



COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE

Une question de droits

Rapport spécial de la Commission canadienne des droits de la personne sur l'abrogation de l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*

Octobre 2005



DOCUMENT ARCHIVÉ

La mention « Document archivé » signifie que la Commission conserve cette information à des fins de référence seulement. Ce document n'est plus soumis aux normes de publication de la Commission et n'a pas été mis à jour depuis son archivage. Par conséquent, le document peut contenir des termes désuets ou vieillissants ainsi que des renseignements qui ne sont plus à jour sur la législation et autres enjeux concernant les droits de la personne.



COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE

Une question de droits

Rapport spécial de la Commission canadienne
des droits de la personne sur l'abrogation de
l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits
de la personne*

Octobre 2005

On peut obtenir ce rapport en médias substitués
sur demande et dans le site Web de la Commission à l'adresse
www.ccdp-chrc.ca

© Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux 2005
N° de catalogue HR21-58/2005
ISBN 0-662-69262-4

TABLE DES MATIÈRES



1]	INTRODUCTION	1
2]	L'IMPACT DE L'ARTICLE 67	2
3]	L'HISTORIQUE DE L'ARTICLE 67	5
4]	L'ARTICLE 67 ET LES OBLIGATIONS DU CANADA EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE	8
5]	DROITS ANCESTRAUX ET DROITS DE LA PERSONNE	12
6]	DROITS INDIVIDUELS ET DROITS COLLECTIFS	13
7]	UNE DISPOSITION INTERPRÉTATIVE	14
8]	UN MÉCANISME DE RECOURS PROPRE AUX PREMIÈRES NATIONS	18
9]	UNE LOI SUR LES DROITS DE LA PERSONNE POUR LES PREMIÈRES NATIONS	20
10]	LES DROITS DE LA PERSONNE ET LES PREMIÈRES NATIONS AUTONOMES	21
11]	RESPECT DES OBLIGATIONS RELATIVES AUX DROITS DE LA PERSONNE	23
12]	CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS	24

1] INTRODUCTION



Il est temps d'abroger l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP). Il s'agit d'une question de droits.

À cause de cet article, certains membres des Premières nations¹ vivant dans les réserves n'ont pas pleinement accès au système de résolution des plaintes liées aux droits de la personne dont peut pourtant se prévaloir le reste de la population canadienne. L'article 67, qui a été édicté en 1977 en même temps que la LCDP initiale, était en fait censé représenter une mesure « provisoire », une solution rapide et à court terme. Vingt-huit ans plus tard, il est toujours en vigueur.

Au Canada, des lois sur les droits de la personne prévoyant des mesures de redressement en cas de plainte ont été édictées dans toutes les provinces et territoires ainsi qu'au niveau fédéral. Quoique certaines questions liées à l'efficacité et à l'accès demeurent, on peut affirmer qu'en règle générale, tout Canadien qui se croit victime de discrimination peut déposer une plainte devant une commission ou un tribunal des droits de la personne. Tout Canadien, en fait, à l'exception des membres d'une Première nation qui occupe des terres régies par la *Loi sur les Indiens*. Ces Canadiens ont été exclus de la protection offerte par un régime que les autres citoyens tiennent pour acquis.

En publiant le présent rapport, la Commission veut encourager le redressement d'une lacune inacceptable qui mine depuis longtemps le régime de protection des droits de la personne. Une solution à cet enjeu pourrait en outre signifier davantage de responsabilités pour la Commission. Or, la Commission ne cherche pas à élargir sa compétence en influençant la façon dont le problème sera réglé. Sa seule préoccupation, c'est que ce problème soit réglé.

La Commission reconnaît que les systèmes traditionnels de gouvernance des Premières nations intègrent des principes relevant des droits de la personne. Par ailleurs, ce n'est pas parce qu'elle juge que les Premières nations font face à des problèmes de discrimination particuliers que la Commission est convaincue de la nécessité d'abroger l'article 67. La discrimination existe dans les collectivités autochtones des Premières nations, mais il ne s'agit pas d'une situation qui leur est unique, comme l'illustre à profusion le travail accompli par la Commission.

¹ Dans le présent rapport, « Premières nations » s'entend généralement des gouvernements des Premières nations juridiquement reconnus comme des « gouvernements de bande » dont les activités sont régies par la *Loi sur les Indiens*. Cela ne vise aucunement à diminuer le statut des autres communautés et nations autochtones, notamment les nations et communautés métisses, inuites et autres, dont les activités ne sont pas visées par la *Loi sur les Indiens*.

2] L'IMPACT DE L'ARTICLE 67



L'article 67 limite la capacité des populations vivant ou travaillant dans des collectivités régies par la *Loi sur les Indiens* de présenter une plainte de discrimination liée à cette loi. Si l'on considère l'ensemble des lois traitant des droits de la personne au Canada, c'est la seule disposition qui empêche ainsi un groupe particulier de personnes (soit celles qui vivent ou travaillent au sein d'une collectivité des Premières nations) d'avoir pleinement accès aux mécanismes de défense des droits de la personne.

La *Loi canadienne sur les droits de la personne* interdit toute distinction fondée sur l'un des 11 motifs qui y sont expressément énumérés². Afin de combattre efficacement la discrimination, la *Loi* prévoit un mécanisme d'enquête et une procédure de résolution des plaintes de discrimination. Toute personne qui estime être victime de discrimination de la part d'un employeur ou d'un fournisseur de services relevant de la compétence fédérale peut déposer une plainte à l'endroit de cet employeur ou de ce fournisseur. Des plaintes peuvent être présentées contre des ministères et organismes fédéraux de même qu'à l'égard de dispositions des lois et règlements fédéraux³.

D'une façon générale, les actes, les politiques et la législation relevant de la compétence fédérale peuvent tous faire l'objet d'une plainte en matière de droits de la personne. La Commission canadienne des droits de la personne a le devoir d'examiner le bien-fondé de toutes les plaintes dont elle est saisie. Sauf quelques exceptions⁴, aucune loi fédérale ni aucun acte posé par le gouvernement fédéral ou par une entité sous réglementation fédérale n'est à l'abri d'un examen visant à faire respecter les droits de la personne⁵. Or, l'article 67 est incompatible avec cette vision inclusive. Cet article est libellé comme suit :

La présente Loi est sans effet sur la Loi sur les Indiens et sur les dispositions prises en vertu de cette loi.

En raison de l'article 67, certains des actes posés par le gouvernement du Canada ou une Première nation (ou encore, par un organisme apparenté, comme un conseil scolaire) sont soustraits de l'application du régime de défense des droits de la personne. Étant donné que la *Loi sur les Indiens* touche bon nombre d'aspects de la vie quotidienne des membres des Premières nations, l'impact de l'article 67 est significatif. Dans les faits, cet article érige autour du pouvoir de prendre des lois et des décisions, un mur que les membres des Premières nations peuvent difficilement franchir pour se plaindre d'un acte discriminatoire.

2 Les motifs de distinction illicite sont : la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

3 Ainsi, la LCDP a été utilisée avec succès pour contester la validité de certaines dispositions de la *Loi sur l'assurance-chômage* au motif qu'elles créaient une distinction illicite fondée sur le sexe.

4 La Commission s'oppose également aux restrictions qui s'appliquent à l'égard de la retraite obligatoire et des régimes de pension créés avant 1977 de même qu'au fait que certains détenus incarcérés dans les pénitenciers fédéraux n'ont pas le droit de déposer une plainte à l'endroit du Service correctionnel du Canada.

5 En mai 2005, la Cour suprême du Canada a statué que la LCDP s'appliquait également, à quelques exceptions près, aux employés du Parlement : *Canada (Chambre des Communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30.

Pour mesurer l'importance d'une telle disposition, il suffit d'énumérer quelques-uns des sujets régis par des dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui ne peuvent faire l'objet d'une contestation au plan de leur substance ou de la discrimination dans leur application :

- inscription d'une personne sur la liste des membres d'une Première nation ou refus de l'inscrire;
- utilisation des terres situées dans les réserves;
- occupation des terres situées dans les réserves;
- testaments et successions;
- éducation;
- logement;
- décisions ministérielles ayant trait aux individus atteints d'incapacité mentale et à la tutelle;
- prise de règlements administratifs⁶.

