**LA MISE EN ŒUVRE
DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE
DES PEUPLES AUTOCHTONES :
ASPECTS CONSTITUTIONNELS
ET QUESTIONS DE COMPÉTENCE**

par Peter W. Hogg et Mary Ellen Turpel

Table des matières

SOMMAIRE	429
INTRODUCTION	430
Après l'Accord de Charlottetown.....	430
Le caractère inhérent du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale	432
Sphère de compétence des gouvernements autochtones.	434
EXPRESSION DE LA COMPÉTENCE DES GOUVERNEMENTS AUTOCHTONES	436
L'énoncé contextuel	436
Formulation d'un nouvel énoncé contextuel	441
Processus de négociation des ententes	442
SPHÈRE DE COMPÉTENCE DES GOUVERNEMENTS AUTOCHTONES .	443
Compétence territoriale.....	446
Compétence personnelle	447
Compétence en cas de situation d'urgence.....	449
POUVOIRS EXCLUSIFS ET POUVOIRS CONCURRENTS	450
COOPÉRATION INTERGOUVERNEMENTALE AU CANADA.....	452
Règles fédérales-provinciales en matière de lois incompatibles	453
Remplacement des lois fédérales et provinciales.....	455
Autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon.....	457
ADMINISTRATION DE LA JUSTICE	459
JUSTICIABILITÉ DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE	461
FINANCEMENT DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE	464

Taxation	464
Paiements de transfert	466
L'exemple du Yukon	468
STATUT DES ENTENTES SUR L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE .	469
Protection contre les modifications unilatérales	469
Application aux tiers	472
LIMITES DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE AUTOCHTONE	473
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	474
Article 32	475
Article 25	476
Chartes des droits autochtones.....	478
CONCLUSION.....	479
NOTES.....	483
ANNEXE 1	
EXEMPLE TIRÉ DES ENTENTES SUR L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE DES PREMIÈRES NATIONS DU YUKON	491

SOMMAIRE

Cette étude a pour objet de proposer, en vue de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale des autochtones, des moyens qui ne nécessitent aucune modification à la Constitution du Canada. Les auteurs soutiennent qu'il serait possible d'intégrer des éléments de l'Accord constitutionnel de Charlottetown dans un ou plusieurs accords politiques, qui pourraient former le cadre dans lequel se dérouleraient les négociations sur l'autonomie gouvernementale. Ils se penchent sur la nature des pouvoirs susceptibles d'être inclus dans une entente sur l'autonomie gouvernementale, en se référant abondamment aux ententes sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon. Sont notamment examinées les questions suivantes : compétence personnelle et compétence territoriale, pouvoirs concurrents et exclusifs, rapports entre les lois autochtones, d'une part, et les lois fédérales et provinciales (ou territoriales), d'autre part, administration de la justice, financement de l'autonomie gouvernementale. Les auteurs recommandent que les ententes sur l'autonomie gouvernementale jouissent d'une protection constitutionnelle, et expliquent comment cela pourrait être réalisé sous le régime de l'actuelle Constitution. Ils abordent aussi l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et recommandent l'élaboration de constitutions autochtones qui pourraient comporter des chartes des droits autochtones.

**LA MISE EN ŒUVRE DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE
DES PEUPLES AUTOCHTONES :
ASPECTS CONSTITUTIONNELS ET QUESTIONS DE COMPÉTENCE**

PAR PETER W. HOGG ET MARY ELLEN TURPEL

INTRODUCTION

Après l'Accord de Charlottetown

Depuis l'échec auquel a abouti l'Accord de Charlottetown en octobre 1992, il existe une incertitude au sujet de l'avenir de l'autonomie gouvernementale des autochtones, notamment en ce qui a trait à la mise en oeuvre des modifications constitutionnelles proposées qui les concernaient. De toute évidence, il n'y a plus de grande réforme constitutionnelle à l'ordre du jour maintenant que la population a rejeté l'accord. Des négociations sont en cours entre divers peuples autochtones¹ et des gouvernements canadiens sur des aspects aussi divers que la justice pénale et les revendications territoriales, mais le fondement de ces discussions demeure imprécis, tout comme la forme des éventuelles ententes susceptibles d'en résulter, tout particulièrement du point de vue de la reconnaissance ou de la protection constitutionnelle des droits. Les peuples autochtones ont exprimé à maintes reprises leur mécontentement à l'égard de l'objet des négociations, du rythme auquel elles ont lieu et des principes qui les sous-tendent. Le caractère limité des progrès réalisés incite à croire qu'il y aurait lieu de repenser de fond en comble la politique et l'action gouvernementales.

Le récent document de travail de la Commission royale sur les peuples autochtones intitulé *Partenaires au sein de la Confédération*² a utilement contribué à clarifier la source de l'autonomie gouvernementale et a mis de l'avant certaines suggestions quant à la mise en oeuvre du droit des peuples autochtones à cette autonomie. Par ailleurs, l'élection en 1993, à l'échelon fédéral, d'un gouvernement libéral qui a manifesté son intention de reconnaître le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et de le mettre en oeuvre sans rouvrir les discussions constitutionnelles donne à penser que le contexte politique est maintenant propice à des progrès dans ce domaine³.

Nous nous proposons, dans la présente étude, d'essayer de voir dans quelle mesure il est possible de faire avancer, dans le cadre de l'actuelle Constitution canadienne, la mise en oeuvre du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Nous laisserons de côté les arguments qui font abstraction de la Constitution, tout en reconnaissant que ces arguments devraient

obligatoirement être examinés si on voulait prendre en compte la totalité des incidences politiques de l'autonomie gouvernementale⁴. Nous entendons plus particulièrement analyser les questions juridiques et constitutionnelles que suscite la mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale sans les modifications constitutionnelles expresses proposées dans l'Accord de Charlottetown. Parmi ces questions figurent les suivantes : l'élaboration des compétences gouvernementales autochtones à la lumière des lois fédérales et provinciales d'application générale en vigueur; le financement de l'autonomie gouvernementale; la protection constitutionnelle des ententes sur l'autonomie gouvernementale; le règlement des conflits causés par l'incompatibilité de textes législatifs (autochtones, d'une part, fédéraux ou provinciaux, d'autre part); l'application aux gouvernements autochtones de la Charte canadienne des droits et libertés.

Le caractère inhérent du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale

L'Accord de Charlottetown reconnaissait expressément aux autochtones un droit «inhérent» à l'autonomie gouvernementale⁵. Cela est important, tant du point de vue politique que du point de vue juridique. Le droit à l'autonomie gouvernementale, pour tous ceux qui ont participé aux négociations de Charlottetown, était un droit préexistant dont l'origine se situe dans la longue période où les peuples autochtones ont occupé et gouverné cette terre avant la colonisation européenne. Il ne s'agit pas d'un concept nouveau en droit constitutionnel canadien. Bien que les tribunaux n'aient pas explicitement reconnu aux autochtones un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale (pour la bonne raison qu'ils n'ont pas directement été saisis de la question), ils ont reconnu l'existence d'autres droits ancestraux. La Cour suprême du Canada a expressément reconnu que ces droits découlent du fait que des peuples autochtones vivent au Canada depuis très longtemps, et qu'ils ont exercé des droits que doivent respecter ceux qui se sont installés plus récemment sur ce territoire⁶. Comme le professeur Brian Slattery l'a bien montré, les droits ancestraux sont des droits que possèdent les autochtones, non pas parce qu'ils leur ont été octroyés par la Couronne, par des textes de loi ou par des traités, mais plutôt [traduction] «en raison du fait que les peuples autochtones, à une certaine époque, étaient des entités indépendantes, autonomes, qui possédaient la plupart des terres formant aujourd'hui le Canada⁷». Ce raisonnement permet de conclure que les droits dont jouissent les peuples autochtones en droit canadien tiennent d'une manière inhérente à leur histoire et à leur passé

en tant que premiers peuples ayant vécu sur ce territoire. Bon nombre des traités conclus entre des peuples autochtones et la Couronne indiquent aussi que ces peuples ont exercé leurs droits à l'autonomie gouvernementale en organisant leurs relations avec les gouvernements du Canada sur la base du consentement et de la reconnaissance mutuelle.

Quel est le sens de l'autonomie gouvernementale, aujourd'hui? Comment peut-elle être conciliée avec l'actuelle structure constitutionnelle et politique du Canada? Le caractère inhérent du droit à l'autonomie gouvernementale ne permet pas de répondre à ces questions. Cette incertitude rend indispensable la tenue de discussions politiques au plus haut niveau sur la signification de l'autonomie gouvernementale des autochtones dans un contexte politique contemporain. Car dans la situation actuelle, le tribunal qui se verrait soumettre le problème ne disposerait d'aucun critère — et de toute façon, il s'agit de questions qui ne se prêtent pas vraiment à une solution judiciaire⁸. Les gouvernements comme les peuples autochtones ont intérêt à explorer les formules qui ne nécessitent pas de modifications constitutionnelles (même si de telles modifications constitueraient la meilleure solution⁹). Quelles sont donc ces formules, et comment s'accordent-elles avec le droit constitutionnel? Le présent document a pour objet de répondre à ces questions. Nous voulons essayer de voir comment pourrait être établie l'autonomie gouvernementale des autochtones d'une manière sereine et conforme à la Constitution. Dans les pages qui suivent, nous explorerons un certain nombre de solutions et d'approches concernant divers aspects du problème : compétences, protection constitutionnelle des ententes, justiciabilité. C'est aux élus qu'il appartiendra d'apprécier dans quelle mesure les idées développées sont politiquement applicables. Notre seule ambition est de suggérer des solutions qui sont juridiquement possibles au regard du texte actuel de la Constitution.

Sphère de compétence des gouvernements autochtones

L'Accord de Charlottetown prévoyait un mécanisme pour la définition de la portée des droits à l'autonomie gouvernementale des divers peuples autochtones. On y sous-entendait par ailleurs que les gouvernements autochtones jouiraient d'un statut équivalent aux deux ordres de gouvernement existant actuellement au Canada, en les décrivant comme l'un des trois ordres de gouvernement¹⁰; en d'autres mots, on devait considérer les gouvernements autochtones comme souverains dans leurs propres domaines de compétence. Sur de nombreux points, l'Accord demeurait imprécis : un autre

projet d'accord devait définir le mécanisme suivant lequel seraient résolus les problèmes susceptibles de surgir lors des négociations et les conflits de compétence. On prévoyait en outre une instauration graduelle de l'autonomie gouvernementale : négociation d'ententes, report de la justiciabilité du droit inhérent, règles relatives aux conflits de lois. La reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale était certes un volet important de l'Accord de Charlottetown. Mais ce qui était encore plus important sans doute, du point de vue pratique, c'était la méthode proposée pour la mise en vigueur concrète de ce droit. Car si la négociation d'ententes sur l'autonomie gouvernementale a débuté à l'échelle nationale au début des années 80, l'Accord aurait établi pour la première fois un cadre juridique et politique précis pour le déroulement des négociations, qui aurait permis de trancher des questions préliminaires — comme la définition des parties —, de préciser l'étendue des sphères de compétence autochtones¹¹, de garantir le financement adéquat du processus et des gouvernements qui devaient en sortir — et qui aurait permis enfin la constitutionnalisation et la mise en oeuvre des ententes sur l'autonomie gouvernementale. À notre avis, cette structure globale, à laquelle ont souscrit tous les gouvernements, représentait la véritable innovation dans l'accord. Il est possible, à partir de là, de concevoir une nouvelle voie conduisant à la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale.

Les dispositions de l'Accord de Charlottetown sont capitales, parce que le droit constitutionnel canadien classique se concilie mal avec le droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Il comporte en effet nombre de notions, parfois tout à fait fondamentales, qui s'avèrent incompatibles avec la reconnaissance de ce droit. L'une des principales est la théorie de l'exhaustivité, suivant laquelle toutes les compétences législatives pouvant être exercées au Canada sont actuellement réparties entre les gouvernements fédéral et provinciaux en vertu des articles 91 et 92 (et des autres dispositions attributives de compétence) de la Loi constitutionnelle de 1867¹². Cette théorie semble ne laisser aucune place à l'autonomie gouvernementale des autochtones, sauf sous la forme d'une délégation de responsabilités législatives et administratives par les autorités fédérales ou provinciales. La théorie de l'exhaustivité a bien sûr été élaborée sans tenir compte de la réalité autochtone au Canada et, comme l'a indiqué la Commission royale sur les peuples autochtones, on peut considérer qu'elle concerne la question de la portée des pouvoirs, non celle de leur exclusivité¹³. Cette théorie, au surplus, a été formulée dans le contexte de conflits relatifs à la répartition des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, dans lequel les peuples autochtones ne jouaient aucun rôle.

D'autre part, la théorie de l'exhaustivité a été élaborée avant que l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 ne soit ajouté à la Constitution canadienne. Cet article confère aux droits — ancestraux et issus de traités — des autochtones une protection constitutionnelle plus explicite. Il importe que les avocats spécialisés en droit constitutionnel et les élus se penchent sur les théories qui, telle la théorie de l'exhaustivité, témoignent de l'orientation eurocentrique du droit constitutionnel et du gouvernement canadiens, pour amorcer le réaménagement institutionnel et doctrinal indispensable à la pleine expression du fait que la présence autochtone au Canada est très ancienne. L'urgence de ce travail s'accroîtra à mesure qu'avancera la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale. Nous nous contenterons de dire ici que la théorie de l'exhaustivité ne devrait pas s'opposer à l'élaboration de la compétence gouvernementale autochtone. La question devra certes faire l'objet de discussions, mais rien n'empêche la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale dans le cadre du régime constitutionnel existant.

EXPRESSION DE LA COMPÉTENCE DES GOUVERNEMENTS AUTOCHTONES

L'énoncé contextuel

Sur la reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, il existe un très large consensus politique et juridique. La mise en oeuvre de ce droit en ce qui concerne tel ou tel peuple autochtone pose cependant des difficultés d'ordre juridique. Il existe plusieurs peuples autochtones, qui ont chacun des traditions gouvernementales, des territoires et des aspirations qui leur sont propres. Il faut donc faire preuve de souplesse et d'inventivité pour répondre à cette diversité de situations. L'Accord de Charlottetown proposait une méthode qui favorisait la souplesse en ce qui a trait à l'expression de l'étendue de la compétence autochtone. Elle mérite d'être étudiée de près, parce qu'il s'agit d'une solution intéressante, à mi-chemin entre deux extrêmes. L'une de ces solutions extrêmes consiste dans la reconnaissance pure et simple du droit inhérent, sans que soient établis des principes directeurs pour sa mise en oeuvre. Cette solution, qui par son caractère très général et son imprécision permet de répondre aux diverses situations et aspirations des peuples autochtones, est néanmoins difficile à appliquer dans la pratique, justement à cause du flou qui la caractérise. À l'autre extrême, il y a l'élaboration d'un plan détaillé d'autonomie gouvernementale qui s'appliquerait à tous

les gouvernements autochtones, indépendamment des différences existant entre eux sous le rapport de leur situation, de leur culture et de leurs aspirations.

