



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

Projet de loi C-428, Loi sur la modification et le remplacement de la Loi sur les Indiens

**SECTION NATIONALE DU DROIT DES AUTOCHTONES
ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN**

Avril 2013

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 la Section nationale du droit des autochtones 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 de la Section nationale du droit des autochtones de l'Association du Barreau canadien.

TABLE DES MATIÈRES

Projet de loi C-428, *Loi sur la modification et le remplacement de la Loi sur les Indiens*

I.	INTRODUCTION	1
II.	ARTICLES DE LA LOI SUR LES INDIENS QUI DEVRAIENT ÊTRE ABROGÉS	1
	A. Articles 32 et 33 – Vente ou troc de produits	1
	B. Article 92 – Interdiction faite aux employés du ministère de commercer sans permis	2
	C. Article 105 – Désignation des Indiens dans les brefs	2
	D. Alinéas 114(1)e), 115c), 115d) et 116(2)c), articles 118 à 121 et 122 – « agent de surveillance »	2
	E. Article 82 – Règlements administratifs	3
III.	ARTICLES 42 À 47 – TESTAMENTS ET TRANSMISSION DE BIENS PAR DROIT DE SUCCESSION.....	4
	A. Article 7 du projet de loi C-428	4
	B. Suppression proposée des articles 42 à 47	5
	C. Maintien proposé des articles 48 à 50	10
	D. Absence de dispositions transitoires	12
IV.	ARTICLE 85.1 – RÈGLEMENTS ADMINISTRATIFS.....	12
V.	CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	14

Projet de loi C-428, *Loi sur la modification et le remplacement de la Loi sur les Indiens*

I. INTRODUCTION

La Section nationale du droit des autochtones de l'Association du Barreau canadien (Section de l'ABC) est heureuse de pouvoir présenter ses commentaires sur le projet de loi C-428, *Loi sur la modification et le remplacement de la Loi sur les Indiens*.

L'ABC est une association nationale de plus de 37 000 avocats, notaires, étudiants en droit et professeurs de droit. Elle a notamment pour mandat l'amélioration du droit et de l'administration de la justice. La Section de l'ABC regroupe des avocats de partout au Canada spécialisés en droit des autochtones et dans des questions connexes.

Le projet de loi C-428 est destiné à moderniser la *Loi sur les Indiens*, « une loi coloniale désuète », selon les termes du préambule du projet de loi. Il abrogera de nombreuses dispositions redondantes. La partie II de notre mémoire indique les articles de la *Loi sur les Indiens* dont nous sommes d'accord qu'ils devraient être abrogés. La partie III explique pourquoi les articles visés par l'article 7 du projet de loi C-428 ne devraient pas être abrogés avant qu'un autre dispositif législatif adéquat ait été créé.

II. ARTICLES DE LA LOI SUR LES INDIENS QUI DEVRAIENT ÊTRE ABROGÉS

A. Articles 32 et 33 – Vente ou troc de produits

La Section de l'ABC est favorable à l'abrogation des articles 32 et 33 de la *Loi sur les Indiens*.

L'article 32 prévoit que faute de l'approbation écrite d'un surintendant, la vente de certains produits ou services provenant d'une réserve au Manitoba, en Saskatchewan ou en Alberta à une personne qui n'est pas membre de la bande est nulle. En vertu de l'article 33, quiconque est partie à une opération qui est nulle en vertu de l'article 32 commet une infraction.

L'article 32 a été examiné dans les arrêts *R. v. Frank* (1999), 74 Alta. L.R. (3d) 157¹, et *R. v. Keepness* (2001), 204 Sask. R. 200, 2011 SKQB 115².

Le 4 février 2010, toutes les bandes du Manitoba, de la Saskatchewan et de l'Alberta, ainsi que leurs membres, ont été exemptés de l'application de ces articles (DORS/2010-28). Par ailleurs, les tribunaux ont statué que l'article 32 n'offre aucune protection contre l'application de lois provinciales sur la faune et qu'un permis en vertu de l'article 32 ne peut pas servir de permis d'exportation.

B. Article 92 – Interdiction faite aux employés du ministère de commercer sans permis

L'article 92 interdit aux employés du ministère, aux missionnaires et aux instituteurs dans une réserve de faire un commerce lucratif avec les Indiens. Cette disposition est désuète et n'apporte rien d'utile. D'après notre examen de la *Loi sur les Indiens* annotée, elle n'a pas été examinée par les tribunaux. L'article 92 devrait être abrogé.

