



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION

L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

Projet de loi S-3 – modification de la Loi sur les Indiens (élimination des iniquités fondées sur le sexe en matière d'inscription)

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

Novembre 2016

AVANT-PROPOS

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe 36 000 juristes, dont des avocats, avocates, des notaires, des professeurs et professeures de droit et des étudiants et étudiantes 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 du droit des autochtones de l'ABC, avec l'aide de la Direction de la législation et de la réforme du droit au bureau de l'ABC. Ce mémoire a été examiné par le Comité de la législation et de la réforme du droit et est approuvé à titre de déclaration publique de la Section du droit des autochtones de l'ABC.

TABLE DES MATIÈRES

Projet de loi S-3 – modification de la Loi sur les Indiens (élimination des iniquités fondées sur le sexe en matière d’inscription)

I.	INTRODUCTION	1
II.	LE SYSTÈME D’INSCRIPTION DES INDIENS : HISTORIQUE	2
III.	<i>L’ARRÊT DESCHENEUX C. CANADA</i>	3
IV.	LES OBLIGATIONS FIDUCIAIRES DU GOUVERNEMENT	4
V.	RELEVER ET CORRIGER LES SITUATIONS DISCRIMINATOIRES.....	6
VI.	LES INSCRITS EXISTANTS	7
VII.	L’APPARTENANCE À UNE BANDE.....	8
VIII.	CONCLUSION	9

Projet de loi S-3 – modification de la Loi sur les Indiens (élimination des iniquités fondées sur le sexe en matière d’inscription)

I. INTRODUCTION

La Section nationale du droit des autochtones de l’Association du Barreau canadien (Section de l’ABC) est heureuse d’avoir l’occasion de faire part de ses commentaires sur l’équité entre les sexes dans le cadre de l’inscription des Indiens, comme l’énonce le projet de loi S-3, *Loi modifiant la Loi sur les Indiens (élimination des iniquités fondées sur le sexe en matière d’inscription)*.

En avril 2010, la Section de l’ABC a proposé plusieurs recommandations pour garantir que le projet de loi C-3, *Loi sur l’équité entre les sexes relativement à l’inscription au registre des Indiens* d’alors réalise son objectif de promouvoir l’équité entre les sexes en ce qui a trait à l’inscription des Indiens. Ces recommandations n’ont pas toutes été retenues avant l’adoption du projet de loi.

La Section de l’ABC est heureuse de constater que certaines de nos recommandations à l’égard du projet de loi C-3 se retrouvent maintenant dans le projet de loi S-3, en réponse à la décision rendue par la Cour supérieure du Québec dans *Descheneaux c. Canada (Procureur général)*¹, notamment l’abrogation du sous-alinéa 6(1)c.1)(iv) de la *Loi sur les Indiens*² et l’ajout du paragraphe 6(1) pour éradiquer plus efficacement l’inéquité entre les sexes dans l’inscription des Indiens.

Nous croyons que le projet de loi S-3 est dans la bonne voie pour promouvoir efficacement l’équité entre les sexes dans l’inscription des Indiens. Cela dit, la Section de l’ABC fait d’autres recommandations visant à éviter d’autres litiges en matière d’équité entre les sexes dans l’inscription des Indiens.

¹ 2015 QCCS 3555.

² LRC 1985, ch. I-5.

II. LE SYSTÈME D'INSCRIPTION DES INDIENS : HISTORIQUE

En 1985, le projet de loi C-31³ a modifié la *Loi sur les Indiens* en vue d'éliminer la discrimination contre les femmes dans le système d'inscription aux fins du statut d'Indien. Toutefois, la discrimination fondée sur le sexe n'a pas été entièrement corrigée par le projet de loi, car celui-ci conférait le statut seulement aux descendants de troisième génération des hommes indiens qui avaient perdu leur statut à l'âge de 21 ans suivant la « règle mère grand-mère » datant d'avant 1985. Les descendants des femmes qui avaient perdu leur statut avant 1985 en raison de mariages à des hommes non indiens et qui ont acquis de nouveau leur statut en vertu de l'alinéa 6(1)c) de la *Loi sur les Indiens* après 1985 faisaient face à la « règle de l'exclusion après la deuxième génération » (qui entraîne la perte du statut d'Indien après deux générations successives de parents à statut mixte), soit une génération plus tôt que les descendants des hommes ayant le statut d'Indien qui ont épousé des femmes n'ayant pas le statut d'Indien avant 1985. Par conséquent, les descendants de troisième génération des femmes ayant le statut d'Indien n'avaient pas le statut d'Indien en raison de la « règle de l'exclusion après la deuxième génération », tandis que les descendants de troisième génération des hommes ayant le statut d'Indien avaient au moins le statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est penchée sur cette question dans *McIvor v. Canada (Registrar, Indian and Northern Affairs)*⁴ et a conclu que les alinéas 6(1)a) et 6(1)c) de la *Loi sur les Indiens* contrevenaient à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Charte*), mais seulement parce que ces dispositions conféraient le statut d'Indien aux descendants de troisième génération des hommes indiens qui avaient perdu leur statut d'Indien à l'âge de 21 ans en vertu de la « règle mère grand-mère » datant d'avant 1985. La Cour d'appel n'a pas examiné les autres effets discriminatoires possibles de la *Loi sur les Indiens* pour les générations futures. Elle a déclaré que les alinéas 6(1)a) et 6(1)c) étaient nuls en raison de leur incompatibilité avec l'article 15 de la *Charte*, suspendant la déclaration pendant un an afin de permettre au législateur de corriger la situation. En réponse, le gouvernement fédéral a déposé le projet de loi C-3 en 2010.