Les membres des Premières nations qui n'habitent pas dans une réserve, tout particulièrement ceux qui ont repris leur statut d'Indien aux termes du projet de loi C-31, ont parfois des différends avec le gouvernement de leur Première nation respective au sujet de l'allocation des ressources consacrées, entre autres choses, au logement et au financement de l'éducation. Cependant, l'article 67 les empêche de déposer une plainte en matière de droits de la personne même lorsqu'ils ont des motifs de croire que leur manque d'accès à ces ressources est discriminatoire.

Suivant un courant jurisprudentiel, les tribunaux administratifs et de droit commun ont donné une interprétation restrictive de l'article 67. Ainsi, pour que l'exemption prévue à cet article s'applique aux actes et aux décisions des Premières nations ou du ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada (MAINC), ces actes et décisions doivent reposer sur un pouvoir qui découle directement de la *Loi sur les Indiens*⁷. Par exemple, si le gouvernement d'une Première nation décide de fournir aux membres de la Première nation des logements locatifs pour lesquels aucune attribution de terres individuelles n'est requise selon la *Loi sur les Indiens*, il s'agit d'une décision administrative qui peut être examinée par la Commission. Par contre, la mise en œuvre d'une décision d'attribuer des terres aux membres par certificat de possession conformément à la *Loi sur les Indiens* échappe à tout examen de la part de la Commission.

Par conséquent, l'application de l'article 67 suit des principes arbitraires dans beaucoup de domaines. Cette situation peut donner lieu à des résultats différents dans des circonstances similaires, selon que l'acte discriminatoire reproché découle ou non de la *Loi sur les Indiens*. L'article 67 empêche également le dépôt d'une plainte contre le gouvernement du Canada au motif que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* sont en soi discriminatoires.

En raison de l'application réduite de l'article 67, certaines décisions des gouvernements des Premières nations et du gouvernement fédéral ne peuvent faire l'objet d'une exemption et sont ainsi assujetties à la procédure d'examen prévue dans la LCDP. La Commission traite en moyenne une vingtaine de plaintes de ce genre chaque année.

Les affaires mettant en cause des Premières nations et entendues par la Commission ou le Tribunal canadien des droits de la personne révèlent que l'on retrouve la même gamme de plaintes dans les réserves qu'à l'extérieur de celles-ci. Les plaintes concernent divers motifs de discrimination

⁶ Les règlements administratifs pris en vertu de la *Loi sur les Indiens* ont un large champ d'application touchant à plusieurs domaines d'activité.

⁷ *Desjarlais (Re)*, [1989] 3 C.F. 605; (1989), 12 C.H.R.R. D/466; [1990] 1 C.N.L.R. 39; 102 N.R. 71 (C.A.).

tels le sexe, l'âge, la race ou une déficience. Leurs auteurs se plaignent notamment du fait qu'on les a congédiés, qu'on leur a refusé un emploi ou l'accès à un programme ou un service administré par le gouvernement d'une Première nation ou qu'ils ont été victimes de harcèlement sexuel au travail.

Il est évidemment impossible d'évaluer avec précision le nombre de plaintes de discrimination qui auraient pu être déposées en vertu de la LCDP en l'absence de l'article 67, tout comme il est impossible de savoir si ces plaintes auraient réussi à forcer ou à encourager des réformes à l'égard des dispositions potentiellement discriminatoires de la *Loi sur les Indiens* et des règlements administratifs des Premières nations.

Toutefois, il est certain que depuis 1977, bon nombre de membres des Premières nations, en particulier les femmes, ont signifié avec vigueur leur opposition au régime de l'article 67. Ils ont demandé à ce que cet article soit abrogé afin qu'ils puissent contester les dispositions de la *Loi* et les actes du MAINC et des Premières nations qu'ils jugent discriminatoires. L'accent de ces revendications a porté tout spécialement sur le fait que les modifications apportées par le projet de loi C-31 à la *Loi sur les Indiens* en 1985 avaient maintenu en place des règles qui créaient des distinctions fondées sur le sexe. On peut dès lors tenir pour acquis que, n'eût été de l'article 67, la Commission aurait été saisie d'un nombre important de plaintes depuis 1977.

L'un des effets peut-être méconnus de l'article 67 est son influence sur l'idée que les membres des Premières nations se sont faite de la possibilité de recourir aux mécanismes de défense des droits de la personne. La circulation d'informations incomplètes et d'idées fausses au sujet de l'article 67 a amené beaucoup d'entre eux à croire que *toutes* les actions des Premières nations et du MAINC étaient exemptées des procédures applicables en matière de droits de la personne. À cause de cette croyance, bien des membres des Premières nations ont renoncé à présenter une plainte de discrimination qui aurait pourtant pu être examinée.

Autre anomalie dans la façon dont l'exemption opère : les Premières nations autonomes qui ne sont pas régies par la *Loi sur les Indiens* sont assujetties à la LCDP. Or, aucune raison acceptable ne justifie cette différence de traitement entre collectivités autochtones.

3] L'HISTORIQUE DE L'ARTICLE 67



C'est en 1977, il y a de cela 28 ans, que le Parlement s'est penché sur un projet de loi⁸ visant l'adoption d'un code fédéral complet pour lutter contre la discrimination, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ainsi que la constitution de la Commission canadienne des droits de la personne. Lors du dépôt du projet de loi, le ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Ron Basford, a fait la remarque suivante :

[TRADUCTION]

*Le Parlement et le gouvernement du Canada reconnaissent depuis longtemps le principe de base de l'existence de droits et de libertés individuels fondamentaux, y compris le droit de chaque individu d'évoluer dans la société à l'abri... de toute discrimination*⁹.

Puis, le Ministre a ajouté que le but poursuivi par la nouvelle loi était [TRADUCTION] « d'accorder... une reconnaissance à ces droits au plan juridique en établissant, pour la première fois, un ensemble complet de règles pour contrer la discrimination à l'échelle fédérale. »

Le principe de l'intégralité souffrait cependant d'une exception importante en l'article 67¹⁰, dernière disposition de la *Loi*. À ce sujet, le Ministre a expliqué la présence de l'exception par le fait que le gouvernement s'était engagé envers les représentants des Premières nations à ne pas faire subir de modifications au régime de la *Loi sur les Indiens* avant de les avoir consultés de façon exhaustive.

À l'exception, bien entendu, de l'article 67, le projet de loi ne faisait aucunement mention de la *Loi sur les Indiens*, non plus qu'il ne la modifiait. Néanmoins, le gouvernement croyait que l'application d'un régime de droits de la personne à des questions relevant de la *Loi sur les Indiens* pouvait en modifier la substance. Comme l'a admis le Ministre, le gouvernement était conscient qu'il existait un risque que certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens*, de même que les actes posés aux termes de ces dispositions, ne puissent résister à l'examen de leur validité au plan des droits de la personne et qu'elles soient invalidées par la Commission des droits de la personne nouvellement constituée si celle-ci était saisie d'une plainte à leur sujet.

La question la plus controversée à cet égard concernait la situation des femmes des Premières nations mariées à un Indien non inscrit. À l'époque, selon l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens*, si une femme d'une Première nation inscrite au registre des Indiens épousait un Indien non inscrit, elle perdait son statut d'inscrite. À l'opposé, les hommes des Premières nations mariés à des femmes non inscrites ne perdaient pas leur statut. En fait, leurs femmes, qui parfois n'avaient aucune ascendance autochtone, pouvaient bénéficier du statut d'Indien à part entière. Plus de cent mille femmes, leurs conjoints et leurs enfants ont à toutes fins pratiques été bannis de leurs collectivités et de leurs terres ancestrales par l'effet de cette disposition discriminatoire. Cette situation a provoqué d'énormes souffrances aux plans psychologique, émotionnel et économique, particulièrement dans les cas de rupture du mariage, où l'on ne permettait pas à ces femmes de retourner dans leur collectivité.

