



THE CANADIAN  
BAR ASSOCIATION  
L'ASSOCIATION DU  
BARREAU CANADIEN

**Projet de loi S-4, *Loi sur les  
foyers familiaux situés dans les  
réserves et les droits ou  
intérêts matrimoniaux***

**SECTIONS NATIONALES DU DROIT DES AUTOCHTONES ET DU DROIT DE LA FAMILLE  
ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN**

**Mai 2010**

## **AVANT-PROPOS**

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe plus de 37 000 juristes, dont des avocats, des notaires, des professeurs de droit et des étudiants en droit dans l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'Association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par les sections nationales du droit des autochtones et du droit de la famille de l'Association du Barreau canadien, avec l'aide de la Direction de la législation et de la réforme du droit du bureau national. Ce mémoire a été examiné par le Comité de la législation et de la réforme du droit et approuvé à titre de déclaration publique des sections nationales du droit des autochtones et du droit de la famille de l'Association du Barreau canadien.

# TABLE DES MATIÈRES

## **Projet de loi S-4, *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux***

I.	INTRODUCTION .....	1
II.	LA NÉCESSITÉ DE MESURES LÉGISLATIVES .....	2
III.	ÉLÉMENTS CLÉS DU PROJET DE LOI .....	3
IV.	DÉFINITIONS.....	4
V.	NON-DÉROGATION .....	6
VI.	TEXTES LÉGISLATIFS DES PREMIÈRES NATIONS SUR LES BIM .....	7
VII.	LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ENTRE LES DROITS.....	12
VIII.	LA CRÉATION DE NOUVEAUX DROITS ET INTÉRÊTS.....	15
	A. Occupation du foyer familial .....	15
	B. Ordonnance de protection d'urgence .....	16
	C. Ordonnance d'occupation exclusive .....	16
	D. Partage des biens et compensation .....	16
IX.	DROITS ET INTÉRÊTS ASSURÉS PAR LE PROJET DE LOI S-4.....	17
	E. Intérêt viager à l'égard de terres de réserve pour des personnes non membres de la bande .....	17

F.	Prise en compte des différences dans les catégories de terres et de logements dans les réserves .....	21
G.	Prise en compte judiciaire du contexte culturel autochtone .....	23

<b>X.</b>	<b>AUTRES PRÉOCCUPATIONS AU SUJET DU PROJET DE LOI .....</b>	<b>25</b>
-----------	--	-----------

<b>XI.</b>	<b>CONCLUSION .....</b>	<b>28</b>
------------	-------------------------	-----------

<b>XII.</b>	<b>SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS .....</b>	<b>30</b>
-------------	---	-----------

# **Projet de loi S-4, *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux***

## **I. INTRODUCTION**

Les sections nationales du droit des Autochtones et du droit de la famille de l'Association du Barreau canadien (sections de l'ABC) sont reconnaissantes de la possibilité de présenter leurs commentaires sur le projet de loi S-4, *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*. Les sections de l'ABC reconnaissent la nécessité de mesures législatives dans le domaine des biens immobiliers matrimoniaux (BIM) dans les réserves. Le projet de loi propose un mécanisme en vue de protéger et assurer les droits des époux – en particulier des femmes – ainsi que des enfants vivant dans une réserve. Nous appuyons l'intention qui le sous-tend, mais nous croyons que le projet de loi devrait être amélioré avant d'être adopté. Dans le présent mémoire, nous soulignons des faiblesses structurelles et légales du projet de loi, et nous recommandons des changements qui devraient y être apportés avant qu'il ne devienne loi.

Nous comprenons qu'aucun consensus n'a pu être trouvé entre les organisations des Premières Nations au sujet de ce projet de loi. Il est important que le gouvernement fédéral consulte adéquatement les Premières Nations et les organisations des Premières Nations avant d'aller plus loin avec ce projet de loi<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Wendy Grant-John, représentante ministérielle sur les questions liées aux BIM, a reconnu qu'un consensus entre Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC), l'Assemblée des Premières Nations (APN) et l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) n'a pas été possible pendant la période de consultation et de la rédaction du projet de loi (*Rapport de la représentante ministérielle sur les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves*, mars 2007). Nous croyons comprendre que l'APN, l'AFAC et Femmes Autochtones du Québec inc. ont incité le gouvernement à ne pas poursuivre le prédécesseur du projet de loi (le projet de loi C-47) avant qu'il y ait eu des consultations convenables. Voir le sommaire législatif du projet de loi : <http://www2.parl.gc.ca/Sites/LOP/LEGISINFO/index.asp?Language=F&query=6974&Session=23&List=ls>.

Voir aussi le communiqué de presse du 14 mai 2009 de l'AFAC, l'APN et le Conseil des femmes de l'APN exprimant une opposition au projet de loi, ainsi que le communiqué de presse du même jour de Premières nations de l'Ontario s'opposant à l'imposition unilatérale dans les réserves de lois sur les BIM qui ne soient pas des Premières Nations et préconisant plutôt une démarche de nation à nation. L'APN du Québec et du Labrador a aussi exprimé une « opposition totale » au projet de loi dans un communiqué de presse (le 19 mai 2009).

## II. LA NÉCESSITÉ DE MESURES LÉGISLATIVES

La question des BIM dans les réserves a été étudiée par le Parlement dans les dernières années, ainsi que le souligne le Sommaire législatif du projet de loi<sup>2</sup>. La principale préoccupation concerne un « vide juridique » de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>3</sup>. Les droits en matière de propriété et les droits civils relèvent de la compétence des provinces en vertu du paragraphe 91(13) et des territoires suivant la délégation du gouvernement fédéral, de sorte que les provinces et les territoires ont compétence à l'égard du partage des biens matrimoniaux réels et personnels. En même temps, les biens immeubles situés dans une réserve sont exemptés de l'application des lois provinciales et territoriales en vertu du paragraphe 91(24), qui reconnaît le pouvoir législatif fédéral sur « les Indiens et les terres réservées pour les Indiens ».

La *Loi sur les Indiens*<sup>4</sup> n'aborde pas les questions liées aux BIM dans les réserves. La *Loi sur la gestion des terres des premières nations* fournit un mécanisme pour traiter des questions liées aux BIM, mais il s'agit d'un régime législatif auquel les Premières Nations ont choisi de souscrire. Ses dispositions ne s'appliquent pas obligatoirement aux Premières Nations du Canada<sup>5</sup>.

Le gouvernement fédéral, en collaboration avec l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) et l'Assemblée des Premières Nations (APN), a fait réaliser une série de consultations qui ont mené au rapport de 2007 de Wendy Grant-John<sup>6</sup>. Ce rapport concluait que la simple application des lois provinciales et territoriales sur les BIM aux réserves serait insuffisante pour pallier les lacunes actuelles; il recommandait plutôt un modèle de la concomitance des compétences comme celui proposé par le projet de loi C-4. Le rapport notait aussi que si les participants à la consultation n'ont pas choisi une option précise, un modèle de

---

<sup>2</sup> Voir Sommaire législatif, *ibid.*

<sup>3</sup> 1867 (R.-U.), Victoria 30 et 31, chap. 3.

<sup>4</sup> L.R., 1985, ch. I-5.

<sup>5</sup> *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, L.C., 1999, ch. 24, articles 8 à 14.

<sup>6</sup> Sommaire législatif, *supra* note 1, p. 2-3.

la concomitance des compétences semblait être celle des options proposées qui recueillait le plus la faveur<sup>7</sup>.

### III. ÉLÉMENTS CLÉS DU PROJET DE LOI

Le projet de loi S-4 s'appliquerait quand au moins un époux ou un conjoint de fait dans une relation est un membre des Premières Nations ou un Indien, au sens de l'article 6 de la *Loi sur les Indiens*, vivant dans une réserve. Les recours suivants seraient possibles en cas d'échec de la relation conjugale ou après le décès d'un des époux ou conjoints de fait :

- l'utilisation, l'occupation et la possession des foyers familiaux situés dans les réserves;
- l'occupation exclusive en cas de violence familiale;
- le partage de la valeur des droits ou intérêts détenus sur les constructions et terres situées dans les réserves.

Le projet de loi est conceptuellement divisé en deux parties. La première traite du pouvoir de légiférer des Premières Nations en matière de BIM. La deuxième propose des règles fédérales provisoires (RFP) destinées à constituer un régime complet à l'égard des BIM pour toutes les Premières Nations du Canada en attendant que chaque Première Nation adopte son propre régime complet. Les RFP ne dédoublent ni ne reproduisent aucun régime provincial ou territorial existant à l'égard des BIM, mais font l'amalgame de divers régimes et approches.

