiliser les systèmes, les langues et les cultures autochtones pour en arriver à des solutions judicieuses et appropriées.

Certains participants ont suggéré des méthodes de rechange qui pourraient être utilisées pour arriver à de tels résultats, tels que :

« Que l'ombudsman entende le cas et qu'il se prononce selon le mérite. Je crois que cela serait plus équitable pour toutes les parties concernées, spécialement les enfants. »

Une autre méthode serait de nommer une représentante indépendante pour les femmes autochtones, qui protégerait et assurerait la promotion des droits sur les biens matrimoniaux et d'établir des tribunaux spécialisés pour les Premières nations.

Évaluation des conséquences des mesures liées aux biens immobiliers matrimoniaux mises en œuvre en vertu de la Loi sur la gestion des terres des Premières nations

Certains participants étaient conscients que des collectivités des Premières nations mettent actuellement en œuvre des codes relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux en vertu des dispositions de la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* (LGTPN). On a manifesté un intérêt considérable envers ce processus, spécialement dans l'identification des meilleures pratiques transférables, qui pourraient être appropriées pour d'autres Premières nations. Malheureusement, il y avait aussi un manque évident d'information au sujet des expériences relatives à la LGTPN qu'ont connues jusqu'à maintenant les Premières nations qui sont déjà engagées dans ce processus. L'information sur l'état de cette initiative n'atteint pas les femmes autochtones au niveau des collectivités.

L'évaluation pourrait comprendre diverses caractéristiques. Donner un aperçu des problèmes et des possibilités inhérents à la mise œuvre des codes relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux conformément à cette loi aiderait à déterminer si le niveau actuel des ressources est suffisant et quels sont les défis en matière de capacité. Un examen des résultats et des conséquences découlant des codes relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux qui ont été mis en place jusqu'à maintenant fournirait de l'information au sujet des meilleures pratiques et des conséquences inattendues et serait utile à d'autres Premières nations qui sont actuellement dans la phase d'élaboration de leur code. L'achèvement d'une analyse des conséquences basées sur le sexe dans les codes relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux adoptés jusqu'à maintenant permettrait aux collectivités des Premières nations et à AINC d'évaluer jusqu'à quel point ces codes respectent le critère de la non discrimination fondée sur le sexe. Cette évaluation doit être planifiée et menée le plus rapidement possible, afin de ne pas perdre, au fil du temps, de précieux renseignements. Ces renseignements permettraient d'améliorer la sécurité et le bien-être des femmes et de leur famille, et ils pourraient être partagés entre toutes les Premières nations. Ce processus doit comprendre la pleine participation des femmes autochtones.

Solutions à moyen terme

Que les spécialistes du droit et du système judiciaire reçoivent de la formation concernant les questions liées aux droits autochtones dans les réserves

Plusieurs participants ont parlé de situations dans lesquelles ils avaient cherché une aide juridique au moment de la rupture de leur relation maritale. Ils ont dit ne pas avoir été en mesure d'accéder à un tel soutien par les spécialistes juridiques n'ayant pas suffisamment de connaissances sur les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux. Un des participants a souligné :

« Dans mon cas, l'avocat ne connaissait pas la question des terres de réserve et les droits des peuples autochtones. »

Les femmes autochtones doivent avoir accès à des conseils juridiques éclairés provenant de spécialistes qui connaissent les questions liées aux biens immobiliers

matrimoniaux, ainsi que les lois des Premières nations et les droits inhérents des peuples autochtones. Tous les conseillers juridiques et les personnes dans des postes connexes devraient suivre une formation pour acquérir ces connaissances. De plus, les particuliers et les organisations des Premières nations qui possèdent ces connaissances devraient participer à toutes les étapes de cette initiative de formation afin d'en améliorer le contenu et la prestation.

Solutions à long terme

Que les collectivités mettent en œuvre un mécanisme autochtone de règlement des conflits ou des litiges basé sur la collectivité et adapté à la culture

Le recours à des mécanismes adaptés à la culture facilitera le processus de recherche de moyens significatifs pour en arriver à un règlement équitable des conflits en matière de biens immobiliers matrimoniaux. La mise en œuvre d'un système de règlement des litiges communautaire et adapté à la culture autochtone dans les collectivités des Premières nations favorisera un traitement juste et équitable du partage des biens matrimoniaux. Cela est conforme aux pratiques traditionnelles selon lesquelles la collectivité est responsable collectivement du bien-être de la collectivité et des individus, y compris l'appui à de sains mariages.

« Le règlement des litiges est une des façons, et je crois qu'il faut l'envisager. C'est un peu comme un conseil de détermination de la peine; c'est un peu comme cela dans la collectivité. Dans mon cas, l'avocat ne connaissait pas la question des terres de réserve ni les droits des peuples autochtones. ».

Accessibilité des soutiens

Le concept d'accessibilité des soutiens et des programmes englobe plusieurs niveaux de signification. La première préoccupation exprimée par les participants était qu'une des conséquences des biens immobiliers matrimoniaux concerne l'accessibilité réduite des soutiens et des programmes à la suite de la rupture du mariage ou de l'union. Les autres questions relatives à l'accessibilité des soutiens soulignées par les participants au cours du processus touchent les emplacements géographiques, les normes d'admissibilité et l'appartenance à la bande.

Solutions à court terme

Accroître le financement des programmes de soutien destinés aux femmes et aux enfants autochtones afin qu'ils puissent vivre de saines relations et les aider au moment d'une rupture de mariage

Les participants ont dit qu'ils étaient incapables d'avoir accès aux programmes et aux services à la suite de la dissolution de leur mariage ou de leur union, car il n'y avait pas d'espace disponible, car les programmes avaient cessé ou avaient été réduits ou en raison de normes d'admissibilité sans rapport avec le service demandé, tel que des conditions concernant un âge minimum ou maximum.

Les femmes ont exprimé leurs inquiétudes quant à la disponibilité des programmes et des services en général ainsi que face aux niveaux d'aide dispensés par ces programmes. Elles ont constaté que l'accessibilité n'est pas universelle partout dans au pays, en raison de la division des responsabilités dans la prestation de ces programmes et services, aussi bien que des différentes politiques provinciales et territoriales en matière d'admissibilité et de niveaux de financement du soutien.

Une augmentation des niveaux de financement alloués aux programmes et aux services destinés aux femmes et aux enfants autochtones contribuerait à l'élimination des obstacles d'accès et permettrait à toutes les femmes qui ont besoin de services et de programmes de les recevoir.

Veiller à ce que les femmes autochtones puissent avoir accès aux programmes et aux services, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des réserves, y compris les femmes qui vivent dans des collectivités semi-éloignées, éloignées ou isolées

Les femmes qui sont dans l'incapacité de régler une situation qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves quittent souvent la réserve pour avoir accès à un logement car elles ne peuvent trouver un autre logement sécuritaire et approprié dans la réserve. Cela a pour conséquence directe qu'elles ne sont plus admissibles aux soutiens et aux programmes offerts par l'intermédiaire du conseil de bande. L'accès à ces soutiens et programmes est limité aux membres qui résident dans la réserve. Le conjoint qui déménage est immédiatement défavorisé en comparaison du conjoint qui demeure dans la réserve.

Les femmes qui ont participé à ce processus ont fait allusion à cette perte d'accès aux soutiens et aux programmes offerts par l'intermédiaire des gestionnaires de la bande. Lors d'une séance, une participante a décrit comment :

«[...] Une fois que vous quittez la réserve en tant que femme détenant le statut d'Indien en vertu d'un traité, lorsque vous quittez la réserve, l'argent reste pour l'éducation, le logement, tous les besoins; tout le financement qui vous est attribué per capita dans la réserve reste là. Il ne vous suit pas. Alors que je dois habiller mes enfants, payer pour les fournitures scolaires parce que je vis à l'extérieur de la réserve. Je ne reçois aucune aide de ma bande. »

Une autre question relative à l'accessibilité a été décrite par des femmes qui ont épousé des hommes d'une autre collectivité de Premières nations. Bien que les pratiques associées au registre des membres soient en train d'être modifiées, il y a encore des préoccupations touchant l'existence et la nature de l'appartenance à la bande d'une Première nation à une autre. Les femmes qui ne sont pas membre de la Première nation de leur partenaire peuvent ne pas être en mesure d'avoir accès aux soutiens et aux programmes à la suite de la rupture de leur union, même si elles continuent à vivre sur les terres de cette Première nation. Il existe aussi des situations où la mère et les enfants sont membres de différentes Premières nations. Cela peut créer des difficultés d'accès tant pour les enfants que pour la mère.

« Ce que nous avons commencé à voir maintenant c'est que ne pouvons fournir des services à certains de nos enfants dans la réserve car ils n'ont pas de statut en vertu de la Loi C-31. Ainsi, quand nous parlons des biens immobiliers matrimoniaux, à savoir où et qui a la responsabilité de ces enfants... ça va commencer à créer des conflits au sein de la collectivité... certaines personnes disent que cela s'adresse seulement aux gens qui ont le statut; ils ne veulent pas reconnaître les conséquences de la Loi C-31. »

Les femmes qui vivent dans des collectivités semi-éloignées, éloignées ou isolées n'ont pas été en mesure d'obtenir un accès aux soutiens et programmes tels que l'aide juridique, l'hébergement transitoire et des dates de comparution devant les tribunaux. Dans certains cas, ces soutiens et programmes ne sont disponibles que pendant certaines périodes de l'année ou selon un horaire limité durant l'année. D'autres soutiens ou services ne sont disponibles que si les femmes peuvent parcourir une plus longue distance que celle habituellement exigée dans les centres urbains du Sud. Même la capacité de réaliser un tel voyage peut être extrêmement réduite pour les femmes qui

habitent dans les collectivités éloignées, en raison des coûts élevés, des horaires limités et des conditions météorologiques difficiles. Les méthodes de financement utilisées pour ces soutiens et programmes devraient également tenir compte des coûts élevés associés à la prestation des services dans les collectivités éloignées ou isolées.

Mettre en œuvre des solutions qui abordent la question de l'accessibilité profitera à tout le peuple autochtone. À court terme, les politiques et les exigences en matière d'admissibilité doivent être évaluées afin de cerner les obstacles systémiques qui entravent l'accessibilité dans la conception même des services et des programmes. Ces obstacles, qu'ils soient d'ordre géographique ou relié à d'autres critères établis, tels que les restrictions en fonction de l'âge ou de la résidence, doivent être remis en question et modifiés.

Solutions à moyen terme

Mettre en place un mécanisme pour la prestation de services continus offrant un soutien traditionnel pour les femmes et les enfants autochtones

La conception et la mise en œuvre d'un mécanisme qui permettra la prestation de services variés en matière de soutien transitoire et courant pour les femmes autochtones soulèveront certainement des défis. Bien que plusieurs Premières nations dispensent des soutiens et des programmes similaires, les différences entre eux en termes d'appartenance à la bande, de base économique, de santé communautaire et de la proximité des centres urbains suggèrent la nécessité d'une approche flexible et adaptable.

Solutions à long terme

Que les femmes et les enfants autochtones soient en mesure de profiter des avantages qui découlent de la Loi sur les Indiens, peu importe leur lieu de résidence

La situation décrite ci-dessus ne devrait pas exister. Les femmes autochtones que la question des biens immobiliers matrimoniaux préoccupe ne doivent pas perdre l'accès aux soutiens et aux programmes. Une participante à une séance de consultation a affirmé que dans sa collectivité :

« [...] Nous nous occupons de tout le monde de la même façon. Ainsi, nous ne nous conformons pas vraiment aux règlements du Ministère. En faisant cela néanmoins, nous pouvons nous causer des problèmes avec notre entente d'autonomie gouvernementale car les programmes ne sont disponibles que pour les personnes qui ont le statut. Il n'y a rien de disponible pour les personnes sans statut. C'est pourquoi les Premières nations en ont beaucoup sur le dos. »

Cette solution à long terme aux biens immobiliers matrimoniaux utiliserait une approche basée sur les droits qui permettrait aux femmes et aux enfants autochtones d'avoir accès à leur traité, à leur titre de membre, à leurs droits autochtones et à l'égalité, peu importe leur lieu de résidence. Cette approche permettrait également aux femmes d'avoir accès aux soutiens et aux programmes offerts par l'intermédiaire de leur conseil de bande et en fonction de leurs besoins, plutôt que de se voir refuser de tels soutiens en raison de leur lieu de résidence.

Les communications et l'éducation

L'initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux a mis en lumière le manque de connaissances touchant les biens immobiliers matrimoniaux et les droits des

femmes autochtones. Les commentaires des participants aux séances démontrent que les femmes autochtones doivent comprendre les enjeux qui affectent leur vie quotidienne. La remarque ci-dessous est représentative de plusieurs femmes autochtones au Canada, qui sont confrontées quotidiennement à des obstacles à leur bien-être, mais qui ne sont pas conscientes des facteurs sous-jacents :

« J'étais seulement à la recherche d'un programme d'éducation au niveau local, parce que je suis ici; quelques-unes d'entre nous sont ici mais il ya tellement de femmes à la maison en ce moment qui n'ont pas d'idées, qui ne comprennent pas tout ce que cela signifie et que c'est au niveau local que nous devrions recevoir le plus d'éducation, de consultation ou quelque chose d'important dès maintenant avant que cela ne change. »

Outre l'éducation, les participants ont identifié les communications comme un outil important pour s'assurer que les femmes sont informées sur les biens immobiliers matrimoniaux et sur les préoccupations connexes. Il y a eu des demandes d'accès à des forums ou à d'autres moyens pour éveiller la conscience des femmes à l'égard des enjeux qui les touchent. Les participants ont cerné des occasions de sensibilisation aux biens immobiliers matrimoniaux et aux enjeux des femmes, tels que les conseils de femmes dans les collectivités ou les rencontres communautaires où des périodes peuvent être consacrées pour aborder les préoccupations des femmes et éveiller la conscience sur ces enjeux. Il était évident que les participants étaient fermement convaincus que la communication et l'éducation sont de première importance pour le bien-être des femmes autochtones.

Solutions à court terme

Élaborer, mettre en œuvre et financer un processus de facilitation et de communication continu en vue d'accroître la compréhension des femmes et des collectivités autochtones au chapitre des droits, des politiques et des processus liés aux biens immobiliers matrimoniaux

L'initiative sur les solutions a mis en lumière le manque de connaissances des participants sur les préoccupations liées aux biens immobiliers matrimoniaux. L'AFAC a entendu à maintes reprises des demandes pour plus d'information et d'éducation, surtout en ce qui concerne les biens immobiliers matrimoniaux, en tant que manière de donner du pouvoir aux femmes. L'éducation de toutes les personnes qui participent aux processus des biens immobiliers matrimoniaux est importante; les thèmes devraient comprendre le processus des biens immobiliers matrimoniaux en lui-même, les droits des femmes autochtones, et les connaissances et les enseignements traditionnels. Une compréhension accrue aiderait les femmes. Une participante a déclaré :

« J'aurais dû pouvoir demeurer dans la collectivité avec mes enfants et j'aurais dû avoir accès à de l'information de la part de la collectivité J'ai besoin d'information. J'ai besoin d'information au sujet des possibilités d'éducation et des services sociaux. »

« Les femmes doivent être mieux informées et plus conscientes de leurs droits et de leurs options. »

La fourniture de communications et de facilitation qui appuient l'éducation et le partage de l'information sur les biens immobiliers matrimoniaux est perçue à la fois comme une manière de donner du pouvoir aux femmes autochtones et d'encourager les collectivités à aller de l'avant. Les participants ont demandé à ce que l'AFAC obtienne des ressources de façon à ce qu'elle puisse fournir un leadership à cet égard :

« L'AFAC devrait détenir un ensemble d'outils (communications, ressources matérielles, financières et en personnel) prêts à être utilisés par les collectivités. Les raisons d'une dissolution ne sont pas importantes ici. La division des biens, un traitement équitable et les enfants le sont. »

Solutions à moyen terme

Mettre au point des politiques fédérales, provinciales et territoriales obligatoires pour le financement et la mise en œuvre de programmes d'études autochtones

Les participants à l'initiative sur les solutions ont demandé à maintes reprises que les peuples des Premières nations améliorent leurs connaissances des manières d'être traditionnelles. L'apprentissage est étroitement lié au système d'éducation officiel, où les jeunes apprennent les valeurs et les croyances de la société canadienne moderne. Le fait d'imposer aux enfants autochtones un système de croyances différent peut perpétuer le système de croyances colonialistes. Comme le suggère un participant :

« Il est important d'apprendre nous-mêmes à protéger nos droits spirituels, physiques, psychologiques et émotionnels. »

La mise en œuvre d'un programme scolaire qui permet aux jeunes de connaître leurs droits et de leurs manières traditionnelles contribuera à accroître la certitude que ces jeunes n'auront pas à grandir dans une société biaisée et patriarcale, comme leurs mères et leurs grands-mères. La création d'un programme d'études autochtones pour remédier au manque de contenu autochtone dans les programmes scolaires actuels profitera à tous les enfants autochtones. Un participant a remarqué :

« Dans le système scolaire dans les réserves financé par AINC, il devrait y avoir une mention selon laquelle le financement devrait inclure que l'on enseigne aux enfants les traités, les lois matrimoniales, la Loi sur les Indiens, la Loi C-31 et les règlements administratifs locaux. »

La conception et la mise en œuvre de ce programme d'études autochtones doivent être réalisées par le peuple autochtone.

Fournir des ressources additionnelles pour l'éducation et améliorer le niveau de la formation, afin d'accroître l'employabilité des femmes autochtones pour leur permettre de reconstruire leurs familles, leurs collectivités et leurs nations, y compris la nécessité de modifier les exigences en matière d'admissibilité, par exemple les limites restrictives concernant l'âge

Plusieurs participants ont exprimé la nécessité d'une formation et d'une éducation qui leur permettraient d'obtenir un emploi et d'être autosuffisants, en termes de pouvoir subvenir à leurs besoins et à ceux de leurs enfants. Un participant a affirmé :

« Certainement, la formation doit être une préoccupation. Si nous voulons essayer ou mettre sur pied quelque chose dans la collectivité, vous comprenez la nécessité d'être formé quand vous pensez à l'argent que le peuple investit dans les biens, vous avez besoin de gens qui comprennent ce que signifie l'investissement. »

Le manque de connaissances sur les biens immobiliers matrimoniaux et sur les droits des femmes est dramatique. Le processus éducatif représente une façon de rectifier cette situation. Il existe un énorme besoin d'éduquer les femmes autochtones sur le processus, leurs droits particuliers et les mécanismes nécessaires pour rendre leur fonctionnement efficace. Comme l'a affirmé une participante :

« J'aurais dû pouvoir demeurer dans ma collectivité avec mes enfants et j'aurais dû avoir accès à de l'information provenant de la collectivité. J'ai besoin d'information concernant les possibilités d'éducation et les services sociaux. Le manque d'éducation chez les femmes des collectivités des Premières nations est le résultat du népotisme. Les familles du conseil de bande ont d'abord accès aux fonds pour l'éducation. »

Créer un fonds et un programme spéciaux pour l'éducation, la formation, le développement économique et la création de petites entreprises, sans barrières en matière d'admissibilité, pour les femmes qui viennent de se séparer de leur conjoint

Par l'entremise de l'initiative sur les solutions, les participants ont discuté des obstacles auxquels ils sont confrontés en matière d'admissibilité aux divers soutiens. Les participants qui ont connu rupture de mariage et qui ont dû assumer le rôle de mère seule ont trouvé difficile l'accès à tout soutien, autre que les ressources éducatives. Le financement pour la formation, le développement économique et la petite entreprise n'est habituellement pas disponible pour les femmes, car plusieurs de ces programmes visent les jeunes âgés de moins de 30 ans.

Dans les cas de rupture de mariage, les mères seules qui souhaitent améliorer leurs compétences n'ont pas d'autres choix que de s'inscrire au programme postsecondaire. Le financement des services de garde est difficile d'accès ou insuffisant, et si une mère seule choisit de retourner aux études, elle doit en porter le poids par elle-même.

Les participants ont recommandé qu'un financement précis pour des services de soutien à la formation soit mis de côté, spécialement pour les femmes qui ont connu une rupture de mariage. Une attention particulière a été portée sur les besoins en matière de services de garde pour ces mères seules qui souhaitent avoir accès à la formation, mais qui ont besoin d'aide pour le faire.

Solutions à long terme

Que les personnes, les familles, les collectivités et les nations aient les ressources et les connaissances suffisantes du droit pour bâtir des collectivités saines, viables et durables

La communication joue un rôle crucial dans l'aide à apporter pour l'édification de collectivités saines, viables et durables. Les Premières nations doivent communiquer efficacement entre elles, avec le gouvernement et avec les autres partenaires au sujet de leurs besoins et des ressources qui leur sont nécessaires pour créer des collectivités saines et chaleureuses. La communication est également un actif viable dans la recherche de solutions qui contribueront à corriger des problèmes communs; à titre d'exemple, l'enjeu sur les droits de la personne, particulièrement ceux des femmes, qui a été présenté lors du processus de consultation. Des ressources sont nécessaires pour rétablir le sens de l'égalité entre les femmes et les hommes. Les femmes autochtones pourraient retrouver leur juste place en tant que partenaires égales au sein de la collectivité. Des programmes et des ressources axés sur les intérêts des membres de la collectivité sont également nécessaires, de manière à ce que les membres puissent les considérer comme un moyen positif de reconstruction. Ainsi, un participant a énoncé :

« La communication avec les collectivités est un problème. Nous avons besoin de moyens novateurs pour faire parvenir de l'information aux femmes dans les collectivités. Établir un programme dans les écoles secondaires portant sur le mariage, les unions de fait et les systèmes traditionnels. Du financement devrait être offert pour l'éducation des femmes. »

Un secteur où les femmes estimaient que les ressources étaient inexistantes est celui des femmes et de la loi, en particulier en ce qu'il est relié à leurs situations. Plusieurs femmes ont demandé quels sont leurs droits, comment elles peuvent obtenir de l'information sur le divorce, sur les ententes pré-nuptiales, etc. Les femmes estiment qu'il y a un manque d'information sur les politiques qui les touchent. Ainsi, une femme a énoncé :

« Nos vies entières sont menées par la politique et nous passons notre vie à penser à la politique - nous pensons aux élections, à l'appartenance à la bande, aux revendications territoriales et aux biens immobiliers matrimoniaux. »

Les femmes considèrent qu'elles doivent défendre leurs intérêts et qu'elles ont besoin des ressources pour le faire. Les ressources au niveau communautaire sont très limitées. Une femme a ainsi décrit le manque de ressources dans sa collectivité :

« Je suis allée voir la collectivité pour demander une consultation pour couples, de l'aide. Mais le Ministère ne fournit pas de service de counselling. Nous avons passé l'année sans aide. La seule aide que nous avons reçue est celle de l'Église. Cela m'a aidée mais pas mon mari. L'église ne répondait pas à ses besoins, ce type de service de conseils n'est pas disponible immédiatement. »

Une autre participante a raconté une situation similaire dans sa collectivité, particulièrement pour les jeunes et leurs relations, perpétuant ainsi l'aspect intergénérationnel des problèmes.

« Il n'y a rien de disponible, ici, il n'y a pas de conseillers matrimoniaux, il n'y a pas de cours parentaux, les familles commencent de plus en plus jeunes mais il n'y a pas de soutien. Il n'y a pas de modèle en place qui montre ce à quoi ressemblent des relations saines. »

Dans l'ensemble, il faut allouer des ressources aux collectivités en raison de l'émancipation obligatoire à laquelle elles ont dû faire face pendant des années. Les systèmes tels que les réserves, le retrait des enfants de leur famille, les pensionnats indiens, la législation discriminatoire, la pauvreté et le racisme ont engendré de terribles conditions dans les collectivités. Les femmes autochtones, et les enfants en particulier, ont payé un lourd prix, qui s'est traduit par une violence sans précédent. Pour revitaliser les connaissances traditionnelles et pour assurer la guérison, des fonds sont requis.

Les changements législatifs

La situation relative aux biens immobiliers matrimoniaux est souvent décrite comme une lacune juridique. Le fait de la caractériser ainsi signifie que les solutions doivent être fondées sur des changements législatifs. Il existe toute une gamme de mesures législatives qui pourraient être employées, et chacune doit être examinée en fonction des normes exigées dans le processus d'élaboration de lois, y compris l'obligation de consulter, les droits ancestraux, l'égalité entre les hommes et femmes, le droit international et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹

Dans le cadre de l'initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux, on a demandé à l'AFAC de présenter aux participants les trois options législatives proposées par AINC. Au cours de chacune des activités entreprises dans le cadre de cette initiative, une discussion a eu lieu avec les participants sur ces options. Le niveau de connaissances des participants variait beaucoup : certains n'étaient pas familiers avec

¹ Eberts, Guide de discussions sur les biens immobiliers matrimoniaux, 2006.

les mesures législatives pour résoudre les lacunes, alors que d'autres possédaient une vaste connaissance de ces processus et des avantages et inconvénients des différentes options législatives.

Solutions à court terme

Mettre en œuvre provisoirement une loi fédérale de fond obligatoire pour protéger les droits des femmes et des enfants qui vivent dans les réserves jusqu'à ce que les collectivités des Premières nations puissent élaborer leur propre loi; cette loi fédérale devrait prévoir la possibilité de se retirer de la loi et des clauses de compensation

En général, les participants ont exprimé un soutien mitigé vis-à-vis de l'option fondée sur l'utilisation d'une loi fédérale pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux à court terme. Le niveau perçu de soutien envers ces options s'est trouvé augmenté car le soutien à l'égard des options qui suggéraient l'utilisation de lois provinciales et territoriales pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux était encore plus faible. Un certain nombre de participants ont fourni des réponses semblables lorsqu'on leur a demandé ce qu'ils pensaient de l'utilisation de lois provinciales et territoriales :

« Je ne suis pas d'accord avec tout ce qui concerne l'utilisation de lois provinciales. »

« Une loi distincte pour chacune des provinces et des territoires créerait des difficultés. »

« Si la loi provinciale devait s'appliquer dans les réserves, nous aurions à composer avec un mélange encore plus grand de lois ; il serait donc mieux que la loi fédérale s'applique provisoirement; une loi provinciale appliquée dans une réserve affaiblirait le peu que nous avons maintenant. »

« Les lois provinciales sont la pire des choses. »

Dans le sondage, qui formait une partie de l'initiative sur les solutions, on demandait aux participants s'ils pensaient qu'un changement législatif était une bonne façon de résoudre la situation des biens immobiliers matrimoniaux. Près de 65 % ont répondu oui, et ils appuyaient cette démarche dans une certaine mesure.

Dans l'ensemble des activités menées durant l'initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux, une faible majorité de participants ont déclaré qu'ils préféreraient que l'approche législative se traduise par une loi fédérale de fonds sur les biens matrimoniaux. Les participants étaient d'avis que la loi fédérale fournirait plus de cohérence que les règlements administratifs des bandes, qui peuvent être abrogés ou modifiés par le chef et le conseil, et qu'une telle loi fournirait une plus grande égalité dans les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux pour les femmes qui vivent dans différentes provinces. D'autres participants ont dit :

« J'espère qu'il ne s'agit pas d'une politique, qu'il s'agit de toute une modification à la loi sur les Indiens, mais du financement doit l'accompagner. »

« Je crois qu'il serait mieux pour nous également en ce qui concerne la loi matrimoniale d'avoir loi fédérale plutôt que de loi provinciale. »

Une minorité seulement de participants ont déclaré que ni la loi fédérale ni une loi provinciale devait être mise en œuvre pour résoudre les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Un participant a affirmé :

« Nous n'avons pas nécessairement la meilleure des relations avec l'État colonial et je pourrais même me permettre de dire que nos intérêts ne sont pas toujours leurs intérêts. »

Cette opposition aux mesures législatives est particulièrement forte dans certaines régions, comme en Saskatchewan et dans l'Île-du-Prince-Édouard. Un autre participant a déclaré qu'elle préférerait :

« Aucune de ces options : un bon début serait de protéger les droits humains des femmes des Premières nations. »

Ces points de vue ont soulevé d'importantes préoccupations qui doivent être examinées et mises de l'avant dans le processus actuel pour résoudre les questions liées au immobiliers matrimoniaux.

Comme partie de cette solution, l'AFAC propose que la loi fédérale prévoie une clause de compensation afin de fournir des mesures réparatrices pour les femmes et leurs enfants qui ont subi les conséquences négatives du manque de solutions aux biens immobiliers matrimoniaux par le passé. Un schéma de loi internationale devrait être utilisé. L'AFAC a également proposé que cette loi inclue une clause de retrait. Cela permettrait aux Premières nations qui élabore leurs propres lois sur les biens immobiliers matrimoniaux de se retirer de la loi fédérale à n'importe quel moment dans l'avenir, afin de mettre en œuvre leurs propres lois. Une telle solution respecte l'objectif double de promouvoir l'égalité des droits des femmes autochtones et des droits à l'autodétermination des peuples autochtones.

Solutions à moyen terme

Un organe habilitant formé de femmes autochtones et de représentants des Premières nations pour faciliter le processus de consultation et d'élaboration fondé sur les lois autochtones pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux d'une façon qui soit appropriée à chacune des Premières nations

Les participants se sont dits inquiets en ce qui concerne les ressources, la capacité, la cohérence et le consensus qui seront nécessaires pour que les Premières nations puissent adopter leurs propres lois concernant les biens immobiliers matrimoniaux. Un des commentaires a été :

« Je crois fermement que nous devons élaborer cette loi nous-mêmes. Nous devons croire que cette loi fonctionnera et la seule façon pour nous de croire cela est si nous faisons partie de son processus d'élaboration et d'approbation. »

Les résultats de l'initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux appuient également l'idée de la diversité dans la recherche de solutions aux biens immobiliers matrimoniaux. Bien qu'il y ait eu un solide soutien à l'égard des approches traditionnelles et de l'utilisation du pouvoir législatif des Premières nations pour trouver des solutions, les participants ont également reconnu que certaines personnes suivaient différentes voies, et que ces différences devaient être respectées. Les droits de la personne doivent être protégés en tout temps. Un des participants a déclaré :

« Vous avez droit à toute chose à laquelle vous croyez, qu'elle soit d'inspiration traditionnelle ou chrétienne européenne, mais le fait est qu'il y a différents problèmes et qu'un de ces problèmes est les droits de la personne et qu'il doit être réglé. »

L'établissement d'un organisme habilitant permettra d'appuyer l'élaboration de solutions aux biens immobiliers matrimoniaux qui seraient appropriés pour chacune des Premières

nations, tout en renforçant le processus, grâce à l'identification de normes qui pourraient être appliquées à ces solutions. Les participants ont souligné le besoin d'équité, d'égalité et d'un processus de prise de décision indépendant, comme normes minimales. Ils ont également demandé l'utilisation d'un processus consultatif qui serait fondé sur les connaissances autochtones. Cela reflète leurs exigences selon lesquelles l'identification et la mise en œuvre de solutions seront accomplies d'une manière qui respecte les femmes et leurs collectivités, plutôt que d'une manière qui engendre davantage de division et de conflits.

Solutions à long terme

Que les collectivités utilisent les lois autochtones, qui prévoient une participation égale pour les femmes, dans le règlement des questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux

Il est apparu clairement, au cours de l'initiative, que les participants étaient prêts à aller de l'avant. Ils ont démontré, par leur présence aux activités liées à cette initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux, qu'ils voulaient être des participants à part entière dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions justes et équitables aux biens immobiliers matrimoniaux, et fondées sur les lois autochtones. Les participants ont affirmé clairement que la recherche de solutions à la question des biens immobiliers matrimoniaux devait inclure autant les femmes que les hommes. Ces solutions doivent être élaborées au premier niveau et permettre d'atteindre des résultats qui ne seront pas le simple fait de transférer le fardeau de l'inégalité d'une place à l'autre. Selon un des participants :

« Nous avons besoin de nos propres lois, de notre propre législation, et elles doivent refléter notre culture. Elles doivent refléter nos points de vue sur le monde et être sensibles aux choses que nous avons vues au cours de deux cents dernières années ; leur nature doit être holistique. »

Ces approches concertées à la recherche de solutions aux biens immobiliers matrimoniaux auront comme résultat que les Premières nations utiliseront une loi autochtone qui reflète les besoins et les intérêts uniques de leurs collectivités, comme solution à la question des biens immobiliers matrimoniaux.

Les collectivités utiliseront cette expertise dans tous les processus de prise de décision dans les collectivités

L'utilisation de l'expertise découlant de l'initiative sur les solutions aux biens immobiliers matrimoniaux et des travaux qui seront ensuite menés pourraient amener les collectivités à envisager le recours aux lois autochtones pour toute prise de décision communautaire. Les lois autochtones devront intégrer des normes d'équité, d'égalité, d'indépendance et de justice. Les participants étaient très conscients que les solutions identifiées et le processus mis en œuvre doivent respecter les Premières nations comme peuple souverain :

« La base de toute négociation, de toute discussion doit être en relation avec cela (la souveraineté) à l'esprit à tout moment. N'oublions pas cela car nous ne sommes pas seulement en train de nous sauver de ce qui nous laissent aujourd'hui une somme en train de voir à des siècles de notre relation avec nous-mêmes, avec nos familles, avec leurs collectivités et avec le monde dans lequel nous sommes. Nous sommes qui nous sommes les personnes ne peut nous enlever cela. »

Il est évident que toute approche doit être suffisamment souple pour être adaptée aux diverses situations des Premières nations d'un bout à l'autre du Canada. Un des participants, abordant le même sujet, a déclaré :

« Peu importe la loi que nous élaborons ici, elle doit reconnaître notre autodétermination en tant que Premières nations de ce pays... nous sommes un peuple souverain. »

La capacité des Premières nations de mettre en place cette méthode de prise de décision serait appuyée par la mise en œuvre de soutiens pratiques à l'intention des Premières nations, y compris ceux qui touchent les ressources et les capacités.

RESTRICTIONS

L'AFAC a connu certains obstacles qui y ont limité les activités entreprises dans le cadre de l'initiative sur les solutions en matière de biens immobiliers matrimoniaux. Ces limites sont décrites ci-dessous, ainsi que certaines conséquences connexes sur le processus.

Le court délai disponible pour la conduite des activités a constitué un obstacle sérieux au succès de l'initiative. Les questions de négociation, de financement et de mise en œuvre des ententes de contribution ont également réduit davantage le délai accordé, ce qui a eu une incidence négative sur divers aspects du processus, en particulier sur le recrutement des participants. Les invitations envoyées aux femmes leur demandant de participer aux séances de discussions ont souvent été reçues très près de la date de la tenue de la séance, toujours en raison du court délai. Les participants potentiels n'avaient que peu de temps pour prendre des arrangements pour participer à ces séances. Les femmes n'ont pas eu suffisamment de temps pour prendre des arrangements concernant leur famille et leur travail ainsi que pour prendre les arrangements nécessaires pour leurs déplacements. Elles ont donc souvent été dans l'impossibilité de participer à ces sessions ou encore dans l'impossibilité de prendre de tels arrangements. Dans une situation comme dans l'autre, le résultat final a été que les femmes qui désiraient participer n'ont pas été en mesure de le faire. Plusieurs de celles qui l'ont fait, ont parlé du court délai et ont souhaité que plus de temps soit accordé pour un tel processus afin d'obtenir les points de vue des femmes des collectivités des Premières nations.

Des pressions d'ordre logistique ont également été exercées sur cette initiative en raison de la difficulté de communiquer avec certains groupes dispersés d'intervenants. Les femmes qui ont entendu parler du processus et qui ont été en mesure d'y participer par l'intermédiaire d'un des mécanismes (séances de facilitation, enquêtes confidentielles, audiences publiques, soumissions écrites, entrevues personnelles) ont fait savoir à l'AFAC que le processus était valable. Cependant, elles ont craint que les voix de plusieurs femmes ne soient pas entendues, parce que ces femmes n'ont pas été en mesure de quitter leurs collectivités ou d'accéder à d'autres moyens de participation, tel Internet. Ces difficultés de communication ont surtout affecté les femmes vivant dans des collectivités du Nord, semi-éloignées, éloignées ou isolées.

Chacun des trois partenaires de l'initiative sur les solutions en matière de biens immobiliers matrimoniaux a mené ses activités en ciblant des groupes d'intervenants particuliers. L'AFAC représente les femmes autochtones de tous les pays, peu importe leur lieu de résidence, et les activités qu'elle a menées dans le cadre de la présente initiative ont accueilli des femmes vivant tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des réserves. Bien que la majorité des activités aient pu être conduites dans des endroits hors des réserves, un petit nombre de séances ont eu lieu dans les réserves. L'AFAC est consciente que les femmes qui vivent dans les réserves connaissent de bien plus grandes difficultés d'accès aux activités que les autres en raison de la distance, des

coûts, du manque de transport et des préoccupations au sujet de la sécurité et du respect de la vie privée.

Une tension était claire entre, d'une part, le souhait des femmes de fournir de l'information et leurs opinions à l'égard de cet effort de consultation nationale, d'autre part, leurs préoccupations au sujet de leur sécurité personnelle. L'AFAC a déployé tous les efforts possibles pour permettre aux femmes de participer en toute sécurité et pour que les renseignements personnels qu'elles ont donnés demeurent confidentiels. Malgré cela, le fait de participer à une séance pouvait en lui-même entraîné des risques pour certaines femmes, en raison de la nature potentiellement litigieuse du sujet. Cette préoccupation à l'égard de la sécurité personnelle était surtout apparente chez les femmes qui vivent dans les réserves. La petite taille de certaines collectivités, ainsi que le nombre limité des options pour le transport signifiaient qu'on ne pouvait pas garantir que leur participation demeure secrète. Certaines femmes craignaient pour leur sécurité : par conséquent, elles n'ont pas participé. Comme l'une des femmes l'a déclaré :

« Il est important que les dirigeants du gouvernement fédéral reconnaissent qu'il y a des femmes qui ont été invitées à participer à cette rencontre mais qui n'étaient pas en mesure de le faire en raison des menaces proférées par leur conjoint ou leur ancien conjoint. Certaines femmes craignent également de perdre leur emploi si elles parlent ouvertement. »

L'initiative de sur les solutions en matière de biens immobiliers matrimoniaux a fourni une occasion de sensibiliser les collectivités à cet égard, et il est évident que cette sensibilisation a été faite. L'AFAC a été limitée toutefois par le manque général de connaissances des femmes sur les immobiliers matrimoniaux. Bien que les femmes n'aient pas hésité à partager leurs expériences et leurs points de vue sur les solutions proposées, la nécessité d'une plus grande éducation et d'une plus grande sensibilisation s'est fait sentir tout au long du processus.

Conclusion

Les liens des peuples autochtones à la terre et à aux territoires sont sacrés et historiques. Ce ne sont pas uniquement des portions de terre, mais ce sont des territoires traditionnels. Cette question des biens matrimoniaux dans les réserves n'a pas été créée par les peuples autochtones. La question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves est maintenant devenue une question complexe à régler; toutefois, cela ne le devrait pas. Les collectivités des Premières nations sont diverses et nombreuses et leurs processus sont divers et nombreux pour traiter les questions spécifiques à la terre. En ce moment, toutes les Premières nations sont assujetties à la *Loi sur les Indiens* à moins qu'elles n'aient instauré leurs propres ententes d'autonomie gouvernementale. Comme nous l'avons déjà constaté, cette pièce de loi coloniale a eu, et continue d'avoir, des incidences préjudiciables sur nos collectivités. Pendant toutes ces années, les modifications qui ont été apportées à la *Loi sur les Indiens* ont été réalisées unilatéralement par le gouvernement fédéral. Les comportements patriarcaux et condescendants de ces gouvernements ont eu de nombreuses répercussions négatives sur les personnes, les familles et les collectivités des Premières nations. Il y a eu beaucoup de discrimination par le passé et cela continue aujourd'hui. Cette discrimination a eu des incidences préjudiciables pour de nombreuses générations de jeunes, de femmes, d'hommes de familles et de collectivités d'un bout à l'autre du pays.

Lorsque la *Loi sur les Indiens* a été modifiée en 1985 (la *Loi C-31*), l'AFAC et l'APN ont apporté une contribution majeure à toutes les modifications devant être effectuées. Ces modifications (*Loi C-31*) ont été, une autre fois, élaborées unilatéralement par le ministère des Affaires indiennes. Il y a eu et il ya encore de nombreuses leçons à tirer de ce processus. L'une d'elles est que nous ne voulons pas être utilisés comme des pions pour justifier les processus du gouvernement. Nous n'allons pas nous laisser piéger dans des stratégies de division et de conquête. L'AFAC estime que nos collectivités doivent régler les conséquences de la colonisation et apporter leur aide à la reconstruction de collectivités saines. Nous savons que nos voix sont d'une importance cruciale dans ces efforts.

En ce qui concerne la question des biens immobiliers matrimoniaux, l'AFAC a apprécié avoir disposé au moins d'un peu de temps pour consulter les femmes autochtones et leurs enfants qui ont eu à subir les conséquences directes du manque de recours touchant la maison familiale. Cette initiative a été considéré comme un « pont » entre les longues luttes pour la reconnaissance des droits des femmes autochtones et les préoccupations soulevées par les biens immobiliers matrimoniaux. Il s'agissait d'une occasion pour ces participants de parler de leurs croyances et d'élever leur voix.

Néanmoins, de sérieuses préoccupations ont été soulevées par les participants au sujet du court délai alloué pour les consultations et les pertes de temps (l'impression de tourner en rond) lors de ce processus de consultation. Comme nous l'avons noté dans nos propositions dans le cadre des comités permanents, l'AFAC avait besoin d'une année complète pour ces consultations. Dans ce processus, une période de trois mois nous a été allouée. Plusieurs participants étaient sceptiques quant à l'issue de ce processus, car ils le percevaient comme une directive gouvernementale présentée par les organismes autochtones. En se basant sur la manière dont les phases ont été élaborées, et en raison du délai de trois mois, leur scepticisme était justifié.

Les participants que nous avons consultés ont souhaité que ce mouvement évolue vers des changements gagnants et ont exprimé l'espoir que, grâce à leur participation, tout changement législatif, modification ou nouvelle loi intégrerait leurs contributions à ce processus.

L'ensemble de ce processus visait à rétablir le sentiment de fierté et les valeurs personnelles dans la vie des participants qui, selon eux, n'avaient jamais été entendus, avaient souvent été oubliés et bannis. Ils souhaitent retrouver leur juste place dans la société. Ce processus a constitué une étape positive et dans la bonne direction pour entendre clairement les voix des femmes et de leurs collectivités avant de mettre en œuvre des changements qui toucheront leurs droits.

Les femmes qui ont apporté des solutions dans ce processus sont des filles, des sœurs, des mères et des grands-mères. Elles veulent que le cycle intergénérationnel des abus et de la marginalisation prenne fin. Elles veulent qu'il s'agisse d'un effort collectif qui permettra d'apporter les changements nécessaires dans leurs collectivités. Grâce à la création d'un processus ouvert et complet au chapitre des biens immobiliers matrimoniaux, elles veulent maintenant plus que jamais guérir et reconquérir ensemble leur mode de vie

Annexe A : Résumé des solutions

Les conséquences intergénérationnelles de la colonisation

Solutions à court terme

- La loi fédérale doit inclure une clause rétroactive pour compenser financièrement les femmes autochtones et leurs descendants qui ont subi des pertes en raison des dispositions de la *Loi sur les Indiens*.
- Les lois et les politiques sur l'appartenance à la bande et la citoyenneté doivent être revues pour offrir le choix aux femmes et à leurs descendants en matière d'appartenance à une bande.
- La Fondation autochtone de guérison et tous les programmes de guérison et de bien-être autochtones doivent être élargis et être suffisamment financés pour répondre de façon plus adéquate aux conséquences intergénérationnelles de la colonisation.

Solutions à moyen terme

- Élaboration d'un mécanisme pour mettre en œuvre les compensations devant être accordées pour le manque de protection qu'ont connu les femmes et leurs descendants, y compris le fait qu'elles aient été privées de leurs droits aux collectivités et la perte de leur langue, de leur culture et de leur identité en raison des politiques concernant les biens immobiliers matrimoniaux.
- Analyses des conséquences basées sur le sexe de la Fondation autochtone de guérison et des programmes de guérison et de bien-être devant être financés en vue d'améliorer leur efficacité pour les femmes, les enfants et les familles autochtones.
- Élaboration et financement de programmes de rapatriement pour que les collectivités puissent accueillir leurs membres.

Solutions à long terme

- Mettre un terme aux conséquences intergénérationnelles de la colonisation et créer un espace pour inspirer de nouveau la fierté envers l'identité autochtone et accroître l'estime de soi.
- Les femmes et leurs descendants obtiendront réparations pour le manque de protection à l'égard de leurs droits en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

La violence

Solutions à court terme

- L'AFAC obtient du financement pour élaborer une stratégie nationale efficace visant à mettre un frein à la violence contre les femmes, les enfants et les familles autochtones, violence qui contribue aux ruptures de mariage.
- Mise en œuvre des ordonnances d'exécution.
- Accroître le nombre de maisons de transition pour les femmes, les enfants et les familles.

- Rendre officiel et reconnaître le rôle des organisations des femmes autochtones en tant qu'intervenantes officielles dans la conception des politiques et des programmes ainsi que dans les initiatives.

Solutions à moyen terme

- Logements subventionnés et à prix modique offerts dans des collectivités saines et sécuritaires.
- Évaluation des conséquences et des lacunes des programmes et des services existants visant à lutter contre la violence, y compris les maisons de transition et les refuges, et fournir des ressources additionnelles là où elles sont nécessaires.
- Rechercher des pratiques prometteuses pour édifier de saines collectivités.
- Offrir des maisons de transition pour les hommes.