Le projet de loi C-3 avait une portée restreinte, portant seulement sur les questions précises de discrimination fondée par le sexe jugées problématiques par la Cour d'appel dans l'arrêt

³ *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, LC 1985, ch. 27.

⁴ 2009 BCCA 153.

McIvor. Ce projet de loi ne portait pas sur tous les effets discriminatoires possibles de la *Loi sur les Indiens* pour les générations futures. Par conséquent, le projet de loi C-3 éliminait la discrimination fondée sur le sexe pour certaines personnes seulement. Par exemple, les descendants de troisième génération des hommes et des femmes ayant le statut d'Indiens ont maintenant ce statut en vertu du projet de loi C-3, mais seuls les descendants issus d'un mariage ayant eu lieu avant le 17 avril 1985 **lorsque le grand-parent ayant le statut d'Indien était un homme** détiennent ce statut en vertu du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Indiens* (reportant d'au moins une génération l'application de la règle de l'exclusion après la deuxième génération). Ceux qui sont issus d'un mariage ayant eu lieu avant le 17 avril 1985 **lorsque le grand-parent indien était une femme** détiennent le statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*. La règle de l'exclusion après la deuxième génération prévoit que ces personnes peuvent seulement transmettre leur statut d'Indien à leur enfant si l'autre parent de cet enfant détient ce statut en vertu du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Indiens*.

Le projet de loi C-3 a également créé d'autres problèmes. Par exemple, le sous-alinéa 6(1)c.1)(iv) discriminait contre ceux qui ne désiraient pas avoir d'enfant en exigeant que les gens aient un enfant pour être admissible au statut d'Indien en vertu de l'alinéa 6(1)c.1) de la *Loi sur les Indiens* (par opposition au paragraphe 6(2)).

III. L'ARRÊT DESCHENEAUX C. CANADA

Le défaut par le projet de loi C-3 de remédier de façon plus exhaustive aux effets discriminatoires des dispositions relatives au statut de la *Loi sur les Indiens* a mené à une contestation fondée sur la *Charte* devant la Cour supérieure du Québec. L'affaire *Descheneaux c. Canada* comprenait trois demandeurs, à savoir Stéphane Descheneaux ainsi que Susan et Tammy Yantha.

Stéphane Descheneaux est le descendant de troisième génération d'une femme ayant le statut d'Indien. Il est issu d'un mariage qui a eu lieu avant le 17 avril 1985, mais en raison des effets discriminatoires non corrigés de la « règle de l'exclusion après la deuxième génération », il s'est vu conférer son statut en vertu du paragraphe 6(2) après l'adoption du projet de loi C-3. M. Descheneaux ne pouvait pas transmettre son statut d'Indien à ses enfants, car la mère de ses enfants n'avait pas le statut d'Indien. Si M. Descheneaux avait été le descendant de troisième génération d'un homme ayant le statut d'Indien plutôt que d'une femme ayant le statut d'Indien, il se serait fait attribuer le statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les*

Indiens après l'adoption du projet de loi C-3 et aurait pu au moins transmettre ce statut en vertu du paragraphe 6(2) à ses enfants.