C. Article 105 – Désignation des Indiens dans les brefs

L'article 105 prévoit que les ordonnances, brefs, mandats, assignations ou autres procédures en vertu de la *Loi sur les Indiens* peuvent désigner un Indien dont le nom est inconnu « d'une manière permettant de l'identifier ». La *Loi sur les Indiens* annotée n'indique aucun examen judiciaire de cette disposition. L'article 105 devrait être abrogé parce que le recours à cette disposition pourrait être offensant et irrespectueux.

D. Alinéas 114(1)e), 115c), 115d) et 116(2)c), articles 118 à 121 et 122 – « agent de surveillance »

L'alinéa 114(1)e) permet au gouvernement de conclure avec des institutions religieuses ou de charité des accords pour l'instruction des enfants indiens. Les alinéas 115c) et d) autorisent le

¹ L'affaire *R. v. Frank* (1999), 74 Alta. L.R. (3d) 157, concernait un homme qui vendait de l'orge de sa réserve à la *Columbia Grain Company* aux États-Unis. M. Frank possédait un permis en vertu de l'article 32 de la *Loi sur les Indiens*, mais pas de permis d'exportation de la Commission canadienne du blé. La Cour n'a pas accepté son argument que le permis au titre de l'article 32 autorisait la vente d'orge aux États-Unis, et M. Frank a été condamné.

² Dans *R. v. Keepness* (2001), 204 Sask. R. 200, 2011 SKQB 115, un homme avait été amené, par la ruse, à vendre six chevreuils à un agent de la faune clandestin. Il a été accusé, en vertu d'une loi provinciale, de trafic d'animaux sauvages. Le juge du procès a estimé que les lois provinciales étaient inapplicables, mais cette décision a été infirmée en appel. La Cour d'appel a jugé que l'article 32 de la *Loi sur les Indiens* s'appliquait seulement au troc d'animaux domestiques, et que les lois provinciales interdisant la vente d'animaux sauvages pouvaient s'appliquer sur une réserve.

ministre à conclure avec des institutions religieuses des accords pour le soutien et l'entretien des enfants qui fréquentent leurs écoles. L'alinéa 116(2)c) indique que le ministre peut exiger qu'un Indien qui atteint l'âge de 16 ans fréquente l'école durant la période additionnelle que le ministre juge à propos, jusqu'à l'âge de 18 ans. Les articles 118 à 121 exigent que les enfants indiens fréquentent l'école que le ministre peut désigner, créent les agents de surveillance pour assurer la fréquentation scolaire des enfants et fixent des exigences quant à la confession religieuse des instituteurs. L'article 122 comprend la définition d'« agent de surveillance ».

Ces dispositions s'appliquent uniquement aux Indiens qui résident ordinairement sur une réserve, mais ne s'appliquent pas aux Premières Nations de Nouvelle-Écosse, pour lesquelles a été adoptée la *Loi sur l'éducation des Mi'kmaq*, L.C. 1998, ch. 24. Rien n'empêche un conseil scolaire de traiter directement avec un conseil de bande pour fournir des services d'éducation³. Un conseil de bande qui prend ses propres dispositions pour fournir un programme d'éducation adéquat à ses enfants n'est pas soumis à la direction ou à la supervision du ministre⁴.

La Section de l'ABC ne connaît aucune jurisprudence interprétant ces dispositions de façon à accorder des droits positifs ou des avantages qui seraient perdus en cas d'abrogation des dispositions. Les dispositions archaïques sur les pensionnats devraient être abrogées.

E. Article 82 – Règlements administratifs

L'article 82 de la *Loi sur les Indiens* exige que les règlements administratifs soient envoyés au ministre dans les quatre jours suivant leur adoption. Le ministre, ou un délégué du ministre, peut alors décider d'annuler un règlement administratif. Si un règlement administratif est annulé, rien n'exige qu'un avis de l'annulation soit envoyé à la bande⁵. Si un règlement administratif est accepté, il entre en vigueur après 40 jours.

Le projet de loi C-428 abrogerait l'article 82 et ajouterait l'article 86.1. Il propose que les règlements administratifs des bandes entrent en vigueur par suite de leur publication sur le site Internet de la bande, dans la publication *First Nations Gazette* et dans un journal largement diffusé dans leur réserve. L'approbation du ministre ne serait plus requise pour qu'un

³ *Kinistino School Division No. 55 v. James Smith Indian Band* (1988), 66 Sask. R. 224.

⁴ *Chadee v. Norway House First Nation*, [1996] 10 W.W.R. 335, p. 345.

⁵ *Sawridge Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs & Northern Development)* (1987), 10 F.T.R. 48, (sub nom. *Twinn v. McKnight*) 37 D.L.R. (4th) 270.

règlement administratif entre en vigueur. La Section de l'ABC croit que ce sera là un changement positif.