Solutions à long terme

- La violence est inacceptable.
- Les collectivités utilisent une approche collective et adaptée à leur culture pour résoudre les conflits.
- Mettre en œuvre et élargir l'application de pratiques prometteuses pour l'édification de saines collectivités.

La justice

Solutions à court terme

- Améliorer, pour les femmes autochtones, l'accès à des processus judiciaires qui tiendraient compte des besoins particuliers des collectivités semi-éloignées, éloignées ou isolées.
- Le système judiciaire doit mettre en application les ordonnances des tribunaux, les règlements administratifs de la bande, etc.
- Élaboration de systèmes à plusieurs degrés de médiation autochtone ou d'autres pratiques et systèmes autochtones appropriés pour la justice et la prise de décision au chapitre des biens immobiliers matrimoniaux.
- Évaluation des conséquences des mesures liées aux biens immobiliers matrimoniaux mises en œuvre en vertu de la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations*.

Solutions à moyen terme

- Que les spécialistes du droit et du système judiciaire reçoivent de la formation concernant les questions liées aux droits autochtones dans les réserves.

Solutions à long terme

- Que les collectivités mettent en œuvre un mécanisme autochtone de règlement des conflits ou des litiges basé sur la collectivité et adapté à la culture.

Accessibilité des soutiens

Solutions à court terme

- Accroître le financement des programmes de soutien destinés aux femmes et aux enfants autochtones afin qu'ils puissent vivre de saines relations et les aider au moment d'une rupture de mariage.
- Veiller à ce que les femmes autochtones puissent avoir accès aux programmes et aux services, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des réserves, y compris les femmes qui vivent dans des collectivités semi-éloignées, éloignées ou isolées.

Solutions à moyen terme

- Mettre en place un mécanisme pour la prestation de services continus offrant un soutien traditionnel pour les femmes et les enfants autochtones.

Solutions à long terme

- Que les femmes et les enfants autochtones soient en mesure de profiter des avantages qui découlent de la *Loi sur les Indiens*, peu importe leur lieu de résidence.

Les communications et l'éducation

Solutions à court terme

- Élaborer, mettre en œuvre et financer un processus de facilitation et de communication continu en vue d'accroître la compréhension des femmes et des collectivités autochtones au chapitre des droits, des politiques et des processus liés aux biens immobiliers matrimoniaux.

Solutions à moyen terme

- Mettre au point des politiques fédérales, provinciales et territoriales obligatoires pour le financement et la mise en œuvre de programmes d'études autochtones.
- Fournir des ressources additionnelles pour l'éducation et améliorer le niveau de la formation, afin d'accroître l'employabilité des femmes autochtones pour leur permettre de reconstruire leurs familles, leurs collectivités et leurs nations, y compris la nécessité de modifier les exigences en matière d'admissibilité, par exemple les limites restrictives concernant l'âge.
- Créer un fonds et un programme spéciaux pour l'éducation, la formation, le développement économique et la création de petites entreprises, sans barrières en matière d'admissibilité, pour les femmes qui viennent de se séparer de leur conjoint.

Solutions à long terme

- Que les personnes, les familles, les collectivités et les nations aient les ressources et les connaissances suffisantes du droit pour bâtir des collectivités saines, viables et durables.

Les changements législatifs

Solutions à court terme

- Que les personnes, les familles, les collectivités et les nations aient les ressources et les connaissances suffisantes du droit pour bâtir des collectivités saines, viables et durables.

- Mettre en œuvre provisoirement une loi fédérale de fond obligatoire pour protéger les droits des femmes et des enfants qui vivent dans les réserves jusqu'à ce que les collectivités des Premières nations puissent élaborer leur propre loi; cette loi fédérale devrait prévoir la possibilité de se retirer de la loi et des clauses de compensation.

Solutions à moyen terme

- Un organe habilitant formé de femmes autochtones et de représentants des Premières nations pour faciliter le processus de consultation et d'élaboration fondé sur les lois autochtones pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux d'une façon qui soit appropriée à chacune des Premières nations.

Solutions à long terme

- Que les collectivités utilisent les lois autochtones, qui prévoient une participation égale pour les femmes, dans le règlement des questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux.
- Les collectivités utiliseront cette expertise dans tous les processus de prise de décision dans les collectivités.

Annexe B : Glossaire

Biens immobiliers matrimoniaux (BIM)

Ce terme réfère à la maison ou à la terre d'un couple, où il vit ou dont il bénéficie, durant le mariage ou la relation maritale. La principale caractéristique de ces biens est qu'ils ne peuvent être déplacés ou facilement divisés entre les conjoints et qu'ils diffèrent des autres types de biens, tels que de l'argent dans un compte bancaire ou des meubles familiaux.

Fondation de guérison autochtone

La Fondation de guérison autochtone encourage et appuie les peuples autochtones dans l'établissement et le renforcement de processus durables de guérison qui traitent des conséquences des abus physiques et sexuels subis dans le système des pensionnats indiens, y compris les incidences intergénérationnelles. La Fondation a pour but de faciliter le processus de guérison en fournissant des ressources pour mettre en place des initiatives relatives à la guérison, en mettant de l'avant la sensibilisation aux enjeux et aux besoins qui touchent la guérison, et en encourageant un environnement public sympathique.

Loi sur la gestion des terres des Premières nations (LGTPN)

La *Loi de la gestion des terres des Premières nations* a été adoptée par le gouvernement fédéral en 1999. Elle accorde aux Premières nations signataires la possibilité de se retirer des sections de la *Loi sur les Indiens* relatives à l'administration des terres et d'établir leurs propres régimes pour administrer leurs terres et leurs ressources. En vertu de ce processus, une Première nation participante élabore un code foncier qui établit les règles de base du régime foncier, ce qui peut comprendre des lois pour la gestion et la protection de l'environnement. Dans les douze mois qui suivent la date d'entrée en vigueur du code foncier, la Première nation est tenue d'établir un processus communautaire pour élaborer des règlements et des procédures en matière de biens matrimoniaux qui ne sont pas discriminatoires en fonction du sexe.

Maisons de transition

Les maisons de transition fournissent, pendant une période pouvant aller jusqu'à 30 jours, un refuge temporaire et sécuritaire pour aider les femmes et les enfants qui subissent de la violence familiale. Les maisons de transition peuvent offrir une combinaison des services suivants : services de garde pour les enfants, soutien parental, refuge, intervention et services conseils relatifs aux situations de crise, transport, suivis et services d'accompagnement aux rendez-vous ou devant les tribunaux.

Annexe C

Chronologie historique



Chronologie historique

Avant la colonisation

- Les conséquences de la rupture d'un mariage sont fonction des normes culturelles, systèmes de parenté et lois des Premières nations.
- Les systèmes de parenté matriarcale et les valeurs égalitaires sont largement répandus.

Période coloniale

- Avant la Confédération – Conclusion de relations fondées sur des traités dans des régions comme les Maritimes et l'Ontario.
- Législation « indienne » coloniale – première tentative pour imposer des règles de parenté étrangères qui établissent une distinction contre les femmes des Premières nations.
- Les lois et politiques perturbent les valeurs culturelles des Premières nations, fondées sur le matriarcat et l'égalité, et portent préjudice aux relations entre hommes et femmes, ce qui a des répercussions générales.
- Les gouvernements coloniaux introduisent la notion des droits de propriété individuels et de domination masculine à l'égard des biens et des droits civils, dans une tentative d'assimiler les membres des Premières nations et dans l'espoir d'en arriver à éliminer totalement les réserves.

Mesures législatives indiennes après la Confédération

- Le processus de conclusion de traités se poursuit dans l'Ouest.
- Une loi fédérale sur les Indiens s'efforce d'imposer un régime foncier uniforme et sert d'instrument de poursuite de la politique coloniale d'assimilation.
- En 1869, une modification autorise le surintendant général des affaires des Sauvages à attribuer à des Indiens individuels des terres qui doivent demeurer des terres de réserve. L'obligation faite au conseil de bande d'obtenir le consentement du surintendant général pour attribuer les terres n'est imposée qu'à l'occasion d'une modification de la *Loi sur les Sauvages* en 1880.
- La *Loi sur les Sauvages* (1876) introduit la discrimination fondée sur le sexe, sous forme de règles de parenté, pour déterminer le statut d'Indien et l'appartenance aux bandes.
- Délivrance de billets de location pour les terres qu'un Indien détient légalement en vertu de la *Loi sur les Sauvages*, aussi bien que pour les terres assignées en vue de l'émancipation.
- Le système de certificats de possession se substitue aux billets de location.
- Interdiction faite aux femmes des Premières nations de voter aux élections des conseils de bande.
- Discrimination fondée sur le sexe dans les lois sur les testaments et successions.

- À cette époque, la notion de droits à l'égalité est absente du droit canadien : dans les réserves et à l'extérieur, les femmes ne disposent que de peu de protections légales sur les biens matrimoniaux et sont très désavantagées, sur le plan légal, par rapport aux hommes.
- La *Loi sur les Indiens* ne traite pas de la division des biens matrimoniaux.

Après la Seconde Guerre Mondiale

- Apparition des mesures législatives (provinciales et fédérales) sur les droits de la personne au Canada à la suite d'une action internationale dans ce domaine.
- La précieuse contribution des anciens combattants autochtones est l'un des facteurs à l'origine du début de l'élimination graduelle de la discrimination, ancrée dans la loi, contre les Premières nations dans le droit fédéral et provincial.
- En 1951, une modification accorde aux femmes des Premières nations le droit de vote aux élections des conseils de bande tenues en application de la *Loi sur les Indiens*.
- En 1960, les Premières nations obtiennent le droit de voter aux élections fédérales.
- Jusqu'aux années 1970, il n'existe aucune loi sur les biens matrimoniaux à l'extérieur des réserves qui traite du désavantage, sur le plan légal, des femmes hors des réserves.
- La *Loi sur les Indiens* ne traite pas de la division des biens matrimoniaux et maintient une discrimination explicitement fondée sur le sexe à l'égard des questions du statut d'Indien et de l'appartenance aux bandes.

Années 1970

- Un comité mixte Fraternité des Indiens du Canada (FIC)-Cabinet n'arrive pas à s'entendre sur une démarche de réforme de la *Loi sur les Indiens*.
- Débat déchirant, au sein des Premières nations, sur la protection des droits individuels et collectifs (par exemple l'affaire *Lavelle*, qui conteste la discrimination fondée sur le sexe dans la *Loi sur les Indiens* et parvient jusqu'à la Cour suprême).
- La *Loi canadienne sur les droits de la personne* est adoptée, avec une exemption relative aux décisions et aux règlements administratifs pris en vertu de la *Loi sur les Indiens*.
- Des affaires très en vue concernant les intérêts des femmes qui travaillent aux côtés de leurs maris dans des fermes à l'extérieur des réserves font ressortir la nécessité d'adopter des lois sur les biens matrimoniaux à l'extérieur des réserves; on prend acte que les tribunaux n'ont pas les moyens d'accorder une juste reconnaissance aux intérêts des deux conjoints en cas de rupture du mariage.
- Les provinces et les territoires adoptent des lois fixant la division des biens matrimoniaux au cours du mariage et en cas de rupture.

Années 1980

- Les femmes des Premières nations commencent leur quête d'une protection légale des biens matrimoniaux, au moyen des nouveaux droits et protections accordés par les lois provinciales.
- La *Loi sur les Indiens* demeure muette sur la question.
- Les discussions sur la réforme constitutionnelle mènent à l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de dispositions, dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protègent les droits de la personne individuels; font mention spéciale d'une garantie des droits pour les deux sexes; font référence aux droits ancestraux et issus de traités; et prévoient spécifiquement l'égalité des hommes et des femmes par rapport aux droits ancestraux et issus de traités.
- En 1985, des modifications à la *Loi sur les Indiens* éliminent la discrimination fondée sur le sexe qui défavorise les femmes des Premières nations; par contre, d'autres modifications ajoutent une nouvelle entrave à la reconnaissance du statut d'Indien, qui soulève aujourd'hui beaucoup de préoccupation et divise les familles des Premières nations.

1986

- Deux affaires – portant sur la mesure dans laquelle les lois provinciales sur les biens matrimoniaux s'appliquent aux droits individuels sur les terres de réserve – parviennent jusqu'à la Cour suprême du Canada : *Derrickson c. Derrickson* et *Paul c. Paul*.
- La Cour suprême décide que les lois provinciales ne peuvent s'appliquer d'une façon susceptible de modifier de quelque façon les droits de propriété individuels détenus par un membre d'une Première nation en vertu de la *Loi sur les Indiens*.
- Dans l'arrêt *Derrickson*, la Cour affirme en outre que les lois provinciales sur les biens matrimoniaux peuvent s'appliquer *ex proprio vigore* (d'elles-mêmes), sans incorporation par renvoi dans une loi fédérale, aux droits sur les terres de réserve, à condition de ne pas modifier les droits individuels sur un « bien immeuble » en vertu de la *Loi sur les Indiens* : à titre d'exemple, on peut invoquer une loi provinciale pour rendre une ordonnance d'indemnisation obligeant un conjoint à payer l'autre en vue d'équilibrer le partage. Ces ordonnances peuvent tenir compte de la valeur de la maison située sur des terres détenues en vertu d'un certificat de possession.
- La conséquence du silence de la *Loi sur les Indiens* et de la non-reconnaissance des compétences des Premières nations sur ce sujet est que les conjoints (hommes et femmes) dans les réserves ne jouissent pas de bon nombre de protections fondamentales; le vide législatif cause un tort particulier aux femmes, parce qu'elles demeurent les dispensatrices de soins principales aux jeunes enfants.

Années 1990 à aujourd'hui

- Plusieurs commissions d'enquête canadiennes attirent l'attention sur le problème et sur la nécessité de prendre des mesures, notamment l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les populations autochtones (Manitoba), la Commission royale sur les peuples autochtones et le rapport final de la Commission on First Nations and Métis Peoples and Justice Reform (Saskatchewan).
- Huit organismes des Nations Unies qui traitent des droits de la personne se disent préoccupés par la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.
- Des organisations de femmes des Premières nations entament des poursuites concernant l'absence de protection des droits relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux.
- En 2003, le Comité sénatorial permanent des droits de la personne publie son premier rapport, qui préconise des mesures législatives sur la question, ainsi que des consultations avec les Premières nations et les organisations des Premières nations.
- En 2005, le Comité permanent des affaires autochtones de la Chambre des communes publie un rapport incitant à prendre des mesures législatives sur la question, et reconnaissant le droit inhérent des Premières nations sur les biens immobiliers matrimoniaux.
- En 2006, le Comité permanent de la condition féminine de la Chambre des communes prend la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves sous son aile, et continue à la surveiller.

Automne 2005

- Le gouvernement fédéral dépose sa réponse aux différents rapports des comités, dans lesquels il signale son intention de solliciter le pouvoir de mener des consultations sur les biens immobiliers matrimoniaux.

Juin 2006

- Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien sollicite et obtient le pouvoir de consulter les Premières nations, et leurs organisations; il annonce le processus en cours, de même que la nomination d'un représentant du Ministère chargé d'aider le gouvernement et les Premières nations à étudier les options législatives et non législatives.

Annexe D

Liste par sujet de diverses clauses de la *Loi sur les Indiens*



20 février 2007

Liste par sujet de diverses clauses de la *Loi sur les Indiens*

Protection des droits collectifs des Premières nations sur les terres de réserve

2.(1) Dans la présente loi,

« bande » Groupe d'Indiens, selon le cas :

- a) à l'usage et au profit communs desquels des terres appartenant à Sa Majesté ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951;
- b) à l'usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d'argent;
- c) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande pour l'application de la présente loi.

« réserve »

(a) Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande; y sont assimilées les terres désignées, et
(b) sauf pour l'application du paragraphe 18(2), des articles 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, ou des règlements pris sous leur régime, comprend les terres désignées;

2. (2) En ce qui concerne une réserve ou des terres cédées, « bande » désigne la bande à l'usage et au profit de laquelle la réserve ou les terres cédées ont été mises de côté.

16. (2) Une personne qui cesse de faire partie d'une bande du fait qu'elle est devenue membre d'une autre bande n'a aucun droit sur les terres ou sommes d'argent détenues par Sa Majesté au nom de la bande dont elle faisait partie, mais elle jouit des mêmes droits en commun, sur les terres et les sommes d'argent détenues par Sa Majesté au nom de l'autre bande, que les membres de cette dernière.

18. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

25. (1) Un Indien qui cesse d'avoir droit de résider sur une réserve peut, dans un délai de six mois ou dans tel délai prorogé que prescrit le ministre, transférer à la bande, ou à un autre membre de celle-ci, le droit à la possession de toute terre dans la réserve, dont il était légalement en possession.

25. (2) Lorsqu'un Indien ne dispose pas de son droit de possession conformément au paragraphe (1), le droit à la possession de la terre retourne à la bande, sous réserve du paiement, à l'Indien qui était légalement en possession de la terre, sur les fonds de la bande, de telle indemnité pour améliorations permanentes que fixe le ministre.

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est nul un acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature, écrit ou oral, par lequel une bande ou un membre d'une bande est censé permettre à une personne, autre qu'un membre de cette bande, d'occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

28. (2) Le ministre peut, au moyen d'un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période maximale d'un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

29. Les terres des réserves ne sont assujetties à aucune saisie sous le régime d'un acte judiciaire.

30. Quiconque pénètre, sans droit ni autorisation, dans une réserve commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de cinquante dollars et un emprisonnement maximal d'un mois, ou l'une de ces peines.

31. (1) Sans préjudice de l'article 30, lorsqu'un Indien ou une bande prétend que des personnes autres que des Indiens, selon le cas :

a) occupent ou possèdent illégalement, ou ont occupé ou possédé illégalement, une réserve ou une partie de réserve;

b) réclament ou ont réclamé sous forme d'opposition le droit d'occuper ou de posséder une réserve ou une partie de réserve;

c) pénètrent ou ont pénétré, sans droit ni autorisation, dans une réserve ou une partie de réserve,

le procureur général du Canada peut produire à la Cour fédérale une dénonciation réclamant, au nom de l'Indien ou de la bande, les mesures de redressement désirées

31. (2) Une dénonciation produite sous le régime du paragraphe (1) est réputée, pour l'application de la *Loi sur les Cours fédérales*, une procédure engagée par la Couronne, au sens de cette loi..

31. (3) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou recours que, en son absence, Sa Majesté, un Indien ou une bande pourrait exercer.

35. (1) Lorsque, par une loi fédérale ou provinciale, Sa Majesté du chef d'une province, une autorité municipale ou locale, ou une personne morale, a le pouvoir de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit sur celles-ci sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil et aux conditions qu'il peut prescrire, être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout droit sur celles-ci.

35 (2) moins que le gouverneur en conseil n'en ordonne autrement, toutes les questions concernant la prise ou l'utilisation obligatoire de terres dans une réserve, aux termes du paragraphe (1), doivent être régies par la loi qui confère les pouvoirs.

35 (3) Lorsque le gouverneur en conseil a consenti à l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1) par une province, une autorité municipale ou locale ou une personne morale, il peut, au lieu que la province, l'autorité ou la personne morale prenne ou utilise les terres sans le consentement du propriétaire, permettre un transfert ou octroi de ces terres à la province, autorité ou personne morale, sous réserve des conditions qu'il fixe.

35 (4) Tout montant dont il est convenu ou qui est accordé à l'égard de la prise ou de l'utilisation obligatoire de terrains sous le régime du présent article ou qui est payé pour un transfert ou octroi de terre selon le présent article, doit être versé au receveur général à l'usage et au profit de la bande ou à l'usage et au profit de tout Indien qui a droit à l'indemnité ou au paiement du fait de l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1)..

36. La présente loi s'applique aux terres qui ont été mises de côté à l'usage et au profit d'une bande et qui n'appartiennent pas à Sa Majesté comme si elles étaient une réserve, au sens de la présente loi.

37. (1) Les terres dans une réserve ne peuvent être vendues ou aliénées que si elles sont cédées à titre absolu conformément au paragraphe 38(1) à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

37. (2) Sauf disposition contraire de la présente loi, les terres dans une réserve ne peuvent être données à bail ou faire l'objet d'un démembrement que si elles sont cédées conformément au paragraphe 38(2) à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. (1) Une bande peut céder à titre absolu à Sa Majesté, avec ou sans conditions, tous ses droits, et ceux de ses membres, portant sur tout ou partie d'une réserve.

38. (2) Aux fins de les donner à bail ou de les démembrer, une bande peut désigner par voie de cession à Sa Majesté, avec ou sans conditions, autre qu'à titre absolu, tous droits de la bande, et ceux de ses membres, sur tout ou partie d'une réserve

39. (1) Une cession à titre absolu ou une désignation n'est valide que si les conditions suivantes sont réunies :

a) elle est faite à Sa Majesté;

b) elle est sanctionnée par une majorité des électeurs de la bande :

(i) soit à une assemblée générale de la bande convoquée par son conseil,

(ii) soit à une assemblée spéciale de la bande convoquée par le ministre en vue d'examiner une proposition de cession à titre absolu ou de désignation,

(iii) soit au moyen d'un référendum comme le prévoient les règlements;

c) elle est acceptée par le gouverneur en conseil.

46. (1) Le ministre peut déclarer nul, en totalité ou en partie, le testament d'un Indien, s'il est convaincu de l'existence de l'une des circonstances suivantes

(d) le testament vise à disposer d'un terrain, situé dans une réserve, d'une façon contraire aux intérêts de la bande ou aux dispositions de la présente loi;

58. (1) Lorsque, dans une réserve, un terrain est inculte ou inutilisé, le ministre peut, avec le consentement du conseil de la bande :

(a) améliorer ou cultiver le terrain et employer des personnes à cette fin, autoriser et prescrire la dépense de telle partie des fonds en capital de la bande qu'il juge nécessaire à l'amélioration ou à la culture, y compris l'achat du bétail, des machines ou du matériel ou l'emploi de la main-d'oeuvre qu'il estime nécessaire;

- (b) si le terrain est en la possession légitime d'un particulier, accorder la location de ce terrain à des fins de culture ou de pâturage ou à toute fin se trouvant au profit de la personne qui en a la possession; et
- (c) si le terrain n'est pas en la possession légitime d'un particulier, accorder la location du terrain, au profit de la bande, à des fins de culture ou de pâturage.

58. (2) Sur les montants provenant de l'amélioration ou de la culture de terrains selon l'alinéa (1)b), un loyer raisonnable est versé au particulier en possession légitime des terrains ou une partie de ceux-ci, et le solde est porté au crédit de la bande. Toutefois, lorsque des améliorations sont apportées à des terrains occupés par un particulier, le ministre peut déduire, du loyer payable à celui-ci sous le régime du présent paragraphe, la valeur de ces améliorations.

81. (1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes :

.....

(i) l'arpentage des terres de la réserve et leur répartition entre les membres de la bande, et l'établissement d'un registre de certificats de possession et de certificats d'occupation concernant les attributions, et la mise à part de terres de la réserve pour usage commun, si l'autorisation à cet égard a été accordée aux termes de l'article 60;

(p) l'expulsion et la punition des personnes qui pénètrent sans droit ni autorisation dans la réserve ou la fréquentent pour des fins interdites;

(p.1) la résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve;

(p.2) l'adoption de mesures relatives aux droits des époux ou conjoints de fait 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;

Droits de propriété individuels (biens réels et personnels)

2.(1) Dans la présente loi,

«biens » Tout bien meuble ou immeuble, y compris un droit sur des terres;

4.1 La mention du terme « Indien » dans les définitions de « bande », « argent des Indiens » ou « Indien mentalement incapable » à l'article 2 et la mention de ce terme aux paragraphes 4(2) et (3) et 18(2), aux articles 20 et 22 à 25, aux paragraphes 31(1) et (3) et 35(4), aux articles 51, 52, 52.2 et 52.3, aux

paragrapes 58(3) et 61(1), aux articles 63 et 65, aux paragraphes 66(2) et 70(1) et (4), à l'article 71, aux alinéas 73g) et h), au paragraphe 74(4), à l'article 84, à l'alinéa 87(1)a), à l'article 88, au paragraphe 89(1) et à l'alinéa 107b) valent également mention de toute personne qui a droit à ce que son nom soit consigné dans une liste de bande et dont le nom y est consigné.

20. (1) Un Indien n'est légalement en possession d'une terre dans une réserve que si, avec l'approbation du ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.

20. (2) Le ministre peut délivrer à un Indien légalement en possession d'une terre dans une réserve un certificat, appelé certificat de possession, attestant son droit de posséder la terre y décrite.

20. (3) Pour l'application de la présente loi, toute personne qui, le 4 septembre 1951, détenait un billet de location valide délivré sous le régime de l'*Acte relatif aux Sauvages, 1880*, ou de toute loi sur le même sujet, est réputée légalement en possession de la terre visée par le billet de location et est censée détenir un certificat de possession à cet égard.

20. (4) Lorsque le conseil de la bande a attribué à un Indien la possession d'une terre dans une réserve, le ministre peut, à sa discrétion, différer son approbation et autoriser l'Indien à occuper la terre temporairement, de même que prescrire les conditions, concernant l'usage et l'établissement, que doit remplir l'Indien avant que le ministre approuve l'attribution.

20. (5) Lorsque le ministre diffère son approbation conformément au paragraphe (4), il délivre un certificat d'occupation à l'Indien, et le certificat autorise l'Indien, ou ceux qui réclament possession par legs ou par transmission sous forme d'héritage, à occuper la terre concernant laquelle il est délivré, pendant une période de deux ans, à compter de sa date.

20. (6) Le ministre peut proroger la durée d'un certificat d'occupation pour une nouvelle période n'excédant pas deux ans et peut, à l'expiration de toute période durant laquelle un certificat d'occupation est en vigueur

(a) soit approuver l'attribution faite par le conseil de la bande et délivrer un certificat de possession si, d'après lui, on a satisfait aux conditions concernant l'usage et l'établissement; or

(b) soit refuser d'approuver l'attribution faite par le conseil de la bande et déclarer que la terre, à l'égard de laquelle le certificat d'occupation a été délivré, peut être attribuée de nouveau par le conseil de la bande.

21. Il doit être tenu au ministère un registre, connu sous le nom de Registre des terres de réserve, où sont inscrits les détails concernant les certificats de possession et certificats d'occupation et les autres opérations relatives aux terres situées dans une réserve.

22. Un Indien qui a fait des améliorations à des terres en sa possession avant leur inclusion dans une réserve, est considéré comme étant en possession légale de ces terres au moment de leur inclusion.

23. Un Indien qui est légalement retiré de terres situées dans une réserve et sur lesquelles il a fait des améliorations permanentes peut, si le ministre l'ordonne, recevoir à cet égard une indemnité d'un montant que le ministre détermine, soit de la personne qui entre en possession, soit sur les fonds de la bande, à la discrétion du ministre.

24. Un Indien qui est légalement en possession d'une terre dans une réserve peut transférer à la bande, ou à un autre membre de celle-ci, le droit à la possession de la terre, mais aucun transfert ou accord en vue du transfert du droit à la possession de terres dans une réserve n'est valable tant qu'il n'est pas approuvé par le ministre.

25. (1) Un Indien qui cesse d'avoir droit de résider sur une réserve peut, dans un délai de six mois ou dans tel délai prorogé que prescrit le ministre, transférer à la bande, ou à un autre membre de celle-ci, le droit à la possession de toute terre dans la réserve, dont il était légalement en possession.

25 (2) Lorsqu'un Indien ne dispose pas de son droit de possession conformément au paragraphe (1), le droit à la possession de la terre retourne à la bande, sous réserve du paiement, à l'Indien qui était légalement en possession de la terre, sur les fonds de la bande, de telle indemnité pour améliorations permanentes que fixe le ministre.

26. Lorsqu'un certificat de possession ou d'occupation ou un billet de location délivré sous le régime de l'*Acte relatif aux Sauvages, 1880* ou de toute loi traitant du même sujet, a été, de l'avis du ministre, 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 fausse appellation, ou une description erronée de quelque fait important, le ministre peut annuler le certificat ou billet de location et délivrer un certificat corrigé pour le remplacer.

27. Le ministre peut, avec le consentement de celui qui en est titulaire, annuler tout certificat de possession ou occupation ou billet de location mentionné à l'article 26, et peut annuler tout certificat de possession ou d'occupation ou billet de location qui, selon lui, a été délivré par fraude ou erreur.

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est nul un acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature, écrit ou oral, par lequel une bande ou un membre d'une bande est censé permettre à une personne, autre qu'un membre de cette bande, d'occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

28. (2) Le ministre peut, au moyen d'un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période maximale d'un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

TRANSMISSION DE BIENS PAR DROIT DE SUCCESSION

Pouvoirs du ministre à l'égard des biens des Indiens décédés

42. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, la compétence sur les questions testamentaires relatives aux Indiens décédés est attribuée exclusivement au ministre; elle est exercée en conformité avec les règlements pris par le gouverneur en conseil.

Règlements

(2) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements stipulant qu'un Indien décédé qui, au moment de son décès, était en possession de terres dans une réserve, sera réputé, en telles circonstances et à telles fins que prescrivent les règlements, avoir été légalement en possession de ces terres au moment de son décès.

Application des règlements

(3) Les règlements prévus par le paragraphe (2) peuvent être rendus applicables aux successions des Indiens morts avant ou après le 4 septembre 1951 ou à cette date.

Pouvoirs particuliers

43. Sans que soit limitée la portée générale de l'article 42, le ministre peut :

- a) nommer des exécuteurs testamentaires et des administrateurs de successions d'Indiens décédés, révoquer ces exécuteurs et administrateurs et les remplacer;
- b) autoriser des exécuteurs à donner suite aux termes des testaments d'Indiens décédés;
- c) autoriser des administrateurs à gérer les biens d'Indiens morts intestats;
- d) donner effet aux testaments d'Indiens décédés et administrer les biens d'Indiens morts intestats;
- e) prendre les arrêtés et donner les directives qu'il juge utiles à l'égard de quelque question mentionnée à l'article 42.

*Les tribunaux peuvent exercer leur compétences,
avec le consentement du ministre*

44. (1) Avec le consentement du ministre, le tribunal qui aurait compétence si la personne décédée n'était pas un Indien peut exercer, en conformité avec la présente loi, la compétence que la présente loi confère au ministre à l'égard des questions testamentaires, ainsi que tous autres pouvoirs et compétence ordinairement dévolus à ce tribunal.

*Le ministre peut déléguer des questions
au tribunal*

(2) Dans tout cas particulier, le ministre peut ordonner qu'une demande en vue d'obtenir l'homologation d'un testament ou l'émission de lettres d'administration soit présentée au tribunal qui aurait compétence si la personne décédée n'était pas un Indien. Il a la faculté de soumettre à ce tribunal toute question que peut faire surgir un testament ou l'administration d'une succession

Ordonnances visant des terres

(3) Un tribunal qui exerce sa compétence sous le régime du présent article ne peut, sans le consentement écrit du ministre, faire exécuter une ordonnance visant des biens immeubles sur une réserve.

TESTAMENTS

Les Indiens peuvent tester

45. (1) La présente loi n'a pas pour effet d'empêcher un Indien, ou de lui interdire, de transmettre ses biens par testament.

Forme de testaments

(2) Le ministre peut accepter comme testament tout document écrit signé par un Indien dans lequel celui-ci indique ses désirs ou intentions à l'égard de la disposition de ses biens lors de son décès.

Homologation

(3) Nul testament fait par un Indien n'a d'effet juridique comme disposition de biens tant qu'il n'a pas été approuvé par le ministre ou homologué par un tribunal en conformité avec la présente loi.

Le ministre peut déclarer nul un testament

46. (1) Le ministre peut déclarer nul, en totalité ou en partie, le testament d'un Indien, s'il est convaincu de l'existence de l'une des circonstances suivantes :

- (a) le testament a été établi sous l'effet de la contrainte ou d'une influence indue;
- (b) au moment où il a fait ce testament, le testateur n'était pas habile à tester;
- (c) les clauses du testament seraient la cause de privations pour des personnes auxquelles le testateur était tenu de pourvoir;
- (d) le testament vise à disposer d'un terrain, situé dans une réserve, d'une façon contraire aux intérêts de la bande ou aux dispositions de la présente loi;
- (e) les clauses du testament sont si vagues, si incertaines ou si capricieuses que la bonne administration et la distribution équitable des biens de la personne décédée seraient difficiles ou impossibles à effectuer suivant la présente loi; or
- (f) les clauses du testament sont contraires à l'intérêt public..

Cas de nullité

(2) Lorsque le testament d'un Indien est déclaré entièrement nul par le ministre ou par un tribunal, la personne qui a fait ce testament est censée être morte intestat, et, lorsque le testament est ainsi déclaré nul en partie seulement, sauf indication d'une intention contraire y énoncée, tout legs de biens meubles ou immeubles visé de la sorte est réputé caduc.

DISTRIBUTION DES BIENS AB INTESTAT

Part du survivant

48. (1) Lorsque, de l'avis du ministre, la valeur nette de la succession d'un intestat n'excède pas soixante-quinze mille dollars ou tout autre montant fixé par décret du gouverneur en conseil, la succession est dévolue au survivant.

Idem

(2) Lorsque la valeur nette de la succession d'un intestat excède, de l'avis du ministre, soixante-quinze mille dollars ou tout autre montant fixé par décret du gouverneur en conseil, une somme de soixante-quinze mille dollars ou toute autre somme fixée par décret du gouverneur en conseil est dévolue au survivant et le reste est attribué de la façon suivante :

- (a) si l'intestat n'a pas laissé de descendant, le solde est dévolu au survivant,
- (b) si l'intestat a laissé un enfant, la moitié du solde est dévolue au survivant, et
- (c) si l'intestat a laissé plus d'un enfant, le tiers du solde est dévolu au survivant,

et lorsqu'un enfant est décédé laissant des descendants et que ceux-ci sont vivants à la date du décès de l'intestat, le survivant reçoit la même partie de la succession que si l'enfant avait vécu à cette date.

Cas où il n'est pas pourvu aux besoins des enfants

(3) Par dérogation aux paragraphes (1) et (2),

(a) si, dans un cas particulier, le ministre est convaincu qu'il ne sera pas suffisamment pourvu aux besoins de tout enfant du défunt, il peut ordonner que la totalité ou toute partie de la succession qui autrement irait au survivant soit dévolue à l'enfant; et

(b) le ministre peut ordonner que le survivant ait le droit d'occuper toutes terres situées dans une réserve que la personne décédée occupait au moment de son décès.

Distribution aux descendants

(4) Lorsqu'un intestat laisse à son décès des descendants, sa succession est, sous réserve des droits du survivant, s'il en est, distribuée par souche entre ces descendants.

Distribution aux parents

(5) Lorsqu'un intestat ne laisse à sa mort ni survivant ni descendant, sa succession est dévolue à ses parents en parts égales si tous deux sont vivants, ou au parent survivant si l'un des deux est décédé.

Distribution aux frères, sœurs et descendants de frères et sœurs

(6) Lorsqu'un intestat ne laisse à sa mort ni survivant, ni descendant, ni père, ni mère, sa succession est dévolue à ses frères et soeurs en parts égales, et, si l'un de ses frères ou soeurs est décédé, les enfants du frère ou de la soeur décédé reçoivent la part que leur père ou mère aurait reçue s'il avait été vivant, mais, lorsque les seuls ayants droit sont les enfants de frères et soeurs décédés, les biens leur sont distribués par tête.

Plus proche parent

(7) Lorsqu'un intestat ne laisse à sa mort ni survivant, ni descendant, ni père, ni mère, ni frère, ni soeur, ni enfant d'un frère décédé ou d'une soeur décédée, la succession est dévolue à son plus proche parent.

Distribution aux plus proches parents

(8) Lorsque la succession est dévolue aux plus proches parents, elle doit être distribuée en parts égales entre tous les plus proches parents à un même degré de consanguinité avec l'intestat et leurs représentants légaux, mais dans aucun cas la représentation ne peut être admise après les enfants des frères et soeurs, et tout droit sur un bien-fonds situé dans une réserve est dévolu à Sa Majesté au bénéfice de la bande si le plus proche parent de l'intestat est plus éloigné qu'un frère ou une soeur.

Degré de parenté

(9) Pour l'application du présent article, les degrés de parenté sont établis en remontant les générations à partir de l'intestat jusqu'au plus proche auteur commun et en redescendant jusqu'au parent en question; les parents d'un seul côté héritent à parts égales avec les parents des deux côtés au même degré.

Descendants et parents nés après la mort de l'intestat

(10) Les descendants et parents de l'intestat engendrés avant la mort de ce dernier mais nés ensuite héritent au même titre que s'ils étaient nés du vivant de l'intestat et lui avaient survécu.

Biens non aliénés par testament

(11) Tous les biens dont il n'est pas disposé par testament sont distribués comme si le testateur était mort intestat et n'avait laissé aucun autre bien

Absence de communauté de biens

(12) Il n'y a aucune communauté de biens meubles ou immeubles situés dans une réserve.

Application aux personnes des deux sexes

(15) Le présent article s'applique à l'égard d'une femme intestat de la même manière qu'à l'égard d'un homme intestat.

49. Une personne qui prétend avoir droit à la possession ou à l'occupation de terres situées dans une réserve en raison d'un legs ou d'une transmission par droit de succession est censée ne pas en avoir la possession ou l'occupation légitime tant que le ministre n'a pas approuvé cette possession.

50. (1) Une personne non autorisée à résider dans une réserve n'acquiert pas, par legs ou transmission sous forme de succession, le droit de posséder ou d'occuper une terre dans cette réserve.

50. (2) Lorsqu'un droit à la possession ou à l'occupation de terres dans une réserve est dévolu, par legs ou transmission sous forme de succession, à une personne non autorisée à y résider, ce droit doit être offert en vente par le surintendant au plus haut enchérisseur entre les personnes habiles à résider dans la réserve et le produit de la vente doit être versé au légataire ou au descendant, selon le cas.

50. (3) Si, dans les six mois ou tout délai supplémentaire que peut déterminer le ministre, à compter de la mise en vente du droit à la possession ou occupation d'une terre, en vertu du paragraphe (2), il n'est reçu aucune soumission, le droit retourne à la bande, libre de toute réclamation de la part du légataire ou descendant, sous réserve du versement, à la discrétion du ministre, au légataire ou descendant, sur les fonds de la bande, de l'indemnité pour améliorations permanentes que le ministre peut déterminer.

50. (4) L'acheteur d'un droit à la possession ou occupation d'une terre sous le régime du paragraphe (2) n'est pas censé avoir la possession ou l'occupation légitime de la terre tant que le ministre n'a pas approuvé la possession.

58. (3) Le ministre peut louer au profit de tout Indien, à la demande de celui-ci, la terre dont ce dernier est en possession légitime sans que celle-ci soit désignée.

Autres clauses diverses concernant les biens

68. Le ministre peut ordonner que les paiements de rentes ou d'intérêts auxquels un Indien a droit soient appliqués au soutien de l'époux ou conjoint de fait ou de la famille de celui-ci, ou des deux, lorsqu'il est convaincu que cet Indien, selon le cas :

- (a) a abandonné son époux ou conjoint de fait ou sa famille sans raison suffisante,
- (b) s'est conduit de façon à justifier le refus de son époux ou conjoint de fait ou de sa famille de vivre avec lui, ou
- (c) a été séparé de son époux ou conjoint de fait et de sa famille par emprisonnement,

89. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande.

89. (1.1) Par dérogation au paragraphe (1), les droits découlant d'un bail sur une terre désignée peuvent faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution.

89 (2) Une personne, qui vend à une bande ou à un membre d'une bande un bien meuble en vertu d'une entente selon laquelle le droit de propriété ou le droit de possession demeure acquis en tout ou en partie au vendeur, peut exercer ses droits aux termes de l'entente, même si le bien meuble est situé sur une réserve.

Lieu de résidence

4 (3) Les articles 114 à 122 et, sauf si le ministre en ordonne autrement, les articles 42 à 52 ne s'appliquent à aucun Indien, ni à l'égard d'aucun Indien, ne résidant pas ordinairement dans une réserve ou sur des terres qui appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.

18.1 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.

81. (1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes :

(p.1) la résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve;

(p.2) l'adoption de mesures relatives aux droits des époux ou conjoints de fait 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;

Conjoints

2.(1) Dans la présente loi,

«conjoint de fait » La personne qui vit avec la personne en cause dans une relation conjugale depuis au moins un an;

«survivant » L'époux ou conjoint de fait survivant d'une personne décédée.

Annexe E

Informations relatives à la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*



Liste I : Premières nations clientes, par projet législatif

Loi sur la gestion des terres des premières nations (LGTPN)

Voici les **Premières nations sous le régime** de la LGTPN qui gèrent leurs terres et ressources en vertu de leur propre code foncier :

1. Beecher Bay (C.-B.)
2. Dakota Whitecap (Sask.)
3. Georgina Island (Ont.)
4. Kinistin (Sask.)
5. Kitselas (C.-B.)
6. L'heidli T'ennah (C.-B.)
7. McLeod Lake (C.-B.)
8. Muskeg Lake (Sask.)
9. Muskoday (Sask.)
10. Nipissing (Ont.)
11. Nation crie Opaskwayak (Man.)
12. Scugog Island (Ont.)
13. Sliammon (C.-B.)
14. Ts'kw'aylaxw (C.-B.)
15. Tsawwassen (C.-B.)
16. T'souke (C.-B.)
17. Westbank (autonomie gouvernementale) (C.-B.)
18. Shxw̓ha;̓y Village (C.-B.)

Voici les **Premières nations engagées dans le processus**, qui rédigent leur code foncier et préparent un vote de ratification communautaire :

1. Chippewas de Kettle et de Stoney Point (Ont.)
2. Cowessess (Sask.)
3. Dokis (Ont.)
4. Flying Dust (Sask.)
5. Fort McKay (Alb.)
6. Garden River (Ont.)
7. Henvey Inlet (Ont.)
8. Kingsclear (N.-B.)
9. Première nation Leq'a:mel (C.-B.)
10. Matsqui (C.-B.)
11. Mississauga n° 8 (Ont.)
12. Mnjikaning (Ont.)
13. Moose Deer Point (Ont.)
14. Musqueam (C.-B.)
15. Norway House (Man.)
16. Osoyoss (C.-B.)
17. Pasqua (Sask.)
18. Sea Bird Island (C.-B.)
19. Songhees (C.-B.)

20. Squamish (C.-B.)
21. Squiala (C.-B.)
22. Swan Lake (Man.)
23. Tsawout (C.-B.)
24. Tsleil-Waututh (Burrard) (C.-B.)
25. Tzeachten (C.-B.)
26. We We Kai (Cape Mudge) (C.-B.)
27. Whitefish Lake (Ont.)
28. Chemawawin (Man.)
29. Big Island (Ont.)
30. Essipit (Qc)

En juillet 2006, les Premières nations suivantes avaient demandé d'être ajoutées au groupe « engagé dans le processus » :

1. Malahat (C.-B.)
2. Campbell River (C.-B.)
3. Nanoose (C.-B.)
4. Skawahlook (C.-B.)
5. Popkum (C.-B.)
6. Soowahlie (C.-B.)
7. Sumas (C.-B.)
8. Chawathil (C.-B.)
9. Aitchelitz (C.-B.)
10. Yakweakwioose (C.-B.)
11. Cheam (C.-B.)
12. Skowkale (C.-B.)
13. Shaw'ow'hamel (C.-B.)
14. Skwah (C.-B.)
15. Kwaw Kwaw Aplit (C.-B.)
16. Scowlitz (C.-B.)
17. Moricetown (C.-B.)
18. Kwantlen (C.-B.)
19. Nee Tahi Buhn (C.-B.)
20. Shuswap (C.-B.)
21. Tla-o-qui-aht (C.-B.)
22. Metlakatla (C.-B.)
23. Fort Nelson (C.-B.)
24. Williams Lake (C.-B.)
25. Tsay Keh Dene (C.-B.)
26. Stellat'en (C.-B.)
27. Homalco (C.-B.)
28. Alexander (Alb.)
29. Stoney (Alb.)
30. One Arrow (Sask.)
31. Yellow Quill (Sask.)
32. Peter Ballantyne (Sask.)
33. Peepeekisis (Sask.)
34. Kahkewistahaw (Sask.)

35. Mistawasis (Sask.)
36. Mosakahiken (Man.)
37. Wuskwi Sipiik (Man.)
38. Pine Creek (Man.)
39. Mathias Colomb (Man.)
40. Marcel Colomb (Man.)
41. Sapotaweyak (Man.)
42. Wasauksing (Ont.)
43. Onigaming (Ont.)
44. Nicickousem'g (Ont.)
45. Wauzhushk O. (Ont.)
46. Northwest Angle n° 33 (Ont.)
47. Naotkamwanning (Ont.)
48. Big Grassy (Ont.)
49. Ochilchagwe'B. (Ont.)
50. Alderville (Ont.)
51. Temagami (Ont.)

Statut des lois BIM de la gestion foncière des Premières nations

L'alinéa 5.4d) de l'Accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières nations (Accord-cadre) prévoit que les Premières nations disposent d'un délai de 12 mois à compter de la date de prise d'effet du code foncier pour promulguer les règles et les procédures relatives à la rupture d'un mariage [désignées aussi lois relatives aux biens immobiliers matrimoniaux (BIM)]. Les règles et les procédures visées doivent être promulguées dans le code foncier de la Première nation ou dans les lois de la Première nation (alinéa 5.4c) de l'Accord-cadre).