Susan Yantha est la fille d'un homme ayant le statut d'Indien et d'une femme n'ayant pas le statut d'Indien et est née hors des liens du mariage en 1954. Compte tenu de sa situation à cette époque comme enfant de sexe féminin né hors des liens du mariage, elle est née sans statut. Après l'adoption du projet de loi C-31 en 1985, elle a acquis le statut prévu par le paragraphe 6(2). Si elle avait été un homme, elle aurait eu le statut à la naissance en vertu de l'alinéa 11c) et aurait préservé son statut en vertu du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Indiens* après 1985. Mme Yantha aurait à tous le moins pu transmettre à ses enfants le statut fondé sur le paragraphe 6(2). Cette situation n'a pas changé après l'adoption du projet de loi C-3 en 2010.

Tammy Yantha est la fille de Susan Yantha. En raison du sexe de sa mère, Tammy Yantha n'avait pas de statut d'Indien. Il en était de même pour sa fille, Julia Yantha. Si Susan Yantha avait été un homme, Tammy Yantha aurait bénéficié à la naissance du statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(1) et Julia Yantha serait née au moins avec le statut d'Indien visé par le paragraphe 6(2).

Dans chacun de ces cas, la Cour supérieure du Québec a conclu que les demandeurs avaient reçu un traitement différent en raison d'une discrimination continue fondée sur le sexe dans le système d'inscription aux fins du statut d'Indien. La Cour a déclaré que les alinéas 6(1)a), c) et f), de même que le paragraphe 6(2), de la *Loi sur les Indiens* contrevenaient à l'article 15 de la *Charte*. La contravention n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, et les dispositions ont été déclarées inopérantes. La déclaration d'inconstitutionnalité a été suspendue pour 18 mois (jusqu'au 3 février 2017) afin de permettre au législateur de remédier à la discrimination.

IV. LES OBLIGATIONS FIDUCIAIRES DU GOUVERNEMENT

En réponse à la décision rendue dans l'arrêt *Descheneaux*, le gouvernement a entamé des consultations avec plusieurs associations de Premières Nations nationales et régionales en septembre 2016. Les consultations devraient se poursuivre au moins jusqu'au 2 décembre 2016⁵.

⁵ Voir les *Débats du Sénat*, 42^e législature, 1^{ère} session, n^o 150 (15 novembre 2016) à la p. 1702 (l'honorable Serge Joyal) : « Les consultations ne sont pas encore terminées. J'ai appris qu'il y en aura le 16 novembre avec le Conseil tribal File Hills Qu'Appelle, le 26 novembre avec la nation des Malécites de

Le gouvernement a aussi déposé le projet de loi S-3 le 25 octobre 2016, ce qui laisse moins de trois mois et demi au Parlement pour examiner la réponse du gouvernement à la décision dans l'affaire *Descheneaux* et la réaction de la communauté autochtone à cette réponse. Pendant ce temps, il y aura moins de 40 jours de séance à la Chambre des communes et moins de 30 jours au Sénat.

Cet échéancier est problématique. Dans *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*⁶, la Cour suprême du Canada a reconnu que l'honneur de la Couronne donne naissance à l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les Premières Nations lorsque le Canada envisage des activités susceptibles de toucher les droits des Autochtones. Les consultations doivent être significatives et menées de bonne foi. De plus, l'article 19 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* prévoit qu'avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

Permettre moins de trois mois et demi pour le déroulement du processus législatif relatif au projet de loi S-3 avant l'échéance du 3 février 2017, tandis que d'autres consultations sont en cours, donne peu de temps au Parlement de veiller à ce que les consultations soient terminées et que les modifications requises soient examinées avant que la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens* n'entre en vigueur.

RECOMMANDATION

- 1. La Section de l'ABC recommande que le comité de la Chambre des communes ne fasse pas son rapport sur le projet de loi S-3 à la Chambre des communes avant que toutes les consultations actuellement prévues n'aient pris fin et que la ministre d'Affaires autochtones et du Nord confirme qu'aucune autre modification n'est requise au projet de loi.**

Madawaska, le 23 novembre avec l'Atlantic Native Women's Association of Canada, le 24 novembre avec les Mi'gmawe'l Tplu'taqnn du Nouveau-Brunswick, le 1^{er} décembre avec les Chefs du Sud du Manitoba et le 2 décembre avec l'Association des femmes autochtones du Québec ».

V. RELEVER ET CORRIGER LES SITUATIONS DISCRIMINATOIRES

Dans l'arrêt *Descheneaux*, la juge de première instance a fait remarquer que « *McIvor* aurait pu permettre au législateur de corriger plus largement que ce qu'accomplissent les mesures prises dans la Loi de 2010 »⁷. Elle a aussi souligné que « [l]e législateur, dans la Loi de 2010, a choisi de restreindre le remède apporté aux seules parties au litige dans *McIvor* et aux personnes dans une situation rigoureusement identique à la leur et n'a pas non plus cherché à identifier la pleine mesure du traitement avantageux accordé au groupe privilégié identifié dans cette affaire», ce qui n'est « évidemment pas souhaitable » du point de vue des citoyens canadiens⁸.

