



COMMISSION
CANADIENNE DES
DROITS DE LA PERSONNE

CANADIAN
HUMAN RIGHTS
COMMISSION



**L'article 1.2 de la
*Loi canadienne sur les
droits de la personne* :**

*Juste équilibre entre les
droits collectifs et les droits
individuels, et principe de
l'égalité entre les sexes*

Document rédigé par
l'Association des femmes
autochtones du Canada
Juillet 2010

Les opinions exprimées dans ce rapport n'engagent que l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les vues de la Commission canadienne des droits de la personne. Ce document peut être reproduit sans frais pourvu que la source soit dûment mentionnée.

Table des matières

<i>PARTIE 1 – ÉVOLUTION DE LA NOTION D'ÉGALITÉ ENTRE LES SEXES ET POINTS DE VUE AUTOCHTONES</i>	3
<i>PARTIE 2 – ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES SEXES ADAPTÉE À LA CULTURE</i>	12
<i>PARTIE 3 – INCIDENCES DU RÉGIME DE LA LOI SUR LES INDIENS DÉTERMINÉES À L'AIDE D'UNE ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES SEXES ADAPTÉE À LA CULTURE</i> 14	
a) Aperçu des incidences du régime de la Loi sur les Indiens sur les droits individuels et les droits collectifs.....	14
b) Rapport entre les concepts de différence entre les sexes, de différence culturelle et raciale et de colonialisme	23
c) Gouvernance des Premières nations en dehors du régime de la Loi sur les Indiens	27
<i>PARTIE 4 – EXAMEN DES CADRES DE RÉFÉRENCE QUE LE RAPPORT SUR L'ÉQUILIBRE ENTRE LES DROITS INDIVIDUELS ET LES DROITS COLLECTIFS PROPOSE POUR ATTEINDRE UN JUSTE ÉQUILIBRE</i>	30
a) Brève description des cadres de référence proposés dans le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs	30
b) Observations générales sur les cadres de référence proposés dans le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs	32
c) Signification de « tenir compte »	38
d) Article 1.2 – Moyen de défense ou disposition interprétative?	39
e) Signification de « règles de droit coutumier et traditions juridiques »	41
f) Champ d'application de la LCDP aux décisions des gouvernements des Premières nations 43	
g) Égalité réelle en vertu de la LCDP – Règles de droit coutumier et traditions juridiques des Premières nations, et principe de l'égalité entre les sexes : deux éléments à prendre en compte à chaque étape de l'analyse fondée sur la LCDP	48
<i>PARTIE 5 – CONCLUSION</i>	56
a) Approche interculturelle en matière de droits de la personne.....	58
b) Principes généraux de mise en œuvre d'une approche interculturelle en matière de droits de la personne	59
c) Synthèse	76

INTRODUCTION

En 2008, le Parlement a modifié la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) pour abroger la disposition qui faisait en sorte que les décisions du gouvernement fédéral et des gouvernements des Premières nations régis par la *Loi sur les Indiens* ne pouvaient être examinées en vertu de la LCDP (l'exception de l'article 67)¹. L'historique et les effets arbitraires de l'exception de l'article 67 ont fait l'objet de plusieurs études².

En plus d'abroger l'exception de l'article 67, les modifications apportées à la LCDP en 2008 y ajoutaient deux dispositions interprétatives et plusieurs dispositions transitoires. La disposition interprétative contenue à l'article 1.1 prévoit qu'il est entendu que l'abrogation de l'article 67 « ne porte pas atteinte à la protection des droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada découlant de leur reconnaissance et de leur confirmation au titre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* de 1982 ». L'article 1.2 exige que la LCDP soit interprétée et appliquée de manière à tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations, de manière à ce qu'ils demeurent « compatibles avec le principe de l'égalité entre les sexes ». Cette disposition indique en particulier qu'il faut tenir compte de ces traditions juridiques et règles de droit coutumier lorsque l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs est en cause.

L'article 1.2 de la LCDP se lit comme suit en français et en anglais :

1.2 Dans le cas d'une plainte déposée au titre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* à l'encontre du gouvernement d'une première nation, y compris un conseil de bande, un conseil tribal ou une autorité gouvernementale qui offre ou administre des programmes et des services sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, la présente loi doit être interprétée et appliquée de manière à tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations et, en particulier, de l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs, dans la mesure où ces traditions et règles sont compatibles avec le principe de l'égalité entre les sexes.

1.2 In relation to a complaint made under the *Canadian Human Rights Act* against a First Nation government, including a band council, tribal council or governing authority operating or administering programs and services under the *Indian Act*, this Act shall be interpreted and applied in a manner that gives due regard to First Nations legal traditions and customary laws, particularly the balancing of individual rights and

¹ L'article 67 prévoit : « La présente loi est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi. »

² Comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne, *La promotion de l'égalité : une nouvelle vision*, Ottawa, Ministre de la Justice et Procureur général du Canada, 2000; Wendy Cornet, « La gouvernance des Premières nations, la *Loi sur les Indiens* et les droits à l'égalité des femmes » dans *Les femmes des Premières nations, la gouvernance et la Loi sur les Indiens : recueil de rapports de recherche en matière de politiques*, Ottawa, Condition féminine Canada, novembre 2001, 184 p.; Commission canadienne des droits de la personne, *Une question de droits : rapport spécial de la Commission canadienne des droits de la personne sur l'abrogation de l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2005; Commission canadienne des droits de la personne, *Toujours une question de droits*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2008.

interests against collective rights and interests, to the extent that they are consistent with the principle of gender equality³.

L'abrogation de l'exception de l'article 67 a été reportée au 18 juin 2011 pour ce qui est des décisions prises par les gouvernements et les organisations des Premières nations⁴. Cette disposition transitoire ne semble pas avoir d'incidence sur la date d'entrée en vigueur de l'article 1.2 cependant. En effet, contrairement à l'article 1.1, le libellé de l'article 1.2 ne fait pas référence à l'abrogation de l'article 67. L'article 1.2 semble donc s'appliquer immédiatement aux affaires concernant le « gouvernement d'une première nation ». Cette expression n'est pas définie. Il est indiqué seulement qu'elle inclut « un conseil de bande, un conseil tribal ou une autorité gouvernementale qui offre ou administre des programmes et des services sous le régime de la *Loi sur les Indiens* ». D'autres dispositions transitoires exigent que les effets de l'abrogation de l'article 67 et les ressources nécessaires pour que les collectivités et les organismes des Premières Nations se conforment à la LCDP fassent l'objet d'examens et de rapports au Parlement.

Le présent rapport de recherche analyse « le principe de l'égalité entre les sexes » dont il est question à l'article 1.2 de la LCDP car il a une incidence sur l'obligation de « tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations⁵ ». Il passe également en revue le rapport de recherche préparé par Bradley Morse, Robert Groves et D'Arcy Vermette intitulé *L'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs : la mise en œuvre de l'article 1.2 de la Loi canadienne sur les droits de la personne* (le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs). Une analyse comparative entre les sexes adaptée à la culture sera appliquée à l'analyse effectuée dans ce rapport, et des conclusions sur les effets possibles du principe de l'égalité entre les sexes sur l'interprétation et l'application de l'article 1.2 en général et sur la mise en équilibre des droits collectifs et des droits individuels en particulier seront tirées. À cette fin, le présent rapport de recherche est divisé en cinq parties :

- Partie 1 – Évolution de la notion d'égalité entre les sexes et points de vue autochtones
- Partie 2 – Analyse comparative entre les sexes adaptée à la culture
- Partie 3 – Incidences du régime de la *Loi sur les Indiens* déterminées à l'aide d'une analyse comparative entre les sexes adaptée à la culture
- Partie 4 – Examen des cadres de référence que le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs propose pour atteindre un juste équilibre
- Partie 5 – Conclusion

³ *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.C. 2008, ch. 30.

⁴ *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.C. 2008, ch. 30, art. 3.

⁵ Le présent rapport de recherche porte forcément sur les Premières nations parce que l'article 1.2 mentionne seulement les gouvernements des Premières nations. Dans certains cas, on précisera s'il est question de manière plus générale de tous les peuples autochtones du Canada ou de peuples autochtones d'autres pays.

PARTIE 1 – ÉVOLUTION DE LA NOTION D'ÉGALITÉ ENTRE LES SEXES ET POINTS DE VUE AUTOCHTONES

La notion d'« égalité » en droit canadien, ainsi que les exigences juridiques et les approches politiques visant à assurer l'« égalité entre les sexes » en particulier, continuent d'évoluer.

Relatant l'historique des questions raciales et culturelles et du droit, la juge en chef Beverley McLachlin a défini trois étapes de l'évolution des droits à l'égalité au Canada⁶. Tout d'abord, il y a eu une longue période d'exclusion et de subordination des différents groupes racialisés, de la période coloniale au milieu du 20^e siècle; ensuite, la période allant du milieu du 20^e siècle à l'adoption de la *Charte* en 1982, alors que les concepts juridiques d'égalité étaient fondés sur « l'égalité de traitement des individus égaux »; enfin, l'adoption de la *Charte* et la création et l'évolution de la notion d'« égalité réelle » et son application en vertu du droit canadien en matière de droits de la personne, notamment la LCDP.

Plusieurs étapes historiques peuvent aussi être cernées en ce qui concerne le traitement de l'égalité entre les sexes en vertu du droit canadien. En premier lieu, il y aurait eu une étape où la discrimination sexuelle explicite et les normes patriarcales étaient appuyées par le droit canadien, du droit pénal au droit de la famille en passant par le droit des contrats, et où même les termes neutres qui ne faisaient pas référence à l'un ou l'autre des deux sexes étaient interprétés d'une manière discriminatoire par les tribunaux. En deuxième lieu, une étape qui aurait commencé au début du 20^e siècle, marquée par la décision favorable rendue dans le renvoi *Persons* au sujet de l'admissibilité d'une femme au Sénat et le début des réformes législatives visant à faire disparaître certains (si ce n'est la totalité) des aspects explicitement discriminatoires des lois. En troisième lieu, une étape qui a été marquée de vaines contestations, fondées sur la *Déclaration canadienne des droits*, de dispositions législatives créant de la discrimination sexuelle flagrante (ces échecs répétés étaient attribuables aux défauts du concept d'égalité fondé sur « l'égalité de traitement des individus égaux » et au sexisme des juges). La quatrième étape, postérieure à la *Charte*, est celle pendant laquelle la notion d'égalité réelle a été appliquée dans un contexte d'égalité des sexes avec plus ou moins de succès selon de nombreux commentateurs de la *Charte* et de la LCDP. L'une des critiques les plus souvent formulées veut que la législation canadienne en matière de droits de la personne et l'analyse judiciaire de la notion d'égalité réelle ne reflètent pas l'indivisibilité et l'interdépendance des droits sociaux, culturels et économiques et des droits civils et politiques⁷. En conséquence, le droit national en matière de droits de la personne ne peut viser pleinement les questions les plus urgentes concernant les droits fondamentaux des femmes des Premières nations, comme la pauvreté, la violence conjugale et l'accès au système de justice pour exercer ses droits.

⁶ Très honorable Beverley McLachlin, "Racism and the Law: The Canadian Experience", *Journal of Law & Equality*, Vol. 1, N° 1, Toronto, University of Toronto, 2002, p. 7-24.

⁷ Voir, par exemple, Commission canadienne des droits de la personne, *Rapport annuel 1997*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 1998; Martha Jackman et Bruce Porter, « L'égalité matérielle des femmes et la protection des droits sociaux et économiques en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* » dans Donna Greschner, et autres, *Les femmes et la Loi canadienne sur les droits de la personne : recueil de rapports de recherche en matière de politiques*, Ottawa, Condition féminine Canada, 1999, p. 51; Gwen Brodsky et Shelagh Day, "Beyond the Social and Economic Rights Debate: Substantive Equality Speaks to Poverty", *Canadian Journal of Women and the Law = Revue Femmes et Droits*, Vol. 14, Issue 1, 2002, p. 185-220.

Les décisions défavorables rendues en matière d'égalité entre les sexes avant l'adoption de la *Charte*, comme *Lavell* et *Bliss*, ont influé sur la rédaction de l'article 15 de la *Charte* et ont mené à l'inclusion de garanties particulières d'égalité entre les sexes à l'article 28 de la *Charte* et au paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon certains observateurs, il y a eu, au cours de la période où la défense de l'égalité entre les sexes a porté principalement sur les droits des femmes qui a immédiatement suivi l'adoption de la *Charte*, une tendance dans l'analyse des droits à l'égalité entre les deux sexes et dans le mouvement féministe à construire une femme « universelle » ou « essentialisée », un modèle qui ne tient pas compte de l'aspect multidimensionnel des hommes et des femmes dans les différentes cultures et collectivités. En outre, cette tendance à universaliser l'expérience de toutes les femmes ne donne pas un caractère prioritaire aux manifestations uniques de l'inégalité entre les sexes vécues par les femmes racialisées de diverses collectivités⁸. Les tribunaux peuvent donner le même effet de distorsion et d'universalisation lorsque des questions d'égalité entre les sexes sont examinées séparément des autres motifs de discrimination qui peuvent être invoqués par un plaignant. La façon dont les préjugés sexuels, raciaux et culturels ont été successivement et, parfois, simultanément manipulés pendant toute l'histoire juridique du Canada pour opprimer les femmes des Premières nations en tant qu'individus et les Premières nations en tant que peuples est maintenant de plus en plus reconnue dans la littérature en droit et en sciences sociales.

Des femmes universitaires et activistes faisant partie des Premières nations ont fait leurs propres analyses des défauts de l'analyse des droits à l'égalité qui concernent les peuples des Premières nations. La capacité de la doctrine, de la législation et de la jurisprudence du Canada d'assurer l'égalité entre les sexes d'une manière compatible avec les autres intérêts en matière d'égalité des femmes des Premières nations, notamment en ce qui a trait à l'exercice du droit à l'autodétermination de la Première nation à laquelle elles appartiennent, a fait l'objet d'évaluations variées⁹.

Joyce Green et Val Napoleon insistent sur l'importance de placer dans leur contexte les enjeux qui intéressent les femmes dans toute leur diversité. Selon elles, des efforts beaucoup plus soutenus doivent être déployés afin qu'une analyse comparative entre les sexes des questions autochtones soit adoptée, sans que celle-ci essentialise les femmes autochtones ou les enjeux qui les touchent¹⁰. Ces auteures soutiennent en outre que les traditions autochtones sur le plan des connaissances peuvent être utilisées pour combattre l'oppression et le colonialisme tout en empruntant aux normes internationales en matière de droits de la personne. Green et Napoleon soulignent que l'oppression fondée sur le sexe n'a pas toujours son origine dans le colonialisme

⁸ Voir, par exemple, Sherene Razack, "Speaking for Ourselves: Feminist Jurisprudence and Minority Women", *Canadian Journal of Women and the Law = Revue Femmes et Droit*, Vol. 4, Issue 2, 1990-1991, p. 440-458.