III. ARTICLES 42 À 47 – TESTAMENTS ET TRANSMISSION DE BIENS PAR DROIT DE SUCCESSION

La Section de l'ABC n'est pas favorable à l'abrogation proposée des articles 42 à 47 de la *Loi sur les Indiens*. Si l'article 7 du projet de loi C-428 est adopté, il en découlera d'importants méfaits et difficultés. Un projet de loi complémentaire devrait être rédigé, en consultation avec les Premières Nations, pour combler le vide juridique créé par le présent projet de loi.

A. Article 7 du projet de loi C-428

L'article 7 éliminerait le rôle du ministre des Affaires autochtones et du Développement du Nord canadien ainsi que de son ministère (AADNC) dans l'administration des successions et l'approbation ou l'annulation des testaments.

Les successions relèvent de la compétence provinciale. La *Loi sur les Indiens* prévoit un code complet pour les testaments et successions des Indiens résidant ordinairement sur une réserve. Dès lors, les lois provinciales ne s'appliquent pas. Les dispositions actuelles en cause de la *Loi sur les Indiens* sont les suivantes :

- | | |
|------------|---|
| Article 42 | conférant au ministre la compétence <i>exclusive</i> à l'égard des successions des Indiens qui décèdent alors qu'ils <i>résident ordinairement</i> sur une réserve; |
| Article 43 | définissant le pouvoir du ministre de nommer des exécuteurs testamentaires de successions d'Indiens qui décèdent en ayant rédigé un testament, et de nommer des administrateurs de successions d'Indiens morts intestat; |
| Article 44 | permettant aux tribunaux d'exercer leur compétence, avec le consentement du ministre, à l'égard de la succession d'un Indien décédé, et confirme que la <i>Loi sur les Indiens</i> s'applique et non la législation provinciale; |
| Article 45 | conférant au ministre le pouvoir d'approuver les testaments, et définit la forme des testaments en vertu de la <i>Loi sur les Indiens</i> (document écrit, signé par la personne décédée et exprimant les désirs de la personne décédée); |
| Article 46 | prévoyant que le ministre peut déclarer un testament nul dans certaines circonstances; |

- Article 47 permettant à des personnes de porter en appel devant la Cour fédérale les décisions rendues par le ministre en vertu des articles 42, 43 et 46.

Trois autres articles font partie des dispositions sur les testaments et successions de la *Loi sur les Indiens*, mais ne sont pas visés par les modifications proposées par le projet de loi C-428 :

- Article 48 prévoyant la distribution des biens d'un intestat;
- Article 49 conférant au ministre le pouvoir d'approuver la cession de terres dans une réserve dans le cadre d'une succession;
- Article 50 conférant au surintendant (c.-à-d., employés du ministère) le pouvoir et le devoir de vendre les terres dans une réserve qui sont léguées à une personne n'ayant pas le droit d'hériter de terres dans une réserve.

Fait important, en vertu du paragraphe 4(3) de la Loi, aucun de ces articles ne s'applique aux Indiens qui *résident ordinairement* hors réserve⁶. Les Indiens qui vivent hors réserve sont soumis aux lois provinciales sur les testaments et successions (à l'exception du legs de biens fonciers dans une réserve, question examinée en détail ci-dessous).

L'article 42 de la *Loi sur les Indiens* a été examiné par les tribunaux⁷, mais aucune des décisions n'a créé de droits qui soient pertinents dans le cadre de l'abrogation proposée. Dans *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, la Cour suprême a jugé que les articles 42 et 43 ne créent pas une inégalité devant la loi en raison de la race au sens de la *Déclaration canadienne des droits*⁸.

B. Suppression proposée des articles 42 à 47

À la suite de l'abrogation des articles 42 à 47, les lois provinciales sur les testaments et successions s'appliqueront en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*⁹. Les lois provinciales qui touchent à l'« indianité » ne s'appliquent pas d'elles-mêmes sur les réserves parce qu'elles

⁶ Pour une interprétation judiciaire de l'expression « résider ordinairement », voir *Earl c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2004 CF 897.

⁷ Voir aussi *Morin c. Canada*, 2001 CFPI 1430.

⁸ S.C. 1960, ch. 44.

⁹ L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* se lit comme suit : « Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou la Loi sur la gestion financière et statistique des premières nations ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou texte législatif d'une bande pris sous leur régime, et sauf dans la mesure où ces lois provinciales contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou la Loi sur la gestion financière et statistique des premières nations ou sous leur régime. L.R. (1985), ch. I-5, art. 88; 2005, ch. 9, art. 151. »

touchent à l'essence de la compétence visée par le paragraphe 91(24)¹⁰. Toutefois, l'article 88 incorpore par renvoi les lois provinciales d'application générale dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec d'autres dispositions de la *Loi sur les Indiens*, d'autres lois fédérales concernant les Premières Nations et les règlements, décrets et règles connexes.