Trois comités parlementaires ont constaté que le régime législatif actuel d'attribution des BIM dans les réserves n'assure pas des droits équitables et égaux<sup>8</sup>. D'autres ont insisté sur ce que d'importantes solutions non législatives doivent aussi être examinées pour apporter une véritable justice à l'égard des questions entourant les BIM sur les réserves : contrats de mariage et accords de séparation; fonds d'indemnisation des conjoints; fonds de prêts résidentiels destinés aux réserves indiennes pour pallier les énormes pénuries de logements; refuges pour femmes et foyers de transition, surtout dans les collectivités isolées; mécanismes

---

<sup>7</sup> Rapport de la représentante ministérielle, *supra* note 1, para. 196; voir aussi Association des femmes autochtones du Canada (AFAC), *Reclaiming Our Way of Being: Matrimonial Real Property Solutions Position Paper*, janvier 2007 (exposé de principe de l'AFAC), p. 28-29.

<sup>8</sup> Sénat, Comité sénatorial permanent des droits de la personne, rapport provisoire, *Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves : toujours en attente*, novembre 2003; Chambre des communes, Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord, cinquième rapport, juin 2005; Chambre des communes, Comité permanent de la condition féminine, septième rapport, *Les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves*, 1<sup>ère</sup> session, 39<sup>e</sup> Législature.

de règlement de différends traditionnels; tribunaux de vidéo-comparution pour les collectivités éloignées; financement adéquat de l'aide juridique en droit de la famille; centres de traitement; ententes sur l'autonomie gouvernementale et politiques des Premières Nations en matière de logement<sup>9</sup>.

Sans minimiser l'intérêt de ces solutions non législatives valables, nous reconnaissons que le projet de loi offre une importante protection législative aux femmes et aux enfants vivant dans une réserve. Le préambule du projet de loi affirme qu'en ce qui concerne l'utilisation et l'occupation d'un foyer familial dans une réserve et le partage des intérêts situés dans une réserve, une autorité compétente devrait tenir compte de l'intérêt des enfants. Les sections de l'ABC appuient cet énoncé et ne considèrent pas qu'il s'oppose à l'inaliénabilité des terres de réserve en faveur de non-Indiens<sup>10</sup>. Le préambule du projet de loi affirme aussi qu'il permettrait aux Premières Nations de renseigner les tribunaux sur le contexte culturel, social et légal dans le cadre de certains recours en vertu du projet de loi.

#### IV. DÉFINITIONS

Plusieurs des termes du projet de loi devraient être clarifiés. Par exemple, l'expression « contracté de bonne foi un mariage nul de nullité relative ou absolue » appelle une définition plus précise.

Aucune définition de « conjoint de fait » n'est donnée, mais le paragraphe 2(2) indique que les termes du projet de loi ont le même sens que dans la *Loi sur les Indiens*. Le paragraphe 2(1) de cette loi définit « conjoint de fait » comme étant une personne qui vit avec la personne en cause dans une relation conjugale depuis au moins un an<sup>11</sup>.

Dans les régimes provinciaux, les conjoints de fait et les époux sont souvent traités différemment. Il n'est pas clair si ce projet de loi fait de même – ou doit le faire. Si l'intention est

---

<sup>9</sup> *Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves – Nos terres, nos familles, nos solutions* (Rapport final de l'Assemblée des Premières Nations) (Ottawa : APN, 2007), p. 18 à 21; exposé de principe de l'AFAC, annexe A : « Summary of Solutions »; voir aussi Chambre des communes, Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord, juin 2005, p. 22-23.

<sup>10</sup> Voir l'examen plus ample de ces questions, *infra* p. 14-15.

<sup>11</sup> *Supra* note 4, para. 2(1), « conjoint de fait ».



de ne pas faire de distinction, nous suggérons d'utiliser simplement le terme « époux »<sup>12</sup>, qui pourrait être défini comme une personne qui :

- soit est légalement mariée;
- soit a contracté de bonne foi ce qu'elle pensait être un mariage, qu'il soit ou non nul de nullité relative ou absolue;
- soit est reconnue comme étant mariée par les lois autochtones de la Première Nation;
- soit est un conjoint de fait, pourvu que le recours ait été intenté moins d'un an après la fin de cette relation.

Le projet de loi S-4 utilise la définition de « réserve » de la *Loi sur les Indiens*. Il y a au Yukon des Premières Nations autonomes possédant des « réserves conservées » – des terres visées par le paragraphe 91(24) qui ne sont pas considérées comme des « réserves » en vertu de la *Loi sur les Indiens*. La définition de « droit ou intérêt » du projet de loi donne à croire qu'elle est destinée à s'appliquer aux Premières Nations autonomes :

« droit ou intérêt » –

b) le droit ou intérêt portant sur une terre de réserve assujettie à tout code foncier ou texte législatif au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, à tout texte législatif adopté en vertu d'un accord d'autonomie gouvernementale auquel Sa Majesté du chef du Canada est partie ou à tout code foncier (...)

Pour éviter toute confusion, nous suggérons que les réserves et les différents types d'intérêts dans les réserves soient clairement et expressément définis dans le projet de loi.

Le projet de loi ne définit pas « biens matrimoniaux ». L'article 33 partagerait essentiellement tous les biens sans égard à ce qui pouvait ou non être au départ des biens « matrimoniaux ». Les lois de la Colombie-Britannique font référence à des biens qui sont habituellement utilisés à des fins familiales. D'autres régimes définissent les biens matrimoniaux au moyen d'une liste de biens qui en font partie ou en sont exclus. La terminologie de l'article est plutôt propre à créer de la confusion, surtout l'alinéa 33(3)c) au sujet des ordonnances d'indemnisation.

---

<sup>12</sup> L'AFAC a aussi proposé une définition particulière d'« époux » : rapport de la représentante ministérielle, *supra* note 1, para. 239.

**RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 33 soit clarifié et comprenne un principe introductif faisant la distinction entre biens familiaux et autres biens aux fins des alinéas 33(2)b) et c) ainsi que 33(3)b) et c).**

Enfin, en ce qui concerne la consultation populaire au sujet des textes législatifs des Premières Nations sur les BIM, le paragraphe 13(2) exigerait que plus de 25 % des électeurs s'expriment en faveur du projet de textes législatifs. Dans le texte anglais, les électeurs sont appelés « eligible voters » mais l'expression « eligible voter » n'est pas définie dans le projet de loi, et le texte anglais de la *Loi sur les Indiens* utilise plutôt le terme « elector ». Le paragraphe 11(2) précise le critère servant à déterminer qui est habile à voter. Nous recommandons que le projet de loi soit modifié de façon à supprimer le paragraphe 11(2) et qu'une nouvelle version de la définition de « eligible voter » soit ajoutée au paragraphe 2(1).

**RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent de supprimer le paragraphe 11(2) et d'ajouter au texte anglais du paragraphe 2(1) une nouvelle version de la définition de « eligible voter ».**

**V. NON-DÉROGATION**

L'article 5 du projet de loi constitue une clause de non-dérogação qui semble s'inspirer d'une disposition semblable de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*<sup>13</sup>. L'article 5 se lit comme suit :

Il est entendu que la présente loi n'a pas pour effet de modifier le titre de propriété des terres de réserve, celles-ci continuant d'être des terres réservées aux Indiens au sens du point 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et mises de côté par Sa Majesté à l'usage et au profit de la première nation concernée.

Les questions entourant les BIM dans les réserves sont liées à de nombreuses autres questions touchant l'autonomie gouvernementale et les traditions juridiques autochtones. Le Canada est légalement une société pluraliste, et les traditions juridiques autochtones côtoient le droit civil

---

<sup>13</sup> Rapport de la représentante ministérielle, *supra* note 1, para. 238; voir aussi *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, L.C., 1999, ch. 24, article 5.

et la common law<sup>14</sup>. Comme ils constituaient des sociétés organisées avant l'arrivée des Européens, les peuples autochtones avaient des pouvoirs de gouvernement, y compris des pouvoirs législatifs, et ces pouvoirs n'ont jamais été abolis<sup>15</sup>. Le droit de se gouverner est un des éléments qui permet aux peuples autochtones de conclure des traités avec la Couronne<sup>16</sup>. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et affirme les droits existants – ancestraux ou issus de traités –, y compris le droit à l'autonomie gouvernementale.

Afin d'exprimer explicitement l'intention du projet de loi de ne pas empiéter plus avant sur les droits constitutionnels existants à l'autonomie gouvernementale et sur les traditions juridiques autochtones protégées par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, nous recommandons que sa clause de non-dérogation soit modifiée comme suit :

Il est entendu que la présente loi n'a pas pour effet de modifier le titre de propriété des terres de réserve, celles-ci continuant d'être des terres réservées aux Indiens au sens du point 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et mises de côté par Sa Majesté à l'usage et au profit de la première nation concernée, ni n'a-t-il en rien pour effet d'abroger des droits ancestraux ou issus de traités reconnus et affirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou d'en déroger.

#### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que la clause de non-dérogation du projet de loi S-4 soit modifiée par l'adjonction de :**

**(...) ni n'a-t-il en rien pour effet d'abroger des droits ancestraux ou issus de traités reconnus et affirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou d'en déroger.**

## **VI. TEXTES LÉGISLATIFS DES PREMIÈRES NATIONS SUR LES BIM**

Les articles 7 à 16 du projet de loi C-4 prévoient l'adoption de textes législatifs par les Premières Nations. L'article 7 confère aux Premières Nations le pouvoir d'adopter des textes

---

<sup>14</sup> John Burrows, *Les traditions juridiques autochtones au Canada*, rapport présenté à la Commission du droit du Canada, janvier 2006, Résumé, p. i.

<sup>15</sup> Burrows, *ibid.* p. 170; voir aussi *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, para. 30.

<sup>16</sup> Burrows, *ibid.* p. 172. Voir aussi *Campbell v. British Columbia (AG)*, 2000 BCSC 1123, para. 85-86, 95 et 179 à 181, qui établit le principe selon lequel les Premières Nations ont le pouvoir de conclure des traités avec la Couronne en raison de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, et ce droit survit, fût-ce diminué, à l'affirmation de la souveraineté de la Couronne.

législatifs visant les BIM. Le paragraphe 7(2) exige que les textes législatifs des Premières nations sur les BIM prévoient une procédure permettant de modifier et abroger ces textes législatifs. Il prévoit aussi que ces textes législatifs peuvent contenir des dispositions visant leur application et, nonobstant le paragraphe 89(1) de la *Loi sur les Indiens*, des dispositions visant l'exécution d'ordonnances dans une réserve.

Cette partie du projet de loi exige aussi qu'un processus de vérification soit suivi par une Première Nation en vue d'adopter des textes législatifs visant les BIM. L'article 8 habilite le ministre à désigner un « organisme » qui aidera à la vérification. Les articles 9 et 10 prévoient la nomination d'un vérificateur chargé de décider de la conformité du mécanisme de consultation populaire au regard de la Loi ainsi que de la conformité du déroulement de la consultation par rapport à ce mécanisme. Les articles 11 à 15 précisent les exigences auxquelles doit satisfaire le mécanisme de consultation populaire.

Le droit à l'autonomie gouvernementale autochtone est un droit légal indépendant qui ne dépend de l'octroi d'aucun pouvoir des organes exécutifs ou législatifs du Canada<sup>17</sup>. Les articles 7 à 15 du projet de loi risquent d'être trop prescriptifs et d'empiéter sur le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale permettant de légiférer à l'égard des BIM selon leurs propres traditions juridiques autochtones, y compris lorsqu'il s'agit de prendre des décisions qui touchent l'ensemble de la communauté. La *Loi sur la gestion des terres des premières nations* prévoit un processus tout aussi prescriptif de vérification et d'approbation à l'égard des codes de gestion des terres, mais il s'agit d'un régime législatif auquel les Premières Nations souscrivent volontairement<sup>18</sup>. Dans le cas présent, il pourrait y avoir atteinte au droit à l'autonomie gouvernementale et manquement au respect des systèmes juridiques autochtones. Nous suggérons d'examiner plus avant cette question.

## RECOMMANDATION

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que les articles 7 à 15 du projet de loi S-4 soient reconsidérés pour garantir qu'ils n'empiètent pas sur le droit à l'autonomie gouvernementale et qu'ils respectent comme il se doit les systèmes juridiques autochtones.**

---

<sup>17</sup> Burrows, *supra* note 14, p. 172.

<sup>18</sup> *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, L.C., 1999, ch. 24, articles 8 à 14.

Comme il en a été question plus haut, le paragraphe 13(2) du projet de loi exige que plus de 25 % des électeurs s'expriment en faveur du projet de textes législatifs. Cette prescription visant l'approbation des textes législatifs sur les BIM est plus exigeante que celle exigée en vertu de la *Loi sur les Indiens* pour la cession de terres de réserve par une Première Nation<sup>19</sup>. La *Loi sur la gestion des terres des premières nations* adopte la norme minimum de 25 % des électeurs, mais il y a encore une fois deux différences importantes entre cette loi et le projet de loi S-4 : l'adoption d'un code de gestion des terres est strictement volontaire; et, ce qui importe tout autant, le gouvernement a assuré un ample appui financier et technique aux Premières Nations qui choisissent d'assumer la compétence à l'égard de leurs terres de réserve<sup>20</sup>.

Fait important, les moyens prévus par le projet de loi pour la création de textes législatifs ne sont pas assortis d'engagements en matière de financement ou autres ressources. Le projet de loi S-4 devrait prévoir des ressources pour les Premières Nations de sorte que celles qui souhaitent adopter leurs propres textes législatifs sur les BIM puissent véritablement le faire.

Enfin, même si les RFP sont appelées « provisoires » et si elles constituent une mesure temporaire nécessaire face aux questions liées aux BIM, elles pourraient très bien devenir plus permanentes que prévu tout simplement parce que de nombreuses Premières Nations n'auront pas les ressources voulues pour créer et administrer leurs propres règles à l'égard des BIM. La fourniture des ressources nécessaires permettrait aux communautés des Premières Nations d'élaborer leurs propres textes législatifs sur les BIM en fonction de leurs propres coutumes et traditions juridiques autochtones. Il existe divers exemples de récentes réformes législatives

---

<sup>19</sup> L'article 39 de la *Loi sur les Indiens* institue la règle de la double majorité : une majorité des électeurs doit voter sur une cession à titre absolu ou une désignation de terres, et une majorité d'entre eux doit approuver la cession ou la désignation. Si une majorité des électeurs ne participe pas au vote, le ministre peut convoquer une nouvelle assemblée; si à cette assemblée une majorité des électeurs présents votent en faveur, l'assentiment est réputé avoir été donné par une majorité des électeurs de la bande. En pratique, une cession de terres de réserve peut se produire avec l'approbation de 25 % des électeurs. Il ne semble y avoir aucune raison pour laquelle l'adoption de textes législatifs sur les BIM serait soumise à une norme plus élevée que ne l'est la cession de terres de réserve.

<sup>20</sup> Voir les articles 6 et 12 de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations* (LGTPN). Le financement a été graduellement réduit, mais la LGTPN était à l'origine bien financée. Voir à <http://fafnlm.com/content/fr/index.html> des renseignements sur l'Accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières Nations signé le 12 février 1996 par le ministre des Affaires indiennes et du Nord et 13 Premières Nations ainsi que les rapports financiers du Conseil consultatif des terres des Premières Nations indiquant le niveau de financement assuré par le ministère des Affaires indiennes et du Nord.

où le gouvernement a assorti des nouvelles lois de ressources pouvant assurer une mise en œuvre efficace<sup>21</sup>.

Nous insistons sur le fait que faute d'un pareil engagement en matière de ressources dans le cadre du projet de loi S-4, les RFP risquent de devenir le régime *de facto* pour de nombreuses Premières Nations. En effet, la réalité est que la plupart d'elles manquent grandement de ressources pour le développement de la fonction gouvernementale. Par suite d'un manque de ressources adéquates, les dispositions des RFP pourraient effectivement supplanter des traditions juridiques autochtones, ce qui serait un résultat non voulu et indésirable. Nous recommandons que le gouvernement fédéral s'engage à assurer un financement qui permettrait aux Premières Nations de tirer efficacement parti des articles 7 à 16 du projet de loi.

#### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que le gouvernement fédéral s'engage à assurer un financement et d'autres formes d'appui aux Premières Nations pour leur permettre d'adopter et de mettre en œuvre des textes législatifs sur les BIM en vertu du projet de loi S-4.**

#### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 7, qui prévoit des modalités pour la modification et l'abrogation des textes législatifs des Premières Nations sur les BIM, soit soumis à un mécanisme de consultation populaire lorsque la modification touche le fond de textes législatifs ou en abroge.**

Tel qu'il se présente actuellement, le projet de loi S-4 conférerait aux provinces et territoires une responsabilité accrue à l'égard des affaires des Premières Nations. Il pourrait en découler :

- des fardeaux supplémentaires pour les systèmes de justice déjà surchargés des provinces et territoires;
- des fardeaux supplémentaires dans l'administration des RFP en général, et en particulier pour régler les conflits entre les RFP et les lois provinciales ou territoriales sur les BIM;

---

<sup>21</sup> Voir par exemple la *Loi sur la gestion des terres des premières nations* ou la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*.

- des coûts supplémentaires dans l'administration des textes législatifs visant les BIM, en ce qui concerne les biens dans les réserves.

L'administration provinciale et territoriale des RFP exigera des efforts initiaux en vue de mettre en place des dispositifs pour la solution provisoire proposée. Les compétences juridiques spécialisées requises pour les litiges sur les BIM dans les réserves sont un autre facteur important. Les juges et les avocats devront se familiariser avec les RFP ainsi qu'avec la teneur et les concepts de la *Loi sur les Indiens* (par exemple, les certificats de possession et les certificats d'occupation) et les régimes coutumiers d'attribution des terres de chaque Première Nation.