⁹ Voir, par exemple, Osennontion et Skonagnanleh:ra, "Our World", *Canadian Woman Studies = les cahiers de la femme*, Inanna Publications and Education, Vol. 10, No 2-3, 1989, p. 7-19; Teresa Nahanee, "Indian Women, Sex Equality and the Charter", dans Caroline Andrew et Sanda Rodgers (eds.), *Women and the Canadian State*, Montréal et Kingston: McGill-Queen's University Press, 1997, p. 89; Sharon McIvor, "Aboriginal Women Unmasked: Using Equality Litigation to Advance Women's Rights", *Canadian Journal of Women and the Law = Revue Femmes et Droit*, Vol. 16, 2004, p. 106; Patricia A. Monture, "The Right of Inclusion: Aboriginal Rights and/or Aboriginal Women?" dans Kerry Wilkins (ed.), *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, Edmonton: Centre for Constitutional Studies, University of Alberta, 2004, p. 39-40.

¹⁰ Joyce Green et Val Napoleon, *Seeking Measures of Justice: Aboriginal Women's Rights Claims, Legal Orders, and Politics*, Saskatoon: Canadian Political Science Association, University of Saskatchewan, May 29-June 1, 2007. [Green and Napoleon, *Seeking Measures of Justice*]

et que nier que les peuples autochtones sont capables d'oppression constitue de l'*essentialisme sentimentaliste*. Les expériences vécues par les femmes autochtones victimes de discrimination sont façonnées par une dynamique politique externe et interne. Les auteures font valoir que, selon le droit international, les droits fondamentaux des femmes ne peuvent pas être violés par des gouvernements invoquant la tradition. Elles se demandent comment les traditions culturelles doivent être évaluées au regard des droits de la personne, compte tenu des nombreuses structures d'oppression construites par la colonisation¹¹.

L'un des points sur lesquels les observateurs de l'égalité entre les hommes et les femmes au sein des Premières nations sont loin de s'entendre concerne les questions de stratégie juridique dans le cadre de l'évaluation de l'utilité de la législation canadienne en matière de droits de la personne et du système juridique dans son ensemble. Les litiges soumis aux tribunaux canadiens n'ont jamais permis aux femmes des Premières nations d'obtenir l'égalité avec les hommes et d'autres droits à l'égalité découlant des lois fédérales et provinciales quand cela comptait le plus, comme l'illustrent les décisions défavorables suivantes :

- *Lavell c. Canada (P.G.) et Isaac c. Bédard*, [1974] R.C.S. 1349 (deux contestations fondées sur la *Déclaration canadienne des droits* et visant la règle d'exclusion par mariage de la *Loi sur les Indiens* qui créait de la discrimination fondée sur le sexe);
- *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285;
- *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306;
- *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627.

L'impossibilité, pour la *Déclaration canadienne des droits* et la common law, d'assurer l'égalité entre les sexes a été aggravée par l'article 67. On a considéré que cette disposition empêchait les contestations visant les inégalités entre les sexes ainsi que d'autres formes de discrimination découlant de la *Loi sur les Indiens* et des politiques connexes. De plus, la *Charte canadienne des droits et libertés* s'est révélée être un outil exigeant beaucoup de temps et d'argent pour obtenir réparation, comme le montrent de nombreuses affaires, dont *McIvor*. Pendant chacune des périodes de l'histoire juridique de l'égalité entre les sexes au Canada, les femmes des Premières nations ont en général été déboutées lorsqu'elles revendiquaient principalement l'égalité avec les hommes. Le succès limité atteint dans *McIvor* est l'exemple le plus récent de cet état de fait.

Le débat qui a cours au sein des Premières nations au sujet du bien-fondé et des risques des actions en justice est alimenté par les défis stratégiques énormes que présente un système juridique qui ne reconnaît pas totalement le droit à l'autodétermination des Premières nations et qui manipule constamment les préjugés sexuels, raciaux et culturels de diverses manières qui défavorisent tous les peuples des Premières nations. Le fait qu'un grand nombre d'intimés et de théoriciens réputés des droits ancestraux et issus de traités des Autochtones (outre ceux qui conseillent les organisations féminines des Premières nations) n'ont intégré aucune forme d'analyse comparative entre les sexes dans leur analyse juridique de ces droits a empêché le règlement des divergences d'opinions sur diverses réformes législatives touchant les Premières nations et la résolution des conflits relatifs à l'utilisation stratégique des actions en justice¹².

¹¹ Green and Napoleon, *Seeking Measures of Justice*.

¹² Patricia A. Monture, "The Right of Inclusion: Aboriginal Rights and/or Aboriginal Women?" dans Kerry Wilkins (ed.), *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, Edmonton: Centre for Constitutional Studies, University of Alberta, 2004, p. 39; Wendy Cornet, "Valuing Indigenous Women: Recognizing and Embracing the

Aux États-Unis, des études sur les Autochtones ont fait ressortir la nécessité, dans ce pays également, d'intégrer la race, le sexe et la nation dans les analyses, sans toutefois les hiérarchiser¹³.

Ainsi, en plus du problème de la prise en compte des points de vue des Premières nations et des femmes des Premières nations dans l'élaboration de la théorie des droits à l'égalité, les analyses comparatives entre les sexes qui ont été effectuées par les personnes qui se sont le plus intéressées aux litiges sur les droits ancestraux et issus de traités étaient négligeables.

Jusqu'à la reconnaissance nuancée de l'égalité entre les sexes au sein des Premières nations par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *McIvor* en 2008¹⁴, la réussite la plus marquante des femmes des Premières nations revendiquant l'égalité entre les sexes devant les tribunaux est survenue au niveau international devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans l'affaire *Lovelace*. Bien que cette décision constitue une victoire, les plaignantes n'ont pas eu gain de cause sur la question de la discrimination fondée sur le sexe. Même lorsqu'elles ont été rejetées ou que leur résultat a été en demi-teinte, les actions en justice visant à faire reconnaître l'égalité entre les sexes se sont au moins avérées être un outil efficace qui, avec les manifestations et les activités de lobbying, crée des pressions politiques qui maintiennent à l'avant-plan de la politique les questions relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes des Premières nations¹⁵, comme le montre la réponse donnée par le gouvernement fédéral à la victoire partielle dans *McIvor* – une réponse juridique limitée a été élaborée par suite de cette décision, mais le gouvernement a répondu aux demandes des Premières nations, notamment aux demandes des femmes des Premières nations qui souhaitaient qu'il entreprenne un examen stratégique étendu des questions d'identité et de la *Loi sur les Indiens*.

Comme le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs le mentionne, l'une des questions relatives à l'égalité entre les sexes les plus tenaces, les plus litigieuses et les plus médiatisées touchant les femmes des Premières nations a été l'effet de la *Loi sur les Indiens* sur la détermination de l'identité individuelle au moyen de la définition de termes et d'expressions comme « Indien » et « membre d'une bande » et la discrimination fondée sur le sexe. Pendant les années 1980, le débat a porté notamment sur la question de savoir s'il fallait régler les problèmes concernant l'égalité entre les sexes sous le régime de la *Loi sur les Indiens* avant de réaliser l'autonomie gouvernementale, notamment en reconnaissant les droits des Premières nations de choisir elles-mêmes leurs membres. Le débat a atteint son paroxysme pendant l'étude du projet de loi C-31, qui devait mettre fin à la discrimination sexuelle flagrante

Value of Gender-Based Analysis”, exposé présenté dans le cadre de “Closing the Implementation Gap: A Forum to Follow Up the 2004 Mission to Canada by the U.N. Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People”, Rodolfo Stavenhagen, Gender Discrimination Issues Panel, Université d'Ottawa, le 2 octobre 2006.

¹³ Renya Ramirez, “Race, Tribal Nation and Gender: A Native Feminist Approach to Belonging”, *Meridians*, Vol. 7, 2007, p. 22.

¹⁴ *McIvor c. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153 (CanLII); autorisation d'appel refusée : 2009 CanLII 61383 (C.S.C.).

¹⁵ Judith H. Aks, *Women's Rights in Native North America: Legal Mobilization in the U.S. and Canada*, New York: LFB Scholarly Publications, 2004; Sharon McIvor, “Aboriginal Women Unmasked: Using Equality Litigation to Advance Women's Rights”, *Canadian Journal of Women and the Law= Revue Femmes et Droit*, Vol. 16, 2004, p. 106.

créée par la *Loi sur les Indiens*. Les effets négatifs des modifications apportées à cette loi en 1985 et l'analyse continue dont faisaient l'objet les questions d'identité et d'égalité sous son régime de la *Loi sur les Indiens* ont amené les auteurs du domaine du droit et des sciences sociales à considérer que les peuples des Premières nations – hommes et femmes – ne pourraient pas jouir pleinement des droits de la personne si le concept colonial de l'identité d'« Indien » sur lequel repose la *Loi sur les Indiens* continuait de s'appliquer¹⁶. En d'autres termes, une opinion largement répandue veut que les notions fondamentales sous-tendant les concepts juridiques de l'identité sur lesquels repose la *Loi sur les Indiens* soient si fondamentalement enracinés dans une dynamique coloniale et soient devenus si techniques que ni des actions en justice ni des réformes législatives fondées sur une analyse des droits à l'égalité et des réparations conventionnelles ne peuvent régler complètement et de manière appropriée toutes les questions d'égalité, de la racialisation croissante des concepts d'identité de la *Loi sur les Indiens* à l'égalité entre les sexes.

Dans son livre intitulé *Thunder in My Soul*, Monture-Angus explique son point de vue sur le rapport entre la *Loi sur les Indiens* actuelle, en vigueur depuis que les modifications de 1985, et l'égalité : « Ce qui a été obtenu au prix d'un système d'enregistrement lourd et illogique, c'est un accès plus égal au système des lois qui ont opprimé notre peuple depuis l'adoption de la loi sur les Indiens en 1876. L'accès égal à des lois oppressives (colonialisme) n'est pas un progrès. À mon avis, il s'agit non pas d'un défaut concernant l'organisation et les activités politiques des femmes autochtones, mais plutôt d'une preuve de l'absence de pouvoir des peuples autochtones dans la société canadienne et de l'incapacité des législateurs canadiens d'apporter des solutions aux problèmes vécus par les peuples autochtones¹⁷ » [traduction].

Les moyens de réaliser l'égalité entre les hommes et les femmes au sein des Premières nations continueront d'évoluer au fur et à mesure que les points de vue de celles-ci, notamment sur les hommes et les femmes, seront explorés. L'importance accordée au fait de ne pas traiter de manière totalement ou nécessairement séparée les formes d'oppression qui peuvent influencer sur divers aspects de l'identité est peut-être l'élément le plus fondamental en ce qui concerne la direction que prend maintenant l'analyse des droits à l'égalité. La nécessité de reconnaître les formes complexes de discrimination – lorsque plusieurs formes d'inégalité et d'oppression interagissent et se renforcent l'une l'autre – et d'y répondre est de plus en plus mise en évidence dans la littérature en droit et en sciences sociales¹⁸. Les formes complexes de discrimination, comme celle en cause dans l'affaire *McIvor* (sexe et état matrimonial), la discrimination fondée

¹⁶ Voir, par exemple, Patricia Monture-Angus, "Considering Colonialism and Oppression: Aboriginal Woman, Justice and the 'Theory' of Decolonization", *Native Studies Review*, Vol. 12, Number 1, 1999, p. 63-73; Wendy Cornet, "Indians Status, Band Membership, First Nation Citizenship, Kinship, Gender and Race: Reconsidering the Role of Federal Law" dans Jerry White *et al.* (eds.), *Aboriginal Policy Research: Moving Forward, Making a Difference*, vol. V Toronto: Thompson Educational Publishing, 2007, p. 145; Martin J. Cannon, *Réexaminer l'histoire de l'exclusion fondée sur le sexe et la nouvelle vision politique de l'identité canadienne*, Document de recherche pour le Centre national pour la gouvernance des Premières Nations, mai 2008.

¹⁷ Patricia A. Monture-Angus, *Thunder in My Soul: A Mohawk Woman Speaks*, Halifax: Fernwood Press, 1995, p. 183.

¹⁸ Wendy Cornet, "Indians Status, Band Membership, First Nation Citizenship, Kinship, Gender and Race: Reconsidering the Role of Federal Law" dans Jerry White et autres (eds.), *Aboriginal Policy Research: Moving Forward, Making a Difference*, Vol. V, Toronto: Thompson Educational Publishing, 2007, p. 145; Sherene Razack, "Speaking for Ourselves: Feminist Jurisprudence and Minority Women", *Canadian Journal of Women and the Law = Revue Femmes et Droit*, Vol. 4, Issue 2, 1990-1991, p. 440-458.

sur le statut conféré par le projet de loi C-31 ou les effets de la règle limitant la deuxième génération ont des incidences sur différents aspects de l'identité.

L'ensemble des questions relatives à l'égalité – de la racialisation des notions d'identité au parti pris culturel du droit et à la discrimination sexuelle résiduelle persistante sous le régime de la *Loi sur les Indiens* – pourraient être réglées dans toute affaire relative aux droits à l'égalité qui est visée par la LCDP et qui porte sur les questions relatives à l'égalité entre les sexes soulevées par les dispositions sur l'admissibilité au statut d'Indien.

Les auteurs s'intéressent de plus en plus aux points de vue des Premières nations sur les notions d'égalité, notamment entre les hommes et les femmes. Dans son article intitulé « The Right of Inclusion: Aboriginal Rights and/or Aboriginal Women? »¹⁹, Patricia Monture souligne l'importance de révéler les répercussions actuelles de la lutte pour l'égalité entre les sexes sur les relations au sein des collectivités des Premières nations si on veut, comme elle le dit, échapper aux abus du colonialisme. Elle fait également les observations suivantes :

- la politique et les relations entre les sexes se présentent différemment dans les cultures des Premières nations;
- les relations entre les sexes sont extrêmement variées chez les Premières nations et la diversité des femmes des Premières nations (et de leurs points de vue) doit être reconnue;
- de nombreuses traditions des Premières nations sur le plan des connaissances sont caractérisées par la *spécificité sexuelle*, c.-à-d. que les connaissances des hommes et des femmes sont souvent différentes : il y a les enseignements des hommes et les enseignements des femmes et il y a les enseignements sur les hommes et les femmes qui appartiennent à tous; les connaissances sont complètes seulement lorsque les récits complémentaires des femmes et des hommes ont été racontés et compris (cette observation de Monture fait écho à la notion d'analyse comparative entre les sexes adaptée à la culture);
- les hiérarchies externes fondées sur le sexe, y compris le patriarcat, ont ébranlé (sans toutefois le détruire) l'équilibre fondamental entre les hommes et les femmes, lequel est une assise essentielle des traditions des Premières nations sur le plan des connaissances. Les hommes et les femmes doivent participer à l'établissement de cet équilibre.