L'Accord de Charlottetown préconisait une voie intermédiaire entre ces deux solutions. Il y était proposé qu'un «énoncé contextuel» soit ajouté aux modifications constitutionnelles relatives à l'autonomie gouvernementale des autochtones. Il s'agissait d'orienter l'exercice de la compétence gouvernementale selon les fins et les objectifs auxquels devrait répondre le droit inhérent. Cet énoncé devait être suffisamment souple pour être applicable à diverses circonstances et conditions, mais suffisamment précis en même temps pour indiquer d'une manière générale la portée de l'autonomie gouvernementale. Le libellé de l'énoncé contextuel mérite d'être reproduit intégralement (bien qu'aucun texte juridique définitif n'ait été ratifié) :

L'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale comprend le pouvoir des organes législatifs dûment constitués des peuples autochtones, chacun dans sa propre sphère de compétence¹⁴,

(a) de préserver leurs langues, leurs cultures, leurs économies, leurs identités, leurs institutions et leurs traditions et de veiller à leur épanouissement, et

(b) de développer, de maintenir et de renforcer leurs liens avec leurs terres, leurs eaux et leur environnement

afin de déterminer et de contrôler leur développement en tant que peuples selon leurs propres valeurs et priorités et d'assurer l'intégrité de leurs sociétés¹⁵.

L'énoncé contextuel décrit les objectifs auxquels répond l'autonomie gouvernementale et les principales fonctions des organes législatifs autochtones. Gouvernements et organisations autochtones ont souscrit à cet énoncé. Il devrait donc être toujours utile pour établir le but général ou le contexte des négociations sur l'autonomie gouvernementale. L'énoncé précise on ne peut plus clairement que les gouvernements autochtones ont le pouvoir d'édicter et de faire appliquer des lois permettant aux peuples autochtones d'avoir la maîtrise de leur propre développement en tant que peuples, de favoriser l'épanouissement de leurs membres en fixant leurs propres priorités, et tout particulièrement de protéger leurs terres, leurs langues et leurs cultures.

Il n'est pas fait explicitement mention, dans l'énoncé contextuel, de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale dans le cas des peuples autochtones signataires de traités. Nombre de dirigeants des premières nations utilisent l'expression anglaise *treaty government* et donnent à

entendre que les traités constituent un moyen efficace de mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. La confusion entourant les rapports entre les traités et l'ensemble de modifications constitutionnelles relatives à l'autonomie gouvernementale proposées à Charlottetown a causé des dissensions lors du débat sur l'Accord au sein des collectivités autochtones. Il ne fait aucun doute que des éclaircissements s'imposent à ce sujet. Le président de l'Union of Nova Scotia Indians s'est exprimé en ces termes devant la Commission royale sur les peuples autochtones :

[TRADUCTION] Pour nous, le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit inhérent, qui ne provient pas d'autres gouvernements. Il n'a pas son origine dans nos traités. Le droit à l'autonomie gouvernementale et à l'autodétermination vient du peuple micmac — c'est sous son autorité que nous gouvernons. Les traités reflètent la reconnaissance par la Couronne du fait que nous avons l'autonomie gouvernementale et que nous continuerions à l'avoir, mais ce ne sont pas eux qui ont créé notre nation. [...] Dans cette perspective, les traités devraient constituer le moyen par lequel est mis en oeuvre notre droit (protégé par la Constitution) d'exercer des compétences et des pouvoirs en tant que gouvernements. L'autonomie gouvernementale peut commencer par l'interprétation et la mise en oeuvre intégrale du traité de 1752 puis, à partir de là, conduire à une compréhension de la relation politique entre le peuple micmac et la Couronne¹⁶.

La mise en oeuvre des traités faisait l'objet d'une section distincte de l'Accord de Charlottetown¹⁷, mais on n'y établissait pas clairement le rapport entre la mise en oeuvre des traités et la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale. Pour certains peuples autochtones, la mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est indissociablement liée à la réalisation intégrale d'une relation antérieure fondée sur des traités.

Selon nous, une nouvelle version de l'énoncé contextuel, qui pourrait être utilisée comme élément du cadre de mise en oeuvre du droit inhérent, devrait refléter le rôle central des traités et du gouvernement ressortissant à un traité dans le cas des premières nations visées par des traités. On pourrait par exemple ajouter, à la fin de l'énoncé contextuel, une phrase comme à celle-ci :

[...] étant entendu que, dans le cas des premières nations signataires d'un traité, la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale suppose la formulation des droits et responsabilités découlant des traités existants, qui devront être intégralement respectés et mis en oeuvre par les gouvernements canadiens à titre de volet central de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale.

Suivant le libellé de l'énoncé contextuel, les «organes législatifs dûment constitués» peuvent prendre des mesures en vue de réaliser certains objectifs. Le fait qu'il soit question d'organes législatifs dûment constitués obligerait le peuple autochtone concerné à élaborer une constitution

prévoyant la création d'un organe législatif, celui-ci devant en outre jouir d'un appui manifeste au sein du peuple en question¹⁸. On peut présumer que cette constitution serait écrite, mais il n'est pas exclu qu'elle revête une forme correspondant davantage aux coutumes et traditions autochtones, si tel est le désir du peuple autochtone concerné. Chez les Iroquois, par exemple, on pourrait se servir de ceintures de wampum pour exprimer la constitution ainsi que les responsabilités des organes législatifs et gouvernementaux. La souplesse est certainement de mise à cet égard. Il demeure quand même probable que la plupart des constitutions seraient également formulées par écrit.

Les objectifs qui seraient poursuivis par l'organe législatif autochtone sont définis aux alinéas (a) et (b) de l'énoncé contextuel, et plus particulièrement à la fin de l'énoncé, où il est précisé que le grand objectif consiste, pour le peuple concerné, à déterminer et à contrôler son développement en tant que peuple selon ses propres valeurs et priorités et d'assurer l'intégrité de sa société. Il s'agit là d'une rupture radicale par rapport à l'état actuel des choses, dans lequel les peuples autochtones se voient déléguer des pouvoirs limités sous le régime de la *Loi sur les Indiens* ou des autres régimes législatifs auxquels ils sont assujettis. L'énoncé vient confirmer ce sur quoi tout le monde s'entend : il faut renoncer à la *Loi sur les Indiens* et instaurer à sa place une relation fondée sur la notion d'autonomie gouvernementale interne.

On n'a jamais imaginé que l'énoncé contextuel permettrait de déterminer quels sont exactement les pouvoirs que possède ou que devrait posséder un gouvernement autochtone, ou de résoudre les inévitables conflits entre les lois autochtones et les autres lois. Ce texte, en revanche, situe dans une perspective plus large les discussions relatives à l'autonomie gouvernementale par lesquelles les diverses communautés autochtones et les gouvernements pourront résoudre les problèmes liés à la détermination des sphères de compétence. C'est l'assise sur laquelle les divers peuples autochtones pourront élaborer une liste de pouvoirs et négocier une entente avec le gouvernement afin de préciser l'étendue de leurs compétences, voire leur responsabilité fiscale.

Formulation d'un nouvel énoncé contextuel

À cause de l'échec de l'Accord de Charlottetown, l'énoncé contextuel ne fait pas partie de la Constitution. Et si on veut être réaliste, force est de convenir qu'il y a peu de chances que des modifications constitutionnelles sur l'autonomie gouvernementale soient adoptées dans un avenir rapproché. Il n'en demeure pas moins qu'un texte analogue à celui de l'énoncé pourrait encore maintenant constituer le cadre général à l'intérieur duquel on chercherait à favoriser la mise en oeuvre

de l'autonomie gouvernementale. Rien n'empêcherait par exemple les organisations autochtones et les gouvernements fédéral et provinciaux de conclure un ou plusieurs accords politiques arrêtant des orientations générales en vue de la mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Outre la formule de l'accord politique, les peuples autochtones et le gouvernement souhaiteront peut-être explorer la solution consistant à établir un tel cadre général dans une loi fédérale. Cette solution permettrait (à la condition que la loi en question recueille l'adhésion des autochtones et de leurs représentants) l'élaboration d'accords politiques spécifiques avec les peuples autochtones. Et grâce à sa souplesse, il serait possible de tenir compte des différences entre les peuples autochtones du point de vue de leur situation et de leurs priorités. Cette solution législative est peu coûteuse au regard de son efficacité, et elle nécessite moins de temps que la négociation d'accords politiques distincts avec chaque peuple autochtone concerné sur toutes les questions relevant du cadre général. Le texte législatif fixerait les principes de base, qui seraient précisés dans des accords spécifiques.

Qu'on choisisse la voie des accords politiques ou celle du texte législatif, l'énoncé contextuel, retravaillé, pourrait constituer l'un des éléments centraux du cadre de mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Voici le texte dont nous proposons l'inclusion dans un éventuel accord politique ou texte de loi :

L'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale comprend le pouvoir des organes législatifs dûment constitués des peuples autochtones :

(a) de préserver leurs langues, leurs cultures, leurs économies, leurs identités, leurs institutions et leurs traditions et de veiller à leur épanouissement,

(b) de développer, de maintenir et de renforcer leurs liens avec leurs terres, leurs eaux et leur environnement

afin de déterminer et de contrôler leur développement en tant que peuples selon leurs propres valeurs et priorités et d'assurer l'intégrité de leurs sociétés, étant entendu que dans le cas des premières nations signataires d'un traité, la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale suppose la formulation des droits et responsabilités découlant des traités existants, qui devront être intégralement respectés et mis en oeuvre par les gouvernements canadiens.

Processus de négociation des ententes

Le but de tout accord politique ou autre cadre établi en vue de la mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale doit consister dans la conclusion d'ententes négociées avec des peuples autochtones (premières nations, Inuit, Métis) au sujet de la sphère de compétence, du financement et

du règlement des conflits. Nous privilégions nettement pour notre part l'établissement d'un cadre politique conduisant à des ententes négociées. Si les gouvernements choisissent l'inaction, les peuples autochtones prendront des initiatives unilatérales qui donneront naissance à d'interminables différends juridiques dont l'issue est tout à fait imprévisible¹⁹. À notre sens, l'existence d'un énoncé contextuel sur lequel tout le monde se serait mis d'accord ne pourrait que favoriser la conclusion d'ententes sur l'autonomie gouvernementale, parce que ce texte préciserait les objectifs qui devraient orienter le processus de négociations ainsi que le contenu de toute éventuelle entente.

Toute entente sur l'autonomie gouvernementale conclue entre une collectivité autochtone donnée et un ou plusieurs gouvernements comportera nécessairement une liste des différentes compétences à l'égard desquelles le gouvernement autochtone pourrait légiférer à sa guise. Cette liste devra renvoyer à l'énoncé contextuel et être interprétée à la lumière des objectifs établis dans celui-ci, ce qui facilitera la mise en oeuvre correcte du droit à l'autonomie gouvernementale. L'énoncé contextuel ne serait pas le seul élément susceptible d'orienter l'élaboration des compétences législatives, ni le seul document susceptible de faciliter l'interprétation judiciaire. Dans le cas des premières nations signataires d'un traité, par exemple, il pourra y avoir des droits prévus par le traité qui entraînent une responsabilité dans certains domaines de compétence²⁰. Les ententes modernes relatives à des revendications territoriales conféreront également certains pouvoirs ayant trait à la gestion des terres et des ressources appartenant au peuple autochtone concerné.

SPHÈRE DE COMPÉTENCE DES GOUVERNEMENTS AUTOCHTONES

Nous ferons souvent état, dans la présente étude, des ententes sur l'autonomie gouvernementales conclues avec les Indiens du Yukon²¹. Ces ententes sont en effet utiles pour notre analyse parce qu'elles montrent bien le type de progrès susceptibles d'être réalisés dans le cadre constitutionnel existant, et qu'elles témoignent de la nécessité de repenser certaines politiques et approches gouvernementales qui entravent la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale²². Pour bien comprendre la portée de ces ententes, un rappel du contexte s'impose.

Le Conseil des Indiens du Yukon, qui représente 14 premières nations du Yukon, a conclu un accord-cadre définitif avec le gouvernement du Canada et le Yukon²³. Cet accord, où figurent les clauses fondamentales du règlement des revendications territoriales du Yukon, ne constitue cependant pas un accord sur des revendications territoriales au sens de l'article 35 de la *Loi*

constitutionnelle de 1982, et demeure sans effet juridique tant que ses clauses ne sont pas intégrées à une entente définitive conclue par une Première nation du Yukon. Quatre Premières nations ont ainsi conclu des ententes définitives qui reprennent la totalité des clauses de l'Accord-cadre, auxquelles viennent s'ajouter des dispositions particulières applicables à la Première nation concernée. Ces quatre ententes définitives constituent, elles, des accords sur des revendications territoriales au sens de l'article 35.

L'Accord-cadre définitif, et partant les quatre ententes définitives, prévoyaient la négociation d'ententes sur l'autonomie gouvernementale par les Premières nations du Yukon. Mais le gouvernement du Canada a insisté pour que l'Accord-cadre définitif et les quatre ententes définitives conclues chacune avec une première nation précisent, à l'article 24.12.1, que les ententes sur l'autonomie gouvernementale n'entraîneraient pas la création de «droits issus de traités» au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les quatre Premières nations du Yukon qui ont conclu des ententes définitives ont également conclu des ententes sur l'autonomie gouvernementale. Ces ententes sont très semblables les unes aux autres, puisqu'elles sont fondées sur une entente type négociée par le Conseil des Indiens du Yukon en 1992. Les quatre devaient prendre effet en vertu de textes législatifs sur l'autonomie gouvernementale qui allaient être adoptés (et qui l'ont du reste été²⁴) par le Parlement du Canada et par l'assemblée législative du Yukon.

Nous reproduisons à l'annexe 1 les dispositions d'une des ententes sur l'autonomie gouvernementale qui ont trait aux pouvoirs législatifs, auxquelles nous renverrons à l'occasion. Ces dispositions se présentent sous la forme de quatre listes de pouvoirs. La première (article 13.1) est une liste de pouvoirs législatifs exclusifs attribués à la Première nation. (Les autres pouvoirs législatifs sont concurrents. Les termes «exclusifs» et «concurrents» sont expliqués plus loin.) La deuxième (article 13.2) énumère des pouvoirs législatifs qui s'étendent sur tout le territoire du Yukon, mais qui s'appliquent uniquement aux citoyens de la Première nation. C'est un cas de compétence personnelle — notion qui sera explicitée plus loin. La troisième liste (paragraphe 13.3) est une liste de pouvoirs législatifs restreints au territoire de la Première nation; ces pouvoirs s'appliquent à tous ceux qui se trouvent sur le territoire en question, et pas seulement aux citoyens de la Première nation. C'est un cas de «compétence territoriale» — expression qui elle aussi sera explicitée ci-après. La quatrième liste de pouvoirs (article 13.4) est une liste de «pouvoirs en cas de situation d'urgence»; il

s'agit de pouvoirs spéciaux conférés à la Première nation pour faire face à des situations d'urgence se produisant sur le territoire des Premières nations.

Nous reconnaissons que les aspects précis de l'autonomie gouvernementale différeront radicalement d'une partie du Canada à l'autre. Des solutions qui conviennent bien au Yukon en raison de sa population dispersée risquent en effet de ne pas être applicables dans le Sud. Les ententes du Yukon donnent tout de même une idée des types de pouvoirs législatifs qu'un gouvernement autochtone pourrait souhaiter exercer. Il faut cependant souligner que ce n'est pas un hasard si les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon ont été conclues peu de temps après qu'on fut parvenu à un accord sur le règlement des revendications territoriales globales. Pour les peuples autochtones, en effet, la question du territoire joue un rôle central dans l'autonomie gouvernementale. À cet égard, nous tenons simplement à souligner que, dans le cadre de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale, les questions liées aux terres et aux ressources seront déterminantes pour l'instauration d'un gouvernement digne de ce nom. Les terres et les ressources actuellement reconnues aux Premières nations, dans la plupart des cas, ne leur permettraient pas d'exercer leur autonomie gouvernementale d'une manière efficace, et il faudra s'intéresser à ce problème sans délai dès que s'amorcera le passage du régime de la *Loi sur les Indiens* à l'autonomie gouvernementale.