Si l'article 43 est abrogé, le ministre et AADNC cesseront de prendre des décisions qui, dans bien des cas, ont été utiles sur le plan administratif. S'il est abrogé, il incombera aux familles de s'adresser elles-mêmes aux tribunaux.

Actuellement, ce processus est essentiellement une tâche administrative assurée par AADNC. Si l'article 7 du projet de loi C-428 est adopté, une procédure d'homologation coûteuse et complexe reviendra aux familles, aux successions ou à leurs avocats. Avant qu'une demande d'homologation puisse être présentée à un tribunal, les familles devront :

- obtenir une preuve de décès et de résidence ordinaire dans la réserve;
- effectuer des recherches testamentaires en règle dans les registres provinciaux ou territoriaux;
- déterminer si leur Première Nation possède un code foncier en vertu de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*;
- déterminer, si le projet de loi S-2 est adopté¹¹, si un choix doit être fait en vertu du projet de loi S 2 ou des dispositions du projet loi S 2 sur l'inexécution;
- recenser tous les biens et déterminer leur valeur, trouver tous les héritiers légaux et obtenir leur consentement à la demande (cette démarche pourrait exiger de s'adresser à AADNC en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* pour obtenir des renseignements sur les membres de la famille et les héritiers);
- payer les frais ou la taxe d'homologation.

Les tribunaux devront être informés que les articles 48 à 50 de la *Loi sur les Indiens* s'appliquent toujours aux Indiens résidant ordinairement sur une réserve, ce qui, dans les cas de succession non testamentaire, supposera un traitement des biens différent de celui généralement prévu dans certaines provinces. Les résultats seront différents selon la province ou le territoire. Par exemple, dans plusieurs ressorts canadiens, un conjoint de fait n'est pas considéré comme un époux en vertu des lois sur les successions, mais il l'est en vertu de la *Loi*

¹⁰ *Dick c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 309.

¹¹ Projet de loi S-2, *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*, actuellement à l'étude par la Chambre des communes.

*sur les Indiens*¹². Certains ressorts accordent une différente part précipitaire à un conjoint survivant, et la définition de « conjoint survivant » peut comprendre plus d'un conjoint. Il sera problématique pour les familles, les avocats et les tribunaux de savoir quelles sont les règles de droit applicables, surtout pour les familles n'ayant pas accès à des conseils juridiques.

Conjoints simultanés

Il n'est pas rare qu'un Indien soit légalement marié à une personne, mais se trouve, à sa mort, dans une relation avec un conjoint de fait différent. Actuellement, la *Loi sur les Indiens* est suffisamment souple pour que dans de telles situations, un testament soit modifié de façon à tenir compte de toutes les personnes dont le testateur était responsable¹³. Les lois provinciales et territoriales n'ont pas nécessairement la même flexibilité. En outre, les définitions de conjoint de fait varient dans les régimes provinciaux et territoriaux.

Adoptions selon les coutumes indiennes

Les adoptions selon les coutumes indiennes sont légalement reconnues en vertu de la *Loi sur les Indiens*¹⁴. Certains ressorts provinciaux et territoriaux reconnaissent les adoptions selon les coutumes indiennes pour ce qui concerne le droit des enfants d'hériter des biens (p. ex., la Colombie-Britannique le fait; la Saskatchewan ne le fait pas). Si le testament d'un Indien résidant ordinairement sur une réserve prévoit une part pour un conjoint de fait, la définition d'« enfant » de la *Loi sur les Indiens* ne s'applique plus. Un testament ou certaines de ses dispositions peuvent par conséquent être invalidés, lorsque l'enfant bénéficiaire adopté selon les coutumes ne répond pas à la définition provinciale ou territoriale. Ce pourrait être là une conséquence sévère, non voulue du projet de loi C-428, surtout à la lumière de la reconnaissance que méritent les traditions juridiques autochtones dans le contexte du patrimoine canadien de coexistence de multiples systèmes juridiques¹⁵.

¹² *Loi sur les Indiens*, art. 2 : « « conjoint de fait » La personne qui vit avec la personne en cause dans une relation conjugale depuis au moins un an. » Plusieurs ressorts provinciaux exigent de plus longues périodes de cohabitation (p. ex., Colombie-Britannique, Ontario), et certaines n'accordent pas les mêmes droits aux conjoints de faits qu'aux conjoints mariés (p. ex., Québec, Nouvelle-Écosse). »

¹³ *Loi sur les Indiens*, alinéa 46c).