L'accès des membres des Premières Nations aux tribunaux provinciaux et territoriaux est une grande source de préoccupation puisque les déplacements vers les grands centres judiciaires soulèvent souvent des difficultés financières et logistiques. Il y a déjà d'importants problèmes d'accès pour les personnes accusées dans des instances criminelles, surtout dans les collectivités isolées. Pour les affaires civiles en cour supérieure, qui ne suivront présumément pas le modèle des cours de circuit utilisé pour les instances criminelles, l'accès pourrait être d'autant plus difficile<sup>22</sup>.

Nous avons de graves préoccupations quant à la mesure dans laquelle les programmes d'aide juridique déjà surchargés assureraient l'accès à une représentation juridique professionnelle dans ces affaires. Les RFP accroîtraient assurément la demande des services en droit de la famille, or ces services ne sont pas fournis dans tous les régimes et lorsqu'ils le sont, ils sont habituellement sous-financés, de portée limitée et difficiles à obtenir<sup>23</sup>. Le gouvernement fédéral n'offre pas d'aide juridique en droit de la famille puisque ce domaine relève de la compétence provinciale et territoriale, mais les gouvernements provinciaux et territoriaux disent avoir besoin d'un plus grand apport financier du gouvernement fédéral pour pouvoir en fournir<sup>24</sup>. Les difficultés de la prestation de services juridiques à des clients dans des

---

<sup>22</sup> Nous constatons que d'autres ont aussi soulevé la question de l'accès à la justice, et notamment l'APN : Rapport final de l'Assemblée des Premières Nations, *supra* note 9, p. 18.

<sup>23</sup> L'ABC a exprimé des préoccupations au sujet de l'insuffisance de l'aide juridique en matière familiale dans divers contextes : voir [www.cba.org/ABC/LaDefense/legalaidFr/position.aspx](http://www.cba.org/ABC/LaDefense/legalaidFr/position.aspx).

<sup>24</sup> Voir par exemple le communiqué diffusé en 2008 à l'issue d'une rencontre des ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux de la Justice : [www.justice.gc.ca/fra/nouv-news/cp-nr/2008/doc\\_32302.html](http://www.justice.gc.ca/fra/nouv-news/cp-nr/2008/doc_32302.html).

collectivités isolées des Premières Nations et dans le Nord sont particulièrement grandes, et le faible nombre d'avocats disponibles peut mener à des problèmes de conflits. Outre ces réalités, les fournisseurs de services d'aide juridique peuvent avoir besoin de formation supplémentaire pour intervenir dans les affaires relevant du droit des Premières Nations. Nous suggérons vivement que ces importantes préoccupations au sujet de l'accès à la justice et des implications pratiques du projet de loi soient réglées de façon complète et satisfaisante avant que le projet de loi soit adopté.

#### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent qu'avant l'entrée en vigueur du projet de loi, des ententes administratives soient conclues entre le gouvernement fédéral et chaque province et territoire au sujet des compétences supplémentaires que le projet de loi confèrera aux tribunaux provinciaux et territoriaux.**

#### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que le gouvernement fédéral prévoie des ressources pour la mise en œuvre du projet de loi S-4, y compris des fonds fédéraux supplémentaires destinés à assurer des niveaux acceptables de services d'aide juridique en matière familiale partout au Canada, et les moyens voulus pour permettre aux programmes d'aide juridique de fournir aux clients admissibles les services d'avocats spécialisés connaissant le droit de la famille et le droit autochtone dans les affaires concernant les BIM.**

## **VII. LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ENTRE LES DROITS**

Le projet de loi S-4 semble concilier deux objectifs légitimes sur le plan des politiques publiques :

la protection des droits individuels des époux et conjoints de fait (en particulier des femmes) à l'égard des biens matrimoniaux situés dans une réserve;

la protection des droits et intérêts collectifs des bandes à l'égard de leurs terres de réserve.

En tentant de réaliser cet équilibre, le projet de loi S-4 pourrait créer des droits ou des intérêts à long terme à l'égard de terres de réserve pour des personnes qui ne sont pas membres d'une bande, voire qui ne sont pas des Autochtones. Le projet de loi partagerait la valeur de tous



droits ou intérêts détenus par les époux ou conjoints de fait à l'égard de constructions et terres dans les réserves. Selon le site Web d'Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) :

La loi proposée a pour but d'offrir aux personnes qui vivent dans une réserve des droits fondamentaux et des recours à l'égard du foyer familial et d'autres intérêts ou droits matrimoniaux pendant la relation conjugale, à la suite de la rupture de celle-ci et au décès d'un époux ou d'un conjoint de fait.

Ces objectifs ne relèvent pas seulement des politiques publiques. Chacun d'eux est ancré dans des lois concrètes et des principes juridiques. Le premier se fonde sur des lois existantes comme la *Loi sur le divorce* du Parlement fédéral et les dispositions sur l'égalité, dont les articles 15 et 28 de la *Charte*. Le deuxième s'inscrit sous la *Loi sur les Indiens* et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Selon l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*, une réserve est une parcelle de terrain « dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande ». En outre, l'article 18 prévoit ceci :

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.

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.

Dans l'affaire *Derrickson c. Derrickson*, la Cour suprême du Canada a résumé ainsi le paragraphe 18(1) :

Ce paragraphe a pour objet de faire en sorte que les terres réservées aux Indiens soient utilisées à l'usage et au profit de la bande indienne et continuent de l'être.<sup>25</sup>

Le juge Judson, s'exprimant au nom de quatre des cinq juges de la Cour Suprême siégeant dans l'affaire *The Queen v. Devereux*, a affirmé ceci :

---

<sup>25</sup> *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, para. 22.

## [TRADUCTION]

L'esprit de la *Loi sur les Indiens* vise à préserver pour les bandes indiennes les réserves mises de côté pour elles nonobstant le 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.<sup>26</sup>

Le paragraphe 28(1) interdit aux Indiens d'aliéner leurs droits à la possession, sauf par la voie d'un bail et d'un permis :

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.

(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.

En raison du paragraphe 50(1), les personnes qui ne sont pas membres de la bande ne peuvent pas acquérir par héritage un droit d'habiter sur une terre de réserve ou de posséder une terre de réserve :

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.

Ces dispositions traduisent l'importance historique sous-jacente de la mise de côté de terres réservées. Dans l'arrêt *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, la Cour suprême a pris en compte la politique sous-tendant la règle d'inaliénabilité générale de terres des réserves :

Il reste à déterminer si le fait d'accorder des droits pour une période indéterminée est incompatible avec le principe qui interdit l'utilisation des terres d'une réserve par des tiers sans l'approbation du ministre et de la bande visée. Cela nous amène à examiner les principes qui sous-tendent la règle d'inaliénabilité générale. Tant la common law que la *Loi sur les Indiens* visent à prévenir l'érosion de l'assise territoriale des Indiens qu'entraînerait la cession de terres par des membres ou groupes de membres d'une bande. Pour prévenir l'exploitation, le gouvernement doit donner son approbation, que ce soit par l'entremise du gouverneur en conseil (cession) ou du

---

<sup>26</sup> *The Queen v. Devereux* (1965), 51 D.L.R. (2d) 546, p. 550 (C.S.C.).

ministre : *Bande indienne de la rivière Blueberry*, précité, à la p. 370, le juge McLachlin.<sup>27</sup>

La règle d'inaliénabilité est un rempart nécessaire contre l'érosion de la possession par la bande des terres réservées. Le projet de loi S-4 cherche un équilibre entre cette règle et la volonté de protéger les obligations familiales envers les enfants à charge et les époux des membres de la bande, qu'ils soient ou non eux-mêmes membres de la bande. Les lois du pays et les traités internationaux insistent sur ce que l'inaliénabilité ne peut pas servir de prétexte pour négliger les intérêts des enfants ou des époux ou conjoints de fait, mais en même temps que les droits familiaux ne peuvent pas miner le principe de la possession des terres par la bande.

## VIII. LA CRÉATION DE NOUVEAUX DROITS ET INTÉRÊTS

Le projet de loi S-4 tenterait de pallier l'inégalité actuelle du partage des droits de propriété dans les réserves entre époux ou conjoints de fait en prévoyant certains droits ou intérêts à l'égard des biens matrimoniaux pendant et après une relation conjugale. Outre l'égalité des droits de propriété, le projet de loi s'attaquerait à d'autres problèmes du droit de la famille, comme la violence familiale et l'intérêt des enfants.

### A. Occupation du foyer familial

L'article 18 du projet de loi prévoirait qu'un époux ou conjoint de fait peut occuper le foyer familial pendant la « relation conjugale », que la personne soit ou non un membre d'une Première Nation ou un Indien. L'article 19 indique que cette personne peut occuper le foyer familial pendant 180 jours après le décès de son époux ou conjoint de fait (et peut demander une prolongation de cette période en vertu de l'article 26). Ces dispositions auraient pour effet de supplanter le caractère véritable des articles 18, 20, 28, 30 et 31 de la *Loi sur les Indiens*. Cependant, elles ne créent pas d'intérêts à long terme à l'égard de biens ou de terres, permettant seulement l'occupation pendant une période limitée. À cet égard, ces dispositions semblent tenir compte du principe de l'atteinte minimale énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bande indienne des Opetchesaht*.