Monture fait part de son scepticisme au sujet de la capacité d'un système juridique fondé sur des précédents de répondre aux enjeux qui touchent les femmes des Premières nations en matière d'égalité entre les sexes sans que des valeurs coloniales soient à nouveau imposées²⁰. Ces enjeux dépendant de facteurs sociaux, ils varient d'une culture à l'autre. Monture prétend que les précédents actuels sont fondés sur des conceptions du rôle des hommes et des femmes qui sont façonnées par le contexte social et qui sont différentes de celles d'un grand nombre de Premières nations; par conséquent, il existe un risque substantiel que le droit ne reconnaisse pas les interprétations sociales particulières du rôle des hommes et des femmes dans les sociétés des Premières nations et qu'il n'en tienne pas compte. Elle rappelle les nombreuses actions en justice (p. ex. *Lavell*, *Bédard*, *AFAC c. Canada*) qui ont été intentées par des femmes des Premières

¹⁹ Patricia A. Monture, "The Right of Inclusion: Aboriginal Rights and/or Aboriginal Women?" dans Kerry Wilkins (ed.), *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, Edmonton: Centre for Constitutional Studies, University of Alberta, 2004, p. 39. [Monture, *The Right of Inclusion*].

²⁰ Monture, *The Right of Inclusion*, p. 46.

nations revendiquant l'égalité entre les sexes et qui ont été rejetées. Mary Ellen Turpel a exprimé des doutes semblables au sujet de la capacité des mécanismes juridiques, de la jurisprudence et des concepts d'égalité entre les sexes élaborés dans différentes traditions juridiques et dans différents contextes sociaux de reconnaître et de fournir les mesures appropriées qui tiennent compte du contexte social et juridique des Premières nations²¹. Les deux auteures soulèvent les mêmes questions au sujet de l'intégration de l'analyse féministe élaborée jusqu'à maintenant. Monture, Turpel, Osenntion et Skonaganleh:ra sont préoccupées par le fait que les notions eurocanadiennes de l'égalité entre les hommes et les femmes visent trop à atteindre une similitude des rôles et des fonctions des hommes et des femmes et à révéler la norme masculine cachée. Selon de nombreux membres des Premières nations – hommes et femmes –, cette situation menace la place, les rôles et les responsabilités estimés et spéciaux des femmes des Premières nations qui sont caractéristiques de nombreuses cultures (et qui peuvent varier d'une Première nation à l'autre)²². Monture explique ce point de la manière suivante : « Le droit est un exemple particulièrement pertinent de la manière dont l'interprétation masculine de la réalité est utilisée de manière à ce que la spécificité sexuelle des relations juridiques disparaisse [...] Toute analyse ayant pour but de mettre fin à l'oppression des femmes doit porter essentiellement sur la femme en tant qu'«autre». L'égalité continuera d'être hors de portée si un sexe est considéré comme étant l'«autre». L'examen de la création des rôles de l'«autre» ne doit pas mener à l'élaboration d'une définition de l'égalité fondée sur la similitude. Cela est tout autant problématique. Lorsqu'on donne à l'égalité le sens de «similitude», on perpétue l'oppression raciale et sexuelle²³ » [traduction].

Teressa Nahanee et Sharon McIvor ont un autre point de vue qui soutient fermement l'utilité des cadres de droits existants comme la *Charte* et de l'analyse féministe pour régler les questions relatives à l'égalité entre les sexes qui touchent les membres des Premières nations. Selon Nahanee, si les femmes des Premières nations ont bénéficié directement de la *Charte*, c'est que son adoption a finalement mené aux modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985 afin de mettre fin à la discrimination fondée sur le sexe qui découlait des dispositions sur le statut d'Indien et l'appartenance à une bande. Nahanee recommande que les femmes des Premières nations adhèrent à la *Charte* et, en particulier, rejette la position de commentateurs comme Turpel qui mettent en doute les avantages de l'application de la *Charte* aux collectivités des

²¹ Mary Ellen Turpel-Lafond, "Patriarchy and Paternalism: The Legacy of the Canadian State for First Nations Women" dans Caroline Andrew et Sanda Rodgers (eds.), *Women and the Canadian State*, Montréal et Kingston: McGill-Queen's University Press, 1997, p. 64–78; Aki-Kwe et Mary Ellen Turpel, "Aboriginal Peoples and the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Contradictions and Challenges", *Canadian Woman Studies = les cahiers de la femme*, Inanna Publications and Education, Vol. 10, 1989, p. 149.

²² Patricia A. Monture, "The Right of Inclusion: Aboriginal Rights and/or Aboriginal Women?" dans Kerry Wilkins (ed.), *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, Edmonton: Centre for Constitutional Studies, University of Alberta, 2004, p. 39; Patricia A. Monture-Okanee, "The Roles and Responsibilities of Aboriginal Women: Reclaiming Justice", *Saskatchewan Law Review*, Vol. 56, 1992, p. 237; Osenntion et Skonaganleh:ra, "Our World", *Canadian Woman Studies = les cahiers de la femme*, Inanna Publications and Education, Vol. 10, No 2-3, 1989, p. 7-19; Mary Ellen Turpel-Lafond, "Patriarchy and Paternalism: The Legacy of the Canadian State for First Nations Women" dans Caroline Andrew et Sanda Rodgers (eds.), *Women and the Canadian State*, Montréal et Kingston: McGill-Queen's University Press, 1997, p. 64.

²³ Patricia A. Monture-Okanee, "The Roles and Responsibilities of Aboriginal Women: Reclaiming Justice", *Saskatchewan Law Review*, Vol. 56, 1992, p. 237.

Premières nations²⁴. McIvor affirme aussi que l'introduction stratégique d'actions en justice fondées sur la *Charte* par des femmes autochtones dans les années 1990 a entraîné des changements profonds positifs, même lorsque ces actions ont été rejetées par les tribunaux²⁵. Elle en déduit que ces premières contestations fondées sur la *Charte* montrent que la vie des femmes autochtones fait clairement ressortir la nécessité d'interpréter leurs droits à l'égalité avec les hommes de manière à reconnaître l'indivisibilité des droits civils, politiques, sociaux et économiques²⁶. Son analyse s'appuie sur différentes actions relatives à l'égalité entre les sexes intentées par des femmes autochtones avant et après l'adoption de la *Charte* (décrites dans son article), qui portaient sur des questions comme les biens matrimoniaux et d'autres droits fonciers, sur la participation politique à la réforme constitutionnelle et sur diverses questions concernant la *Loi sur les Indiens* et le développement économique.

Il y a au sein des Premières nations plusieurs femmes universitaires qui accordent une grande valeur au concept d'« égalité entre les sexes » et qui contribuent à créer un ensemble d'analyses féministes autochtones²⁷. En outre, Haudenosaunee a indéniablement influencé les premières féministes américaines²⁸.

Des commentateurs des Premières nations pourraient ne pas être d'accord avec Monture quand celle-ci affirme que le concept d'« équilibre entre les sexes » est préférable à celui d'égalité entre les sexes. L'Assemblée des Premières Nations préfère également l'expression « équilibre entre les sexes », qui évoque la notion de « symétrie entre les sexes », laquelle suppose implicitement que les nombreux rôles et responsabilités différents des hommes et des femmes dans un grand nombre de cultures des Premières nations sont d'égale valeur. Il y a toutefois des femmes au sein des Premières nations qui continuent de préférer l'utilisation de la norme de l'égalité entre les sexes pour évaluer les lois fédérales et les lois des Premières nations.

Monture fait partie des auteurs qui estiment que la solution aux relations difficiles et malsaines entre les hommes et les femmes passe par la restauration des valeurs culturelles et juridiques des Premières nations, ainsi que par le rétablissement des notions de pouvoir des Premières nations lorsque le droit coutumier et l'exercice du pouvoir sont liés pour rétablir et maintenir l'équilibre et l'harmonie, plutôt que par le maintien des hiérarchies ou la création de dichotomies (p. ex. en opposant des concepts comme les hommes et les femmes)²⁹.

²⁴ Teresa Nahanee, "Indian Women, Sex Equality and the Charter" dans Caroline Andrew et Sanda Rodgers (eds.), *Women and the Canadian State*, Montréal et Kingston: McGill-Queen's University Press, 1997, p. 89.

²⁵ Sharon McIvor, "Aboriginal Women Unmasked: Using Equality Litigation to Advance Women's Rights", *Canadian Journal of Women and the Law = Revue Femmes et Droit*, Vol. 16, 2004, p. 106-111. [McIvor, *Aboriginal Women Unmasked*].

²⁶ McIvor, *Aboriginal Women Unmasked*.

²⁷ Voir, par exemple, Kim Anderson, *A Recognition of Being: Reconstructing Native Womanhood* (Toronto: Second Story Press, 2000) [Anderson, *A Recognition of Being*]; Joyce A. Green (ed.), *Making Space for Indigenous Feminism* (Blackwood, N.S.: Fernwood Publishing, 2007); Renya Ramirez, "Race, Tribal Nation and Gender: A Native Feminist Approach to Belonging", *Meridians*, Vol. 7, 2007, p. 22; Sylvia Van Kirk, "Toward a Feminist Perspective in Native History" dans William Cowan (ed.), *Papers of the 18th Algonquian Conference*, Ottawa: Carleton University, 1987, p. 377-389.

²⁸ Sally Roesch Wagner, *Sisters in Spirit: Haudenosaunee (Iroquois) Influence on Early American Feminists: A Model in Freedom* (Summertown, Tenn.: Book Publishing Company, 2001).

²⁹ Patricia A. Monture-Okanee, "The Roles and Responsibilities of Aboriginal Women: Reclaiming Justice", *Saskatchewan Law Review*, Vol. 56, 1992, p. 237.

D'autres auteures provenant des Premières nations se considèrent comme des féministes autochtones. C'est le cas notamment de Roseanna Deer³⁰, de Kim Anderson³¹, de Joyce Green³² et de Dawn Martin-Hill³³. Ces auteures également sont d'avis que la restauration des valeurs culturelles des Premières nations contribuerait à améliorer les relations entre les hommes et les femmes et la jouissance de tous les droits de la personne par les femmes au sein des Premières nations. Elles soulignent cependant que ce processus exige une analyse féministe ou une autre forme d'examen de la problématique hommes-femmes enraciné dans les points de vue, les traditions sur le plan des connaissances et les expériences des Premières nations. Les points de vue des féministes autochtones sont nécessaires pour détecter, analyser et régler franchement et librement les distorsions de la tradition et de la coutume qui ont eu des effets négatifs particuliers sur les femmes des Premières nations et sur la place qu'elles occupent dans la société des Premières nations et dans la société canadienne en général. Dawn Martin-Hill explique : « Sous prétexte de résister à la domination coloniale, des idéologies voulant qu'une version "coloniale" multicouche complexe du traditionalisme justifie la subordination des femmes autochtones sont apparues. La perversion des croyances traditionnelles dépouille les femmes du rôle et du pouvoir qu'elles possédaient historiquement, les transformant de leaders à servantes. Avant l'arrivée des Européens, nous étions considérées comme des femmes sacrées et nous participions à l'exercice du pouvoir spirituel, économique et politique dans nos sociétés. Avec le colonialisme cependant [...] nous avons perdu notre valeur, notre pouvoir et notre voix³⁴ » [traduction].

John Borrows s'est intéressé au débat sur les avantages pour les Premières nations d'appliquer des notions de droits occidentales au sein de leurs collectivités, et notamment au débat portant précisément sur les avantages d'appliquer la *Charte* aux collectivités des Premières nations³⁵. Il a convenu avec d'autres que les objectifs de la *Charte* et la pratique traditionnelle des Premières nations se chevauchent en partie, ce qui, selon lui, pourrait mener à une transformation du discours sur les droits. Selon Borrows, en établissant un lien entre les droits et la tradition, la *Charte* donne aux Premières nations la possibilité de recouvrer des principes qui ont souvent été érodés par l'ingérence du gouvernement. Il reconnaît que les dangers sont nombreux parce que l'application des droits peut être influencée par des préjugés culturels. À son avis, le libellé des droits et la *Charte* sont des outils imparfaits, quoique peut-être utiles, pour libérer en partie les Premières nations de la discrimination. L'analyse de Borrows renferme néanmoins plusieurs réserves importantes. Par exemple, l'auteur laisse entendre que le discours sur les droits aide les peuples non autochtones à comprendre **en partie*** les Premières nations lorsqu'elles s'en servent [*non souligné dans l'original].

³⁰ Rosanna Deerchild, "Tribal Feminism Is a Drum Song" dans Kim Anderson and Bonita Lawrence (eds.), *Strong Women Stories: Native Vision and Community Survival*, Toronto: Sumach Press, 2006, p. 97.

³¹ Anderson, *A Recognition of Being*.

³² Joyce A. Green, "Taking Account of Aboriginal Feminism" dans Joyce Green (ed.), *Making Space for Indigenous Feminism*, Blackwood, N.S.: Fernwood Publishing, 2007, p. 20.

³³ Dawn Martin-Hill, "She No Speaks and Other Colonial Constructs of 'The Traditional Woman'" dans Kim Anderson et Bonita Lawrence (eds.), *Strong Women Stories: Native Women and Community Survival*, Toronto: Sumach Press, 2006, p. 106 [Martin-Hill, *She No Speaks*].

³⁴ Martin-Hill, *She No Speaks*, p. 107.

³⁵ John Borrows, "Contemporary Traditional Equality: The Effect of the Charter on First Nations Politics", *University of New Brunswick Law Journal = Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, Vol. 43, 1994, p. 19.