8 Projet de loi C-25 : Loi visant à compléter la législation canadienne actuelle en matière de discrimination et de protection de la vie privée, 1977.

9 Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques, 10 mars 1977.

10 À l'origine, il s'agissait de l'article 63.

Au cours de la décennie qui a précédé l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux canadiens s'étaient montrés impuissants à remédier au problème de discrimination sexuelle qui perdurait dans la *Loi sur les Indiens*. Notamment, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Jeanette Lavell, Richard Isaac et al. c. Ivonne Bedard* [1974] R.C.S. 1349, la Cour suprême du Canada avait statué que l'alinéa 12(1)b) s'appliquait pleinement malgré son incompatibilité avec les dispositions de la *Déclaration canadienne des droits et libertés* portant sur la discrimination fondée sur le sexe.

Ayant épuisé tous les recours disponibles à l'intérieur du pays, les partisans de l'abrogation de l'alinéa 12(1)b) ont envisagé un recours aux mécanismes de traitement des plaintes prévus au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. En décembre 1977, peu après l'adoption de la LCDP, Sandra Lovelace déposait une plainte officielle contre le Canada auprès du Comité des droits de l'homme des Nations Unies¹¹.

À la même époque, le gouvernement avait entrepris des pourparlers avec la Fraternité des Indiens du Canada (devenue par la suite l'Assemblée des Premières nations) au sujet de réformes possibles à la *Loi sur les Indiens*, notamment l'abrogation de l'alinéa 12(1)b). Au dire du ministre Basford, c'est en raison de ces pourparlers qu'il a été décidé de soustraire la *Loi sur les Indiens* de l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, dont l'édiction était imminente.

Lors des audiences du comité parlementaire relatives à la loi sur les droits de la personne, M. Basford a été pressé de justifier l'exemption prévue à la *Loi sur les Indiens*. Le Ministre n'a laissé planer aucun doute quant au caractère temporaire de cette mesure :

[TRADUCTION]

Le Parlement ne sera pas très favorable à l'idée de maintenir cette exemption indéfiniment ou très longtemps et... les procès-verbaux et mes propres observations m'incitent plutôt à penser que le Parlement, au-delà de toute partisanerie, aimerait que les dispositions concernées de la Loi sur les Indiens soient rectifiées¹².

Plusieurs groupes ont témoigné devant le Comité permanent pour dénoncer l'exemption prévue dans la nouvelle loi à l'égard de la *Loi sur les Indiens*, notamment les groupes représentant les femmes touchées par l'alinéa 12(1)b). Les paroles prononcées en 1977 par un député lors d'un débat sur la *Loi* à la Chambre des communes sont encore pertinentes aujourd'hui :

[TRADUCTION]

On peut s'interroger sur le type de dispositions législatives que nous avons au Canada en ce qui a trait aux droits de la personne lorsque aucune disposition portant sur les femmes autochtones n'est prévue [...] Ces dispositions doivent protéger toutes les personnes et non créer des régimes d'exemption ici et là... Si on veut qu'elles soient efficaces, elles doivent viser à remédier à la situation des groupes qui font à l'évidence l'objet de discrimination¹³.

11 En 1970, Sandra Lovelace, une Indienne du Canada, a épousé un homme de race blanche, perdant ainsi son statut d'Indienne inscrite aux termes de la *Loi sur les Indiens*. Ayant épuisé tous les recours possibles au pays, elle a porté sa cause devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, alléguant que la *Loi* violait les droits que lui conférait le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* en lui refusant le statut d'Indienne et le droit de faire partie de sa collectivité d'origine et de sa culture. En 1981, le Comité a tranché en sa faveur. Il a conclu que la *Loi sur les Indiens* violait l'article 27 du Pacte, lequel énonce ce qui suit : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion ou d'employer leur propre langue. »

12 Comité permanent de la justice et des questions juridiques, 25 mai 1977, pp. 45 et 46.

13 Débats de la Chambre des Communes, 2 juin 1977, page 6201.

Les inquiétudes exprimées initialement par les représentants des femmes autochtones se sont ultimement confirmées : le processus d'examen conjoint de la *Loi sur les Indiens* n'a pas débouché sur la prise de mesures pour mettre fin à la discrimination sexuelle présente dans ses dispositions. Les discussions entre le Cabinet et la Fraternité des Indiens du Canada n'ont pas été couronnées de succès. En conséquence, le caractère discriminatoire de l'alinéa 12(1)b) et d'autres articles de la *Loi* est demeuré intact, au même titre que l'exemption prévue à l'article 67.

En 1981, le Comité des droits de la personne des Nations Unies a donné raison à Sandra Lovelace en concluant que l'alinéa 12(1)b) était incompatible avec les obligations du Canada prévues au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. En 1982, la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit l'égalité des sexes¹⁴, a été intégrée à la Constitution aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Finalement, en 1985, peu après l'entrée en vigueur des dispositions de la *Charte* relatives à l'égalité, l'alinéa 12(1)b) a été abrogé en même temps que d'autres dispositions prévoyant des règles discriminatoires en fonction du sexe. (On s'inquiète toujours, cependant, de la présence de discrimination sexuelle résiduelle dans l'application de la *Loi* en ce qui a trait au droit d'être inscrit au registre des Indiens et d'appartenir à une bande.)

Or, l'article 67 n'a pas été aboli¹⁵. Vingt-huit années se sont écoulées depuis que le Ministre a déclaré que le Parlement n'était « pas très favorable à l'idée de maintenir cette exception », vingt années depuis le projet de loi C-31, mais l'article fait toujours partie des lois du Canada.

14 L'article 28 se lit ainsi : « Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes. »

15 Deux projets de lois déposés au Parlement, l'un en 1992 et l'autre, en 2001, prévoyaient l'abrogation de l'article 67. Toutefois, pour des raisons n'ayant aucun rapport avec cet article, ni l'un ni l'autre n'a été adopté.

4] L'ARTICLE 67 ET LES OBLIGATIONS DU CANADA EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE



La Loi canadienne sur les droits de la personne

Les droits de la personne sont universels. À de rares exceptions près, ils s'appliquent à tous les êtres humains du seul fait de leur appartenance commune à l'humanité. Ce principe est repris dans la disposition de déclaration d'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui précise que « tous les individus » ont droit à un traitement égal et exempt de discrimination.

La Cour suprême du Canada a statué que les lois canadiennes relatives aux droits de la personne, notamment la LCDP, avaient un caractère quasi constitutionnel :

Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce qu'elle ne peut être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions¹⁶.

Il importe de remarquer l'insistance de la Cour quant au fait que les exceptions aux lois sur les droits de la personne sont inadmissibles en l'absence d'une « déclaration législative claire ». Il est vrai que l'intention du Parlement était claire lorsqu'il a édicté l'article 67 et, manifestement, il savait fort bien ce qu'il faisait. Il désirait restreindre la portée de la LCDP relativement aux questions se rapportant à la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, il est tout aussi manifeste que, même en 1977, cette limitation était perçue comme indéfendable à long terme et qu'elle aurait dû être rapidement supprimée.

Dans une autre décision, la Cour suprême a jugé inadmissible d'invoquer des raisons politiques pour justifier des atteintes à des droits :

Si l'État porte atteinte à un droit ou à une liberté individuels garantis par la Charte, il ne suffit pas de répondre que cette atteinte était motivée ou est justifiée par des raisons politiques. En effet, les formes de discrimination par l'État qui sont motivées par des raisons politiques sont parmi les plus odieuses¹⁷...

La Charte canadienne des droits et libertés

La *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit que tous sont égaux devant la loi :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique 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, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La jurisprudence relative à la *Charte* insiste sur l'importance d'assurer la protection de tous les groupes vulnérables. Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*¹⁸, la Cour suprême s'est demandé si la *Individual's Rights Protection Act* (IRPA) de l'Alberta, en omettant d'ajouter l'orientation sexuelle

¹⁶ *Winnipeg School Division No.1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150.

¹⁷ *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381.