Comme c'était principalement le cas après la décision dans l'affaire *McIvor*, le projet de loi S-3 ne pallie pas à la vaste question des iniquités qui découlent des dispositions sur le statut prévues à la *Loi sur les Indiens*. Par exemple, dans les cas de paternité non déclarée (lorsque la mère ayant le statut d'Indien ne peut pas confirmer le statut d'Indien chez le père de son enfant), le père est présumé ne pas avoir le statut d'Indien. Cette présomption impose une limite quant à la capacité d'une femme de transmettre son statut d'Indien à ses enfants. Qui plus est, le projet de loi S-3 ne règle pas la discrimination fondée sur l'âge introduit par le projet de loi C-31 en 1985, qui, en vertu du paragraphe 6(1) confère le statut d'Indien aux personnes qui y ont droit si elles sont nées avant le 17 avril 1985, et ce, peu importe l'ascendance, tandis que les personnes nées le 17 avril 1985 ou après cette date acquièrent ce statut en vertu du paragraphe 6(1) seulement si leurs deux parents avaient le statut d'Indien.

Comme l'a indiqué la juge de première instance, la décision dans l'arrêt *Descheneaux* n'exempte pas le législateur « de prendre les mesures appropriées afin d'identifier et de régler toutes les autres situations discriminatoires pouvant découler de la problématique identifiée » et qu'« [u]ne lecture aussi stricte du présent jugement que celle qui a été faite de la décision de la CACB dans *McIvor* n'est pas la voie que devrait emprunter le législateur »⁹. La juge de première instance a manifestement invité le législateur à tenir compte des iniquités potentielles découlant de la *Loi sur les Indiens* de façon plus large, nonobstant les difficultés que cette tâche peut représenter¹⁰.

⁷ 2015 QCCS 3555, au par. 223.

⁸ 2015 QCCS 3555, aux par. 238 et 240.

⁹ 2015 QCCS 3555, aux par. 235 et 243.

¹⁰ 2015 QCCS 3555, au par. 242.

RECOMMANDATIONS

- 2. La Section de l'ABC recommande que le législateur prenne des mesures concrètes pour que le projet de loi S-3 soit examiné de façon appropriée et rapidement après son entrée en vigueur afin qu'il élimine efficacement les iniquités relatives au régime d'inscription des Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens* et pour minimiser les futures contestations devant les tribunaux. Le projet de loi S-3 devrait être modifié par l'ajout de ce qui suit (après l'article 8) :**

Examen par un comité

8.1 (1) au début du dix-huitième mois suivant le jour où la présente loi reçoit la sanction royale, les dispositions édictées par la présente loi sont renvoyées au comité du Sénat, de la Chambre des communes ou des deux chambres du Parlement qui est désigné ou constitué aux fins de l'examen des dispositions.

Rapport

(2) Le comité auquel les dispositions édictées par la présente loi sont renvoyées les examine et examine l'état des iniquités qui subsistent en matière d'inscription des Indiens au Canada et soumet un rapport à la chambre ou aux chambres du Parlement dont il est un comité, y compris une déclaration exposant toute modification aux dispositions que le comité recommande.

VI. LES INSCRITS EXISTANTS

Dans *Descheneaux*, la juge de première instance a déclaré inopérants les alinéas 6(1)a), c) et f) et le paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*, suspendant la déclaration d'inconstitutionnalité jusqu'au 3 février 2017. Ces dispositions établissent le fondement du droit à l'inscription comme Indien et sont essentielles pour le régime relatif au statut d'Indien établi par la *Loi sur les Indiens*.

Les modifications proposées par le projet de loi S-3 réédicteraient ces dispositions importantes et mettraient en œuvre des modifications pour garantir leur conformité à la *Charte*. Nul ne perdrait son statut d'Indien par suite des modifications au projet de loi S-3.

Le projet de loi entrerait en vigueur, ou serait réputé entrer en vigueur, le jour fixé par décret, qui doit correspondre au jour de l'expiration de la suspension de la déclaration d'inconstitutionnalité. Cela garantirait l'absence d'interruption des droits conférés par les dispositions déclarées inconstitutionnelles. Comme la disposition similaire sur l'entrée en vigueur que renferme le projet de loi C-3, cela vise à protéger les droits des personnes pouvant s'inscrire ou inscrites en vertu des dispositions déclarées inconstitutionnelles.