Borrows convient que les droits à l'égalité ont contribué à tout le moins à mettre en évidence les graves inégalités dont les femmes des Premières nations ont été victimes et qu'il arrive souvent que les femmes des Premières nations qui intentent des actions en justice pour obtenir l'égalité ne reçoivent pas le soutien de certains segments de la collectivité politique des Premières nations. Il estime que les divisions sur les différentes façons de faire respecter les droits collectifs et individuels sont maintenant moins nombreuses. Selon lui, le débat sur les droits ne pourrait pas abolir les convictions traditionnelles de symétrie dans les relations entre les sexes au même titre que la tradition ne pourrait pas faire abstraction des préoccupations actuelles au sujet de l'égalité dans ces mêmes relations. Chaque courant de pensée a emprunté quelque chose à l'autre et a créé un échange de légitimité. Il recommande aux Premières nations de réinterpréter les droits avec discernement et estime, de vénérer les leçons que la tradition nous apprend et de s'y conformer au moment de concrétiser les idées avancées. Selon lui, les Premières nations pourront ainsi élargir leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ».

Des experts non autochtones ont aussi laissé entendre que les gouvernements des Premières nations devront concevoir ou utiliser un véhicule pour faire valoir leurs droits, à l'aide de leurs propres traditions sur le plan des connaissances, dans le but de résoudre les conflits au sein de leurs collectivités au fur et à mesure que ces gouvernements deviennent plus bureaucratisés³⁶.

PARTIE 2 – ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES SEXES ADAPTÉE À LA CULTURE

En cherchant la meilleure façon d'appliquer l'article 1.2, la Commission des droits de la personne (la Commission) et le Tribunal des droits de la personne (le Tribunal) doivent trouver un moyen de rapprocher les différentes traditions sur le plan des connaissances, les différences culturelles et les traditions juridiques. Cette tâche exigera que, dans le cadre de leur mandat respectif, ils définissent correctement les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations et en tiennent compte dans les circonstances appropriées, tout en respectant le principe de l'« égalité entre les sexes » et en l'interprétant correctement.

Patricia Monture et Sherene Razack font toutes deux état de la nécessité d'effectuer une analyse comparative entre les sexes portant sur les droits. Elles insistent cependant sur l'importance de placer l'analyse dans les contextes colonial, culturel et racialisé appropriés³⁷. Bonita Lawrence croit aussi qu'il est nécessaire de bien placer dans leur contexte les questions relatives aux droits à l'égalité dans les collectivités autochtones, notamment en ce qui concerne l'égalité entre les sexes, dans le cadre d'une analyse qui reconnaît les dynamiques de racisme, de sexisme et de colonialisme qui se renforcent mutuellement³⁸. Mary Ellen Turpel et Vina Starr ont formulé des

³⁶ Russel L. Barsh, "Indigenous Peoples and the Idea of Individual Human Rights", *Native Studies Review*, Vol. 10, No. 2, 1995, p. 35-55; Carole E. Goldberg, "Individual Rights and Tribal Revitalization", *Arizona State Law Journal*, Vol. 35, 2003, p. 889-935.

³⁷ Monture, *The Right of Inclusion*, p. 39-48; Sherene Razack, "Beyond Universal Women: Reflections on Theorizing Differences Among Women", *University of New Brunswick Law Journal = Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, Vol. 45, 1996, p. 209.

³⁸ Bonita Lawrence, "Gender, Race and the Regulation of Native Identity in Canada and the United States: An Overview", *Hypatia [Special Issue: Indigenous Women in the Americas]*, Vol. 18, 1999, p. 3.

critiques similaires au sujet du fait que l'analyse canadienne des droits à l'égalité ne place pas correctement l'égalité dans le contexte des réalités sociales et culturelles des Premières nations³⁹.

L'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) a mis au point une méthode générale permettant de réaliser une analyse comparative entre les sexes adaptée à la culture, qui comporte quatre éléments clés⁴⁰ :

1. faire reposer toutes les analyses politiques et juridiques sur une conception des relations entre les sexes telles qu'elles existaient avant l'arrivée des Européens, à l'époque où les citoyens des Premières nations, hommes et femmes, avaient la même valeur et vivaient dans des collectivités disposant d'elles-mêmes;
2. cerner les effets négatifs de la colonisation et des politiques d'assimilation sur les individus, les familles et les nations, notamment sur les relations hommes-femmes;
3. effectuer une analyse des réalités actuelles (éclairée par les deux premiers éléments) et cerner les aspects exigeant des changements pour tenir compte de tous les besoins et de tous les droits des femmes des Premières nations (p. ex., en tant que femme, en tant qu'Autochtone, en tant que personne handicapée) en matière d'égalité, d'une manière qui reflète la diversité culturelle des Premières nations et leurs différentes situations économiques et sociales, par exemple en recueillant des statistiques socioéconomiques pertinentes et en analysant les conditions sociales existantes et les effets des lois qui créent des inégalités entre les hommes et les femmes;
4. élaborer et mettre en œuvre des stratégies et des solutions éclairées par les trois premiers éléments. Ces stratégies et solutions peuvent exiger un traitement identique dans certains cas, alors que, dans d'autres, l'égalité peut requérir des mesures adaptées à l'un et l'autre sexes, des mesures propres aux Autochtones ou des mesures destinées précisément aux femmes autochtones, handicapées ou ayant d'autres besoins.

Ces quatre éléments sont visuellement représentés par des points placés autour du concept fondamental d'« équilibre ». Ce concept reconnaît le lien qui existe entre l'inégalité entre les sexes et les autres formes de discrimination et d'oppression et il englobe les valeurs autochtones traditionnelles conformes à la valeur égale des femmes et des hommes. Cette méthode d'analyse s'applique largement aux questions stratégiques et juridiques en général. Dans le présent document, l'analyse comparative entre les sexes adaptée à la culture est appliquée à l'analyse des droits à l'égalité en général ainsi qu'à la signification et à l'application possibles de l'article 1.2 de la LCDP et à la manière dont cette disposition traite l'égalité entre les sexes.

Les méthodes habituellement employées pour effectuer des analyses intersectionnelles des formes complexes de discrimination (analyses des droits à l'égalité portant sur une combinaison

³⁹ Mary Ellen Turpel, "Home/Land", *Canadian Journal of Family Law = Revue canadienne du droit familial*, Vol. 10, No. 1, 1991, p. 17; Vina Starr, "The Charter and Aboriginal Rights", dans *La Charte : dix ans après*. Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien et du ministère de la Justice du Canada tenue à Ottawa en avril 1992, Cowansville (Québec): Les Éditions Yvon Blais, 1992, p. 153.

⁴⁰ Native Women's Association of Canada, *Culturally Relevant Gender Based Analysis: An Issue Paper*, Ottawa: NWAC, 2007.

de motifs comme le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, la race, la culture ou la nation) ont encore souvent pour effet de compartimenter l'expérience des peuples des Premières nations en matière d'identité. Ce qu'il faut déterminer ici, c'est si l'analyse canadienne des droits à l'égalité a respecté la norme qu'elle a elle-même établie, à savoir tenir compte de la façon dont la discrimination est réellement vécue. Les méthodes d'analyse des droits à l'égalité qui ne sont pas eurocentriques doivent comporter un volet sur la situation des hommes et des femmes, qui tient compte des caractéristiques culturelles, ainsi qu'une analyse globale de l'expérience de la discrimination vécue par les hommes et les femmes des Premières nations car celle-ci influe sur les droits collectifs et les droits individuels. Une telle méthode reconnaîtrait que les effets discriminatoires des politiques et des lois touchant le sexe, la race, la culture, la nation, la famille, l'état matrimonial et les droits collectifs des membres des Premières nations ne peuvent souvent pas être séparés, un fait qui doit être pris en compte dans toute analyse des droits à l'égalité concernant les Premières nations.

PARTIE 3 – INCIDENCES DU RÉGIME DE LA LOI SUR LES INDIENS DÉTERMINÉES À L'AIDE D'UNE ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES SEXES ADAPTÉE À LA CULTURE

a) Aperçu des incidences du régime de la Loi sur les Indiens sur les droits individuels et les droits collectifs

Dans la présente partie, nous passerons en revue la partie III, « Les répercussions du régime de la *Loi sur les Indiens* », du Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs, et soumettrons son analyse et ses conclusions à une analyse comparative entre les sexes adaptée à la culture. Cette analyse mettra en lumière les répercussions différentes que la *Loi sur les Indiens* a eues sur les droits individuels des hommes et des femmes et sur les droits des femmes des Premières nations de jouir de droits collectifs. La partie III du Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs décrit « un contexte général permettant de cerner les répercussions prouvées et possibles de la *Loi sur les Indiens* et des politiques et programmes connexes sur les institutions sociales ainsi que les interactions les plus pertinentes quant à l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* aux Premières nations⁴¹ » au moyen d'un examen de la littérature en droit et en sciences sociales. Le rapport présente les conclusions suivantes au sujet de l'incidence de la *Loi sur les Indiens* à la page 69 :

- il y a encore des vestiges du traitement discriminatoire réservé aux femmes mariées à des non-membres et des différences connexes concernant les droits liés au statut et à l'appartenance entre cousins et, dans certains cas, entre enfants d'une même famille;
- un concept non traditionnel s'est glissé dans le dialogue concernant les frontières « collectives » de l'inclusion et de l'exclusion, le plus souvent associé aux différences concernant les droits liés au statut et à la résidence dans une réserve;

⁴¹ Bradley Morse, Robert Groves et D'Arcy Vermette, *L'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs*, p. 48.

- le fait que les conseils de bande (et, dans certains cas, les conseils tribaux) sont des « créatures de la *Loi sur les Indiens* » continue d’être vivement contesté, en particulier dans les cas où on fait valoir que les gouvernements des Premières nations agissent en conformité avec les traditions juridiques ou les règles de droit coutumier;
- les membres de certaines collectivités ont le sentiment que les Indiens et les non-résidents de longue date visés par le « projet de loi C-31 » sont des étrangers qui menacent les concepts d’« égalité » et d’« individualisme », en particulier lorsqu’ils invoquent la *Charte* ou les lois en matière de droits de la personne;
- l’isolement potentiel des plaignants et même les représailles susceptibles d’être exercées à leur endroit sont une réelle source de préoccupation étant donné la centralisation des pouvoirs, notamment discrétionnaires, sur les services entre les mains des gouvernements des Premières nations.

La première conclusion susmentionnée concerne l’égalité entre les sexes d’une manière très étroite. Du point de vue des Premières nations, les problèmes liés à l’égalité entre les sexes et la *Loi sur les Indiens* ne se limitent pas à la discrimination sexuelle résiduelle enracinée dans les dispositions de cette loi. Parmi ces problèmes, mentionnons l’absence de loi protectrice dans des domaines clés relatifs au droit de la famille qui reflète les valeurs culturelles et les traditions juridiques des Premières nations, ainsi que le préjugé culturel qui ressort de la jurisprudence et des méthodes juridiques d’analyse et qui influe sur la perception et le règlement des questions relatives à l’égalité entre les sexes.

Le fait que les instruments canadiens des droits de la personne n’ont pas réussi à maintes reprises à assurer une protection des plus nécessaire est un problème important et persistant. Même l’arrêt *McIvor* rendu récemment par la Cour d’appel fédérale de la Colombie-Britannique présente des problèmes en raison de la portée limitée des motifs sur lesquels la discrimination était fondée, de la discrimination elle-même et de la réparation possible, qui sont attribuables en grande partie à l’application de principes juridiques soi-disant neutres de non-rétroactivité et de droits acquis. Pris individuellement, ces principes semblent être neutres, mais leur application combinée à la situation des femmes des Premières nations devient une raison de **ne pas** s’attaquer aux multiples aspects et à la portée réelle de la discrimination dont ces femmes se disent victimes. De plus, certaines des techniques d’analyse des droits à l’égalité, comme le recours très fréquent à des groupes de comparaison, et la simplification de l’analyse en la limitant à un seul motif de discrimination alors que plusieurs motifs sont en jeu, pourraient limiter la vision que le décideur a de la portée, de l’incidence et de la dynamique de la discrimination lorsque celle-ci est fondée sur plusieurs motifs et des différentes formes de discrimination fondée sur un seul motif pendant une longue période de temps. L’arrêt *McIvor* illustre certaines des limites de l’analyse des droits à l’égalité et de la jurisprudence dans le domaine pour régler les cas complexes comportant plusieurs aspects de l’identité et plusieurs motifs de discrimination (comme la race, le sexe, la culture, l’état matrimonial et la situation de famille).

Les autres solutions proposées dans la partie III du Rapport sur l’équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs (et exposées ci-dessus) semblent avoir trait à des enjeux politiques à l’intérieur des collectivités des Premières nations et cernent de manière imprécise et

limitée les droits et intérêts collectifs sur lesquels la *Loi sur les Indiens* et son interprétation par les tribunaux ont une incidence.

Il faut d'abord mentionner qu'il y a plusieurs rapports novateurs qui, ensemble, donnent un portrait général des répercussions historiques et contemporaines des droits et des intérêts collectifs et individuels de la *Loi sur les Indiens* sur les membres des Premières nations, notamment les rapports suivants :

- *L'autonomie politique des Indiens au Canada : rapport du Comité spécial* [« Rapport Penner »] (Canada, Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens, *Procès-verbaux du Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens*, première session de la trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983, fascicule n° 40);
- le rapport de 1982 du Sous-comité de la Chambre des communes sur les femmes et la *Loi sur les Indiens*;
- Jamieson, Kathleen. *La femme indienne devant la loi : une citoyenne mineure*, Ottawa, Conseil consultatif de la situation de la femme, 1978;
- le Rapport final de la Commission royale sur les peuples autochtones, 1997, dont un chapitre traite des femmes autochtones.

Ces rapports et études, en plus de la littérature en sciences sociales et en droit, ont démontré que la *Loi sur les Indiens* a eu, et continue d'avoir, des effets négatifs importants sur les droits individuels et sur les droits collectifs des Premières nations. Dans le domaine de la gouvernance par exemple, si elle reconnaît les pouvoirs préexistants des Premières nations de choisir leurs dirigeants selon la coutume⁴² et indépendamment de cette loi, elle confère également au ministre des Affaires indiennes le pouvoir d'imposer le système électoral qu'elle et ses règlements d'application décrivent. Le Canada n'a pas été en mesure d'imposer ce système à toutes les Premières nations, mais il a déployé des efforts soutenus au fil des ans pour forcer les Premières nations à renoncer à leurs formes traditionnelles de gouvernance pour adopter ce système⁴³. Même aujourd'hui, bien que les Premières nations puissent utiliser des formes coutumières de gouvernance si elles tiennent des élections en vertu de l'article 74 de la *Loi sur les Indiens*, ce processus est régi par les politiques fédérales, de sorte que les formes coutumières de gouvernance des bandes qui sont reconnues par le ministère des Affaires indiennes ne reflètent généralement pas les traditions des Premières nations. Des politiques fédérales comme la « Politique sur la conversion au système électoral communautaire » ne permettent pas aux Premières nations de déroger à ce que le gouvernement fédéral considère comme des formes acceptables de gouvernance.