¹⁴ *Loi sur les Indiens*, paragr. 2(1) : « « enfant » Sont compris parmi les enfants les enfants légalement adoptés, ainsi que les enfants adoptés selon la coutume indienne. »

¹⁵ John Borrows, « Indigenous Legal Traditions in Canada », *Journal of Law & Policy*, vol. 19:167, 2005.

Exclusivité des compétences et terres des réserves

Selon la doctrine de l'exclusivité des compétences, les lois provinciales ne peuvent pas s'appliquer aux terres des réserves puisque celles-ci sont des terres fédérales¹⁶. Si un Indien lègue un intérêt sur des terrains dans une réserve, les lois provinciales ne s'appliqueront pas à ce legs nonobstant l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹⁷. Sans dispositions législatives fédérales régissant le legs de terre dans une réserve par le biais d'une succession indienne (p. ex., l'équivalent, à l'égard des successions, du projet de loi S-2, *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*), il y aurait un vide législatif quant au legs testamentaire d'intérêts fonciers dans une réserve. Ce vide ne serait *pas* comblé par les lois provinciales sur les successions par application de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Le projet de loi C-428 imposerait de grandes difficultés aux Indiens qui détiennent des intérêts fonciers dans des réserves (p. ex., certificats de possession). Il est difficile de prévoir les résultats. Des testaments léguant des biens fonciers dans des réserves pourraient être déclarés nuls, de sorte que certaines successions deviendraient non testamentaires.

L'abrogation de l'article 45

Si l'article 45 est abrogé, la forme du testament d'un Indien résidant ordinairement sur une réserve changera sensiblement. Actuellement, la *Loi sur les Indiens* exige seulement qu'un testament soit un document écrit, signé par le testateur et exprimant les désirs du testateur¹⁸. Aucune forme particulière n'est prescrite, non plus que la présence d'un témoin ou un enregistrement. L'article 15 du *Règlement sur les successions d'Indiens*, C.R.C. 1978, ch. 954, indique que : « Le ministre peut accepter comme testament tout document écrit et signé par un Indien, qu'il soit conforme ou non aux lois d'application générale en vigueur dans une province à l'époque du décès de l'Indien. » L'abrogation de l'article 45 éliminera la facilité avec laquelle les Indiens résidant ordinairement sur une réserve en région rurale ou isolée peuvent établir un testament. Des conseils juridiques seront nécessaires, imposant des dépenses aux testateurs potentiels. Le résultat pourrait en être que moins d'Indiens établiront un testament, et qu'un plus grand nombre d'entre eux mourront *intestat*. Des testaments qui étaient précédemment valables en vertu de la *Loi sur les Indiens* pourraient être jugés invalides en vertu des lois provinciales ou territoriales. Il en va de même surtout dans les ressorts qui ne reconnaissent

¹⁶ *Re Stony Plain Indian Reserve No. 135*, [1982] 1 C.N.L.R. 133; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2008] 1 C.N.L.R. 112.

¹⁷ *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 2 C.N.L.R. 45; *Paul v. Paul*, [1986] 2 C.N.L.R. 74.

¹⁸ Paragr. 45(2) : « Le ministre peut accepter comme testament tout document écrit signé par un Indien dans lequel celui-ci indique ses désirs ou intentions à l'égard de la disposition de ses biens lors de son décès. »

pas les testaments olographes, et où le pouvoir d'un tribunal de rectifier un testament est grandement limité par la loi.

L'abrogation de l'article 46

L'article 46 de la *Loi sur les Indiens* permet au ministre de déclarer nuls des testaments dans certaines circonstances : contrainte; absence de capacité; privations pour des personnes auxquelles le testateur était tenu de pourvoir; fait de disposer d'un terrain d'une façon contraire à la *Loi sur les Indiens*; caractère vague des clauses; clauses contraires à l'intérêt public. L'abrogation de l'article 46 éliminerait le pouvoir d'annuler un testament injuste. Par exemple, le ministre n'aura plus le pouvoir d'invalidier un testament au motif que le testateur n'a pas pourvu aux besoins d'un conjoint ou d'un enfant à charge. En l'absence d'une surveillance du ministre, les personnes à charge devraient retenir les services d'un avocat pour contester le testament devant les tribunaux provinciaux ou territoriaux. Tous les ressorts ne prévoient pas les mêmes motifs d'invalidation de testaments (bien que l'absence de la capacité de tester soit pratiquement universelle). L'abrogation de l'article 46 pourrait nuire à certains droits civils, surtout dans les collectivités rurales et éloignées.