Première nation	Date d'entrée en vigueur du code foncier	Date de promulgation de la loi BIM
Premières nations sous le régime de la LGTPN ayant adopté des lois BIM :		
Georgina Island	1 ^{er} janvier 2000	30 juin 2001
Scugog Island	1 ^{er} juillet 1999	1 ^{er} janvier 2000
Muskoday	1 ^{er} juillet 1999	30 juin 2001
Lheidli T'enneh	1 ^{er} décembre 2000	1 ^{er} décembre 2001
McLeod Lake	1 ^{er} mars 2003	20 mai 2004
Beecher Bay	1 ^{er} août 2003	1 ^{er} août 2004
Dakota de Whitecap	1 ^{er} janvier 2004	1 ^{er} décembre 2004
Ts'kawlawxw	1 ^{er} mai 2004	21 novembre 2005
Nation crie Opaskwayak	1 ^{er} août 2002	15 février 2006
Westbank (désormais entièrement autonome)	1 ^{er} juillet 2003	20 février 2006
Premières nations sous le régime de la LGTPN dont le délai d'un an n'est pas encore écoulé :		
Tsouke	Février 2007	
Shx:way Village	Janvier 2007	
Conformément à l'al. 5.4d) de l'Accord-cadre, les Premières nations sous le régime de la LGTPN disposent d'un délai de 12 mois à compter de la date de prise d'effet du code foncier pour promulguer les lois BIM. Les Premières nations ci-dessous ont dépassé ce délai d'un an :		
Nipissing	1 ^{er} juillet 2003	Retard de 2 ans et 7 mois
Tsawwassen	16 décembre 2003	Retard de 2 ans et 2 mois
Sliammon	30 septembre 2004	Retard de 1 an et 5 mois
Kinistin	1 ^{er} février 2005	Retard de 1 an
Muskeg Lake	1 ^{er} août 2005	Retard de 1 an et 6 mois
Kitselas	25 novembre 2005	Retard de 3 mois

Annexe F

2003 Rapport de la vérificatrice général du Canada

Pièce 6.1

Différences en matière de logement dans les réserves et à l'extérieur de celles-ci



Pièce 6.1

Différences en matière de logement dans les réserves et à l'extérieur de celles-ci

Aspect	Dans les réserves	À l'extérieur des réserves
Propriété	<ul style="list-style-type: none"> • La Couronne détient les titres sur les terres. • La propriété collective des terres et des habitations prévaut. • La propriété individuelle est régie par la <i>Loi sur les Indiens</i>. 	<ul style="list-style-type: none"> • Les terrains et les habitations appartiennent à des particuliers. • La propriété collective des terres et des habitations est rare.
Financement	<ul style="list-style-type: none"> • En ce qui concerne les terres et les propriétés, la <i>Loi sur les Indiens</i> permet les hypothèques et la saisie en faveur ou à la demande d'un Indien ou d'une bande. • L'accès au financement du secteur privé est limité car on ne peut affecter de bien en garantie. • Les subventions du gouvernement sont essentielles. • Il y a la méthode des garanties de prêt ministérielles, mais elle doit être appuyée par la collectivité. 	<ul style="list-style-type: none"> • Les terrains et les propriétés peuvent être hypothéqués et saisis en vertu du cadre juridique. • Le recours au financement privé constitue la norme. • Les établissements de prêt spécialisés dans le financement des propriétés apportent leur concours. On se sert d'un système financier complexe pour fournir les fonds et atténuer les risques.
Règles juridiques régissant le logement, les loyers, l'occupation, le mode de tenure, la propriété et les responsabilités	<ul style="list-style-type: none"> • Les pouvoirs juridiques des conseils de bande en matière de détermination et d'application des règles sont imprécis. • Les mesures d'application pouvant être prises sont limitées. • Il n'est pas clair dans quelle mesure le cadre juridique existant à l'extérieur des réserves peut s'appliquer. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ces aspects sont régis par les lois provinciales. • L'application est assurée par des organismes désignés et par le système judiciaire.
Logements disponibles	<ul style="list-style-type: none"> • Beaucoup d'occupants considèrent que ce n'est pas à eux qu'il incombe de répondre à leurs besoins en matière de logement. • Beaucoup d'occupants effectuent peu de travaux d'entretien, de réparation ou de rénovation de leur habitation. • L'accès aux matériaux de construction et à la main-d'oeuvre qualifiée en ce domaine est limité dans les régions isolées. • L'application des codes et des règlements est difficile à déterminer. 	<ul style="list-style-type: none"> • C'est aux particuliers qu'incombe la responsabilité de répondre à leurs besoins en matière de logement. • Les occupants ou propriétaires achètent ou louent leur habitation, et en assurent l'entretien, la réparation et la rénovation. • Les matériaux de construction et la main-d'oeuvre qualifiée sont en général facilement accessibles. • On assure, au moyen d'inspections, le respect des codes et règlements applicables.
Allocation des logements	<ul style="list-style-type: none"> • Ce sont souvent le chef et le conseil qui décident du nombre d'habitations qui seront construites et rénovées chaque année, et de leur allocation. • Le marché pour l'achat, la vente ou la location de maisons est limité. 	<ul style="list-style-type: none"> • Les gens peuvent acheter, vendre et louer des habitations. • Les moyens financiers de chaque individu constituent la principale forme d'allocation d'habitations.
Considérations géographiques	<ul style="list-style-type: none"> • On note que 65 % des collectivités sont situées dans des régions rurales, éloignées ou d'accès difficile. 	<ul style="list-style-type: none"> • On constate que 80 % de la population vit dans des régions urbaines.

Annexe G
Avis juridique



DIANE SOROKA
AVOCATE, BARRISTER & SOLICITOR INC.

téléphone : 514-939-3384
télécopieur/fax : 514-939-4014
courriel/email : dsoroka@bellnet.ca

447, avenue Strathcona
Westmount (Québec)
Canada H3Y 2X2

Le 6 mars 2007

Personnel et confidentiel

Wendy Grant-John
Représentante ministérielle
Biens immobiliers matrimoniaux
dans les réserves
155, rue Queen, bureau 1106
Ottawa (Ontario)
K1A 0H4

Madame,

La présente fait suite à la demande que vous nous avez formulée d'analyser les incidences qu'auraient, sur les droits immobiliers dans les réserves, les principales options législatives qui ont été proposées au cours du présent processus de consultation sur les BIM, y compris les trois options proposées par le gouvernement fédéral. Tout en étant effectuée en fonction du régime québécois de droit civil, notre analyse tient également compte des compétences des Premières nations, ainsi que des questions relatives aux droits ancestraux et aux droits issus des traités.

Voici les trois principales options qui ont été suggérées¹ :

Option 1 : Incorporation par renvoi des lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Option 2 : Incorporation par renvoi des lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux assortie d'un mécanisme législatif attribuant aux Premières nations le pouvoir de légiférer à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux.

¹ **Document de consultation : Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves**, Direction des questions féminines et de l'égalité entre les sexes, Affaires indiennes et du Nord Canada, septembre 2006.

Option 3 : Adoption d'une loi fédérale de fond sur les biens immobiliers matrimoniaux assortie d'un mécanisme législatif attribuant aux Premières nations le pouvoir de légiférer en matière de biens immobiliers matrimoniaux.

Suivant les options 1 et 2, les dispositions de la *Loi sur les indiens* l'emporteraient sur les dispositions incompatibles de toute loi provinciale. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le MAINC) estime par ailleurs que toute solution doit² :

- se conformer aux droits de la personne au Canada;
- se conformer au droit constitutionnel canadien;
- être exécutoire.

Le MAINC a également précisé que, dans toute solution, il faudra aborder la question des droits en matière de biens immobiliers matrimoniaux en cas de décès d'un des conjoints.

Veillez noter que, dans le présent avis juridique, le terme « Indien » s'entend au sens de la *Loi sur les Indiens* et non au sens de la définition du terme « Indien » que l'on trouve au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et au paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

PARTIE I – CONSÉQUENCES ÉVENTUELLES DES OPTIONS LÉGISLATIVES

A. Résumé des règles du droit québécois relatives aux biens immobiliers matrimoniaux

Cette section renferme un bref exposé de quelques notions rudimentaires du droit québécois en matière de biens immobiliers matrimoniaux. Loin de se vouloir une analyse exhaustive de la question, cet exposé a uniquement pour objet de résumer quelques-uns des aspects les plus pertinents des règles de droit applicables pour les besoins de la présente discussion.

1. Règles générales

- Les articles 414 et 415 du Code civil du Québec (CcQ) prévoient que le mariage emporte constitution d'un « patrimoine familial », formé de certains biens des époux sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens. Ce patrimoine familial est constitué des résidences de la famille ou des droits qui en confèrent l'usage (par ex. un bail). Il y a lieu de noter que toutes les habitations, y compris les chalets d'été, les camps de chasse, etc. font partie du patrimoine familial à condition qu'ils soient utilisés par la famille. Le camp de chasse qui n'est utilisé que par un des conjoints ne ferait pas partie du patrimoine familial. Une seule résidence est

² *Ibid.*

considérée comme la « résidence familiale » (voir plus loin). Entrent également dans le patrimoine familial divers autres biens et notamment les meubles, les comptes bancaires et les véhicules automobiles.

- Sont exclus du patrimoine familial les biens, y compris les résidences, échus à l'un des époux par succession ou donation avant ou pendant le mariage.
- L'union civile, en ce qui concerne notamment la résidence familiale et le patrimoine familial, a les mêmes effets que le mariage. L'union civile est contractée publiquement devant un célébrant compétent à célébrer les mariages. Elle se dissout par le décès de l'un des conjoints, par un jugement du tribunal ou par une déclaration commune notariée.
- Les mêmes principes fondamentaux s'appliquent en cas de dissolution du mariage ou de l'union civile par suite du divorce ou du décès de l'un des conjoints.
- Lorsque des conjoints vivent en union de fait – c'est-à-dire lorsqu'ils font vie commune sans avoir contracté de mariage ou d'union civile – aucun patrimoine familial n'est constitué et aucune protection n'existe en ce qui concerne la résidence familiale. La seule exception à cette règle serait le cas du couple ayant signé un « contrat de cohabitation » stipulant des modalités à cet effet.

2. Règles spéciales régissant la résidence familiale

Les présentes règles valent tant pour les mariages que pour les unions civiles. Elles ne s'appliquent pas aux unions de fait. La résidence familiale fait normalement partie du patrimoine familial et elle est divisée en parts égales entre les époux. Ce principe souffre toutefois quelques exceptions, notamment lorsque la maison a été dévolue à l'un des époux par succession. En pareil cas,

a) si l'un des époux est propriétaire de la résidence familiale :

- une déclaration de résidence familiale peut être inscrite contre l'immeuble au bureau de la publicité des droits du Québec par l'un ou l'autre conjoint sans le consentement de l'autre. L'inscription d'une déclaration de résidence familiale sert à aviser les tiers que le propriétaire ne peut vendre, louer ou hypothéquer la résidence sans le consentement de l'autre époux;
- en cas de séparation, de divorce, de dissolution ou de nullité du mariage, le tribunal peut attribuer à l'époux auquel il accorde la garde d'un enfant un droit d'usage de la résidence familiale.

b) si l'un des époux est locataire de la résidence familiale :

- l'un ou l'autre époux peut, sans le consentement de l'autre, aviser par lettre le locateur du fait que la résidence sert de résidence familiale;
- l'époux locataire de la résidence familiale ne peut, sans le consentement de son conjoint, sous-louer, céder son droit, ni mettre fin au bail;
- en cas de séparation ou de divorce, le tribunal peut attribuer au conjoint du locataire le bail de la résidence familiale;
- L'attribution lie le locateur dès que le jugement lui est signifié et libère, pour l'avenir, le locataire originaire des droits et obligations résultant du bail.

3. Règles régissant le partage du patrimoine familial

- Le partage a lieu par suite de la séparation, du divorce, de la dissolution ou de la nullité du mariage ou à la suite du décès de l'un des époux.
- Les mêmes règles s'appliquent aux unions civiles.
- Un époux ne peut renoncer à ses droits dans le patrimoine familial que par acte notarié en minute. La renonciation doit être inscrite au registre des droits.
- La valeur nette du patrimoine familial, déduction faite des dettes contractées pour l'acquisition des biens qui le constituent, est divisée à parts égales entre les époux.

4. Régimes matrimoniaux

- Les époux qui n'ont pas fixé leur régime matrimonial par contrat de mariage sont soumis au régime de la société d'acquêts.
- Sont propres à chacun des époux les biens dont il a la propriété ou la possession au début du mariage ou de l'union civile.
- La valeur nette des biens acquis au cours du mariage est divisée en parts égales entre les époux.
- Il existe une série de règles au sujet du calcul de la valeur des biens, des prestations compensatoires, etc.

5. Formalités à respecter

- Sont soumises à la publicité l'acquisition, la constitution, la reconnaissance, la modification, la transmission et l'extinction d'un droit réel immobilier. Les immeubles doivent faire l'objet d'un arpentage. Les documents doivent être dressés par un notaire, qui les conserve dans un registre spécial.

B. DISPOSITIONS DE LA LOI SUR LES INDIENS

1. Droits sur les biens-fonds et les habitations dans les réserves

a) Régime général

La *Loi sur les Indiens* (la Loi) prévoit un régime de gestion des terres qui accorde au ministre le dernier mot en ce qui concerne la plupart des opérations. C'est à l'article 20 que l'on trouve l'illustration la plus claire de ce principe :

20. (1) Un Indien n'est légalement en possession d'une terre dans une réserve que si, avec l'approbation du ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.

Les paragraphes 20(5) et 20(6) prévoient la délivrance par le ministre d'un certificat d'occupation temporaire lorsqu'il n'a pas approuvé l'attribution faite par le conseil de la bande.

Aux termes de l'article 23, l'Indien qui est légalement retiré de terres situées dans une réserve et sur lesquelles il a fait des améliorations permanentes peut, si le ministre l'ordonne, recevoir à cet égard une indemnité d'un montant que le ministre détermine, soit de la personne qui entre en possession, soit sur les fonds de la bande, à la discrétion du ministre.

L'article 24 subordonne la validité de tout transfert du droit à la possession d'une terre d'un Indien à un autre à l'approbation du ministre.

L'article 25 prévoit que l'Indien qui cesse d'avoir droit de résider sur une réserve peut transférer à la bande, ou à un autre membre de celle-ci, le droit à la possession de toute terre dans la réserve, dont il était légalement en possession. Lorsqu'un Indien ne le transfère pas, le droit à la possession de la terre retourne à la bande, sous réserve du paiement de telle indemnité pour améliorations permanentes que fixe le ministre.

b) Transmission de biens par droit de succession

L'article 44 prévoit qu'avec le consentement du ministre, le tribunal qui aurait compétence si la personne décédée n'était pas un Indien peut exercer, en conformité avec la *Loi*, la compétence que celle-ci confère au ministre à l'égard des questions testamentaires, ainsi que tous autres pouvoirs et compétence ordinairement dévolus à ce tribunal. Le ministre peut ordonner qu'une demande en vue d'obtenir l'homologation d'un testament soit présentée au tribunal et il a la faculté de soumettre à ce tribunal toute question que peut faire surgir un testament ou l'administration d'une succession.

Cependant, le tribunal qui exerce sa compétence en vertu de l'article 44 ne peut, sans le consentement écrit du ministre, faire exécuter une ordonnance visant des biens immeubles sur une réserve.

L'article 48 porte sur les successions *ab intestat*. Il prévoit que la succession dont la valeur n'excède pas 75 000 \$ est dévolue au conjoint survivant. Lorsque la valeur nette de la succession excède 75 000 \$, la *Loi* détermine les héritiers.

Le paragraphe 48(3) prévoit que le ministre peut ordonner que le conjoint survivant ait le droit d'occuper toutes terres situées dans une réserve que la personne décédée occupait au moment de son décès. Il y a lieu de signaler que la *Loi* ne semble prévoir aucune restriction en ce qui concerne la question de savoir si le conjoint survivant est un membre de la bande ou s'il aurait autrement le droit de résider dans la réserve.

Le paragraphe 48(12) prévoit explicitement qu'il n'y a aucune communauté de biens meubles ou immeubles situés dans une réserve.

c) Droits de résidence

- Le conjoint qui n'est pas membre de la bande n'a pas nécessairement le droit de résider dans la réserve, surtout s'il y a eu dissolution du mariage à la suite d'un divorce ou d'un décès.
- Les enfants qui ne sont pas membres de la bande n'ont peut-être pas le droit de résider dans la réserve; toutefois, le membre qui vit dans une réserve peut habiter avec ses enfants à charge.
- Une personne non autorisée à résider dans une réserve n'acquiert pas, par legs ou transmission sous forme de succession, le droit de posséder ou d'occuper une terre dans cette réserve. Le droit à la possession ou à l'occupation dont hérite cette personne doit être offert en vente. S'il n'y a pas d'acheteur, le droit à la possession de la terre retourne à la bande, sous réserve du versement, à la discrétion du ministre, de l'indemnité que le ministre peut déterminer. Voir les observations déjà formulées en b) au sujet de la directive donnée par le ministre en vertu du paragraphe 48(3) en vue de permettre au conjoint survivant d'occuper une terre.

- Le conseil de bande peut prendre des règlements sur la résidence des membres de la bande et des autres personnes dans la réserve.

C. CONTEXTE FACTUEL DES QUESTIONS RELATIVES AUX BIM DANS LES RÉSERVES

Lorsqu'on cherche des solutions aux problèmes causés par l'absence actuelle de règles de droit régissant les BIM dans les réserves, il faut s'assurer de ne pas créer un système qui aurait peu d'incidences pratiques sur la question ou qui créerait encore plus de confusion et d'incertitude. Il faut tenir compte du contexte factuel des questions relatives aux BIM pour éviter que les recours juridiques ne soient illusoires. Ainsi :

- pour le moment, la plupart des personnes qui occupent des terres dans les réserves le font en vertu d'une attribution « coutumière », dont la légalité n'a pas encore été reconnue par les tribunaux sous le régime de la *Loi sur les Indiens*;
- historiquement, le pourcentage de terres attribuées à des femmes est minime³;
- bon nombre des unions qui existent dans les réserves sont des unions de fait;
- la plupart des successions sont des successions *ab intestat*;
- il y a plus de locataires (ou de personnes vivant dans des habitations sociales) que de propriétaires;
- au Québec, les réserves ne sont pas assujetties au régime de publicité des droits fonciers qui existe ailleurs dans la province.

³ Decontie, Bob, « Paper on Reserve Land Allotment and Possession », 19 mai 2004.

D. INCIDENCES ÉVENTUELLES SUR LES DROITS PRÉVUS PAR LA *LOI SUR LES INDIENS*

1. Droits dont il y a lieu de tenir compte

Jusqu'à maintenant, les tribunaux n'ont pas reconnu la légalité des attributions « coutumières » de droits d'utilisation ou d'occupation de terres situées dans les réserves indiennes sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. La jurisprudence est très claire : les dispositions de l'article 20 de la *Loi* ont préséance sur toute autre considération.

Il m'apparaît clairement que l'intimé ne pouvait pas demander de déclaration judiciaire affirmant qu'il avait « un droit de possession légal » à l'égard du bien-fonds pour le seul motif qu'un contrat a été conclu en 1942 entre l'intimé et Henry et Lizzie Smith en vertu duquel l'intimé a supposément « acheté » un bien-fonds dans la réserve, pour la somme de 1 100 \$, **et que son intérêt sur ce bien-fonds a été reconnu par les membres de la bande jusqu'en 1982.**

Le statut juridique des terres des réserves indiennes se fonde sur les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Bien que le droit de propriété de ces terres soit dévolu à Sa Majesté la Reine, ces terres doivent être utilisées au profit collectif de tous les membres de la bande pour lesquels la réserve a été constituée. Il est possible qu'un membre de la bande acquière un droit de possession et d'usage exclusifs sur certaines parcelles des terres de la réserve, mais cette acquisition est strictement régie par la *Loi sur les Indiens*.

Cooper c. Bande indienne Tsartlip, [1996] A.C.F. n° 826 (C.A.F.), paragraphes 9 et 10 (non souligné dans l'original).

Certains tribunaux ont laissé entendre que la reconnaissance de l'attribution coutumière de terres de réserve serait contraire à l'obligation fiduciaire à laquelle le conseil de la bande est tenu envers les membres de la bande :

[TRADUCTION] La reconnaissance du droit traditionnel ou coutumier d'une personne à l'occupation de terres de réserve ne saurait créer de droit ou d'intérêt juridique sur ces terres qui fait échec aux dispositions de la Loi ou entrent en conflit avec celles-ci. Une telle conception de l'exercice des pouvoirs de gouvernement du conseil de bande irait à l'encontre de son obligation fiduciaire de gérer les terres des réserves en fonction de l'intérêt supérieur de l'ensemble des membres de la bande. Ainsi que le juge Rae le dit à la page 330 [B.C.L.R.; p. 64 C.N.L.R.] dans la décision *Leonard c. Gottfriedson*, précitée :

[TRADUCTION] Il devrait être évident que le chef et les conseillers jouissent de la confiance des membres de la bande en ce qui concerne la défense de leurs intérêts, de ceux de la bande en général et des biens de celle-ci.

Lower Nicola Indian Band c. Trans-Canada Displays Ltd. [2004] 4 C.N.L.R. 185, par. 151, (C.S. C.-B.); voir également le jugement *Johnstone c. Mistawasis First Nation*, [2003] 3 C.N.L.R. 117 (C.B.R. Sask.)

Voici comment les tribunaux définissent le droit de possession individuel qui a été régulièrement attribué et approuvé :

[TRADUCTION] Je souligne que nous nous bornons à examiner le droit de possession ou d'occupation d'une partie de la réserve, droit sur une chose commune que la loi confère à l'ensemble de la bande indienne et qui peut, avec le consentement de la Couronne, être concédé en partie à des membres individuels de la bande, leur attribuant ainsi tous les principaux attributs de la propriété sur la parcelle concédée à l'exception du titre en common law sur le bien-fonds lui-même, qui reste dévolu à la Couronne (*Brick Cartage Ltd. c. The Queen* [1965] 1 R.C.É. 102). À défaut de pareille attribution par le conseil de la bande, il n'y a aucune disposition législative qui habilite un membre de la bande à exercer de son propre chef et pour son usage et profit personnels un droit de possession sur une terre de réserve. C'est un intérêt qui appartient à la bande en tant que collectivité.

Squamish Indian Band c. Findlay [1981] B.C.J. No. 366, par. 9 (C.A.C.-B.)

Compte tenu de l'état actuel du droit, nous ne tiendrons compte, pour le présent avis juridique, que des droits dont la validité est reconnue par la *Loi*.

En résumé, seule Sa Majesté peut être propriétaire de terres situées dans une réserve. La bande peut toutefois, par l'intermédiaire de son conseil, attribuer, avec l'approbation du ministre, des parcelles de terrain faisant partie de sa réserve à des membres de la bande. Le nom de l'acte établissant le droit d'un Indien d'utiliser et d'occuper valablement une terre dans une réserve a varié au fil du temps (par ex. « certificat de possession », « billet de location », etc.). Certains de ces actes sont assortis de conditions (ainsi, un certificat d'occupation peut avoir une durée maximale de deux ans), mais la nature du droit demeure essentiellement la même (c.-à-d. la « possession légitime »). Sauf indication contraire, ces droits sont stipulés pour une période indéfinie et ne peuvent être annulés qu'en cas de fraude ou que si la procédure est entachée d'un vice majeur. Ils peuvent habituellement être transférés à un autre membre de la bande dès lors que le transfert est approuvé par le ministre.

En revanche, des individus peuvent être propriétaires de maisons. Bien que la plupart des personnes vivant dans des réserves vivent encore dans des habitations qu'ils louent en vertu d'une forme ou d'une autre de bail ou à l'égard desquelles elles ont un droit d'usage et d'occupation par suite de l'attribution que leur en a faite le conseil de bande (comme dans le cas des « logements sociaux »), une tendance graduelle se dessine vers la propriété privée. Il y a lieu de signaler qu'au Québec, il est possible pour une personne d'être propriétaire d'un immeuble situé sur un bien-fonds créé par une autre personne, par le biais d'un droit dit « droit de superficie ». Cette modalité est offerte aux communautés cries et naskapis aux termes de la *Loi sur les autochtones crie, inuit et naskapis* (du Québec)⁴.

4. L.C. 1983-84, ch. 18.

2. Conséquences éventuelles des options 1 et 2

L'option 1 et l'option 2 prévoient toutes les deux l'incorporation par renvoi des lois provinciales et territoriales sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves situés dans chacune des provinces et dans chacun des territoires. De plus, suivant ces options, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* l'emporteraient sur les dispositions incompatibles de toute loi provinciale.

L'option 2 prévoit l'ajout d'un mécanisme législatif attribuant aux Premières nations le pouvoir de légiférer à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux. Comme le premier volet de ces deux options est identique, les mêmes observations s'appliquent à l'une et à l'autre.

L'incorporation par renvoi des lois québécoises sur les biens immobiliers matrimoniaux sous réserve de la préséance des dispositions de la *Loi sur les Indiens* en cas de conflit avec les dispositions incompatibles de toute loi provinciale aurait les conséquences suivantes :

a) Constitution du patrimoine familial

Dans le cas d'un mariage ou d'une union civile (à ne pas confondre avec l'« union de fait »), le patrimoine familial est constitué par application des lois québécoises. L'expression « les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage » que l'on trouve à l'article 415 CcQ est suffisamment large pour englober les certificats de possession, les permis d'occupation et les autres droits fonciers conférés en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

À lui seul, l'article 415 CcQ serait aussi probablement assez large pour inclure le droit d'utiliser et d'occuper une maison octroyé par le conseil de bande ou autrement sanctionné officiellement. Toutefois, certains tribunaux ont jusqu'ici à tout le moins eu tendance à associer l'utilisation d'une maison avec celle d'un bien-fonds et, lorsqu'il n'y a pas eu d'attribution officielle d'un bien-fonds en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*, ils n'ont pas reconnu l'existence d'un droit d'occupation d'une maison⁵. En pareil cas, si la *Loi sur les Indiens* l'emporte, il n'y aurait pas de « droits qui confèrent l'usage » et la maison n'entrerait pas dans le patrimoine familial, ce qui ferait échec à une grande partie de l'objet visé par la loi.

b) La résidence familiale

Si l'un des époux est propriétaire de la résidence familiale, la déclaration de résidence familiale ne peut être inscrite contre l'immeuble au bureau de la publicité des droits du Québec parce que les réserves ne sont pas assujetties au régime de publicité des droits fonciers du Québec. À défaut d'un tel enregistrement, ces protections n'existent pas.

⁵ *MacMillan c. Augustine*, [2004] 3 C.N.L.R. 170, 2004 NBB4 160 (C.B.R. N.-B.).

En cas de séparation, de divorce, de dissolution ou de nullité du mariage, la valeur de la résidence familiale serait normalement divisée à parts égales entre les époux. Le tribunal peut par ailleurs attribuer à l'époux auquel il accorde la garde d'un enfant un droit d'usage de la résidence familiale (art. 410 CcQ), ce qui entre directement en conflit avec la *Loi sur les Indiens*, qui prévoit qu'un Indien n'est légalement en possession d'une terre dans une réserve que si, avec l'approbation du ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande (art. 20). À moins d'être modifiée, la Loi aura préséance. De toute façon, les ordonnances judiciaires ne sont pas exécutoires, parce que les terres des réserves sont insaisissables (art. 29).

Le Code civil prévoit que, si l'un des époux est locataire de la résidence familiale, l'un ou l'autre époux peut, sans le consentement de l'autre, aviser par lettre le locateur du fait que la résidence sert de résidence familiale. En pareil cas, l'époux locataire de la résidence familiale ne peut, sans le consentement de son conjoint, sous-louer, céder son droit, ni mettre fin au bail. Ces dispositions du Code civil sont susceptibles d'entrer en conflit avec la Loi, car celle-ci permet le transfert avec ou sans le consentement du conjoint, dès lors que le ministre donne son approbation.

En cas de séparation ou de divorce, le tribunal peut attribuer au conjoint du locataire le bail de la résidence familiale. L'attribution lie le locateur dès que le jugement lui est signifié et libère, pour l'avenir, le locataire originaire des droits et obligations résultant du bail. Toutefois, aux termes de la *Loi sur les Indiens*, le transfert de ces droits est assujéti au consentement du ministre et il ne peut être stipulé qu'au profit de la bande ou d'un autre membre de la bande.

c) Partage du patrimoine familial

Le partage a lieu en cas de séparation, de divorce, de dissolution ou la nullité du mariage ou à la suite du décès de l'un des époux. Les mêmes règles s'appliquent aux unions civiles, mais pas aux unions de fait. Le partage suppose la division à parts égales du patrimoine familial entre les conjoints.

Rappelons que sont incluses dans le patrimoine familial les résidences secondaires comme les chalets d'été et les camps de chasse, et pas seulement la résidence familiale.

Le partage du reste du patrimoine familial soulève les mêmes problèmes que le partage de la résidence familiale. En particulier, en ce qui concerne les successions, la *Loi sur les Indiens* (paragraphe 48(12)) prévoit explicitement qu'il n'y a aucune communauté de biens meubles ou immeubles situés dans une réserve. Or, sans une forme de communauté de biens, la notion de patrimoine familial est illusoire. Si ces dispositions de la *Loi sur les Indiens* l'emportent sur le Code civil, on ferait échec à tout l'objectif visé par celui-ci.

Le partage est effectué en fonction de la valeur de tous les biens constituant le patrimoine familial, lequel ne se limite pas aux biens immobiliers, mais englobe aussi les meubles

meublants, les véhicules automobiles, l'argent, certains types de prestations de pension, etc. Un mécanisme de prestations compensatoires est également prévu. Pour être en mesure de procéder au partage des biens et de déterminer, le cas échéant, la prestation compensatoire à payer, le tribunal doit être capable d'établir la valeur de tous les biens, pas seulement celle des biens immobiliers.

Il sera extrêmement difficile d'en arriver à un partage équitable du patrimoine familial si une juridiction statue sur les biens immobiliers et une autre, sur tous les autres biens.

La capacité du tribunal de rendre une ordonnance au sujet des biens immobiliers matrimoniaux dépend de la mesure dans laquelle l'attribution initiale du bien-fonds et/ou du logement est jugée valide. Ainsi que nous l'avons vu, la validité des attributions « coutumières » n'a pas encore été reconnue et on peut concevoir que bon nombre des droits immobiliers ainsi attribués seront considérés comme devant retourner à la bande au lieu d'entrer dans le patrimoine familial.

d) Droits de résidence

Une autre difficulté que soulève l'application des règles de droit provinciales aux BIM situés dans les réserves est celle des droits de résidence. Ainsi, les conjoints qui ne sont pas membres de la bande mais qui peuvent être des « Indiens » (au sens de la *Loi sur les Indiens*) et qui proviennent d'autres réserves, de même que les personnes qui ne répondent pas à la définition du terme « Indien » prévu par la *Loi*, n'ont peut-être pas le droit de résider dans la réserve où se trouve le patrimoine familial, surtout s'il y a eu dissolution du mariage.

La réalité, c'est que bon nombre des familles qui vivent dans les réserves ont peu de biens et dépendent d'une forme ou d'une autre de logements sociaux. En vertu des règles de droit provinciales, un tribunal peut autoriser le conjoint qui a la garde des enfants à continuer à habiter dans la résidence familiale, mais si ce conjoint n'a pas le droit de résider dans la réserve, il sera évincé de la réserve avec les enfants et se retrouvera avec peu ou pas d'indemnité ou de soutien. Les recours prévus en droit québécois ne suffiront pas pour permettre au conjoint de continuer à habiter avec ses enfants dans la résidence familiale si la *Loi sur les Indiens* a préséance.

3. Conséquences éventuelles de l'option 3

Il est difficile de formuler des observations au sujet des conséquences éventuelles de l'option 3, étant donné qu'on ignore pour le moment la teneur exacte de la loi fédérale de fond qui serait adoptée au sujet des biens immobiliers matrimoniaux. On peut toutefois prévoir qu'une telle mesure législative pourrait comporter certains avantages.

Un de ces avantages serait le fait que la formulation de ces dispositions de droit matériel permettrait d'édicter un code complet et cohérent, tandis que les options 1 et 2 risquent de n'apporter qu'une solution partielle en raison du fait que seules les dispositions de la

législation provinciale ou territoriale qui ne seraient pas incompatibles avec celles de la *Loi sur les Indiens* s'appliqueraient aux réserves.

Un autre avantage serait le fait que la loi serait uniforme sur tout le territoire canadien pour tous les Indiens vivant dans des réserves. Si l'on retient l'option 1 ou l'option 2, il y aurait des différences considérables en ce qui concerne le traitement de certaines personnes. Par exemple, dans certaines provinces, les unions de fait sont reconnues lorsqu'il s'agit de protéger la résidence familiale et certains autres biens. Dans d'autres provinces, comme le Québec, l'union de fait n'est pas reconnue. Et l'on ne pourrait justifier cette inégalité de traitement en faisant valoir que les personnes seraient traitées sur un pied d'égalité, peu importe qu'elles se trouvent dans une réserve ou à l'extérieur d'une réserve parce que, comme nous l'avons vu, ce ne sont pas toutes les règles de droit provinciales qui seraient applicables dans une réserve, étant donné que la *Loi sur les Indiens* aurait préséance en cas de conflit ou d'incompatibilité.

Un troisième avantage possible serait le fait que les difficultés découlant de conflits des lois lorsque le patrimoine familial est situé dans des réserves se trouvant dans deux provinces différentes pourrait ainsi être résolues plus facilement et les tribunaux auraient une série de règles cohérentes à appliquer en cas de partage.

Lorsqu'une Première nation a édicté une loi sur les BIM en vertu de la compétence qui lui a été dévolue, une loi fédérale de fond pourrait également servir à compléter les lois adoptées par cette Première nation ou à combler les lacunes de ces lois lorsqu'elles n'ont pas prévu une situation particulière.

PARTIE II – QUESTIONS RELATIVES À LA CONSULTATION

Notre avis juridique a également été sollicité au sujet de questions clés de consultation qui ont été soulevées au cours du présent processus de consultation sur les BIM. En résumé, ces questions portent notamment sur les points suivants :

- a) la Couronne a-t-elle l'obligation juridique de consulter les Premières nations à l'occasion de son examen des options législatives fédérales susceptibles d'avoir des incidences sur les droits immobiliers dans les réserves soumises aux dispositions du régime foncier de la *Loi sur les Indiens*?
- b) La Couronne est-elle assujettie à des modalités différentes en ce qui concerne la façon de s'acquitter de cette obligation dans le cas des droits immobiliers dans les réserves?
- c) S'il existe des obligations juridiques distinctes en ce qui concerne la consultation de Premières nations déterminées, quelles en sont les incidences sur la façon dont doivent se dérouler les consultations portant sur les questions de biens immobiliers matrimoniaux?

- d) Une fois que le cabinet fédéral a retenu une proposition législative en vue d'élaborer un projet de loi, la Couronne a-t-elle l'obligation juridique de consulter chacune des Premières nations assujettie au régime foncier de la *Loi sur les Indiens* relativement à cette proposition spécifique?

1. La Couronne est-elle tenue de consulter les Premières nations au sujet des mesures législatives relatives aux droits immobiliers matrimoniaux?

L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones découle du principe de l'honneur de la Couronne.

Nation haïda c. Colombie-Britannique, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 16 à 18.

Le critère donnant lieu à l'obligation de consultation est peu rigoureux.

Dans le cas d'un traité, la Couronne, en tant que partie, a toujours connaissance de son contenu. La question dans chaque cas consiste donc à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur ces droits de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. Le critère retenu dans les arrêts *Nation haïda* et *Taku River* est peu rigoureux. La souplesse ne réside pas tant dans le fait que l'obligation devient applicable (on envisage des mesures « susceptibles d'avoir un effet préjudiciable » sur un droit) que dans le contenu variable de l'obligation une fois que celle-ci s'applique. Au minimum, « les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis » (*Nation haïda*, par. 43).

Première nation crie Mikisew c. Canada, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 34 (non souligné dans l'original).

En ce qui concerne les mesures législatives visant les droits immobiliers matrimoniaux dans les réserves, il existe deux grandes catégories de droits qui sont susceptibles de subir un « effet préjudiciable » : les droits que possèdent les Premières nations sur leurs terres et le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale consacré au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans le cas des terres de réserve, la Couronne est certainement avisée des droits que possèdent les Indiens à l'égard des terres en question. La bande acquiert un « intérêt en common law » dans la réserve lors de la création de celle-ci et ce, même si la réserve est créée sur des terres ne faisant pas l'objet de droits visés au paragraphe 35(1). On peut donc soutenir que la Couronne est assujettie à l'obligation de consulter la bande indienne relativement à toute mesure visant les terres des réserves et ce, indépendamment du fondement juridique de la création de la réserve.

Bande indienne Wewaykum c. Canada [2002] 4 R.C.S. 245, par. 98.

Les droits que possède la bande indienne sur les terres de réserve sont identiques au titre ancestral sur les terres tribales.

À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur des terres tribales traditionnelles. Le droit des Indiens sur les terres est le même dans les deux cas.

Guerin c. Canada [1984] 2 R.C.S. 335, à la page 379; *Paul c. Canadien Pacifique Ltée*, [1988] 2 R.C.S. 654, par. 32; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 120; *Bande indienne de Wewaykum c. Canada* [2002] 4 R.C.S. 245, par. 77.

Le juge en chef Lamer, qui précisait la nature de l'obligation de consultation dans le contexte du titre ancestral, semble n'avoir considéré ce dernier que comme un accessoire de l'intérêt propriétaire sur le territoire et non comme un droit distinct à l'autonomie gouvernementale :

[...] Premièrement, le titre aborigène comprend le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites d'une parcelle de territoire [...] Cet aspect du titre aborigène indique qu'il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres. Il **y a toujours obligation de consultation**. La question de savoir si un groupe autochtone a été consulté est pertinente pour décider si l'atteinte au titre aborigène est justifiée, au même titre que le fait pour la Couronne de ne pas consulter un groupe autochtone au sujet des conditions auxquelles des terres d'une réserve sont cédées à bail peut constituer un manquement à l'obligation de fiduciaire de celle-ci en common law (*Guerin*).

Delgamuukw c. Colombie-Britannique [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 168 (non souligné dans l'original).

En ce qui concerne le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, le professeur Kent McNeil estime que certains des propos tenus par le juge en chef Lamer au paragraphe 115 de l'arrêt *Delgamuukw* pourraient effectivement appuyer l'existence d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Voici les propos exacts du juge en chef :

Une dimension supplémentaire du titre aborigène est le fait qu'il est détenu collectivement. Le titre aborigène ne peut pas être détenu par un Autochtone en particulier; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone. Les décisions relatives aux terres visées sont également prises par cette collectivité. Il s'agit d'une autre caractéristique *sui generis* du titre aborigène, qui le différencie des intérêts de propriété ordinaires

Delgamuukw, précité, par. 115. Voir Kent McNeil, *Aboriginal Rights: Challenging Legislative Infringements of the Inherent Aboriginal Right of Self-Government*, (2003) 22 Windsor Y.B. Access Just. 329

Les observations du professeur McNeil étaient faites dans le contexte des modifications apportées à certains articles de la *Loi sur les Indiens* portant sur l'exercice de pouvoirs gouvernementaux et sur le pouvoir de prendre des règlements et non dans le contexte d'une atteinte à des droits fonciers. Le professeur McNeil souligne que c'est à la Première

nation qui le revendique qu'il incombe de démontrer son droit à l'autonomie gouvernementale.

La Cour suprême du Canada a qualifié de « trop générale » la revendication, par les Premières Nations, du droit général de gérer l'utilisation des terres de leurs réserves⁶. Il semblerait donc que les Premières nations seraient obligées de revendiquer et d'établir un droit à l'autonomie gouvernemental plus précis qui s'apparenterait au droit de réglementer la possession de biens matrimoniaux ou, peut-être et de façon plus générale, à celui de réglementer les contrats familiaux.

Cette solution est davantage problématique en ce qui concerne l'existence d'une obligation de consultation. On ne sait pas avec certitude si la Couronne serait présumée être avisée de l'existence de ce type de droit à moins que la Première nation qui le revendique ne l'en avise. Même alors, la Couronne pourrait contester ce droit et il faudrait probablement faire trancher la question par un tribunal. Bref, la Couronne peut être assujettie à l'obligation de consultation dans les cas où certaines Premières nations sont en mesure de faire la preuve d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale en ce qui concerne la question des biens matrimoniaux et les droits connexes mais, compte tenu de l'état actuel du droit, on ne saurait pour le moment affirmer que cette obligation s'impose à elle de façon catégorique.

À mon avis, le gouvernement est manifestement tenu de consulter les Premières nations au sujet des modifications proposées aux règles de droit concernant les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Cette obligation s'applique indépendamment de tout droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et elle découle du droit des Premières nations d'utiliser leurs terres de réserve respectives et d'en jouir peu importe la façon dont les réserves en question ont été créées. Toute obligation de consultation supplémentaire sur les incidences éventuelles de dispositions législatives relatives aux BIM sur le droit à l'autonomie gouvernementale est moins claire.

Pour les besoins du présent avis juridique, et compte tenu de l'incertitude qui subsiste en ce qui concerne la nature du droit à l'autonomie gouvernementale que des Premières nations déterminées pourraient être en mesure de prouver, nous n'examinerons ci-après que le droit de consultation découlant du droit des Premières nations d'utiliser leurs terres de réserve et d'en jouir.

2. Nature et portée de l'obligation de consultation

Lorsqu'ils analysent l'obligation de consultation, les tribunaux ne font pas de distinction entre les diverses façons dont les réserves ont été constituées lorsqu'il s'agit de préciser la nature du titre ancestral. Ils n'établissent pas non plus de distinction entre les terres de réserve et les terres revendiquées en vertu du titre ancestral lorsqu'ils analysent le type et la portée des consultations qui s'imposent. Le degré de consultations varie plutôt selon la gravité de l'atteinte portée au droit.

⁶ *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.

[...] La nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones.

Delgamuukw c. Colombie-Britannique [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 168.

a) Gravité des incidences

Les mesures législatives proposées comportent plusieurs aspects qui permettent de penser que les incidences ne se situent peut-être pas parmi les plus graves dans l'échelle de sévérité. L'importance des incidences varie évidemment selon l'option qui est retenue.

Les options 2 et 3 prévoient la possibilité d'accorder des pouvoirs aux Premières nations sur la question, ce qui n'est pas le cas avec l'option 1. Je tiens tout d'abord à préciser que toute option qui confère une compétence aux Premières nations se traduira par une atteinte minimale par rapport à l'option qui ne lui confère pas de pouvoirs. Si la loi fédérale sur les biens immobiliers matrimoniaux renferme des dispositions qui ne sont censées s'appliquer que jusqu'à ce que les Premières nations établissent leurs propres règles, les tribunaux considéreront probablement qu'elle n'aura pas d'incidences négatives appréciables.

De plus, le droit d'utiliser les terres de réserve et d'en bénéficier est dévolu collectivement à l'ensemble des membres de la bande pour laquelle la réserve a été constituée. Le droit dévolu en commun à l'ensemble de la bande peut être exercé à l'usage et au profit d'un membre particulier de la bande par le conseil de bande, avec l'approbation du ministre, par l'attribution à ce membre particulier du droit à la possession d'une certaine parcelle des terres de réserve. L'attribution d'une terre à un membre de la bande qui a été effectuée par le conseil de bande avec le consentement du ministre [TRADUCTION] « confère au membre individuel tous les attributs de propriété en ce qui concerne la parcelle qui lui est attribuée, à l'exception du titre en common law sur la terre elle-même, lequel appartient toujours à la Couronne ».

Squamish Indian Band, précité, par. 9 (C.A.C.-B.).

Cette situation ne changera pas. Les mesures législatives portant les biens immobiliers matrimoniaux ne changeront rien au droit collectif dévolu à l'ensemble de la bande sur les terres de réserve. Elles ne réduiront pas la taille des réserves, ni la façon dont elles sont utilisées. Ce qui changera, ce sont les droits respectifs des conjoints sur les terres qui ont

déjà été attribuées à l'un d'entre eux ou aux deux. Néanmoins, ces mesures auront des incidences sur la façon dont ces terres sont détenues dans ces communautés et sur les questions sociales et économiques connexes. C'est d'ailleurs ainsi que les choses sont censées se passer. Pour ce faire, il faut mener des consultations et procéder à des accommodements.

En supposant que le droit à l'usage et au profit des terres de réserve fasse partie des droits ancestraux et des droits issus des traités protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'adoption de dispositions législatives garantissant l'égalité des conjoints en ce qui concerne les biens immobiliers matrimoniaux contribuerait certainement à favoriser le respect du paragraphe 35(4), qui dispose :

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Lorsque les Premières nations ont négocié un traité ou une revendication territoriale globale qui prévoit qu'aucune modification ne peut être faite sans le consentement de la Première nation en cause, la Couronne devra d'abord obtenir ce consentement pour ne pas contrevenir à la clause exigeant ce consentement.

D'autres questions peuvent être soulevées, selon le contenu des éventuelles dispositions législatives. Il est pour le moment impossible de dire si d'autres facteurs pourraient rendre les incidences plus graves.

b) Modes de consultations possibles

Là encore, tout dépend des mesures législatives qui seront effectivement proposées et de la gravité de leurs incidences. Comme les solutions de rechange proposées jusqu'à maintenant étaient plutôt vagues et qu'on ignore tout du contenu des éventuelles mesures législatives fédérales proposées selon l'option 3, il conviendrait de mener des consultations au sujet du contenu éventuel des mesures législatives proposées. Les Premières nations ont le droit d'être consultées directement. L'obligation de consultation de la Couronne ne peut être déléguée à des tiers⁷.