⁴² *Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290*, 107 F.T.R. 133, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (C.F. 1^{re} inst.); *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4^e) 358, [1999] 1 C.N.L.R. 106 (C.F. 1^{re} inst.).

⁴³ Wayne Daughtery et Dennis Madill, *L'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens, 1868-1951*, Ottawa, Direction de la recherche, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1980; Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, chap. 9; Vic Satzewich et Linda Mahood, "Indian Affairs and Band Governance: Deposing Indian Chiefs in Western Canada, 1896-1911", *Canadian Ethnic Studies*, Vol. 26, No. 1, 1994, p. 40-58.

D'après le Rapport Penner, le « Canada est dans l'obligation de protéger et de promouvoir les droits des premières nations indiennes d'une façon qui tienne compte des droits garantis par les pactes internationaux dont il est un signataire : le Pacte international des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'Acte final adopté à Helsinki en 1975. Ces accords garantissent le droit collectif fondamental des peuples à se gouverner et les droits fondamentaux de la personne ». Le Comité spécial sur l'autonomie gouvernementale des Indiens a conclu que la mise en application de toutes ses recommandations était nécessaire pour que le Canada s'acquitte de ses obligations internationales en matière de droits de la personne. Il est aussi d'avis que les Premières nations devaient être assujetties aux normes internationales en matière de droits de la personne concernant les droits individuels lorsqu'elles établissent des règles relatives à l'appartenance.

Le principal défi de s'attaquer aux répercussions négatives générales de la *Loi sur les Indiens* sur les droits et intérêts collectifs et individuels demeure. De plus, les processus décisionnels et législatifs des gouvernements des Premières nations sous le régime ou non de la *Loi sur les Indiens* peuvent aussi soulever des questions au regard de l'égalité entre les sexes. La nature de ce défi a changé quelque peu par suite des modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985, mais non l'ampleur, la portée ou la complexité des questions qui y sont liées.

Les modifications de 1985 sont souvent vues comme un « compromis » visant à répondre à ce qui était alors perçu comme des enjeux concurrents concernant les droits collectifs et individuels. Les Premières nations considèrent généralement que les lois ne répondent pas aux attentes sur les deux plans, pour tous les supposés bénéficiaires du projet législatif, hommes et femmes. Le soi-disant compromis est reflété dans le fait que l'on a admis que les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985 avaient fait disparaître une partie, mais pas la totalité, de la discrimination fondée sur le sexe et que ces modifications reconnaissaient seulement des pouvoirs législatifs délégués, non inhérents, aux Premières nations en ce qui a trait aux règles d'appartenance. La situation a aussi été aggravée, à la fois sur le plan des droits et intérêts collectifs que sur celui des droits et intérêts individuels par:

- le maintien du contrôle fédéral sur le droit au statut d'Indien, lequel repose presque exclusivement sur l'origine ou la quantité de sang indien pour les personnes nées après 1985⁴⁴;
- le maintien du contrôle fédéral absolu sur de nombreuses autres questions qui ont une incidence sur les droits et intérêts individuels et collectifs, de la gestion des terres aux testaments et aux successions.

Selon de nombreux auteurs, les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985 n'ont pas permis de respecter à la fois les droits collectifs et les droits individuels. Compte tenu de l'interdépendance reconnue du droit à l'autodétermination et des droits fondamentaux individuels, y compris le droit de ne pas être victime de discrimination fondée sur le sexe, la culture et la race, le principal obstacle au progrès semble reposer dans les fondements coloniaux de la *Loi sur les Indiens* elle-même. Le maintien du contrôle législatif fédéral, ses structures de gouvernance et sa surveillance paternalistes ainsi que l'absence de disposition sur les droits de la personne, entre autres, témoignent de l'inspiration et de la philosophie coloniales de cette loi. De

⁴⁴ Cette méthode a aussi eu pour effet de réduire le nombre de personnes admissibles au statut d'Indien.

plus, les colonisateurs en Amérique du Nord et ailleurs se sont servi du droit pour manipuler les définitions raciales des peuples autochtones (entre autres techniques), comme un outil d'assimilation pour acquérir les terres de ces derniers⁴⁵. L'utilisation de la *Loi sur les Indiens* et de ses politiques connexes à cette fin est fondamentalement contraire à la réalisation des droits individuels et des droits collectifs.

Comme il a été mentionné dans la partie 2, l'AFAC a mis au point une méthode générale pour effectuer une analyse comparative entre les sexes adaptée à la culture comptant quatre éléments clés. Cette méthode d'examen des enjeux juridiques et politiques des Premières nations qui tient compte des caractéristiques culturelles ainsi que de la spécificité des sexes sera utilisée dans le cadre de l'examen de la partie III du Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs, en particulier les aspects suivants :

- les questions relatives aux préjugés culturels et sexuels dans la jurisprudence et l'analyse juridique et dans la littérature en sciences sociales;
- le rapport entre les notions de différence entre les sexes et de différence culturelle et raciale et le colonialisme, et le lien entre ces notions et une analyse de l'égalité réelle;
- les répercussions qu'ont eues les notions de différence culturelle et les représentations de ces notions dans le droit relatif aux Premières nations sur les notions de différence et d'inégalité entre les sexes;
- le rapport entre l'approche coloniale utilisée dans la *Loi sur les Indiens* pour définir l'identité collective et celles employées pour définir des catégories d'identité en droit et la différence de traitement entre les hommes et les femmes qui en découle;
- le rapport entre les notions de propriété dans la *Loi sur les Indiens* et les notions de différence et d'inégalité entre les sexes.

Les nombreuses dimensions de la discrimination sexuelle, raciale et culturelle ressortiront clairement de l'examen des formes historiques et contemporaines de la discrimination découlant de la *Loi sur les Indiens*.

Comme le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs l'indique, la *Loi sur les Indiens* a perturbé et, à certains moments de son histoire, a tenté d'éliminer les systèmes de gouvernance et de propriété des Premières nations, notamment en attaquant les régimes fondés sur les liens de parenté sur le plan législatif et politique et en manipulant des définitions d'identité, de famille, de collectivité et de nation qui tiennent compte des différences entre les sexes. Le Rapport souligne aussi la difficulté de cerner les répercussions précises de ces mesures sur chaque Première nation, notamment en raison de l'ampleur de la diversité des enjeux politiques, culturels et juridiques des Premières nations, de leur expérience particulière concernant la colonisation, et de leurs stratégies pour éviter d'être colonisées.

⁴⁵ Patrick Wolfe, "Land, Labor and Difference: Elementary Structures of Race", *The American Historical Review*, Vol. 106, No. 3, 2001, p. 866-905; Patrick Wolfe, « Settler Colonialism and the Elimination of the Native », *Journal of Genocide Research*, Vol. 8, Issue 4, 2006, p. 387-409.

Une autre difficulté à laquelle il faut s'attarder plus longuement car elle peut soulever des questions relativement à la preuve concernant les plaintes de discrimination auxquelles l'article 1.2 s'applique est de trouver une façon de gérer le risque de préjugé culturel ou sexuel dans la jurisprudence et l'analyse juridique ainsi que dans la littérature en sciences sociales. Dans le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs, on peut lire : « En raison de la superposition des règles de droit, politiques et institutions non autochtones, l'authenticité des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations est contestée » [p. 27]. L'étendue et la source de ces contestations ne sont pas suffisamment expliquées pour qu'une telle généralisation puisse être faite vu le grand nombre de Premières nations et leur grande diversité. Le Rapport conclut ensuite :

Il est donc nécessaire d'évaluer l'« authenticité » des droits ou intérêts collectifs invoqués. Les pratiques des Premières nations ne sont pas toujours considérées comme un fondement valable justifiant la discrimination lorsque des droits ou intérêts individuels sont touchés. Il y a donc lieu d'examiner les procédures ou techniques permettant de distinguer les aspects « traditionnels » d'avec ceux qui découlent d'éléments introduits. En consultant la littérature en sciences sociales et en histoire dans le cadre de l'examen de la nature et du sens des traditions juridiques et des règles de droit coutumier, nous pourrions également trouver des facteurs qui ont une influence sur les droits et intérêts individuels et collectifs et savoir vers qui nous tourner pour évaluer l'authenticité des traditions et règles de droit en question.

Il faut tenir compte, quand on examine la jurisprudence, les commentaires juridiques et la littérature en sciences sociales, du risque important de préjugé culturel, étant donné que la grande majorité de ces sources proviennent de non-Autochtones, à l'intérieur d'institutions ou de systèmes de connaissances largement contrôlés par des non-Autochtones. L'AFAC a conclu dans une étude précédente :

[Traduction]

En adoptant une méthode de recherche multidisciplinaire qui examine le travail de spécialistes autochtones et non autochtones, nous sommes confrontés à des questions au sujet de ce qui est considéré comme des connaissances, de la façon dont elles sont produites et de la façon dont elles sont utilisées. Nous devons étudier comment les conventions de la recherche universitaire occidentale adoptées largement par les non-Autochtones a, dans de nombreux cas, perpétué la pensée coloniale et les deux phénomènes qui l'accompagnent : le sexisme et le racisme. En d'autres termes, nous ne pouvons pas comprendre correctement les enjeux des hommes et des femmes et les relations entre les sexes au sein des sociétés des Premières nations ou dans la société canadienne en général qui ont une incidence sur les femmes des Premières nations si nous ne comprenons pas les conséquences historiques de bon nombre des travaux considérés comme des « références » dans le domaine. Plusieurs spécialistes des Premières nations ont défendu ce point de vue avec conviction⁴⁶.

⁴⁶ Native Women's Association of Canada, *First Nations Identity, Citizenship and First Nations Women*, Ottawa: NWAC, 2010. Cette conclusion est fondée notamment sur les articles suivants : Bonita Lawrence, "Rewriting Histories of the Land: Colonization and Indigenous Resistance in Eastern Canada" dans Sherene H. Razack (ed.), *Race, Space, and the Law: Unmapping a White Settler Society*, Toronto: Between the Lines, 2002, p. 21;

Dans le contexte de l'analyse des questions relatives à l'égalité entre les sexes, l'auteure américaine Devon Mihesuah prévient que les reconstitutions des complexités de la vie des femmes indiennes doivent tenir compte de l'époque et du lieu en cause car les valeurs tribales, les rôles des sexes, les apparences et les définitions de l'identité indienne évoluent⁴⁷. Elle fait aussi remarquer que la documentation sur les femmes indiennes américaines est beaucoup plus abondante depuis 20 ans. Les travaux récents témoignent des efforts déployés par les ethnohistoriens pour recréer les histoires des femmes indiennes, et leur sensibilité concernant leur rôle d'interprètes de la vie, de la culture et du passé d'autres personnes ressort de leurs publications. De nombreuses universitaires qui s'intéressent aux femmes indiennes américaines ont fait des percées importantes dans leurs histoires, mais leurs interprétations sont souvent erronées et peu élaborées et ne donnent que des réponses partielles à des questions compliquées. De plus, leurs études ne rattachent pas le passé au présent, alors que c'est la raison pour laquelle nous devrions écrire l'histoire en tout premier lieu⁴⁸.

Une comparaison des notes de Samuel Hearne concernant la situation des femmes chippewyans et du journal de ses notes qui a été publié fournit une autre preuve des dangers des histoires des peuples des Premières nations relatées par des sources coloniales et des études ethnographiques effectuées par celles-ci. Des différences significatives qui ont eu pour effet de donner une image négative des relations entre les hommes et les femmes dans la société chippewyan ont servi de fondement à des commentaires de spécialistes des sciences sociales et ont contribué aux stéréotypes concernant le rôle traditionnel des femmes chippewyans en tant que « bêtes de somme⁴⁹ ».

Il faut aussi s'attaquer aux préjugés qui se trouvent au cœur de la jurisprudence et de la culture juridique canadiennes, comme Kent McNeil le mentionne. À titre d'exemple, ce dernier souligne que la Constitution du Canada a été conceptualisée d'une manière qui exclut les peuples autochtones des structures du gouvernement⁵⁰. De même, Mary Ellen Turpel et Timothy Dickson se demandent comment même des dispositions et des analyses de droit constitutionnel qui ont expressément pour but de respecter la différence culturelle des Premières nations peuvent au bout du compte transformer leur prétendue « altérité » en « droits » fondamentaux de la différence toujours assujettis aux valeurs culturelles et juridiques du système juridique

Robert E. Bieder, "The Representation of Indian Bodies in Nineteenth Century American Anthropology", *American Indian Quarterly*, Vol. 20, No. 2, Special Issue: *Repatriation: An Interdisciplinary Dialogue*, 1996, p. 165-179; Sandy Gonzalez, "Intermarriage and Assimilation: The Beginning or the End?", *Wicazo Sa Review*, Vol. 8, No. 2, 1992, p. 248; Jonathan Peyton et Robert L.A. Hancock, "Anthropology, State Formation and Hegemonic Representations of Indigenous Peoples in Canada, 1910-1939", *Native Studies Review*, Vol. 17, 2008, p. 45; Bruce M. White, "The Woman Who Married a Beaver: Trade Patterns and Gender Roles in the Ojibwa Fur Trade", *Ethnohist*, Vol. 46, 1999, p. 109.

⁴⁷ Devon A. Mihesuah, "Commonality of Difference: American Indian Women and History", *American Indian Quarterly*, Vol. 20, No. 1, 1996, p. 15-16 [Mihesuah, *Commonality of Difference*].

⁴⁸ Mihesuah, *Commonality of Difference*, p. 15.

⁴⁹ Heather Rollason, "Some Marked Differences in the Representations of Chipewyan Women in Samuel Hearne's Field Notes and His Published Journal" dans David T. McNab (ed.), *Earth, Water, Air, and Fire: Studies in Canadian Ethnohistory*, Montréal: Wilfrid Laurier University Press, 1998, p. 263.

⁵⁰ Kent McNeil, "The Decolonization of Canada: Moving Toward Recognition of Aboriginal Governments", *Western Legal History*, Vol. 7, No. 1, 1994, p. 114-141.

eurocanadien⁵¹. La reconnaissance juridique de la différence qui suppose un assujettissement important aux lois en ce qui concerne l'expression collective des droits, traditions juridiques et règles de droit coutumier des Premières nations constitue un obstacle majeur à l'égalité réelle en matière de droits collectifs et de droits individuels.