¹⁸ [1998] 1 R.C.S. 493.

aux motifs de distinction illicite, violait l'article 15 de la *Charte*. Ayant jugé que l'IRPA avait une « portée trop limitative » et qu'elle était, de ce fait, incompatible avec la *Charte*, la Cour a émis les commentaires suivants au sujet des préjudices subis par les personnes dont les droits fondamentaux n'étaient pas protégés :

En soustrayant à l'application de l'IRPA la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, le gouvernement a, dans les faits, affirmé que « chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits » sauf les homosexuels. Un tel message, même s'il n'est que tacite, ne peut que violer le par. 15(1), la « disposition de la Charte, plus que tout autre, qui reconnaît et défend la dignité humaine innée de chacun ». (Egan, au par. 128)

L'affaire *Vriend* traitait d'une omission dans la loi (l'orientation sexuelle n'étant pas mentionnée dans l'IRPA), alors que l'article 67 constitue un exemple flagrant d'exclusion du législateur. Néanmoins, le même raisonnement s'applique aux deux situations. En raison de l'article 67, un groupe spécifique de Canadiens – que l'on peut essentiellement définir comme étant constitué des membres des Premières nations – sont privés du droit, dans des cas limités mais d'une importance certaine, d'obtenir l'examen de leurs plaintes par un tribunal des droits de la personne. Comme l'a indiqué la Cour suprême, ce genre d'exclusion lance à la société un puissant message.

L'exclusion envoie [...] le message qu'il est permis et, peut-être même, acceptable d'exercer une discrimination à l'égard d'une personne sur le fondement de son orientation sexuelle. On ne saurait sous-estimer l'ampleur des répercussions d'un tel message sur les homosexuels. Sur le plan pratique, ce message leur dit qu'ils ne sont pas protégés contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Privés de tout recours légal, ils doivent accepter la discrimination et craindre constamment d'en être victimes. Il s'agit là de fardeaux que n'ont pas à porter les hétérosexuels.

L'article 67 n'a pas encore fait l'objet d'une contestation judiciaire en vertu de la *Charte*. Toutefois, si l'on considère le traitement défavorable subi historiquement par les membres des Premières nations – surtout les femmes et leurs enfants, en raison de l'alinéa 12(1)b) – et si l'on applique le raisonnement suivi dans *Vriend*, il semble peu probable que l'article 67 puisse résister à une analyse fondée sur la *Charte*.

Instruments et mécanismes internationaux en matière de droits de l'homme

En outre, il est permis de penser que l'article 67, en restreignant l'application de la LCDP, contrevient également à plusieurs instruments internationaux sur les droits de l'homme auxquels le Canada est partie.

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* énonce que tous sont égaux devant la loi et que tous ont droit à un recours efficace en cas de discrimination, en plus de limiter les situations où un droit garanti par la *Déclaration* peut être abrogé. On peut donc affirmer que l'article 67 est incompatible avec l'article 7 et l'article 8 de cet instrument :

Article 7

Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination.

Article 8

Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.

De la même façon, l'article 26 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* prévoit ce qui suit :

Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

En décembre 2004, Rodolfo Stavenhagen, rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, a publié un rapport au terme de la mission qu'il a effectuée au Canada au cours de l'été 2004. Le rapport contenait la recommandation suivante :

Que la Commission canadienne des droits de la personne puisse recevoir des plaintes en matière de violation des droits de l'homme des Premières nations, y compris les doléances liées à la Loi sur les Indiens; et que l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne soit abrogé, comme l'ont instamment demandé diverses organisations, dont la Commission des droits de l'homme, abrogation que le Gouvernement canadien a admise en principe, en 2003¹⁹.

Un accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations²⁰

Le 31 mai 2005, le gouvernement du Canada et l'Assemblée des Premières nations ont signé un accord politique. L'Accord repose sur 11 principes qui « doivent être lus ensemble puisqu'ils se soutiennent ». Au nombre de ces principes figurent : le maintien de l'honneur de la Couronne, le constitutionnalisme et la primauté du droit et, enfin, la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et du titre aborigène. Le huitième principe, qui touche les droits de la personne, est libellé comme 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 œuvre 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.

¹⁹ E/CN.4/2005/88/Add.3 : Rapport de Rodolfo Stavenhagen, Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones – Mission au Canada. L'admission dont il est question dans la dernière partie de la phrase fait référence à l'inclusion d'une disposition abrogative dans un projet de loi omnibus sur la gouvernance des Premières nations qui est mort au feuillet.

²⁰ Le texte de l'Accord peut être obtenu à l'adresse suivante : <http://www.afn.ca/article.asp?id=1219>.

Rapport du Comité permanent de la Chambre des communes des Affaires autochtones sur les biens immobiliers matrimoniaux

Le problème de l'absence d'un régime de partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves existe depuis longtemps. Déjà, en 1988, l'*Aboriginal Justice Inquiry* du Manitoba constatait les répercussions discriminatoires que pouvait avoir l'absence d'un régime équitable de partage des biens sur les femmes autochtones :

[TRADUCTION]

La *Loi sur les Indiens* ne reconnaît pas le partage égal des biens au moment de la dissolution du mariage. Cela doit être rectifié [...] nous pensons que cette question demande une attention immédiate. En ne traitant pas les femmes autochtones de façon juste et équitable, non seulement la Loi est fort probablement inconstitutionnelle, mais elle semble aussi inciter le ministère des Affaires indiennes et les administrations locales à la discrimination administrative en matière d'offre de logements et de services aux femmes autochtones²¹.

Plus récemment, en juin 2005, le Comité permanent des affaires autochtones a déposé un rapport intitulé *Pour résoudre ensemble la question du partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves*²², dans lequel il reconnaît la nécessité de donner aux résidents des réserves les moyens de demander réparation pour les actes discriminatoires que le MAINC ou les gouvernements des Premières nations pourraient commettre à leur endroit en raison de l'absence d'un régime de partage des biens matrimoniaux. Lors de son témoignage devant le Comité, la chef Tina Leveque a fait observer que l'« *abrogation [de l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne] exposerait la Loi sur les Indiens à ces protections et fournirait des mécanismes pour garantir l'égalité et l'équité*²³ ».

Pour compléter sa recommandation visant à régler la question des biens immobiliers matrimoniaux, le Comité permanent propose :

Que le gouvernement, après une large consultation des organisations et communautés des Premières nations, entreprenne un examen immédiat de l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne dans le but de modifier cette loi :

- *pour protéger les membres des Premières nations vivant dans les réserves contre la discrimination dont ils pourraient faire l'objet en vertu de la Loi sur les Indiens;*
- *pour y intégrer une disposition interprétative exigeant de maintenir un équilibre entre les droits individuels et les intérêts des communautés.*

Les recommandations du Comité permanent, exposées plus loin dans ce rapport, s'alignent sur celles de la Commission.

21 Rapport de l'*Aboriginal Justice Inquiry* du Manitoba, chapitre 13 : Femmes autochtones. Version électronique à l'adresse <http://www.ajic.mb.ca/volumel/chapter13.html>.

22 *Pour résoudre ensemble la question du partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves*, rapport du Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord, juin 2005. Version électronique à l'adresse <http://www.parl.gc.ca/InfocomDoc/38/1/parlbus/commbus/house/AANO/report/RP1906551/aanorp05/03-cov-f.htm>.

23 Témoignage entendu par le Comité permanent de la Chambre des communes des affaires autochtones et du développement du Grand Nord (ci-après appelé le témoignage), 12 avril 2005.

5] DROITS ANCESTRAUX ET DROITS DE LA PERSONNE



En 1977, on tenait généralement pour acquis qu'en l'absence de l'article 67, la tâche d'examiner les plaintes formulées à l'endroit des Premières nations et du MAINC serait revenue à la Commission et que celle-ci n'aurait pas traité ces plaintes différemment des autres plaintes dont elle était saisie. À l'époque, les « conseils de bande » – c'est le terme employé dans la *Loi sur les Indiens* pour désigner les gouvernements des Premières nations – étaient pour l'essentiel un prolongement de la structure administrative du MAINC. La notion d'autonomie locale, et non pas tant le droit à l'autonomie gouvernementale, en tant qu'enjeu politique, commençait tout juste à prendre forme dans la conscience des Canadiens non autochtones.