L'abrogation de l'article 47

L'abrogation de l'article 47 changera sensiblement les modalités de contestation d'un testament. Actuellement, l'article 42 confère au ministre le pouvoir d'un tribunal successoral, et l'article 46 lui donne la compétence des cours supérieures. Par conséquent, l'article 47 a pour effet d'accorder un droit d'appel absolu à l'égard de toutes les décisions rendues dans l'exercice de compétence sur les matières et causes testamentaires, y compris les déclarations sur la validité d'un testament¹⁹. Par suite de l'abrogation de ces articles, la compétence, les pouvoirs et les appels reviendront tous aux tribunaux provinciaux ou territoriaux, et non au ministre et à la Cour fédérale. Le coût de l'accès au premier palier d'autorité (c.-à-d. le tribunal successoral) sera à charge des exécuteurs et des administrateurs, et non d'AADNC. Pour les petites successions dans des collectivités rurales et isolées, ce recours aux tribunaux pourrait être trop dispendieux pour y permettre le recours par les exécuteurs de successions modestes.

De nombreux testaments de Canadiens et de Canadiennes à faible revenu ne sont pas homologués parce que le coût est un obstacle (même les curateurs publics provinciaux refusent d'agir comme exécuteurs en raison de la faible valeur de nombreuses successions). La solution

¹⁹ *Morin c. Canada*, 2001 CFPI 1430.

est souvent une homologation « officieuse » sans recours aux tribunaux, où les membres de la famille paient du mieux qu'ils le peuvent les dettes de la personne décédée. La Section de l'ABC s'inquiète au sujet du legs de biens fonciers dans les réserves. Pour les successions indiennes mettant en jeu des terrains (donc des certificats de possession) dans des réserves rurales ou isolées, la valeur d'un terrain habité dans une réserve peut être nominale. La principale raison en est que le marché est limité aux autres membres de la bande ayant droit de vivre dans la réserve²⁰. Un autre facteur limitant les valeurs est que les transactions doivent se faire au comptant ou en nature parce que des prêts hypothécaires ne sont pas disponibles. Ainsi, quand un testament lègue un terrain dans une réserve, mais que la faible valeur des biens fonciers ne justifie pas économiquement l'homologation du testament, de nombreux terrains peuvent rester aux mains d'Indiens décédés ou revenir à la bande²¹ malgré les désirs du testateur. Le régime actuel où le ministre agit comme tribunal successoral offre des avantages. La suppression de cette fonction pourrait nuire à des personnes vivant dans les réserves.

C. Maintien proposé des articles 48 à 50

Le projet de loi C-428 ne propose pas d'abroger les articles 48 à 50 de la *Loi sur les Indiens*. Les règles des successions non testamentaires continueraient de s'appliquer dans le cas d'Indiens décédés qui résidaient ordinairement sur une réserve et qui n'ont pas laissé de testament. L'ABC sait que la plupart des successions sont non testamentaires. Seulement 5 à 10 % des Indiens vivant ordinairement sur une réserve laissent un testament. Le ministre continuerait d'avoir seul le pouvoir d'approuver le transfert d'un terrain dans une réserve dans le cadre d'une succession (sauf dans le cas des Premières Nations qui ont un code foncier en vertu de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*). Par ailleurs, AADNC continuerait d'avoir la charge de vendre des terrains légués à des héritiers et bénéficiaires n'ayant pas le droit d'hériter de terres dans une réserve.

Le problème essentiel ici est la suppression proposée de l'article 43 qui confère actuellement au ministre la compétence exclusive d'administrer les successions non testamentaires. En vertu du régime actuel, AADNC assure un service public lorsque des Indiens vivant ordinairement sur une réserve décèdent sans laisser de testament. Maintenant, le ministère aide la famille de la personne décédée à nommer un administrateur et, en dernier ressort, si nul n'est disposé à agir, il nomme un employé du ministère comme administrateur. Ce ne sera plus le cas si l'article 43

²⁰ *Loi sur les Indiens*, articles 20 à 29, en particulier 24 et 25.

²¹ Voir la *Loi sur les Indiens*, paragr. 25(2) et 50 (3).

est abrogé. Il n'y aura plus d'administrateur de dernier ressort pour les 90 % d'Indiens vivant ordinairement sur une réserve et qui décèdent sans laisser de testament. Voilà qui, encore une fois, paraît être une conséquence sévère, non voulue du projet de loi C-428.

En conservant l'article 48, le ministre interviendrait encore dans l'évaluation des biens des successions en vertu des paragraphes 48(1) et (2), ainsi que dans les décisions en vertu du paragraphe 48(3) sur la mesure dans laquelle il a été adéquatement pourvu aux besoins des enfants et des conjoints survivants. Cependant, l'abrogation de l'article 43 fera qu'AADNC n'interviendra plus d'office dans les successions non testamentaires. Le projet de loi C-428 obligerait les administrateurs de successions à s'adresser au ministre pour obtenir l'évaluation des biens et demander un avis sur les enfants et les survivants. Comme ces administrateurs seront exclusivement des particuliers, l'obligation du ministre d'évaluer les biens et la mesure dans laquelle il est pourvu aux besoins des enfants et des survivants sera soumise à la faillibilité de ces particuliers.