Au strict minimum, on devrait mettre à la disposition de chacune des Premières nations et des organismes régionaux et nationaux des renseignements portant sur la substance des mesures législatives proposées, tant en langage technique qu'en langage clair et simple. Un bref questionnaire concernant les pratiques actuelles au sein de la communauté pourrait s'avérer utile, tant pour la cueillette de renseignements que pour aider les gens à se concentrer sur les véritables enjeux, mais il faudra prévoir aussi d'autres formes de rétroaction. Lorsqu'une Première nation demande des renseignements ou des explications complémentaires, il faut les lui fournir.

⁷ *Nation haïda c. Colombie-Britannique*, précité, par. 53.

Il faut prévoir des délais suffisants (au moins quelques mois) pour les consultations internes et fixer une date limite pour les réponses. Selon le moment de l'année, il peut être très difficile de convoquer une assemblée à bref délai, surtout dans les collectivités où une partie appréciable de la population risque d'être absente parce qu'elle participe à des activités de chasse, de pêche ou de piégeage. Il peut être utile de financer de petites rencontres régionales, de préférence à divers endroits dans chacune des provinces et des territoires, étant donné que bon nombre de Premières nations n'ont pas accès au genre d'aide technique et juridique dont elles peuvent avoir besoin pour déterminer comment réagir aux incidences possibles. Ce type de renseignements peut être communiqué lors de ces rencontres. Lorsque les rencontres sont trop grandes, on risque de perdre l'élément de la consultation « directe ».

Un engagement direct consistant à communiquer des renseignements sous une forme compréhensible, à expliquer les incidences éventuelles des mesures proposées sur les intérêts des Premières nations, à inviter activement celles-ci à formuler leurs préoccupations et leur donner suffisamment de temps pour répondre constituent des aspects essentiels de la consultation la plus minimale.

L'obligation en l'espèce comporte des éléments informationnels et des éléments de solution. Dans cette affaire, étant donné que la Couronne se propose de construire une route d'hiver relativement peu importante sur des terres *cédées* où les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise », j'estime que l'obligation de la Couronne se situe plutôt au bas du continuum. La Couronne devait aviser les Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux (et non, comme cela semble avoir été le cas en l'espèce, après coup lorsqu'une consultation publique générale a été tenue auprès des utilisateurs du parc). Ce dialogue aurait dû comporter la communication de renseignements sur le projet traitant des intérêts des Mikisew connus de la Couronne et de l'effet préjudiciable que le projet risquait d'avoir, selon elle, sur ces intérêts. La Couronne devait demander aux Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Mikisew. Elle n'a pas respecté cette obligation lorsqu'elle a déclaré unilatéralement que le tracé de la route serait déplacé de la réserve elle-même à une bande de terre à la limite de celle-ci. Sur ce point, je souscris à l'opinion exprimée par le juge Finch (maintenant Juge en chef de la C.-B.) dans *Halfway River Premières nations*, par. 159-160 :

[TRADUCTION] Ce n'est pas parce qu'on a donné un avis suffisant d'une décision envisagée qu'on a aussi respecté l'exigence de la consultation suffisante. L'obligation de consultation de la Couronne lui impose le devoir concret de veiller raisonnablement à ce que les Autochtones disposent en temps utile de toute l'information nécessaire pour avoir la possibilité d'exprimer leurs intérêts et leurs préoccupations, et de faire en sorte que leurs observations sont prises en considération avec sérieux et, lorsque c'est possible, sont intégrées d'une façon qui puisse se démontrer dans le plan d'action proposé. [Je souligne.] [Page 422.]

Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien) [2005] 3 R.C.S. 388, par. 64.

L'hypothèse suivant laquelle les incidences des mesures législatives proposées sur les BIM se situent au bas du continuum repose surtout sur le fait que la loi reconnaît la compétence des Premières nations et que les règles édictées par le gouvernement du Canada pourraient être supplantées par les lois adoptées par une Première nation. Si tel n'était pas le cas, les incidences seraient plus grandes et exigeraient des consultations plus poussées.

Le MAINC estime par ailleurs que toute solution doit se conformer aux droits de la personne au Canada, se conformer au droit constitutionnel canadien et être exécutoire. Bien qu'il soit peu probable que les tribunaux considèrent que ces conditions aient un effet préjudiciable, toute condition ou restriction supplémentaire touchant le contenu des lois adoptées par les Premières nations pourrait être perçue comme telle et exiger des consultations supplémentaires.

Conclusions

Incidences sur les droits immobiliers

L'application des règles de droit provincial sur les biens immobiliers matrimoniaux sous réserve de l'application des dispositions de la *Loi sur les indiens* en cas d'incompatibilité aura les incidences suivantes :

- créera de nombreuses situations dans lesquelles les règles de droit provincial ne s'appliqueront pas parce qu'elles sont incompatibles avec la *Loi sur les Indiens*, ce qui laisserait des lacunes dans les règles de droit applicables et ferait échec à l'objectif déclaré que visait le législateur en adoptant cette loi;
- se traduira par un traitement inégal des personnes ayant des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves selon la province en cause;
- se traduira par un traitement inégal entre les personnes ayant des biens immobiliers matrimoniaux dans une réserve et celles ayant des biens immobiliers matrimoniaux hors d'une réserve dans la même province.

Selon son contenu, l'adoption d'une loi fédérale de fond sur les biens immobiliers matrimoniaux pourrait :

- rendre le droit plus cohérent;
- favoriser l'égalité de traitement des personnes ayant des biens immobiliers matrimoniaux dans une réserve.

Questions se rapportant aux consultations

- Le gouvernement a l'obligation de consulter les Premières nations au sujet des mesures législatives qu'il se propose d'adopter en raison des droits collectifs des Premières nations dans les terres des réserves mises de côté à leur usage et profit.
- Comme les renseignements sont relativement vagues jusqu'à maintenant, surtout en ce qui concerne le contenu éventuel de la loi fédérale prévue à l'option 3, il faudra mener d'autres consultations au sujet du contenu éventuel des mesures législatives fédérales.
- Si la loi reconnaît aux Premières nations le droit de légiférer sur le sujet, les incidences seront considérées comme moins néfastes que si ce droit n'est pas reconnu. De plus, la taille de l'assiette territoriale de la réserve et les usages que l'on peut en faire ne changent pas. Selon le contenu des éventuelles mesures législatives, les incidences sur les droits collectifs des Premières nations à l'égard des terres sont susceptibles d'être minimales. La nature et la portée de l'obligation de consultation se situeront alors probablement à l'extrémité inférieure du continuum.
- Même à son niveau le plus minimal, l'obligation de consultation exige un engagement direct auprès des Premières nations. Cet engagement ne peut être délégué à des tiers.

Il reste plusieurs incertitudes en raison du fait que les options proposées sont encore vagues. J'espère néanmoins que la présente analyse vous sera utile. Si vous avez des questions ou si vous souhaitez que d'autres questions soient abordées, n'hésitez pas à communiquer avec moi.

Veillez agréer, Madame, l'expression de mes sentiments distingués.

Diane Soroka

LES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX ET LES PREMIÈRES NATIONS

Document présenté à la représentante ministérielle Wendy Grant-John
par Danalyn J. MacKinnon, avocate
26 février 2007

TABLE DES MATIÈRES

	Page
Introduction	1
Question 1	3
1. Principes culturels	3
2. Absence de cohérence dans la législation provinciale	7
<i>État matrimonial</i>	8
<i>Méthode de partage des biens</i>	9
a) Le partage des actifs	9
b) L'égalisation	9
<i>Cohésion législative</i>	11
3. Foyer conjugal	11
4. Évaluation	12
5. Redressements prévus par la common law	13
Recommandations relatives à la question 1	16
Question 2	18
Recommandations relatives à la question 2	21
Question 3	22
Recommandation relative à la question 3	23

INTRODUCTION

Dans chaque province et territoire au Canada, il existe un régime législatif qui vise à assurer le règlement équitable et ordonné des questions relatives aux biens lorsque des couples se séparent. La séparation et le divorce peuvent occasionner chez les parties un choc émotionnel considérable qui peut les empêcher de franchir de manière juste et raisonnable la dernière étape de leur relation. Les mesures législatives en la matière aident les couples à partager tant les avantages financiers que les responsabilités qui découlent de leur union et à obtenir un règlement définitif qui permettra à chacun d'entreprendre une nouvelle vie. Les couples des Premières nations peuvent se prévaloir des lois provinciales pour régler toutes les questions à l'exception du partage ou de la division des biens immobiliers, notamment les maisons et la terre, qui sont situés dans les réserves. Or, le foyer conjugal constitue souvent le principal actif du ménage.

Les « terres indiennes » relèvent de la compétence exclusive du gouvernement fédéral. Les lois provinciales ne peuvent pas régir la possession, la propriété, la disposition ni les intérêts financiers des conjoints en instance de séparation dans le foyer conjugal et la terre lorsque ces biens sont situés sur des terres de réserves. L'absence d'un régime permettant aux couples des Premières nations de régler les questions financières et les questions de propriété du foyer conjugal et des biens immobiliers matrimoniaux privent ceux-ci d'un accès légitime, dont bénéficient les autres Canadiens, à une procédure visant à assurer le règlement ordonné et prévisible des questions matrimoniales.

Pour remédier à l'absence d'une procédure applicable aux familles des Premières nations à cet égard, le gouvernement fédéral propose trois options législatives, résumées ci-dessous :

Première option

- adoption d'une loi fédérale pour incorporer pleinement les lois provinciales sur les biens matrimoniaux (à l'heure actuelle, les lois provinciales sur les biens matrimoniaux ne s'appliquent pas intégralement aux questions de biens immobiliers matrimoniaux);
- aucune modification visant à résoudre des questions telles que le pouvoir des Premières nations de légiférer en matière de biens immobiliers matrimoniaux;
- le droit provincial s'appliquerait jusqu'à ce que la *Loi sur la gestion des terres des Premières nations* ou un accord d'autonomie gouvernementale s'applique.

Deuxième option

- adoption d'une loi fédérale poursuivant deux buts :
- en premier lieu, à titre provisoire, la loi fédérale incorporerait pleinement les lois provinciales sur les biens matrimoniaux (de sorte que les questions

de biens immobiliers matrimoniaux seraient régies par le droit provincial jusqu'à ce qu'une Première nation édicte ses propres lois à cet égard);

- deuxièmement, la loi fédérale reconnaîtrait la compétence des Premières nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux;
- le droit provincial ne s'appliquerait plus à une Première nation à compter du moment où celle-ci aurait adopté ses propres mesures législatives sur les biens immobiliers matrimoniaux.

Troisième option

- adoption d'une loi fédérale poursuivant deux buts principaux :
- premièrement, cette loi établirait, à titre de mesure provisoire, des règles ou principes précis pour résoudre, sur le plan national, les questions de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves;
- deuxièmement, cette loi reconnaîtrait la compétence des Premières nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux;
- les principes édictés à titre provisoire par la loi fédérale ne s'appliqueraient plus à une Première nation à compter du moment où celle-ci aurait adopté ses propres mesures législatives sur les biens immobiliers matrimoniaux.

Le présent document propose d'examiner les répercussions juridiques de l'application projetée de la législation provinciale aux Premières nations. L'analyse de cette question est fondée en l'occurrence sur les trois questions suivantes :

1. Quels sont les enjeux juridiques particuliers liés à l'application aux Premières nations des lois provinciales en matière de biens immobiliers matrimoniaux, et quelles sont la nature et l'étendue d'une harmonisation possible des lois provinciales avec les besoins des Premières nations?
2. Compte tenu des différents types de droits fonciers dont les Premières nations sont titulaires, que ces droits soient ou non régis par la *Loi sur les Indiens*, quels problèmes ou préoccupations peut-on prévoir si les lois provinciales en matière de biens immobiliers matrimoniaux ou des recours de type provincial devaient s'appliquer aux terres des Premières nations?
3. Quelle incidence aurait l'application des régimes provinciaux sur la compétence des Premières nations et sur les droits ancestraux et droits issus de traités?

QUESTION 1

Quels sont les enjeux juridiques particuliers liés à l'application aux Premières nations des lois provinciales en matière de biens immobiliers matrimoniaux, et quelles sont la nature et l'étendue d'une harmonisation possible des lois provinciales avec les besoins des Premières nations?

Un certain nombre de facteurs compliqueraient l'application des lois provinciales en matière de biens immobiliers matrimoniaux et en feraient un choix peu judicieux. Ces facteurs consistent dans les différences culturelles entre les Premières nations et la population en général ainsi que dans l'absence de cohérence entre les provinces en ce qui a trait à l'application, à la terminologie et à la méthodologie des régimes relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux.

1. Principes culturels

Depuis l'Angleterre victorienne, la conception culturelle des capacités, du statut et du rôle respectif d'un mari et d'une femme dans le mariage ont forgé les droits légaux concernant la rupture de l'union conjugale. Au moment du mariage, mari et femme devenaient une seule personne au nom du principe de l'« unité », personne cependant formée de deux êtres différents et inégaux. On estimait les femmes trop hystériques et trop écervelées pour s'occuper d'argent et pour gérer des biens, et tout ce dont elles héritaient ou qu'elles gagnaient devenait la propriété de leur mari. Florence Fenwick Miller, l'une des toutes premières femmes britanniques à se qualifier pour exercer la médecine, a déclaré en 1890 :

[TRADUCTION]

Sous la férule de lois édictées exclusivement par des hommes, les femmes ont été réduites à la plus abjecte condition d'esclavage légal que l'on puisse imaginer pour des êtres humains [...] la domination arbitraire de la volonté d'autrui [...] ¹

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la *Infants and Child Custody Act* de 1839, la garde des enfants était attribuée aux hommes, quels que fussent les motifs du divorce. En 1870, la *Married Women's Property Act* a autorisé les femmes à conserver l'argent qu'elles gagnaient, leurs biens personnels ainsi que de petits montants d'argent, mais tout le reste appartenait à leur mari.

Au fil du temps, l'état d'inégalité réservé aux femmes et le portrait injuste qu'on brossait d'elles en droit de la famille ont disparu, grâce aux efforts acharnés des femmes. Il existe aujourd'hui des régimes de partage des biens axés sur le partenariat du mariage, l'égalité des conjoints et le partage égal de la richesse. Du fait que ces règles sont issues de sa propre expérience, le Canadien de la population en général les accepte.

¹ Helena Wojtczak, *Women's Status in Mid 19th Century England*, Angleterre, Hastingspress.

Dans bien des cultures des Premières nations, on ne partageait pas la perception anglaise de la femme et on accordait une place égale aux hommes et aux femmes dans la gouvernance et l'organisation sociale. L'application aux Premières nations de la conception anglaise de la femme, avec l'adoption de la *Loi sur les Indiens*, est entrée en conflit avec un grand nombre des régimes traditionnels de reconnaissance des droits en matière familiale au sein des Premières nations. La tentative pour faire marche arrière et mettre fin à la discrimination découlant de la *Loi sur les Indiens* par l'adoption de lois correctrices comme le projet de loi C31, s'est avérée un échec.

L'avènement des principes afférents à la propriété foncière tire aussi sa source de l'histoire d'Angleterre. L'octroi de terres, corollaire de la relation entre le seigneur féodal et son vassal, faisait foi d'une obligation morale et de l'existence d'un lien entre le concédant et le concessionnaire². L'évolution du droit anglais a fait en sorte que la possession de terres est devenue un indice de richesse et la marque d'un statut social qui comprenait le droit personnel de vendre, de donner, de grever et d'exploiter la terre. La terminologie encore employée aujourd'hui (fief simple, douaire) confirme l'origine féodale du droit contemporain des biens. Le droit est devenu un produit.

Dans un article intitulé « *Property as Ontology: On Aboriginal and English Understandings of Ownership* », Bradley Bryan suggère que la conception autochtone de la propriété [TRADUCTION] « comprendrait des notions comme la relation intuitive avec la nature ou des conceptions particulières du lien qui unit la collectivité au territoire [...] »³. Méditant sur le contraste entre les perceptions différentes de la terre, il écrit :

[TRADUCTION]

Pour nous, Occidentaux, ces quelques mots ne parviennent jamais à se faire l'écho fidèle de leur signification et de leur portée, parce que nous sommes habitués à percevoir terre et territoire en termes d'espace cartésien et à considérer la propriété sous l'angle de la valeur transactionnelle. La structure ontologique de la vie autochtone suppose nécessairement que la « propriété » en soi n'existe ni ne se matérialise jamais réellement, parce que leur rapport à ces notions tient d'un encadrement différent du nôtre. De même, nous n'avons pas l'aptitude de concevoir l'usage que nous faisons de la terre sous l'angle du climat, des rêves, des manifestations naturelles ou d'autres éléments clés de l'ontologie autochtone [...]»⁴

Les Premières nations ont amorcé un mouvement et un engagement graduels, qui n'ont toutefois jamais été complets, vers l'adhésion aux conceptions historiques de la propriété foncière ou de la société et de la famille propres à la société canadienne en général. À vrai dire, cette adhésion n'a pas semblé nécessaire, si ce n'est, comme on le suggère maintenant, pour la résolution des questions relatives aux biens matrimoniaux.

² Bradley Bryan, *Property as Ontology: On Aboriginal and English Understandings of Ownership*, (2000) 13 Can. J.L. & Juris. 3-31, paragraphe 18.

³ *Ibid.*, paragraphe 60.

⁴ *Ibid.*, paragraphe 61.

Lorsque l'on envisage l'application de lois provinciales de quelque nature que ce soit aux Premières nations, on peut se référer à des exemples où des lois provinciales en matière familiale ont été appliquées aux Premières nations, plus précisément dans le domaine de la protection de l'enfance.

À la suite des modifications à la *Loi sur les Indiens*, en 1951, l'article 88 permettait l'application du droit provincial sur la protection de l'enfance aux familles des Premières nations. Au fur et à mesure que l'intervention est devenue plus envahissante, le nombre d'enfants des Premières nations pris en charge a atteint des proportions inquiétantes. L'application de concepts non autochtones aux familles des Premières nations a mis en lumière la méconnaissance des concepts et des structures sociales des Premières nations.

Ainsi, la notion de famille, au sein des Premières nations, ne se limite pas à la famille nucléaire mais englobe un groupe de personnes plus étendu. Alors que du point de vue de la population en général, on pourrait définir la famille comme le noyau formé par le père, la mère et les enfants, les Premières nations considèrent que les cousins, les grands-parents, les tantes et les oncles ainsi que d'autres personnes peuvent tous faire partie de la « famille ». On s'est battu pour que cette notion fondamentale soit reconnue par les tribunaux et consignée dans les lois. Elle a eu des effets tangibles sur les cas concernant la garde d'enfants et le droit de comparaître.

Par exemple, en Ontario, la loi relative à la protection de l'enfance, en ce qui concerne les pupilles de la Couronne, a pour but l'« adoption » de l'enfant. Jusqu'à récemment, il était reconnu que l'adoption d'enfants sous le régime de la loi imposait qu'on refaçonne leur identité de façon à faire disparaître toute référence à leurs parents biologiques et à éliminer toute communication avec leur famille biologique.

Les soins coutumiers aux enfants, un processus auquel ont recours les Premières nations, respectent l'identité de l'enfant et intègrent celui-ci dans un milieu familial conformément à la tradition, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir le système judiciaire et les services sociaux. La famille et la collectivité offrent spontanément de prendre l'enfant en charge. C'est la méthode traditionnelle d'éducation et de soins aux enfants dans les Premières nations, suivant laquelle la famille élargie et la collectivité font partie du réseau de soutien de l'enfant. De récentes modifications à la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario traduisent la volonté de permettre la « communication » dans les adoptions ainsi que la reconnaissance d'accords en vue d'assurer des « soins conformes aux traditions ». Comme le fait remarquer l'article de M^{me} Cindy Baldassi :

[TRADUCTION]

Là réside l'ironie de la chose : l'évocation du fait que les régimes d'adoption prévus par la loi et l'adoption traditionnelle semblent converger. Désormais, les adoptions régies par la common law et par le droit civil font une place plus grande à la communication, alors même que certains aspects particuliers des adoptions traditionnelles perdent de l'importance [...] Les non-Autochtones endossent des

traditions autochtones comme celle de la communication, et ils en retirent souvent les bienfaits [...]»⁵

M^{me} Baldassi indique aussi que les Premières nations choisissent de retenir des concepts comme le critère de l'« intérêt supérieur de l'enfant » dans les affaires de garde d'enfant. M^{me} Tae Mee Park, qui a analysé l'application du critère de l'« intérêt supérieur » dans le cas des Premières nations⁶, soutient que l'interprétation donnée par les tribunaux à ce critère réduit l'importance de la race, de la culture et des liens biologiques. Elle s'appuie à cet égard sur des déclarations comme celle de la juge Wilson, qui a exposé dans l'arrêt *Racine c. Woods* :

À mon avis, lorsqu'il s'agit de décider de l'intérêt de l'enfant, l'importance de l'aspect culturel et de l'ascendance diminue avec le temps par rapport au lien parental. Plus le lien qui se développe avec les futurs parents adoptifs est étroit, plus le lien racial perd de l'importance.

Le droit provincial n'a jamais eu à examiner les concepts propres aux Premières nations dans le fonctionnement des lois provinciales en matière de biens immobiliers matrimoniaux. Les Premières nations ont de la terre et de la famille respectivement des conceptions traditionnelles intrinsèquement différentes de celles de la population en général. Comment incorporer ces valeurs dans le droit provincial? Quel avantage les provinces trouveraient-elles à entreprendre de modifier leurs lois pour permettre l'application des principes des Premières nations? Ce scénario n'est pas vraisemblable.

Il est plus probable que les lois provinciales seraient appliquées sans égard à la culture et aux valeurs des Premières nations. Comme nous l'avons constaté dans d'autres domaines du droit, la reconnaissance de la situation et des principes culturels différents des Premières nations ne serait acquise qu'au terme d'un long processus d'instances judiciaires. Par exemple, la notion de « patrimoine familial » inclut-elle les biens utilisés par toutes les personnes qui vivent dans la résidence familiale, y compris la famille élargie? Comment considérera-t-on les devoirs et obligations envers les membres de la famille qui ne font pas partie de la famille nucléaire pour ce qui est de la possession du foyer conjugal? Qu'en est-il des maisons et des biens qui remplissent une fonction communautaire?

Aux difficultés inhérentes à une telle proposition s'ajoute le fait que la législation provinciale et territoriale ne forme pas un ensemble cohérent et uniforme de règles législatives.

⁵ Cindy L. Baldassi, *The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada: Comparisons, Contrasts, and Convergences*, (2006) 39 U.B.C.L. Rev. 63-100, paragraphe 70.

⁶ Tae Mee Park, *In the Best Interests of the Aboriginal Child* (novembre 2003), 16 W.R.L.S.I. 43.

2. Absence de cohérence dans la législation provinciale

Les questions importantes qui découlent de la rupture d'une union consistent en la garde et la pension alimentaire des enfants, la pension versée au conjoint et le partage des actifs, notamment des biens immobiliers.

L'objectif des régimes concernant le partage des biens est exposé en ces termes dans le préambule de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario :

Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société et qui définissent d'autres obligations réciproques dans le cadre des rapports familiaux, y compris la participation équitable de chaque conjoint aux responsabilités parentales; Pour ces motifs [...]

Si les principes qui président à certains de ces objectifs sont les mêmes partout au pays, chaque province a néanmoins adopté des lois qui répondent à ses propres priorités, ce qui a donné lieu à des différences appréciables entre les lois des différentes provinces.

État matrimonial

L'union matrimoniale s'entend de la cérémonie ou de l'état du mariage⁷. Les biens « matrimoniaux » sont les biens que possède un couple marié. De fait, il est arrivé que des tribunaux refusent d'appliquer les redressements prévus par la loi lorsque l'union en cause ne répondait pas aux critères de validité du mariage⁸. La *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario énonce la définition suivante de « conjoint », pour l'application des droits relatifs à la propriété :

1. (1) « conjoint » L'une ou l'autre de deux personnes qui, selon le cas :
 - a) sont mariées ensemble;
 - b) ont contracté, de bonne foi selon toute personne qui se fonde sur le présent alinéa pour faire valoir un droit quel qu'il soit, un mariage nul de nullité relative ou absolue.

Certaines lois provinciales définissent « conjoints » comme [TRADUCTION] « un homme et une femmes » qui sont mariés⁹.

Bien que certaines provinces aient adopté des mesures législatives pour inclure les couples en union libre ou institué un régime distinct portant sur les unions de fait, dans

⁷ Traduction que donne le dictionnaire Oxford du terme « matrimony ».

⁸ *Reaney c. Reaney* (1990), 28 R.F.L. (3d) 52 (H.C. Ont.).

⁹ Voir par exemple l'alinéa 1(1)g) de la *Family Law Act* de l'Île-du-Prince-Édouard.

plusieurs provinces, dont l'Ontario, les avantages du « règlement ordonné et équitable » des questions de propriété sont réservés aux couples mariés. De ce fait, les couples non mariés ont dû demander aux tribunaux d'accorder des réparations en equity pour réaliser un juste partage des biens. Le principe sous-jacent à la distinction entre les couples en union libre et les couples mariés a été expliqué par le juge Gonthier de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh* :

C'est par choix que les couples mariés s'assujettissent aux obligations du mariage. Lorsque les époux entreprennent un tel projet de vie, ils s'engagent à respecter les conséquences et les obligations qui découlent de leur choix. Le choix de s'assujettir à ces obligations et de s'engager pour la vie sous-tend et rend légitime le système d'avantages et d'obligations liés au mariage en général et, en particulier, ceux qui sont liés aux biens matrimoniaux. Accepter la prétention de l'intimée Walsh – c'est-à-dire étendre la présomption de partage égal des biens matrimoniaux aux unions de fait – serait une intrusion dans des choix de vie très personnels et très intimes par l'imposition d'un système d'obligations à des personnes qui n'y ont jamais consenti. En réalité, présumer que des conjoints de fait désirent être tenus aux mêmes obligations que des conjoints mariés va à l'encontre du choix qu'ils ont fait de vivre dans une union de fait exempte des obligations du mariage¹⁰.

Il semble y avoir un mouvement favorable à l'adoption de mesures législatives permettant de régler les questions de propriété tant pour les couples en union de fait et les couples mariés que pour les couples de même sexe, mais de tels changements prennent du temps et sur cette question d'une très grande importance, la législation provinciale n'est pas uniforme.

Méthode de partage des biens

Autrefois, le droit de propriété était le facteur déterminant dans le partage des biens entre époux qui se séparaient. Comme la norme culturelle commandait que les biens soient détenus au nom du mari à titre de chef du ménage, cette pratique généralisée donnait lieu à des injustices au moment de la séparation.

Dans l'importante affaire *Murdoch c. Murdoch*¹¹, les fermes d'élevage que possédait le couple marié étaient la propriété du mari. Se fondant à la fois sur sa contribution à l'acquisition des actifs et sur le mariage, l'épouse a revendiqué la moitié de l'intérêt dans trois quarts-de-section de terrain et dans d'autres actifs en alléguant l'existence d'une fiducie par déduction ou d'une fiducie par interprétation. Les faits prouvaient que l'épouse avait contribué, tant par son travail physique que par sa participation financière, aux propriétés que le couple avait successivement acquises. La Cour à la majorité a statué que la preuve ne révélait pas l'existence d'une intention commune de partager l'intérêt bénéficiaire ou la propriété des biens, et elle a rejeté les demandes de l'épouse.

¹⁰ *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, paragraphe 201 (C.S.C.).

¹¹ [1975] 1 R.C.S. 423.

L'injustice de la situation envers l'épouse dans cette affaire a donné l'impulsion au mouvement en vue de mettre en oeuvre des mesures législatives particulièrement destinées à corriger l'iniquité d'un régime de partage fondé essentiellement sur la propriété. Partout au Canada, les lois portant sur les biens matrimoniaux créent une présomption selon laquelle les époux forment un partenariat à contribution égale et les conjoints ont l'intention commune de partager les bénéfices, y compris les bénéfices financiers, accrus durant leur mariage.

Le processus de partage de ces intérêts varie d'une province à l'autre, mais on peut dire qu'il suit l'une de deux méthodologies de base, cependant différentes l'une de l'autre : le partage des actifs ou l'égalisation.

a) Le partage des actifs

Dans cette méthode, certains actifs sont qualifiés d'actifs « familiaux » pour les besoins du partage. La loi de la Colombie-Britannique, par exemple, définit les actifs familiaux comme étant [TRADUCTION] « les biens dont l'un ou l'autre conjoint ou les deux sont propriétaires et qui sont couramment utilisés par un conjoint ou un enfant mineur de l'un ou l'autre conjoint à des fins familiales [...] ». Une grande partie des litiges concernant cette loi et d'autres lois semblables portent sur la définition d'actif familial. Dans la loi de la Colombie-Britannique, les actifs commerciaux sont exclus à moins qu'une contribution directe soit prouvée. Tous les actifs ne sont donc pas inclus dans le calcul.

Il existe une présomption selon laquelle chaque conjoint est propriétaire d'un intérêt égal à une moitié indivise de tout actif qui se qualifie à titre d'actif familial. Cette présomption confère au conjoint les avantages afférents à la propriété – le droit de vendre ou d'utiliser l'actif. Tout propriétaire doit assumer l'augmentation ou la diminution de la valeur de l'actif. Un conjoint qui souhaite conserver l'actif doit racheter la portion de l'autre conjoint. S'il n'y a pas d'achat, le tribunal peut ordonner des transferts de propriété en contrepartie d'une ordonnance d'indemnisation.

Cette approche est différente à divers égards de celle prévue dans la loi ontarienne. Celle-ci ne confère pas le droit de propriété par effet de la loi. Elle décrète que le propriétaire d'un actif doit verser un paiement établi en fonction de la « valeur » de l'actif, mais elle n'en modifie pas la propriété. En Ontario, tous les actifs des parties sont inclus dans les calculs d'égalisation.

b) L'égalisation

Dans cette méthode, chaque conjoint dresse la liste des actifs dont il ou elle est propriétaire à la date de la séparation ainsi que la valeur de chaque actif. Sont déduites du calcul les dettes du conjoint à la date de la séparation, les actifs (autres que le foyer conjugal) qu'il ou elle possédait à la date du mariage, les héritages et les cadeaux offerts par des tiers. L'objectif est de tenter d'établir la valeur nette des biens de chaque conjoint au terme du mariage. Après calcul des déductions, un montant de « biens familiaux nets »

est déterminé pour chaque conjoint. Le conjoint dont le montant des biens familiaux nets est le plus élevé paie à l'autre conjoint un montant égal à la moitié de la différence, de sorte que chacun, au terme de l'union, dispose d'un montant égal. Voici un exemple :

Exemple d'égalisation

Actifs	Époux	Épouse
Biens locatifs	225 000 \$	
Contenu de la maison	10 000 \$	
Jeep 1996		9 000 \$
Tundra 2003	42 000 \$	
Vieux camion	2 000 \$	
Pension	2 723 \$	
Pension		36 000 \$
Motoneige 2001	4 000 \$	
Remorque	250 \$	
Tracteur de manœuvre et équipement	2 000 \$	
Outils de garage	5 000 \$	
Compte de la caisse populaire	1 300 \$	
Total des actifs	294 273 \$	45 000 \$
Dettes		
Hypothèque	167 890 \$	
Emprunt	20 444 \$	
Carte de crédit		2 000 \$
Total des dettes	188 334 \$	2 000 \$
Biens familiaux nets	105 939 \$	43 000 \$

$$105\,939 \$ + 43\,000 \$ = 148\,939 \$$$

$$148\,939 \$ \times 0,5 = 74\,469,50 - 43\,000 \$ = 31\,469,50 \$ \text{ (somme que l'époux doit verser à l'épouse)}$$

L'époux aura le droit de conserver ses actifs, mais il devra payer 31 469,50 \$ à l'épouse de façon à porter à 74 469,50 \$ les avoirs de celle-ci au terme du mariage, et à ramener ceux de l'époux au même montant. Cette méthode de règlement quant aux biens ne change pas le droit de propriété. En fait, il n'est pas avantageux pour une partie de revendiquer la propriété des biens en litige, puisque l'époux propriétaire devra payer à l'autre la moitié de la valeur de ces biens.

Bien que chacune des deux méthodes de règlement relatif aux biens immobiliers matrimoniaux puisse donner lieu en dernier ressort à un partage semblable, le processus qui conduit au montant final peut, selon le cas, avoir ou non une incidence sur la « propriété ». Il importe de signaler que dans presque tous les régimes relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux, l'ensemble des actifs est inclus dans l'évaluation en vue du partage, et non seulement le foyer conjugal. La résidence est comprise dans l'évaluation des obligations financières et du partage, mais les autres actifs et les autres dettes en font aussi partie. Si un époux a 100 000 \$ dans son compte bancaire et que le foyer conjugal vaut 100 000 \$, serait-il équitable d'exiger que l'épouse partage la valeur de la résidence avec son conjoint sans que celui-ci doive à son tour partager la valeur de ses économies?

Un actif particulier fait l'objet d'un traitement différent : le foyer conjugal.

Cohésion législative

Dans certaines provinces, les mesures législatives relatives aux biens immobiliers matrimoniaux sont incluses dans une loi qui traite aussi des autres recours en droit de la famille : la garde des enfants, les droits de visite, la pension alimentaire et la possession exclusive. Ces diverses questions du droit de la famille sont interreliées. La garde des enfants peut avoir des répercussions sur la décision de rendre une ordonnance de possession exclusive. La pension alimentaire peut se rattacher au paiement d'une dette hypothécaire. On trouve souvent des renvois d'une loi à l'autre.

En Ontario, la *Loi sur le droit de la famille* traite des questions de soutien financier et des questions relatives aux biens, mais les dispositions portant sur les droits de garde et de visite se trouvent dans la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*. La *Loi sur le partage des biens-fonds* prévoit les recours des propriétaires. Ainsi, des propriétaires conjoints peuvent prendre des mesures pour mettre un terme à leur tenance, vendre la propriété et partager le produit de la vente. La *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers* établit les règles relatives à l'enregistrement des biens réels.

Non seulement chaque province a-t-elle édicté ses propres dispositions traitant précisément de biens immobiliers matrimoniaux, mais d'autres mesures législatives ont des répercussions sur la loi traitant de cette question et s'y rattachent. La question de savoir si les dispositions relatives aux biens immobiliers matrimoniaux peuvent s'appliquer seules dans une situation donnée dépend de l'interdépendance des lois dans chaque province. L'application d'une loi peut faire entrer d'autres lois en ligne de compte lorsqu'il est question de terres.

3. Foyer conjugal

En Ontario, le « foyer conjugal » est défini comme suit : « Le bien sur lequel une personne a un droit et qui est ou, si les conjoints sont séparés, était ordinairement occupé au moment de la séparation par cette personne et son conjoint à titre de résidence

familiale constitue leur foyer conjugal »¹². La loi ajoute qu'il peut y avoir plus d'un « foyer conjugal ».

En vertu du paragraphe 19(1), chaque conjoint a le droit à la possession du foyer conjugal. Cette mesure ne donne pas naissance à un intérêt dans le bien. Ce droit de possession est un droit personnel, non un droit réel opposable aux créanciers¹³. En Ontario, il existe évidemment une protection accrue, du fait que le bien peut être désigné comme un bien matrimonial dans le titre de propriété et ne peut être cédé sans le consentement du conjoint.

En outre, la définition de la loi ontarienne n'exclut pas que des biens loués puissent constituer un « foyer conjugal ». Aussi un appartement peut-il faire l'objet d'une ordonnance de possession exclusive même lorsque le bail est établi au nom d'un seul conjoint.

Chaque province édicte des mesures particulières concernant la résidence des conjoints, mais désigne celle-ci différemment. Par exemple, la *Loi sur les biens familiaux* du Manitoba s'applique aux conjoints dont le lieu de « résidence habituelle » se trouve au Manitoba, et le « foyer familial » est le bien occupé à titre de résidence familiale. Au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur les biens matrimoniaux* prévoit que le foyer matrimonial consiste dans « les biens qu'une personne et son conjoint occupent ou ont occupé en tant que résidence familiale ».

4. Évaluation

Tous les régimes concernant les biens immobiliers matrimoniaux requièrent une évaluation des actifs. Pour les Premières nations, l'évaluation des actifs matrimoniaux pose un problème épineux. Il existe diverses formules d'évaluation.

Habituellement, la valeur d'une résidence et du terrain doit être celle de la « juste valeur marchande », qui équivaut au prix qu'on pourrait en obtenir en la vendant. Cette équation suppose qu'il existe un marché et qu'une vente puisse permettre de réaliser la valeur nette de la propriété. Or, en général, en ce qui a trait aux terres des Premières nations, il n'est possible de céder que le droit de possession détenu au titre d'un certificat de possession. En région urbaine, il peut être possible de faire procéder à une évaluation basée sur la valeur des propriétés avoisinantes situées hors réserve. Cependant, une telle évaluation est-elle équitable si la propriété située dans la réserve ne peut pas être vendue?

Une autre méthode d'évaluation, la méthode de remplacement, consiste à établir le coût de remplacement de la résidence. On peut recourir à une évaluation du coût de la construction initiale. Toutefois, dans les secteurs éloignés ou les zones rurales, le coût de construction d'un « logement social » peut être plus élevé que toute valeur qu'on peut raisonnablement lui attribuer.

¹² *Loi sur le droit de la famille*, paragraphe 18(1).

¹³ *Royal Bank c. King* (1991) 35 R.F.L. (3d) 325 (Div. Gén. Ont.).

Le but de l'évaluation est de faire en sorte que le conjoint qui conserve la propriété en paiera la moitié de la valeur à son conjoint partenaire ou achètera la moitié de la propriété, si elle appartient à l'autre conjoint. Il se peut que, dans de nombreuses situations, aucune valeur ne puisse être attribuée au foyer conjugal.

5. Redressements prévus par la common law

Dans le passé, l'inexistence d'un régime de biens immobiliers matrimoniaux applicable aux couples mariés ou aux conjoints de fait a entraîné l'application de redressements juridiques mis au point dans d'autres domaines du droit, pour permettre de parvenir à des règlements plus équitables.

Les formes de redressement les plus courantes sont la fiducie par interprétation et la fiducie par déduction.

Dans l'affaire *Pettkus c. Becker*¹⁴, la conjointe de fait, au terme d'une union qui a duré près de 21 ans, a réclamé compensation pour son labeur dans l'exploitation apicole de son conjoint. M^{me} Becker avait subvenu aux besoins de son conjoint durant 5 ans et travaillé à la ferme durant 14 ans. Le juge Dickson a fait observer, au sujet de la fiducie par interprétation :

Le principe de l'enrichissement sans cause est au cœur de la fiducie par interprétation. « L'enrichissement sans cause » a joué un rôle dans la doctrine juridique anglo-américaine pendant des siècles. Dans l'arrêt *Moses v. Macferlan* [(1760) 2 Burr. 1005] lord Mansfield s'est exprimé comme suit : [TRADUCTION] « ... le motif principal de cette action est que le défendeur est obligé en vertu des règles de justice naturelle et d'equity de rembourser l'argent »¹⁵.

Se prononçant en faveur de M^{me} Becker, le juge Dickson a affirmé :

Selon ces faits, les deux premières exigences énoncées dans l'arrêt *Rathwell* ont été bien remplies : M. Pettkus a bénéficié pendant dix-neuf ans d'un labeur non rémunéré alors que Mlle Becker a reçu peu ou rien en retour. Quant à la troisième condition, je suis d'avis que lorsqu'une personne, liée à une autre dans une relation qui équivaut à une union conjugale, se cause un préjudice dans l'expectative raisonnable de recevoir un droit de propriété et que l'autre personne accepte librement les avantages que lui procure la première, alors qu'elle connaît ou devrait connaître cette expectative raisonnable, il serait injuste de permettre au bénéficiaire de conserver cet avantage¹⁶.

¹⁴ *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834 (C.S.C.).

¹⁵ *Ibid.*, p. 9 (QL).

¹⁶ *Ibid.*, p. 10 (QL).

Lorsque le tribunal constate l'existence d'un avantage pour une partie et d'une privation correspondante pour une autre, sans justification juridique pour expliquer la situation, l'enrichissement sans cause, dans de telles circonstances, peut contraindre le tribunal à conclure à l'existence d'une fiducie par interprétation et à accorder la propriété d'une portion du bien à la partie qui en est frustrée.

Ce redressement en equity comporte toutefois des inconvénients. La preuve, dans les instances où l'on recherche un tel redressement, peut consister en une récitation fastidieuse de tâches domestiques et d'améliorations au ménage. L'idée selon laquelle il doit exister un lien direct entre le travail et le bien lui-même s'est quelque peu estompée.

Dans l'arrêt *Walsh*, le juge Bastarache décrit les progrès réalisés à l'égard de ces demandes :

Depuis l'arrêt *Murdoch*, la Cour suprême a fait de grand pas en vue de reconnaître l'enrichissement sans cause dans des cas de dissolution d'unions de fait. La Cour est venue en aide à ces justiciables en reconnaissant, par exemple, que l'exécution de travaux domestiques pouvait équivaloir à l'octroi d'un avantage important à la première étape menant à l'enrichissement sans cause : voir *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38. La Cour a également facilité la tâche aux parties ayant franchi la première étape (l'octroi d'un avantage), qui doivent prouver l'existence d'un appauvrissement correspondant. À la page 45 de l'arrêt *Sorochan*, la Cour souligne qu'il n'y a aucune difficulté à considérer comme un appauvrissement la contribution sans compensation du travail d'un conjoint, caractéristique de la plupart des unions. Pour la troisième étape, la Cour a également réduit le fardeau du demandeur en rattachant l'absence de motif juridique sous-tendant l'enrichissement et l'appauvrissement à l'absence d'obligation, de la part du conjoint qui a contribué, de fournir les services et travaux effectués pendant la durée de l'union : *Sorochan*, précité, p. 46. L'arrêt *Peter*, précité, p. 1018, précise même que la prestation de services crée en soi une présomption qu'ils ont été fournis dans l'attente d'une contrepartie.

Dans une fiducie par déduction, il existe une intention commune, expresse ou implicite, qu'une personne détienne un bien en fiducie pour une autre personne. Cette fiducie sera mise en preuve au moment de la cession ou de l'achat du bien. Dans l'affaire ontarienne *Berdette c. Berdette*¹⁷, l'épouse avait acheté la résidence servant de foyer conjugal et une résidence secondaire en son nom propre et en celui de son mari, conjointement. Elle a revendiqué la propriété exclusive des actifs, soutenant que la portion de son mari était détenue en fiducie pour elle. Le mari a réussi à réfuter cette prétention en se fondant sur le geste de l'épouse, qui lui avait fait cadeau d'un intérêt dans les biens et lui avait permis d'être un tenant conjoint.

¹⁷ *Berdette c. Berdette* (1991), 3 O.R. (3d) 513.

L'importance de cette analyse du droit de propriété se manifeste le plus souvent dans les affaires matrimoniales où survient, après la séparation, une augmentation de la valeur de l'actif. Dans ces cas, le conjoint préfère être propriétaire que de se contenter de recevoir un paiement d'égalisation.

Les dispositions de la *Loi sur le droit de la Famille* de l'Ontario n'empêchent pas nécessairement l'application de redressements prévus dans d'autres lois. De fait, il existe, dans diverses lois, d'autres redressements susceptibles d'ajouter aux mesures législatives relatives aux biens immobiliers matrimoniaux. Comme l'a souligné le juge Feldman dans l'arrêt *Stone c. Stone*¹⁸ :

[TRADUCTION] Je suis convaincu que, comme pour la fiducie par interprétation, la *Loi sur le droit de la famille* n'exclut pas l'application d'autres recours en droit ou en equity prévus dans une loi ou dans la common law en matière de droit de propriété, notamment dans la *Loi sur les cessions en fraude des droits des créanciers*. Il est vrai que le législateur n'a pas élargi la *Loi sur le droit de la famille*, comme le proposait le rapport de 1993 sur le droit de la famille de la Commission de réforme du droit de l'Ontario [voir la note 5 à la fin du document], de façon à énoncer dans la loi même ce en quoi consiste l'aliénation frauduleuse d'un bien par un conjoint durant la vie commune, aliénation réalisée dans le but de faire échec aux intérêts potentiels de l'autre conjoint et qui, dès lors, peut être annulée. Toutefois, lorsqu'il ressort des faits que la *Loi sur les cessions en fraude des droits des créanciers* peut s'appliquer, rien dans la *Loi sur le droit de la famille* n'empêche le recours à la *Loi sur les cessions en fraude des droits des créanciers* dans le processus visant à déterminer la valeur des biens familiaux nets de chaque conjoint à la date d'évaluation pertinente.

Ces redressements en equity sont parfois appliqués directement dans les affaires mettant en cause des biens matrimoniaux, ou sont incorporés dans la loi par les mesures législatives traitant des biens immobiliers matrimoniaux, bien souvent avec l'intention que les lois soient appliquées de façon juste et équitable.

Dans les provinces où les mesures législatives concernant les biens immobiliers matrimoniaux ne s'appliquent pas aux unions de fait, les redressements en equity constituent jusqu'à maintenant le seul recours permettant d'assurer un partage juste et ordonné des actifs familiaux.

RECOMMANDATIONS RELATIVES À LA QUESTION 1

Assujettir les « terres indiennes » à l'éventail des mesures législatives qui existent partout au Canada en matière de biens immobiliers matrimoniaux constituerait manifestement un véritable casse-tête.

¹⁸ *Stone c. Stone*, [2001] O.J. n° 3282 (C.A. Ont.), paragraphe 44.