Alors que certains aspects du projet de loi S-3 sont prometteurs, la présence de l'article 8 empêcherait d'intenter des procédures judiciaires contre le gouvernement fédéral quiconque s'est fait auparavant refuser le statut d'Indien par suite de la discrimination fondée sur le sexe visée par le projet de loi S-3. Cela est particulièrement problématique. Comme nous l'avons souligné dans le mémoire d'avril 2010 de la Section de l'ABC sur le projet de loi C-3, l'iniquité entre les sexes en matière d'inscription n'a pas été entièrement éliminée par les dispositions du projet de loi C-3 et d'autres modifications étaient requises pour réaliser cet objectif. Le gouvernement fédéral aurait dû savoir que le projet de loi C-3 ne garantissait pas que la *Loi sur les Indiens* soit pleinement conforme à la *Charte*, mais aucune mesure n'a été prise pour assurer cette conformité. Dans ces circonstances, l'article 8 du projet de loi S-3 ne devrait pas exonérer le gouvernement fédéral de son défaut d'agir avant que la Cour supérieure du Québec ne le lui ait ordonné.

RECOMMANDATION

3. La Section de l'ABC recommande le retrait de l'article 8 du projet de loi S-3.

VII. L'APPARTENANCE À UNE BANDE

Comme nous l'avons déclaré en 2010 concernant le projet de loi C-3, le niveau de financement à l'appui des Premières Nations doit être réexaminé à la lumière des nouvelles dispositions sur l'équité entre les sexes. Ce réexamen doit avoir lieu avant l'entrée en vigueur du projet de loi S-3, car le nombre de membres des bandes augmentera probablement après l'adoption du projet de loi. Cela s'expliquerait par le fait que le nom d'une personne peut être consigné dans la liste des membres d'une bande dès qu'elle est inscrite comme Indien (dans le cas d'une bande dont les membres sont déterminés par Affaires autochtones et du Nord Canada en vertu de l'article 11 de la *Loi sur les Indiens*) ou dans le cas de bandes qui ont adopté un code d'appartenance à l'effectif de la bande qui se fie au moins en partie aux dispositions sur le statut prévues à la *Loi sur les Indiens*.

Comme on l'a déjà reconnu pendant le débat concernant le projet de loi S-3, il pourrait y avoir jusqu'à 28 000 à 35 000 personnes qui acquièrent le droit d'être inscrites et de figurer sur des listes de bande par suite du projet de loi S-3¹¹. À l'heure actuelle, le projet de loi S-3 ne prévoit aucune ressource additionnelle aux Premières Nations afin de leur conférer une capacité suffisante pour gérer l'ajout de personnes qui obtiendraient le statut en vertu du projet de loi S-3. L'augmentation du nombre de personnes ayant le statut d'Indien, conjuguée au manque de financement, pourrait inciter certaines Premières Nations à adopter des codes de membres plus restrictifs, comme cela s'est produit après l'adoption du projet de loi C-31 en 1985, ce qui pourrait mener à des problèmes d'équité fort différents à l'avenir.

À cause du nombre de personnes qui pourraient avoir le droit d'être inscrites et de figurer sur des listes de bande par suite du projet de loi S-3, les sous-sections d'Affaires autochtones et du Nord Canada qui sont responsables de leur inscription auront également besoin de ressources additionnelles. Le délai d'inscription de ces personnes au registre d'Indien ne devrait pas être plus long en raison d'un manque de capacité de la part de la fonction publique fédérale.

RECOMMANDATIONS

- 4. La Section de l'ABC recommande que le gouvernement fédéral fournisse un financement adéquat pour appuyer les Premières Nations dont le nombre de membres augmentera par suite du projet de loi S-3.**
- 5. La Section de l'ABC recommande que le gouvernement fédéral fournisse des ressources adéquates pour appuyer l'inscription rapide des personnes qui se verront conférer le statut d'Indien par suite de l'adoption du projet de loi S-3.**

VIII. CONCLUSION

La Section de l'ABC est heureuse d'avoir l'occasion de partager ses points de vue quant à la réalisation de l'équité entre les sexes dans le cadre du régime canadien d'inscription des Indiens. Nous vous exhortons à examiner la question attentivement et à y accorder les ressources nécessaires afin de veiller à ce que le Canada trouve enfin une solution exhaustive pour mettre fin à la longue histoire d'iniquité qui règne au sein de ce régime.

¹¹ *Débats du Sénat*, 42^e législature, 1^{ère} session, n^o 150 (1^{er} novembre 2016) à la p. 1641 (l'honorable Frances Lankin).