La Section de l'ABC comprend que dans la plupart des successions non testamentaires dans les réserves, les biens comprennent souvent un terrain habité et une maison modeste dans la réserve, et peut-être un compte bancaire. Par conséquent, les ventes au titre de l'article 50 mettent souvent en jeu des valeurs faibles, voire nominales, surtout dans les réserves en milieu rural ou isolé. Les transactions doivent se faire au comptant parce que souvent, aucun prêt hypothécaire n'est disponible. La valeur des successions est trop faible pour mettre en jeu les lois provinciales ou justifier l'intervention des curateurs publics provinciaux, pour lesquels la valeur de la succession doit être suffisante pour payer leurs frais.

Fait important, si un administrateur n'est pas nommé et aucun curateur public n'accepte la nomination (parce que les biens de la succession ne peuvent suffire à payer les frais), personne ne peut demander au ministre une vente ou un transfert de terrain en vertu de l'article 50, et dans certaines réserves, les certificats de possession peuvent rester au nom d'Indiens décédés. Cette situation pourrait entraver la planification de l'utilisation des sols et l'aménagement des terres des réserves par les conseils de bande. C'est encore une conséquence sévère, non voulue du projet de loi C-428.

La coexistence des dispositions sur les successions non testamentaires de la *Loi sur les Indiens* et des régimes provinciaux et territoriaux causera certaines complications. Un administrateur

devra entamer un processus judiciaire en vertu des lois provinciales ou territoriales, l'interrompre pour demander l'avis du ministre sur la valeur des biens, puis retourner devant le tribunal pour parachever l'administration. Le projet de loi C-428 ne prévoit rien face aux complexités supplémentaires pour les 90 % d'Indiens qui vivent ordinairement sur une réserve et qui décèdent *intestat*. Obtenir de l'aide pour l'administration de successions souvent modestes sera plus coûteux que pour les autres Canadiens. Les Indiens *intestat* devront comprendre l'interaction entre la *Loi sur les Indiens* et le processus successoral provincial ou territorial, et ils devront demander et recevoir des documents du ministre concernant l'évaluation et la mesure dans laquelle il est pourvu aux personnes à charge. Le tout créera un fardeau supplémentaire pour des citoyens qui sont déjà vulnérables, connaissent une pauvreté systémique et ont un accès difficile à la justice.

D. Absence de dispositions transitoires

La Section de l'ABC s'inquiète de ce que le projet de loi C-428 ne contient pas de dispositions transitoires pour orienter les pratiques à la suite de son entrée en vigueur. Les questions suivantes restent sans réponse :

- (a) Qu'arrivera-t-il aux testaments indiens établis avant l'entrée en vigueur du projet de loi C-428 : seront-ils protégés ou deviendront-ils nuls?
- (b) Le ministre conservera-t-il un pouvoir et une compétence résiduels en vertu de l'article 43?
- (c) Comment l'information sera-t-elle communiquée pour que le ministre soit avisé du décès d'Indiens dans une réserve, de sorte qu'il puisse évaluer les biens en vertu des paragraphes 48(1) et (2)?
- (d) Comment le ministre recevra-t-il avis du décès d'Indiens dans une réserve, de sorte qu'il puisse évaluer la mesure dans laquelle il a été pourvu adéquatement aux enfants mineurs, en vertu du paragraphe 48(3)?
- (e) Y a-t-il un plan de mise en œuvre et une disposition sur l'entrée en vigueur?

IV. ARTICLE 85.1 – RÈGLEMENTS ADMINISTRATIFS

Le projet de loi C-428 abrogera l'article 85.1 de la *Loi sur les Indiens*. L'article permet actuellement à un conseil de bande de prendre des règlements administratifs sur l'interdiction des boissons alcoolisées, en vue :

- (a) d'interdire la vente, le troc, la fourniture ou la fabrication de boissons alcoolisées sur la réserve de la bande;
- (b) d'interdire à toute personne d'être en état d'ivresse sur la réserve;

- (c) d'interdire à toute personne d'avoir en sa possession des boissons alcoolisées sur la réserve;
- (d) de prévoir des exceptions aux interdictions visées aux alinéas *b* ou *c*).

Aucune exception n'est permise aux règlements administratifs pris en vertu de l'alinéa 85.1(1)*a*). Le paragraphe 85.1(4) précise que la violation d'un règlement administratif pris en vertu du paragraphe 85.1(1) est une infraction, et fixe les limites maximales des amendes et pénalités.