En recommandant que l'importance soit accordée à ce que la justice signifie pour les Autochtones, Monture affirme que le système de justice canadien dans l'ensemble est une source constante d'oppression pour les Premières nations. Elle donne plusieurs exemples, dont l'exception de l'article 67 de la LCDP⁵². Selon elle, les nombreux exemples de discrimination explicite qui ont opprimé les peuples autochtones montrent que toute l'oppression dont les peuples autochtones ont été victimes au Canada a été exercée avec l'aide et la sanction officielle du droit. Le système juridique est au cœur de ce que doivent rejeter les Autochtones en tant que nations et individus. Bien que cette auteure n'ait jamais considéré le système juridique ordinaire comme un système juste, mais plutôt comme un instrument de l'oppression qu'elle subit, elle continue de croire qu'il devrait y avoir un lien entre droit et justice⁵³.

Les façons de comprendre le monde et la résolution juridique des problèmes dépendent de la culture sur de nombreux plans, ce qui complique ce que Timothy Dickson appelle le *problème du jugement interculturel*⁵⁴. Les caractéristiques typiques des systèmes juridiques de source européenne sont différentes, à de nombreux égards, de celles des peuples ayant vécu la colonisation européenne⁵⁵. L'analyse juridique occidentale (eurocanadienne notamment), et l'analyse des droits à l'égalité en particulier, reposent fondamentalement sur des techniques de résolution des problèmes qui exigent la création de catégories, notamment de peuples et de caractéristiques de peuples, et de comparaisons⁵⁶. Bien que cela puisse sembler naturel aux yeux des juristes formés au Canada, il s'agit d'une méthode de résolution des problèmes avec laquelle de nombreux peuples des Premières nations ne sont pas à l'aise⁵⁷. Le problème de la catégorisation et le risque qui en découle d'essentialiser les personnes même que les règles de droit relatives aux droits à l'égalité visent à aider ont aussi fait l'objet de nombreux commentaires et débats par plusieurs spécialistes renommés des droits de la personne au Canada

⁵¹ Mary Ellen Turpel, "Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretive Monopolies, Cultural Differences", *Canadian Human Rights Yearbook = Annuaire canadien des droits de la personne*, Toronto: Carswell, Vol. 6, 1989-1990, p. 3; Timothy Dickson, "Section 25 and Intercultural Judgment", *University of Toronto Faculty of Law Review = Revue de droit de l'Université de Toronto*, Vol. 61, No. 2, 2003, p. 141 [Dickson, *Section 25 and Intercultural Judgment*]

⁵² Patricia Monture-Okanee, "Thinking About Aboriginal Justice: Myths and Revolution" dans Richard Gosse, James Youngblood Henderson et Roger Carter (eds.), *Continuing Poundmaker and Riel's Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice*. Saskatoon, Saskatchewan: Purich Publishing, 1994, p. 222. [Monture-Okanee, *Thinking About Aboriginal Justice*]

⁵³ Monture-Okanee, *Thinking About Aboriginal Justice*, p. 223.

⁵⁴ Dickson, *Section 25 and Intercultural Judgment*.

⁵⁵ Kenneth B. Nunn, "Law as a Eurocentric Enterprise", *Law and Inequality*, Vol. 15, 1997, p. 323. [Nunn, *Law as Eurocentric Enterprise*]

⁵⁶ Nunn, *Law as Eurocentric Enterprise*; Martha Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca et London: Cornell University Press, 1990.

⁵⁷ Voir, par exemple, James [sakéj] Youngblood Henderson, "First Nations' Legal Inheritances in Canada: The Mikmaq Model", *Manitoba Law Journal*, Vol. 23, No. 1, 1996, p. 1-31; Patricia A. Monture-Okanee, "The Roles and Responsibilities of Aboriginal Women: Reclaiming Justice", *Saskatchewan Law Review*, Vol. 56, 1992, p. 237; Mary Ellen Turpel, "Patriarchy and Paternalism: The Legacy of the Canadian State for First Nation Women", *Canadian Journal of Women and the Law = Revue Femmes et Droits*, Vol. 6, 1993, p. 174.

qui s'intéressent aux différents types de revendicateurs de l'égalité, notamment les membres des Premières nations⁵⁸.

Le fait que les analyses des droits à l'égalité se fondent largement sur des catégories et des comparaisons de concepts abstraits concernant des aspects de l'expérience humaine comme le sexe et la race peut empêcher les tribunaux de percevoir et de comprendre comment la discrimination fondée sur plus d'un motif est réellement vécue par les personnes qui en sont victimes. Ce phénomène a des répercussions sur la capacité des règles de droit relatives à l'égalité de reconnaître la discrimination et d'offrir des réparations appropriées. Par exemple, la décision défavorable prononcée dans l'arrêt *Lavell* ne découlait pas seulement du concept d'égalité au sens d'égalité juridique formelle – ce concept a été rejeté depuis – mais aussi de l'incapacité du système judiciaire de reconnaître les cas de discrimination fondée à la fois sur la race et le sexe et d'y répondre. Kathleen Jamieson rappelle que la prétention selon laquelle les femmes des Premières nations sont victimes de discrimination fondée à la fois sur la race et sur le sexe a été complètement laissée de côté dans la décision de la majorité⁵⁹.

Une analyse intersectionnelle de la discrimination reposant sur l'expérience des femmes des Premières nations sera particulièrement importante lorsque cette discrimination découle de leur statut de personne qui a été rétabli lorsque la *Loi sur les Indiens* a été modifiée en 1985 (projet de loi C-31). Des actions en justice ont été intentées par des femmes des Premières nations contre des gouvernements des Premières Nations en vertu de la *Charte* et de la LCDP au sujet de ce type de discrimination⁶⁰. Des poursuites ont aussi été intentées par des femmes des Premières nations contre le Canada par suite du rétablissement de leur statut d'Indienne en vertu du projet de loi C-31; ces poursuites étaient fondées sur plusieurs motifs de discrimination, notamment le sexe et l'état matrimonial⁶¹.

Il sera important également de procéder à une analyse intersectionnelle relativement aux plaintes de discrimination visant des gouvernements des Premières nations dans les domaines des programmes, des services et des logements, en raison des diverses répercussions que peut avoir l'effet combiné des décisions du gouvernement fédéral et d'une Première nation sur les droits individuels.

⁵⁸ Nitya Duclos, "Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases", *Canadian Journal of Women and the Law = Revue Femmes et Droits*, Vol. 6, 1993, p. 25; Nitya Iyer, "Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity", *Queen's Law Journal*, Vol. 19, 1994, p. 194; Douglas Kropp, "'Categorical' Failure: Canada's Equality Jurisprudence – Changing Notions of Identity and the Legal Subject", *Queen's Law Journal*, Vol. 23, 1997, p. 201; Dianne Pothier, "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences", *Canadian Journal of Women and the Law = Revue Femmes et Droits*, Vol. 13, 2001, p. 37; Denise G. Rheume, "Of Pigeonholes and Principles: A Reconsideration of Discrimination Law", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 40, 2002, p. 113.

⁵⁹ Kathleen Jamieson, *La femme indienne devant la loi : une citoyenne mineure*, Ottawa, Conseil consultatif de la situation de la femme, 1978, p. 85.

⁶⁰ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Conseil de la Bande de Gordon*, [2001] 1 C.F. 124 (C.A.); *Raphael c. Montagnais*, [1995] D.C.D.P. n° 10; *Scrimbitt c. Sakimay Indian Band Council*, [2000] 1 C.N.L.R. 205 (C.F.); *Six Nations of the Grand River c. Henderson*, [1997] 1 C.N.L.R. 202 (Cour de justice de l'Ontario).

⁶¹ *McIvor c. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153 (CanLII); autorisation d'appel refusée : 2009 CanLII 61383 (C.S.C.).

Les circonstances culturelles sont pertinentes également au regard des concepts de la propriété et de la façon de la réglementer au moyen de règles de droit de différentes formes parce que les facteurs culturels façonnent la manière dont différentes cultures conçoivent les objets inanimés, la terre et les relations humaines : « Les types de relations sociales qui sous-tendent une conception de la propriété englobent la façon dont une culture crée un esprit communautaire entre ses membres en ce qui concerne notamment l'utilisation des terres, la connaissance du territoire, les droits d'utilisation et l'acquisition de biens. La propriété est une expression des relations sociales parce qu'elle détermine l'organisation entre les personnes et leur environnement physique. Elle n'est pas tant l'affirmation d'une chose qu'une description d'un ensemble de pratiques qui régissent nos relations quotidiennes avec les autres⁶² » [*traduction*].

En l'absence d'une reconnaissance claire des gouvernements des Premières nations par des politiques, des lois ou un amendement constitutionnel, le cadre juridique colonial établi par la *Loi sur les Indiens* continue de s'appliquer avec son modèle de gouvernance des bandes qui laisse à désirer et qui est soutenu par le contrôle fédéral absolu, et ses répercussions négatives sur les droits et les intérêts collectifs et individuels dans une grande variété de domaines, notamment le statut d'Indien, la qualité de membre d'une bande (dans le cas des bandes qui n'assument pas le contrôle de leur code d'appartenance en vertu de l'article 10), la relation juridique entre le statut d'Indien et la qualité de membre d'une bande, la gestion des terres de réserve, les testaments et les successions.

La Commission a reconnu les limites des actions en justice relatives aux droits à l'égalité pour régler les questions sur ce sujet sous le régime de la *Loi sur les Indiens* et a déclaré qu'elle appuyait « un examen approfondi de la *Loi sur les Indiens* jusqu'à ce que l'on adopte une approche de gouvernance qui reconnaît aux premières nations le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ». La Commission a expliqué pourquoi une telle étude était nécessaire :

- une approche visant à corriger, cas par cas et article par article, les dispositions discriminatoires de la *Loi sur les Indiens*, notamment les questions relatives à la discrimination résiduelle fondée sur le sexe, sera coûteuse en temps et en argent en plus de générer des conflits;
- la LCDP impose le fardeau de la preuve aux plaignants, lesquels n'ont pas toujours accès à des ressources juridiques⁶³.

b) Rapport entre les concepts de différence entre les sexes, de différence culturelle et raciale et de colonialisme

Comme nous l'avons dit plus tôt, le sexe est un concept façonné par le contexte social et culturel. Les notions de différence raciale et culturelle, qui varient aussi d'une société à l'autre, sont intimement liées aux processus de colonialisme dans de nombreuses parties du monde. Par exemple, dans son étude marquante sur le colonialisme et la pensée coloniale, Edward Said a décrit l'orientalisme comme un système complet de pensée, de communication et de processus

⁶² Bradley Bryan, "Property as Ontology: On Aboriginal and English Understandings of Ownership", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 13, No. 1, 2000, p. 3.

⁶³ Canada. Chambre des communes. Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord. *Témoignages*, 40^e législature, 3^e session, n° 011, p. 2 (22 avril 2010) (Jennifer Lynch, présidente de la Commission canadienne des droits de la personne).

institutionnels et l'exercice du pouvoir fondé sur des différences inhérentes entre « l'Ouest » (les Européens ou l'Occident) et « l'Est » (l'Orient), différences décelées et définies par l'Ouest. Selon lui, l'orientalisme en tant que système de pensée imprègne le monde universitaire, le milieu juridique et les administrations publiques de manière à constituer une forme occidentale de domination, de restructuration et de contrôle de l'Orient – en d'autres termes, une conception occidentale de l'Orient dans laquelle les préjugés jouent un rôle important⁶⁴. Dans son étude féministe de l'orientalisme, Meyda Yeğenoğlu a montré que les représentations des différences culturelles peuvent être inextricablement liées aux représentations des différences sexuelles et que les représentations des différences culturelles et sexuelles sont non seulement constitutives l'une de l'autre, mais elles le sont aussi des différences coloniales⁶⁵.

Homi Bhabha a aussi traité de façon incisive de la dynamique et de la psychologie des relations coloniales et du rôle joué par les stéréotypes comme instruments de contrôle. Bhabha décrit le phénomène du « mimétisme » et fait des commentaires sur l'ambivalence des stéréotypes coloniaux. Ce phénomène est évident dans le pouvoir de colonisation de créer et de contrôler « un Autre réformé, reconnaissable, comme sujet d'une différence qui est presque le même, mais pas tout à fait⁶⁶ ».

En Amérique du Nord, une force discursive coloniale semblable découle systématiquement du régime de la *Loi sur les Indiens* d'une façon qui suppose que de nouvelles formes – et même des plus anciennes comme la disposition de l'alinéa 12(1)b) – soient éliminées. Dans son étude fondamentale de la façon dont les Autochtones métis vivant en milieu urbain comprennent et traitent leur propre identité, Bonita Lawrence a écrit que la *Loi sur les Indiens* est beaucoup plus qu'un ensemble de règles de droit qui a contrôlé tous les aspects de la vie d'un Indien inscrit depuis plus de 100 ans : il s'agit aussi d'un cadre conceptuel ayant structuré la vie moderne des Premières nations de différentes manières qui ont été presque naturalisées et régissant les façons de penser au sujet de l'identité autochtone⁶⁷.

Le colonialisme en Amérique du Nord – et la *Loi sur les Indiens* en particulier – n'a pas seulement imposé des valeurs propres à l'un ou l'autre sexe qui reflètent des normes culturelles européennes, il a aussi créé et imposé des concepts racialisés particuliers concernant le sexe et les a appliqués aux cultures autochtones. Les stéréotypes sexuels racialisés montrent comme le racisme et le sexisme peuvent souvent exister simultanément et de manière indissociable. En ce qui concerne les peuples des Premières nations, l'AFAC a conclu d'un examen de la littérature en droit et en sciences sociales (ainsi que de l'expérience quotidienne des femmes des Premières nations) :

[Traduction]

La discrimination sexuelle exercée à l'égard des femmes des Premières nations en vertu de la *Loi sur les Indiens* s'inscrivait dans le cadre d'un modèle plus large

⁶⁴ Edward W. Said, *L'orientalisme*, Paris, Seuil, 1980, p. 3.

⁶⁵ Meyda Yeğenoğlu, *Colonial Fantasies: Towards a Feminist Reading of Orientalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

⁶⁶ Homi K. Bhabha, *Les lieux de la culture*, Paris, Payot, 2007, p. 148.