---

<sup>27</sup> *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119.

## **B. Ordonnance de protection d'urgence**

L'article 21 du projet de loi permettrait à un époux ou conjoint de fait de demander une ordonnance de protection d'urgence (OPU) dans une situation d'urgence, par exemple s'il y a eu violence familiale, afin d'assurer la protection immédiate de personnes ou de biens. Une OPU peut prescrire l'occupation exclusive du foyer. Une OPU est soumise à une période maximale de 90 jours (que le tribunal peut prolonger de 90 jours, selon l'article 23). Une OPU pourrait être rendue peu importe que le partenaire survivant ou subsistant soit ou non un membre d'une Première Nation ou un Indien. Encore une fois, cette disposition semblerait tenir compte du principe de l'atteinte minimale étant donné le caractère temporaire de l'intérêt octroyé par une OPU.

## **C. Ordonnance d'occupation exclusive**

L'article 25 du projet de loi habiliterait le tribunal à rendre des ordonnances d'occupation exclusive (OOE) du foyer familial dans une réserve à l'intention d'un époux ou conjoint de fait, peu importe que cette personne soit ou non un Indien ou un membre de la bande. Le tribunal aurait la latitude de déterminer la durée de l'ordonnance en tenant compte de divers facteurs précisés par le projet de loi. Un époux ou conjoint de fait pourrait demander une telle ordonnance soit pendant la relation ou après la fin de la relation, y compris en cas de décès de l'autre époux ou conjoint de fait.

Nous croyons que l'omission de toute limite de temps pose problème. Elle créerait un intérêt viager à l'égard du foyer (un intérêt bénéficiaire, sinon un intérêt légal) au profit de personnes qui ne sont pas membres de la bande ou membres des Premières Nations même si le projet de loi indique clairement qu'il ne touche pas l'intérêt légal dans la propriété. Il y a un risque de conflit entre ces dispositions et l'objectif de fond de maintenir et préserver l'intérêt d'une bande à l'égard de ses terres réservées.

## **D. Partage des biens et compensation**

L'article 33 du projet de loi prévoit qu'en cas d'échec de la relation, chaque époux ou conjoint de fait a droit à la moitié de la valeur du droit ou intérêt détenu par l'autre époux ou conjoint de fait sur les constructions ou les terres situées dans une réserve. Selon l'article 39, un partage semblable des biens s'appliquerait en cas de décès d'un partenaire. Les biens immobiliers situés dans les réserves seraient partagés suivant des règles de compensation d'un époux ou conjoint de fait par l'autre. Les articles 34 et 40 précisent les facteurs qu'un tribunal peut

prendre en considération pour trancher toute demande de dérogation à la présomption d'un partage égal.

En vertu de la *Loi sur les Indiens*, un titre de propriété (comme un certificat de possession) pourrait être transféré à l'autre époux uniquement si celui-ci est un membre de la bande.

## **IX. DROITS ET INTÉRÊTS ASSURÉS PAR LE PROJET DE LOI S-4**

Le régime des RFP proposé par le projet de loi S-4 conférerait à une personne qui n'est pas membre de la bande ou qui n'est pas un Indien un intérêt viager potentiel à l'égard de terres de réserve. Nous croyons que le régime proposé ne tiendrait pas convenablement compte des différences dans les catégories de terres et de logements dans les réserves.

### **E. Intérêt viager à l'égard de terres de réserve pour des personnes non membres de la bande**

Bien que le projet de loi ne prétende pas « aliéner » des terres de réserve d'une Première Nation, l'OOE permet en principe qu'un intérêt viager à l'égard de biens dans la réserve soit accordé à des personnes qui ne sont pas des Indiens ou pas des membres de la bande, ce qui priverait la bande de l'utilisation et du bénéfice du bien pendant la période en cause. En vertu de l'article 30, cet intérêt éventuel pourrait viser non seulement l'ancien foyer familial, mais aussi la terre contiguë à la construction qui est nécessaire à l'utilisation et à la jouissance de la construction et à l'accès à la construction. En cas d'échec de la relation, un époux qui n'est pas un Indien ou qui n'est pas membre de la bande pourrait se voir octroyer l'occupation exclusive du foyer familial, avec les enfants, pour le reste de sa vie. Si cette personne est jeune, l'occupation exclusive peut porter sur 60 ans ou plus.

Le projet de loi prévoit des droits d'occupation plutôt que de remettre en cause les règles sur la possession dictées par les articles 18 et 20 de la *Loi sur les Indiens*. La différence entre « occupation exclusive » et « possession » n'est pas claire. Si une personne a la possession, elle pourrait occuper, et si une personne occupe, elle est en possession. Même si une OOE ne prétend pas octroyer un intérêt aussi vaste qu'un certificat de possession en vertu de la *Loi sur les Indiens*, elle reste une ordonnance prescrivant une occupation « exclusive », ce qui suppose que personne d'autre n'aurait le droit d'occuper ou de posséder le foyer familial et les terres contiguës pendant la durée de l'ordonnance. Il n'est pas du tout évident de déterminer

comment cette situation se distingue d'un droit légal de « possession » et quelles sont les implications au regard des articles 18 et 20 de la *Loi sur les Indiens*.

Il n'est pas clair non plus comment certaines des dispositions du projet de loi peuvent être conciliées avec l'article 89 de la *Loi sur les Indiens* visant à protéger la propriété des biens immobiliers situés dans une réserve :

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.

L'alinéa 7(2)b) du projet de loi créerait une exception à l'article 89 pour les textes législatifs des Premières Nations sur les BIM adoptés en vertu du projet de loi. Cependant, les principales dispositions de fond du projet de loi – les articles 21, 25, 26, 30, 33, 34, 38, 39 et 40 – n'indiquent pas ce qu'il advient de l'interdiction de grever le bien immobilier d'un Indien ou d'une Première Nation situé dans une réserve au bénéfice d'une personne qui n'est pas membre de la bande ou qui n'est pas un Indien. L'article 56 du projet de loi habiliterait aussi explicitement un conseil de bande à exécuter une ordonnance rendue au bénéfice d'un non-membre ou d'un non-Indien à l'encontre d'un membre de la Première Nation, et ce, sans mentionner l'article 89 ou y prévoir une exception. Le conseil de bande s'exposerait ainsi éventuellement à un recours de la part du membre de la bande pour avoir permis l'exécution (p. ex., visant une saisie-arrêt sur salaire). La difficulté a été reconnue par le cabinet du ministre<sup>28</sup>, mais ne semble pas avoir été réglée de façon satisfaisante.

#### ***i. Principe de « l'atteinte minimale »***

Les droits à long terme accordés en vertu du projet de loi à des personnes qui ne sont pas des membres de la bande ou pas des Indiens semblent être incompatibles avec le principe de « l'atteinte minimale » aux intérêts des Indiens dans les terres de réserve. Le principe de l'atteinte minimale est habituellement invoqué dans le contexte de l'expropriation de terres de réserve par la Couronne. Comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*<sup>29</sup> :

---

<sup>28</sup> Rapport de la représentante ministérielle, *supra* note 1, para. 271 à 273.

<sup>29</sup> *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746.

52. À mon avis, l'obligation de fiduciaire de la Couronne ne se limite pas aux cessions. L'article 35 permet clairement au gouverneur en conseil d'autoriser l'usage de terres de réserve à des fins d'intérêt public. Cependant, une fois qu'il est établi que l'expropriation de terres indiennes est dans l'intérêt du public, la Couronne a l'obligation de fiduciaire de n'exproprier que le droit minimal requis pour réaliser cette fin d'intérêt public et ainsi de faire en sorte que le droit de la bande d'utiliser des terres indiennes et d'en jouir ne subisse qu'une atteinte minimale. Cette obligation est compatible avec les dispositions de l'art. 35, qui confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire absolu de prescrire les modalités de l'expropriation ou du transfert. De cette manière, plutôt que de faire prévaloir l'intérêt public sur les droits des Indiens, l'approche que je préconise tend à concilier les intérêts en jeu.

54. Non seulement l'obligation de porter atteinte le moins possible aux droits des Indiens sur les terres de réserve sert-elle à harmoniser l'intérêt du public et celui des Indiens, mais elle est également conforme aux principes qui sous-tendent la règle d'inaliénabilité générale que prévoit la *Loi sur les Indiens* et qui vise à prévenir l'érosion de l'assise territoriale des Indiens : *Bande indienne des Opetchesht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, par. 52. À la lumière des caractéristiques spéciales des terres de réserve examinées précédemment, notamment le fait que le droit des Autochtones sur ces terres comportent [sic] un aspect culturel unique et qu'on ne peut unilatéralement ajouter des terres à la réserve ou remplacer de telles terres, l'argument du procureur général selon lequel l'obligation qu'a la Couronne envers la Bande se limite à verser une indemnité convenable ne saurait être retenu.