La situation a beaucoup évolué depuis 1977. De nos jours, bien qu'environ 600 d'entre elles continuent d'être régies par la *Loi sur les Indiens*, les Premières nations jouissent d'un contrôle beaucoup plus grand sur les affaires qui les concernent. Cela est vrai en dépit du fait que la reconnaissance du pouvoir inhérent des Premières nations de faire des lois sans qu'un accord sur l'autonomie gouvernementale ait été adopté, est une question importante qui demande à être éclaircie aux plans juridique et politique.

En 1982, les « droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada » ont été constitutionnellement « reconnus et confirmés » aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 25 de la *Charte* a été édicté afin de préciser que le fait que la *Charte* garantit certains droits « ne porte pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada ».

En 1994, le gouvernement du Canada a reconnu que les peuples autochtones du Canada disposaient d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et que ce droit faisait partie des droits existants garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le gouvernement s'est engagé à négocier des accords sur l'autonomie gouvernementale avec les Premières nations dans le cadre constitutionnel existant, y compris la *Charte*.

Il a été établi dans la jurisprudence, notamment celle émanant de la Cour suprême, que les questions touchant les Premières nations doivent être abordées en tenant compte du caractère unique de l'histoire, du statut, de la culture, des coutumes et des droits des Premières nations et de leurs membres. (Dans cette optique, les systèmes traditionnels autochtones de gouvernance et de règlement des différends qui intègrent des principes universels en matière de droits de la personne doivent également être reconnus.) Mais, par-dessus tout, les tribunaux ont exhorté les gouvernements du pays à maintenir l'honneur de la Couronne dans tous leurs rapports avec les peuples autochtones du Canada :

L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones... Il ne s'agit pas simplement d'une belle formule, mais d'un précepte fondamental qui peut s'appliquer dans des situations concrètes²⁴.

²⁴ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73.

6] DROITS INDIVIDUELS ET DROITS COLLECTIFS



La *Charte canadienne des droits et libertés*, la *Loi constitutionnelle de 1982* et la jurisprudence reconnaissent que les « droits existants – ancestraux ou issus de traités » des peuples autochtones du Canada comprennent certains droits collectifs. Bien que ces droits collectifs ne soient pas encore entièrement définis, ils comprennent incontestablement le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, les droits de pêche, de chasse et de cueillette, les droits fonciers collectifs et le droit à la protection des langues, cultures et traditions ancestrales.

La reconnaissance de droits de nature collective est considérée comme une question controversée par certaines personnes qui perçoivent l'existence d'un conflit entre ces droits et les droits individuels « classiques », tels que le droit d'être à l'abri de toute discrimination. Posons la question franchement, puisqu'elle est tout à fait pertinente : qu'arrive-t-il en cas de confrontation entre un droit individuel et un droit collectif?

Les débats qui ont cours au Canada au sujet de l'apparente opposition entre droits individuels et droits collectifs existent également à l'échelle internationale. La conception moderne des droits de l'homme trouve son origine dans les traditions philosophiques occidentales axées sur les droits et l'autonomie individuels. Cependant, en certaines occasions, les pays en voie de développement et les peuples autochtones ont fait valoir que la communauté internationale se devait de reconnaître la contribution tout aussi indispensable des droits collectifs, comme la propriété de terres en commun, au bien-être de l'humanité.

La communauté internationale reconnaît cette dualité, comme en témoigne le texte de la *Déclaration de Vienne* adoptée en 1993 par les participants à la *Conférence mondiale sur les droits de l'homme*²⁵ :

Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter ces droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance.

Plus loin, la *Déclaration* reconnaît « la dignité intrinsèque des populations autochtones et la contribution unique qu'elles apportent au développement et à la diversité des sociétés » et précise en outre ce qui suit :

Considérant l'importance de la promotion et de la protection des droits des populations autochtones et le fait que l'on contribue, par ces moyens, à la stabilité politique et sociale des États dans lesquels elles vivent, les États devraient, conformément au droit international, prendre des mesures constructives concertées pour leur garantir le respect de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales, en se fondant sur l'égalité et la non-discrimination, et reconnaître la valeur et la diversité de leurs identités, de leurs cultures et de leur organisation sociale.

²⁵ *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, Conférence mondiale sur les droits de la personne, Vienne, 14-25 juin 1993, A/Conf.157/23. Voir : [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Fr?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Fr?OpenDocument).

7] UNE DISPOSITION INTERPRÉTATIVE



Au moment de procéder à l'abrogation de l'article 67, il importe de s'assurer que le système de règlement des plaintes relatives aux droits de la personne tiendra dûment compte du caractère particulier de la situation et des droits des Premières nations. L'une des façons d'accomplir ceci serait d'ajouter une disposition interprétative portant sur l'application de la *Loi* en contexte autochtone. Une telle disposition obligerait la Commission et le Tribunal à prendre en considération la situation spéciale des Premières nations lors de l'examen des plaintes qui les concernent. De cette façon, les plaintes de discrimination présentées par des individus pourraient être examinées à la lumière des droits collectifs légitimes lorsque la situation le requiert.

Précédents jurisprudentiels et constitutionnels

Une telle approche est compatible avec le droit canadien et les principes en matière de droits de la personne, lesquels commandent que les lois sur les droits de la personne soient interprétées et appliquées d'une manière qui tienne compte de la situation et de l'intérêt des plaignants comme des mis en cause. Cette approche reconnaît également qu'aucun droit n'est absolu et qu'il faut faire preuve de souplesse lorsque les droits d'un groupe entrent en conflit avec ceux d'autres groupes.

On trouve une illustration de ce principe à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit les droits prévus à la *Charte* tout en prévoyant qu'ils peuvent être restreints par une règle de droit, « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Vu l'importance des droits garantis par la *Charte*, la Cour suprême a élaboré des règles strictes afin de déterminer si une justification peut être retenue suivant l'article premier.

De la même façon, la LCDP admet des exceptions dans certaines circonstances définies avec précaution. Toute partie mise en cause dans une affaire qui relève de cette loi peut invoquer une « exigence professionnelle justifiée » (EPJ) ou un « motif justifiable » pour expliquer pourquoi elle a traité une personne d'une manière par ailleurs incompatible avec les droits de la personne²⁶. Dans l'affaire *Jacobs*²⁷, le Tribunal canadien des droits de la personne a appliqué ce genre de raisonnement pour arriver à la conclusion que le Conseil des Mohawks de Kahnawake pouvait faire valoir une EPJ afin de protéger des droits collectifs.

Dans cette affaire, les plaignants, Trudy et Peter Jacobs, avaient grandi dans la collectivité de Kahnawake mais n'avaient pas les cinquante pour cent d'ascendance indienne requis pour en être membres. Le Conseil des Mohawks prétendait que cette mesure était nécessaire à la protection de l'intégrité culturelle et linguistique de la collectivité. Le Tribunal a admis qu'un tel argument pouvait constituer un motif justifiable au sens de la *Loi* mais a néanmoins conclu que ce motif devait être rejeté, car il n'était pas certain que l'objectif du Conseil ne pouvait être réalisé par une méthode moins préjudiciable pour les Jacobs.

²⁶ Ainsi, une compagnie de transport aérien peut refuser d'employer un pilote qui n'a pas l'acuité visuelle nécessaire pour piloter un aéronef.

²⁷ *Jacobs c. Mohawk Council of Khanawake* (1998), Tribunal canadien des droits de la personne.

Il importe également de remarquer que certaines lois sur les droits de la personne en vigueur au Canada permettent aux organisations de choisir d'employer en priorité des individus appartenant à leur groupe particulier²⁸.

L'article 25

Afin de protéger les droits collectifs légitimes des Premières nations, certains ont proposé d'inclure dans la LCDP une disposition interprétative qui, à l'instar de l'article 25 de la *Charte*, énoncerait que le fait que la *Loi* protège certains droits « ne porte pas atteinte » aux droits garantis par la Constitution. Il ne fait pas de doute que des préoccupations légitimes sont à la source de cette proposition. Toutefois, la Commission est d'avis qu'une telle disposition serait redondante. En tant que composante de la *Charte*, l'article 25 est enchâssé dans la Constitution, ce qui signifie que toutes les lois canadiennes, dont la LCDP, sont assujetties à ses dispositions.