⁶⁷ Bonita Lawrence, "Real" *Indians and Others*, Vancouver et Toronto: UBC Press, p. 25. [Lawrence, *Real Indians and Others*]

d'identités racistes et sexistes créé et appliqué par les colonisateurs aux femmes et aux hommes des Premières nations. Plusieurs spécialistes, dont Bethany Ruth Berger⁶⁸, Sarah Carter⁶⁹, Allison Dussias⁷⁰, Rose Stremlau⁷¹, Kim Anderson⁷² et Elizabeth Vibert⁷³, ont décrit la teneur et le rôle de ces stéréotypes répandus aux États-Unis et au Canada. Ces stéréotypes imposés reposaient sur des perceptions et des principes européens concernant les rôles respectifs des hommes et des femmes des Premières nations, les relations entre eux et ce que ces relations devraient être. Par exemple, parce que ce sont les femmes plutôt que les hommes qui se livrent habituellement à l'agriculture au sein des Premières nations, les observateurs européens ont souvent considéré que cela témoignait de l'oppression exercée par les hommes sur les femmes. Il existait un stéréotype selon lequel les hommes étaient paresseux parce qu'ils laissaient aux femmes le soin de s'occuper de l'agriculture et qu'ils limitaient leurs activités de subsistance à la chasse, à la pêche et au trappage. Les Européens jugeaient l'agriculture et la chasse à partir d'un cadre de référence européen concernant le sexe et la classe : il appartenait aux hommes de s'occuper de l'agriculture, les femmes devaient rester à la maison et la chasse était un loisir réservé aux classes supérieures. En conséquence, les gouvernements colonisateurs européens n'ont pas reconnu que le rôle des femmes des Premières nations dans le domaine de l'agriculture traduisait en fait une position d'équilibre, d'égalité et de pouvoir au sein de leurs nations. Les stéréotypes sexuels et racialisés à l'égard des membres des Premières nations ont servi notamment à justifier la dépossession de ces personnes de leurs terres, de leurs ressources et de leurs moyens de subsistance⁷⁴ et une campagne ayant pour but de remplacer les femmes par les hommes dans les activités agricoles et de placer ces derniers en situation de pouvoir par rapport aux femmes au sein des Premières nations.

Les valeurs sexistes et racistes ont pris différentes formes dans le droit et les politiques touchant les Indiens aux États-Unis et au Canada : politique agricole indienne, lois relatives au statut d'Indien, incapacités juridiques touchant les femmes des Premières nations, notamment le fait qu'elles n'avaient pas le droit de voter, d'hériter ou de détenir des biens. Cette campagne coloniale a eu un effet particulier néfaste sur le statut des femmes des Premières nations au sein de leur propre société

⁶⁸ Ruth Bethany Berger, "Indian Policy and the Imagined Indian Woman", *Kansas Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, 2004, p. 103.

⁶⁹ Sarah Carter, "Categories and Terrains of Exclusion: Constructing the 'Indian Woman' in the Early Settlement Era in Western Canada" dans Joy Parr et Mark Rosenfeld (eds.), *Gender and History in Canada*, Toronto: Copp Clark, 1996, p. 30-49.

⁷⁰ Allison M. Dussias, "Squaw Drudges, Farm Wives, and Dann Sisters' Last Stand: American Indian Women's Resistance to Domestication and the Denial of Their Property Rights", *North Carolina Law Review*, Vol. 77, 1999, p. 637.

⁷¹ Rose Stremlau, "To Domesticate and Civilize Wild Indians: Allotment and the Campaign to Reform Indian Families", *Journal of Family History*, Vol. 30, No. 3, 2005, p. 265-286.

⁷² Kim Anderson, *A Recognition of Being: Reconstructing Native Womanhood*, Toronto: Second Story Press, 2000.

⁷³ Elizabeth Vibert, "Real Men Hunt Buffalo: Masculinity, Race and Class in British Fur Traders' Narratives" dans Joy Parr et Mark Rosenfeld (eds.), *Gender and History in Canada*, Toronto: Copp Clark, 1996, p. 50.

⁷⁴ Sarah Carter, "Categories and Terrains of Exclusion: Constructing the 'Indian Woman' in the Early Settlement Era in Western Canada" dans Joy Parr et Mark Rosenfeld (eds.), *Gender and History in Canada*, Toronto: Copp Clark, 1996, p. 30-49.

en mettant à mal les normes plus égalitaires des sociétés des Premières nations. La dévalorisation des moyens de subsistance qui étaient traditionnellement l'affaire des hommes a aussi eu pour effet d'entraîner une rupture dans les relations entre les hommes et les femmes au sein des Premières nations⁷⁵.

Avant 1985, le mythe de l'Indien en voie de disparition (dont Bonita Lawrence et d'autres auteurs ont parlé⁷⁶) a été alimenté par l'application de règles de droit comme les règles d'exclusion par mariage, qui entraînait de la discrimination fondée sur le sexe, et d'autres formes d'« émancipation » obligatoire. Depuis 1985, la règle de la quantité de sang qui est contenue implicitement aux articles 6 et 7 des dispositions sur le droit d'obtenir le statut d'Indien renforce la racialisation des membres des Premières nations et constitue un nouveau moyen de mettre en œuvre, dans le droit fédéral, le mythe de l'Indien en voie de disparition, indépendamment des règles de droit des Premières nations. Ainsi, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* sur le droit d'obtenir le statut d'Indien, ainsi que les autres dispositions, quoique celles-ci soient faiblement liées au droit d'appartenir à une bande, continuent d'avoir un effet négatif sur l'identité et les droits collectifs et sur l'identité et les droits individuels des membres des Premières nations.

Comme Lawrence⁷⁷ et d'autres auteurs l'ont fait observé, les notions coloniales de sexe, de race et de culture qui sont interreliées et qui sont encore appliquées aux hommes et aux femmes des Premières nations peuvent influencer sur les décisions prises par celles-ci dans la mesure où elles ont été incorporées par le colonialisme. Des notions coloniales enracinées peuvent aussi influencer sur les décisions prises par des organismes externes comme les tribunaux judiciaires et administratifs, qui peuvent considérer la spécificité liée au sexe des traditions des Premières nations sur le plan des connaissances comme une inégalité entre les sexes, comme Monture le prétend (voir ci-dessus). Il est tout aussi important de reconnaître les façons dont les Premières nations ont réussi à résister à l'assimilation et à rétablir et appliquer leurs valeurs culturelles et leurs traditions juridiques que de reconnaître la discrimination exprimée par une règle de droit traditionnel ou coutumier.

Dans une étude précédente, l'AFAC a mentionné que, bien que certains citoyens puissent s'exprimer avec plus d'autorité que d'autres en raison de leur expertise, de leurs connaissances ou de leur expérience, chaque personne dans la collectivité peut avoir et peut exprimer une opinion et participer au processus décisionnel collectif. Au Canada, le paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît que cette dimension participative des droits collectifs

⁷⁵ Elizabeth Vibert, "Real Men Hunt Buffalo: Masculinity, Race and Class in British Fur Traders' Narratives" in Joy Parr et Mark Rosenfeld (eds.), *Gender and History in Canada* (Toronto: Copp Clark, 1996) 50; Ruth Bethany Berger, "Indian Policy and the Imagined Indian Woman", *Kansas Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, 2004, p. 103.

⁷⁶ L'origine et le rôle de ce mythe au Canada sont analysés par Bonita Lawrence, *"Real" Indians and Others, Mixed Blood Urban Native Peoples and Indigenous Nationhood*, Vancouver: UBC Press, 2004, p. 5 [Lawrence, *"Real" Indians and Others*]. Aux États-Unis, la théorie de l'« Indien en voie de disparition » est analysée par Kevin Noble Maillard dans "The Pocahontas Exception: The Exemption of American Indian Ancestry from Racial Purity Law", *Mich. J. Race & Law*, Vol. 12, 2007, p. 351, et par Laura Ferguson, "Indian Blood or Lifeblood: An Analysis of the Racialization of Native North American Peoples", thèse de maîtrise, Montana State University, 2005, p. 36.

⁷⁷ Lawrence, *"Real" Indians and Others*.

caractérise les hommes et les femmes, en garantissant les droits ancestraux ou issus de traités également aux hommes et aux femmes⁷⁸.

Dans le cadre d'une analyse du droit international en matière de droits de la personne, Eva Brems affirme qu'il y a une dimension participative aux droits collectifs – en d'autres termes, les membres d'une culture ou d'un peuple ont un droit égal de participer aux discussions sur ce qu'est une tradition ou une culture à un moment précis⁷⁹. Au sujet de la protection des droits collectifs en matière de culture, Brems soutient que, lorsque des questions concernant la protection des valeurs culturelles se posent, le terme « tradition » ne saurait avoir un sens figé. Elle soutient également que les membres de la collectivité – hommes et femmes – doivent avoir la possibilité de façonner l'expression juridique des normes culturelles contemporaines.

Cette analyse est étayée par l'article 44 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, qui prévoit : « Tous les droits et libertés reconnus dans la présente Déclaration sont garantis de la même façon à tous les autochtones, hommes et femmes. »

L'analyse présentée par John Borrows dans *Canada's Indigenous Constitution*, où il examine en profondeur le sens et la portée des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations tout en reconnaissant le rôle des normes internationales en matière de droits de la personne dans leur application contemporaine et la nécessité d'assurer une protection contre ceux qui déforment les traditions à leur propre avantage et au détriment des autres, concorde avec ces principes⁸⁰. (En outre, Borrows est favorable à l'application de la *Charte* aux Premières nations à l'intérieur d'un cadre juridique comportant une loi d'harmonisation afin de reconnaître et d'intégrer explicitement les traditions juridiques des Premières nations.)

c) Gouvernance des Premières nations en dehors du régime de la Loi sur les Indiens

Il faut se rappeler également que certaines Premières nations ont négocié des ententes sur l'autonomie gouvernementale afin de ne plus être assujetties au régime de la *Loi sur les Indiens*. En conséquence, la *Loi sur les Indiens* ne s'applique plus à leurs citoyens, sauf – et il s'agit d'une exception importante – les dispositions sur le droit au statut d'Indien.

Le gouvernement fédéral considère généralement que la LCDP doit s'appliquer aux Premières nations à la suite de la conclusion d'ententes sur l'autonomie gouvernementale en raison des dispositions générales de ces ententes sur l'application du droit fédéral et ses rapports avec le droit des Premières nations. Or, certaines Premières nations jouissant de l'autonomie gouvernementale estiment qu'elles ont une compétence inhérente en matière de droits de la personne. D'autres Premières nations acceptent toutefois l'application de la LCDP et ont adopté

⁷⁸ Native Women's Association of Canada, *First Nations Identity, Citizenship and First Nations Women*, Ottawa: NWAC, 2010.

⁷⁹ Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 490; Eva Brems, "Protecting the Human Rights of Women" dans Gene M. Lyons et James Mayall (eds.), *International Human Rights in the 21st Century: Protecting the Rights of Groups*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2003, p. 100.

⁸⁰ Borrows, John, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010. [Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*]

des règles particulières à cet égard⁸¹. En Colombie-Britannique, un tribunal provincial des droits de la personne a statué que la compétence en matière de droits de la personne concernant le gouvernement Nisga'a Lisims et de ses organismes appartient exclusivement au gouvernement fédéral en raison du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la LCDP et que l'organisme provincial des droits de la personne n'est aucunement compétent à l'égard de cette entité des Premières nations. Le tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a aussi conclu que le Parlement a exercé son pouvoir législatif concernant les droits de la personne des Indiens et les terres réservées aux Indiens en adoptant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁸².

D'autres Premières nations ont négocié avec le Canada des ententes qui les soustraient partiellement au régime de la *Loi sur les Indiens*, et l'exception de l'article 67 n'a jamais été appliquée à ces ententes sectorielles sur l'autonomie gouvernementale. La plus connue de ces ententes est l'Initiative sur la gestion des terres des Premières nations (IGTPN), qui a été lancée par un groupe de 14 Premières Nations et qui a mené à l'adoption de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations* (LGTPN) en 1999. L'IGTPN s'applique maintenant à 26 Premières nations qui « fonctionnent » sous le régime de cette loi de mise en œuvre fédérale. Pour qu'une Première nation soit assujettie à la LGTPN, son code foncier et un accord spécifique conclu avec le Canada doivent être ratifiés par la collectivité lors d'un référendum. Le code foncier doit prévoir un processus de consultation populaire sur l'établissement des règles nécessaires sur les biens immobiliers matrimoniaux. Une Première nation peut, dans son code foncier, définir les intérêts dans les terres de réserve qui peuvent être reconnus et inscrits dans le Registre des terres des premières nations. Ce registre est tenu par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien en vertu des règlements fédéraux et des codes fonciers des Premières nations participantes.

L'exception de l'article 67 n'a jamais été étendue au processus décisionnel des Premières nations sous le régime de la LGTPN. La question des règles de droit coutumier peut se poser en ce qui concerne le cadre juridique de l'IGTPN parce que la LGTPN exige essentiellement la codification de tout intérêt fondé sur le droit coutumier dans les terres de réserve parce que, non seulement les codes fonciers peuvent reconnaître et régler les intérêts fonciers coutumiers, ils doivent aussi préciser les intérêts individuels spécifiques dans les terres de réserve qui peuvent être reconnus et inscrits dans le Registre des terres des premières nations. En 2004, un tribunal de l'Alberta a statué, dans *Many Guns c. Siksika Nation Tribal Administration*⁸³, que les Premières nations détenaient un intérêt en vertu du droit coutumier dans des terres de réserve en vertu de leur titre ancestral et que cet intérêt existait indépendamment de la *Loi sur les Indiens*. Cet intérêt peut notamment prendre la forme de terres de réserve détenues *en vertu des coutumes de la bande*. Le tribunal a aussi statué que les intérêts prévus par le droit coutumier sont reconnus par la LGTPN.

⁸¹ Voir, par exemple, l'article 291 de l'Accord d'autonomie gouvernementale conclu entre la Première Nation de Westbank et Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

⁸² *Azak c. Nisga'a Nation*, [2004] 2 C.N.L.R. 6.

⁸³ *Many Guns c. Siksika Nation Tribal Administration*, [2004] 1 C.N.L.R. 176, 341 A.R. 140, 27 Alta. L.R. (4th) 184.