Bien que les ordonnances d'occupation exclusives prévues par le projet de loi S-4 ne constitueraient pas véritablement une expropriation ou autre cession de terres de réserve, elles accorderaient le droit exclusif d'occupation, c'est-à-dire la possession d'une construction et de la terre contiguë nécessaire en vue de l'utilisation et de la jouissance de ce bien et de l'accès à ce bien. Cette disposition semble aller à l'encontre de l'objectif de la protection de l'intérêt d'une Première Nation à l'égard de l'utilisation et du bénéfice des terres réservées, et du principe de l'atteinte minimale. Les ordonnances d'occupation exclusive au bénéfice de personnes qui ne sont pas membres de la bande ou pas Indiens ont pour effet de soustraire des terres et des constructions à l'utilisation et au bénéfice de la Première Nation pendant la durée de l'ordonnance.

À notre avis, l'atteinte minimale à l'intérêt d'une bande à l'égard de ses terres devrait du moins être un facteur pris en compte par les tribunaux face à une demande d'ordonnance visant l'occupation à long terme du foyer familial par une personne qui n'est pas membre de la bande.

**RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 25 du projet de loi S-4 soit modifié de façon à exiger que le tribunal tienne compte du principe de l'atteinte minimale à titre de facteur au moment de rendre au bénéfice d'une personne qui n'est pas membre de la bande une ordonnance visant l'occupation à long terme d'un foyer familial se trouvant dans une réserve.**

***ii. Politique limitant la durée des locations***

Comme on l'a vu plus haut, le projet de loi ne limite pas la durée des ordonnances d'occupation exclusive. Il y a ainsi incohérence au regard de la politique actuelle du gouvernement fédéral visant la location de terres de réserve.

Même si la *Loi sur les Indiens* ne prévoit pas elle-même de limite de temps aux locations à des occupants (c.-à-d. des Indiens détenant un billet de location, qu'on appelle maintenant certificat de possession ou CP) de terres des Premières Nations, les politiques d'AINC imposent des restrictions. Pour les terres visées par un CP, AINC n'accorde pas de location de plus de 49 ans sans une résolution du conseil de bande l'approuvant, ce qui respecte l'intérêt résiduel de la Première Nation à l'égard des terres de réserve. Dans le cas des terres d'une bande (c.-à-d. des terres dont la possession est commune à la Première nation, par opposition à des terres visées par un CP), AINC a pour politique d'accorder la location pour une durée maximale de 99 ans.

La politique d'AINC vise en partie à répondre à l'arrêt de 2002 de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Bande indienne Tsartlip c. Canada*<sup>30</sup>. La Cour a soutenu que le ministre des Affaires indiennes, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 58(3) de louer une terre à la demande d'un détenteur de CP, doit tenir compte des intérêts aussi bien du détenteur du CP que de la bande. La Cour a estimé que ce devoir découle des principes du droit administratif plutôt que d'une obligation fiduciaire du ministre envers la bande. La Cour a fait remarquer que la *Loi sur les Indiens* « protège vraiment les intérêts de la bande lorsqu'il s'agit d'utiliser les terres de la réserve ». Plus précisément :

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

---

<sup>30</sup> *Bande indienne Tsartlip c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2000] 2 C.F. 314.



À notre avis, le projet de loi S-4 ne tient pas convenablement compte de l'intention du Parlement exprimée dans la *Loi sur les Indiens*. Les restrictions prévues par la politique d'AINC qui ont effectivement limité l'aliénation de terres de réserve par voie de location à des personnes qui ne sont pas membres de la bande ne sont pas prises en compte ou comprises parmi les facteurs dont le tribunal doit tenir compte dans une ordonnance visant l'occupation à long terme d'un foyer familial par une personne qui n'est pas membre de la bande ou qui n'est pas un Indien. Le tribunal devrait être tenu de prendre de tels principes en considération, de sorte que la possession à long terme de constructions et de terres contiguës à ces constructions ne soit pas octroyée à des non-membres sans un dialogue avec la Première Nation concernée.

### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 25 du projet de loi S-4 soit modifié de façon à exiger que le tribunal prenne en considération les politiques qui limitent l'aliénation de terres de réserve à des personnes qui ne sont pas membres de la bande sans le consentement de la Première Nation.**

## **F. Prise en compte des différences dans les catégories de terres et de logements dans les réserves**

Le projet de loi S-4 ne fait pas de distinction convenable entre les propriétés dans une réserve visées par un CP et les propriétés appartenant à la bande. Les seules dispositions qui fassent même allusion à de telles distinctions sont les articles 30 et 31 :

30. Pour l'application des articles 21, 25 et 26, si un droit ou intérêt visé au sous-alinéa a)(i) de la définition de « droit ou intérêt » au paragraphe 2(1) est détenu sur la terre de réserve sur laquelle est situé le foyer familial, le droit d'occupation exclusif du foyer familial emporte le droit d'occupation exclusif de la seule partie de la terre contiguë au foyer familial qui est nécessaire à l'utilisation et à la jouissance du foyer familial.

31. Si l'ordonnance rendue en vertu de l'un des articles 21 à 23, 25 et 26 octroie un droit d'occupation exclusif du foyer familial à un époux ou conjoint de fait qui n'est pas partie au bail visant le foyer familial, cet époux ou conjoint de fait est lié par le bail pendant la durée de l'ordonnance.

L'absence de distinction ne conditionne pas seulement les recours ou ordonnances accessibles à un époux ou un conjoint de fait, mais aussi les mécanismes connexes. Il faut d'ailleurs noter que certains recours (p. ex., l'occupation exclusive du foyer) ont des effets différents sur la

communauté tout dépendant du type de terre et de foyer en cause dans l'ordonnance. Les BIM dans les réserves peuvent être situés sur une ou l'autre des cinq catégories de terre suivantes :

- i. « terre assujettie à la *Loi sur les Indiens* » : terre attribuée à un membre d'une bande en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*. La personne désignée par le certificat de possession a le droit d'occuper la terre et une résidence située sur la parcelle attribuée;
- ii. « terre relevant d'une attribution coutumière » : terre attribuée à un membre individuel de la bande en vertu d'un régime coutumier d'attribution des terres. Il n'y a pas de droit légal à la terre qui soit reconnu en vertu de la *Loi sur les Indiens*;
- iii. « terre traditionnelle » : terre considérée comme appartenant à une famille donnée en raison de la tradition ou de la coutume;
- iv. « terre appartenant à la bande en général » : terre détenue par la bande à l'intention de tous les membres de la bande. Le droit de toute personne de demeurer dans le foyer peut dépendre des politiques de la bande et du type de logement qui se trouve sur la terre – logement social, locatif ou capital;
- v. « terre désignée » : terre de réserve mise de côté pour une période donnée et à une fin donnée, telles qu'un parc industriel, un bail à long terme ou l'aménagement urbain.

Les logements des deux grandes catégories peuvent se trouver sur toute terre d'un large éventail de propriétés foncières dans les réserves :

- vi. logement appartenant à la bande : comprenant le « logement social » appartenant à la bande – le membre rembourse la bande qui, une fois la maison entièrement payée, en cède la possession au membre – et les « logements locatifs appartenant à la bande » que loue la bande;
- vii. logement en propriété individuelle ou logement « capital » : ce logement est payé par le membre de la bande qui l'occupe, éventuellement à l'aide d'un emprunt bancaire ou d'une subvention de la bande.

Enfin, la grave pénurie de logements dans certaines réserves est un problème vital pour la plupart des Premières Nations. Nous reconnaissons que le projet de loi S-4 tente de pallier les situations où le conjoint qui quitte le foyer familial peut avoir soit à vivre chez des amis ou parents dans des logements surpeuplés, soit à quitter la réserve, en octroyant de nouveaux droits et intérêts à l'époux ou au conjoint de fait. Cependant, l'effet de l'octroi à une personne qui n'est pas membre de la bande d'un intérêt à long terme ou d'un intérêt viager à l'égard d'un foyer risque d'exacerber la triste situation du logement dans les réserves.

Certes l'alinéa 25(3)e) tient compte de « la disponibilité d'un autre logement convenable situé dans la réserve où est situé le foyer familial », mais sans que le tribunal soit tenu de prendre en considération le caractère légal du logement de substitution et de la catégorie de logement en

cause. Par exemple, le foyer peut être situé sur une terre visée par un CP et n'appartenir à aucun des deux époux ou conjoints de fait, et faire l'objet d'un bail entre un tiers détenteur d'un CP et la bande de sorte que la bande sous-loue la construction à titre de foyer familial à des membres à faible revenu de la bande. Une autre possibilité est qu'un foyer familial a été construit par la bande sur une terre de réserve commune à titre de logement social, alors qu'il y a une longue liste d'attente pour des logements sociaux. Un tribunal devrait prendre connaissance de ces réalités avant d'octroyer une ordonnance d'occupation exclusive visant des logements publics dont l'offre est limitée. Enfin dans de nombreuses réserves, la terre est octroyée et transmise en vertu de systèmes légaux autochtones non écrits propres à chaque Première Nation. Faute d'accès à la tradition juridique autochtone de la communauté, un tribunal peut rendre une OOE qui exclut la personne à laquelle la communauté reconnaît le droit de posséder la terre.