L'abrogation de l'article 85.1 créerait des complications pour les Premières Nations qui souhaitent conserver des règlements administratifs interdisant ou réglementant les boissons alcoolisées, à moins qu'elles ne puissent au lieu recourir à l'article 81. Actuellement, l'article 81 (règlements administratifs) ne permet pas expressément la prise de règlements administratifs sur les boissons alcoolisées. En l'absence d'un pouvoir en vertu de l'article 85.1, un règlement administratif pourrait éventuellement être pris en ce sens à titre accessoire par rapport à un autre pouvoir de prendre des règlements administratifs, par exemple sur l'observation de la loi et le maintien de l'ordre, ou sur la santé des résidents de la réserve²².

Même s'il était possible de prendre des règlements administratifs interdisant les boissons alcoolisées en vertu des pouvoirs accessoires de l'alinéa 81*q*), il y aurait des différences. Une différence importante aurait trait à la punition : en vertu de l'article 81 (règlements administratifs), l'emprisonnement maximal est de 30 jours alors qu'en vertu de l'alinéa 85.1(4)*a*) un délinquant peut être emprisonné pendant six mois. L'article 81 laisserait sans doute plus de souplesse aux bandes dans la rédaction de règlements administratifs, parce que le pouvoir prévu par l'article 81 est plus vaste que celui de l'article 85.1. Les tribunaux ont invalidé une partie des règlements administratifs d'une bande qui permettait une exception pour la consommation à domicile, au motif que l'article 85.1 prévoit des interdictions complètes²³.

L'article 85.1 est un autre exemple persistant de l'attitude condescendante historique envers les collectivités des Premières Nations. Toutefois, son abrogation produirait un effet négatif sur les collectivités qui utilisent actuellement des règlements administratifs, surtout si les tribunaux jugeaient qu'elles ne peuvent pas recourir aux pouvoirs accessoires de l'article 81.

²² Toutefois, pour des raisons évidentes, il n'y a pas de jurisprudence justifiant cette interprétation du pouvoir de prise de règlements sur l'observation de la loi et le maintien de l'ordre.

²³ *Laforme c. Mississaugas of The New Credit First Nation Band Council*, [2000] A.C.F. n° 629.

V. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Bien que la plupart des modifications proposées par le projet de loi C-428 puissent à juste titre être considérées comme un élagage historique de dispositions archaïques et peu utilisées de la *Loi sur les Indiens*, les modifications prévues par l'article 7 du projet de loi augmenteraient le coût et la complexité des successions indiennes au Canada, surtout dans les collectivités rurales ou isolées. Elles feraient en sorte qu'il n'y aurait pas d'uniformité dans les règles de droit s'appliquant aux successions dans les réserves partout au pays. Tel qu'il est formulé actuellement, l'article 7 du projet de loi produira vraisemblablement des conséquences sévères et non voulues pour les Indiens.

La Section de l'ABC recommande que :

1. L'article 7 du projet de loi C-428 devrait être mis de côté jusqu'à ce que AADNC, en consultation avec les Premières Nations, réalise les études nécessaires pour déterminer le meilleur moyen de réformer les dispositions sur les testaments et successions de la *Loi sur les Indiens*, de façon à éviter de créer des conséquences non voulues ou des vides législatifs.
2. Si l'article 7 n'est pas supprimé du projet de loi C-428, une disposition transitoire ou disposition d'entrée en vigueur devrait être ajoutée, indiquant que l'article 7 n'entrera pas en vigueur avant que le Parlement ait adopté des dispositions législatives complémentaires pour combler les vides créés par l'abrogation des articles 42 à 47 de la *Loi sur les Indiens*.
3. Si ni une ni l'autre des recommandations ci-dessus n'est retenue, le projet de loi C-428 devrait être modifié pour y ajouter :
 - a. une disposition protégeant la validité des testaments indiens établis avant l'entrée en vigueur du projet de loi C-428;
 - b. une définition de « conjoint de fait » applicable aux Indiens résidant ordinairement sur une réserve;
 - c. une définition qui réserve un pouvoir et une compétence résiduels au ministre en vertu de l'article 43 à l'égard des successions non testamentaires restant régies par la *Loi sur les Indiens*;
 - d. une disposition faisant en sorte que le ministre continue de recevoir des avis du décès d'Indiens résidant dans une réserve, pour qu'il procède à l'évaluation des biens en vertu des paragraphes 48(1) et (2);
 - e. une disposition faisant en sorte que le ministre continue de recevoir des avis du décès d'Indiens résidant dans une réserve, pour qu'il évalue la mesure dans laquelle il a été pourvu adéquatement aux enfants mineurs en vertu du paragraphe 48(3).