À titre de terres de réserve, les terres indiennes partagent certaines caractéristiques. Ces terres, et tout intérêt dans ces terres, proviennent d'une même source. Les gens qui y vivent ont en commun une histoire semblable, une culture semblable et une conception semblable de la famille et de la terre. Dans l'ensemble, les terres appartiennent au même propriétaire, la Couronne fédérale, qui a sur elles un droit acquis, et qui a une obligation fiduciaire envers les gens et la terre elle-même. À moins de changement dans la structure de ces obligations, il conviendrait de n'envisager qu'un seul régime de biens immobiliers matrimoniaux pour répondre aux besoins des peuples des Premières nations. Une loi distincte portant sur les biens immobiliers matrimoniaux des Premières nations devrait être adoptée.

Il n'y a eu aucune tentative en vue d'harmoniser entre elles les lois des diverses provinces en matière de biens immobiliers matrimoniaux. Quant à harmoniser les lois provinciales avec les intérêts des Premières nations, un tel projet ne peut même pas s'appuyer sur l'histoire et les principes de base communs aux différentes provinces.

Tous les couples en instance de séparation doivent avoir un certain degré de certitude, et la perspective que plusieurs régimes différents concernant les biens immobiliers matrimoniaux puissent s'appliquer à leur situation les dissuaderait de solliciter un redressement. Par exemple, un couple qui vit en Saskatchewan depuis quatre ans peut avoir sa résidence habituelle dans cette province pour y poursuivre des études tout en ayant une résidence familiale au sein de sa Première nation en Colombie-Britannique. Quelle loi provinciale s'appliquera?

Les lois provinciales peuvent nous enseigner beaucoup, et il est possible de les adapter. Le droit sur les biens immobiliers matrimoniaux des Premières nations pourrait s'inspirer des principes du droit provincial, notamment en ce qui concerne :

- a) les couples mariés, les couples vivant en union de fait et les couples de même sexe;
- b) l'approche de l'égalisation pour régler les questions relatives aux biens;
- c) une méthode d'évaluation adaptée à la situation de chacune des Premières nations;
- d) l'applicabilité des redressements en equity prévus dans la common law;
- e) un bureau d'enregistrement permettant l'enregistrement des droits fonciers;
- f) un droit de possession immédiate urgente dans certaines circonstances.

Les conjoints choisiraient l'organisme responsable d'appliquer le régime des biens immobiliers matrimoniaux et de trancher leur cas, et pourraient avoir recours, par exemple, à une procédure au sein de la tribu ou de la Première nation, à un processus de mode alternatif de règlement des conflits ou aux tribunaux. Il est essentiel que les décisions statuant sur ces questions soient assujetties aux traditions et aux lois des Premières nations. Le processus de règlement afférent aux biens immobiliers matrimoniaux doit avoir une légitimité, et cette légitimité découle de la reconnaissance par les Premières nations d'un régime ancré dans leur propre culture.

QUESTION 2

Compte tenu des différents types de droits fonciers dont les Premières nations sont titulaires, que ces droits soient ou non régis par la *Loi sur les Indiens*, quels problèmes ou préoccupations peut-on prévoir si les lois provinciales en matière de biens immobiliers matrimoniaux ou des recours de type provincial devaient s'appliquer aux terres des Premières nations?

Chaque province possède son propre régime d'enregistrement foncier. En Ontario, le régime d'enregistrement des titres fonciers est accessible sous forme électronique. La plupart des terres sont d'abord octroyées par concession de la Couronne, puis sont transmises d'un propriétaire à l'autre successivement. L'énoncé de la concession initiale par la Couronne comprend la description du bien et les restrictions au fief simple. Les restrictions peuvent inclure les droits miniers et les droits de coupe, que la Couronne conserve. La terre est désignée sous le nom de « parcelle ».

Les propriétés résidentielles sont habituellement détenues en tenance conjointe ou à titre de tenants communs. Sous le régime de la tenance conjointe, au décès d'un des propriétaires, le propriétaire survivant devient immédiatement propriétaire unique en fief simple de la terre. Les tenants communs, pour leur part, détiennent un pourcentage de la terre. Les propriétaires peuvent léguer la propriété à un héritier, grever leur portion et s'en servir comme d'un actif. Par exemple, il arrive souvent, dans le cas de résidences secondaires, que plusieurs frères et sœurs possèdent chacun un pourcentage de la propriété. Bien que la terre puisse être clairement délimitée par sa description, le droit détenu n'est habituellement décrit par aucun paramètre tangible ou réel. Il est donc difficile de le vendre sur le marché.

Les appartements en copropriété sont vendus à titre d'unités résidentielles. Ces unités sont aussi enregistrées au bureau d'enregistrement des titres fonciers. Pour pouvoir acheter une unité de ce genre, il faut accepter d'être lié par la convention générale des propriétaires de l'immeuble, qui établit les règles de l'immeuble et notamment les frais afférents aux aires communes.

Les registres parcellaires archivent les transactions relatives à la terre, y compris les hypothèques et les autres charges grevant le bien.

Tous les régimes provinciaux tiennent ces registres, qui :

- a) identifient le ou les propriétaires de la parcelle;
- b) indiquent le type de droit de propriété;
- c) établissent les paramètres physiques de la terre et les droits y afférents;
- d) énumèrent les privilèges et les charges qui grevent la terre.

Les droits de propriété comprennent l'aliénabilité de la terre.

Les différents types d'intérêts fonciers que peuvent actuellement détenir à titre individuel les membres des Premières nations comprennent les droits suivants :

- a) Certificat de possession – Ce certificat, délivré en vertu de la *Loi sur les Indiens*, atteste le droit d'une personne d'utiliser et d'occuper une partie d'une terre de réserve. Une fois attribué et approuvé par le conseil de la bande et par le ministre, il ne peut être annulé facilement. Le certificat de possession est enregistré dans le Registre des terres indiennes et peut être vendu, transféré ou légué à un autre membre de la bande. Il peut être détenu à titre conjoint ou à titre de tenants communs. Il fait foi de la possession légale.
- b) Certificat d'occupation – Ce titre atteste un droit temporaire, accordé pour une période allant jusqu'à deux ans, d'occuper une terre dans une réserve, mais l'intérêt qu'il confère ne comprend pas les droits que comporte le certificat de possession.
- c) Possession sous cardex – Dans le passé, ces intérêts étaient créés et approuvés par la bande et le ministre. Ils sont considérés comme une possession légale, mais les descriptions physiques sont souvent inexactes ou vagues.
- d) Avis de droit de possession – Comme dans le cas de la possession sous cardex, il atteste un intérêt légal pour lequel aucun titre n'a été délivré; la description est vague.
- e) Billet de location – Ce titre se rapporte au régime antérieur de la *Loi sur les Indiens*; il a été remplacé par le certificat de possession.
- f) Attribution coutumière – Certains des intérêts ainsi conférés ont été enregistrés. Une attribution coutumière octroyée par un conseil de bande peut être considérée comme une possession légale si le ministre y a donné son consentement tacite ou exprès. Selon certaines traditions, le conseil de bande procède aux attributions coutumières sans demander l'approbation ministérielle, et le ministre considère que ces attributions ne confèrent pas un droit légal.
- g) Terres régies par l'article 22 – Il s'agit de terres possédées légalement qui étaient en la possession d'un membre d'une Première nation avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur les Indiens*.
- h) Terres désignées – Il s'agit de terres qui ont été cédées par la bande et dans lesquelles des particuliers peuvent avoir des intérêts.
- i) Résidences situées sur des terres appartenant à une bande – Les membres d'une bande peuvent ériger une construction sur une terre non attribuée qui appartient à la bande.
- j) Conventions de logement – Ces conventions peuvent présenter diverses possibilités :
 - i) un membre d'une bande loue du conseil de bande une résidence qui lui est attribuée;
 - ii) la bande construit une maison pour un membre titulaire d'un certificat de possession, lequel certificat est grevé jusqu'à ce que l'hypothèque soit payée, ou pour un membre qui obtiendra le certificat de possession lorsque la charge grevant l'immeuble sera payée;

- iii) un membre se fait construire une maison par la bande sur une terre d'attribution coutumière, et il accepte de se voir confisquer ses droits s'il ne paie pas la charge grevant l'immeuble.

Ces catégories d'intérêts fonciers sont :

- a) de nature possessoire;
- b) établis en grande partie avec le consentement de la bande ou celui du ministre, ou avec le consentement de l'un et l'autre;
- c) souvent non susceptibles d'être identifiés par une description technique ou un arpentage;
- d) habituellement détenus exclusivement par des membres d'une bande.

Les intérêts fonciers enregistrés dans le Registre des terres indiennes sont variés; ces intérêts se distinguent en ce que certains jouissent d'un statut « légal », alors que d'autres ont un statut inconsistant.

En principe, la plupart des régimes provinciaux d'enregistrement des titres fonciers disposent d'une méthode pour l'enregistrement des intérêts possessoires, par opposition au droit de propriété. De plus, l'enregistrement des unités résidentielles comme les appartements en copropriété englobe les conventions sur l'usage des lieux et les aires communes. Il est possible d'imaginer un régime d'enregistrement destiné au logement dans les réserves qui comporte l'enregistrement d'une convention intervenue entre le particulier et la bande relativement à l'usage, aux droits et aux obligations.

Les problèmes liés à l'application des lois provinciales en matière de biens immobiliers matrimoniaux au régime de droits fonciers des Premières nations seraient considérables. Il n'y a pas d'uniformité entre les différents régimes d'enregistrement des droits fonciers au Canada. Chacun des régimes provinciaux devrait être adapté pour tenir compte de la série de droits fonciers propres aux Premières nations. La solution de rechange serait que les bureaux d'enregistrement provinciaux exigent la conformité avec certaines caractéristiques des terres provinciales. Là réside le problème.

Les terres des réserves appartiennent à la Couronne. Les bandes ne peuvent pas accorder le droit de propriété aux membres titulaires d'attributions foncières, puisque la bande n'est pas propriétaire des terres. Si l'on changeait cette particularité afin de se conformer aux régimes provinciaux, la nature communautaire de la terre pourrait disparaître. Les terres des Premières nations seraient morcelées et aliénables et elles seraient traitées comme n'importe quelle autre terre sous contrôle provincial.

Sans droit de propriété, les régimes de biens immobiliers matrimoniaux de plusieurs provinces ne pourraient pas s'appliquer aux terres des Premières nations.

RECOMMANDATIONS RELATIVES À LA QUESTION 2

Le Registre des terres indiennes peut lui-même devenir un régime d'enregistrement foncier satisfaisant. Cette solution serait préférable, puisque les obligations fiduciaires du gouvernement fédéral envers les Indiens devraient s'appliquer aux transactions concernant les terres indiennes. Elle peut être réalisée par la mise en œuvre de certaines mesures :

- a) tous les intérêts fonciers détenus légalement et attributions coutumières devraient être enregistrés dans une même catégorie;
- b) tous les intérêts afférents à une habitation et intérêts locatifs devraient être enregistrés dans une seconde catégorie.

Il faudra faire en sorte que tous les intérêts détenus légalement puissent être identifiés par une description (arpentages) et puissent être transférés, légués et grevés avec le consentement de la bande ou par ordonnance judiciaire. Tous les titulaires d'intérêts légaux auraient les mêmes droits. Bien qu'il existe un très grand nombre de modes de possession d'intérêts fonciers prévus ou non dans la *Loi sur les Indiens*, l'enregistrement peut constituer une mesure favorisant la cohérence dans les notions.

Quant à l'enregistrement des maisons et des biens locatifs, il servirait à assurer que l'intérêt est archivé et à permettre que des ordonnances de possession exclusive puissent être prononcées même lorsque aucune terre n'est en cause.

Il est permis de penser que ce registre foncier pourrait être tenu par un organisme des Premières nations plutôt que sous les auspices du ministre, et être accessible par Internet.

La bande ou un tribunal pourraient ordonner des modifications à la possession de la terre ou des résidences sans le consentement du ministre, mais la terre ne pourrait pas être aliénée.

QUESTION 3

Quelle incidence aurait l'application des régimes provinciaux sur la compétence des Premières nations et sur les droits ancestraux et droits issus de traités?

Généralement, l'actif le plus important dans les décisions provinciales sur les biens immobiliers matrimoniaux est la résidence et le bien-fonds des conjoints. Toutes les lois relatives aux biens immobiliers matrimoniaux tentent de régler cette question, traitant de son évaluation, de son partage, de son transfert, des sûretés qui peuvent le grever et de la possibilité d'en réaliser sa valeur d'une façon ou d'une autre.

Depuis quelques années, les conseils de bande ont acquis un pouvoir accru de louer et de prêter en matière de développement résidentiel dans les réserves. Cette compétence est devenue essentielle, à une époque où les collectivités et les résidences des Premières nations sont terriblement surpeuplées. Les lois traitant des biens immobiliers matrimoniaux peuvent prescrire qui vivra dans une maison située dans la réserve d'une Première nation. Cette question relève jusqu'à maintenant des gouvernements des Premières nations. Si les Premières nations ne peuvent contrôler une ressource collective aussi fondamentale que le logement, quelle motivation auront-elles d'accroître leur autonomie? L'application des régimes provinciaux en matière de biens immobiliers matrimoniaux peut retirer aux Premières nations un pouvoir qui leur est nécessaire.

La *Loi sur les Indiens* elle-même prévoit à l'article 88 que les lois provinciales peuvent s'appliquer aux Indiens :

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité ou de quelque autre loi fédérale, toutes les 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 la *Loi sur la gestion financière et statistique des premières nations* ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou texte législatif d'une bande pris sous leur régime, et sauf dans la mesure où ces lois provinciales contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou la *Loi sur la gestion financière et statistique des premières nations* ou sous leur régime.

Dans l'arrêt *R. c. Côté*, cependant, la Cour suprême a précisé que cette disposition assure une protection encore plus grande aux droits issus de traités.

En particulier, l'application des lois provinciales touche seulement les Indiens, non les terres indiennes. Si l'on décidait de faire appliquer les lois provinciales sur les biens immobiliers matrimoniaux aux Premières nations, ces lois seraient-elles assujetties à l'article 88 ou appliquées suivant cet article? Dans l'arrêt *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique* (*Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture*), la Cour a jugé qu'il faut examiner les lois provinciales en analysant la

« substance » de la loi, analyse qui requiert l'examen de l'objet de la loi provinciale et de ses effets¹⁹.

Quelle est la « substance » de la législation provinciale en matière de biens immobiliers matrimoniaux? Vise-t-elle le partage ordonné des ressources financières à la suite de la séparation, ou consiste-t-elle en un régime de redistribution de la propriété des biens? Un tribunal est plus susceptible de considérer des dispositions législatives qui ne confèrent pas la propriété de la terre comme un simple processus pour régler des questions de droit de la famille. En outre, les lois sur les biens immobiliers matrimoniaux visent à régler les affaires de particuliers indiens plutôt qu'elles ne concernent directement les terres indiennes. Jusqu'à maintenant, l'effet redistributif des dispositions législatives sur les biens immobiliers matrimoniaux a rendu celles-ci inapplicables sous le régime d'interprétation protectrice de l'article 88.

Les traités définissent les droits des signataires quant aux assises territoriales à utiliser et à céder et quant aux droits afférents à l'usage des terres cédées, particulièrement la chasse et la pêche. Le maintien des droits de chasse et de pêche a toujours constitué une composante importante des fondements culturel et social de la société des Premières nations. L'adoption de l'article 35 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a ajouté à la protection de ces libertés fondamentales.

La plupart des litiges mettant en cause des peuples des Premières nations, dans les vingt dernières années, ont trait aux tentatives sans cesse renouvelées des gouvernements provinciaux de contrôler et de limiter le pouvoir des Premières nations d'utiliser la terre. Les lois provinciales sur la chasse et la pêche sont invoquées pour accuser des particuliers des Premières nations de contravention aux règlements provinciaux. Ces accusations ont donné lieu à la reconnaissance du droit des collectivités des Premières nations d'utiliser leurs territoires traditionnels. Si des droits collectifs sont établis, les particuliers doivent encore démontrer leur appartenance à cette collectivité.

Après des décennies de lutte pour faire échec aux tentatives des provinces pour contrôler l'usage des terres, il semblerait particulièrement ironique de solliciter l'application de quelque loi provinciale que ce soit concernant la terre, y compris les lois se rapportant aux biens immobiliers matrimoniaux. Si l'application de ces lois mène d'une façon quelconque à la concrétisation du droit de propriété foncier individuel, voire de son caractère aliénable, les Premières nations auront de leur propre fait causé la perte des assises territoriales qui constituent le fondement de leur culture.

RECOMMANDATIONS RELATIVES À LA QUESTION 3

Du fait de l'article 88 de la *Loi sur les indiens* et de la protection accordée aux droits issus de traités, les lois provinciales concernant les biens immobiliers matrimoniaux ne s'appliquent pas aux terres des Premières nations. L'imposition du droit provincial dans les territoires des Premières nations susciterait une très grande incertitude, affaiblirait

¹⁹ *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, paragraphe 40.

l'administration locale des Premières nations et détruirait l'essence même de la relation qu'entretient l'ensemble de la collectivité avec la terre.

Les biens matrimoniaux dans les réserves :
les droits et les recours
prévus par la loi et les politiques

par
Teressa Nahanee

La *Loi sur les Indiens*, la *Loi sur le divorce* et la *Family Relations Act* (FRA) de la Colombie-Britannique ont été utilisées aux fins de la rédaction du présent document. Quatre types de maisons familiales ont été prises en considération : le scénario A a trait aux maisons situées sur une terre visée par un certificat de possession en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*; le scénario B concerne les maisons situées sur une « terre appartenant à une bande », mais détenue par suite d'une attribution coutumière ou selon la tradition, notamment en vertu d'une résolution du conseil de bande, sans recours à l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*; le scénario C a trait aux habitations sociales situées sur une « terre appartenant à une bande » ou attribuées selon la coutume ou la tradition, qui sont louées avec option d'achat et qui sont grevées d'une hypothèque au profit de la SCHL, d'une banque ou d'une autre institution financière; le scénario D concerne les habitations sociales locatives situées sur une terre appartenant à une bande, qui appartiennent à la bande et sont gérées par elle sans qu'il soit possible pour une personne d'en devenir propriétaire. Trois types de couples mariés ont été analysés : l'un formé de deux membres de la bande, un autre formé d'un membre de la bande et d'un Indien appartenant à une autre bande et un troisième formé d'un membre de la bande et d'un non-Indien. Le document sur l'analyse comparative entre les sexes du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a aussi été utilisé.

Les biens matrimoniaux

L'article 56 de la FRA

La partie 5 de la FRA, R.S.B.C. 1996, ch. 128, s'applique uniquement aux couples mariés, les conjoints de fait étant délibérément exclus de son application. Selon la FRA de la Colombie-Britannique, chaque époux a droit à un intérêt dans chaque bien familial après le 31 mars 1979 lorsque, pour la première fois : a) un jugement déclaratoire est rendu par une cour supérieure provinciale par suite d'une demande présentée par les deux époux ou par

un époux qui déclare qu'il n'y a pas de possibilité raisonnable que le couple se réconcilie (jugement); b) une ordonnance de dissolution du mariage ou de séparation judiciaire est prononcée (ordonnance); c) une ordonnance déclarant le mariage nul et sans effet est rendue (déclaration); d) un accord de séparation est conclu (accord). Le mariage peut avoir été conclu avant ou après le 31 mars 1979. Dans les scénarios A, B, C et D, les époux sont légalement mariés en vertu du droit provincial.

L'analyse qui suit ne s'applique pas aux conjoints de fait de sexe différent ou de même sexe qui ne sont pas légalement mariés en vertu du droit provincial. Ces cas seront examinés séparément.

En ce qui concerne l'égalité des sexes, un homme ou une femme peuvent posséder une terre, notamment en vertu d'un certificat de possession visé à l'article 20 de la *Loi sur les Indiens* (CP) ou par suite d'une attribution selon la coutume ou la tradition (terre attribuée selon la coutume). Un homme ou une femme membre de la bande peut épouser une personne qui appartient à une Première nation ou qui n'est pas un Indien. Les droits ne sont pas différents selon le sexe. Les unités louées avec option d'achat peuvent être détenues par un homme ou une femme membre de la bande car les droits ne dépendent pas du sexe de la personne concernée.

Un vide dans la loi

Depuis 1986, il est évident qu'aucune loi fédérale ne régit le partage des biens matrimoniaux situés dans les réserves. Par ailleurs, le droit provincial ne s'applique pas à cette question. La FRA provinciale ne s'applique pas par le jeu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, car le partage des terres relève du gouvernement fédéral et est régi par le droit fédéral. Les gouvernements provinciaux ne sont pas compétents à cet égard parce que le gouvernement fédéral tire ses pouvoirs du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Selon les nombreuses études réalisées sur cette question au cours des dernières années, le vide dans la loi en ce qui a trait aux biens matrimoniaux a surtout désavantagé les femmes. Historiquement, les CP étaient délivrés aux hommes. Lorsqu'une femme est titulaire d'un tel certificat, c'est souvent parce qu'elle l'a reçu à la

mort de son mari ou de ses ascendants masculins. Aujourd'hui, la *Loi sur les Indiens* n'exige pas que les CP soient délivrés seulement à des hommes; le ministre peut délivrer un CP à un homme ou à une femme et, dans le cas des couples mariés, aux deux époux. Une fois que le conseil de bande a attribué une terre en vertu de l'article 20, sa résolution est soumise au ministre, lequel délivre un CP. Le ministre dispose d'un pouvoir discrétionnaire total à l'égard de la terre jusqu'à la délivrance du CP. Une fois celui-ci délivré, l'occupant possède la terre et le conseil de bande ne peut empiéter sur son droit de propriété (Cooper¹).

Le pouvoir absolu conféré au ministre à l'article 20

La juge Tremblay-Lamer a écrit ce qui suit au paragraphe 29 de *Bande indienne de Songhees c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2006] A.C.F. n° 1308, une affaire concernant la succession d'un Indien qui a été soumise à la Section de première instance de la Cour fédérale :

Le paragraphe 20(1) donne au ministre toute latitude d'entériner ou non l'occupation licite d'une terre. Le paragraphe 20(4) confère au ministre le pouvoir absolu d'autoriser une occupation temporaire, et le paragraphe 20(5) celui de délivrer un certificat d'occupation. L'article 23 confère au ministre le pouvoir absolu de fixer l'indemnité devant être payée au titre des améliorations. L'article 26 donne au ministre toute latitude de modifier un certificat de possession si une erreur a été commise.

L'approbation du conseil de bande n'est pas nécessaire en vertu de l'article 50.

L'aliénation des terres visées par un CP est laissée à l'entière discrétion du ministre, mais l'occupant possède également un intérêt ferme dans la terre. Ce n'est que dans de rares cas que le ministre peut agir de son propre gré, sans une demande de l'occupant. Le ministre peut délivrer de nouveau le CP à la demande de l'occupant. Par exemple, un occupant peut, en tout temps, vendre pour contrepartie son intérêt dans une terre visée par un CP à un autre

¹ *Bande indienne de Songhees c. Canada (Ministre des Affaires indiennes)*, [2005] A.C.F. n° 1794, le juge Harrington.

membre de la bande. Un père ou des parents peuvent, en tout temps, transférer leur CP pour un dollar à leur fils ou à leur fille ayant atteint l'âge de la majorité. (Dans le cas d'un enfant mineur, la terre sera probablement détenue en fiducie jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de la majorité.) La terre visée par un CP peut être vendue et, sur demande de l'occupant, elle sera transférée par le ministre qui délivrera à nouveau le CP.

Un couple marié peut demander au ministre de délivrer de nouveau le CP au nom des deux époux ou au nom de l'un d'eux, si les deux époux appartiennent à la même bande et que la terre fait partie de la réserve de la bande. Un couple que j'ai conseillé relativement au transfert d'un CP à ses deux fils ignorait que le nom de la femme ne figurait pas sur le CP. Le mari a transféré une partie de la terre aux deux fils et le ministre a délivré de nouveaux CP en faveur de ces derniers. En ce qui concerne la partie de la terre conservée par le couple, j'ai conseillé à la femme de demander à son mari de faire inscrire son nom sur le CP. Le mari a présenté une demande afin que le nom de sa femme soit ajouté au CP (les deux époux appartenaient à la bande par naissance) et le CP a été délivré de nouveau aux deux noms. La loi n'empêche pas un homme ou une femme de faire inscrire le nom de son épouse ou de son époux sur un CP en vigueur s'ils sont tous deux membres de la bande. L'occupant peut prendre unilatéralement des mesures fondées sur le titre, mais tout transfert doit être approuvé par le ministre. Par ailleurs, ce dernier ne peut empiéter sur la terre d'un occupant visée par un CP, sauf pour annuler la délivrance de celui-ci.

Avant le 15 avril 1985, les épouses des membres de la bande acquéraient le statut d'Indienne et devenaient membres de la bande, de sorte qu'elles pouvaient avoir leur nom inscrit sur les CP. Aujourd'hui, un homme ou une femme peut demander que le nom de son épouse ou de son époux soit ajouté à un CP si les deux appartiennent à la même bande par suite d'un mariage légal ou de l'acquisition du statut d'Indien et de membre. Il s'agit d'un acte personnel qui n'est prescrit par aucune loi, et les conseils de bande n'ont aucun pouvoir sur ces terres. La Cour fédérale a bien expliqué la perte du pouvoir sur les terres visées par un CP dans la décision *Cooper* qui a été rendue récemment. Par ailleurs, l'occupant peut vendre la terre visée par un CP ou la louer à des membres de la bande, à d'autres Indiens, à des non-Indiens ou à des entreprises non indiennes.

Finalement, les CP sont transférés lors du décès de leur titulaire.

Un grand nombre de bandes, si ce n'est la majorité, n'ont pas adopté de résolution créant des CP conformément à la *Loi sur les Indiens* depuis 20 ans. En fait, les administrations indiennes locales n'exercent plus aucun pouvoir sur les terres visées par un CP. Comme la Cour l'a dit dans *Songhees* :

La Cour d'appel était d'avis que, après qu'une attribution est faite, le droit d'utiliser la terre et d'en tirer avantage passe de la bande en tant que collectivité, au membre concerné de la bande, à qui est conféré un certain degré d'autonomie dans l'exercice de ses activités et dans la mise en valeur de la terre. L'intérêt de la bande disparaît, ou il est en tout cas suspendu (paragraphe 15 et 18). En dernière analyse, la Cour d'appel fédérale a jugé que ce serait contrarier l'économie de la Loi que d'interpréter le paragraphe 58(3) comme s'il contenait les mots « avec le consentement de la bande ». L'obligation du ministre était une obligation envers la loi, non envers la bande.

Les biens matrimoniaux se trouvant sur des terres de réserve détenues en vertu de l'article 20 doivent être traitées différemment de ceux qui se trouvent sur des terres attribuées selon la coutume ou sur des terres traditionnelles, lesquelles relèvent exclusivement de la bande. C'est le ministre qui tient le registre des terres visées à l'article 20, alors que celui des terres attribuées selon la coutume ou des terres traditionnelles est de la responsabilité du gestionnaire des terres appartenant à la bande ou de l'administrateur. Trouver une solution pour les terres visées à l'article 20 ne compromettra pas l'initiative du Canada en matière d'autonomie gouvernementale, la politique sur l'autonomie gouvernementale ou les droits constitutionnels garantis aux articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces terres n'appartiennent pas à ce domaine de compétence, mais relèvent exclusivement du ministre. Les bandes ne peuvent recouvrer la compétence qu'elles ont perdue aux mains du Parlement il y a près de 100 ans que si le Canada décide d'abolir les CP et leur enregistrement par le ministère. Jusqu'à ce que cela se produise, le ministre a le pouvoir discrétionnaire de corriger les droits relatifs aux biens matrimoniaux situés sur des terres visées par un CP, et il

peut exercer ce pouvoir sans porter atteinte à l'autonomie gouvernementale.

Les solutions concernant les CP en vigueur

Il y a trois façons d'atteindre l'égalité entre les époux en ce qui a trait à la propriété d'un CP, que celui-ci soit détenu exclusivement par un homme ou par une femme membre de la bande. Premièrement, ne rien faire. Deuxièmement, encourager les titulaires de CP à demander que le nom de leur époux ou épouse membre de la bande y soit ajouté, comme la loi actuelle le permet. Troisièmement, prévoir dans la loi que les deux époux sont dorénavant titulaires du CP dans les cas où le foyer conjugal est situé sur la terre visée par celui-ci. Cette modification s'appliquera uniquement si les deux époux sont membres de la même bande, y compris lorsqu'une femme a épousé un membre de la bande avant le 15 avril 1985 et est ainsi devenue un membre de cette bande, par exemple une femme d'une autre bande qui a épousé un membre de la bande ou une non-Indienne qui a acquis le statut d'Indienne par son mariage avant 1985.

La notion d'époux

La *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, ne définit pas le terme « époux ». Elle fait toutefois mention des « époux ou conjoints de fait » à l'alinéa 81(1)p.2) au regard des époux vivants et, dans la version anglaise, de « surviving spouse » (« survivant » en français) à l'article 48, qui régit la succession des Indiens vivant dans une réserve. La distinction entre « époux » et « conjoint de fait » semble indiquer que les deux expressions n'ont pas le même sens, mais ni l'une ni l'autre n'est définie dans la *Loi sur les Indiens*.

La *Loi sur le divorce* définit un « époux » dans les termes suivants : « [1]'une des deux personnes unies par les liens du mariage » (article 2, Définitions, *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.)).

Selon la FRA de la Colombie-Britannique, un « époux » est une personne mariée à une autre pour toutes les fins de la loi, y compris une personne qui a vécu avec une autre dans le cadre d'une union assimilable au mariage pendant au moins deux ans si la demande prévue par la loi est faite dans l'année qui suit la fin de la cohabitation. Le droit

provincial permet le mariage entre personnes de même sexe. Les parties 5 et 6 de la FRA ne s'appliquent pas cependant à ces dernières unions ressemblant à un mariage, aussi appelées unions de fait. La partie 5 traite des biens matrimoniaux et la partie 6, du partage des pensions. Les biens matrimoniaux ne sont pas visés par les dispositions sur le partage de la FRA.

La présente analyse porte sur les droits des personnes qui sont mariées en vertu du droit provincial, y compris les couples homosexuels. Le droit provincial ne conférant pas aux conjoints de fait les mêmes avantages qu'aux personnes mariées, la question des conjoints de fait vivant dans une réserve sera abordée séparément.

Les droits et les recours appartiennent aux personnes mariées. Pour qu'ils puissent être exercés, il faut que la définition d'« époux » figurant dans la *Loi sur le divorce* soit ajoutée à la *Loi sur les Indiens*. On pourrait aussi se servir de la définition du mot « survivant » contenue dans la *Loi sur les Indiens*, qui désigne toute personne qui a vécu avec une autre personne pendant la dernière année de la vie de cette dernière. De cette façon, un « époux » serait toute personne qui a vécu avec une autre personne dans le cadre d'une union assimilable à un mariage pendant au moins un an pour tout ce qui concerne les biens matrimoniaux. Cette définition est plus exigeante que celles prévues par la *Loi sur le divorce* et par la FRA, lesquelles ne confèrent pas aux conjoints de fait le droit de revendiquer des biens matrimoniaux, y compris des terres et des maisons. Pour cette raison, il ne sera question, dans la première partie, que des droits et des recours des personnes mariées qui peuvent divorcer. Les conjoints de fait et les mariages coutumiers seront examinés séparément.

Résumé du droit actuel
et des modifications proposées à la *Loi sur les Indiens*

I. Les époux sont membres de la même Première nation – Droit actuel²

Droits	A – Maison sur une terre visée par un CP	B – Maison sur une terre attribuée selon la coutume	C – Habitation sociale louée avec option d'achat	D – Habitation sociale locative
50 % de la propriété des biens matrimoniaux	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit de partager les biens matrimoniaux. L'occupant doit donner son consentement et présenter une demande au ministre.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit de partager les biens matrimoniaux sans le consentement du détenteur.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit de partager les biens matrimoniaux loués avec option d'achat sans le consentement de la partie qui fait les paiements hypothécaires.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande, non aux personnes.
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession exclusive	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit d'autoriser la possession exclusive.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'autoriser la possession exclusive.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner la possession exclusive de biens matrimoniaux loués avec option d'achat.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession provisoire	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit d'autoriser la possession provisoire.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'autoriser la possession provisoire.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner la possession provisoire de biens matrimoniaux loués avec option d'achat.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance d'interdiction de vendre sans le consentement de l'autre époux	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit d'interdire la vente de biens matrimoniaux sans le consentement de l'autre époux si celui-ci n'est pas un cooccupant.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'interdire la vente de biens matrimoniaux sans le consentement de l'autre époux si celui-ci n'est pas un codétenteur.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'interdire la vente de biens matrimoniaux loués avec option d'achat sans le consentement de l'époux.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance de partage des biens	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit de partager les biens matrimoniaux sans le consentement de l'occupant.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit de partager les biens matrimoniaux sans le consentement du détenteur.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit de partager les biens matrimoniaux loués avec option d'achat sans le consentement du détenteur.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance de vente de biens immeubles	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner la vente de biens matrimoniaux; seul l'occupant peut vendre; si l'autre époux n'est pas un	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner la vente de biens matrimoniaux; le détenteur peut vendre à sa guise si l'autre	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner la vente de biens matrimoniaux loués avec option d'achat (si les versements hypothécaires cessent, la bande peut	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.

² *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 20 et al. 81(1)p.2); *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, L.C. 1999, ch. 24, art. 17; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128.

	cooccupant, l'occupant peut vendre à sa guise.	époux n'est pas un codétenteur.	revendre).	
Obtention d'une ordonnance d'indemnisation lorsque des biens sont vendus par l'autre époux	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner le versement d'une indemnité lorsque des biens sont vendus par l'autre époux, en particulier si le CP n'est pas détenu conjointement. Certains tribunaux ont ordonné le versement d'une indemnité fondée sur la valeur locative d'une maison située dans une réserve, non lorsqu'un bien immeuble matrimonial avait été vendu.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner le versement d'une indemnité lorsque des biens sont vendus par l'autre époux, en particulier si ceux-ci ne sont pas détenus conjointement.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner le versement d'une indemnité lorsque des biens loués avec option d'achat sont vendus par l'autre époux (sauf si une politique de la bande le prévoit).	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Ordonnance de disjonction de la tenance conjointe	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir de disjoindre unilatéralement la tenance conjointe.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir d'ordonner unilatéralement la disjonction de la tenance conjointe.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir d'ordonner la disjonction de la tenance conjointe (sauf si une politique de la bande le prévoit).	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Ordonnance empêchant un époux de faire don d'un bien	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir d'empêcher un époux de faire don d'un bien, en particulier si celui-ci n'est pas détenu conjointement.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir d'empêcher un époux de faire don d'un bien si celui-ci n'est pas détenu conjointement.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir d'empêcher un époux de faire don d'un bien, sauf si une politique de la bande s'applique à cet égard.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.

II. L'un des époux est membre de la Première nation dans la réserve de laquelle se trouve le foyer conjugal et l'autre époux est membre d'une autre Première nation ou n'est pas un Indien (mêmes droits et recours pour un époux qui appartient à une autre bande et pour un époux non indien) – Droit actuel³

Droits	A – Maison sur une terre visée par un CP	B – Maison sur une terre attribuée selon la coutume	C – Habitation sociale louée avec option d'achat	D – Habitation sociale locative
50 % de la propriété des biens matrimoniaux	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit de partager les biens matrimoniaux unilatéralement.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit de partager les biens matrimoniaux unilatéralement.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit de partager les biens matrimoniaux loués avec option d'achat, sauf si une	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande, non aux personnes.

³ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 20 et al. 81(1)p.2); *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, L.C. 1999, ch. 24, art. 17; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128.

			politique de la bande le prévoit.	
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession exclusive	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit d'autoriser la possession exclusive.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'autoriser la possession exclusive.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner la possession exclusive de biens matrimoniaux loués avec option d'achat.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession provisoire	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit d'autoriser la possession provisoire.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'autoriser la possession provisoire.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner la possession provisoire de biens matrimoniaux loués avec option d'achat.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance d'interdiction de vendre sans le consentement de l'autre époux	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit d'interdire la vente de biens matrimoniaux sans le consentement de l'autre époux si les biens ne sont pas détenus conjointement.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'interdire la vente de biens matrimoniaux sans le consentement de l'autre époux si les biens ne sont pas détenus conjointement.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'interdire la vente de biens matrimoniaux loués avec option d'achat sans le consentement de l'autre époux, sauf si une politique de la bande le prévoit.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance de partage des biens	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit de partager les biens matrimoniaux unilatéralement.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit de partager les biens matrimoniaux unilatéralement.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit de partager les biens matrimoniaux loués avec option d'achat, sauf si une politique de la bande le prévoit.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance de vente de biens immeubles	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner la vente de biens matrimoniaux unilatéralement; l'occupant doit donner son consentement et présenter une demande.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner la vente de biens matrimoniaux unilatéralement.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner la vente de biens matrimoniaux loués avec option d'achat.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance d'indemnisation lorsque des biens sont vendus par l'autre époux	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner le versement d'une indemnité lorsque des biens sont vendus par l'autre époux, en particulier si ceux-ci ne sont pas détenus conjointement.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner le versement d'une indemnité lorsque des biens sont vendus par l'autre époux; le consentement est requis s'il y a détention conjointe.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir ou le droit d'ordonner le versement d'une indemnité lorsque des biens loués avec option d'achat sont vendus par l'autre époux.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Ordonnance de disjonction de la tenance conjointe	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir de disjoindre la tenance conjointe; l'occupant doit en faire la demande au ministre.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir d'ordonner unilatéralement la disjonction de la tenance conjointe.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir d'ordonner la disjonction de la tenance conjointe.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.

Ordonnance empêchant un époux de faire don d'un bien	Les tribunaux et le ministre n'ont pas le pouvoir d'empêcher un époux de faire don d'un bien, sauf si celui-ci est détenu conjointement.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir d'empêcher un époux de faire don d'un bien.	Les tribunaux et les conseils de bande n'ont pas le pouvoir d'empêcher un époux de faire don d'un bien.	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
--	--	---	---	---

III. Les époux sont membres de la même Première nation – Modification de la loi⁴

Droits	A – Maison sur une terre visée par un CP	B – Maison sur une terre attribuée selon la coutume	C – Habitation sociale louée avec option d'achat	D – Habitation sociale locative
Définition d'« époux » à l'art. 2 : deux personnes mariées en vertu du droit provincial				
Ajout d'un par. 20(7) et d'un par. 81(2) afin de conférer aux cours supérieures le pouvoir de rendre des décisions relatives aux biens matrimoniaux situés dans des réserves				
50 % de la propriété des biens matrimoniaux	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de donner automatiquement aux époux le droit à la moitié des biens matrimoniaux au moment du divorce ou de la séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de donner automatiquement aux époux le droit à la moitié des biens matrimoniaux au moment de la séparation ou du divorce	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de donner automatiquement aux époux le droit à la moitié des biens matrimoniaux au moment de la séparation ou du divorce	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance judiciaire ⁵ de possession exclusive	- modification du par. 20(5) (Certificat d'occupation) afin de permettre la possession exclusive permanente ou pour un certain nombre d'années sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration concernant le divorce ou la séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession exclusive par un époux sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration concernant le divorce ou la séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession exclusive par un époux sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration concernant le divorce ou la séparation	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.

⁴ *Loi sur les Indiens*, art. 20 et al. 81(1)p.2); *Loi sur la gestion des terres des premières nations*.

⁵ Le terme « ordonnance » s'entend également d'un jugement et d'une déclaration de nullité du mariage.

Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession provisoire	- modification du par. 20(5) (Certificat d'occupation) afin de permettre la possession provisoire pour un certain nombre d'années sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration concernant le divorce ou la séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession provisoire par un époux sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration concernant le divorce ou la séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession provisoire, par un époux, de biens matrimoniaux loués avec option d'achat - ordonnance judiciaire désignant l'époux qui se chargera de l'hypothèque	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance d'interdiction de vendre sans le consentement de l'autre époux	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin d'interdire la vente de terres visées par un CP jusqu'au divorce ou à la séparation sans le consentement de l'autre époux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin d'interdire la vente de terres attribuées selon la coutume jusqu'au divorce ou à la séparation sans le consentement de l'autre époux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin d'interdire la vente d'une unité louée avec option d'achat jusqu'au divorce ou à la séparation sans le consentement de l'autre époux et d'assurer que des mesures soient prises relativement à l'hypothèque	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance de partage des biens	- modification du par. 20(2) afin de permettre le partage des biens matrimoniaux au moment du divorce ou de la séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre le partage des biens matrimoniaux au moment du divorce ou de la séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre le partage des biens matrimoniaux loués avec option d'achat au moment du divorce ou de la séparation	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance de vente de biens immeubles	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de permettre la vente de biens matrimoniaux et le partage du produit de cette vente entre les époux en instance de divorce ou de séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la vente de biens matrimoniaux et le partage du produit de cette vente entre les époux en instance de divorce ou de séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la vente de biens matrimoniaux loués avec option d'achat et le partage du produit de cette vente entre les époux en instance divorce ou de séparation	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance d'indemnisation lorsque des biens sont vendus par l'autre époux	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de prévoir le versement d'une indemnité à un époux lorsque l'époux en possession de biens matrimoniaux les a vendus	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de prévoir le versement d'une indemnité à un époux lorsque l'époux en possession de biens matrimoniaux les a vendus	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de prévoir le versement d'une indemnité à un époux lorsque l'époux en possession de biens matrimoniaux loués avec option d'achat les a vendus	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Ordonnance de disjonction de la tenance conjointe	- modification du par. 20(2) (Certificat de possession) afin de permettre au ministre de disjoindre la tenance conjointe au moment du divorce ou de la séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre au conseil de bande de disjoindre la tenance conjointe au moment du divorce ou de la séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre au conseil de bande de disjoindre la tenance conjointe de biens matrimoniaux loués avec option d'achat au moment du divorce ou de la séparation	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Ordonnance empêchant un époux de faire don d'un bien	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de permettre au ministre	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre au conseil de bande d'empêcher un	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre au conseil de bande d'empêcher un	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.

	d'empêcher un époux de faire don d'un bien en contravention d'une ordonnance judiciaire	époux de faire don d'un bien en contravention d'une ordonnance judiciaire	époux de faire don d'un bien matrimonial loué avec option d'achat en contravention d'une ordonnance judiciaire	
--	---	---	--	--

IV. L'un des époux est membre de la Première nation dans la réserve de laquelle se trouve le foyer conjugal et l'autre époux est membre d'une autre Première nation ou n'est pas un Indien (mêmes droits et recours pour un époux qui appartient à une autre bande et pour un époux non indien) – Modification de la loi⁶

Droits	A – Maison sur une terre visée par un CP	B – Maison sur une terre attribuée selon la coutume	C – Habitation sociale louée avec option d'achat	D – Habitation sociale locative
Définition d'« époux » à l'art. 2 : deux personnes mariées en vertu du droit provincial				
Ajout d'un par. 20(7) et d'un par. 81(2) afin de conférer aux cours supérieures le pouvoir de rendre des décisions relatives aux biens matrimoniaux situés dans des réserves				
50 % de la propriété des biens matrimoniaux	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de donner automatiquement aux époux le droit à la moitié des biens matrimoniaux au moment du divorce ou de la séparation; créer un domaine viager ou permettre l'occupation pendant un certain nombre d'années; titre sous-jacent aux enfants du membre de la bande	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de donner automatiquement aux époux le droit à la moitié des biens matrimoniaux au moment de la séparation ou du divorce	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de donner automatiquement aux époux le droit à la moitié des biens matrimoniaux au moment de la séparation ou du divorce	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance	- modification du par. 20(5) (Certificat d'occupation) afin de	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession	s.o. La terre et la maison appartiennent à la

⁶ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 20 et al. 81(1)p.2).

judiciaire de possession exclusive	permettre la possession exclusive pour un certain nombre d'années ou un domaine viager, le titre sous-jacent appartenant aux enfants du membre de la bande	exclusive par un époux au moment du divorce ou de la séparation, y compris par l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien	exclusive par un époux au moment du divorce ou de la séparation, y compris par l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien	bande.
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession provisoire	- modification du par. 20(5) (Certificat d'occupation) afin de permettre la possession provisoire pour un certain nombre d'années; aucun changement concernant le titre	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession provisoire par un époux au moment du divorce ou de la séparation, y compris par l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession provisoire de biens matrimoniaux loués avec option d'achat par un époux, y compris par l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien - ordonnance judiciaire désignant l'époux qui se chargera de l'hypothèque	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance d'interdiction de vendre sans le consentement de l'autre époux	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin d'interdire la vente de terres visées par un CP jusqu'au divorce ou à la séparation sans le consentement de l'autre époux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin d'interdire la vente de terres attribuées selon la coutume jusqu'au divorce ou à la séparation sans le consentement de l'autre époux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin d'interdire la vente d'une unité louée avec option d'achat jusqu'au divorce ou à la séparation sans le consentement de l'autre époux et d'assurer que des mesures soient prises relativement à l'hypothèque	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance de partage des biens	- modification du par. 20(2) afin de permettre le partage des biens matrimoniaux au moment du divorce ou de la séparation; créer un domaine viager ou permettre l'occupation pendant un certain nombre d'années; titre sous-jacent aux enfants du membre de la bande	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre le partage des biens matrimoniaux au moment du divorce ou de la séparation, y compris au profit de l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre le partage des biens matrimoniaux loués avec option d'achat au moment du divorce ou de la séparation, y compris au profit de l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance de vente de biens immeubles	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de permettre la vente de biens matrimoniaux et le partage du produit de cette vente entre les époux en instance de divorce ou de séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la vente de biens matrimoniaux et le partage du produit de cette vente entre les époux en instance de divorce ou de séparation	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la vente de biens matrimoniaux loués avec option d'achat et le partage du produit de cette vente entre les époux en instance de divorce ou de séparation	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Obtention d'une ordonnance d'indemnisation lorsque des	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de prévoir le versement d'une indemnité à un	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de prévoir le versement d'une indemnité à un époux lorsque l'époux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de prévoir le versement d'une indemnité à un époux lorsque l'époux en	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.

biens sont vendus par l'autre époux	époux lorsque l'occupant a vendu des biens matrimoniaux	en possession de biens matrimoniaux les a vendus	possession de biens matrimoniaux loués avec option d'achat les a vendus	
Ordonnance de disjonction de la tenance conjointe	- sans objet, sauf si la tenance conjointe est détenue avec une autre personne que l'époux, p. ex. un frère ou une sœur de celui-ci, auquel cas elle peut être disjointe	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre au conseil de bande de disjointre la tenance conjointe lorsque surviennent certains événements, p. ex. ordonnance judiciaire, séparation, lorsqu'un époux est un tenant conjointement avec une autre personne que son époux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre au conseil de bande de disjointre la tenance conjointe de biens matrimoniaux loués avec option d'achat lorsque surviennent certains événements, p. ex. ordonnance judiciaire, séparation, lorsqu'un époux est un tenant conjointement avec une autre personne que son époux	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.
Ordonnance empêchant un époux de faire don d'un bien	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de permettre au ministre d'empêcher un époux de faire don d'un bien en contravention d'une ordonnance judiciaire	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre au conseil de bande d'empêcher un époux de faire don d'un bien en contravention d'une ordonnance judiciaire	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre au conseil de bande d'empêcher un époux de faire don d'un bien matrimonial loué avec option d'achat en contravention d'une ordonnance judiciaire	s.o. La terre et la maison appartiennent à la bande.