Compétence territoriale

Dans toute entente sur l'autonomie gouvernementale, il faut préciser les limites du pouvoir législatif conféré à la Première nation. Cela peut se faire notamment par l'établissement d'une liste de pouvoirs dont l'exercice est restreint au territoire de la Première nation. Il va de soi que chacune des Premières nations doit avoir des pouvoirs très étendus sur son propre territoire. La gestion du territoire, la réglementation de l'activité sur celui-ci (chasse, pêche, cueillette, exploitation minière et forestière...), l'octroi de permis aux entreprises, la planification, le zonage, les codes du bâtiment, la protection de l'environnement et l'administration de la justice sont autant de domaines que toute Première nation souhaitera assujettir à sa réglementation sur son propre territoire. L'exercice des pouvoirs de ce type serait vraisemblablement limité au territoire de la Première nation²⁵. En effet ces pouvoirs ne s'étendraient pas aux autochtones qui se trouvent à l'extérieur de ce territoire. Mais sur celui-ci, ils s'appliqueraient tant aux autochtones qu'aux non-autochtones.

Dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon²⁶, qui comportent quatre listes de pouvoirs, l'une de ces listes (paragraphe 13.3) s'applique uniquement aux terres visées par le règlement. Ces pouvoirs sont des exemples de compétence territoriale.

Compétence personnelle

Parmi les pouvoirs qu'une Première nation pourrait vouloir exercer, il en est d'autres dont l'application ne devrait pas être limitée au territoire de cette nation. La Première nation souhaitera peut-être fournir toute une gamme de services sociaux à ses citoyens, y compris à ceux qui vivent à l'extérieur de son territoire. Ainsi, la réglementation de questions comme l'adoption, la tutelle, la garde des enfants ne saurait être confinée au territoire de la Première nation. Ces questions revêtent une importance capitale pour la réalisation des objectifs décrits dans l'énoncé contextuel et les arrangements ayant trait à la compétence personnelle feront partie de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale. C'est pourquoi il est probable que toute Première nation exigera une deuxième liste de pouvoirs, applicables aux citoyens de cette nation, qu'ils se trouvent ou non sur son territoire. Les textes législatifs adoptés par la Première nation en vertu de cette liste s'appliqueraient à ses citoyens, où qu'ils se trouvent, mais pas aux non-autochtones. Dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon, deux des quatre listes de pouvoirs (paragraphe 13.1 et 13.2) ne sont pas limitées dans leur application au territoire de la Première nation. Les pouvoirs en question s'appliqueraient aux citoyens de cette dernière partout au Yukon. Il s'agit là d'un exemple de compétence personnelle.

La compétence personnelle d'un gouvernement autochtone, à l'instar de sa compétence territoriale, peut avoir un caractère contraignant. Ainsi, l'enfant autochtone qui a été confié à une famille vivant à l'extérieur du territoire autochtone ne serait pas pour autant assujéti au droit provincial ou territorial, du point de vue de la garde. Il serait donc protégé contre le risque que des décisions prises par des organismes non autochtones modifient les mesures prévues par le droit autochtone. Les gouvernements autochtones auraient, bien entendu, la faculté de ne pas exercer dans son intégralité leur compétence personnelle, cette question étant déterminée selon le processus politique interne établi par le peuple concerné. Signalons par ailleurs que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquerait selon toute vraisemblance à l'exercice par un gouvernement

autochtone de sa compétence personnelle (comme de sa compétence territoriale). (Cette question est traitée plus bas.)

D'autres Premières nations auront sans aucun doute besoin de pouvoirs législatifs qui s'appliquent à leurs citoyens indépendamment du lieu où ils résident. Dans le cas du Yukon, même la compétence personnelle a été restreinte aux limites du Yukon; pour d'autres Premières nations, cette compétence pourrait de manière analogue être restreinte à une province ou à un territoire, ou au contraire s'appliquer d'un bout à l'autre du Canada.

Dans les régions urbaines du Canada, l'autonomie gouvernementale autochtone pourrait revêtir la forme d'institutions qui fournissent des services aux citoyens inuit, métis ou d'une Première nation ne résidant pas sur un territoire autochtone. L'établissement de la compétence personnelle serait pour cela essentiel. Les divers gouvernements autochtones devront veiller à coordonner leurs efforts le mieux possible s'ils veulent fournir des services à leurs citoyens habitant des régions urbaines, faute de quoi ils ne pourront éviter les dédoublements inutiles et coûteux.

La compétence personnelle signifiera que la loi «suivra» les citoyens autochtones quand ils quitteront les territoires autochtones. Il ne s'agit pas là d'un concept radicalement nouveau puisqu'il fait déjà partie du droit canadien dans de nombreux domaines, comme le droit de la famille. Ces situations sont régies par un ensemble très complexe de principes ayant trait aux conflits de lois. En outre, des ententes déjà en vigueur entre des provinces et avec des pays étrangers au sujet de l'exécution des jugements relatifs aux pensions alimentaires et au droit de garde montrent qu'il est possible d'établir une coordination entre des régimes juridiques différents dans un souci d'efficacité. Les gouvernements autochtones pourront recourir à des moyens analogues. Et, dans le contexte autochtone, nous connaissons déjà la notion de transférabilité de droits, tel le droit à l'éducation garanti par traité, à l'extérieur du territoire. La compétence personnelle, élaborée à partir de ces concepts existants, garantit aux gouvernements autochtones qu'ils auront véritablement les pouvoirs dont ils ont besoin pour réaliser les objectifs de la politique gouvernementale, comme la protection culturelle dans le cas du bien-être des enfants.

Compétence en cas de situation d'urgence

Il peut être souhaitable, dans une entente sur l'autonomie gouvernementale, d'attribuer une compétence susceptible d'être exercée à l'égard de personnes ou d'un territoire en cas de situation

d'urgence. Dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon, on a tenté (paragraphe 13.4) de prévoir certains problèmes qui pourraient se présenter en cas de situation d'urgence, du fait des limites établies quant à la compétence territoriale et personnelle des Premières nations. Il pourrait arriver, par exemple, qu'un enfant soit en danger sur le territoire visé par un règlement, et que les responsables de la protection de l'enfance au sein de la Première nation ne sachent pas d'une manière certaine si cet enfant est un citoyen de la nation. Ou encore, qu'un enfant soit en danger à l'extérieur du territoire visé par le règlement, sans qu'on sache avec certitude quel ordre de gouvernement est compétent en l'occurrence. Pour que des mesures puissent être prises sans tarder dans de telles situations d'urgence, les ententes du Yukon donnent à la Première nation le pouvoir d'agir à l'extérieur du territoire visé par le règlement, même si ce sont les lois d'application générale qui sont applicables. Un pouvoir analogue permet au gouvernement du Yukon de prendre des mesures en cas de situation d'urgence à l'extérieur des terres visées par un règlement, même si la situation relève d'une loi de la Première nation. Dans tous les cas, l'autorité gouvernementale compétente reprendrait les choses en main dès que cela serait possible.

POUVOIRS EXCLUSIFS ET POUVOIRS CONCURRENTS

Dans toute entente sur l'autonomie gouvernementale, les clauses ayant trait à la compétence doivent également préciser quels pouvoirs législatifs autochtones seront «exclusifs» et lesquels seront «concurrents». Les pouvoirs exclusifs sont ceux que les autochtones sont les seuls à posséder; ni le Parlement fédéral ni les assemblées législatives provinciales (ou territoriales) ne pourraient les exercer. Quant aux pouvoirs concurrents, ce sont des pouvoirs attribués non seulement au peuple autochtone, mais également au Parlement fédéral ou à l'assemblée législative provinciale (ou territoriale). L'inconvénient des pouvoirs exclusifs, c'est qu'ils obligent le peuple autochtone à se donner des textes de loi exhaustifs, les éventuelles lacunes ne pouvant être comblées par d'autres textes législatifs. L'inconvénient des pouvoirs concurrents, c'est qu'ils rendent possibles les conflits de lois, entre une loi édictée par les autochtones et l'autre édictée par le Parlement fédéral ou l'assemblée législative provinciale (ou territoriale). De toute évidence, il faut établir les règles qui s'appliqueront dans un tel cas; c'est à cette question qu'est consacrée la section suivante de notre étude.

Dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, les pouvoirs législatifs du Parlement fédéral, d'une part, et des assemblées législatives provinciales, d'autre part, sont énumérés dans deux listes de domaines,

dont chacune est considérée comme exclusive. Dans la pratique, toutefois, la vie ne se prête pas à une telle compartimentation, et l'interprétation judiciaire a permis depuis 1867 une évolution considérable et un important partage des pouvoirs. Les tribunaux ont eu tendance à reconnaître l'existence de chevauchements importants entre les deux listes — de pouvoirs concurrents, en d'autres mots. La protection de l'environnement est un bon exemple. Il n'en est aucunement fait état dans une liste ou l'autre, pour la bonne raison que les rédacteurs du texte de 1867 n'avaient jamais imaginé que le gouvernement pourrait souhaiter ou serait obligé un jour de veiller à la protection de l'environnement. Les tribunaux canadiens ont jugé à notre époque que les deux ordres de gouvernement possèdent des pouvoirs étendus en la matière, pouvoirs qui se chevauchent. On pourrait citer bien d'autres exemples. En réalité, bon nombre des pouvoirs législatifs que possèdent le Parlement fédéral et les assemblées législatives provinciales sont concurrents. (Les constitutions australienne et américaine n'établissent qu'un petit nombre de pouvoirs législatifs exclusifs; d'une manière générale, les pouvoirs sont concurrents.)

Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon comportent (au paragraphe 13.1) une brève liste de pouvoirs exclusifs. D'une manière générale, cette liste concerne les règles relatives à la régie interne des affaires de la Première nation, ainsi que l'administration des droits et avantages institués dans l'entente sur les revendications territoriales. Les autres listes, décrites dans la section précédente du présent article, contiennent des pouvoirs concurrents.

COOPÉRATION INTERGOUVERNEMENTALE AU CANADA

La fédération canadienne existe depuis 1867. Depuis lors, les gouvernements fédéral et provinciaux ont exercé des pouvoirs gouvernementaux sur le même territoire et sur les mêmes personnes (malgré une controverse quant à l'exercice par ces gouvernements d'une compétence relative aux peuples autochtones). Il y a certes eu nombre de différends sans gravité et quelques poursuites judiciaires, mais les deux ordres de gouvernement ont appris à coexister d'une manière harmonieuse. Aucun gouvernement ne fonctionne dans l'isolement, et un réseau très étendu de relations s'est formé à l'échelon des ministres et des fonctionnaires pour échanger de l'information et des idées, et le cas échéant pour veiller à la coordination des politiques. Dans bien des domaines où les pouvoirs sont concurrents, des ententes officielles ont été conclues afin que les deux paliers de gouvernement travaillent ensemble à la poursuite d'objectifs communs.

Ainsi, les régimes provinciaux d'assurance-maladie et d'aide sociale sont financés en partie par le gouvernement fédéral en vertu d'ententes sur le partage des frais qui établissent les principes fondamentaux de ces deux types de programmes. Mentionnons aussi les ententes suivant lesquelles la Gendarmerie royale du Canada fournit des services de police à huit provinces et à un grand nombre de municipalités, les coûts étant assumés en partie par les autorités provinciales et municipales concernées. On peut citer également les ententes en matière de perception des impôts : le gouvernement fédéral perçoit l'impôt sur le revenu pour neuf provinces, ces dernières s'engageant en contrepartie à utiliser la même assiette fiscale que celle de l'impôt fédéral sur le revenu.

Les gouvernements autochtones viennent s'intégrer à ce réseau complexe de relations fédérales-provinciales. Ils trouveront avantageuses bon nombre des techniques de coopération élaborées par les gouvernements fédéral et provinciaux pour répondre aux besoins de citoyens vivant dans des régions et des situations différentes. Par exemple, un gouvernement autochtone pourra conclure avec un autre gouvernement des ententes sur la perception des impôts, ou encore décider de cotiser à des services de police ou de poursuites judiciaires fournis par un autre gouvernement. Il pourra y avoir des responsabilités que telle ou telle Première nation préférera assumer progressivement, en acceptant qu'un autre gouvernement fournisse des services à ses citoyens jusqu'à ce qu'elle se soit donné la capacité de prendre les choses en main ou ait établi une politique en la matière.

Ce qu'il faut souligner, en matière de coopération intergouvernementale, c'est que l'autonomie gouvernementale n'est pas établie dans un vide politique. Les gouvernements autochtones n'auront pas à assumer immédiatement toutes les fonctions d'un gouvernement moderne. Divers types d'ententes sont nécessaires pour qu'un ordre de gouvernement soit pleinement opérationnel. Et dans le fédéralisme canadien, la coopération intergouvernementale ainsi que le partage des compétences et des ressources sont davantage la norme que l'exception.

Règles fédérales-provinciales en matière de lois incompatibles

Toute entente sur l'autonomie gouvernementale doit comporter des clauses sur les rapports entre les lois fédérales et provinciales (ou territoriales), d'une part, et les lois autochtones, d'autre part. Dans le contexte fédéral-provincial, c'est par la règle de la primauté des lois fédérales que sont résolus les conflits entre des lois fédérales et provinciales : la loi fédérale a préséance sur toute loi provinciale

incompatible avec elle. Cette règle n'a pas autant d'importance qu'il peut paraître, du fait que les tribunaux donnent un sens très étroit à l'incompatibilité : pour que l'incompatibilité donne lieu à l'application de la règle de la primauté des lois fédérales, il faut qu'une loi soit en contradiction expresse avec l'autre. Si les deux lois peuvent coexister sans qu'il y ait contradiction, on conclut à l'absence d'incompatibilité et les deux demeurent en vigueur.

Dans l'arrêt *Construction Montcalm c. La Commission du salaire minimum*²⁷, par exemple, la Cour suprême du Canada a jugé qu'une loi fédérale prescrivant aux entrepreneurs fédéraux un salaire minimum n'était pas incompatible avec une loi provinciale qui établissait un salaire minimum plus élevé. La Cour suprême a considéré que la loi fédérale n'interdisait pas l'établissement d'un salaire minimum supérieur; les deux lois pouvaient donc coexister. Concrètement, l'entrepreneur fédéral devait verser le salaire minimum prévu par la loi québécoise et ne pouvait invoquer la loi fédérale pour verser un salaire inférieur. Cette décision montre que les tribunaux font tout pour préserver la validité des textes législatifs en vigueur, et sont bien peu disposés à conclure à l'incompatibilité dès lors qu'il est possible de concilier les deux lois en cause.

Cette définition étroite de l'incompatibilité signifie que la théorie de la primauté fédérale ne s'applique que rarement. La plupart du temps, quand une loi fédérale et une loi provinciale sont applicables aux mêmes faits, les tribunaux font en sorte qu'elles continuent à coexister. Rien ne permet de croire qu'ils adopteraient une attitude différente pour des lois autochtones.

Remplacement des lois fédérales et provinciales

Toute entente sur l'autonomie gouvernementale doit comporter des dispositions transitoires, afin d'éviter qu'il y ait un vide législatif pendant la période initiale, avant que le gouvernement autochtone ait eu le temps d'édicter les lois relevant de sa sphère de compétence. Un problème analogue s'est du reste posé en 1867, lors de la création du Parlement du Canada et des assemblées législatives de l'Ontario et du Québec. (Les autres provinces étaient déjà dotées d'assemblées législatives.) La solution retenue en 1867 est formulée à l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, où il est précisé que toutes les lois en vigueur en 1867 allaient le demeurer jusqu'à leur abrogation, leur abolition ou leur modification par le Parlement du Canada ou par l'assemblée législative d'une province. C'est ainsi que les lois antérieures à la constitution de la fédération pouvaient continuer à

s'appliquer. Malgré le caractère principalement transitoire des dispositions de l'article 129, certains textes antérieurs à la fédération n'ont jamais été abrogés et sont restés en vigueur jusqu'à ce jour.