Nous croyons que le tribunal devrait tenir compte de la nature de l'intérêt en cause lorsqu'il rend en vertu de la loi des ordonnances visant les constructions et les terres situées dans la réserve. Tout comme la loi devrait tenir compte de chaque situation familiale, la loi devrait aussi tenir compte de chaque réserve et de la façon dont la possession et l'utilisation y est régie par la Première Nation en cause. Une approche uniformisée face à la terre dans une réserve ne serait pas équitable.

#### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 25 du projet de loi S-4 soit modifié de façon à exiger que le tribunal prenne en considération la nature de l'intérêt en cause lorsqu'il rend en vertu du projet de loi des ordonnances visant les constructions et les terres situées dans la réserve.**

#### **G. Prise en compte judiciaire du contexte culturel autochtone**

L'article 46 du projet de loi S-4 permettrait à un conseil de bande de présenter des observations au tribunal. Il exigerait que le conseil de bande soit informé de toutes les demandes (sauf les demandes d'OPU) et permettrait que le conseil présente au tribunal des observations sur le contexte culturel, social et juridique dans lequel s'inscrit la demande et sur l'opportunité de rendre ou non une ordonnance demandée.

Cette disposition ajoute une protection pour l'intérêt de la Première Nation à l'égard des terres de réserve, mais elle n'exige pas que le tribunal tienne compte des principes de l'atteinte minimale et de l'aliénation à long terme d'au plus 49 ans. En outre, un conseil de bande peut ne pas évoquer de tels principes juridiques ni même être présent pour présenter des observations. À notre avis, le tribunal devrait prendre connaissance et tenir compte de ces principes juridiques autochtones peu importe que le conseil de bande se manifeste ou non.

Un conseil de bande est une créature de la *Loi sur les Indiens*<sup>31</sup>. Il n'est pas nécessairement le principal dépositaire des traditions juridiques autochtones d'une Première Nation. Il peut y avoir autant de personnes différentes qui connaissent les traditions juridiques autochtones d'une Première Nation qu'il y a de Premières Nations. Dans chaque Première Nation, les aînés ou les chefs de clan détiennent des connaissances sur les traditions juridiques autochtones. Ces personnes devraient avoir accès au tribunal pour parler des coutumes, des traditions et des pratiques culturelles, et le tribunal doit avoir accès à ces personnes pour bien comprendre le contexte pertinent aux diverses ordonnances prévues par le projet de loi. Nous recommandons que l'article 46 et l'alinéa 25(3)c) soient modifiés de façon à accorder la qualité pour agir à d'autres détenteurs de connaissances sur les lois autochtones reconnus par la Première Nation.

#### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 46 et l'alinéa 25(3)c) soient modifiés de façon à accorder la qualité pour agir, outre aux conseils de bande, aux détenteurs de connaissances sur les lois autochtones reconnus par la Première Nation.**

Diverses dispositions du projet de loi indiquent des facteurs relevant du contexte culturel que le tribunal doit soupeser lorsqu'il rend certaines ordonnances. C'est le cas par exemple du paragraphe 21(4) (OPU), du paragraphe 25(3) (OOE), du paragraphe 26(3) (modification d'une OOE), de l'article 34 (modification de la règle du partage égal des biens), de l'article 38 (exécution des accords de partage) et de l'article 40 (modification de la règle du partage égal en cas de décès d'un époux). Cependant, aucune n'exige que le tribunal tienne compte des traditions juridiques autochtones ou du contexte culturel de la Première Nation.

---

<sup>31</sup> *Loi sur les Indiens*, supra note 4, para. 2(1), « conseil de la bande ».

À notre avis, il s'agit d'une importante omission. Le contexte culturel et les traditions juridiques autochtones de la Première Nation en cause ne devraient pas être le seul facteur ni même le facteur prédominant, mais ils devraient être reconnus comme étant pertinents. Il s'agit d'une condition essentielle pour que la nature multijuridique du système légal du Canada ait un sens pour les Premières Nations. Il ne suffit pas de créer un espace législatif permettant aux Premières Nations d'adopter leurs propres textes législatifs sur les BIM; les RFP doivent aussi faire place aux lois autochtones pour éviter de perpétuer le caractère colonial de la *Loi sur les Indiens*<sup>32</sup>.

#### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que les paragraphes 21(4), 25(3) et 26(3) ainsi que les articles 34, 38 et 40 soient modifiés de façon à ajouter, parmi les facteurs que le tribunal doit prendre en compte, le contexte culturel et les traditions juridiques autochtones pertinentes de la Première Nation dont est membre l'époux qui est un Indien.**

## **X. AUTRES PRÉOCCUPATIONS AU SUJET DU PROJET DE LOI**

Le projet de loi S-4 soulève à notre avis diverses autres questions qui exigent de l'attention.

En vertu de l'alinéa 26(3)*h*) (OOE en cas de décès d'un époux ou conjoint de fait), le tribunal doit tenir compte de l'intérêt de toute personne qui détient ou détiendra un droit ou intérêt sur le foyer familial. En d'autres termes, le tribunal doit prendre en considération l'intérêt d'un héritier avant de rendre une OOE en faveur de l'époux survivant. La disposition exigerait aussi que le tribunal tienne compte de l'intérêt d'une personne qui détient un droit de possession à l'égard du foyer familial mais qui n'est pas l'époux décédé (p. ex., un détenteur de CP).

Il arrive souvent qu'une personne de la famille élargie détienne le CP à l'égard d'une terre et que d'autres membres de la famille vivent dans des maisons visées par ce même CP.

L'alinéa 26(3)*h*) permettrait au tribunal de tenir compte de l'intérêt du détenteur de CP. À notre avis, la même protection devrait être assurée à un détenteur de CP en vertu de l'article 25

---

<sup>32</sup> Chambre des communes, Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord, *Cinquième rapport*, juin 2005, p. 16.

puisque le même scénario serait souvent d'application. Actuellement, le projet de loi n'exigerait pas que le tribunal tienne compte de l'intérêt du titulaire de CP en vertu du paragraphe 25(3).

#### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que le paragraphe 25(3) soit modifié de façon à exiger la prise en compte de l'intérêt du détenteur de CP.**

Pour assurer la clarté de la loi, l'expression « violence familiale » de l'article 27 devrait être accompagnée d'un renvoi à la définition qui en est donnée au paragraphe 21(9). Actuellement, l'expression est définie seulement aux fins de l'article 21 et non du projet de loi en général.

#### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'expression « violence familiale » de l'article 27 soit accompagnée d'un renvoi à la définition qui en est donnée au paragraphe 21(9).**

L'article 34 permet de déroger à la règle du partage égal des droits et intérêts matrimoniaux prévue par l'article 33. Un des facteurs dont le tribunal doit tenir compte est « la disponibilité d'un logement comparable au foyer familial *dans la réserve où est situé celui-ci* » (nos italiques). Le marché des logements dans une réserve est habituellement restreint. Certaines Premières Nations peuvent avoir plus d'une réserve où il se trouve des logements, et nous suggérons de prévoir la prise en compte de ces autres réserves. Les évaluations de réserves voisines d'autres Premières Nations pourraient aussi être utiles pour juger de la valeur d'un foyer familial.

#### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 34 soit modifié de façon à permettre la prise en compte d'autres foyers familiaux semblables situés dans des réserves comparables.**

La façon dont les articles 26, 28, 39, 40 et 42 du projet de loi interagiraient avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant la « transmission de biens par droit de succession » (articles 42 à 50.1) n'est pas claire. Ces articles semblent exclure les dispositions envisagées, sans toutefois le faire explicitement. Le conflit entre les deux lois devrait être évité.

#### RECOMMANDATION

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que les articles 26, 28, 39, 40 et 42 soient modifiés de façon soit à reconnaître la préséance de la *Loi sur les Indiens*, soit à supplanter expressément les dispositions applicables de la *Loi sur les Indiens*.**

En common law, dans les réclamations fondées sur une fiducie, le tribunal peut choisir entre la « valeur accumulée » et la « valeur apportée », selon le cas. L'article 33 ne permet pas d'effectuer un pareil choix, exigeant plutôt de tenir compte du plus élevé des montants, soit de l'apport, soit de l'appréciation de la valeur. Il n'est pas toujours opportun que des époux soient entièrement dédommagés des dépenses payées à l'égard des biens familiaux pendant le mariage.