Avant d'examiner les quatre situations de fait ainsi que la question du mariage et du divorce entre des membres de la même bande ou des époux dont l'un n'est pas un membre de la bande ou un Indien, certaines considérations doivent être analysées.

Le droit du survivant d'occuper les terres

Aux termes du paragraphe 48(3) de la *Loi sur les Indiens*, le ministre peut accorder au survivant le droit d'occuper les terres de son époux membre de la bande qui décède. La Loi ne précise pas à quel moment cette occupation prend fin, mais on peut supposer qu'il s'agit d'un « domaine viager » pour le survivant. Par ailleurs, la Loi n'exclut pas les survivants qui n'appartiennent pas à la bande ou qui ne sont pas des Indiens.

Ce droit à un domaine viager ou à un intérêt viager peut être accordé en modifiant la *Loi sur les Indiens* de façon à prévoir que ce droit est conféré sur réception d'un avis d'ordonnance, de jugement, de déclaration ou d'accord mettant fin au mariage (voir le paragraphe 56(1) de la FRA

de la Colombie-Britannique, qui figure dans la partie 5 traitant des biens matrimoniaux⁷).

Ce droit à un domaine viager ou à un viager peut s'appliquer aux scénarios A, B, et C, sous réserve d'une ordonnance, d'un jugement, d'une déclaration ou d'un accord dont le ministre dans le cas d'une terre visée par un CP, le gestionnaire des terres dans le cas d'une terre allouée selon la coutume et l'organisme responsable du logement au sein de la bande dans le cas d'une unité louée avec option d'achat est avisé. Il ne s'appliquerait pas au scénario D, où la bande est propriétaire à la fois de la terre et de la maison et qu'il s'agit d'une unité locative. C'est la politique de la bande sur l'occupation qui s'appliquerait dans ce cas.

Les accords de séparation

Les accords de séparation sont permis par les lois provinciales sur le droit de la famille, par exemple la FRA, et les ordonnances, jugements et déclarations sont assujettis à ces accords. Il ressort clairement de la jurisprudence, cependant, que les femmes sont généralement désavantagées par les accords de séparation. Par ailleurs, des études sur la violence familiale chez les Autochtones révèlent qu'un nombre disproportionné de femmes autochtones sont victimes de violence par un époux ou un conjoint de fait et que cette disproportion est plus marquée que chez les autres Canadiennes. Les services policiers sont généralement déficients dans les réserves rurales et isolées, et les femmes autochtones ont moins accès à la

⁷ [TRADUCTION]

Partie 5 – Biens matrimoniaux

Égalité du droit aux biens familiaux en cas de rupture du mariage

56(1) Sous réserve de la présente partie et de la partie 6, chaque époux a un intérêt dans chaque bien familial à compter du 31 mars 1979 lorsque survient pour la première fois, à l'égard du mariage :

- a) un accord de séparation;
- b) un jugement déclaratoire en vertu de l'article 57;
- c) une ordonnance de dissolution du mariage ou de séparation judiciaire;
- d) une ordonnance déclarant le mariage nul et sans effet.

(2) L'intérêt visé au paragraphe (1) est un intérêt indivis dans la moitié des biens familiaux détenus en tenance commune.

(3) L'intérêt visé au paragraphe (1) est assujéti :

- a) à toute ordonnance rendue en application de la présente partie ou de la partie 6;
- b) à un accord de mariage ou à un accord de séparation.

(4) Le présent article s'applique aux mariages conclus avant ou après le 31 mars 1979.

Jugement déclaratoire

57 Sur demande présentée par les deux époux ou par l'un d'eux, la Cour suprême peut rendre un jugement déclarant qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable de réconciliation des époux.

protection de la police contre la violence familiale que les autres Canadiens. Des études réalisées par le Service correctionnel du Canada révèlent également qu'un nombre disproportionné de femmes autochtones sont victimes d'agression sexuelle dans leur résidence par rapport aux autres Canadiens. La moitié des Autochtones victimes d'agression sexuelle sont des fillettes âgées de moins de sept ans et les trois quarts ont moins de 18 ans. Il est pratiquement impossible pour les femmes autochtones d'avoir un avocat car celui-ci n'est pas rémunéré par l'aide juridique, les femmes autochtones qui vivent dans des régions rurales et isolées n'ont pas accès à des avocats et, à cause de la violence dont elles sont victimes, elles consentiront probablement à un accord de séparation avant d'avoir obtenu des conseils juridiques. L'examen d'un accord de séparation par le tribunal visant à vérifier s'il a été signé sous la contrainte ou s'il était équitable à l'époque prendra des années et le coût, même s'il est peu élevé, sera prohibitif pour les épouses autochtones. Certaines études ont démontré que des hommes autochtones sont également victimes de violence et peuvent désavantagés par un accord de séparation.

Si un accord de séparation peut l'emporter sur des ordonnances, des jugements et des déclarations, l'expression « accord de séparation » devrait être définie clairement dans la *Loi sur les Indiens*. L'accord de séparation pourrait prendre la forme d'une entente verbale, d'une affirmation solennelle, d'un affidavit ou d'un autre document ayant force de loi sans être sanctionné par le tribunal.

Traiter également les époux « vivants » et les « survivants »

La *Loi sur les Indiens* pourrait prévoir que le ministre peut autoriser un époux qui n'est pas membre de la bande à résider, après la séparation, dans le foyer conjugal situé dans la réserve. Le paragraphe 48(3) prévoit une telle possibilité pour les survivants. Les règles de succession permettent aussi au ministre d'ordonner qu'une partie de la succession soit dévolue aux enfants s'il estime qu'il ne sera pas pourvu à leurs besoins. Dans le cas de la séparation, le ministre pourrait décider s'il a été suffisamment pourvu aux besoins des enfants dans l'accord de séparation ou dans tout autre jugement, ordonnance ou déclaration.

Le problème le plus fondamental concernant les biens matrimoniaux qui se trouvent dans des réserves est le fait que les cours supérieures de la province (ou n'importe quel tribunal) n'ont pas le pouvoir de rendre des décisions sur l'aliénation des biens immeubles lorsqu'un couple vivant dans une réserve divorce ou se sépare. Pour ce qui est des terres visées par un CP (article 20), un nouveau paragraphe 20(7) pourrait conférer aux cours supérieures le pouvoir de rendre des ordonnances, des jugements ou des déclarations touchant les droits relatifs aux biens matrimoniaux visés par les lois provinciales comme la FRA de la Colombie-Britannique (partie 5). Ce pouvoir ne nuirait pas à ceux qui sont conférés au ministre à l'article 20, mais permettrait à ce dernier de donner aux époux qui divorcent ou se séparent dans des réserves indiennes les mêmes droits et recours dont bénéficient ceux qui le font à l'extérieur des réserves.

Les pouvoirs conférés au ministre à l'article 20 peuvent être modifiés de manière à prévoir que la maison est attribuée à l'époux qui garde et élève les enfants et subvient à leurs besoins, qu'il s'agisse du membre de la bande ou de l'autre époux. La modification devrait pouvoir s'appliquer à un membre de la bande marié à un autre membre de la bande, à un membre de la bande marié à une personne qui n'est pas membre de la bande et à un membre de la bande marié à un non-Indien.

La modification peut traiter de l'occupation du foyer conjugal en cas de séparation en conférant aux cours supérieures une compétence en vertu de la *Loi sur les Indiens*, en ajoutant à celle-ci un nouveau paragraphe 20(7) par exemple. Selon le libellé de la modification, l'époux en instance de séparation qui vivra dans la maison peut se voir accorder la possession exclusive de celle-ci par une ordonnance, un jugement ou une déclaration prononcé par un tribunal qui exige du ministre qu'il prenne des mesures en application de l'article 20. Une autre modification à la *Loi sur les Indiens* peut aussi prévoir le versement d'une indemnité à l'époux qui quitte le foyer. Le ministre peut utiliser la modification pour transférer l'intérêt dans la terre à l'époux ayant la garde des enfants. Ce transfert pourrait prendre la forme d'un domaine viager, le titre sous-jacent étant attribué aux enfants nés du mariage lorsque l'un des époux est un Indien n'appartenant pas à la bande ou un non-Indien. La modification peut prévoir que la

terre ne sera pas vendue, partagée ou louée sans le consentement écrit de l'époux qui l'occupe. La terre faisant l'objet d'un domaine viager peut retourner à l'époux propriétaire ou à sa succession, selon ce que la modification prévoit. L'expression « domaine viager » devrait être définie à l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*.

Les terres attribuées selon la coutume ou détenues traditionnellement

Le couple formé de membres d'une Première nation habite, avant la séparation ou le divorce, dans une maison familiale située sur une terre attribuée selon la coutume ou sur une terre traditionnelle (aussi appelée « terre appartenant à la bande »). L'attribution des terres appartenant à la bande, notamment selon la coutume ou la tradition, relève entièrement du conseil de bande. Le gestionnaire des terres ou l'administrateur peut transférer l'intérêt dans la terre aux deux membres ou à l'un d'eux en vertu d'une nouvelle disposition qui sera ajoutée au paragraphe 81(2) de la *Loi sur les Indiens*. Cette disposition conférerait aux cours supérieures une compétence en matière de biens matrimoniaux lorsqu'un couple marié en vertu du droit provincial divorce ou se sépare.

Les terres de la bande attribuées selon la coutume ou détenues traditionnellement sont inscrites dans le registre des terres appartenant à la bande et sont habituellement mises de côté au moyen d'une résolution du conseil de bande et non en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*. Les terres attribuées selon la coutume ou détenues traditionnellement peuvent être détenues par les deux époux en tenance conjointe ou commune ou par l'un d'eux s'ils appartiennent à la même bande.

Le conseil de bande a le pouvoir, en vertu de l'alinéa 81(1)p.2), de procurer une résidence aux époux et aux enfants sur la terre appartenant à la bande. Cette terre n'est pas inscrite dans le registre des terres du MAINC, mais dans un système distinct contrôlé par la bande. Si l'alinéa 81(1)p.2) est modifié, l'intérêt d'un époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien peut prendre la forme d'un domaine viager ou d'un intérêt viager après le divorce ou la séparation. L'alinéa 81(1)p.2) s'applique également aux hommes et aux femmes et peut bénéficier à un

homme ou à une femme qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien. Cette modification peut expressément permettre aux conseils de bande d'établir des règlements administratifs relatifs aux différents recours offerts par le droit provincial : partage égal des biens, indemnisation, possession exclusive, etc. Dans le contexte de l'autonomie gouvernementale, on peut prévoir de quelle manière les biens immeubles seront transmis au moment d'un divorce ou d'une séparation. Une modification connexe est nécessaire - le paragraphe 81(2) - afin de conférer aux tribunaux le pouvoir de régler ces questions particulières lorsque survient un divorce ou une séparation.

Si le terrain qui a été attribué selon la coutume ou qui est détenu traditionnellement est un [TRADUCTION] « terrain résidentiel » selon l'expression utilisée par la SCHL, il est trop petit pour être partagé et d'autres mesures devront être prises. Par exemple, un époux pourrait obtenir le terrain et la maison et l'autre, une indemnité. Il y a lieu de mentionner que les terres attribuées selon la coutume et les terres traditionnelles peuvent être soit des [TRADUCTION] « terrains résidentiels », soit des terres ayant une grande superficie (de cinq à 600 acres en Colombie-Britannique) soit des lots multiples (des membres de la bande peuvent posséder jusqu'à cinq à dix lots dans la réserve par suite d'héritages, d'attributions ou d'acquisitions. Une fois les terres autres que les [TRADUCTION] « terrains résidentiels » (selon l'expression employée par la SCHL) partagées, il restera probablement suffisamment de place pour construire une nouvelle maison. Les terrains résidentiels sont trop petits pour être partagés.

Lorsqu'une terre attribuée selon la coutume ou une terre traditionnelle peut être partagée, celui qui en a la possession devra probablement assumer les frais d'arpentage. L'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien peut détenir un domaine viager ou un intérêt viager si l'alinéa 81(1)p.2) de la *Loi sur les Indiens* est modifié. Subsidiairement, la maison et le terrain peuvent être vendus et le produit de la vente, être distribué conformément à la modification.

Le conseil de bande a le pouvoir, en vertu de l'alinéa 81(1)p.2), d'adopter des mesures relatives aux droits des époux et des enfants qui résident avec un membre de la bande dans une réserve. Pour que les droits prévus

par la FRA soient pris en compte, il faudrait modifier l'alinéa 81(1)p.2) de manière à permettre aux tribunaux de rendre des ordonnances concernant la possession exclusive ou provisoire et tous les autres droits visés à l'article 56 (de la FRA).

Le pouvoir des conseils de bande d'établir des règlements administratifs est assujéti à la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'abrogation de l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* permettra aux conseils de bande d'exercer leurs pouvoirs d'une manière non discriminatoire au bénéfice de la communauté. Les gestionnaires des terres, les administrateurs et les responsables du logement au sein des bandes pourraient, par suite d'une telle abrogation, enregistrer l'intérêt des époux en instance de divorce ou de séparation. Pour ce qui est des terres attribuées selon la coutume, la modification reconnaîtrait l'existence de l'intérêt viager d'un époux ou d'une épouse ou permettrait l'enregistrement d'intérêts viagers en faveur d'époux qui ne sont pas des membres de la bande ou des Indiens. Elle permettrait aussi que l'enregistrement des intérêts des enfants mineurs ou des enfants nés de ces mariages, sous réserve de l'existence d'un domaine viager appartenant à l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien.

Les biens matrimoniaux situés sur une terre visée par un CP

Scénario A

(1) Les deux époux sont des membres de la bande

Les deux membres sont « mariés » en vertu des lois provinciales et le droit à la moitié de l'intérêt dans les biens familiaux prend naissance au moment de la séparation ou du divorce. Jusqu'à maintenant, les tribunaux n'avaient pas le pouvoir d'appliquer une loi semblable à la FRA (partie 5) au partage des biens matrimoniaux situés dans une réserve indienne. Une modification à l'article 24 de la *Loi sur les Indiens*, qui traite du transfert de possession, ou l'ajout d'un nouveau paragraphe 20(7) pourraient combler le vide. Une telle modification conférerait au tribunal compétent le pouvoir de reconnaître que chaque époux possède un intérêt indivis dans la moitié des biens matrimoniaux au moment du divorce ou de la séparation. La modification s'appliquerait aux couples dont les deux époux sont des membres de la bande qui habitaient dans une maison

familiale située sur une terre visée par un CP. Les terres visées par un CP relèvent exclusivement du ministre; les conseils de bande ont perdu leurs pouvoirs à cet égard (Cooper⁸). La modification donnerait au ministre le pouvoir d'inscrire le nom de chaque époux sur le CP ou de partager celui-ci conformément à l'ordonnance, au jugement ou à la déclaration du tribunal.

La modification résoudrait le problème décrit dans *Darbyshire-Joseph v. Darbyshire-Joseph*⁹ (une femme avait épousé un membre de la bande avant 1985 et était devenue membre de la bande), où le CP portait le nom des deux époux et ne pouvait pas être partagé ou vendu en vertu du droit provincial. L'attribution d'un intérêt ou de la moitié d'un intérêt, le partage et la vente peuvent être régis par des modifications apportées à l'article 24 de la *Loi sur les Indiens*.

Les solutions

Étant donné que le ministre exerce un pouvoir exclusif sur les terres visées par un CP et que les conseils de bande n'ont aucun pouvoir, même pas de persuasion, sur le pouvoir discrétionnaire du ministre, les articles 20 et 24 doivent être modifiés pour traiter expressément des biens matrimoniaux.

Selon l'article 66 de la FRA de la Colombie-Britannique, le tribunal peut régler différentes questions concernant les biens matrimoniaux. Le ministre ne dispose toutefois pas actuellement de pouvoirs semblables en vertu des articles 20 et 24 de la *Loi sur les Indiens*, qui traitent des CP, et rien ne permet aux tribunaux d'assumer cette compétence.

⁸ *Bande indienne de Songhees c. Canada (Ministre des Affaires indiennes)*, [2005] A.C.F. n° 1794, le juge Harrington.

⁹ *Darbyshire-Joseph v. Darbyshire-Joseph*, [1998] BCD Cir 5.40.30.00-02 BCSC, le juge Kirkpatrick (30 novembre 1998).

V. Les époux appartiennent à la même Première nation et vivent sur une terre visée par un CP – Modification de la loi¹⁰

Droits	A – Maison sur une terre visée par un CP
Définition d'« époux »	Ajout, à l'art. 2 de la <i>Loi sur les Indiens</i> , d'une définition d'« époux » qui correspond à celle figurant dans la FRA : deux personnes mariées en vertu du droit provincial
50 % de la propriété des biens matrimoniaux	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de donner automatiquement aux époux le droit à la moitié des biens matrimoniaux sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration. Pourrait inclure un « accord de séparation »
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession exclusive	- modification du par. 20(5) (Certificat d'occupation) afin de permettre la possession exclusive permanente ou pour un certain nombre d'années sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration. Pourrait inclure un « accord de séparation »
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession provisoire	- modification du par. 20(5) (Certificat d'occupation) afin de permettre la possession provisoire pour un certain nombre d'années sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration. Pourrait inclure un « accord de séparation »
Obtention d'une ordonnance d'interdiction de vendre sans le consentement de l'autre époux	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin d'interdire la vente de terres visées par un CP jusqu'au divorce ou à la séparation sans le consentement de l'autre époux
Obtention d'une ordonnance de partage des biens	- modification du par. 20(2) afin de permettre le partage des biens matrimoniaux sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration. Pourrait inclure un « accord de séparation »
Obtention d'une ordonnance de vente de biens immeubles	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de permettre la vente de biens matrimoniaux et le partage du produit de cette vente entre les époux en instance de divorce ou de séparation sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration
Obtention d'une ordonnance d'indemnisation lorsque des biens sont vendus par l'autre époux	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de prévoir le versement d'une indemnité à un époux lorsque l'époux en possession de biens matrimoniaux les a vendus
Ordonnance de disjonction de la tenance conjointe	- modification du par. 20(2) (Certificat de possession) afin de permettre au ministre de disjoindre la tenance conjointe sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration. Pourrait inclure la « séparation »
Ordonnance empêchant un époux de faire don d'un bien	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de permettre au ministre d'empêcher un époux de faire don d'un bien en prévision ou à la suite du divorce
Création d'un par. 20(7) conférant aux tribunaux une compétence en matière de biens matrimoniaux	Création d'une disposition semblable aux articles 14 et 47 qui traitent des appels, permettant aux tribunaux compétents (cours supérieures) de rendre des décisions relatives aux biens matrimoniaux lorsque des terres visées par un CP sont en cause

Modifier l'article 20 de la *Loi sur les Indiens* afin de conférer aux tribunaux des pouvoirs relativement aux biens matrimoniaux situés dans des réserves sans porter atteinte aux pouvoirs du ministre prévus aux articles 20 et 24. Selon la modification qui serait apportée à l'article 20 ou à l'article 24, selon le cas, le tribunal pourrait, par ordonnance, jugement ou déclaration, prendre

¹⁰ *Loi sur les Indiens*, art. 20 et al. 81(1)p.2); *Loi sur la gestion des terres des premières nations*.

l'une des mesures suivantes (paragraphe 66(2) de la FRA) lorsque les époux appartiennent à la même bande :

- a) attribuer un droit de propriété ou un droit de possession sur un bien;
- b) ordonner qu'en cas de partage des biens le titre de propriété d'un bien désigné, octroyé à un époux, lui soit transféré ou cédé, ou soit placé en fiducie à son bénéfice, soit absolument, soit sa vie durant, soit pour un certain nombre d'années, et modifier le CP en conséquence;
- c) ordonner à l'un des époux d'indemniser l'autre en cas d'aliénation de biens ou afin d'équilibrer le partage;
- d) ordonner le partage ou la vente de biens et le paiement, à même le produit de la vente, aux deux époux ou à l'un d'eux, dans les proportions ou montants qu'elle spécifie (semblable à l'article 50 de la *Loi sur les Indiens*);
- e) ordonner que les biens formant la part, en tout ou en partie, des deux époux ou de l'un d'eux soient transférés ou cédés aux enfants du mariage ou placés en fiducie à leur profit, et prendre les mesures correspondantes relativement aux CP de la famille qui sont touchés par le divorce ou la séparation;
- f) si un bien appartient aux époux en tenance conjointe, disjoindre cette tenance;
- g) si, sur demande, le ministre est convaincu qu'un époux a fait ou a l'intention de faire don d'un bien à un tiers, ou a l'intention de transférer un bien à un tiers qui n'est pas un acheteur de bonne foi pour contrepartie, dans le but de faire échec à la revendication d'un intérêt dans le bien que l'autre époux peut avoir alors ou dans l'avenir en vertu de l'article 20, empêcher le don ou le transfert, céder le bien en totalité ou en partie à l'autre époux ou le placer en fiducie pour lui;
- h) empêcher un occupant de disposer des biens familiaux jusqu'à ce que l'autre partie établisse une revendication (article 67 de la FRA); le tribunal pourrait notamment donner des instructions concernant la possession, la remise, la garde et la préservation d'un bien familial ou d'un autre bien en cause avant qu'un avis soit signifié à l'autre partie et pourrait ordonner qu'un avis soit signifié à l'autre partie;
- i) rendre une ordonnance de possession exclusive ou provisoire des biens matrimoniaux.

(2) Un membre de la bande est marié à un Indien qui n'est pas membre de la bande ou à un non-Indien et le couple vit sur une terre visée par un CP

Les deux époux doivent être « mariés » en vertu des lois provinciales et le droit à la moitié de l'intérêt dans les biens familiaux prend naissance au moment du divorce ou de la séparation. Avant de se séparer ou de divorcer, le couple habitait dans une maison familiale située sur une terre visée par un CP.

La modification pourrait permettre à un époux qui est membre d'une autre bande ou qui n'est pas un Indien de résider dans le foyer conjugal situé dans la réserve après la séparation. Les pouvoirs conférés au ministre à l'article 20 peuvent être modifiés de manière à donner à un tribunal compétent le pouvoir d'attribuer la maison à l'époux qui garde et élève les enfants et subvient à leurs besoins, qu'il s'agisse du membre de la bande ou de l'autre époux. Le tribunal peut décider qui occupera le foyer conjugal après la séparation.

La modification pourrait permettre aux tribunaux d'accorder la possession exclusive à l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien en créant un domaine viager ou pour un certain nombre d'années. L'ordonnance, le jugement ou la déclaration pourrait prévoir le versement d'une indemnité à l'époux qui quitte le foyer. L'ordonnance, le jugement ou la déclaration peut être utilisé pour transférer l'intérêt dans la terre à l'époux ayant la garde des enfants. Ce transfert pourrait prendre la forme d'un domaine viager, le titre sous-jacent étant attribué aux enfants nés du mariage. La possession exclusive peut être accordée dans l'ordonnance, le jugement ou la déclaration à un époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien, sans que la terre soit transférée. L'ordonnance, le jugement ou la déclaration peut aussi prévoir que la terre ne sera pas vendue, partagée ou louée sans le consentement écrit de l'époux qui l'occupe. La terre faisant l'objet d'un domaine viager peut retourner à l'époux propriétaire ou à sa succession.

Les solutions

Une modification doit être apportée à l'article 20 afin de permettre au ministre de partager la terre visée

par un CP sur la foi d'une ordonnance, d'un jugement ou d'une déclaration lorsque l'un des époux est un Indien qui n'est cependant pas un membre de la bande à qui appartient la terre ou n'est pas un Indien. Les ordonnances du tribunal peuvent être rendues sur consentement.

VI. L'un des époux est membre de la Première nation dans la réserve de laquelle se trouve le foyer conjugal et l'autre époux est membre d'une autre Première nation ou n'est pas un Indien (mêmes droits et recours pour un époux qui appartient à une autre bande et pour un époux non indien) – Modification du droit actuel¹¹

Droits	A – Maison sur une terre visée par un CP
Définition d'« époux »	Ajout, à l'art. 2 de la <i>Loi sur les Indiens</i> , d'une définition d'« époux » qui correspond à celle figurant dans la FRA : deux personnes mariées en vertu du droit provincial
Définition de « domaine viager »	Modification de l'art. 2 pour ajouter une définition de « domaine viager »
50 % de la propriété des biens matrimoniaux	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de donner automatiquement aux époux le droit à la moitié des biens matrimoniaux sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration. Pourrait inclure un « accord de séparation ». La modification viserait aussi à conférer au tribunal le pouvoir d'accorder un domaine viager ou l'occupation pendant un certain nombre d'années, le titre sous-jacent étant attribué aux enfants du membre de la bande
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession exclusive	- modification du par. 20(5) (Certificat d'occupation) afin de permettre la possession exclusive pour un certain nombre d'années ou un domaine viager, le titre sous-jacent étant attribué aux enfants du membre de la bande, sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration. Pourrait inclure un « accord de séparation »
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession provisoire	- modification du par. 20(5) (Certificat d'occupation) afin de permettre la possession provisoire pour un certain nombre d'années sans changement au titre. Le ministre doit agir sur avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration. Pourrait inclure un « accord de séparation »
Obtention d'une ordonnance d'interdiction de vendre sans le consentement de l'autre époux	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin d'interdire la vente de terres visées par un CP jusqu'au divorce ou à la séparation sans le consentement de l'autre époux
Obtention d'une ordonnance de partage des biens	- modification du par. 20(2) afin de permettre le partage des biens matrimoniaux au moment du divorce ou de la séparation; permettre un domaine viager ou l'occupation pendant un certain nombre d'années, le titre sous-jacent étant attribué aux enfants sur réception d'une ordonnance, d'un jugement ou d'une déclaration. Pourrait inclure un « accord de séparation »
Obtention d'une ordonnance de vente de biens immeubles	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de permettre la vente de biens matrimoniaux et le partage du produit de cette vente entre les époux en instance de divorce ou de séparation sur réception d'une ordonnance, d'un jugement ou d'une déclaration. Pourrait inclure un « accord de séparation »
Obtention d'une ordonnance d'indemnisation lorsque des biens sont vendus par l'autre époux	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de prévoir le versement d'une indemnité à l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien lorsque l'époux en possession de biens matrimoniaux les a vendus
Ordonnance de disjonction de la tenance conjointe	- sans objet, sauf si la tenance conjointe est détenue avec une autre personne que l'époux, p. ex. le frère ou la sœur de celui-ci, auquel cas elle peut être

¹¹ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 20 et al. 81(1)p.2); *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, L.C. 1999, ch. 24, art. 17; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128.

	disjointe
Ordonnance empêchant un époux de faire don d'un bien	- modification de l'art. 24 (Transfert de possession) afin de permettre au ministre d'empêcher un époux occupant de faire don d'un bien en contravention d'une ordonnance judiciaire.
Création d'un par. 20(7) conférant aux tribunaux une compétence en matière de biens matrimoniaux	Création d'une disposition semblable aux articles 14 et 47 qui traitent des appels, permettant aux tribunaux compétents (cours supérieures) de rendre des décisions relatives aux biens matrimoniaux lorsque des terres visées par un CP sont en cause

La modification pourrait permettre au ministre de déterminer s'il a été pourvu aux besoins des enfants dans l'ordonnance, le jugement ou la déclaration (conditions de vie, logement, etc.), notamment lorsque les enfants nés du mariage sont des membres de la bande. Dans ce scénario, un domaine viager peut être créé dans le cas d'un accord de séparation, l'expression « domaine viager » étant définie à l'article 2.

La modification apportée à la *Loi sur les Indiens* peut aussi traiter du droit de retour d'une terre visée par un CP et faisant l'objet d'un domaine viager. La terre peut retourner à l'époux propriétaire ou aux enfants issus du mariage.

Modifier l'article 20 de la *Loi sur les Indiens* afin de conférer aux tribunaux des pouvoirs relativement aux biens matrimoniaux situés dans des réserves sans porter atteinte aux pouvoirs du ministre prévus aux articles 20 et 24. Selon la modification qui serait apportée à l'article 20 ou à l'article 24, selon le cas, le tribunal pourrait, lorsque l'un des époux est membre de la bande dans la réserve de laquelle sont situés les biens matrimoniaux et l'autre époux est un Indien inscrit appartenant à une autre bande, ou lorsque l'un des époux n'est pas un Indien, prendre l'une des mesures suivantes par ordonnance, jugement ou déclaration :

- a) ordonner qu'en cas de partage des biens le titre de propriété d'un bien désigné, octroyé à un époux, lui soit transféré ou cédé, ou soit placé en fiducie à son bénéfice, soit sa vie durant, soit pour un certain nombre d'années¹², et modifier le CP en conséquence;
- b) ordonner à l'un des époux d'indemniser l'autre en cas d'aliénation de biens ou afin d'équilibrer le partage;

¹² Cette expression est celle employée dans la FRA (C.-B.).

- c) ordonner le partage ou la vente de biens et le paiement, à même le produit de la vente, aux deux époux ou à l'un d'eux, dans les proportions ou montants qu'elle spécifie (semblable à l'article 50 de la *Loi sur les Indiens*);
- d) ordonner que les biens formant la part, en tout ou en partie, des deux époux ou de l'un d'eux soient transférés ou cédés aux enfants du mariage ou placés en fiducie à leur profit, et prendre les mesures correspondantes relativement aux CP de la famille, sous réserve d'un domaine viager de l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien;
- e) si un bien appartient aux époux en tenance conjointe avec un tiers membre de la bande, disjoindre cette tenance;
- f) empêcher le don ou le transfert d'un bien, céder le bien en totalité ou en partie aux enfants du mariage ou le placer en fiducie pour eux, sous réserve d'un intérêt viager détenu par l'époux qui n'est pas membre de la bande;
- g) rendre une ordonnance relativement à la possession, à la remise, à la garde et à la préservation d'un bien familial ou d'un autre bien en cause avant qu'un avis soit signifié à l'autre partie et ordonner qu'un avis soit signifié à l'autre partie;
- h) rendre une ordonnance de possession provisoire ou exclusive des biens matrimoniaux devant être détenus en fiducie pour les enfants issus du mariage, sous réserve d'un intérêt viager détenu par l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien.

Les biens matrimoniaux situés
sur une terre attribuée selon la coutume

Scénario B

- (1) Un membre de la bande est marié à un autre membre de la bande et le couple vit sur une terre attribuée selon la coutume ou sur une terre traditionnelle

Les deux membres doivent être « mariés » en vertu des lois provinciales et le droit à la moitié de l'intérêt dans les biens familiaux prend naissance au moment de la séparation ou du divorce. Il faut adopter une nouvelle disposition, qui peut constituer le paragraphe 81(2), qui confère aux cours supérieures le pouvoir de rendre des

décisions concernant les biens matrimoniaux au moment du divorce ou de la séparation. Les tribunaux n'ont pas plus de pouvoir au regard des terres attribuées selon la coutume et des terres détenues traditionnellement qu'au regard des terres visées par un CP. Lorsque des époux qui se sont mariés en vertu des lois de l'État (une province) ont divorcé en vertu des mêmes lois, les tribunaux doivent pouvoir statuer sur l'aliénation des terres de réserve. Cette question peut être régie par un règlement administratif établi par la bande en application de l'alinéa 81(1)p.2), mais ce règlement s'appliquera seulement si les personnes sont en mesure d'exercer leurs droits et leurs recours. C'est ce règlement administratif qui déterminera les pouvoirs du tribunal à l'égard des biens matrimoniaux.

Sur réception d'un avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration par le gestionnaire des terres ou l'administrateur de la bande responsable des registres fonciers, un partage des biens peut être inscrit dans ces registres.

Le conseil de bande ne perd pas le contrôle des terres de la bande qui ont été attribuées selon la coutume ou qui sont détenues par tradition comme c'est le cas pour les terres visées par un CP dont il est question à l'article 20. Toutes les terres appartenant à la bande relèvent du conseil de bande. Les règlements administratifs visés à l'alinéa 81(1)p.2) concernant la résidence conjugale peuvent s'appliquer aux terres attribuées selon la coutume et aux terres détenues traditionnellement.

Le tribunal peut, suivant le paragraphe 81(2), rendre des décisions concernant l'aliénation des biens matrimoniaux, notamment la terre et la maison, sous réserve des règlements administratifs établis par la bande en application de l'alinéa 81(1)p.2). La modification peut prévoir la vente et le partage des biens matrimoniaux et l'utilisation du produit, sous réserve d'une ordonnance, d'un jugement ou d'une déclaration.

Les terrains résidentiels ne pourraient pas être partagés en raison de leur taille.

Les solutions

VII. Les époux appartiennent à la même Première nation et vivent sur une terre attribuée selon la coutume ou sur une terre traditionnelle – Modification de la loi¹³

Droits	B – Maison sur une terre attribuée selon la coutume
Définition d'« époux »	Ajout, à l'art. 2 de la <i>Loi sur les Indiens</i> , d'une définition d'« époux » qui correspond à celle figurant dans la FRA : deux personnes mariées en vertu du droit provincial
Définition de « domaine viager »	Modification de l'art. 2 pour ajouter une définition de « domaine viager »
Ajout d'un par. 81(2) sur la compétence du tribunal et les biens matrimoniaux	Ajout d'un par. 81(2) qui confère aux tribunaux compétents ou aux cours supérieures le pouvoir de rendre des ordonnances concernant les biens matrimoniaux (renvoi aux al. 81(1)p.1) et p.2))
50 % de la propriété des biens matrimoniaux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de donner automatiquement aux époux le droit à la moitié des biens matrimoniaux au moment de la séparation ou du divorce
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession exclusive	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession exclusive par un époux lorsque surviennent certains événements, p. ex. ordonnance judiciaire, séparation, en vertu du nouveau par. 81(2)
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession provisoire	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession provisoire par un époux lorsque surviennent certains événements, p. ex. ordonnance judiciaire, séparation, en vertu du nouveau par. 81(2)
Obtention d'une ordonnance d'interdiction de vendre sans le consentement de l'autre époux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin d'interdire la vente de terres attribuées selon la coutume jusqu'au divorce ou à la séparation sans le consentement de l'autre époux en vertu du nouveau par. 81(2)
Obtention d'une ordonnance de partage des biens	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre le partage des biens matrimoniaux au moment du divorce ou de la séparation en vertu du par. 81(2)
Obtention d'une ordonnance de vente de biens immeubles	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la vente de biens matrimoniaux et le partage du produit de cette vente entre les époux en instance de divorce ou de séparation en vertu du nouveau par. 81(2)
Obtention d'une ordonnance d'indemnisation lorsque des biens sont vendus par l'autre époux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de prévoir le versement d'une indemnité à un époux lorsque l'époux en possession de biens matrimoniaux les a vendus
Ordonnance de disjonction de la tenance conjointe	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin d'autoriser le conseil de bande à disjoindre la tenance conjointe lorsque surviennent certains événements, p. ex. ordonnance judiciaire, séparation, en vertu du nouveau par. 81(2)
Ordonnance empêchant un époux de faire don d'un bien	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre au conseil de bande d'empêcher un époux de faire don d'un bien en contravention d'une ordonnance judiciaire en vertu du nouveau par. 81(2)

Le conseil de bande a le pouvoir de prendre des mesures relativement à la résidence conjugale en vertu des règlements administratifs visés à l'alinéa 81(1)p.2), mais les tribunaux n'ont aucune compétence à l'égard des biens matrimoniaux. Il faudrait peut-être, pour clarifier la loi et conférer des pouvoirs aux tribunaux et aux conseils de bande, reconnaître des pouvoirs en matière de divorce ou de séparation ainsi que les incidences du divorce ou de la séparation sur les terres attribuées selon la coutume ou sur les terres détenues traditionnellement.

¹³ *Loi sur les Indiens*, art. 20 et al. 81(1)p.2); *Loi sur la gestion des terres des premières nations*.

La manière dont l'administrateur ou le gestionnaire des terres administrera ces ordonnances, jugements et déclarations peut être décrite dans des règlements administratifs établis par le conseil de bande en application de l'alinéa 81(1)p.2). Il est entendu que les règlements établis en vertu de cette disposition de la *Loi sur les Indiens* peuvent traiter de domaines viagers et du nombre d'années d'occupation prévu. La nouvelle définition de « domaine viager » contenue à l'article 2 s'appliquera. Par ailleurs, une modification apportée à l'alinéa 81(1)p.2) peut clarifier le fait que les règlements administratifs établis par la bande sont assujettis à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Aucune disposition de la *Loi sur les Indiens* n'empêche les conseils de bande d'adopter des règlements administratifs sur le partage des biens matrimoniaux situés dans les réserves, mais les tribunaux n'ont pas le pouvoir de rendre des ordonnances sur l'aliénation des terres de réserve. Il pourrait être nécessaire de modifier l'alinéa 81(1)p.2) afin de permettre aux tribunaux de partager les terres attribuées selon la coutume ou les terres détenus traditionnellement et pour rendre l'ordonnance, le jugement ou la déclaration nécessaire, sauf en ce qui a trait aux terrains résidentiels. Les tribunaux pourraient aussi déterminer s'il a été pourvu aux besoins des enfants dans l'ordonnance, le jugement ou la déclaration (conditions de vie, logement, etc.).

Suivant le nouveau paragraphe 81(2), lorsque les deux époux appartiennent à la bande dans la réserve de laquelle les biens matrimoniaux sont situés, un tribunal peut, par ordonnance, jugement ou déclaration :

- a) attribuer un droit de propriété ou un droit de possession sur un bien;
- b) ordonner qu'en cas de partage des biens le titre de propriété d'un bien désigné, octroyé à un époux, lui soit transféré ou cédé, ou soit placé en fiducie à son bénéfice, soit absolument, soit sa vie durant, soit pour un certain nombre d'années, et modifier le CP en conséquence;
- c) ordonner à l'un des époux d'indemniser l'autre en cas d'aliénation de biens ou afin d'équilibrer le partage;

- d) ordonner le partage ou la vente de biens et le paiement, à même le produit de la vente, aux deux époux ou à l'un d'eux, dans les proportions ou montants qu'il spécifie;
- e) ordonner que les biens formant la part, en tout ou en partie, des deux époux ou de l'un d'eux soient transférés ou cédés aux enfants du mariage ou placés en fiducie à leur profit, et prendre les mesures correspondantes relativement aux terres attribuées à la famille ou détenues traditionnellement qui sont touchées par le divorce ou la séparation;
- f) si un bien appartient aux époux en tenance conjointe, disjoindre cette tenance;
- g) s'il est convaincu qu'un époux a fait ou a l'intention de faire don d'un bien à un tiers, ou a l'intention de transférer un bien à un tiers qui n'est pas un acheteur de bonne foi pour contrepartie, dans le but de faire échec à la revendication d'un intérêt dans le bien que l'autre époux peut avoir alors ou dans l'avenir en vertu d'un règlement administratif de la bande, empêcher le don ou le transfert, céder le bien en totalité ou en partie à l'autre époux ou le placer en fiducie pour lui;
- h) empêcher la personne qui possède une terre traditionnelle de disposer des biens familiaux jusqu'à ce que l'autre partie établisse une revendication (article 67 de la FRA); le tribunal pourrait, dans l'ordonnance, donner des instructions concernant la possession, la remise, la garde et la préservation d'un bien familial ou d'un autre bien en cause avant qu'un avis soit signifié à l'autre partie et pourrait ordonner qu'un avis soit signifié à l'autre partie;
- i) rendre une ordonnance de possession exclusive ou provisoire des biens matrimoniaux.

(2) Un membre de la bande est marié à un Indien qui n'est pas membre de la bande ou à un non-Indien et le couple vit sur une terre attribuée selon la coutume ou sur une terre traditionnelle

Les deux époux doivent être « mariés » en vertu des lois provinciales et le droit à la moitié de l'intérêt dans les biens familiaux prend naissance au moment du divorce ou de la séparation. Avant de se séparer ou de divorcer, le couple habitait dans une maison familiale située sur une terre attribuée selon la coutume ou détenue traditionnellement.

Le conseil de bande a le pouvoir, en vertu de l'alinéa 81(1)p.2), de prendre des mesures concernant l'occupation, par les époux, d'une terre de réserve, y compris en ce qui a trait aux droits de l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien. Une nouvelle disposition, le paragraphe 81(2), peut conférer aux tribunaux le pouvoir de rendre des décisions relativement aux droits sur les biens matrimoniaux situés dans une réserve et aux recours offerts aux époux à cet égard, y compris au membre de la bande marié à un Indien qui est membre d'une autre bande ou à un non-Indien.

En ce qui concerne les terres de la bande attribuées selon la coutume ou détenues traditionnellement qui sont plus grandes qu'un terrain résidentiel, elles peuvent faire l'objet de décisions par les tribunaux, notamment en ce qui a trait à la possession exclusive, à la possession provisoire et à la création d'un intérêt viager ou pour une certaine période pour contrepartie. Les tribunaux peuvent statuer sur les droits des enfants en matière d'occupation et de succession, notamment déterminer quel époux gardait et élevait les enfants et subvenait à leurs besoins dans l'ancien foyer conjugal. La bande peut accorder à l'époux en instance de séparation qui vivra dans le foyer la possession exclusive de celui-ci pour sa vie durant ou pendant un certain nombre d'années, en vertu du pouvoir d'établir des règlements administratifs qui lui est conféré à l'alinéa 81(1)p.2), et ce droit peut être exercé devant les tribunaux. Par ailleurs, l'ordonnance, le jugement ou la déclaration peut prévoir une indemnité pour l'époux qui doit quitter le foyer, ainsi que le transfert de l'intérêt dans la terre à l'époux qui a la garde des enfants, sous la forme d'un domaine viager, le titre sous-jacent étant attribué aux enfants nés du mariage. La possession exclusive sans transfert de la terre peut être prévue dans les règlements administratifs de la bande, ainsi que le fait que la terre ne sera pas vendue, partagée ou louée sans le consentement écrit de l'époux qui l'occupe. La terre faisant l'objet d'un domaine viager peut retourner à l'époux qui en était propriétaire à l'origine ou à sa succession.

Les solutions

VIII. L'un des époux est membre de la bande et l'autre époux n'est pas un membre de la bande ou un Indien et le couple vit sur une terre attribuée selon la coutume ou sur une terre traditionnelle – Modification de la loi¹⁴

Droits	B – Maison sur une terre attribuée selon la coutume
Définition d'« époux »	Ajout, à l'art. 2 de la <i>Loi sur les Indiens</i> , d'une définition d'« époux » qui correspond à celle figurant dans la FRA : deux personnes mariées en vertu du droit provincial
Définition de « domaine viager »	Modification de l'art. 2 pour ajouter une définition de « domaine viager »
Ajout d'un par. 81(2) sur la compétence du tribunal et les biens matrimoniaux	Ajout d'un par. 81(2) qui confère aux tribunaux compétents ou aux cours supérieures le pouvoir de rendre des ordonnances concernant les biens matrimoniaux (renvoi aux al. 81(1)p.1) et p.2))
50 % de la propriété des biens matrimoniaux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de donner automatiquement aux époux le droit à la moitié des biens matrimoniaux au moment de la séparation ou du divorce
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession exclusive	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession exclusive par un époux lorsque surviennent certains événements, p. ex. ordonnance judiciaire, séparation, en vertu du nouveau par. 81(2)
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession provisoire	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession provisoire par un époux lorsque surviennent certains événements, p. ex. ordonnance judiciaire, séparation, en vertu du nouveau par. 81(2)
Obtention d'une ordonnance d'interdiction de vendre sans le consentement de l'autre époux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin d'interdire la vente de terres attribuées selon la coutume jusqu'au divorce ou à la séparation sans le consentement de l'autre époux en vertu du nouveau par. 81(2)
Obtention d'une ordonnance de partage des biens	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre le partage des biens matrimoniaux au moment du divorce ou de la séparation en vertu du par. 81(2)
Obtention d'une ordonnance de vente de biens immeubles	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la vente de biens matrimoniaux et le partage du produit de cette vente entre les époux en instance de divorce ou de séparation en vertu du nouveau par. 81(2)
Obtention d'une ordonnance d'indemnisation lorsque des biens sont vendus par l'autre époux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de prévoir le versement d'une indemnité à un époux lorsque l'époux en possession de biens matrimoniaux les a vendus
Ordonnance de disjonction de la tenance conjointe	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin d'autoriser le conseil de bande à disjoindre la tenance conjointe lorsque surviennent certains événements, p. ex. ordonnance judiciaire, séparation en vertu du nouveau par. 81(2)
Ordonnance empêchant un époux de faire don d'un bien	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre au conseil de bande d'empêcher un époux de faire don d'un bien en contravention d'une ordonnance judiciaire en vertu du nouveau par. 81(2)

Le conseil de bande a le pouvoir de prendre des mesures relativement à la résidence conjugale en vertu de l'alinéa 81(1)p.2), notamment à l'égard de l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien. Pour plus de certitude, une modification apportée à l'alinéa 81(1)p.2) peut clarifier le fait que les règlements administratifs établis par la bande sont assujettis à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Une nouvelle disposition, le paragraphe 81(2), peut conférer aux cours supérieures le pouvoir de rendre des décisions relativement aux droits sur

¹⁴ *Loi sur les Indiens*, art. 20 et al. 81(1)p.2); *Loi sur la gestion des terres des premières nations*.

les biens matrimoniaux et aux recours offerts à cet égard en cas de divorce ou de séparation.