L'Accord de Charlottetown prévoyait des dispositions semblables à celles de l'article 129, à l'égard de l'instauration de l'autonomie gouvernementale. On y précisait (article 47) que «les lois fédérales et provinciales continueront de s'appliquer jusqu'à ce qu'elles soient remplacées par des lois adoptées par les gouvernements de peuples autochtones en vertu de leurs compétences». Les lois antérieures à l'autonomie gouvernementale auraient donc continué de s'appliquer jusqu'à ce qu'elles aient été remplacées par des lois autochtones.

De telles dispositions transitoires ne régiraient pas uniquement le passage à l'autonomie gouvernementale : elles auraient un effet permanent. Suivant l'importante règle générale qu'auraient établie ces dispositions, les lois autochtones auraient pu «remplacer» des lois d'application générale. Autrement dit, en cas d'incompatibilité entre une loi autochtone et une loi d'application générale, la loi autochtone l'emporterait sur celle d'application générale.

L'Accord de Charlottetown prévoyait (également à l'article 47) une exception à la règle générale de la primauté des lois autochtones. Les lois fédérales ou provinciales «essentielles au maintien de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement au Canada» devaient en effet l'emporter sur toute loi autochtone incompatible. La portée de cette exception relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement a suscité certaines discussions²⁸, et il ne fait aucun doute que cette disposition est celle qui a provoqué les plus grandes réticences chez les autochtones lors du débat au sujet de l'Accord. À notre avis, toutefois, les tribunaux auraient attribué une portée restreinte à cette exception; une analogie peut en effet être faite avec la jurisprudence qui a ainsi interprété d'une manière restrictive les mots «paix, ordre et bon gouvernement» à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sans entrer dans les détails²⁹, il est permis de croire que l'exception viserait les lois relatives à des situations d'urgence et les lois visant à empêcher qu'un préjudice soit causé à des non-autochtones ou à des terres appartenant à des non-autochtones. Il est tout à fait justifié que certaines lois relevant de cette catégorie (à savoir, essentielles à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement) s'appliquent aux peuples autochtones, et qu'elles ne puissent être remplacées par des lois autochtones. Par exemple, si une province oblige tous ses résidents à se faire vacciner contre la variole en raison d'une épidémie, les autochtones devraient être assujettis à cette décision comme les non-autochtones. Du reste, quel gouvernement autochtone voudrait mettre en péril la santé de ses ressortissants ou de leurs voisins

non autochtones? De telles limitations à la compétence autochtone ne poseraient pas de problèmes majeurs dans la pratique.

L'Accord de Charlottetown ne précisait pas comment devait être définie l'incompatibilité pour l'application des dispositions sur la primauté des lois fédérales et provinciales. Ce silence signifie sans doute que la définition restrictive élaborée dans le contexte fédéral-provincial serait également applicable en l'occurrence. Par exemple, une Première nation pourrait adopter des lois réglementant le rejet de déchets par une entreprise située sur son territoire. Cette entreprise pourrait en même temps être assujettie à la réglementation provinciale. Dans un tel cas, les tribunaux concluraient vraisemblablement que les deux lois ne sont pas incompatibles : l'entreprise serait tenue de se conformer aux deux réglementations. Si les règles édictées par cette dernière sont les plus sévères, elles auraient primauté dans les faits.

Autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon

Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon, à l'instar de l'Accord de Charlottetown, prévoient (au paragraphe 13.5) que les lois d'application générale continueront de s'appliquer à la Première nation, à ses citoyens et à ses terres. En cas d'incompatibilité entre un texte législatif édicté par la Première nation et un texte législatif du Yukon, celui de la Première nation l'emportera. En cas d'incompatibilité entre un texte législatif de la Première nation et une loi fédérale, les ententes sur l'autonomie gouvernementale sont incomplètes. Elle prévoient (au paragraphe 13.5.2) la conclusion, entre la Première nation et le Canada, d'une entente qui précisera «les domaines où les textes législatifs [de la Première nation] l'emportent sur les dispositions incompatibles des lois fédérales d'application générale». Aucune entente de cette nature n'est encore intervenue³⁰.

Nous tenons à souligner au passage qu'à notre avis, il est regrettable que les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon ne fixent pas la forme précise des règles de primauté devant s'appliquer en cas d'incompatibilité entre des lois fédérales et des lois édictées par une Première nation. Idéalement, toutes les questions ressortissant aux compétences législatives devraient être réglées dans l'entente sur l'autonomie gouvernementale, et non être soumises à un mécanisme futur. Il faut toutefois signaler que les dispositions figurant dans les ententes indiquent qu'il pourrait y avoir des domaines où les lois de la Première nation l'emporteront sur les lois fédérales.

En ce qui a trait à l'incompatibilité entre une loi édictée par une Première nation et une loi du Yukon (celle de la première nation devant avoir la primauté dans ce cas), les ententes du Yukon substituent à la définition étroite de l'incompatibilité en common law une définition plus large. Selon le paragraphe 13.5.3 des ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon, une loi du Yukon est inopérante «dans la mesure où elle traite d'une matière à l'égard de laquelle [la Première nation] a édicté un texte législatif». Cela signifie que, chaque fois qu'une loi édictée par la Première nation traite d'un domaine également visé par une loi du Yukon, celle-ci est supplantée. Il n'est pas nécessaire de faire la preuve que les deux lois sont incompatibles au sens étroit du terme (à savoir qu'elles se contredisent); le simple fait qu'elles contiennent des dispositions relatives à la même matière entraîne la primauté de la loi édictée par la Première nation. L'idée générale est la suivante : lorsqu'une Première nation a décidé de fournir un service donné (jusqu'à-là fourni par le Yukon) ou de réglementer une activité donnée (jusqu'à-là réglementée par le Yukon), elle deviendra la seule autorité responsable de la fourniture de ce service ou de cette réglementation, ce qui obligera l'Administration territoriale du Yukon à se retirer du champ de compétence en question.

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Les gouvernements autochtones devront disposer du pouvoir de faire appliquer leurs propres lois. Ils souhaiteront peut-être, en outre, veiller à l'application des lois fédérales et provinciales (ou territoriales) qui demeurent en vigueur sur le territoire autochtone. Les autochtones souhaiteront la mise en place de toutes les institutions nécessaires pour garantir la paix et le respect de la loi au sein de leur communauté : police, ministère public, systèmes judiciaire et correctionnel. Ils exigeront également que le système judiciaire, dans tous ses aspects, soit administré en prenant en compte les façons de faire et les problèmes des autochtones. L'administration de la justice sera d'ailleurs un élément d'une extrême importance : il ressort de plusieurs études récentes que la discrimination contre les autochtones dans le système de justice pénale canadien rend nécessaire la mise au point de nouvelles méthodes dans ce domaine, et qu'il faudrait que les peuples autochtones jouissent d'une plus grande latitude dans l'élaboration et la mise en oeuvre, au sein de leurs collectivités, de mesures relevant de la justice pénale³¹.

Les gouvernements fédéral et provinciaux (ou territoriaux) voudront également veiller à l'application de leurs lois d'application générale sur le territoire autochtone. Étant donné la persistance

des intérêts des deux autres ordres de gouvernement et le caractère limité des ressources financières et humaines dont les gouvernements autochtones disposeront, il pourra s'avérer réaliste et rentable pour ces derniers d'exercer leur pouvoir en matière d'administration de la justice en conformité avec une entente conclue à ce sujet avec les deux autres ordres de gouvernement. Le gouvernement autochtone obtiendrait ainsi l'accès à des services et à un financement provenant des autorités fédérales et provinciales, et les trois ordres — fédéral, provincial (ou territorial) et autochtone — prendraient part à l'élaboration d'un régime compatible avec leurs objectifs légitimes.

Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon représentent l'un des modèles possibles, en ce qui concerne les dispositions relatives à l'administration de la justice. Elles stipulent qu'une Première nation dispose, parmi les pouvoirs législatifs qui lui sont reconnus à l'égard de ses terres, du pouvoir de légiférer en matière d'«administration de la justice» (paragraphe 13.3.17)³². La Première nation accepte cependant (paragraphe 13.6.3) de ne pas exercer ce pouvoir d'une manière unilatérale pendant une période de 10 ans. Pendant ce temps, le pouvoir ne peut être exercé qu'en conformité avec une entente conclue avec les gouvernements fédéral et territorial. Les ententes (paragraphe 13.6.1) obligent la Première nation et les deux gouvernements à négocier une entente sur l'administration de la justice. Une fois cette entente négociée, la Première nation exercerait son pouvoir en matière d'administration de la justice de manière à donner effet à l'entente. Jusqu'à la conclusion d'une entente — et dans le cas où les parties ne réussiraient pas à se mettre d'accord —, des règles provisoires (établies au paragraphe 13.6.4) régissent l'application des lois édictées par les Premières nations, la compétence des tribunaux et l'exécution des peines. Ces règles provisoires doivent être remplacées par une entente relative à l'administration de la justice, mais si une telle entente n'est pas conclue, elles cesseront de s'appliquer à l'expiration de la période de 10 ans (paragraphe 13.6.6). À ce moment-là, la Première nation exercera pleinement sa compétence en matière d'administration de la justice. En revanche, si une entente est alors en vigueur, il va de soi que la Première nation devra s'y conformer.

JUSTICIABILITÉ DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE

Une fois conclues les ententes sur l'autonomie gouvernementale, des différends de toutes sortes surgiront inévitablement quant à leur interprétation, leur application ou leur mise en oeuvre. Et même avant, il y aura des conflits sur l'étendue de la compétence gouvernementale autochtone et sur des

questions fiscales. Bon nombre de ces différends soulèveront des questions d'ordre juridique et, partant, ressortiront à la compétence des tribunaux fédéraux ou provinciaux (ou territoriaux). Or, à moins qu'on institue des juridictions spéciales pour connaître des aspects juridiques des ententes sur l'autonomie gouvernementale — ce qui serait constitutionnellement possible mais complexe —, ces différends seront soumis à des tribunaux canadiens. Leur charge de travail devrait s'en trouver sensiblement accrue et la mise en place de l'autonomie gouvernementale suscitera à coup sûr de nouveaux défis juridiques pour eux. Il conviendrait donc de mettre sur pied, dès à présent, à l'intention de la magistrature, des programmes de formation permanente dans le domaine des droits ancestraux et issus de traités, ainsi que des programmes visant à favoriser le recrutement de juges autochtones.

Dans le contexte plus large du règlement des différends, nous prévoyons que les conflits qui surgiront durant la période de transition se présenteront tant au sein de la communauté autochtone qu'à l'extérieur de celle-ci. Les différends internes opposent des citoyens des collectivités autochtones, ou encore des citoyens et des gouvernements autochtones. Ils peuvent être de nature pénale ou civile (et notamment familiale), et ils supposent l'établissement, dans les arrangements sur l'autonomie gouvernementale, de mécanismes de règlement des différends au sein de la collectivité. Les différends externes, quant à eux, sont ceux qui opposent des citoyens de la communauté autochtone et des gouvernements non autochtones, ou encore des gouvernements autochtones et des gouvernements non autochtones. Sans doute les peuples autochtones souhaiteront-ils se donner des systèmes judiciaires qui statueront sur les relations internes entre leurs citoyens résidant sur leurs territoires, et dans certains cas les non-résidents et les visiteurs (le cas du Yukon en est du reste un exemple). Il y a lieu, cependant, d'essayer de prévoir dès maintenant de quelle façon les différends externes seront résolus.

Jusqu'ici, tous les différends qui ont surgi entre des peuples autochtones et des gouvernements ont été soumis aux tribunaux canadiens. Mais comme les problèmes seront plus complexes et plus spécialisés pendant la négociation ou la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale, le recours aux tribunaux canadiens ne saurait constituer la solution la plus rentable pour le règlement de ces différends³³. On a par ailleurs mis en doute l'opportunité de leur confier le règlement des différends entre des peuples autochtones et le gouvernement, à cause du caractère interculturel de ces différends et du fait que les tribunaux ne reflètent pas la culture autochtone, ni même un rapport de forces égal

entre autochtones et non-autochtones au sein de la société canadienne³⁴. Pour notre part, nous estimons préférable d'établir des mécanismes visant à faciliter le règlement des différends sans recours aux tribunaux judiciaires, dans un cadre d'où sont exclus l'antagonisme et le formalisme, en faisant appel à des médiateurs, des arbitres et des conseillers qui sont bien au fait de l'entente sur l'autonomie gouvernementale et des usages autochtones. Il serait opportun de soumettre à des tribunaux non judiciaires les différends qui naîtront durant les négociations et la mise en oeuvre des ententes. L'intervention d'un tribunal formé par exemple d'experts dans le domaine serait en outre intéressante du point de vue du rapport coût-efficacité et de la rapidité, et elle favoriserait le respect des différentes traditions culturelles et juridiques des parties. Un tel tribunal pourrait être mis sur pied soit dans le cadre d'une entente sur l'autonomie gouvernementale, soit par un accord-cadre prévoyant des négociations sur l'autonomie gouvernementale.

Les Premières nations du Yukon, dans les ententes relatives à leurs revendications territoriales, ont établi des mécanismes de règlement des différends axés sur la médiation et la négociation. Les ententes sur leur autonomie gouvernementale précisent, au paragraphe 24.0, que ces mécanismes peuvent être utilisés dans le cas des différends ayant trait à ces ententes. Il s'agit d'une solution très intéressante, qui pourrait être reprise dans d'autres ententes.

S'il est possible de recourir à diverses formules non judiciaires de règlement des différends³⁵ pour faciliter les négociations sur l'autonomie gouvernementale et la mise en oeuvre des ententes à ce sujet, des problèmes juridiques se présenteront inévitablement de temps à autre, qui devront être tranchés par les tribunaux judiciaires. On peut présumer que le tribunal canadien saisi d'un différend concernant l'étendue de l'autonomie gouvernementale ou d'autres questions juridiques connexes abordera cette tâche en interprétant la Constitution dans le même esprit que dans les causes portant sur les droits garantis par la Charte (une interprétation large et libérale, fondée sur les buts visés par les textes en cause). Cela signifie qu'il examinerait le but visé par l'instauration de l'autonomie gouvernementale et tiendrait compte de la nécessité de respecter les droits ancestraux et issus de traités qui sont protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le fait que les peuples autochtones se trouvent en situation de vulnérabilité dans leurs rapports avec la Couronne, étant donné que celle-ci est plus puissante sur le plan politique et qu'elle dispose de ressources supérieures, amènerait par ailleurs le tribunal à examiner la conduite du gouvernement dans ses relations avec les

peuples autochtones, pour vérifier s'il s'est pleinement acquitté de ses obligations en tant que fiduciaire.

FINANCEMENT DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE

Pour prendre tout leur sens, l'autonomie gouvernementale et les compétences autochtones doivent s'appuyer sur un financement adéquat. Cela signifie que les gouvernements autochtones devraient avoir accès aux mêmes moyens que les autres gouvernements : perception d'impôts et de taxes, transferts de la part des autres ordres de gouvernements, emprunts lorsque c'est nécessaire. Toutes ces choses devraient être précisées dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale.