#### RECOMMANDATION

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que les alinéas 33(2)b) et c) ainsi que 33(3)b) et c) soient modifiés de sorte qu'un tribunal puisse choisir entre la valeur accumulée et la valeur apportée pour déterminer quelle est la meilleure façon de reconnaître une réclamation fondée sur une fiducie en common law.**

L'article 41 et le paragraphe 49(1) du projet de loi habiliteront un tribunal à ordonner le transfert de l'intérêt à l'égard de biens immobiliers d'un Indien à l'époux survivant si celui-ci est un Indien. Cette possibilité semble aller à l'encontre des articles 42 et 44 de la *Loi sur les Indiens* selon lesquels le ministre est seul compétent à l'égard des biens des Indiens décédés sauf s'il consent à ce que le tribunal exerce cette compétence en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Encore une fois, un conflit inutile entre le projet de loi S-4 et la *Loi sur les Indiens* devrait être évité.

#### RECOMMANDATION

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 41 et le paragraphe 49(1) du projet de loi soient modifiés de façon soit à reconnaître la préséance de la *Loi sur les Indiens*, soit à supplanter expressément les dispositions applicables de la *Loi sur les Indiens*.**

L'article 51 du projet de loi prévoirait que les règles de pratique et de procédure applicables aux instances en vertu des RFP soient établies par l'« autorité compétente » à l'égard de telles affaires dans chaque province et territoire. L'administration de la justice est du ressort

provincial ou territorial, et il peut être logique que des règles de procédure semblables s'appliquent aux questions de droit de la famille survenant dans les réserves ou ailleurs, mais il peut y avoir des risques inattendus. Le régime législatif proposé par le projet de loi devrait s'appliquer également à toutes les communautés des Premières Nations du Canada, de sorte que chaque membre ou partie ayant droit aux protections proposées puisse véritablement en bénéficier.

Selon les paragraphes 21(5) et 2(1), un « juge désigné » examinant une demande d'OPU serait souvent un juge de paix nommé par la province. Dans les communautés des Premières Nations qui sont isolées, le « juge désigné » peut être un membre de la bande. Le seuil de preuve exigé par divers juges de paix pour justifier une OPU pourrait varier de façon importante.

Le projet de loi voudrait que les parties puissent, en temps opportun, présenter des éléments de preuve supplémentaires au tribunal dans le cadre d'une nouvelle instruction visant une OPU ou une OOE. Dans de nombreuses communautés qui sont éloignées des centres juridiques et où la cour de circuit ne se rend que quelques fois par année selon les conditions météorologiques, cela ne paraît guère plausible. Si la nouvelle instruction a lieu dans un centre judiciaire éloigné, le requérant et l'intimé auraient besoin des moyens financiers de s'y rendre. En ce qui concerne une demande d'OPU, l'isolation même d'une communauté limiterait la capacité de l'intimé de s'opposer à la demande.

#### **RECOMMANDATION**

**Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 51 et le projet de loi S-4 dans son ensemble soient examinés en tenant compte des écarts dans l'accès à la justice, surtout pour les communautés des Premières Nations qui sont isolées. Après l'examen, des normes de base concernant par exemple les seuils de preuve devraient être précisées pour garantir que le régime législatif proposé s'applique de façon aussi uniforme que possible partout au Canada.**

## **XI. CONCLUSION**

L'ABC reconnaît que le projet de loi S-4 constitue un important progrès en vue de régler les problèmes systémiques entourant les intérêts liés aux BIM dans les réserves. Cependant, ses implications pour les droits inhérents à l'autonomie gouvernementale ainsi que pour les citoyens et les terres de réserve des Premières Nations justifient une consultation approfondie



avant que le projet de loi ne passe à l'étape suivante du processus législatif. Les décisions fédérales concernant les terres de réserve mettent en cause l'obligation fiduciaire de la Couronne, ce qui exigerait aussi des consultations nationales auprès des Premières Nations et de leurs organismes représentatifs.

Nous estimons que le projet de loi exige des améliorations et des consultations supplémentaires avant qu'il ne passe à l'étape suivante. Nous avons aussi recommandé des modifications précises que nous jugeons nécessaires avant que le projet de loi ne soit adopté.

## XII. SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS

- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 33 soit clarifié et comprenne un principe introductif faisant la distinction entre biens familiaux et autres biens aux fins des alinéas 33(2)*b*) et *c*) ainsi que 33(3)*b*) et *c*).
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent de supprimer le paragraphe 11(2) et d'ajouter au texte anglais du paragraphe 2(1) une nouvelle version de la définition de « éligible voter ».
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que la clause de non-dérogation du projet de loi S-4 soit modifiée par l'adjonction de :

(...) ni n'a-t-il en rien pour effet d'abroger des droits ancestraux ou issus de traités reconnus et affirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou d'en déroger.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que les articles 7 à 15 du projet de loi S-4 soient reconsidérés pour garantir qu'ils n'empiètent pas sur le droit à l'autonomie gouvernementale et qu'ils respectent comme il se doit les systèmes juridiques autochtones.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que le gouvernement fédéral s'engage à assurer un financement et d'autres formes d'appui aux Premières Nations pour leur permettre d'adopter et de mettre en œuvre des textes législatifs sur les BIM en vertu du projet de loi S-4.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 7, qui prévoit des modalités pour la modification et l'abrogation des textes législatifs des Premières Nations sur les BIM, soit soumis à un mécanisme de consultation populaire lorsque la modification touche le fond de textes législatifs ou en abroge.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent qu'avant l'entrée en vigueur du projet de loi, des ententes administratives soient conclues entre le gouvernement fédéral et chaque province et territoire au sujet des compétences supplémentaires que le projet de loi confèrera aux tribunaux provinciaux et territoriaux.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que le gouvernement fédéral prévoie des ressources pour la mise en œuvre du projet de loi S-4, y compris des fonds fédéraux supplémentaires destinés à assurer des niveaux acceptables de services d'aide juridique en matière familiale partout au Canada, et les moyens voulus pour permettre aux programmes d'aide juridique de fournir aux clients admissibles les services d'avocats spécialisés connaissant le droit de la famille et le droit autochtone dans les affaires concernant les BIM.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 25 du projet de loi S-4 soit modifié de façon à exiger que le

tribunal tienne compte du principe de l'atteinte minimale à titre de facteur au moment de rendre au bénéfice d'une personne qui n'est pas membre de la bande une ordonnance visant l'occupation à long terme d'un foyer familial se trouvant dans une réserve.

- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 25 du projet de loi S-4 soit modifié de façon à exiger que le tribunal prenne en considération les politiques qui limitent l'aliénation de terres de réserve par voie de location à des personnes qui ne sont pas membres de la bande sans le consentement de la Première Nation.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 25 du projet de loi S-4 soit modifié de façon à exiger que le tribunal prenne en considération la nature de l'intérêt en cause lorsqu'il rend en vertu du projet de loi des ordonnances visant les constructions et les terres situées dans la réserve.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 46 et l'alinéa 25(3)c) soient modifiés de façon à accorder la qualité pour agir, outre aux conseils de bande, aux détenteurs de connaissances sur les lois autochtones reconnus par la Première Nation.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que les paragraphes 21(4), 25(3) et 26(3) ainsi que les articles 34, 38 et 40 soient modifiés de façon à ajouter, parmi les facteurs que le tribunal doit prendre en compte, le contexte culturel et les traditions juridiques autochtones pertinentes de la Première Nation dont est membre l'époux qui est un Indien.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que le paragraphe 25(3) soit modifié de façon à exiger la prise en compte de l'intérêt du détenteur de CP.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'expression « violence familiale » de l'article 27 soit accompagnée d'un renvoi à la définition qui en est donnée au paragraphe 21(9).
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 34 soit modifié de façon à permettre la prise en compte d'autres foyers familiaux semblables situés dans des réserves comparables.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que les articles 26, 28, 39, 40 et 42 soient modifiés de façon soit à reconnaître la préséance de la *Loi sur les Indiens*, soit à supplanter expressément les dispositions applicables de la *Loi sur les Indiens*.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que les alinéas 33(2)b) et c) ainsi que 33(3)b) et c) soient modifiés de sorte qu'un tribunal puisse choisir entre la valeur accumulée et la valeur apportée pour déterminer quelle est la meilleure façon de reconnaître une réclamation fondée sur une fiducie en common law.
- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 41 et le paragraphe 49(1) du projet de loi soient modifiés de façon soit à reconnaître la préséance de la *Loi sur les Indiens*, soit à

supplanter expressément les dispositions applicables de la *Loi sur les Indiens*.

- Les sections de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 51 et le projet de loi S-4 dans son ensemble soient examinés en tenant compte des écarts dans l'accès à la justice, surtout pour les communautés des Premières Nations qui sont isolées. Après l'examen, des normes de base concernant par exemple les seuils de preuve devraient être précisées pour garantir que le régime législatif proposé s'applique de façon aussi uniforme que possible partout au Canada.