Il faudrait peut-être, pour clarifier la loi et conférer des pouvoirs aux conseils de bande, reconnaître des pouvoirs en matière de divorce et de séparation ainsi que les incidences du divorce ou de la séparation sur les terres attribuées selon la coutume ou détenues traditionnellement, y compris lorsqu'un des époux, homme ou femme, appartient à une autre bande ou n'est pas un Indien. Depuis les modifications de 1985, une femme ne devient plus automatiquement membre de la bande de son mari et ne cesse plus automatiquement d'appartenir à sa bande. Un homme ou une femme qui n'appartient pas à la bande peut vivre dans un foyer conjugal situé sur une terre de réserve détenue par leur épouse ou époux. Depuis 1985, les non-Indiennes n'acquièrent pas le statut d'Indienne et ne deviennent pas membres d'une bande en se mariant. Étant donné qu'il y a peu de chances que ces personnes deviennent des membres de la bande de leur époux et que les époux ou épouses qui ne sont pas des membres de la bande ou des Indiens sont très nombreux à vivre dans des réserves aujourd'hui, il faut examiner des solutions de rechange comme la création de « domaines viagers ». Il s'agit de la solution la plus réaliste au problème posé par l'opposition droits individuels - droits collectifs sur les terres de réserve.

Il pourrait être nécessaire de modifier l'alinéa 81(1)p.2) afin d'autoriser les conseils de bande à partager les terres attribuées selon la coutume ou détenues traditionnellement sur un avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration. La bande pourrait également déterminer s'il a été subvenu aux besoins des enfants dans l'accord de séparation (conditions de vie, logement, etc.).

La modification apportée à la *Loi sur les Indiens* peut aussi traiter du droit de retour d'une terre attribuée selon la coutume ou détenue traditionnellement qui a été partagée dans le but de créer un domaine viager. Le titre pourrait retourner au titulaire original ou aux enfants nés du mariage.

Suivant le nouveau paragraphe 81(2), lorsque l'un des époux est membre de la bande dans la réserve de laquelle les biens matrimoniaux sont situés et l'autre époux appartient à une autre bande ou n'est pas un Indien, un tribunal peut, par ordonnance, jugement ou déclaration :

- a) attribuer un droit de propriété ou un droit de possession sur un bien;
- b) ordonner qu'en cas de partage des biens le titre de propriété d'un bien désigné, octroyé à un époux, lui soit transféré ou cédé, ou soit placé en fiducie à son bénéfice, soit sa vie durant, soit pour un certain nombre d'années, et modifier le titre relatif à la terre en conséquence;
- c) ordonner à l'un des époux d'indemniser l'autre en cas d'aliénation de biens ou afin d'équilibrer le partage;
- d) ordonner le partage ou la vente de biens et le paiement, à même le produit de la vente, aux deux époux ou à l'un d'eux, dans les proportions ou montants qu'il spécifie (semblable à l'article 50 de la *Loi sur les Indiens*);
- e) ordonner que les biens formant la part, en tout ou en partie, des deux époux ou de l'un d'eux soient transférés ou cédés aux enfants du mariage ou placés en fiducie à leur profit, et prendre les mesures correspondantes relativement aux terres familiales ou détenues traditionnellement qui sont touchées par le divorce ou la séparation;
- f) si un bien est détenu par un époux en tenance conjointe avec un tiers, disjoindre cette tenance;
- g) empêcher un époux de faire don d'un bien à un tiers ou de transférer un bien à un tiers qui n'est pas un acheteur de bonne foi pour contrepartie, dans le but de faire échec à la revendication d'un intérêt dans le bien que l'autre époux peut avoir alors ou dans l'avenir en vertu d'un règlement administratif de la bande, et céder le bien en totalité ou en partie à l'autre époux ou le placer en fiducie pour lui;
- h) empêcher la personne qui possède une terre traditionnelle de disposer des biens familiaux jusqu'à ce que l'autre partie établisse une revendication (article 67 de la FRA); le tribunal pourrait, dans l'ordonnance, donner des instructions concernant la possession, la remise, la garde et la préservation d'un bien familial ou d'un autre bien en cause avant qu'un avis soit signifié à l'autre partie et pourrait ordonner qu'un avis soit signifié à l'autre partie;
- i) rendre une ordonnance de possession provisoire ou exclusive des biens matrimoniaux ou d'indemnisation en faveur de l'un ou l'autre des époux.

Scénario C

- (1) Deux membres de la bande sont mariés et vivent dans une habitation sociale louée avec option d'achat

Pour pouvoir louer avec option d'achat une habitation sociale et l'occuper, il faut que l'un des deux époux membres de la bande détienne la terre traditionnellement ou par suite d'une attribution selon la coutume effectuée par le chef et le conseil. Les habitations sociales peuvent être construites sur des terres appartenant à la bande qui sont détenues exclusivement par la bande et dont le titre n'est pas transféré au propriétaire de l'habitation. La terre peut toujours être inscrite comme une « terre appartenant à la bande » dans les registres fonciers de la bande, mais elle peut être transférée avec la maison si celle-ci est vendue ou transmise par succession. De façon plus générale, le père ou la mère d'un membre de la bande peut attribuer un [TRADUCTION] « terrain résidentiel » à son fils ou à sa fille en vue de la construction d'une maison. Ce [TRADUCTION] « terrain résidentiel » (dont la superficie est déterminée par la SCHL) est transféré par la personne qui possède la terre à la bande en échange d'une hypothèque de la SCHL dont les fonds servent à construire une habitation sociale. Le terrain résidentiel reste au nom de la bande jusqu'à la mainlevée de l'hypothèque. Lorsqu'il est transféré de la personne qui en a la possession à la bande en contrepartie d'une hypothèque, le terrain résidentiel peut être détenu au nom des deux époux ou de l'un d'eux et il sera retourné avec la même désignation.

Le conseil de bande a le pouvoir, en vertu de l'alinéa 81(1)p.2), de prendre des mesures relativement à l'occupation, par les époux, d'une terre de réserve, y compris en ce qui a trait aux droits des époux qui sont tous deux membres de la bande. Même si le conseil de bande peut prendre des mesures relativement aux différents droits et recours prévus par la partie 5 de la FRA, cela ne résout pas le problème des couples mariés vivant dans des réserves. Les tribunaux doivent avoir le pouvoir de statuer sur l'aliénation des biens matrimoniaux situés dans une réserve en cas de divorce ou de séparation. Une nouvelle disposition, le paragraphe 81(2), peut conférer aux tribunaux le pouvoir de rendre des décisions relativement aux droits sur les biens matrimoniaux situés dans une réserve et aux recours offerts à cet égard, notamment à un membre de la bande marié à un autre membre de la bande.

Sur réception d'un avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration visé au paragraphe 81(2) proposé, le gestionnaire des terres ou l'administrateur responsable des terres et du logement dans la réserve s'assurera que les parties ou l'une d'elles rembourseront l'emprunt hypothécaire. L'ordonnance, le jugement ou la déclaration sera inscrit sur le titre de façon que, lorsque l'emprunt hypothécaire sera remboursé, le titre sera enregistrée en conséquence. Par exemple, si l'épouse garde la maison et s'occupe des enfants, l'ordonnance, le jugement ou la déclaration précisera lequel des époux est responsable du remboursement de l'emprunt hypothécaire. Il y sera aussi question de possession exclusive ou provisoire. La partie qui rembourse l'emprunt hypothécaire obtiendra probablement un titre lorsque le détenteur reprendra possession de la terre attribuée selon la coutume ou détenue traditionnellement.

Dans un cas où la personne qui détenait une terre louée avec option d'achat l'avait remise à la bande et, au lieu d'y vivre avec son époux, avait laissé un autre membre de la bande rembourser l'emprunt hypothécaire, la terre a été transférée à cette personne. Lorsque celle-ci est décédée sans avoir remboursé l'intégralité de l'emprunt hypothécaire, la terre a été transférée à ses enfants d'âge adulte, qui ont pris en charge l'emprunt hypothécaire. Le propriétaire original du terrain attribué selon la coutume ou détenu traditionnellement a accepté ce transfert en signant un document de transfert, que son époux a également signé. Le transfert administratif a été complété par l'adoption d'une résolution dans laquelle le conseil de bande reconnaissait que les nouveaux détenteurs possédaient la terre en commun.

Si aucun des époux n'accepte de se charger de l'emprunt hypothécaire à la satisfaction de la bande, un autre membre de la bande peut prendre cet emprunt en charge et acquérir éventuellement, en contrepartie, un titre relatif à la terre attribuée selon la coutume ou détenue traditionnellement. Les paiements déjà faits par le couple séparé ou divorcé peuvent faire l'objet d'une entente entre la bande, le couple et le nouveau créancier hypothécaire.

Les solutions

IX. Les époux appartiennent à la même Première nation – Modification de la loi¹⁵

Droits	C – Habitation sociale louée avec option d'achat
Définition d'« époux »	Ajout, à l'art. 2 de la <i>Loi sur les Indiens</i> , d'une définition d'« époux » qui correspond à celle figurant dans la FRA : deux personnes mariées en vertu du droit provincial
50 % de la propriété des biens matrimoniaux	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de donner automatiquement aux époux le droit à la moitié des biens matrimoniaux au moment de la séparation ou du divorce
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession exclusive, par. 81(2)	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession exclusive par un époux au moment de la séparation ou du divorce
Obtention d'une ordonnance judiciaire de possession provisoire, par. 81(2)	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la possession provisoire de biens matrimoniaux loués avec option d'achat par un époux - ordonnance judiciaire établissant qui se chargera de l'hypothèque
Obtention d'une ordonnance d'interdiction de vendre sans le consentement de l'autre époux, par. 81(2)	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin d'interdire la vente d'une unité louée avec option d'achat jusqu'au divorce ou à la séparation sans le consentement de l'autre époux et assurer que des mesures soient prises relativement aux versements hypothécaires
Obtention d'une ordonnance de partage des biens, par. 81(2)	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre le partage des biens matrimoniaux loués avec option d'achat au moment du divorce ou de la séparation
Obtention d'une ordonnance de vente de biens immeubles, par. 81(2)	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre la vente de biens matrimoniaux loués avec option d'achat et le partage du produit de cette vente entre les époux en instance divorce ou de séparation
Obtention d'une ordonnance d'indemnisation lorsque des biens sont vendus par l'autre époux, par. 81(2)	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de prévoir le versement d'une indemnité à un époux lorsque l'époux en possession de biens matrimoniaux loués avec option d'achat les a vendus
Ordonnance de disjonction de la tenance conjointe, par. 81(2)	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin d'autoriser le conseil de bande à disjoindre la tenance conjointe des biens matrimoniaux loués avec option d'achat lorsque surviennent certains événements, p. ex. ordonnance judiciaire, séparation, etc.
Ordonnance empêchant un époux de faire don d'un bien, par. 81(2)	- modification de l'al. 81(1)p.2) afin de permettre au conseil de bande d'empêcher un époux de faire don d'un bien matrimonial loué avec option d'achat en contravention d'une ordonnance judiciaire
Ajout d'un nouveau par. 81(2) afin de conférer aux tribunaux le pouvoir de rendre des décisions concernant les droits matrimoniaux et les recours offerts aux époux	Les tribunaux n'ont pas le pouvoir de rendre des ordonnances relatives aux biens matrimoniaux comme celles prévues par la FRA. Une modification conférant ce pouvoir aux cours supérieures pourrait régler le problème. Un droit d'appel concernant l'appartenance à la bande et le statut d'Indien est prévu à l'art. 14 et un droit d'appel concernant les biens des Indiens qui sont situés dans une réserve est prévu à l'art. 47.

Le conseil de bande a le pouvoir de prendre des mesures à l'égard de la résidence conjugale en vertu de l'alinéa 81(1)p.2). Il faudrait peut-être, pour clarifier la loi et conférer des pouvoirs aux conseils de bande, reconnaître des pouvoirs en matière de divorce et de séparation ainsi que les incidences du divorce ou de la séparation sur les habitations sociales louées avec option d'achat qui sont situées sur des terres appartenant à la

¹⁵ *Loi sur les Indiens*, art. 20 et al. 81(1)p.2); *Loi sur la gestion des terres des premières nations*.

bande attribuées selon la coutume ou détenues traditionnellement.

Des règlements administratifs établis en vertu de cette disposition de la *Loi sur les Indiens* peuvent traiter de domaines viagers ou du nombre d'années d'occupation prévu. La nouvelle définition de « domaine viager » de l'article 2 s'appliquera. Par ailleurs, une modification apportée à l'alinéa 81(1)p.2) peut clarifier le fait que les règlements administratifs des bandes sont assujettis à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Aucune disposition de la *Loi sur les Indiens* n'empêche les conseils de bande d'adopter des règlements administratifs sur le partage des biens matrimoniaux qui forment une habitation sociale louée avec option d'achat dans une réserve, mais ce pouvoir peut être clarifié. Une modification pourrait devoir être apportée à l'alinéa 81(1)p.2) afin d'autoriser les conseils de bande à accorder la possession exclusive, l'occupation pour un certain nombre d'années, la possession provisoire et une indemnité à l'époux obligé de quitter la maison. Les règlements administratifs de la bande peuvent prévoir lequel des époux se chargera du loyer jusqu'à ce que l'habitation soit achetée. Ils pourraient aussi prévoir que la bande peut déterminer s'il est subvenu aux besoins des enfants dans l'accord de séparation, notamment en ce qui a trait à leurs conditions de vie, de logement, etc.

Un nouveau paragraphe 81(2) peut habiliter les cours supérieures à statuer sur les droits et les recours des époux en cas de divorce ou de séparation. L'attribution, aux conseils de bande, de pouvoirs en vertu du paragraphe 81(2) qui sont analogues à ceux dont jouissent les tribunaux permettrait de mettre sur un pied d'égalité les époux qui vivent dans une réserve et les autres. Selon un règlement administratif établi en application de l'alinéa 81(1)p.2), lorsque le gestionnaire des terres ou l'administrateur est avisé d'une ordonnance, d'un jugement ou d'une déclaration, il peut prendre l'une des mesures suivantes (paragraphe 66(2) de la FRA) si les deux époux appartiennent à la bande dans la réserve de laquelle les biens matrimoniaux sont situés. Un tribunal peut, par ordonnance, jugement ou déclaration, dans les cas où les époux appartiennent à la même Première nation :

- a) attribuer un droit de propriété ou un droit de possession sur un bien;
- b) ordonner à l'un des époux d'indemniser l'autre en cas d'aliénation de biens ou afin d'équilibrer le partage;
- c) ordonner la vente de biens et le paiement, à même le produit de la vente, aux deux époux ou à l'un d'eux, dans les proportions ou montants qu'il spécifie (semblable à l'article 50 de la *Loi sur les Indiens*);
- d) ordonner que les biens formant la part, en tout ou en partie, des deux époux ou de l'un d'eux soient transférés ou cédés aux enfants du mariage ou placés en fiducie à leur profit, et prendre les mesures correspondantes relativement aux terres attribuées à la famille ou détenues traditionnellement qui sont touchées par le divorce ou la séparation;
- e) si un bien appartient aux époux en tenance conjointe, disjoindre cette tenance;
- f) s'il est convaincu qu'un époux a fait ou a l'intention de faire don d'un bien à un tiers, ou a l'intention de transférer un bien à un tiers qui n'est pas un acheteur de bonne foi pour contrepartie, dans le but de faire échec à la revendication d'un intérêt dans le bien que l'autre époux peut avoir alors ou dans l'avenir en vertu d'un règlement administratif de la bande, empêcher le don ou le transfert, céder le bien en totalité ou en partie à l'autre époux ou le placer en fiducie pour lui;
- g) empêcher la personne qui possède une terre traditionnelle de disposer des biens familiaux jusqu'à ce que l'autre partie établisse une revendication (article 67 de la FRA); le tribunal pourrait, dans l'ordonnance, donner des instructions concernant la possession, la remise, la garde et la préservation d'un bien familial ou d'un autre bien en cause avant qu'un avis soit signifié à l'autre partie et pourrait ordonner qu'un avis soit signifié à l'autre partie;
- h) rendre une ordonnance de possession exclusive ou provisoire des biens matrimoniaux ou une ordonnance d'indemnisation.

(2) Un membre de la bande est marié à un membre d'une autre Première nation ou à un non-Indien et le couple vit dans une habitation sociale louée avec option d'achat

Pour pouvoir louer avec option d'achat une habitation sociale et l'occuper, il faut que l'un des deux époux

détiennent la terre traditionnellement ou par suite d'une attribution selon la coutume effectuée par le chef et le conseil. Les habitations sociales situées dans les réserves peuvent être louées avec option d'achat, mais la bande reste titulaire du titre. De façon plus générale, le père ou la mère d'un membre de la bande peut attribuer un [TRADUCTION] « terrain résidentiel » à son fils ou à sa fille en vue de la construction d'une maison. Ce [TRADUCTION] « terrain résidentiel » (dont la superficie est déterminée par la SCHL) est transféré par la personne qui possède la terre à la bande en échange d'une hypothèque de la SCHL dont les fonds servent à construire une habitation sociale. Le terrain résidentiel reste au nom de la bande jusqu'à la mainlevée de l'hypothèque. Lorsqu'il est transféré de la personne qui en a la possession à la bande en contrepartie d'une hypothèque, il peut être détenu au nom de l'un des époux et il sera retourné avec la même désignation.

Le conseil de bande a le pouvoir, en vertu de l'alinéa 81(1)p.2), de prendre des mesures concernant l'occupation, par les époux, d'une terre de réserve, y compris en ce qui a trait aux droits de l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien. Même si le conseil de bande peut prendre des mesures relativement aux différents droits et recours prévus par la partie 5 de la FRA, cela ne résout pas le problème des couples mariés vivant dans des réserves. Les tribunaux doivent avoir le pouvoir de statuer sur l'aliénation des biens matrimoniaux situés dans une réserve en cas de divorce ou de séparation. Une nouvelle disposition, le paragraphe 81(2), peut conférer aux tribunaux le pouvoir de rendre des décisions relativement aux droits sur les biens matrimoniaux situés dans une réserve et aux recours offerts à cet égard, notamment aux membres de la bande qui sont mariés à un Indien appartenant à une autre bande ou à un non-Indien.

Sur réception d'un avis d'ordonnance, de jugement ou de déclaration, le gestionnaire des terres ou l'administrateur responsable des terres et du logement dans la réserve s'assurera que les parties ou l'une d'elles rembourseront l'emprunt hypothécaire. Cette partie peut être l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien. L'ordonnance, le jugement ou la déclaration sera inscrit sur le titre de façon que, lorsque l'emprunt hypothécaire sera remboursé, le titre soit enregistrée en conséquence. Par exemple, si l'époux qui n'est pas un

membre de la bande ou un Indien garde la maison et s'occupe des enfants, les règlements administratifs de la bande préciseront lequel des époux est responsable du remboursement de l'emprunt hypothécaire. Il y sera aussi question de possession exclusive ou provisoire par l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien. La partie qui rembourse l'emprunt hypothécaire obtiendra probablement un titre lorsque le détenteur reprendra possession de la terre attribuée selon la coutume ou détenue traditionnellement si elle rembourse entièrement l'emprunt hypothécaire. Si l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien a remboursé l'emprunt hypothécaire, il peut se voir accorder le droit d'occuper la terre et la maison à vie ou pour un certain nombre d'années. Si des enfants sont nés du mariage, le titre peut leur être transféré, sous réserve de l'intérêt viager détenu par le parent qui a remboursé l'emprunt hypothécaire. Le transfert administratif est complété par l'adoption d'une résolution dans laquelle le conseil de bande reconnaît que le nouveau détenteur a un domaine viager, le titre sous-jacent étant attribué aux enfants du mariage.

Si aucun des époux n'accepte de se charger de l'emprunt hypothécaire à la satisfaction de la bande, un autre membre de la bande peut prendre en charge cet emprunt et devenir éventuellement titulaire d'un titre relatif à la terre attribuée selon la coutume ou détenue traditionnellement en contrepartie. Les paiements déjà faits par le couple séparé ou divorcé peuvent faire l'objet d'une entente entre la bande, le couple et le nouveau créancier hypothécaire.

Les solutions

Le conseil de bande a le pouvoir de prendre des mesures relativement à la résidence conjugale en vertu de l'alinéa 81(1)p.2), notamment en ce qui a trait à la possession exclusive, à la possession provisoire et à l'enregistrement d'un domaine viager ou d'un intérêt viager détenu pour un certain nombre d'années par un époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien. Il faudrait peut-être, pour clarifier la loi et conférer des pouvoirs aux tribunaux, reconnaître des pouvoirs en matière de divorce et de séparation ainsi que les incidences du divorce ou de la séparation sur une habitation sociale louée avec option d'achat qui est située sur une terre appartenant à la bande et attribuée selon la coutume ou

détenue traditionnellement. Il est probable que ce type d'habitation sociale soit située sur un [TRADUCTION] « terrain résidentiel » qui ne peut être partagé en raison de sa taille - une seule maison peut être construite sur un tel terrain.

Des règlements administratifs établis en vertu de cette disposition de la *Loi sur les Indiens* peuvent traiter de domaines viagers et du nombre d'années d'occupation accordé à un époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien.

Aucune disposition de la *Loi sur les Indiens* n'empêche les conseils de bande d'adopter des règlements administratifs sur le partage des biens matrimoniaux qui forment une habitation sociale louée avec option d'achat dans une réserve, mais ce pouvoir peut être clarifié ou étendu pour qu'il s'applique aux époux qui ne sont pas des membres de la bande ou des Indiens. Il faut modifier la loi pour conférer aux cours supérieures le pouvoir de statuer sur les différents droits et recours des époux qui divorcent ou se séparent dans une réserve indienne. Une modification pourrait devoir être apportée à l'alinéa 81(1)p.2) afin d'autoriser les conseils de bande à accorder la possession exclusive, l'occupation pour un certain nombre d'années, la possession provisoire et une indemnité à l'époux obligé de quitter la maison. Les règlements administratifs de la bande peuvent prévoir lequel des époux se chargera du loyer jusqu'à ce que l'habitation soit achetée. Ils pourraient aussi prévoir que la bande peut déterminer s'il est subvenu aux besoins des enfants dans l'accord de séparation, notamment en ce qui a trait à leurs conditions de vie, de logement, etc.

En vertu du nouveau paragraphe 81(2), les cours supérieures peuvent être habilitées à délivrer des ordonnances, des jugements ou des déclarations afin :

- a) d'attribuer un droit de propriété ou un droit de possession sur un bien, assorti d'un intérêt viager, à l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien;
- b) d'ordonner à l'un des époux d'indemniser l'autre en cas d'aliénation de biens ou afin d'équilibrer le partage;
- c) d'ordonner la vente de biens ayant une plus grande superficie qu'un terrain résidentiel, ainsi que le

paiement, à même le produit de la vente, aux deux époux ou à l'un d'eux, dans les proportions ou montants qu'elles spécifient (semblable à l'article 50 de la *Loi sur les Indiens*);

d) d'ordonner que les biens formant la part, en tout ou en partie, de l'un ou l'autre ou des deux époux soient transférés ou cédés aux enfants du mariage ou placés en fiducie à leur profit, et prendre les mesures correspondantes relativement aux terres attribuées à la famille ou détenues traditionnellement qui sont touchées par le divorce ou la séparation;

e) si un bien appartient aux époux en tenance conjointe, de disjoindre cette tenance;

f) si elles sont convaincues qu'un époux a fait ou a l'intention de faire don d'un bien à un tiers, ou a l'intention de transférer un bien à un tiers qui n'est pas un acheteur de bonne foi pour contrepartie, dans le but de faire échec à la revendication d'un intérêt dans le bien que l'autre époux peut avoir alors ou dans l'avenir en vertu d'un règlement administratif de la bande, d'interdire le don ou le transfert, de céder le bien en totalité ou en partie à l'autre époux ou de le placer en fiducie pour lui;

g) d'empêcher la personne qui possède une terre traditionnelle de disposer des biens familiaux jusqu'à ce que l'autre partie établisse une revendication (article 67 de la FRA); les cours pourraient, dans l'ordonnance, donner des instructions concernant la possession, la remise, la garde et la préservation d'un bien familial ou d'un autre bien en cause avant qu'un avis soit signifié à l'autre partie et pourraient ordonner qu'un avis soit signifié à l'autre partie;

h) d'ordonner la possession exclusive ou provisoire des biens matrimoniaux ou l'indemnisation de l'époux qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien.

Scenario D (accord de séparation, alinéa 56(1)a) de la FRA)

- (1) Les époux sont membres de la bande et vivent dans une habitation sociale qui n'est pas louée avec option d'achat

La terre et l'habitation appartiennent à la bande. L'occupation est laissée à la discrétion du conseil de bande et est régie par les politiques en matière de logement que celui-ci adopte.

La bande a le pouvoir, en vertu de l'alinéa 81(1)p.2), d'établir un règlement administratif traitant du droit d'un époux séparé ou divorcé de continuer d'occuper une unité d'habitation sociale louée. Le règlement devrait régir également les droits des enfants de demeurer dans la maison avec le parent qui en a la garde. Ces règlements peuvent ne faire aucune discrimination de genre et permettre autant à la mère ou au père qui a la garde des enfants de demeurer dans l'unité.

Le dépôt d'une ordonnance, d'un jugement ou d'une déclaration auprès de la bande, du gestionnaire des terres, des responsables du logement ou de l'administrateur entraînera probablement un examen du droit de rester dans le logement social de la bande situé sur une terre lui appartenant.

Comme l'unité d'habitation et la terre sur laquelle elle se trouve appartiennent à la bande, les tribunaux n'auraient pas compétence au regard de l'interdiction de vendre l'unité sans consentement. Seule la bande a le pouvoir de vendre. Des ordonnances de partage et de vente ne peuvent être rendues à l'égard des époux occupants, et c'est la politique de la bande sur l'occupation qui s'appliquera en cas de séparation ou de divorce. La possession provisoire ou exclusive en cas de séparation ou de divorce sera déterminée par la politique de la bande car celle-ci est le seul propriétaire légal de la terre et des bâtisses. La question de l'indemnisation de l'époux qui quitte l'unité de location sera aussi régie par la politique de la bande sur l'occupation.

- (2) Un membre de la bande est marié à une personne qui n'est pas un membre de la bande ou un Indien et le couple vit dans une habitation sociale louée avec option d'achat

La terre et l'habitation appartiennent à la bande. L'occupation est laissée à la discrétion du conseil de bande et est régie par les politiques en matière de logement que celui-ci adopte.

Si l'époux qui n'appartient pas à la bande souhaite continuer à vivre dans le logement social de la bande, qu'un loyer soit payé ou non, c'est la politique de la bande qui s'appliquera. Le conseil de bande pourrait avoir adopté une résolution en application de l'alinéa 81(1)p.2)

concernant les époux vivant dans la réserve. La résolution du conseil de bande ou la politique sur le logement devrait également viser les cas où un époux qui n'est pas membre de la bande a divorcé ou s'est séparé, qu'il ait ou non à sa charge des enfants nés du mariage. Ces règlements peuvent ne faire aucune discrimination de genre et permettre autant à l'époux qu'à l'épouse qui a la garde des enfants de demeurer dans l'unité.

S'ils sont avisés par un couple de l'existence d'un accord de séparation, le gestionnaire des terres, les responsables du logement ou l'administrateur procéderont probablement à un examen du droit de rester dans la maison ou sur la terre appartenant à la bande.

Comme l'unité d'habitation et la terre sur laquelle elle est construite appartiennent à la bande, les tribunaux n'auraient pas compétence au regard de l'interdiction de vendre l'unité sans consentement. Seule la bande a le pouvoir de vendre. Des ordonnances de partage et de vente ne peuvent être rendues à l'égard des époux occupants, et c'est la politique de la bande sur l'occupation qui s'appliquera en cas de séparation ou de divorce car celle-ci est le seul propriétaire légal de la terre et des bâtisses. La question de l'indemnisation de l'époux qui quitte l'unité de location sera aussi régie par la politique de la bande sur l'occupation.

Les unions de fait et les mariages coutumiers

Les conjoints de fait ne jouissent pas des mêmes avantages que les personnes mariées en vertu des lois de la province sous le régime de la partie 5 de la FRA (C.-B.). Les couples homosexuels qui sont mariés en vertu des lois de la province jouissent de ces avantages, même s'ils peuvent devoir signer des accords de mariage et de séparation.

En ce qui concerne les terres visées par un CP, tous les couples seraient sur un pied d'égalité si le terme « époux » était défini dans la *Loi sur les Indiens* de manière à désigner deux personnes qui sont mariées en vertu du droit provincial ou territorial. Ces époux peuvent obtenir un « divorce ».

Dans le cas des terres attribuées selon la coutume ou détenues traditionnellement, le terme « époux » peut être

défini en vertu de l'alinéa 81(1)p.2) de manière à désigner les personnes mariées en vertu du droit provincial ou territorial, les conjoints de fait qui ont habité ensemble pendant au moins un ou deux ans et les couples mariés selon la coutume, c'est-à-dire les couples qui sont mariés en vertu des règles traditionnelles applicables à la bande. La reconnaissance des conjoints de fait et des mariages coutumiers établirait une norme plus rigoureuse que le droit provincial ou territorial si tous les conjoints jouissaient des mêmes droits et des mêmes recours que le droit provincial accorde aux couples divorcés ou séparés. Toute modification de l'alinéa 81(1)p.2) ou de l'article 2 concernant les pouvoirs de la bande en matière d'établissement de règlements administratifs régissant le divorce ou la séparation peut être laissée aux soins de la bande. Chaque bande peut adopter sa propre définition d'« époux », à la seule condition que celle-ci englobe à tout le moins les personnes mariées en vertu du droit provincial ou territorial. Les bandes peuvent ainsi adopter une définition plus large si elles le souhaitent.

La politique sur l'autonomie gouvernementale, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale en vertu de l'article 35 et les droits sur les biens matrimoniaux, y compris la modification de la *Loi sur les Indiens*

Les biens matrimoniaux situés sur des terres attribuées selon la coutume ou sur des terres détenues traditionnellement relèvent des conseils de bande, contrairement aux biens situés sur des terres visées à l'article 20. Les conseils de bande ont le pouvoir, en vertu de l'alinéa 81(1)p.1), d'établir des règlements administratifs concernant les droits des membres de la bande et des autres personnes dans la réserve. Ils peuvent aussi, en vertu de l'alinéa 81(1)p.2), établir des règlements administratifs concernant les droits des époux ou conjoints de fait et des enfants qui résident avec des membres de la bande dans une réserve pour toute matière au sujet de laquelle ils peuvent établir des règlements administratifs à l'égard des membres de la bande.

Le présent document traite du caractère exécutoire des droits des époux vivant dans une réserve lorsque la bande a établi des règlements administratifs en vertu des alinéas 81(1)p.1) et p.2). Pour plus de précision, il est souhaitable de faire en sorte que les conseils de bande sachent que ces règlements peuvent viser les droits et les

recours dont disposent les époux qui divorcent ou se séparent. Les différents droits et recours prévus par une loi provinciale comme la FRA constituent un bon point de départ. Les conseils de bande ont le droit d'aller plus loin que les lois provinciales et de conférer des droits et des recours aux conjoints de fait et aux époux mariés selon la coutume, sans empiéter sur les pouvoirs de la bande; toute modification proposée précise ces pouvoirs. Il incombe aux administrations indiennes locales de prendre des mesures raisonnables au bénéfice des membres de la bande qui sont mariés en vertu du droit provincial ou de la coutume ou qui vivent en union de fait notamment. La disposition qui sera ajoutée a pour but de donner aux tribunaux le pouvoir d'appliquer les règlements administratifs des bandes concernant les droits sur les biens matrimoniaux et de prévoir des recours équitables.

La gestion des terres visées par un CP relève exclusivement du ministre. Lui seul dispose de pouvoirs à l'égard de ces terres. Toute modification visant à conférer des pouvoirs aux tribunaux ne porte pas atteinte aux pouvoirs du ministre ni à ceux dont jouissent actuellement les administrations indiennes locales. Les modifications facilitent la séparation et le divorce des personnes qui possèdent des biens matrimoniaux dans une réserve indienne. Les biens matrimoniaux détenus en vertu d'un CP ne relèvent pas actuellement des conseils de bande, mais du ministre. C'est à lui qu'il incombe de combler le vide juridique concernant les couples vivant dans une réserve qui divorcent ou se séparent. Les administrations indiennes locales ne peuvent pas légitimement prétendre que toute modification touchant l'aliénation de biens matrimoniaux visés par un CP nuira à l'autonomie gouvernementale des Autochtones. Cela fait plus de 100 ans que ce pouvoir appartient exclusivement au Parlement.

Conclusion

Le ministre peut modifier la *Loi sur les Indiens* en ce qui concerne les droits sur les biens matrimoniaux de manière à résoudre le problème en conférant aux tribunaux et au ministre les pouvoirs nécessaires pour donner suite à des ordonnances, des déclarations ou des jugements ayant trait au divorce ou à la séparation d'un couple.

Les pouvoirs dont disposent les bandes à cet égard peuvent être accrus sans que l'on impose une solution

applicable à toutes les administrations indiennes locales. Celles-ci jouissent déjà de certains pouvoirs en vertu des alinéas 81(1)p.1) et p.2), qu'elles peuvent avoir exercés ou non. Des précisions peuvent être ajoutées quant aux différents droits sur les biens matrimoniaux et aux différents recours connexes. Des modifications peuvent aussi être apportées afin que les tribunaux puissent rendre des ordonnances, des jugements et des déclarations au bénéfice des époux qui divorcent ou se séparent dans des réserves indiennes.

Et tous ces changements seront nécessairement assujettis à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Annexe H

**Consultation sur le document de politique
des Premières nations du Traité n° 8 en Alberta**



PREMIÈRES NATIONS DU TRAITÉ N° 8 EN ALBERTA



**POLITIQUE DE CONSULTATION DES PREMIÈRES
NATIONS**

LE 7 MARS 2005

POLITIQUES ET PRINCIPES RELATIFS AU TRAITÉ N° 8

PRÉAMBULE :

Les chefs et les dirigeants qui, en vertu de leur droit naturel, ont conclu le Traité n° 8 selon des critères de paix et d'amitié ne détenaient pas le pouvoir ou la capacité, et n'avaient nulle intention, de céder ou d'abandonner les terres connues aujourd'hui à titre de territoire du Traité n° 8 dans la province d'Alberta.

Les peuples du Traité no 8 (Alberta), et leurs gouvernements des Premières nations respectifs, n'ont jamais renoncé à leur rôle et leur responsabilité à titre de gérants de ces terres.

Les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta et leurs membres affirment leur droit d'assurer collectivement leur subsistance respective sur la totalité du territoire revendiqué en vertu de la Proclamation royale de 1763, du Traité n° 8, de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la jurisprudence, ainsi que d'établir leurs droits particuliers par le biais de protocoles internes.

Les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta et leurs membres affirment que toute activité menée sur les terres de la Couronne du territoire du Traité n° 8 – y compris toutes les questions de réglementation – nécessitent une consultation afin de déterminer leur incidence sur les droits issus de traités et ancestraux affirmés dans la *Loi constitutionnelle de 1982* et sur les autres droits confirmés par la jurisprudence.

Les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta et leurs membres font valoir qu'une consultation avec leurs représentants et organismes dûment autorisés profite aussi bien à leurs Premières nations respectives qu'à l'Alberta.

Les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta et leurs membres déclarent qu'ils souhaitent en arriver à plus de certitude sur la question d'une mise en valeur écologique et durable, au moyen d'un processus de consultation jugé satisfaisant à la fois par leurs gouvernements et par l'Alberta.

ÉNONCÉ DE POLITIQUE :

Les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta et leurs membres se guident sur les principes suivants :

1. L'Alberta a l'obligation juridique de consulter les gouvernements des Premières nations du Traité n° 8 en Alberta si une mise en valeur des terres de la Couronne est susceptible de se répercuter sur les droits et

intérêts, revendiqués par les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta, rattachés à l'obligation juridique qui naît à chaque fois que la Couronne prend connaissance, notamment par interprétation, d'un droit ou titre ancestral, et songe à prendre des mesures susceptible de lui porter préjudice.

2. Il est nécessaire d'établir en temps voulu des processus de consultation bien définis, convenables et acceptables aux deux parties avec les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta, au moyen de la création de lignes directrices conjointes sur la consultation.
3. Dans le cadre d'un régime agréé par les deux parties, l'Alberta doit mener des consultations pour évaluer les incidences possibles des activités sanctionnées par la Couronne sur le territoire du Traité n° 8, sous l'angle des droits et intérêts revendiqués par ces Premières nations, en vue d'éviter ou de minimiser ces répercussions et, au besoin, de trouver d'autres recours pour autant qu'ils soient conformes aux lois du Canada.

PRINCIPES DE CONSULTATION :

1. Les consultations entre l'Alberta et les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta et leurs membres doivent être constructives et menées de bonne foi.
2. Les consultations entre l'Alberta et les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta et leurs membres en vue de prendre des décisions en connaissance de cause doivent se dérouler au stade de planification stratégique, avant toute forme d'aliénation nécessitant l'attribution ou la délivrance de permis.
3. Il incombe au gouvernement de l'Alberta de gérer le processus de consultation sur le territoire du Traité n° 8 (Alberta); dans certains cas, la loi fédérale rendra obligatoire la participation du gouvernement fédéral.
4. Une consultation doit avoir lieu entre les gouvernements des Premières nations du Traité n° 8 (Alberta) et le gouvernement de l'Alberta – et s'il y a lieu, pour des projets particuliers, avec le promoteur du projet – concernant le territoire du Traité n° 8 en Alberta.
5. On s'attend à ce que toutes les parties fournissent toutes les informations pertinentes disponibles, et qu'elles prévoient un délai et une capacité suffisants pour réaliser un examen.

6. Le gouvernement de l'Alberta doit s'efforcer de bonne foi de modifier les calendriers législatifs et réglementaires applicables en vue de tenir compte des processus de consultation nécessaires.
7. Il faut au besoin intégrer la consultation à toute activité qui fait intervenir plusieurs gouvernements provinciaux ou autres paliers du gouvernement, et l'organiser selon les principes de planification intégrés de gestion des ressources sous-régionaux.

RECONNAISSANCE DES PRINCIPES QUI GUIDENT LA POLITIQUE DE CONSULTATION :

1. Il convient de reconnaître l'autonomie de chaque Première nation du Traité n° 8 en Alberta, et de la garantir, en termes de non-ingérence relativement à ses ententes, discussions et négociations particulières avec l'Alberta et l'industrie.
2. L'Alberta doit prendre acte de cette politique au moyen d'un instrument garantissant aux Premières nations du Traité n° 8 en Alberta que le gouvernement de la province confirme, modifie ou interprète sa politique de consultation à la lumière de leurs politiques, de façon admissible en droit.
3. Le gouvernement de l'Alberta doit prendre acte de sa responsabilité de fournir les ressources nécessaires pour permettre aux Premières nations du Traité n° 8 en Alberta de participer véritablement au processus de consultation.

PREMIÈRES NATIONS DU TRAITÉ N° 8 EN ALBERTA



GUIDE-CADRE DE CONSULTATION DES PREMIÈRES NATIONS

Le 27 juin 2005

PREMIÈRES NATIONS DU TRAITÉ N° 8 EN ALBERTA

GUIDE-CADRE DE CONSULTATION DES PREMIÈRES NATIONS DU TRAITÉ N° 8 (ALBERTA)

1. PRINCIPES FONDAMENTAUX

Désireux d'appuyer les intérêts des Premières nations du Traité n° 8 en Alberta, le comité de consultation et groupe consultatif technique des chefs soumet à la table de négociation conjointe Alberta-Traité n° 8 un guide-cadre qui offre les possibilités les plus générales pour procéder à une consultation honorable, légale et utile avec l'industrie et les gouvernements relativement à la mise en valeur des terres et des ressources sur le territoire visé par le Traité n° 8 (Alberta).

1.1 L'un des objectifs du présent guide est de maintenir et d'améliorer sensiblement, en faveur de nos Premières nations membres, les ententes véritables et avantageuses sur le plan économique conclues avec l'industrie et les gouvernements relativement à la mise en valeur des terres et des ressources sur le territoire du Traité n° 8 (Alberta).

1.2 Les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta affirment qu'elles s'inspirent du principe que leur travail s'accomplit sur l'initiative des Premières nations elles-mêmes et qu'il ne doit pas porter préjudice aux efforts actuels et passés des Premières nations membres, à titre individuel et collectif, relatifs à la mise en valeur des terres et des ressources.

1.3 Il faut veiller, dans tout ce travail, à ce que les droits ancestraux et issus de traités des Premières nations membres et de leurs peuples ne soient ni abrogés, ni annulés.

1.4 Il convient de préconiser et d'adopter des moyens pratiques de garantir la durabilité de la mise en valeur, au moyen de méthodes de protection environnementale – y compris de la protection de l'utilisation traditionnelle des terres au sens de la loi – auxquelles les Premières nations membres puissent participer.

1.5 Une relation de gouvernement à gouvernement doit être maintenue grâce à un dialogue qui s'articule autour de la recherche d'une entente sur un guide-cadre qui représente les intérêts des Premières nations du Traité n° 8

(Alberta) et qui sert à tenir informés l'Alberta et, en temps opportun, le Canada et l'industrie, afin que leurs instruments gouvernementaux soient conçus de manière à réaliser une communauté d'intérêts.

1.6 Les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta font valoir que la Couronne est tenue de les consulter dans les circonstances suivantes :

- 1.6.1 Une Première nation du Traité n° 8 met en avant des droits de subsistance sur les terres du Traité n° 8;**
- 1.6.2 Une Première nation cherche véritablement à obtenir le règlement de ses revendications sur les droits de subsistance;**
- 1.6.3 Une Première nation du Traité n° 8 a présenté des informations qui démontrent *prima facie* l'existence probable de tels droits de subsistance.**

2. ÉLÉMENTS DE BASE DES LIGNES DIRECTRICES SUR LA CONSULTATION

2.1 Reconnaissance des droits

La Couronne du chef de l'Alberta et les tierces parties doivent reconnaître expressément que les Premières nations du Traité n° 8 (Alberta) jouissent de droits et intérêts précis accordés légalement et constitutionnalisés. L'Alberta et toutes les tierces parties en cause sont tenues – comme point de départ des consultations et objectif global du processus de consultation – d'honorer et de protéger les droits des Premières nations.

2.2 Communication des informations

Il faut transmettre sans attendre aux Premières nations toutes les informations pertinentes concernant une décision proposée. Elles doivent connaître à fond non seulement le détail d'une décision ou mesure proposée, mais aussi les répercussions possibles sur elles, c'est-à-dire les incidences sur leurs terres, membres, droits, titres, utilisations traditionnelles, et relations et activités actuels.

La Couronne du chef de l'Alberta et les tierces parties ont le devoir positif de recueillir et de regrouper les informations nécessaires, puis de les communiquer aux Premières nations. Souvent, cela exige une commande d'études indépendantes et(ou) la remise à ces nations des ressources et de la capacité voulues pour entreprendre l'analyse nécessaire. Tout cela doit être fait aussi tôt que possible.

Ces informations doivent aller au-delà de la décision ou proposition particulière pour englober les incidences cumulatives plus larges. Les répercussions doivent être examinées non pas isolément, mais uniquement dans le contexte des répercussions constantes, multiples et cumulatives déjà subies par les Premières nations.

La communication d'informations n'est que la première étape importante du processus de consultation : à elle seule, elle ne satisfait pas ne serait-ce qu'au critère le plus minime de consultation. L'occasion doit aussi être offerte aux Premières nations de répondre, de faire entendre leur voix et d'exprimer leur consentement.

2.3 Développement des capacités

Une consultation n'a de sens véritable que si les Premières nations disposent du temps et des ressources voulus pour participer utilement, ce qui nécessite de l'argent pour engager le personnel interne et obtenir l'expertise externe nécessaires. Les Premières nations ont besoin de ressources suffisantes pour traiter les demandes et y répondre, pour effectuer leur propre analyse et pour mener un dialogue valable avec la Couronne et les tierces parties.

Il faut aussi des fonds en vue de permettre aux Premières nations de participer, de veiller à ce que les terres et ressources soient gérées de manière à assurer une mise en valeur durable des ressources, et de s'acquitter aussi de leur responsabilité primaire envers la préservation des terres, ressources et écosystèmes pour les générations actuelles et à venir. Ces fonds doivent aussi permettre aux Premières nations de s'intégrer véritablement sur le plan économique afin d'exercer leurs droits « de subsistance » sur les terres et les ressources.