Taxation

La *Loi constitutionnelle de 1867* (qui est absolument silencieuse sur la question des gouvernements autochtones) confère des pouvoirs de taxation au Parlement fédéral et aux assemblées législatives provinciales. Elle distingue la taxation directe et la taxation indirecte. Les taxes et impôts directs sont ceux que la personne assujettie ne peut normalement pas «refiler» à une autre personne. Sont considérés comme de la taxation directe l'impôt sur le revenu, l'impôt foncier et les taxes de vente (à la condition que la taxe soit exigée du consommateur, et non du vendeur). Les taxes indirectes sont celles que la personne assujettie peut normalement se faire rembourser d'une manière telle qu'il est difficile d'identifier les personnes qui au bout du compte se trouvent à les payer. Les droits de douane et les taxes d'accise relèvent de la taxation indirecte, puisqu'on s'attend à ce que l'importateur ou le fabricant les inclue dans le prix qu'il demande pour le produit importé ou fabriqué et que c'est au bout du compte le consommateur qui devra en supporter le coût.

Selon la *Loi constitutionnelle de 1867*, les provinces n'ont d'une manière générale le droit de prélever que des taxes et impôts directs : on a estimé qu'elles ne devraient pas être autorisées à exporter le fardeau de leurs taxes aux résidents d'autres provinces, le Parlement fédéral étant en revanche autorisé à recourir à la taxation tant indirecte que directe³⁶. Comme les deux ordres de gouvernement ont le pouvoir de percevoir des taxes et impôts directs, le contribuable se voit souvent placé dans la situation où il doit payer des impôts à deux gouvernements. Dans le cas de l'impôt sur le revenu des particuliers, le gouvernement fédéral a conclu des accords avec neuf des 10 provinces, en

vertu desquels il accepte de percevoir la part provinciale de l'impôt, les provinces s'engageant quant à elles à utiliser la même assiette fiscale que celle de l'impôt fédéral. Cela évite au contribuable d'avoir à produire deux déclarations d'impôts avec des renseignements et des calculs différents.

Des impôts sont également prélevés à l'échelon municipal, en vertu des pouvoirs délégués aux municipalités par les provinces ou les territoires. L'impôt municipal le plus courant est l'impôt sur les immeubles.

La solution la plus logique, en ce qui concerne les pouvoirs de taxation des autochtones, consisterait à conférer aux peuples autochtones les mêmes pouvoirs que ceux dont disposent les provinces en matière de taxation directe. Ce n'est pourtant pas ce qui se passe dans le cas des bandes régies par la *Loi sur les Indiens*, qui, selon l'alinéa 83(1)a) de cette loi, ont le pouvoir de percevoir des impôts fonciers semblables à ceux que prélèvent les municipalités, sous réserve de l'approbation du ministre des Affaires indiennes. La *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte* confère un pouvoir de taxation analogue au pouvoir prévu par la *Loi sur les Indiens*, mais sans exiger l'approbation du ministre.

Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon, au paragraphe 14.0, confèrent aux Premières nations non seulement le pouvoir de prélever des impôts fonciers, mais aussi celui de prélever des impôts directs auprès de leurs citoyens, sur le territoire visé par le règlement. Elles prévoient cependant que les Premières nations concluront des ententes fiscales avec le gouvernement du Yukon, de façon qu'il y ait un partage de l'«espace» fiscal et une coordination générale entre les systèmes fiscaux des deux gouvernements. C'est seulement en vertu de ces ententes intergouvernementales que les premières nations obtiendraient le pouvoir de lever d'autres impôts ou taxes que l'impôt foncier auprès des non-autochtones (personnes physiques et morales) qui se trouvent sur le territoire visé par le règlement. Aucune entente sur le partage fiscal relatif au territoire du Yukon n'a encore été conclue; de telles ententes pourraient toutefois prévoir, par exemple, l'établissement d'un organisme unique chargé de la perception des impôts institués par le Yukon et par la Première nation, ou encore préciser les taux d'imposition fixés par chaque gouvernement, de façon que les obligations relatives aux déclarations fiscales et le fardeau total de la fiscalité demeurent dans des limites raisonnables et prévisibles³⁷.

Paiements de transfert

Même en jouissant de pleins pouvoirs en matière de taxation directe, la plupart des collectivités autochtones ne disposeront pas de l'assiette fiscale qui leur permettrait de percevoir des recettes suffisantes pour fournir les services auxquels sont en droit de s'attendre des citoyens du Canada. C'est du reste le cas des provinces «pauvres» et des deux territoires, qui sont des bénéficiaires nets des paiements de transfert fédéraux. Voici le texte du paragraphe 36(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables.

Cette disposition fixe une norme relative aux paiements de transfert fédéraux aux provinces, mais elle n'apporte aucune précision en ce qui concerne les territoires, ou les gouvernements autochtones.

Lors des pourparlers qui devaient aboutir à l'Accord de Charlottetown, les organisations autochtones ne sont pas parvenues à faire modifier le paragraphe 36(2) de façon à ce que son application soit étendue aux gouvernements autochtones. L'Accord prévoyait plutôt (article 50) que la question du financement de l'autonomie gouvernementale serait réglée dans un accord politique ultérieur. Cet accord politique «engagerait [...] les gouvernements fédéral et provinciaux à l'égard du principe consistant à fournir aux gouvernements autochtones les ressources financières et autres, telles que fonds de terre, pour les aider à diriger leurs propres affaires». L'Accord de Charlottetown (à l'article 50 toujours) précisait explicitement que les gouvernements autochtones devaient être capables de «fournir des services publics essentiels de niveau raisonnablement comparable à ceux offerts aux autres Canadiens dans les environs». On y reconnaissait donc explicitement le principe que les paiements de transfert aux gouvernements autochtones devaient être suffisants pour permettre à ces derniers de fournir des services publics d'une qualité semblable à ceux que fournissent les autres ordres de gouvernement. Cette norme devrait se retrouver dans les ententes financières conclues avec les peuples autochtones.

L'exemple du Yukon

Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon, dont les clauses ont été établies avant l'Accord de Charlottetown, obligent le Canada (paragraphe 16.0) à négocier un «accord de transfert financier en matière d'autonomie gouvernementale» avec chaque Première

nation, «en vue de [lui] fournir [...] les ressources qui lui permettront d'assurer des services publics à des niveaux raisonnablement comparables à ceux qui ont généralement cours au Yukon et ce, également à des niveaux d'imposition raisonnablement comparables». Les termes utilisés sont manifestement inspirés du paragraphe 36(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la mention du Yukon (ainsi que d'autres dispositions, en particulier le paragraphe 16.4.4) invite les négociateurs à penser à la formule utilisée pour le financement du gouvernement du Yukon. Le financement des gouvernements des Premières nations proviendrait inévitablement, en partie, des transferts existants dont bénéficie le gouvernement du Yukon, du fait que des services qui étaient fournis par le Yukon le seront dorénavant par la Première nation. Mais les ententes sur l'autonomie gouvernementale prévoient (paragraphe 18.1) que la diminution du financement accordé par le fédéral au Yukon ne doit pas être importante au point d'entraîner une quelconque réduction de l'étendue ou de la qualité des services fournis par le Yukon à ses résidents non autochtones.

Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon comportent des clauses (paragraphe 24) qui s'appliquent dans le cas où on ne parviendrait pas à s'entendre sur les modalités de l'accord de transfert financier en matière d'autonomie gouvernementale. Dans cette éventualité, l'une ou l'autre des parties peut soumettre la question au mécanisme de médiation prévu par l'entente sur les revendications territoriales; en cas d'échec de cette médiation, le différend peut être soumis à une procédure d'arbitrage, elle aussi prévue par l'entente sur les revendications territoriales.

Les questions relatives aux compétences doivent être réglées dans une entente sur l'autonomie gouvernementale, mais seul le financement adéquat de cette autonomie peut garantir que le gouvernement autochtone deviendra opérationnel. Le modèle retenu au Yukon montre une des voies possibles, et il ne fait aucun doute que la pleine mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale suppose une combinaison de pouvoirs de taxation et de paiements de transfert.

STATUT DES ENTENTES SUR L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE

Protection contre les modifications unilatérales

Il était prévu dans l'Accord de Charlottetown (article 46) que les ententes sur l'autonomie gouvernementale entraîneraient la création de droits issus de traités visés par la protection

constitutionnelle établie au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Du fait du paragraphe 35(1), et aussi par suite de la reconnaissance expresse du droit inhérent, les gouvernements autochtones auraient formé au sein de la fédération canadienne un «ordre de gouvernement» protégé par la Constitution. Le rejet de l'Accord de Charlottetown signifie que ces dispositions ne figurent pas dans la Constitution. Sous le régime de la Constitution actuelle, sans les modifications prévues par cet accord, quelle est donc la portée juridique des ententes sur l'autonomie gouvernementale?

Une entente sur l'autonomie gouvernementale faisant partie d'un accord sur des revendications territoriales serait bien sûr protégée constitutionnellement en vertu de l'article 35. L'entente ne faisant pas partie d'un semblable accord serait, du moins dans la mesure où elle ne comporte aucune stipulation contraire, un traité moderne, lui aussi protégé constitutionnellement en vertu de l'article 35. Il ne fait pas de doute que l'«échange de promesses solennelles» est un traité, même s'il n'emporte aucune cession de terres³⁸. Par ailleurs, il ressort clairement du paragraphe (3) de l'article 35 que ce dernier s'applique aux traités postérieurs à 1982; la mention au paragraphe (3) des «accords sur des revendications territoriales» n'exclut pas les autres types de traités modernes. Il s'ensuit qu'une entente sur l'autonomie gouvernementale entraînerait la création de «droits issus de traités» faisant l'objet de la protection constitutionnelle conférée par l'article 35. Cela signifie que les tribunaux jugeraient inconstitutionnelle toute tentative du Parlement du Canada ou d'une assemblée législative provinciale (ou territoriale) visant à modifier les clauses d'une entente sur l'autonomie gouvernementale sans le consentement de la Première nation concernée.

La politique actuelle du gouvernement du Canada consiste à refuser d'assimiler les ententes sur l'autonomie gouvernementale à des traités. Cette politique, inconciliable avec la mise en oeuvre efficace de l'autonomie gouvernementale, doit être réexaminée. Les ententes finales avec une Première nation du Yukon stipulent que les ententes sur l'autonomie gouvernementale ne doivent pas être considérées comme entraînant la création de droits issus de traités visés à l'article 35. La politique du gouvernement fédéral, antérieure à l'Accord de Charlottetown, était fondée sur l'espoir qu'il serait possible de préciser la nature constitutionnelle de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones dans une modification constitutionnelle globale. L'échec de l'Accord de Charlottetown ayant annihilé cet espoir, nous pensions qu'il entraînerait l'abandon de la politique en question. Mais cela ne s'est pas produit : elle est toujours en vigueur. Le refus d'assimiler les ententes

sur l'autonomie gouvernementale à des traités a été consacré par l'insertion, dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale (ou, dans le cas du Yukon, dans une entente sur les revendications territoriales qui comprend ou prévoit une entente sur l'autonomie gouvernementale), d'une clause dans laquelle le gouvernement fédéral et la Première nation concernée reconnaissent que l'entente sur l'autonomie gouvernementale ne doit pas entraîner la création de droits issus de traités au sens de l'article 35. On estime que ce type de clause fait effectivement en sorte que de telles ententes ne peuvent être assimilées à des traités au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Une entente sur l'autonomie gouvernementale que les parties ont expressément convenu de ne pas considérer comme un traité peut tout de même faire l'objet d'une protection constitutionnelle. C'est que l'article 35 protège les droits ancestraux des peuples autochtones aussi bien que leurs droits issus de traités, et que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un tel droit ancestral. Il est donc permis de conclure que les ententes sur l'autonomie gouvernementale donnent une forme et une structure au droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale. Mais ce ne sont pas elles qui en sont à l'origine, puisqu'il est inhérent. Les ententes sont nécessaires, parce que, au XX^e siècle, les gouvernements autochtones doivent coexister avec des gouvernements fédéral et provinciaux (ou territoriaux); ces textes établissent, entre autres choses, des règles mutuellement acceptables destinées à régir la relation entre les trois ordres de gouvernement. Il n'en demeure pas moins, cependant, que la Première nation qui adopte des lois et exerce d'autres pouvoirs relevant de l'autonomie gouvernementale exerce un pouvoir inhérent qui est protégé par l'article 35. Si tel est bien le cas, toute tentative de la part du Parlement du Canada ou de l'assemblée législative d'une province (ou d'un territoire) en vue de modifier les clauses d'une entente sur l'autonomie gouvernementale sans le consentement de la Première nation concernée serait jugée inconstitutionnelle par les tribunaux.

Nous arrivons donc à la conclusion que les ententes sur l'autonomie gouvernementale que les parties ont expressément refusé d'assimiler à des traités peuvent malgré tout être protégées par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à titre d'expression des droits ancestraux des peuples autochtones. C'est à notre avis une autre raison qui devrait amener le gouvernement fédéral à reconsidérer sa politique en la matière. Il ne sert en effet à rien de ne pas les assimiler à des traités si, de toute façon, le droit à l'autonomie gouvernementale, tel qu'il est élaboré par les ententes, jouit d'une protection constitutionnelle. Nous avons déjà mentionné que le gouvernement fédéral aurait préféré (à juste titre, sans doute) une modification constitutionnelle générale portant sur l'autonomie

gouvernementale — solution à laquelle on semblait du reste être parvenu à Charlottetown, mais qui paraît maintenant hors de portée. Dans ces conditions, le mieux est sans doute de reconnaître que les ententes sur l'autonomie gouvernementale constituent bel et bien des «traités». Ainsi, l'ordre de gouvernement autochtone bénéficiera de la protection constitutionnelle inscrite dans l'article 35. Il serait dès lors impossible au Parlement fédéral d'apporter unilatéralement des modifications à une entente sur l'autonomie gouvernementale³⁹; les modifications devraient être faites selon la procédure prévue à cette fin dans l'entente, qui exigerait de toute évidence le consentement de la Première nation concernée.

Application aux tiers

Même lorsque l'autonomie gouvernementale d'un peuple autochtone jouit de la protection constitutionnelle établie à l'article 35 — soit parce qu'elle repose sur un traité, soit parce qu'elle représente l'exercice d'un droit ancestral —, il est souhaitable que le Parlement du Canada, et peut-être aussi l'assemblée législative provinciale (ou territoriale), adopte un texte de loi relatif à la mise en oeuvre de l'entente implicite sur l'autonomie gouvernementale. (C'est également vrai dans le cas des ententes sur des revendications territoriales⁴⁰.) L'adoption d'un texte législatif permet d'avoir la certitude que l'entente sur l'autonomie gouvernementale (et, partant, tous les pouvoirs du gouvernement autochtone) a force obligatoire pour les tiers. Sans texte législatif, les personnes (physiques ou morales) non autochtones auxquelles une loi autochtone s'applique pourraient faire valoir qu'elles n'étaient pas tenues de s'y conformer, parce qu'elles n'étaient pas parties à l'entente dans laquelle a été définie la portée du pouvoir législatif du gouvernement autochtone. L'adoption d'un texte de loi empêche le recours à cet argument, puisqu'un tel texte a de toute évidence force obligatoire pour les non-autochtones comme pour les autochtones (sous réserve de l'article 35)⁴¹.