Néanmoins, il serait utile de prévoir certains paramètres quant à la façon dont la LCDP devra s'appliquer en contexte autochtone si l'article 67 est abrogé. Ces précautions s'expliquent en partie par le fait que le bien-fondé des revendications faites aux termes des articles 25 et 35 est difficile à démontrer eu égard aux normes de preuve établies par la Cour suprême. S'il est vrai que certains des intérêts et des préoccupations propres aux Premières nations pourraient ne pas répondre aux critères stricts qui s'appliquent à la revendication d'un droit de nature constitutionnelle, il n'en demeure pas moins qu'ils méritent d'être pris en compte dans le cadre du règlement des plaintes relevant des droits de la personne, surtout s'ils concernent des droits se rapportant à la langue, à la culture et aux traditions. Le cadre législatif des droits de la personne convient probablement davantage à ce genre de préoccupations²⁹.

Éléments clés d'une disposition interprétative

Le Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*³⁰ a formulé des recommandations quant au contenu possible d'une disposition interprétative. Selon lui, une telle disposition doit :

- faire en sorte qu'on tiendra compte des besoins et des aspirations des communautés autochtones dans l'interprétation des droits et des motifs de défense prévus par la *Loi*;
- assurer un équilibre adéquat entre les droits individuels et les intérêts des communautés autochtones;
- aider à l'interprétation des moyens de défense actuels prévus par la *Loi*; elle ne doit pas constituer un nouveau motif de justification qui saperait la réalisation de l'égalité;
- éviter de servir à justifier la discrimination fondée sur le sexe ou d'être utilisée pour perpétuer des inégalités historiques créées par la *Loi sur les Indiens*³¹.

28 Par exemple, le paragraphe 24(1) du *Code des droits de la personne de l'Ontario* prévoit ce qui suit :

Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 5, à un traitement égal en matière d'emploi le fait :

- a) qu'un organisme ou un groupement religieux, philanthropique, éducatif, de secours mutuel ou social dont le principal objectif est de servir les intérêts des personnes identifiées par la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial, le partenariat avec une personne du même sexe ou un handicap n'emploie que des personnes ainsi identifiées ou leur accorde la préférence si cette qualité requise est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi;

29 Il y a lieu de noter que ni la CCDP ni le Tribunal n'ont la capacité ou l'expertise nécessaires pour interpréter les articles 25 et 35.

30 *La promotion de l'égalité : Une nouvelle vision*, Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, 2000.

31 Cette dernière idée reprend le principe énoncé au paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

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.

La Commission est généralement d'avis qu'il s'agit là de principes directeurs judiciaires pour l'interprétation de la LCDP en contexte autochtone. Le Comité de révision n'avait pas précisé la forme que devrait prendre cette disposition interprétative mais, par la suite, on a tenté d'incorporer les principes que ce dernier avait réussi à dégager dans un texte législatif³². Le libellé proposé en cette occasion était le suivant :

16.1 Dans toute question pouvant faire, en vertu de la présente loi, l'objet d'une plainte contre une organisation gouvernementale autochtone³³, les besoins et aspirations de la collectivité autochtone concernée qui sont compatibles avec les principes de l'égalité entre les sexes doivent être pris en considération pour l'interprétation et l'application des dispositions de la présente loi³⁴.

Appelée à émettre ses commentaires au sujet du texte en question devant un comité parlementaire, la présidente de la Commission a indiqué qu'elle appuyait en principe l'idée de se doter d'une disposition interprétative mais a exprimé des réserves à l'endroit de certains des termes proposés :

Même si nous sommes en faveur des objectifs de la disposition interprétative, nous sommes préoccupés par le manque de précision du texte actuel. Quelle est la portée exacte de l'expression « besoins et aspirations » de la collectivité autochtone et quel est son rapport avec la nécessité d'éviter que personne ne soit victime de discrimination? L'expérience de la Commission avec l'interprétation de la Loi canadienne sur les droits de la personne par le Tribunal canadien des droits de la personne et d'autres tribunaux nous incite à conclure que la recherche d'un équilibre entre ces deux pôles pourrait aboutir à des procédures en justice longues et coûteuses. Certes, il faut s'attendre à des procédures judiciaires, mais si la loi était plus claire, ces procédures seraient réduites et le processus de règlement des plaintes serait plus efficace³⁵.

Mise en œuvre d'une disposition interprétative

L'énonciation correcte du contenu de la disposition interprétative est certes une question importante qui doit être soigneusement étudiée dans le cadre d'un processus de consultations menées auprès des Premières nations. Aussi importante soit-elle, cette question ne devrait toutefois *pas* retarder davantage l'abrogation de l'article 67. C'est pourquoi la Commission recommande de suivre un processus en deux étapes. Il s'agirait, dans un premier temps, de procéder immédiatement à l'abrogation de l'article 67. Puis viendrait l'étape de l'élaboration du contenu de la disposition interprétative, pour laquelle une échéance serait fixée.

La disposition abrogative pourrait prévoir une autre disposition, en vertu de laquelle le gouvernement fédéral serait autorisé à adopter une disposition interprétative. Cette disposition habilitante mentionnerait ou non certains des éléments clés d'une disposition interprétative énoncés précédemment : nécessité d'assurer l'égalité des sexes, de protéger les droits collectifs, etc.

32 Ce libellé figurait dans le projet de loi C-7 – *la Loi sur la gouvernance des Premières nations* –, mort au feuillet lorsque le Parlement fut prorogé à l'automne 2003.

33 Le recours à la disposition interprétative se limiterait aux situations où une plainte est déposée contre une organisation gouvernementale autochtone. Le MAINC et les autres organismes fédéraux seraient donc, par le fait même, exclus de son application. Par contre, l'expression « organisation gouvernementale autochtone » ne désignerait pas uniquement les gouvernements des Premières nations mais également toutes les organisations connexes, comme les conseils scolaires et l'administration d'un hôpital.

34 Il y aurait lieu, suivant des suggestions reçues, que le libellé proposé fasse mention non seulement de l'égalité entre les sexes mais également des groupes vulnérables tels que les personnes handicapées et les personnes « bispirituelles » (gais, lesbiennes, bisexuels et transgenres).

35 Mémoire de la Commission canadienne des droits de la personne au Comité permanent des affaires autochtones, du développement du Grand Nord et des ressources naturelles, 28 janvier 2003.

La disposition pourrait être adoptée par voie réglementaire. Pour que cela puisse se faire, la Commission devrait possiblement recourir à son pouvoir de prendre des ordonnances³⁶ en vue de procéder, de concert avec les Premières nations, à l'élaboration du texte de la disposition interprétative.

Comme la clause interprétative s'appliquera uniquement aux plaintes déposées contre les Premières nations, la *Loi* devrait s'appliquer aux plaintes mettant en cause le gouvernement du Canada dès l'abrogation de l'article 67.

Dans l'arrêt *Corbière*³⁷ rendu par la Cour suprême et où celle-ci concluait à la nécessité d'élargir l'application de l'exercice du droit de vote aux membres des Premières nations ne demeurant pas sur les réserves, la Cour avait ordonné une période de transition de 18 mois. La Commission estime qu'il y aurait lieu de prévoir une période similaire ne dépassant pas 30 mois pour la mise en place de la disposition interprétative et d'autres mesures transitoires.

36 Aux termes du paragraphe 27(2) de la LCDP, la Commission a le pouvoir de prendre des ordonnances visant à préciser de quelle façon la *Loi* doit s'appliquer à l'égard de catégories ou de groupes particuliers de plaintes :

27(2) Dans une catégorie de cas donnés, la Commission peut, sur demande ou de sa propre initiative, décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application de la présente loi.