2.4 Processus bidirectionnel

Il faut que la consultation avec les Premières nations soit bidirectionnelle et ne se borne pas à fournir des informations ou à communiquer des décisions après qu'elles ont été prises. L'occasion doit leur être offerte d'exprimer leurs intérêts et préoccupations, et de veiller à ce qu'on y donne la suite nécessaire.

Il faut donner une suite spécifique aux problèmes ou préoccupations mis à jour par les Premières nations. On ne peut simplement ignorer leurs suggestions : il faut soit les adopter, soit donner des raisons valides pour leur rejet.

2.5 Éviter les préjudices

La consultation doit avoir pour but premier d'éviter de porter préjudice aux droits et intérêts des Premières nations. Il incombe à la Couronne (et aux tierces parties s'il y a lieu) de veiller à ce qu'on étudie toutes les autres solutions raisonnables qui ne portent pas atteinte aux droits ancestraux et issus de traités.

2.6 Minimiser les incidences inévitables

Si certaines répercussions sont inévitables, le but des consultations doit être par ailleurs de veiller à tout mettre en œuvre pour réduire au minimum les incidences sur les Premières nations. Ici encore, il appartient à la Couronne et aux tierces parties d'étudier toutes les possibilités raisonnables et d'adopter la méthode qui aura le moins possible de conséquences pour les Premières nations; celles-ci doivent par définition participer directement à ce processus.

2.7 Priorité des intérêts des Premières nations

Minimiser les répercussions revient à accorder la priorité aux intérêts des Premières nations par rapport aux objectifs de la Couronne et aux intérêts des tiers. Les principes fiduciaires dictent que priorité doit être accordée aux Premières nations; la relation fiduciaire dicte que la Couronne ne peut permettre que les intérêts des tiers, ou ses propres intérêts, aient préséance sur ses obligations supérieures envers les Premières nations.

2.8 Juste indemnisation

Même quand les incidences sont réduites au minimum, il convient d'indemniser les Premières nations pour les répercussions restantes; des consultations doivent se tenir pour fixer l'importance et la forme de cette indemnisation.

2.9 Participation des Premières nations et partage des indemnités

L'établissement des priorités voulues, la réduction des incidences et la juste indemnité sont des mesures qui exigent pour une part que les Premières nations participent activement aux prises de décisions, au contrôle et à la gestion continue des projets, et qu'elles prennent part aux avantages économiques et autres. Cela comprend des occasions d'emploi pour leurs membres, de même qu'un partage des revenus ou des avantages à long terme comparables pour les Premières nations en cause. Elles doivent aussi participer à toute surveillance des projets, pour veiller à ce qu'on respecte en permanence les exigences de consultation, d'établissement de priorités, d'incidence minimale et de juste indemnisation.

2.10 Processus de règlement des différends

Il faut élaborer et adopter un processus de règlement des différends (PRD) fondé sur une entente mutuelle plutôt que sur un système accusatoire.

2.11 Plan d'atténuation, d'accommodement et d'indemnisation (AAI)

Il faut énoncer dans un plan d'AAI tous les efforts visant à minimiser les incidences et à garantir une juste indemnisation. Ce Plan doit préciser les engagements en matière de mesures d'atténuation, d'accommodement et d'indemnisation (par exemple les mesures d'atténuation des incidences sur les mouvements et l'habitat de la faune, et les engagements envers la restauration de l'environnement, la mise en valeur communautaire, l'emploi et la formation sur place).

Le plan d'AAI doit lier aussi bien la Couronne que les tierces parties. En sa qualité de fiduciaire, la Couronne a l'obligation de surveiller et d'assurer la conformité aux conditions stipulées dans le Plan.

2.12 Échéances et conséquences

Une consultation visant à éviter et à minimiser les répercussions et à tenir compte des droits et intérêts des Premières nations du Traité n° 8 doit être achevée avant que la décision soit prise, qu'on exécute la mesure ou que l'activité autorisée ait lieu; à défaut, la décision est susceptible d'être invalidée.

Mais les obligations vont au-delà de ce qui précède : les mesures d'atténuation et d'accommodement doivent se poursuivre aussi longtemps que dure l'activité autorisée; à défaut de quoi la décision et toute mesure prise en application d'elle sont sujettes à invalidation, tandis que la Couronne aussi bien que les tierces parties sont passibles de dommages, ce qui peut inclure la justification des profits.

3. CE QU'ON ATTEND DE L'INDUSTRIE

Les Premières nations du Traité n° 8 (Alberta), se fondant sur les lignes directrices qui précèdent, exigent donc que les conditions suivantes soient respectées dans leurs relations avec l'industrie :

- 3.1. Une déclaration explicite et écrite, par l'entreprise, reconnaissant que les droits issus de traités et ancestraux des Premières nations du Traité n° 8 ne sont pas éteints.
- 3.2. Des informations détaillées non seulement sur le projet particulier à l'étude, mais sur les plans à court, à moyen et à long termes de l'entreprise dans le

secteur. L'entreprise en cause et les autres doivent analyser toutes les propositions par rapport aux mises en valeur actuelles.

- 3.3. Les droits et intérêts des Premières nations du Traité n° 8 doivent être expressément mentionnés dans toute documentation de l'entreprise (ce qui comprend les renseignements communiqués aux actionnaires, acheteurs, prêteurs, gouvernements et membres du public) : ainsi, tous les intéressés seront avertis que les droits et intérêts des Premières nations grèvent les intérêts de l'entreprise. La non-exécution de ce qui précède expose l'entreprise à se voir considérée comme une fiducie d'office.
- 3.4. Des engagements garantissant aux Premières nations touchées une indemnisation pour les répercussions et pertes découlant du projet, et un plein partage des profits. Ce résultat est atteint en temps normal au moyen du plan d'AAI. Ces engagements comprennent entre autres le partage des revenus ou des avantages à long terme comparables; des occasions d'emploi; le financement des capacités; l'indemnisation des trappeurs; la mise en valeur communautaire; et la restauration de l'environnement.
- 3.5. L'engagement de ne pas procéder à un projet avant la conclusion du processus de consultation et la détermination des accommodements, ce qui comprend la conception et la mise en application du plan d'AAI.
- 3.6. La société doit aussi prendre acte que ses obligations durent jusqu'à la fin du projet, ainsi que convenir de se conformer au PRD établi en cas de différend quant à la conformité au plan.

4. TROIS STADES DE CONSULTATION

Les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta considèrent que les éléments de la consultation s'inscrivent en trois étapes :

4.1 Consultation préalable

Il s'agit du stade d'information, dans lequel la Couronne et les tierces parties recueillent et regroupent toutes les informations pertinentes et les remettent aux Premières nations. Cela comprend les informations propres à un projet (dont celles concernant les répercussions sur les Premières nations), y compris les incidences cumulatives et multiples. Il faut aussi leur accorder, outre des renseignements objectifs et complets, le temps et les ressources nécessaires pour les analyser et les traiter correctement.

4.2 Processus de réglementation public

Un projet ou une décision est souvent soumise à un processus de réglementation public, par exemple des audiences devant l'Office national

de l'énergie ou l'Alberta Energy and Utilities Board. Mais ces processus ne sont pas assimilables à une consultation auprès des Premières nations, puisqu'ils ne sont pas axés sur leurs intérêts, questions et préoccupations; ils ne sauraient se substituer à un processus de consultation orienté spécifiquement vers ces nations.

Les Premières nations sont en droit de participer à ces processus au même titre que les autres intervenants et parties intéressées; elles sont parfaitement libres d'y participer ou non, décision qui est strictement « sous toute réserve ». On ne doit pas interpréter la décision par une Première nation du Traité n° 8 de participer à un processus public comme une consultation suffisante avec elle; de même, le refus d'y participer ne peut être considéré comme une tentative de faire échec au processus de consultation.

4.3 Processus propres aux Premières nations

Les consultations propres aux Premières nations consistent en une consultation directe et bidirectionnelle entre elles et la Couronne, et en une consultation à trois entre elles, la Couronne et l'industrie. Ce stade de consultation comporte toujours le devoir positif d'accommoder leurs droits, préoccupations et intérêts. Le résultat doit satisfaire à tous les facteurs de justification juridique, y compris la priorité, l'atténuation et l'indemnisation.

S'il se révèle impossible d'éviter toute répercussion, la Couronne et les Premières nations doivent s'entendre sur les mesures d'atténuation, d'accommodement et d'indemnisation nécessaires. On demande alors aux tierces parties de participer à l'établissement de la mise en application détaillée de ces mesures, au moyen d'un plan d'AAI.

Les exigences de la consultation qui relève de l'étape trois demeurent en vigueur; pour qu'elle demeure valide, la consultation propre aux Premières nations doit se poursuivre tout au long du projet ou de l'activité. La Couronne et les tierces parties sont tenues, de par leurs obligations fiduciaires parallèles, de veiller à ce qu'on respecte en permanence toutes les exigences juridiques.

5. APPLICATION

Le guide-cadre des Premières nations se veut un point de départ pour les conseils prodigués à la Couronne et aux tierces parties sur les modalités de consultation des Premières nations du Traité n° 8 concernant les terres et les ressources sur leur territoire situé dans les limites de l'Alberta. Il doit servir de base pour les discussions de gouvernement à gouvernement en vue de tenir l'Alberta informé,

avant que cette province ne mette la dernière main à son guide-cadre de consultation des Premières nations.

Il est à prévoir que les discussions feront ressortir des divergences d'opinion; l'on s'attend toutefois à ce que toutes les parties s'efforcent de bonne foi de trouver des solutions et de créer l'instrument qui favorisera l'harmonie parmi tous les intéressés.

On s'attend aussi à ce que les éléments sectoriels spécifiques qui seront établis après l'élaboration du guide-cadre de l'Alberta obéiront au même processus qui a mené à la création de la méthode conjointe, de gouvernement à gouvernement, utilisée pour l'exécution de ces tâches.

ANNEXES

ANNEXE 1

« Utilisation traditionnelle »

Voici la première question fondamentale : quel gouvernement détient la prérogative ou l'autorité légitime de définir cette expression?

- Dans sa politique de consultation des Premières nations, le gouvernement de l'Alberta donne une définition étroite de « l'utilisation traditionnelle » d'où la médiocrité du texte.
- Les relations fondées sur un traité, qui doivent constituer le contexte de définition d'expressions comme « utilisation traditionnelle », mettent en jeu le gouvernement de la Couronne fédérale, et plusieurs gouvernements actuels de premières nations relevant du Traité n° 8.
- Par décision exécutive, la Couronne fédérale a confirmé le droit des Premières nations de régir les aspects qui sont au cœur de leur identité collective et qui font partie intégrante de leur culture;
- Quand elles exercent leur droit inhérent à l'autodétermination, les Premières nations du Traité n° 8 doivent définir les termes qui sont au cœur de l'identité collective de leur peuple et qui font partie intégrante de leur culture.

La deuxième question fondamentale au sujet de l'expression « utilisation traditionnelle » consiste à élucider son sens exact.

- Le gouvernement de l'Alberta a défini ces pratiques « d'utilisation traditionnelle » par rapport à un site ou une utilisation spécifique, et par référence générale à des pratiques limitées de chasse, piégeage et pêche à des fins de subsistance par les Premières nations.
- Le gouvernement de l'Alberta affirme que les relations fondées sur « l'utilisation traditionnelle » n'ont pas un caractère « exclusif », c'est-à-dire qu'elles n'équivalent pas à un intérêt dans les terres ou ressources.
- Les gouvernements de Premières nations emploient l'expression « utilisation traditionnelle » pour désigner des pratiques d'utilisation des terres et des ressources qui sont au cœur de l'identité, et font partie intégrante, de la culture des membres des Premières nations du Traité n° 8.
- Ces pratiques d'utilisation des terres et des ressources sont à l'image des relations spirituelles, culturelles, politiques, sociales et matérielles entre les Premières nations du Traité n° 8 et les terres et ressources du territoire identifié dans leur traité.
- Les relations spirituelles, culturelles, politiques, sociales et matérielles entre les peuples du Traité n° 8 et ces terres et ressources constituent leur « culture », de même qu'un aspect central de leur identité aussi bien collective qu'individuelle.
- Les pratiques d'utilisation des terres et des ressources ne sont pas statiques ou figées dans le temps, mais évoluent et changent au sein des cultures et des sociétés des Premières nations.

La troisième question fondamentale au sujet de « l'utilisation traditionnelle » concerne le moyen de recueillir, de partager et d'utiliser les informations relatives à cette expression, comme point de départ pour une consultation valable entre les gouvernements des Premières nations et le gouvernement de l'Alberta.

Cette question n'est pas susceptible de réponse avant qu'on ait répondu aux deux premières questions, à savoir comprendre la nature des relations fondées sur les traités entre la Couronne et les gouvernements des Premières nations du Traité n° 8; et la nature des droits et intérêts de la Couronne et des Premières nations découlant de la négociation du Traité n° 8, avec l'obligation de la Couronne, découlant aussi de ces relations fondées sur un traité, de consulter les Premières nations.

ANNEXE 2

Relations fondées sur les traités avec la Couronne, et droits des Premières nations sur les terres rattachées à des traités

La politique de consultation et l'ébauche de lignes directrices de l'Alberta sont axées sur des consultations concernant des [TRADUCTION] « droits issus de traités ou autres droits constitutionnels existants ». Le mot « existant » renvoie aux droits qui ont été confirmés par des décisions d'un tribunal. Le gouvernement de l'Alberta soutient que « les droits issus de traités... existants » n'englobent aucun intérêt exclusif sur les terres et ressources transférées à l'Alberta en vertu des dispositions de la *Loi concernant le transfert des ressources naturelles* (1930) (LTRN), s'appuyant pour cela sur l'arrêt *R. c. Horseman* de la Cour suprême du Canada, qui concluait que l'intention de la Couronne, quand elle avait adopté cette Loi, était d'éteindre le droit issu de traité de chasser à des fins commerciales.

Les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta font valoir que la Couronne est tenue de les consulter dans les circonstances suivantes :

- **Une Première nation du Traité n° 8 met en avant des droits de subsistance sur les terres du Traité n° 8;**
- **La Première nation cherche véritablement à obtenir le règlement de ses revendications sur les droits de subsistance;**
- **La Première nation du Traité n° 8 a présenté des informations qui démontrent *prima facie* l'existence probable de tels droits de subsistance.**

Plusieurs Premières nations du Traité n° 8 ont déposé des déclarations devant les tribunaux à l'effet que la Couronne fédérale a manqué de satisfaire aux engagements découlant des traités relatifs aux droits de subsistance accordés par le Traité n° 8, et que la Couronne provinciale a contrevenu sans justification à ces droits du Traité n° 8.

Certaines Premières nations du Traité n° 8 ont déposé une revendication à la Direction générale des revendications particulières (Affaires indiennes et du Nord Canada); plusieurs de ces « revendications particulières » soutiennent que la Couronne fédérale ne s'est pas acquittée des engagements, découlant des traités, de protéger les « occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche », de remettre aux Indiens leur juste part des terres et des ressources, et de leur fournir les instruments nécessaires pour assurer leur subsistance.

Les Premières nations du Traité n° 8 en Alberta mènent des négociations bilatérales collectives avec la Couronne fédérale sur la question de la gouvernance fondée sur le

traité. L'un des volets de ces négociations bilatérales concerne les processus invoqués pour réaliser une compréhension mutuelle de la nature et la portée des droits de subsistance, découlant des traités, affirmés par la Couronne au cours de la négociation du Traité n° 8. Un représentant du ministère provincial des Affaires autochtones participe à ce processus bilatéral en qualité d'observateur.

Les Premières nations du Traité n° 8 et la Couronne ont recueilli un grand nombre de documents et d'affidavits à l'appui de l'examen, de l'analyse et du règlement en cours des revendications sur la nature et la portée des droits de subsistance des Premières nations affirmés dans le Traité n° 8, et des effets de la LTRN sur ces droits. Le gouvernement provincial et le gouvernement fédéral sont au courant de cet ensemble documentaire, qui est suffisant pour contester la décision de la CSC, dans *R. c. Horseman*, que l'intention de la Couronne fédérale, quand elle a adopté la LTRN, était d'éteindre les intérêts commerciaux des Indiens du Traité n° 8.

R. c. Horseman était une décision majoritaire de quatre des sept juges. L'opinion divergente, exprimée au nom des trois juges dissidents de la Cour suprême, faisait valoir les points suivants :

- la Couronne provinciale n'a présenté aucune preuve à l'appui de cet argument,
- le gouvernement fédéral n'a fourni aucune information quant aux intentions de la Couronne,
- La Couronne aurait été coupable d'un grave abus de confiance si elle avait unilatéralement éteint l'intérêt des Indiens qui est reconnu comme le fondement de leur acceptation de leurs rapports fondés sur un traité.

Les Premières nations du Traité n° 8 ont fourni à la Couronne des informations démontrant que l'intention de la Couronne fédérale, quand elle a adopté la LTRN, était accessoirement de protéger les droits de subsistance des Indiens du Traité n° 8, conformément à une politique et de même façon qu'elle avait procédé dans la portion des Territoires du Nord-Ouest située au nord de la limite de la province. Ces Premières nations soutiennent que les efforts documentés du ministre fédéral de l'Intérieur pour créer une série de réserves spéciales, entre 1923 et 1938, en vue de protéger les modes de subsistance ordinaires de certaines bandes du Traité n° 8 témoignent que la Couronne fédérale prenait au sérieux ces intérêts de subsistance et qu'elle entendait les protéger au moyen des dispositions des articles 1 et 2 de la LTRN.

Ce qui précède suffit pour démontrer que chaque Première nation du Traité n° 8 cherche sérieusement à régler les revendications sur la mise en application des engagements pris dans le Traité n° 8 relativement aux moyens de subsistance. Ces circonstances établissent l'obligation de la Couronne de consulter chacune des Premières nations du Traité n° 8 avant de régler ces revendications, en vue de protéger l'honneur de la Couronne. Cette obligation concerne aussi bien la Couronne fédérale – qui est tenue de protéger et de sauvegarder ces intérêts de subsistance du Traité n° 8 – que la Couronne provinciale, qui a pris en charge l'administration des terres et des ressources dans les limites de la province, sous réserve des modalités qui étaient en cours d'établissement en vertu des dispositions du Traité n° 8.

Nous prévoyons qu'une grande partie des discussions que nous tenons actuellement avec les représentants des gouvernements fédéral et provincial au sujet de la nécessité de tenir des consultations seront concentrées sur la rédaction de lignes directrices relativement à des consultations dans de telles circonstances.

ANNEXE 3

NOTE : Exemple fourni par le Conseil indien régional du Petit lac des Esclaves

Processus de règlement des différends

Les cinq Premières nations admettent qu'il peut arriver qu'elles ne puissent souscrire aux recommandations présentées par le CRCC (Consultation, Referral and Coordination Centre) sur les consultations (p. ex. sur la question de chevauchement, etc.) et conviennent que tout différend doit être réglé selon le processus énoncé dans le présent protocole.

Voici le déroulement du processus de règlement des différends :

- 1.1 Si un consensus se révèle impossible entre les chefs des Premières nations en cause ou leurs représentants, l'une des cinq Premières nations peut demander qu'on engage un tiers médiateur, financé par le CRCC, pour aider à régler le différend;
- 1.2 Le médiateur s'efforce de composer avec les Premières nations en vue de parvenir à un règlement à l'amiable;
- 1.3 Si aucun règlement à l'amiable ne se révèle possible, le médiateur fournit une courte recommandation au CRCC;
- 1.4 Les cinq Premières nations décident par vote majoritaire comment le différend doit être réglé;
- 1.5 Sauf convention contraire des parties, la médiation, et toute recommandation des médiateurs, demeurent confidentielles et connues des seules parties;
- 1.6 Le CRCC prend totalement à charge les frais des médiateurs.

Annexe I

Assemblée des Premières Nations Résolutions



OBJET : BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX – RÉSERVES À L'ÉGARD DU PROCESSUS

PROPOSEUR : Leah George-Wilson, Chef, Première Nation Tsleil Watuth, C.-B.

COPROPOSEUR : Deborah Chief, Chef, Nation Ojibway de Brokenhead, Man.

DÉCISION : Adoptée

ATTENDU QUE le gouvernement fédéral a unilatéralement élaboré trois options législatives en vue de résoudre le problème des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves;

ATTENDU QUE, le 21 juin 2006, le ministre des Affaires indiennes a unilatéralement annoncé la tenue d'un processus de consultation au sujet des options législatives relatives aux biens immobiliers matrimoniaux, nonobstant le fait que le gouvernement fédéral soit dépourvu de politique spécifique en matière de consultation des Premières Nations sur des questions qui touchent nos droits et nos intérêts constitutionnels;

ATTENDU QUE les options législatives proposées par le gouvernement fédéral influenceront négativement et empiéteront sur les droits inhérents ancestraux et issus de traités des Premières Nations, ce qui enclenche l'obligation légale de la Couronne de consulter toutes les Premières Nations dont les droits inhérents ancestraux et issus de traités pourraient être compromis par les options législatives proposées par le gouvernement;

Copie certifiée d'une résolution Adoptée par le Comité exécutif le 5 février 2007

ATTENDU QUE le gouvernement fédéral a annoncé son intention de déposer en 2007 un projet de loi destiné à régler les droits relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves;

ATTENDU QUE, à l'unanimité, les Premières Nations sont d'avis que l'échéancier que le ministre propose pour la tenue de la consultation à laquelle il les convie et pour le dépôt du projet de loi sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves est trop court et trop chargé et que, compromettant leur capacité, et réciproquement, de s'acquitter de leur devoir de s'engager dans ce processus de consultation d'une manière dûment informée, il ne respecte pas le principe du consentement préalable libre et éclairé;

ATTENDU QUE les Chefs des Premières Nations manquent de capacités et de ressources pour se préparer et prendre part aux consultations dans leurs communautés, et qu'ils ne sont pas en situation de pouvoir évaluer les options législatives proposées par le gouvernement fédéral ni de prendre des décisions informées à cet égard;

ATTENDU QUE la Couronne ne peut pas déléguer à une tierce partie le pouvoir de s'acquitter de son obligation légale de consulter les Premières Nations et doit consulter directement toute Première Nation dont les droits inhérents ancestraux et issus de traités pourraient être affectés négativement par d'éventuels projets de mesures gouvernementales;

POUR CES MOTIFS, les options législatives relatives aux biens immobiliers matrimoniaux sont rejetées par les Premières Nations;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée déclarent que le Canada doit mettre en œuvre les intentions et méthodes mentionnées dans l'*Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations* (mai 2005), et que les parties s'entendent pour favoriser la mise en place de processus sérieux de conciliation et d'application des droits de l'article 35 afin d'améliorer la qualité de vie des Premières Nations et de permettre le renouvellement des politiques dans tous les domaines présentant un intérêt commun;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée sont d'avis que le gouvernement fédéral doit faire participer les Premières Nations à, et financer, l'élaboration d'un processus et d'une politique de consultation et d'entente axés sur la communauté et acceptés par les deux parties en tant que condition préalable à toute élaboration d'une loi fédérale;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent au gouvernement fédéral de reconnaître et de respecter les lois et traditions actuelles des Premières Nations qui ont rapport avec la consultation et l'adoption d'un compromis;

Copie certifiée d'une résolution Adoptée par le Comité exécutif le 5 février 2007

POUR CES MOTIFS, le processus actuel mis en place par le gouvernement fédéral pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux ne satisfait pas aux exigences du cadre de consultation établi par les Premières Nations, qui est confirmé dans l'*Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations*;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée sont d'avis que le processus actuel, qui a été mis en place par le gouvernement fédéral, doit être arrêté et réorienté afin qu'il respecte et mette en œuvre pleinement la position des Premières Nations, telle que confirmée par la présente résolution;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée sont d'avis que seules les Premières Nations peuvent définir leurs valeurs traditionnelles et leurs lois communautaires, car elles disposent de droits légitimes liés à leurs traditions, à leurs territoires, à leurs droits inhérents, à leurs droits issus de traités et aux responsabilités collectives inhérentes qui incombent à leurs citoyens;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent au Comité exécutif de l'APN de communiquer cette position au gouvernement fédéral et d'entamer des discussions avec les autorités provinciales et territoriales afin d'obtenir leur appui au niveau de l'opposition à l'application de lois provinciales.

Copie certifiée d'une résolution Adoptée par le Comité exécutif le 5 février 2007

OBJET : BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX

PROPOSEUR : Doug Kelly, Grand Chef, mandataire, Shxw'ow'hamel (C.B.)

COPROPOSEUR : Noeline Villebrun, Chef nationale des Dénés des T. N.-O., mandataire, Première Nation K'atlodeeche (Dénés de Hay River) (T. N.-O.)

DÉCISION : Le 13 juillet 2006, le coprésident a soumis les projets de résolutions n° 1 à 36 au Comité exécutif de l'APN pour examen. Le 31 juillet 2006, le Comité exécutif de l'APN, dûment convoqué en réunion, a souscrit à ces projets de résolutions.

ATTENDU QUE les Premières Nations ont des droits inhérents, ancestraux et issus de traités que protège la Constitution, et qu'elles peuvent régler toutes les affaires concernant les membres de leurs nations, y compris la séparation des biens immobiliers matrimoniaux situés sur les terres des Premières Nations;

ATTENDU QUE le vide juridique en matière de biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières Nations constitue une violation intolérable des droits humains des hommes, des femmes et des enfants des Premières Nations, violation qui a donné lieu à des sanctions répétées à l'encontre du gouvernement du Canada par les Nations Unies;

ATTENDU QUE les Premières Nations, réunies à l'Assemblée extraordinaire des Chefs tenue en mars 2005, ont convenu d'une vision globale sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations et ont confirmé les principes et les processus nécessaires à la réalisation de cet objectif;

Copie certifiée d'une résolution adoptée le 31 juillet 2006 à Winnipeg (Manitoba).

ATTENDU QUE l'Accord politique entre les Premières Nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations signé le 31 mai 2005 instaure un processus approprié pour la conciliation de la compétence des Premières Nations et celle de la Couronne fédérale sur les biens immobiliers et pour l'élaboration conjointe des politiques;

ATTENDU QUE le 21 juin 2006, le ministre des Affaires indiennes a annoncé unilatéralement un processus de consultation sur les biens immobiliers matrimoniaux;

ATTENDU QUE le processus de consultation élaboré et proposé par Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) comprend les phases suivantes :

- a) Planification et développement – de juin à août 2006
- b) Consultations – de septembre 2006 à janvier 2007
- c) Création d'un consensus – de février à avril 2007
- d) Présentation du projet de loi – avril ou mai 2007

ATTENDU QUE le 17 mai 2006, le député conservateur Brian Pallister a déposé le projet de loi C-289 intitulé *Loi portant modification de la Loi sur les indiens* (immeubles et biens réels matrimoniaux), qui élargirait l'application du droit provincial en matière de biens immobiliers aux terres de réserve;

ATTENDU QUE le gouvernement fédéral a l'intention de présenter un projet de loi afin de réglementer les droits en matière de biens immobiliers sur les terres de réserve en avril ou en mai 2007;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée donnent au Chef national et à l'Assemblée des Premières Nations le mandat de chercher à concilier la compétence des Premières Nations et celle de la Couronne fédérale à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières Nations;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent au Chef national et à l'Assemblée des Premières Nations d'obtenir les ressources voulues pour mettre en place un processus propre aux Premières Nations et faisant intervenir la participation pleine et effective des Premières Nations à la formulation des options législatives sur les biens immobiliers matrimoniaux;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent la création d'un Groupe de travail sur les biens immobiliers matrimoniaux, qui sera composé de membres du Conseil des femmes de l'APN et du Comité de chefs et d'experts sur la RMGPN;

POUR CES MOTIFS, l'Assemblée des Premières Nations, le Chef national et le Groupe de travail réaliseront et superviseront les activités suivantes :

- a) formuler des options législatives et non législatives visant à concilier la compétence des Premières Nations et celles de la Couronne fédérale et de la Couronne provinciale;

Copie certifiée d'une résolution adoptée le 31 juillet 2006 à Winnipeg (Manitoba).

- b) veiller à ce que les options législatives et non législatives ainsi élaborées parviennent à un équilibre juste et respectueux des droits individuels et collectifs des citoyens et peuples des Premières Nations;
- c) demander des précisions du gouvernement du Canada à propos des répercussions éventuelles du projet de loi C-289 sur le processus de consultation;
- d) élaborer et mettre en œuvre une stratégie de communications visant à faire avancer les intérêts des Premières Nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux, aux niveaux national et international;
- e) lancer des discussions avec les Premières Nations et les citoyens des Premières Nations sur les options législatives formulées afin de mettre en œuvre la compétence des Premières Nations à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières Nations, conformément aux principes de l'élaboration des politiques des Premières Nations instaurés par l'Assemblée des Premières Nations, y compris un dialogue national complet, des discussions régionales et le consentement des Premières Nations;

POUR CES MOTIFS, la formulation des options législatives et non législatives sera réalisée en conformité avec les principes énoncés dans l'*Accord politique sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations*;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée rejettent à l'unanimité l'application du droit provincial en matière de biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières Nations;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent à l'Assemblée des Premières Nations et au Chef national, au besoin, d'obtenir un délai supplémentaire pour élaborer les options législatives durant la phase de planification du processus de consultation proposé par le gouvernement fédéral;

POUR CES MOTIFS, les Chefs en assemblée demandent que tout projet de loi fasse l'objet d'autres consultations et soit approuvé par les gouvernements des Premières Nations avant d'être appliqué.

Copie certifiée d'une résolution adoptée le 31 juillet 2006 à Winnipeg (Manitoba).

Annexe J

**Groupe de travail AFAC/AINC/APN sur les biens immobiliers matrimoniaux
Principes directeur**



18 octobre 2006

Groupe de travail AFAC/AINC/APN sur les biens immobiliers matrimoniaux Principes directeurs

1. Recherche d'un consensus pour la formulation d'options en matière de biens immobiliers matrimoniaux

- a) La *Loi sur les Indiens* pose de graves problèmes pour les Premières nations sur le plan des biens immobiliers matrimoniaux (BIM) dans les réserves. C'est pourquoi les membres du Groupe de travail sur les biens immobiliers matrimoniaux (groupe de travail des BIM) tenteront d'obtenir un consensus sur les options proposées pour régler les problèmes en matière de biens immobiliers matrimoniaux qui préoccupent le plus les diverses parties.
- b) La recherche d'un consensus signifie un processus de collaboration pour trouver une solution à un problème par la consultation de toutes les parties en tenant compte des perspectives et des besoins de chacun.
- c) Le fait de parvenir à un consensus ne veut pas nécessairement dire que les parties s'entendent sur toutes les questions. Elles peuvent s'entendre ou être en désaccord dans une certaine mesure sur des questions connexes bien qu'elles soient du même avis dans l'ensemble.
- d) Les expressions « processus de concertation » et « processus conjoint » s'appliquent à la recherche d'un consensus, c'est-à-dire un processus par lequel plusieurs parties cherchent un terrain d'entente sur le règlement d'un problème en particulier ou l'atteinte d'un objectif commun.
- e) La recherche d'un consensus en respectant les perspectives, les intérêts, les besoins et l'autonomie décisionnelle de chaque partie est au cœur d'un processus de concertation ou d'un processus conjoint.

2. Objectif

L'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC), l'Assemblée des Premières Nations (APN) et Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) (appelés ci-après les parties ou les participants), avec l'aide de la représentante du ministre dans le dossier des biens immobiliers matrimoniaux, Wendy Grant-John, tenteront de parvenir à un consensus sur les options possibles (législatives et non législatives) pour régler les problèmes concernant les biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières nations.

18 octobre 2006

3. Membres

- a) Le Groupe de travail des BIM comprend deux représentants officiels de chaque partie – APN, AINC et AFAC.
- b) Les membres peuvent désigner des remplaçants pour leurs membres faisant partie du Groupe de travail des BIM, au besoin, mais ils doivent faire leur possible pour assurer la continuité de la représentation. Des observateurs peuvent assister aux réunions à la discrétion de chaque organisation.
- c) La représentante du ministre, Wendy Grant-John, participe au Groupe de travail BIM en tant que présidente de ce groupe.

4. Recherche d'un consensus

La recherche d'un consensus sur la question des BIM se terminera au plus tard le 31 mars 2007. Le travail comprend les étapes suivantes :

- a) **Fixation du calendrier** : La fixation du calendrier (allouer le temps pour les réunions en fonction du choix des thèmes et des sujets communs);
- b) **Contexte juridique et politique** : S'entendre sur les questions et se familiariser avec les perspectives de chaque partie ainsi qu'avec le contexte politique et juridique général (c'est-à-dire examiner les résultats du travail des parties concernant les BIM, notamment la participation, la consultation, le dialogue et la recherche);
- c) **Détermination des intérêts** : Déterminer conjointement les grands thèmes et les divers intérêts, besoins et valeurs pour chaque thème;
- d) **Recommandations et options** : Examiner les diverses recommandations et options possibles (découlant des activités des parties en matière de BIM et d'autres sources, par exemple, les commissions, les comités parlementaires);
- e) **Recherche d'un consensus** : Déterminer conjointement la portée du consensus et les points sur lesquels les parties ne s'entendent pas et travailler ensemble à la rédaction d'un document pour que toutes les parties puissent indiquer les aspects sur lesquels ils s'entendent ou ne s'entendent pas.

5. Principes directeurs

Les principes suivants doivent être appliqués aux discussions entre les participants pendant la recherche d'un consensus sur les BIM :

18 octobre 2006

- a) **Engagement à s'entendre l'un et l'autre** : Chaque participant s'engage à écouter le point de vue des autres participants et à essayer de comprendre et de respecter ce point de vue.
- b) **Engagement à chercher des solutions inclusives** : Chaque participant s'engage à essayer de trouver une solution qui répond aux besoins et aux intérêts de tous les participants.
- c) **Responsabilité partagée de la recherche d'un consensus** : Une solution ou réponse durable (c'est-à-dire qui peut être mise en œuvre) nécessite l'appui de chaque partie.

6. Rôle de la représentante du ministre dans le processus de recherche d'un consensus

Son rôle est le suivant :

- a) Diriger le processus en aidant les participants à examiner et comprendre les valeurs, les besoins, les intérêts et les perspectives de chacun de manière à dégager les domaines de consensus possibles;
- b) Aider les participants à établir un ordre du jour dans les délais impartis;
- c) Diriger les discussions afin de se concentrer sur des propositions constructives pour favoriser le changement de façon inclusive;
- d) Pendant l'étape de consultation et de dialogue, tenir des séances entre les participants au moins une fois par mois;
- d) Cerner les domaines de consensus possibles, déterminer le degré d'accord et de désaccord au sein du groupe et sonder les participants sur ces aspects;
- e) Rédiger et soumettre un rapport au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien sur le processus de recherche d'un consensus et lui recommander les prochaines étapes. Le rapport peut comprendre les annexes suivantes :
 - i) Le document de consensus rédigé par les participants dont il est question à la section 4(e);
 - ii) Les autres rapports que les participants veulent ajouter.

18 octobre 2006

7. Rôles et mandats des participants

Chaque partie a été investie d'un mandat en fonction de sa participation au Groupe de travail des BIM, et a convenu de participer à un processus de recherche de consensus en commun.

a) Rôle et mandat de l'APN

Voici le rôle et le mandat de l'APN dans le processus de recherche d'un consensus au sujet des BIM :

- i. Parvenir à la reconnaissance et à la création des gouvernements des Premières nations conformément à l'Accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale, en favorisant la prise en charge de la responsabilité pour les biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières nations par ces dernières;
- ii. Concilier les champs de compétence de la Couronne avec ceux des Premières nations en matière de biens immobiliers matrimoniaux sur les terres des Premières nations;
- iii. Veiller à ce que les solutions proposées aboutissent à un équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels des citoyens et peuples des Premières nations.

b) Rôle et mandat de l'AFAC

Voici le rôle et le mandat de cette organisation à l'égard du processus de recherche d'un consensus sur les BIM :

- i. Veiller à ce que les besoins et les intérêts uniques des femmes autochtones soient pris en considération pendant tout le processus de consultation et de recherche d'un consensus;
- ii. Parvenir à un équilibre heureux entre les droits individuels et les droits collectifs des femmes autochtones et leurs communautés;
- iii. Trouver les meilleures solutions possibles pour protéger le droit aux biens immobiliers matrimoniaux des femmes et des enfants dans les réserves.

c) Rôle et mandat de AINC

Voici le rôle et le mandat de AINC à l'égard du processus de recherche d'un consensus sur les BIM :

18 octobre 2006

- i. Trouver une solution viable à la question des BIM dans les réserves;
- ii. Faire en sorte que les Autochtones, notamment les femmes et leurs enfants, puissent bénéficier des mêmes avantages prévus par la loi à l'égard des BIM dont jouissent les habitants hors réserve;
- iii. Concilier les aspirations des Premières nations et en tenir compte dans toute solution sur les BIM en s'assurant que cette solution respecte les rapports entre les Premières nations et le gouvernement fédéral.

8. Règles de base pour les discussions entre les participants

Les discussions entre les participants pendant la recherche d'un consensus sur les BIM doivent reposer sur les règles de base suivantes :

- a) **Comportement personnel** : Chaque participant doit sans jugement respecter les opinions des autres participants et leur droit d'exprimer leur point de vue.
- b) **Processus** : Chaque participant doit désigner un porte-parole principal pour assister aux réunions. Les participants dresseront le calendrier des réunions.
- c) **Rapports et responsabilité** : Chaque participant doit faire un compte rendu à ses mandants conformément à ses propres modalités de déclaration. Pour sa part, la représentante du ministre fera un compte rendu à ce dernier conformément à ses attributions.
- d) **Échange d'information** : Les participants s'engagent à échanger de l'information sur les diverses questions découlant de leur recherche, de la consultation et du débat sur les biens immobiliers matrimoniaux (sans empêcher une autre partie d'obtenir un avis juridique confidentiel pour elle-même sur tel ou tel sujet).
- e) **Règlement des conflits** : Les participants tenteront de régler les conflits qui pourraient surgir pendant le processus en recourant aux méthodes convenues pour régler ce genre de conflits. Lorsque les participants se trouvent incapables de régler un conflit, la représentante du ministre tiendra compte des intérêts respectifs et des options préférées des participants.

18 octobre 2006

9. Questions clés à aborder

- a) Il est important pour les parties au processus de recherche d'un consensus de se familiariser avec le point de vue des autres parties sur les questions principales de même qu'avec les questions qu'elles veulent voir régler. Cette étape est importante, car s'il n'est pas possible de cerner les questions d'une façon que l'une ou l'autre des parties juge satisfaisante, la partie en cause manquera de motivation pour poursuivre le travail de consensus nécessaire au règlement de ce dossier.
- b) Voici une liste partielle des sujets sur lesquels les participants se pencheront pendant la recherche d'un consensus sur les biens immobiliers matrimoniaux¹ :

¹ *Cette liste est conforme aux discussions des parties le 18 octobre 2006 et elle est appelée à changer au fur et à mesure que les consultations et le processus se déroulent.*

18 octobre 2006

Ébauche d'une liste des sujets et des politiques connexes

(Au 18 octobre 2006)

Systèmes de connaissances traditionnelles

- Notions coutumières et traditionnelles de la famille
- Notions coutumières des terres
 - Comment ces notions sont-elles reconnues dans la législation canadienne?
- Notions traditionnelles de la résolution de problèmes
- Optique d'analyse comparative entre les sexes (ACS) adaptée à la culture

Sujets relatifs à la Constitution et aux champs de compétence

- Devoir de consultation
- Droits autochtone et découlant de traités
- Droits collectifs et individuels
- Autonomie gouvernementale
- Articles 35, 35(4), 15, 25, et 28 de la *Loi constitutionnelle de 1982*
- Instruments internationaux
- *Loi sur les Indiens*
- *Loi sur la gestion des terres des premières nations*
- Indiens et terres réservées pour les Indiens, para. 91.24, de la Loi constitutionnelle de 1867
- Compétence fédérale en matière de mariage et de divorce
- Quel gouvernement a le pouvoir de légiférer dans tel ou tel domaine?
- Quel tribunal peut instruire une affaire et faire respecter des ordonnances?

Lois provinciales et territoriales actuelles

- Harmonisation des lois
- Diversité des dispositions concernant la propriété, la possession et l'aliénation du foyer conjugal pendant le mariage ou l'union de fait ou à sa rupture
- Diversité des approches concernant les unions de fait ou de même sexe
- Conséquences de la *Domestic Violence Prevention Act* et de la *Loi sur la prévention de la violence familiale*
- Services provinciaux et territoriaux actuels, comme les refuges et l'aide juridique
- Lois sur les testaments et les successions

Diversité du régime foncier dans les réserves

- Inaliénabilité des terres de réserve
- Régime foncier établi en vertu de la *Loi sur les Indiens* – indiquer tous les articles applicables de la *Loi* et les problèmes soulevés, y compris l'enregistrement et le transfert des intérêts dans une terre de réserve, les

18 octobre 2006

certificats de possession, les attributions selon la coutume, les parcelles pour lesquelles aucune preuve de titre n'a été délivrée (APTD), les avis de droit de possession (ADP), les billets de location et les certificats de possession (CP) d'une bande

- *Loi sur la gestion des terres des premières nations* – consulter les codes fonciers et des BIM adoptés
- Terres mises de côté en vertu d'ententes sur l'autonomie gouvernementale
- Règlements de revendications territoriales
- Nouveaux instruments pour favoriser l'accès des membres vivant dans les réserves à des capitaux propres

Méthode de règlement des différends

- Voir les notions traditionnelles de la résolution de problèmes (ci-dessus)
- Établissements et tribunaux des Premières nations
- Instances traditionnelles – problèmes soulevés, tels que l'accès aux services juridiques et l'exécution des ordonnances du tribunal
- Règlement extrajudiciaire des différends accessible dans la collectivité ou dans le cadre d'ordres judiciaires traditionnels
- Règlements privés des différends, comme les accords pré-nuptiaux, les accords de séparation, etc.

Diversité dans les politiques et les règlements sur le logement des Premières nations

- Différents types de logement dans les réserves – maisons appartenant à une bande, maisons appartenant à un particulier, logements locatifs, Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL)
- Normes d'habitation et réglementation sur l'environnement – leur rôle dans l'offre de logement et dans la stabilisation du marché de l'habitation
- Traitement d'une rupture de mariage dans les politiques sur le logement
- *Loi sur les Indiens* : source d'autorité pour adopter des règlements sur le logement
- Traitement d'une rupture de mariage dans les règlements sur le logement (en particulier, voir la section ci-dessous concernant les personnes n'étant pas membres d'une bande)

Appartenance à une bande et inscription

- Les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, y compris le projet de loi C-31, les règles d'inadmissibilité de la seconde génération ainsi que les règles et les pratiques administratives de AINC qui sont applicables
- Règlements de la bande concernant l'appartenance – indiquer les articles de la *Loi sur les Indiens* donnant le pouvoir d'adopter des règlements et conférant des droits relativement aux personnes non inscrites étant membres de la bande

18 octobre 2006

- Prendre en considération certaines situations problématiques : les résidants de réserves, les conjoints et les enfants non inscrits ou non membres; la conséquence de la clause de la *Loi sur les Indiens* stipulant le changement d'appartenance à la bande du conjoint et le choix de l'appartenance des enfants à une bande lorsque les parents font partie de bandes différentes

Intérêt supérieur de l'enfant

Garde d'enfants et pension alimentaire pour enfants

Protection de l'enfance

Violence familiale

- Voir d'autres sujets, à savoir les mesures législatives provinciales de protection et l'accessibilité des refuges; examiner les mesures de protection contre la violence familiale dans les réserves, y compris la capacité d'application des ordonnances de possession exclusive

Pauvreté et logement

- Conséquences spécifiques sur les femmes des Premières nations
- Manque de logement de substitution dans les situations de rupture de mariage
- Occupation d'un logement par une famille élargie et un couple
- Financement, assurabilité, possibilité de prêt hypothécaire et intérêts pour les terres de réserve (refinancement adéquat pour le rachat par l'un des conjoints, protection du logement dans des situations de violence, création de nouveaux logements pour satisfaire les besoins)
- Évaluation des maisons dans les réserves
- Assurance de titres et autres innovations
- SCHL et autres établissements de crédit – politiques et rôle
- Fonds en matière de logement et autres stratégies

Abrogation de l'art. 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP)*

- Incidence sur les codes des BIM de la bande, les codes d'appartenance et les règlements sur le logement
- Possibilité de réaffecter les ressources au règlement des plaintes ou à la défense
- L'abrogation de cet article soulève certaines des questions concernant le développement des capacités qu'avaient suscitées les BIM

Questions relatives à la mise en application

- Déterminer, partager et rendre accessibles les pratiques exemplaires

18 octobre 2006

- Éviter la situation conflictuelle provoquée par le projet de loi C-31

Développement des capacités des Premières nations

- Besoin de ressources humaines et financières pour l'élaboration de codes des BIM, les systèmes de prise de décision ainsi que l'administration et l'application de la loi, par exemple
- Augmenter les connaissances sur les limites et les possibilités d'un contexte juridique et constitutionnel, à savoir la *LCDP*, le paragraphe 35(4), les traités, etc.

Développement des capacités des particuliers

- Formation sur les droits
- Accès à des services adéquats de conseils, juridiques ou autres

Capacité des systèmes judiciaires et financiers

- Formation de juges et d'avocats
- Réceptivité des établissements commerciaux comme les banques, les sociétés de prêts hypothécaires, etc. ou la création d'établissements et de registres des Premières nations