LIMITES DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE AUTOCHTONE

Comme les autres gouvernements modernes, les gouvernements autochtones sont soumis à des limitations de différents types. Ces limitations sont externes et internes. Dans la catégorie des limitations externes figurent la *Charte canadienne des droits et libertés* et les normes internationales établies en matière de droits de la personne. Dans la catégorie des limitations internes, on peut citer

celles qui sont imposées par les constitutions et les lois des peuples autochtones eux-mêmes, qui doivent prévoir l'existence de mécanismes favorisant l'équilibre des pouvoirs : procédures relatives au contrôle financier et à l'obligation de rendre des comptes, normes en matière de conflits d'intérêts, éthique des fonctionnaires... Certains de ces mécanismes internes sont peut-être, en un certain sens, étrangers aux cultures et aux traditions autochtones, mais les notions de devoir public et de responsabilité publique sont essentielles au bon gouvernement, surtout dans une période de transition entre le régime de la *Loi sur les Indiens* et l'instauration de l'autonomie gouvernementale. À notre époque, l'établissement de règles relatives à la responsabilité financière et aux conflits d'intérêts forme la base même d'un gouvernement responsable, obligé de rendre compte de son action⁴².

Charte canadienne des droits et libertés

Les leaders autochtones, en particulier ceux des Premières nations, ont exprimé des réserves au sujet de l'application de la Charte aux gouvernements autochtones. Ces réserves tiennent à deux raisons. Tout d'abord, la Charte a été conçue sans la participation ni le consentement des peuples autochtones, et elle ne s'accorde pas avec leur culture, leurs valeurs et leurs traditions. Ensuite, la Charte suppose que les conflits relatifs aux droits fondamentaux doivent être réglés devant les tribunaux canadiens, selon une procédure fondée sur la notion d'antagonisme. Or, on pense que cette formule de règlement des différends risque de saper les méthodes autochtones de règlement des conflits, que l'on commence seulement à réhabiliter. Par contre, certaines organisations de femmes autochtones, telle la Native Women's Association of Canada, font valoir avec force que la Charte doit s'appliquer à tous les gouvernements autochtones, afin de garantir le respect des normes établies en matière de droits de la personne.

Le dialogue se poursuit sur cette question. Mais, pour de nombreux autochtones, l'application de la Charte est carrément inopportune parce que ce texte ne reflète ni les valeurs autochtones, ni les mécanismes autochtones de règlement des différends. Cela ne veut pas dire que les autochtones ne se soucient aucunement du respect des droits individuels et de la sécurité des personnes sous le régime de gouvernements autochtones. L'opposition tient davantage aux quatre raisons suivantes : la Charte fait passer les garanties juridiques qui y sont énoncées avant les droits sociaux et économiques qui n'y sont pas garantis; l'accent y est mis davantage sur les droits que sur les responsabilités; on n'y accorde pas beaucoup d'importance aux droits collectifs; les mécanismes d'application de la Charte sont axés

sur l'action en justice. Voilà quelques-unes des caractéristiques de la Charte qui sont étrangères à nombre de collectivités autochtones. La solution réside peut-être, comme nous l'expliquons plus loin, dans l'élaboration d'une Charte autochtone (ou de plusieurs chartes autochtones), qui pourrait exister parallèlement à la Charte canadienne.

Article 32

Il n'est pas facile de savoir dans quelle mesure exactement les gouvernements autochtones sont assujettis à la Charte. L'article 32 énonce que celle-ci s'applique «au Parlement et au gouvernement du Canada» et «à la législature et au gouvernement de chaque province». La Cour suprême a déclaré que cette énumération des institutions assujetties à la Charte est exhaustive⁴³. L'article 32 n'envisage pas l'existence d'un ordre de gouvernement autochtone. C'est la raison pour laquelle le projet de texte juridique de l'Accord de Charlottetown proposait (à l'article 26) que l'article 32 soit modifié de façon qu'il y soit expressément déclaré que la Charte s'applique également «à tous les corps législatifs et gouvernements des peuples autochtones du Canada».

Malgré le silence de l'article 32 au sujet des gouvernements autochtones, il est probable que les tribunaux arriveraient à la conclusion que ces gouvernements sont assujettis à la Charte⁴⁴. Ce serait certainement le cas lorsque c'est un texte de loi qui a créé les institutions concrétisant l'autonomie gouvernementale ou leur a conféré leurs pouvoirs, du fait que la Charte s'applique à tous les organismes exerçant des pouvoirs conférés par des dispositions législatives⁴⁵. Quand les institutions par le truchement desquelles s'exerce l'autonomie gouvernementale ont été créées par le peuple autochtone et que leurs pouvoirs découlent d'une entente sur l'autonomie gouvernementale, la source des pouvoirs relatifs à l'autonomie gouvernementale est probablement un droit issu d'un traité (si l'entente sur l'autonomie gouvernementale est assimilée à un traité) ou un droit ancestral (droit inhérent à l'autonomie gouvernementale), ou les deux à la fois. Mais même dans ce cas, comme nous l'avons signalé, l'entente sur l'autonomie gouvernementale doit être complétée par un texte législatif afin qu'il soit établi clairement qu'elle a force obligatoire pour les tiers. La loi en vertu de laquelle l'entente sur l'autonomie gouvernementale est mise en application constitue sans doute alors une participation suffisante du Parlement du Canada pour entraîner l'application de la Charte.

Article 25

Si l'on présume que la Charte est applicable aux gouvernements autochtones, il faut se demander quel est l'effet de l'article 25, suivant lequel le fait que la Charte garantit certains droits et libertés «ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada». L'article 25 a pour principal objet de préciser que l'interdiction de la discrimination raciale à l'article 15 de la Charte n'a pas pour effet de supprimer les droits ancestraux ou issus de traités que possèdent une catégorie de personnes définie en fonction de la culture ou de la race. En d'autres mots, il vise à protéger les peuples autochtones contre une diminution de leurs droits (ancestraux ou issus de traités) dans les situations où des non-autochtones pourraient contester le statut et les droits particuliers dont jouissent les autochtones en invoquant les garanties relatives à l'égalité. Mais comme les rédacteurs de la Charte n'ont pas envisagé la création de gouvernements autochtones, il est difficile de dire dans quelle mesure les tribunaux pourraient conclure que l'article 25 soustrait à l'application de la Charte l'exercice par les autochtones de l'autonomie gouvernementale.

À notre avis, les tribunaux ne concluraient vraisemblablement pas que l'article 25 donne aux gouvernements autochtones une immunité totale face à la Charte, même lorsque les pouvoirs exercés par ces gouvernements découlent d'un traité ou d'un droit ancestral (le droit inhérent). Il demeure néanmoins vraisemblable que certaines de leurs actions échapperaient à l'application de la Charte en vertu de l'article 25, et que les tribunaux interpréteraient la Charte en respectant et en prenant en compte la culture et les traditions des autochtones. Les gouvernements autochtones pourraient être soustraits à l'application de la Charte quand, par exemple, ils prennent des mesures en vue de mettre en oeuvre ou de régler des droits — ancestraux ou issus de traités — qui ont trait à la cueillette, à la chasse, à la pêche ou à la gestion des terres et des ressources autochtones. Dans ce cas, en effet, les autorités autochtones invoquent non seulement un droit relatif à la fonction gouvernementale mais également un autre droit, ancestral ou issu de traités.

Les tribunaux arriveraient sans doute à des interprétations de la Charte compatibles avec les cultures et les traditions autochtones dans les situations où des normes différentes s'appliquent et où cette différence est intimement liée à une politique fondée sur la culture de la collectivité autochtone. Dans le cas, par exemple, où serait institué à l'égard des jeunes délinquants un système de justice autochtone dans lequel on ne met pas un avocat à la disposition des «inculpés», conclurait-on à

l'inconstitutionnalité à cause de cette atteinte aux garanties juridiques établies en faveur des inculpés? Dans la mesure où le système de justice en cause est conforme à la culture et aux traditions autochtones, l'article 25 empêcherait que de telles pratiques soient attaquées au nom des valeurs exprimées dans les garanties juridiques énoncées dans la Charte. Autrement dit, on donnerait à ces garanties une nouvelle interprétation, à la lumière de la culture et des traditions autochtones.

L'important, c'est que l'application de la Charte, compte tenu de l'article 25, ne devrait pas obliger les gouvernements autochtones à suivre les politiques des gouvernements fédéral et provinciaux ni à imiter leur style de gouvernement. L'article 25 permet aux gouvernements autochtones d'élaborer des programmes et des lois qui sont différents, pour des raisons culturelles légitimes, et de convaincre les tribunaux que ces raisons sont valables, dans le cas d'une contestation fondée sur la Charte. L'article 25 donnerait aux gouvernements autochtones la possibilité de protéger, de préserver et de promouvoir l'identité de leurs citoyens par le truchement d'institutions, de normes et de pratiques gouvernementales tout à fait particulières.

Chartes des droits autochtones

Les incertitudes dont nous avons fait état quant à l'application de la Charte aux gouvernements autochtones seraient atténuées si les autochtones se donnaient leurs propres chartes des droits. Étant donné les différences culturelles des collectivités autochtones et la nécessité de rompre la tradition suivant laquelle on leur impose des normes et des instruments juridiques, ce sont les peuples autochtones eux-mêmes qui devraient définir les restrictions touchant les pouvoirs de leurs gouvernements. Les autochtones ont discuté de la possibilité d'instituer des chartes parallèles qui, du point de vue de leur application aux gouvernements autochtones, remplaceraient la Charte canadienne ou coexisteraient avec elle.

Il faut bien reconnaître que l'élaboration d'une charte autochtone unique serait très ardue, en raison de la diversité des peuples autochtones. Il y en aurait vraisemblablement plusieurs. Nous ne devons pas oublier, par ailleurs, qu'il serait extrêmement difficile (voire impossible) d'obtenir les modifications à la Constitution du Canada qui seraient nécessaires pour que ces chartes autochtones remplacent en quelque sorte la Charte canadienne, à l'égard des autochtones. C'est pourquoi nous recommandons que chaque groupe métis, inuit ou appartenant aux Premières nations élabore ses propres dispositions en matière de droits de la personne dans le cadre de sa propre constitution. Ces

dispositions assureraient la protection des droits jugés primordiaux dans chaque collectivité; elles pourraient également prévoir les mécanismes de règlement des éventuels différends en matière de droits de la personne. En l'absence d'une modification constitutionnelle, ces dispositions ne pourraient supplanter complètement la Charte canadienne, mais elles seraient prises en compte par les tribunaux, qui seraient alors plus susceptibles (vu l'article 25) de respecter les lois adoptées et les décisions prises par un gouvernement autochtone dans le cadre de sa constitution.

CONCLUSION

Pour que l'autonomie gouvernementale des autochtones devienne un jour réalité, il faudra de la coopération, de l'imagination et de la volonté politique. Mais selon nous, il existe très peu de véritables obstacles constitutionnels à la réalisation de cette autonomie en droit constitutionnel canadien. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitue le fondement sur lequel les peuples autochtones et le gouvernement peuvent établir des ententes relatives à l'autonomie gouvernementale qui seront protégées par la Constitution.

De nombreuses raisons militent en faveur de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones du Canada. Sur le plan juridique, les possibilités de litiges dans ce domaine sont très nombreuses et, dans la plupart des cas, le résultat demeure imprévisible. Les enjeux sont complexes et les procédures judiciaires sont longues et dispendieuses⁴⁶. En outre, la solution qui se dégage à l'issue d'un litige consiste habituellement dans la poursuite des négociations : il n'est jamais arrivé aux tribunaux d'imposer une entente aux parties, et peut-être cela leur était-il impossible vu la nature des intérêts des tiers qui étaient en jeu dans certains cas. Chose certaine, toutes les parties ont intérêt à entamer des négociations qui leur permettront d'arriver à une entente fondée sur des raisonnements ne se limitant pas à la doctrine juridique et aux solutions de nature constitutionnelle. Une telle entente permettra d'obtenir la certitude dont l'absence se fait sentir d'une manière tellement évidente dans le droit relatif aux droits autochtones. La conclusion d'ententes sur l'autonomie gouvernementale suppose une modification sensible de la politique du gouvernement et l'établissement de nouvelles priorités visant au rétablissement des relations entre les peuples autochtones et le gouvernement fédéral, ainsi que les gouvernements provinciaux et territoriaux⁴⁷.

Le gouvernement devra repenser bon nombre de ses politiques relatives aux autochtones s'il veut faciliter le processus de négociation. Certaines politiques qui témoignent de l'attitude du

gouvernement à l'égard des peuples autochtones avant l'Accord de Charlottetown doivent être revues et remplacées par des politiques qui s'accordent mieux avec l'engagement de mettre en oeuvre le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. L'exemple du Yukon, bien qu'il ne soit pas nécessairement utile pour tous les peuples autochtones, mérite qu'on l'étudie soigneusement, non seulement en raison des solutions innovatrices qu'il contient en matière de compétences et de financement, mais aussi parce qu'il présente certains problèmes, notamment le fait que les droits établis dans les ententes ne jouissent pas de la protection accordée aux traités.

Nos conclusions, en ce qui a trait à la mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, peuvent être résumées de la façon suivante :

1. Il ne faut pas que l'échec de l'Accord de Charlottetown interrompe la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale des autochtones. En fait, le remarquable consensus atteint à Charlottetown quant à la nature du droit inhérent et quant à la façon dont il convient de procéder pour qu'il puisse s'exprimer devrait encourager la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale.
2. Bon nombre des clauses de l'Accord de Charlottetown, et à coup sûr la reconnaissance du droit inhérent et l'énoncé contextuel, pourraient être incluses dans un accord politique entre les gouvernements et les organisations autochtones. L'accord en question pourrait constituer le cadre dans lequel se dérouleraient les négociations sur l'autonomie gouvernementale. Ce cadre pourrait viser globalement tous les peuples autochtones, ou comporter des volets distincts pour les Premières nations signataires de traités et pour les peuples autochtones non signataires de traités.
3. L'autonomie gouvernementale devrait être mise en oeuvre au moyen d'ententes sur l'autonomie gouvernementale conclues entre les gouvernements et les Premières nations. La conclusion d'ententes fera en sorte que les peuples autochtones n'auront pas à prendre d'initiatives unilatérales, qui risqueraient de susciter des différends et des litiges dont l'issue est imprévisible.
4. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale devraient comporter une liste des pouvoirs qui sont appropriés et nécessaires à l'exercice de la fonction gouvernementale par le peuple autochtone. Ces pouvoirs peuvent être exclusifs dans certains cas et concurrents dans d'autres. Certains d'entre eux peuvent être fondés sur une compétence personnelle relative à un peuple autochtone donné, d'autres sur une compétence territoriale relative au territoire d'un peuple autochtone. Une compétence relative aux situations d'urgence peut également s'avérer nécessaire.
5. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale doivent comporter des dispositions transitoires prévoyant l'application des lois d'application générale pendant la période initiale, avant qu'un peuple autochtone ait édicté ses lois et commencé à assumer les responsabilités prévues par l'entente.

6. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale doivent comporter des dispositions visant à régler les désaccords entre les lois d'un peuple autochtone et les lois d'application générale. Ces dispositions préciseront quels types de lois l'emportent en cas de conflit.

7. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale peuvent comporter des dispositions relatives à la coordination des politiques d'un peuple autochtone et des politiques des gouvernements fédéral ou provinciaux (ou territoriaux) dans les domaines où la compétence est concurrente. L'administration de la justice et la taxation sont deux domaines où le partage des ressources et une entente sur les politiques communes risquent d'être avantageux pour les peuples autochtones.

8. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale devraient préciser que les tribunaux sont compétents pour statuer sur les questions de droit que suscite leur interprétation ou leur application. On devrait prévoir, dans les ententes, notamment dans les ententes-cadres, d'autres mécanismes susceptibles d'être utilisés pour le règlement des différends relatifs au processus et à la mise en oeuvre du droit à l'autonomie gouvernementale.

9. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale doivent prévoir le financement adéquat des gouvernements autochtones par la taxation et par les transferts provenant des autres ordres de gouvernement.

10. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale doivent jouir d'une protection constitutionnelle, afin qu'elles ne puissent être modifiées unilatéralement par le Parlement fédéral ou une assemblée législative provinciale. Cela n'exige pas une modification constitutionnelle, puisque toute entente sur l'autonomie gouvernementale peut être considérée comme un traité moderne visé par la protection établie à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le gouvernement fédéral doit cesser de refuser d'assimiler à des traités les ententes sur l'autonomie gouvernementale.

11. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale, même si elles jouissent d'une protection constitutionnelle, devraient tout de même être mises en application par des textes législatifs fédéraux et peut-être provinciaux (ou territoriaux) afin qu'il soit bien clair que les clauses qu'elles renferment ont force obligatoire auprès des tiers qui n'y ont pas adhéré.

12. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique probablement aux gouvernements autochtones. Les tribunaux, néanmoins, concluraient sans doute qu'elle permet aux peuples autochtones d'appliquer des politiques fondées sur leur culture qui, tout en respectant les droits individuels, diffèrent des pratiques des gouvernements fédéral ou provinciaux.

13. Tous les peuples autochtones devront adopter des constitutions où seront établies les institutions qui exerceront les pouvoirs relevant de l'autonomie gouvernementale. Ces

constitutions pourront comporter une charte des droits adaptée aux valeurs et aux aspirations du peuple autochtone concerné. Toute charte autochtone devra jouir de l'appui du peuple autochtone et pourrait être interprétée parallèlement à la *Charte canadienne des droits et libertés*, à laquelle elle ne se substituerait cependant pas.

NOTES

Les auteurs tiennent à souligner l'appui de la Commission, qui les a en outre autorisés à publier cette étude de manière indépendante. Ils expriment également leur gratitude à Douglas Brown, David Hawkes, Paul Joffe, Patrick Monahan, Arthur Pape et Brian Slattery, qui leur ont communiqué leurs observations après avoir lu une version préliminaire de l'étude.

Peter W. Hogg est professeur de droit à Osgoode Hall (Université York). Il était l'un des conseillers juridiques de l'Assemblée des premières nations durant les négociations qui ont abouti à l'Accord de Charlottetown et il a fait fonction de conseiller auprès du Conseil des Indiens du Yukon sur les aspects constitutionnels des ententes sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale. Mary Ellen Turpel est professeur agrégé de droit à la Dalhousie Law School. Elle était l'avocate principale de l'Assemblée des premières nations lors des négociations qui ont conduit à l'Accord de Charlottetown; elle continue à conseiller les organisations des premières nations en matière de droits ancestraux et de droits issus de traités.

ANNEXE 1
EXEMPLE TIRÉ DES ENTENTES SUR L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE
DES PREMIÈRES NATIONS DU YUKON:
L'ENTENTE SUR L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE
DU CONSEIL DES TLINGITS DE TESLIN

PARTIE III
MESURES LÉGISLATIVES DU CONSEIL DES TLINGITS DE TESLIN

13.0 Pouvoirs législatifs

13.1 Le conseil des Tlingits de Teslin a le pouvoir exclusif d'édicter des textes législatifs portant sur les matières suivantes :

- 13.1.1 l'administration de ses affaires ainsi que son fonctionnement et sa régie interne;
- 13.1.2 la gestion et l'administration des droits ou avantages qui sont obtenus, conformément à l'entente définitive, par des personnes inscrites en vertu de cette entente, mais qui doivent être contrôlés par le conseil des Tlingits de Teslin;
- 13.1.3 les questions accessoires à ce qui précède.

13.2 Le conseil des Tlingits de Teslin a le pouvoir d'édicter des textes législatifs portant sur les matières suivantes au Yukon :

- 13.2.1 la fourniture de programmes et services destinés aux citoyens et se rapportant à leurs croyances et pratiques spirituelles et culturelles;
- 13.2.2 la fourniture de programmes et services destinés aux citoyens et se rapportant à leurs langues autochtones;
- 13.2.3 la prestation de soins médicaux et de services de santé aux citoyens, sauf l'agrément et la réglementation des services offerts à partir d'installations situées à l'extérieur des terres visées par le règlement;
- 13.2.4 la prestation de services sociaux aux citoyens, sauf l'agrément et la réglementation des services offerts à partir d'installations situées à l'extérieur des terres visées par le règlement;

- 13.2.5 la fourniture de programmes de formation destinés aux citoyens, sous réserve, s'il y a lieu, des exigences gouvernementales en matière d'agrément;
- 13.2.6 l'adoption par des citoyens ou l'adoption de citoyens;
- 13.2.7 la tutelle, la garde, la prise en charge et le placement des enfants des Tlingits de Teslin, sauf l'agrément et la réglementation des services offerts à partir d'installations situées à l'extérieur des terres visées par le règlement;
- 13.2.8 la fourniture de programmes et services d'éducation destinés aux citoyens qui choisissent d'en tirer parti, sauf l'agrément et la réglementation des services offerts à partir d'installations situées à l'extérieur des terres visées par le règlement;
- 13.2.9 les règles de transmission successorale, les testaments, les successions *ab intestat* et l'administration des successions des citoyens, y compris les droits et intérêts à l'égard des terres visées par le règlement;
- 13.2.10 les procédures, conformes aux principes de la justice naturelle, en vue de déterminer la capacité mentale des citoyens, y compris l'administration des droits et intérêts de ceux qui sont déclarés incapables de gérer leurs propres affaires;
- 13.2.11 la prestation de services aux citoyens en vue de résoudre des différends sans recourir aux tribunaux;
- 13.2.12 la célébration de mariages des citoyens;
- 13.2.13 l'attribution de permis à l'égard des matières énumérées aux articles 13.1, 13.2 et 13.3, en vue d'obtenir des recettes aux fins déterminées par le conseil des Tlingits de Teslin;
- 13.2.14 les questions nécessaires pour permettre au conseil des Tlingits de Teslin de s'acquitter des responsabilités que lui attribue l'entente définitive ou la présente entente;
- 13.2.15 les questions accessoires à ce qui précède.

13.3 Le conseil des Tlingits de Teslin a le pouvoir d'édicter des textes législatifs d'intérêt local ou privé, applicables sur les terres visées par le règlement, dans les matières suivantes :

- 13.3.1 l'utilisation, la gestion, l'administration, le contrôle et la protection des terres visées par le règlement;
- 13.3.2 l'attribution ou l'aliénation de droits et intérêts dans les terres visées par le règlement, y compris l'expropriation par le conseil des Tlingits de Teslin à des fins déterminées par celui-ci;
- 13.3.3 l'utilisation, la gestion, l'administration et la protection des ressources naturelles qui appartiennent au conseil des Tlingits de Teslin, qu'il contrôle ou à l'égard desquelles il a compétence;
- 13.3.4 la cueillette, la chasse, le piégeage ou la pêche ainsi que la protection du poisson et de la faune et de leurs habitats;
- 13.3.5 la réglementation ou l'interdiction de l'affichage, y compris l'installation d'enseignes et de panneaux publicitaires;
- 13.3.6 la délivrance de permis aux personnes et entités exerçant une entreprise, un métier, une profession ou toute autre activité ainsi que la réglementation applicable à ces personnes et entités;
- 13.3.7 la réglementation ou l'interdiction de jeux, sports, courses et concours athlétiques d'ordre public et autres amusements du même genre;
- 13.3.8 la réglementation de la construction, de l'entretien, de la réparation et de la démolition de bâtiments ou d'autres structures;
- 13.3.9 l'adoption de mesures préventives contre le surpeuplement des résidences ou d'autres bâtiments ou structures;
- 13.3.10 la réglementation de la salubrité des bâtiments ou propriétés;
- 13.3.11 l'aménagement, la mise en valeur et le zonage du territoire;
- 13.3.12 les couvre-feux, la prévention des atteintes à l'ordre public et la répression ou l'interdiction des nuisances;
- 13.3.13 la réglementation ou l'interdiction de la conduite et de l'utilisation de véhicules;
- 13.3.14 la réglementation ou l'interdiction du transport, de la vente, de l'échange, de la fabrication, de la fourniture, de la possession ou de la consommation de boissons alcoolisées;

- 13.3.15 l'établissement, l'entretien, la mise à disposition, l'exploitation ou la réglementation des installations et services locaux;
- 13.3.16 l'élevage et la possession d'animaux, notamment le bétail, la volaille, les animaux de compagnie et les oiseaux, ainsi que les soins destinés à ces animaux, la mise à la fourrière et la destruction des oiseaux et animaux maltraités ou errants, étant entendu que l'élevage du bétail et les soins destinés au bétail n'incluent pas l'élevage ou l'exploitation du gibier;
- 13.3.17 l'administration de la justice;
- 13.3.18 la réglementation ou l'interdiction de tout acte, activité ou entreprise qui constitue ou pourrait constituer une menace pour l'ordre public ou encore pour la paix ou la sécurité publique;
- 13.3.19 la réglementation ou l'interdiction de toute activité, situation ou entreprise qui constitue ou pourrait constituer une menace pour la santé publique;
- 13.3.20 la prévention de la pollution, la lutte contre celle-ci et la protection de l'environnement;
- 13.3.21 la réglementation ou l'interdiction de la possession ou de l'utilisation d'armes à feu, d'autres armes et d'explosifs;
- 13.3.22 la réglementation ou l'interdiction du transport de matières dangereuses;
- 13.3.23 toute question relative à la bonne administration des citoyens sur les terres visées par le règlement.

13.4 Pouvoirs en cas de situation d'urgence

- 13.4.1 En cas de situation d'urgence touchant un citoyen se trouvant en dehors des terres visées par le règlement, le gouvernement peut exercer à l'égard des matières énumérées à l'article 13.2 un pouvoir conféré par une loi d'application générale, même si un texte législatif du conseil des Tlingits de Teslin peut s'appliquer à cette situation d'urgence.
- 13.4.2 Dès que possible après avoir déterminé que la situation d'urgence concerne un citoyen, la personne agissant conformément à l'article 13.4.1 avise le conseil des Tlingits de Teslin des mesures prises et saisit du problème l'autorité compétente, le gouvernement cessant alors d'avoir le pouvoir d'agir conformément à l'article 13.4.1.

- 13.4.3 La personne agissant conformément à l'article 13.4.1 ne répond pas des actes qu'elle a accomplis de bonne foi parce qu'elle a raisonnablement cru qu'il fallait agir ainsi pour remédier à la situation d'urgence.
- 13.4.4 En cas de situation d'urgence touchant un non-citoyen se trouvant sur des terres visées par le règlement, le conseil des Tlingits de Teslin peut exercer à l'égard des matières visées à l'article 13.2 un pouvoir conféré par un texte législatif qu'il a édicté, même si une loi d'application générale peut s'appliquer à cette situation d'urgence.
- 13.4.5 Dès que possible après avoir déterminé que la situation d'urgence concerne un non-citoyen, la personne agissant conformément à l'article 13.4.4 fait part des mesures prises au gouvernement ou, lorsque la personne se trouvant dans une situation d'urgence est citoyen d'une autre Première nation du Yukon, en fait part à cette Première nation et saisit du problème l'autorité compétente, le conseil des Tlingits de Teslin cessant alors d'avoir le pouvoir d'agir conformément à l'article 13.4.4.
- 13.4.6 La personne agissant conformément à l'article 13.4.4 ne répond pas des actes qu'elle a accomplis de bonne foi parce qu'elle a raisonnablement cru qu'il fallait agir ainsi pour remédier à la situation d'urgence.
- 13.4.7 Par dérogation à la section 13.5.0, les lois d'application générale s'appliquent, en ce qui concerne les pouvoirs énumérés à l'article 13.3, à toute situation d'urgence qui se produit sur des terres visées par le règlement et qui a ou risque d'avoir des répercussions en dehors de ces terres.

13.5 Lois d'application générale

- 13.5.1 Sauf disposition contraire prévue par la présente entente, toutes les lois d'application générale continuent à s'appliquer au conseil des Tlingits de Teslin, à ses citoyens et aux terres visées par le règlement.
- 13.5.2 Le Canada et le conseil des Tlingits de Teslin entament des négociations en vue, dès que possible, de conclure une entente distincte ou d'apporter une modification à la présente entente indiquant les domaines où les textes législatifs du conseil des Tlingits de Teslin l'emportent sur les dispositions incompatibles des lois fédérales d'application générale.
- 13.5.2.1 Le Canada consulte le Yukon avant de mener à terme les négociations visées à l'article 13.5.2.
- 13.5.2.2 L'article 13.5.2 ne porte pas atteinte à la qualité du Yukon en tant que partie aux négociations ou ententes visées à la section 13.6.0 ou 17.0.

- 13.5.3 Sauf dans les cas prévus à la section 14.0, une loi du Yukon d'application générale est inopérante dans la mesure où elle traite d'une matière à l'égard de laquelle le conseil des Tlingits de Teslin a édicté un texte législatif.
- 13.5.4 Le Yukon consulte le conseil des Tlingits de Teslin avant de présenter à l'Assemblée législative une loi d'application générale qui, selon ses prévisions raisonnables, risque d'avoir des répercussions sur un texte législatif de ce conseil.
- 13.5.5 Le conseil des Tlingits de Teslin consulte le Yukon avant d'édicter un texte législatif qui, selon ses prévisions raisonnables, risque d'avoir des répercussions sur une loi du Yukon d'application générale.
- 13.5.6 Lorsqu'il est d'avis qu'un texte législatif édicté par le conseil des Tlingits de Teslin a rendu partiellement inopérante une loi du Yukon d'application générale et que ce texte modifierait excessivement le caractère de celle-ci ou la rendrait trop difficile à appliquer à l'égard du conseil des Tlingits de Teslin, des citoyens ou des terres visées par le règlement, le commissaire en conseil exécutif peut déclarer que cette loi du Yukon d'application générale cesse de s'appliquer totalement ou partiellement au conseil des Tlingits de Teslin, à ses citoyens ou aux terres visées par le règlement.
- 13.5.7 Avant de faire la déclaration visée à l'article 13.5.6,
- 13.5.7.1 le Yukon consulte le conseil des Tlingits de Teslin et indique des solutions — y compris des modifications aux mesures législatives du Yukon — qui, selon le Yukon, répondraient aux objectifs du conseil des Tlingits de Teslin;
 - 13.5.7.2 lorsque le Yukon et le conseil des Tlingits de Teslin conviennent, à l'issue de la consultation visée à l'article 13.5.7.1, de la nécessité de modifier la loi du Yukon d'application générale, le Yukon propose cette modification à l'Assemblée législative dans un délai raisonnable.

13.6 Administration de la justice

- 13.6.1 Les parties entament des négociations en vue de conclure une entente sur l'administration de la justice par le conseil des Tlingits de Teslin, conformément à l'alinéa 13.3.17.
- 13.6.2 Les négociations en matière d'administration de la justice portent sur les sujets suivants : les procédures de jugement, les recours civils, les sanctions (y compris les amendes, peines et emprisonnements) visant à assurer l'application des textes législatifs du conseil des Tlingits de Teslin, les poursuites judiciaires, les services correctionnels, le maintien de l'ordre, les rapports entre les tribunaux du

conseil des Tlingits de Teslin et les autres tribunaux ainsi que les autres questions de justice autochtone dont conviennent les parties.

13.6.3 Par dérogation aux autres dispositions de la présente entente, le conseil des Tlingits de Teslin ne peut exercer le pouvoir qu'il tient de l'article 13.3.17 avant l'expiration du délai prévu à l'article 13.6.6, à moins que les parties ne parviennent à une entente conformément aux articles 13.6.1 et 13.6.2.