Effet obligatoire

27(3) Les ordonnances prises en vertu du paragraphe (2) lient, jusqu'à ce qu'elles soient abrogées ou modifiées, la Commission et le membre instructeur désigné en vertu du paragraphe 49(2) lors du règlement des plaintes déposées conformément à la partie.

Les ordonnances prises en vertu de la *Loi* sont des « textes réglementaires », ce qui leur confère le même poids qu'un règlement. La Cour suprême a confirmé la validité constitutionnelle du pouvoir de la Commission de prendre de telles ordonnances dans l'arrêt *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884.

37 *Corbière c. Canada (ministère des Affaires indiennes et du Nord)*, [1999] 2 R. C. S. 203.

8] UN MÉCANISME DE RECOURS PROPRE AUX PREMIÈRES NATIONS



L'objectif premier poursuivi par la Commission est l'abrogation immédiate de l'article 67. Cette mesure permettra aux Premières nations d'avoir accès aux mêmes mécanismes de règlement des différends que le reste de la population canadienne en matière de droits de la personne. Il s'agit d'une question de droits fondamentaux qui exige une intervention rapide.

Dans ce contexte, une distinction s'impose entre les principes qui constituent le fondement de la *Loi* (le droit d'être protégé contre toute discrimination et de disposer d'un recours) et les mécanismes institutionnels créés par la *Loi* pour régler les plaintes liées aux droits de la personne. La Commission s'est fermement engagée envers la réalisation des principes fondamentaux de la *Loi*, mais il est possible que les mécanismes qui permettront d'y arriver doivent évoluer et différer de ceux qui sont actuellement en place. L'administration directe de ces mécanismes sera sans doute progressivement confiée aux Premières nations, ce qui entraînera possiblement une réduction du rôle de la Commission, soit par suite d'autres modifications à la LCDP ou de l'adoption par les Premières nations, dans les cas opportuns, de lois spéciales relatives aux droits de la personne.

La Commission est d'avis qu'il serait contre-productif, pour l'instant, de débattre en détail de la question des mécanismes à adopter : cela ne contribuerait qu'à faire oublier l'urgence d'abroger l'article 67. Une fois celui-ci aboli, la Commission, les Premières nations et les autres parties concernées devront travailler ensemble en vue de déterminer la meilleure façon d'appliquer les principes fondamentaux de la LCDP à l'égard des collectivités des Premières nations. Une période transitoire semblable à celle proposée pour la mise en place de la disposition interprétative pourrait être prévue afin de permettre aux parties de mener à terme ces tâches importantes.

D'ailleurs, au cours de cette phase d'élaboration, les parties voudront probablement étudier deux questions en particulier : les mesures de redressement communautaires et les mécanismes de recours relevant de la Commission.

Mécanismes de recours communautaires

La discrimination peut s'exercer au sein de la collectivité, au travail ou à l'école. Elle est également présente dans les lois – que ce soit en raison de leur substance ou de leurs répercussions – de même que dans les activités ou les politiques de certains employeurs ou fournisseurs de services. Elle découle souvent d'une dynamique organisationnelle ou de facteurs interpersonnels dont la portée peut difficilement être saisie par ceux qui ne sont pas impliqués. Les conflits de cette nature, lorsqu'ils ne sont pas réglés, amènent les parties à durcir leurs positions, et l'animosité et l'amertume qu'elles ressentent s'accroissent en conséquence. C'est pour cette raison que les organismes comme la CCDP, qui se consacrent au respect des droits de la personne, tentent de plus en plus de parvenir à un règlement rapide des plaintes, et ce, en restant le plus près possible du contexte dans lequel elles ont pris naissance.

La nécessité de réagir à l'échelle communautaire se fait d'autant plus sentir dans le cas des Premières nations, compte tenu de la diversité qui les caractérise et de leur nature spéciale. Plus de 600 Premières nations, la plupart situées en territoire rural ou isolé, seraient touchées par l'abrogation de l'article 67. Leurs cultures, leurs langues et leurs valeurs politiques diffèrent,

et la connaissance qu'elles ont de la LCDP, l'appui et l'intérêt qu'elles lui portent et la capacité qu'elles ont de composer avec d'éventuels changements aux plans législatif et administratif varient également d'une collectivité à l'autre. Pour ces raisons, il sera crucial que les Premières nations décident des mécanismes qu'elles souhaitent mettre en place pour régler les différends avant que ceux-ci ne débouchent sur le dépôt de plaintes formelles.

Il sera également essentiel de s'assurer que les Premières nations disposent des ressources humaines et financières nécessaires à l'élaboration et à la mise en œuvre de systèmes viables de protection des droits de la personne. Bien qu'on ne devrait exagérer l'ampleur de cette tâche, elle nécessitera des investissements importants au chapitre du renforcement des capacités. Il importe que les Premières nations ne soient pas contraintes de puiser des ressources à même des programmes essentiels, tels les programmes de logement et d'éducation, afin de devoir satisfaire à leurs obligations en matière de droits de la personne.

Mécanismes de recours relevant de la Commission

Les différends qui ne seront pas réglés à l'échelle locale – et que l'on espère peu nombreux – pourront donner lieu au dépôt de plaintes formelles devant la Commission. Cette dernière a d'ailleurs le mandat de servir tous les mis en cause et les plaignants efficacement et équitablement. Pour respecter cet engagement envers les Premières nations, la Commission voudra probablement adopter des mesures appropriées afin que les plaintes concernant une Première nation soient traitées d'une manière qui corresponde à la situation propre aux collectivités autochtones. Cela nécessitera certainement le maintien d'un dialogue entre les Premières nations et leurs membres sur la façon dont la Commission peut le mieux répondre à leurs besoins respectifs, et ce, tout en se conformant à la LCDP.

9] UNE LOI SUR LES DROITS DE LA PERSONNE POUR LES PREMIÈRES NATIONS



La disposition interprétative et les modifications à la procédure de la Commission proposées dans le présent document auraient pour effet de rendre la LCDP et la Commission plus accessibles aux Premières nations et mieux adaptées à leurs besoins et à leurs aspirations. Il s'agit d'une étape importante à franchir. Toutefois, conformément aux droits des Premières nations garantis par la Constitution et à leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, il serait peut-être souhaitable aussi, si tel est le désir des Premières nations, d'envisager l'adoption d'une loi sur les droits de la personne qui leur soit spécifique.

Divers modèles d'institutions sont possibles. Par exemple, on pourrait créer une commission nationale des Premières nations pour les droits de la personne ou encore un tribunal des Premières nations indépendant. Ces nouvelles institutions et la Commission et le Tribunal canadien des droits de la personne pourraient se concerter ou fonctionner séparément. On pourrait aussi choisir d'établir des institutions distinctes au sein de chaque Première nation ou de chaque groupe de Premières nations que l'on aurait réunies à cette fin selon des critères régionaux ou autres. Encore une fois, ces institutions pourraient agir de façon indépendante ou de concert avec leurs homologues nationaux.

10] LES DROITS DE LA PERSONNE ET LES PREMIÈRES NATIONS AUTONOMES



Grâce aux accords sur les revendications territoriales et sur l'autonomie gouvernementale et aux lois de mise en œuvre de ces accords, quelque 20 Premières nations ne sont plus régies par la *Loi sur les Indiens*. D'autres sont en train de négocier de tels accords. Les accords sur l'autonomie gouvernementale remplacent généralement le régime prévu par la *Loi sur les Indiens*. Par conséquent, les Premières nations régies par de tels accords ne sont pas visées par l'exception de l'article 67³⁸.

La plupart des régimes d'autonomie gouvernementale ne font aucune référence précise aux droits de la personne. Toutefois, la LCDP s'applique à ces régimes aux termes des dispositions des accords qui les ont créés. Ces dispositions prévoient en effet que certaines lois fédérales, dont la législation sur les droits de la personne, s'appliquent aux Premières nations et ont préséance sur les lois adoptées par leurs gouvernements.

S'il est vrai que les Premières nations autonomes et leurs citoyens ne sont pas privés de l'accès aux mécanismes de défense des droits de la personne, la protection et la promotion effectives de leurs droits est une question plus complexe et ne se résume pas au fait de retirer l'obstacle posé par l'article 67. La protection et la promotion des droits de la personne et la lutte contre la discrimination sont des conditions essentielles à la saine conduite des affaires publiques.