13.6.4 Les règles suivantes s'appliquent jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 13.6.6 ou la conclusion d'une entente conformément aux articles 13.6.1 et 13.6.2:

13.6.4.1 le conseil des Tlingits de Teslin peut punir d'une amende maximale de 5 000 \$ et d'un emprisonnement maximal de six mois toute contravention à un texte législatif qu'il a édicté;

13.6.4.2 la Cour suprême du territoire du Yukon, la Cour territoriale du Yukon et la Cour des juges de paix ont compétence, dans l'ensemble du Yukon, pour statuer sur les litiges concernant les textes législatifs édictés par le conseil des Tlingits de Teslin, conformément à la compétence que les lois du Yukon attribuent à ces tribunaux; toutefois, la Cour territoriale du Yukon a compétence exclusive en première instance à l'égard des infractions créées par un texte législatif édicté par le conseil des Tlingits de Teslin;

13.6.4.3 les procureurs nommés par le Yukon exercent, conformément à la *Summary Convictions Act*, R.S.Y. 1986, c. 164 (*Loi sur les poursuites par procédure sommaire*) les poursuites auxquelles donnent lieu les infractions créées par un texte législatif du conseil des Tlingits de Teslin comme s'il s'agissait d'une infraction à un texte du Yukon;

13.6.4.4 les peines d'emprisonnement prononcées par la Cour territoriale du Yukon en application de l'article 13.6.4.1 sont purgées dans un établissement de correction conformément aux dispositions de la *Corrections Act*, R.S.Y. 1986, c. 36 (*Loi sur les services correctionnels*).

13.6.5 L'article 13.6.4 n'a pas pour effet d'interdire :

13.6.5.1 les pratiques coutumières consensuelles ou existantes du conseil des Tlingits de Teslin touchant l'administration de la justice;

13.6.5.2 les programmes et pratiques touchant l'administration de la justice, y compris les sanctions de substitution ou autres recours appropriés, dont conviennent les parties avant qu'une entente ne soit conclue conformément aux articles 13.6.1 et 13.6.2.

13.6.6 Les dispositions de l'article 13.6.4 sont provisoires. Elles cessent de s'appliquer à l'expiration d'un délai de cinq ans courant à partir de la date d'entrée en vigueur de la présente entente ou à la date d'entrée en vigueur de l'entente conclue conformément aux articles 13.6.1 et 13.6.2, si cette dernière entente entre en vigueur avant la présente entente. Si les parties ne peuvent, au cours de ces cinq ans, parvenir à une entente conformément aux articles 13.6.1 et 13.6.2, l'application des dispositions provisoires est prolongée jusqu'au 31 décembre 1999.

13.6.7 Le Canada prend en charge tous les frais nouveaux et additionnels que supporte le Yukon du fait de la mise en oeuvre des dispositions provisoires de l'article 13.6.4, conformément aux lignes directrices que doivent négocier le Yukon et le Canada.

1. Dans cette étude, l'expression «peuples autochtones» désigne collectivement les premières nations (les Indiens), les Inuit et les Métis. Quand il est question de négociations ou d'accords spécifiques, nous employons des termes plus précis.
2. Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution* (Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1993).
3. Déclaration du chef libéral Jean Chrétien à Saskatoon (Saskatchewan) le 8 octobre 1993, qui dévoilait la plate-forme du Parti libéral du Canada à l'égard des peuples autochtones. Le livre rouge du Parti libéral, (Parti libéral du Canada, *Pour la création d'emplois, pour la relance économique*, 1993, p. 2) contient plusieurs engagements d'une extrême importance, dont celui-ci : «L'action des libéraux aura pour principe que l'autonomie gouvernementale est un droit inhérent aux peuples autochtones et un droit issu des traités [au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*]».
4. Par exemple, nous ne traiterons pas des arguments fondés sur la relation du type «nation à nation» entre les peuples autochtones et la Couronne ou sur le droit et la spiritualité autochtones, ni de la notion d'autodétermination en droit international.
5. «Rapport du consensus sur la Constitution», Charlottetown, 28 août 1992, p. 14 [ci-après Rapport du consensus].
6. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Dans cet arrêt unanime de la Cour suprême du Canada, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont reconnu expressément le droit d'un membre de la bande indienne des Musqueams de pêcher le saumon dans le Fraser, «où ses ancêtres avaient pêché depuis des temps immémoriaux».
7. B. Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983) 8 *Queen's Law Journal* 232, p. 242. Voir également Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987) 66 *R. du B. can.* 314.

-
8. Seules des discussions politiques peuvent permettre de régler adéquatement les questions ayant trait à la compétence, au financement et à la coopération intergouvernementale. Dans le contexte constitutionnel, la logique juridique n'a pas un caractère suffisamment général pour s'appliquer à toutes ces dimensions.
 9. Selon nous, la meilleure solution consiste dans des modifications générales globales portant sur l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Cela contribuerait à clarifier le statut et la nature des gouvernements autochtones par rapport à l'actuelle organisation de la fédération canadienne fondée sur l'existence de compétences fédérales et provinciales. En outre, des modifications constitutionnelles globales permettraient de faire en sorte que la compétence des gouvernements autochtones n'ait pas un statut «inférieur» à celui des deux ordres de gouvernement existants, qui disposent déjà d'un solide fondement constitutionnel assorti de règles applicables en cas de conflits de compétence. Cela ne veut pas dire que les tribunaux ne concluraient pas, sans une réforme constitutionnelle, à une compétence autochtone exclusive dans certains domaines. Cependant, les litiges et les âpres conflits de compétence nécessitent l'affectation d'importantes ressources, et des modifications constitutionnelles globales permettraient des économies à cet égard.
 10. «Rapport du consensus», p. 14.
 11. L'Accord comportait des dispositions suivant lesquelles les peuples autochtones ayant déjà conclu des traités avec la Couronne pourraient décider, pour la mise en oeuvre de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, d'engager un processus de révision et de mise à jour des traités.
 12. Ce principe a été formulé dans l'arrêt *A.G. Ont. v. A.G. Can. (Reference Appeal)* [1912] A.C. 571, p. 583; le comité judiciaire du Conseil privé a déclaré que [TRADUCTION] «tout ce qui relève de l'autonomie gouvernementale du Canada appartient soit au Dominion, soit aux provinces, dans les limites de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*».
 13. *Partenaires au sein de la Confédération*, cité à la note 2, p. 32.
 14. L'expression «chacun dans sa propre sphère de compétence» a été ajoutée afin qu'il soit bien clair que les gouvernements autochtones exerceront des pouvoirs dans leur sphère de compétence. À notre avis, elle est redondante et on pourrait la supprimer sans rien enlever à la signification de l'énoncé.
 15. «Rapport du consensus», pp. 14-15.
 16. Union of Nova Scotia Indians, 1992. Comparution du président Alex Christmas devant la Commission royale sur les peuples autochtones, le 6 mai 1993, à Eskasoni (Nouvelle-Écosse).
 17. «Rapport du consensus», p. 17.

-
18. L'énoncé contextuel n'impose aucune structure politique précise. C'est une question qui relève des peuples autochtones eux-mêmes. Une fois parvenus à une solution, il leur incombera de démontrer que les institutions et les structures de gouvernement jouissent de l'appui de la collectivité.
 19. Nous ne prétendons aucunement que les gouvernements autochtones doivent attendre la conclusion d'accords pour exercer leur compétence. La Commission royale sur les peuples autochtones a déjà reconnu dans *Partenaires au sein de la Confédération* (cité à la note 2, p. 38) que les peuples autochtones peuvent agir immédiatement dans des domaines centraux de leur champ de compétence, sans la négociation d'ententes. Nous ne doutons pas que ce soit le cas sur le plan du droit constitutionnel. Toutefois, la voie de la négociation est la voie de la paix sociale. Elle permet d'éviter que des différends ayant trait à des questions juridiques abstraites et complexes soient portés devant les tribunaux, avec toutes les ressources que cela nécessite.
 20. Par exemple, le Traité 6 oblige les chefs à maintenir la paix et l'harmonie parmi leur peuple, ainsi qu'entre leur peuple et les non-Indiens. La mise en oeuvre de cet accord paraît supposer la compétence en matière d'administration de la justice.
 21. Il y a quatre ententes sur l'autonomie gouvernementale. Elles portent sur l'autonomie des premières nations de Champagne et de Aishihik, de la Première nation des Nacho Nyak Dun, du conseil des Tlingits de Teslin et de la première nation des Gwitchin Vuntut. Les quatre ont été signées à Whitehorse le 29 mai 1993 et publiées avec l'autorisation du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, par le ministre des Approvisionnement et Services du Canada.
 22. La *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte*, S.C. 1986, c. 27, est un autre exemple d'entente sur l'autonomie gouvernementale. Cette entente a ouvert la voie, mais comme elle a été élaborée avant l'Accord de Charlottetown, il y a lieu de s'interroger sur sa pertinence pour «l'après Charlottetown». Signalons du reste que de nombreux peuples autochtones ont déclaré expressément qu'ils rejettent la solution adoptée en l'occurrence.
 23. L'Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon a été signé à Whitehorse le 29 mai 1993. Il a été publié en 1993 par le ministre des Approvisionnement et Services Canada avec l'autorisation du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.
 24. *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, S.C. 1994, c. 35; *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, L.Y. 1993, c. 5. Des textes donnant effet au règlement des revendications territoriales ont été adoptés au même moment : *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon* S.C. 1994, c. 34; *Loi approuvant les ententes finales avec les premières nations du Yukon*, L.Y. 1993, c. 19.

-
25. Le fait que, au Yukon, on soit parvenu à des ententes portant à la fois sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale donne à penser que le règlement des questions liées à la terre est étroitement lié à la réalisation de progrès en matière d'autonomie gouvernementale. Il importe de s'en souvenir lorsqu'on applique la solution du Yukon à d'autres contextes.
 26. Les clauses portant sur la compétence sont reproduites à l'annexe 1.
 27. *Construction Montcalm c. La Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754.
 28. Voir A. Bissonnette, «Analyse posthume d'un accord mis à mort», (1993) *Recherches amérindiennes au Québec* 80, pp. 83-84.
 29. On trouvera une analyse plus complète de la clause relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement dans P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd., 1992), ch. 17.
 30. La *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte*, note 22, prévoit aux articles 37 et 38 que les lois fédérales et provinciales d'application générale s'appliquent à la bande, à ses membres et aux terres sechelte. Les lois de la bande l'emportent cependant sur les lois provinciales, en cas d'incompatibilité. En revanche, s'il y a incompatibilité entre une loi fédérale et une loi de la bande, c'est la loi fédérale qui l'emporte. La Loi ne définissant pas l'incompatibilité, c'est sans doute l'interprétation étroite qui s'appliquerait (nécessité d'une contradiction expresse entre les deux textes).
 31. Voir Commission royale sur les peuples autochtones, *Les peuples autochtones et la justice*, Rapport de la Table ronde nationale sur les questions judiciaires (Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1993).
 32. Les ententes du Yukon ne reconnaissent pas la compétence des premières nations en matière de «justice criminelle», cette compétence étant à l'heure actuelle restreinte au gouvernement fédéral. Certaines premières nations peuvent souhaiter disposer tout au moins d'une compétence concurrente à l'égard de la législation pénale ainsi que de l'administration de la justice, qui relève en ce moment des gouvernements provinciaux.
 33. Dans l'affaire *Delgamuukw c. Attorney-General of British Columbia* (1993) 104 D.L.R. (4th) 470 (C.A.C.-B.), le procès a duré plus de 350 jours, les audiences devant la Cour d'appel ont duré des mois et des milliers de pièces ont été produites. Ce cas n'est pas unique, et il ne fait pas de doute que les tribunaux qui doivent statuer sur de tels différends en fonction du droit traditionnel se trouvent devant une tâche démesurée. Dans *Delgamuukw*, la Cour d'appel a exprimé une très forte préférence pour le règlement politique des différends avec les autochtones. La Cour suprême du Canada, qui a autorisé un appel, a accordé un délai de 18 mois aux parties pour les inciter à chercher une entente.
 34. Voir M.E. Turpel, «Aboriginal Peoples and the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Interpretive Monopolies, Cultural Differences», (1989-90) 6 *C.H.R.Yb.* p. 3.

-
35. Pour être acceptable, un mécanisme de règlement des différends doit être le résultat d'une entente, refléter la culture autochtone et garantir la représentation des autochtones.
 36. *Loi constitutionnelle de 1867*, paragraphes 91(3), 92(2).
 37. Selon l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, «les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve» sont exemptés de la taxation fédérale ou provinciale. Les tribunaux ont jugé que l'article 87 soustrait les Indiens inscrits à l'obligation de payer les taxes de vente et l'impôt sur le revenu. Cette exemption se limite aux réserves, et les tribunaux ont été amenés à essayer de définir la nature du lien qui doit exister entre un Indien et une réserve pour que cet Indien bénéficie de l'exemption. L'article 87 s'applique uniquement aux taxes et impôts fédéraux et provinciaux (ou territoriaux), et il n'empêcherait pas une première nation de percevoir des taxes auprès des Indiens inscrits vivant dans des réserves.

Les quatre premières nations du Yukon qui ont conclu des ententes sur les revendications territoriales ont décidé de renoncer à l'exemption établie à l'article 87 (Conseil des Indiens du Yukon, Accord-cadre définitif, 1993, article 20.6) moyennant le versement d'une indemnisation. Le rachat de l'exemption est reporté de trois ans, afin que la première nation ait le temps de se préparer à l'instauration de l'impôt.

L'article 87 institue une exemption fiscale pour les bandes visées par la *Loi sur les Indiens* ainsi que pour les particuliers. Il va sans dire que, sous le régime de l'autonomie gouvernementale, la première nation elle-même ainsi que les personnes morales qui en relèvent devraient continuer à être exemptées du paiement des taxes et impôts fédéraux et provinciaux. C'est du reste le cas dans la *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte* (article 35) et dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon (paragraphe 15.0).

38. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 410.
39. Sans la protection constitutionnelle, le Parlement fédéral peut modifier unilatéralement les clauses d'une entente intergouvernementale : *Renvoi : Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525.
40. Andrew R. Thompson, «Land Claim Settlements in Northern Canada» (1991) 55 *Sask. L. Rev.*, p. 127.
41. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon (ainsi que les ententes sur leurs revendications territoriales) ont été mises en oeuvre par le truchement de textes législatifs fédéraux et territoriaux : note 24.
42. Signalons qu'aux États-Unis, de nombreuses tribus ont établi des textes législatifs et des procédures qui s'appliquent lorsqu'on reproche au titulaire d'une charge publique d'être en situation de conflit d'intérêts. La nation navajo s'est dotée d'un bureau des conflits d'intérêts et de l'éthique au sein du gouvernement, qui statue sur les plaintes portées par des membres

de la tribu et prononce des mesures de réparation en cas de manquement au code de déontologie navajo.

43. *SDGMR c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.
44. Kent McNeil Contra, «Aboriginal Government and the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Legal Perspective», avant-projet d'une étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones, 1994.
45. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cité à la note 29, section 34.2(b).
46. L'affaire *Delgamuukw*, évoquée à la note 33, en est un bon exemple.
47. Peut-être verrons-nous de tels changements se produire, étant donné la plate-forme du Parti libéral du Canada intitulée (*Pour la création d'emplois*, cité à la note 3). On y reconnaît le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, sans toutefois donner de détails quant aux mécanismes de mise en oeuvre. Le gouvernement libéral élu en 1993 après avoir présenté cette plate-forme n'a pas encore pris de mesures en vue de la mise en oeuvre du droit inhérent.