À cet égard, des progrès encourageants ont été réalisés. L'*Accord sur l'autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank*³⁹ confirme dans l'une de ses dispositions que la LCDP s'applique aux membres et aux terres de la Première nation de Westbank et contient en outre une disposition interprétative. L'article 291 de l'Accord énonce en effet ce qui suit :

Aucune disposition du présent Accord ne restreint l'opération de la Loi canadienne sur les droits de la personne à l'égard de la Première nation de Westbank ou bien des Membres ou des Terres de Westbank. L'interprétation et la mise en œuvre de la Loi canadienne sur les droits de la personne en ce qui a trait à la Première nation de Westbank ainsi qu'aux Membres et Terres de Westbank tiennent compte :

- a. de la nature et l'objet du présent Accord;*
- b. du droit de la Première nation de Westbank de fournir sur une base exclusive ou préférentielle, des programmes et des services aux Membres, lorsque cela est justifié;*
- c. du droit de la Première nation de Westbank de donner une préférence à ses Membres lorsqu'elle embauche des employés ou des contractuels pour ses opérations, lorsque cela se justifie.*

³⁸ Dans l'affaire *Azak c. Nisga'a Nation*, le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique s'est demandé s'il avait compétence pour instruire une plainte formulée à l'endroit d'une institution de la Nation Nisga'a aux termes d'une loi sur les droits de la personne ou si cette plainte devait être renvoyée devant la CCDP. Le Tribunal a conclu que les institutions créées par une loi fédérale aux termes de l'entente sur les revendications territoriales des Nisga'a étaient assujetties à la LCDP.

³⁹ Voir : http://www.aïnc-inac.gc.ca/nr/prs/s-d2003/wst_f.pdf.

Autre élément encourageant : les accords récents sur l'autonomie gouvernementale intègrent désormais une clause suivant laquelle la Première nation concernée s'engage à aider le Canada à respecter ses obligations juridiques internationales. Ces obligations comprennent évidemment celles ayant trait aux droits fondamentaux protégés par divers traités et conventions. Par exemple, l'Accord sur l'autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank prévoit, à son article 36 :

En règle générale, la Première nation de Westbank prendra les mesures nécessaires pour que ses lois et ses actions soient conformes aux obligations juridiques internationales du Canada.

Dans la deuxième partie de l'article, la Première nation s'engage à remédier à celles de ses lois ou de ses actions jugées incompatibles avec les obligations juridiques internationales du Canada par un organe de surveillance d'un traité international ou tout autre tribunal compétent. On retrouve une disposition semblable dans l'Accord tlicho sur l'autonomie gouvernementale.

La Commission recommande au gouvernement du Canada et aux Premières nations d'envisager la possibilité d'inclure des dispositions traitant spécialement de la protection et de la promotion des droits de la personne lorsqu'ils négocient les termes d'un accord sur l'autonomie gouvernementale ou sur des revendications territoriales. Quant aux Premières nations qui sont déjà régies par leur propre loi habilitante, elles devraient envisager de recommander des modifications législatives ou de recourir à des mesures administratives et à des politiques pour protéger les droits fondamentaux de leurs citoyens.

11] RESPECT DES OBLIGATIONS RELATIVES AUX DROITS DE LA PERSONNE



Avec l'abrogation de l'article 67, les membres des Premières nations pourront, pour la première fois de leur histoire, déposer des plaintes relevant du domaine des droits de la personne à l'égard des dispositions de la *Loi sur les Indiens* et des actions prises sous le régime de cette loi par le gouvernement du Canada (de même que des plaintes contre les gouvernements des Premières nations). Plusieurs dispositions de la *Loi sur les Indiens* soulèvent des préoccupations liées aux droits de la personne et pourraient faire l'objet de plaintes devant la Commission. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 67 a été édicté au départ et pourquoi il y a lieu de l'abroger.

Malgré l'abrogation de l'alinéa 12(1)*b*) en 1985, on soupçonne que les autres mesures législatives contenues dans le projet de loi C-31 ne répondent pas aux conditions requises relativement aux droits de la personne. La question la plus préoccupante concerne les femmes qui ont perdu leur statut d'Indienne avant 1985 : contrairement à ceux de leurs frères et de leurs cousins qui ont aussi épousé des personnes non inscrites, ces femmes n'ont pas la possibilité de transmettre le statut d'Indien à leurs enfants et à leurs petits-enfants. L'absence de dispositions portant sur le partage des biens matrimoniaux constitue, comme nous l'avons noté précédemment, un autre problème très préoccupant en ce qu'il porte grandement préjudice aux femmes des Premières nations. Il existe en outre toute une gamme de questions susceptibles de soulever des préoccupations au plan des droits de la personne.

Le présent rapport n'a pas pour objet de faire l'examen détaillé de ces questions. D'ailleurs, il n'est pas certain que ces dernières pourraient servir de substrat au dépôt d'une plainte sous le régime de la *Loi*. Comme c'est le cas pour toutes les affaires dont elle est saisie, la Commission se devrait d'examiner le bien-fondé de chaque plainte à la lumière de la *Loi* et de la jurisprudence. Dans l'éventualité de l'abrogation de l'article 67, la Commission donnerait suite à ces plaintes jusqu'aux limites permises par la *Loi*.

Toutefois, la Commission privilégierait que le gouvernement adopte une approche proactive en vue de prévenir la discrimination sans attendre le dépôt de plaintes et la conclusion d'instances susceptibles de s'étendre sur de longues périodes. Par conséquent, la Commission presse le gouvernement de procéder avec elle, de concert avec les Premières nations et les autres organismes concernés, à l'examen des dispositions de la *Loi sur les Indiens* et des politiques et programmes applicables afin de veiller à ce qu'ils n'entrent pas en conflit avec la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et les autres règles pertinentes de droit interne ou de droit international relatives à ces droits. Cet examen devrait être axé notamment sur l'incidence du projet de loi C-31 et sur les mesures permettant de traiter équitablement les questions d'appartenance et de droit au statut pour toutes les parties intéressées.

12] CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS



La Commission canadienne des droits de la personne recommande au Parlement du Canada que :

1. **L'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soit abrogé sans délai.**
2. **La loi abrogative prévoit des dispositions portant création et promulgation, en consultation avec les Premières nations, d'une disposition interprétative qui tiendra compte des droits et des intérêts des Premières nations. La disposition interprétative servira de guide à la Commission et au Tribunal canadien des droits de la personne pour l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* aux plaintes formulées contre les gouvernements des Premières nations et les institutions connexes.**
3. **L'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, aux Premières nations et aux institutions connexes, soit suspendue pour une période transitoire de 18 à 30 mois afin de permettre**
 - a) **la tenue de consultations sur la disposition interprétative proposée et la promulgation de celle-ci;**
 - b) **la tenue d'activités préparatoires afin d'assurer que les Premières nations et la Commission aient mis en place les mesures nécessaires pour résoudre les plaintes de façon efficiente, efficace et rapide.**
4. **L'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* au gouvernement du Canada, relativement aux questions autrefois exclues du fait de l'article 67, prenne effet dès l'abrogation de celui-ci sans qu'il soit prévu de période transitoire.**
5. **Le gouvernement du Canada et les Premières nations envisagent la possibilité d'inclure des dispositions traitant spécialement de la protection et de la promotion des droits de la personne lorsqu'ils négocient les termes d'un accord sur l'autonomie gouvernementale ou sur des revendications territoriales.**

Comme l'explique le rapport, il s'agit d'une question de droits. De droits qui ont été niés pendant 28 ans et qui ne peuvent l'être plus longtemps. Il faut agir dès maintenant. Sans quoi, la réputation de défenseur des droits fondamentaux de chacun dont jouit le Canada ici même et à l'étranger en sera ternie.

La Commission compte maintenir le dialogue avec le gouvernement du Canada, les parlementaires et les Premières nations tout au long du processus d'abrogation de l'article 67.