En vertu de la LGTPN et des lois des Premières nations adoptées dans le cadre juridique de l'IGTPN, les non-membres ne peuvent pas acquérir un intérêt permanent dans des terres de réserve. Cette restriction s'applique aussi aux biens matrimoniaux. Il est nécessaire, pour que le principe soit mis en œuvre, que l'intérêt collectif de la nation dans les terres de réserve ne puisse pas être cédé à une personne ou à une entité, sauf au moyen d'une cession officielle faite à la Couronne et ratifiée par les membres. Si les protections légales, constitutionnelles et internationales visant les droits collectifs sur les terres des Premières nations n'existaient pas, il ne serait pas possible de protéger les droits culturels et sociaux fondamentaux des membres des Premières nations. Des droits provisoires et même permanents des conjoints de non-membres concernant l'utilisation et l'occupation d'une résidence familiale à la suite de la rupture du mariage peuvent cependant toujours être reconnus. Selon les règles de droit concernant les biens matrimoniaux adoptées par les Premières nations sous le régime de l'IGTPN, les conjoints non membres peuvent se prévaloir de la plupart des recours offerts aux membres, mais ils ne peuvent pas obtenir une ordonnance qui aurait une incidence sur l'intérêt collectif dans les terres de réserve en transférant à perpétuité les droits de propriété d'un membre à un non-membre (voir, par exemple, les règles de droit concernant les biens immobiliers matrimoniaux de la Première nation des Chippewas de Georgina Island, de la Première nation Beecher Bay et de la Première nation de MacLeod Lake).

La loi intitulée *Beecher Bay First Nation Matrimonial Real Property Act* (loi sur les biens réels matrimoniaux de la Première nation Beecher Bay) est un exemple d'une loi d'une Première nation adoptée dans le cadre juridique de l'IGTPN qui vise à incorporer les règles de droit coutumier et à établir un équilibre entre les droits individuels des conjoints membres et non membres et les droits fonciers collectifs inaliénables de la Première nation. L'article 39 de cette loi prévoit que la Première nation Beecher Bay peut être représentée dans toute instance devant un tribunal compétent (p. ex. une cour supérieure dans des affaires familiales) par le conseil consultatif des Aînés ou le comité consultatif sur la gestion foncière et qu'elle aura qualité pour agir dans toute instance en vertu de cette partie de la loi. La *Beecher Bay First Nation Matrimonial Real Property Act* prévoit aussi que le tribunal prendra en considération tout élément de preuve et toute observation présentés par la Première nation relativement aux lois, règles de droit traditionnel et coutumes de la Première nation Beecher Bay. Cette loi offre ainsi un mécanisme de production de la preuve sur les règles de droit coutumier et traditionnel dans le système de justice canadien.

Quand on examine ce qui se fait en termes d'égalité sous le régime de l'IGTPN, on constate qu'un autre aspect de l'égalité réelle est l'équilibre des droits individuels à l'égalité des conjoints, en tant que conjoints, et des conjoints en tant qu'hommes et femmes dans le cas des couples hétérosexuels. Dans le cas des Premières nations, une analyse des droits à l'égalité – que les conjoints soient de sexe opposé ou non – doit tenir compte des droits collectifs.

Lorsque la LCDP s'applique à une Première nation qui n'est pas assujettie à la *Loi sur les Indiens*, en totalité ou en partie, il n'y a rien dans l'article 1.2 qui permet de conclure qu'il ne s'applique pas aux plaintes déposées contre le gouvernement de cette Première nation.

PARTIE 4 – EXAMEN DES CADRES DE RÉFÉRENCE QUE LE RAPPORT SUR L'ÉQUILIBRE ENTRE LES DROITS INDIVIDUELS ET LES DROITS COLLECTIFS PROPOSE POUR ATTEINDRE UN JUSTE ÉQUILIBRE

a) *Brève description des cadres de référence proposés dans le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs*

Le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs propose deux cadres de référence pour déterminer le sens et le rôle de l'article 1.2 :

- l'approche « complémentaire », ou l'adaptation du droit relatif aux droits de la personne et à la *Charte* aux traditions juridiques et aux règles de droit coutumier des Premières nations [l'approche complémentaire];
- la justification autonome, ou le cadre des droits ancestraux et issus de traités des Autochtones [l'approche de la justification autonome].

Le premier cadre de référence – l'approche complémentaire – est décrit comme une analyse combinée du « droit relatif aux droits de la personne », de la *Charte* et des droits des Autochtones parce qu'ils sont « tellement semblables en ce qui a trait à leur application », sous réserve de l'exception de l'article 25 de la *Charte*. L'approche complémentaire est guidée par l'énoncé de principe suivant tiré de l'arrêt *Zurich Insurance* rendu par la Cour suprême du Canada : « La philosophie sous-jacente des lois sur les droits de la personne est qu'une personne a le droit d'être traitée selon ses propres mérites et non en fonction des caractéristiques d'un groupe. Les exceptions à ces lois doivent s'interpréter restrictivement. »

L'approche complémentaire comporte quatre étapes qui sont résumées aux fins du présent document :

Étape 1 – la compétence et le champ d'application :

- déterminer si le cas du plaignant est visé à l'article 1.2 et, par conséquent, s'il faut tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier et procéder à une mise en équilibre; déterminer si l'intimé est le gouvernement d'une Première nation (y compris une Première nation assujettie à l'IGTPN et une Première nation autonome) ou une autre organisation de Première nation désignée qui fournit des programmes et des services en vertu de la *Loi sur les Indiens*;

Étape 2 – la détermination ou la caractérisation des droits et des intérêts

- déterminer les droits et les intérêts individuels et collectifs en cause qui sont pertinents au regard de la plainte et aider les parties à régler la plainte sans qu'il soit nécessaire de tenir une audience;
- déterminer la mesure dans laquelle la tradition tient compte du droit ou de l'intérêt de la personne ou le nie et « la question de savoir s'il y a une véritable manifestation reconnue largement d'un intérêt communautaire ou d'une règle de droit coutumier »;

Étape 3 – la prise en compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier en tant que justifications

- si le plaignant démontre à première vue qu'il est victime de discrimination, les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations seront prises en compte seulement si le critère de la justification qui est prévu à l'alinéa 15(1)g) de la LCDP n'est pas rempli par l'intimé;
- si une tradition juridique ou une règle de droit coutumier alléguée n'est pas contestée par le plaignant, elle est prise en compte dans l'interprétation ou l'application de la Loi. Plusieurs principes sont proposés à cet égard :
 1. dans le cas d'une tradition juridique, il faudrait une preuve claire que la tradition trouve véritablement sa source dans les pratiques culturelles de la Première nation, et non qu'elle a été adoptée en raison d'influences non traditionnelles (p. ex. la Loi sur les Indiens), et qu'elle est toujours largement acceptée;
 2. dans le cas d'une règle de droit coutumier, les tribunaux ont donné plus d'indications, notamment en établissant des critères comme les suivants :
 - les pratiques généralement acceptables pour les membres de la bande,
 - les pratiques faisant l'objet d'un « large consensus »,
 - les pratiques établies solidement, généralisées et suivies par la majorité de la collectivité;
 3. on pourrait ajouter à ces critères le fait que la tradition juridique ou la pratique coutumière invoquée et son application doivent être conformes à la coutume ou à la tradition en cause (laquelle peut faire intervenir des instances intermédiaires comme les familles élargies ou les clans);
- si une tradition juridique ou une règle de droit coutumier alléguée est contestée, il faut « déterminer si une tradition juridique ou une règle de droit coutumier continue de s'appliquer dans les circonstances particulières de l'affaire »; cet exercice peut mener au type d'analyse exigé par le deuxième cadre de référence, qui nécessite la détermination de l'existence de traditions et de coutumes « dans le contexte de l'article 35 ou du droit relatif aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones ». Toute conciliation des droits et des intérêts à cette étape serait assujettie au principe absolu de l'égalité entre les sexes;

Étape 4 – le juste en équilibre : l'analyse suggère deux interprétations opposées de ce qui se déroule à cette étape, sans se prononcer sur l'une ou l'autre : établir un équilibre à l'intérieur des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations ou établir un équilibre entre ces traditions et règles de droit et les droits et intérêts individuels.

Le deuxième cadre de référence – l'approche de la justification autonome – est décrit comme une méthode fournissant « le fondement sur lequel les gouvernements des Premières nations peuvent s'appuyer pour justifier de manière autonome ce qui serait autrement traité comme un acte discriminatoire ». En d'autres termes, au lieu d'être considérée comme une règle interprétative obligatoire, l'article 1.2 constituerait d'une certaine manière une reconnaissance « autonome » des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Autochtones pouvant être invoquée comme moyen de défense (par les gouvernements autochtones et les autres organismes désignés

des Premières nations, en plus du moyen de défense fondé sur la justification qui est déjà à la disposition de tous les intimés). L'approche de la justification autonome comporte cinq étapes :

- 1) la compétence et le champ d'application;
- 2) la détermination ou la caractérisation des droits et des intérêts;
- 3) la question de savoir si la revendication de l'égalité fondée sur la LCDP porte atteinte au droit ancestral;
- 4) la justification;
- 5) la mise en équilibre.

b) *Observations générales sur les cadres de référence proposés dans le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs*

Pour savoir ce qu'exige l'article 1.2, il faut définir son objet principal et déterminer sa fonction. Comme nous le démontrerons plus long, le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs semble indiquer que l'objet principal de l'article 1.2 est la « conciliation des droits et intérêts collectifs » et que sa fonction n'est pas principalement d'être une disposition interprétative, mais plutôt une règle de conflit de lois qui s'applique lorsque le moyen de défense fondé sur la justification n'est pas établi et qu'une tradition juridique ou une règle de droit coutumier des Premières nations est contestée (l'approche complémentaire), ou une disposition offrant un moyen de défense qui s'ajoute à celui fondé sur la justification qui est prévu à l'alinéa 15(1)g) (l'approche fondée sur la justification autonome).

Pour déterminer le sens de l'article 1.2, il faut tenir compte, avant la jurisprudence, les commentaires juridiques et les autres textes spécialisés, du libellé de la disposition, de sa structure grammaticale et de l'endroit où elle se trouve dans la LCDP, conformément aux principes reconnus d'interprétation des lois.

Le libellé clair et la structure grammaticale de l'article 1.2 permettent de penser que cette disposition a principalement pour objet de « tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations » dans l'interprétation et l'application de la LCDP relativement à une plainte visant le gouvernement d'une Première nation ou un autre organisme désigné des Premières nations. Deux autres éléments de l'article 1.2 donnent aussi d'importantes précisions supplémentaires.

En premier lieu, la mention du principe de l'égalité entre les sexes semble grandement nuancer la principale règle contenue dans l'article 1.2 : les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations doivent guider l'interprétation et l'application de la LCDP **seulement** « dans la mesure où ces traditions et règles sont compatibles avec le principe de l'égalité entre les sexes ». L'autre élément clé de l'article 1.2 – « en particulier, [...] l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs » – indique à la Commission, au Tribunal canadien des droits de la personne, aux tribunaux et aux gouvernements des Premières nations ainsi qu'aux autres organismes concernés qu'ils doivent déterminer comment les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations peuvent guider l'interprétation et l'application de la LCDP lorsque la question de l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs se pose. Cela ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit du seul type de cas où les traditions juridiques et les

règles de droit coutumier des Premières nations doivent être prises en compte dans l'interprétation et l'application de la LCDP.

Le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs semble proposer une approche différente, en considérant que la « conciliation des droits et intérêts collectifs » est le principal objet de l'article 1.2. Le Rapport indique aussi qu'une opposition entre les droits collectifs et les droits individuels est courante dans le domaine des droits de la personne et de la *Charte* : en fait, c'est la norme (à la p. 72). C'est peut-être ce qu'indiquent aussi certains commentaires juridiques traitant de l'application de la *Charte* et de sa relation avec les droits ancestraux et issus de traités protégés par l'article 35, mais ce ne sont pas tous les commentateurs qui souscrivent à l'existence d'une norme relative aux droits de la personne en général ou au droit constitutionnel canadien en particulier. Une telle présomption d'opposition n'est pas compatible avec la théorie internationale des droits de la personne, selon laquelle tous les droits humains fondamentaux, y compris le droit de tous les peuples à l'autodétermination, sont indivisibles et interdépendants. Le droit international en matière de droits de la personne prévoit en outre que le droit à l'autodétermination est une exigence préalable à la pleine jouissance des autres droits fondamentaux (individuels). Le lien entre le droit collectif à l'autodétermination et la jouissance des droits fondamentaux individuels est exprimé dans le préambule de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et dans de nombreux autres instruments internationaux sur les droits de la personne.

La présomption d'opposition reflète davantage les traditions juridiques et les conceptions des droits individuels occidentales (d'origine européenne). Si le fait que les traditions juridiques occidentales mettent l'accent sur les droits individuels a certainement influé sur le droit international en matière de droits de la personne, le droit collectif à l'autodétermination des peuples a aussi occupé une place importante. En outre, le droit international en matière de droits de la personne a évolué jusqu'à reconnaître que les peuples autochtones possèdent des droits collectifs et individuels en vertu de ce droit – ce qui s'est traduit par l'adoption récente de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

L'une des principales difficultés que pose l'article 1.2 aux Premières nations, à la Commission et au TRIBUNAL est de déterminer comment la prétendue universalité des normes internationales et nationales en matière de droits de la personne peut être validée par la reconnaissance des traditions juridiques et des règles de droit coutumier autochtones et des points de vue des Autochtones sur les droits de la personne. On dit souvent que le droit autochtone cherche à établir l'équilibre et l'harmonie par des normes sociales et juridiques qui réglementent les relations d'une manière qui rend moins essentielle la revendication de droits au sein des petites collectivités⁸⁴.

John Borrows décrit une certaine idée de la complémentarité et de la mise en harmonie de la *Charte* et du droit international en matière de droits de la personne, d'une part, et des traditions juridiques autochtones, y compris les règles de droit coutumier, d'autre part⁸⁵. Il affirme explicitement qu'on ne devrait pas considérer qu'il sanctionne dans son ouvrage intitulé

⁸⁴ Russel L. Barsh, "Indigenous Peoples and the Idea of Individual Human Rights", *Native Studies Review*, Vol. 10, 1995, p. 35.

⁸⁵ Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, p. 151-153.

Canada's Indigenous Constitution des idées ou des pratiques créant ou reproduisant des distinctions discriminatoires (coloniales) qui sont contraires à la *Charte* ou aux coutumes et conventions internationales en matière de droits de la personne. Il affirme aussi toutefois avec autant de force : « L'une des idées importantes que je mets de l'avant dans ce livre veut que le fait de ne pas reconnaître que les traditions juridiques autochtones font partie du droit canadien est en soi discriminatoire. Les peuples autochtones ont constamment modifié leurs règles de droit afin de tenir compte de la common law ou du droit civil, mais les juges et les législateurs canadiens ont rarement fait la même chose en ce qui concerne les traditions juridiques autochtones. L'une des parties résistant au changement de ses rapports juridiques – ce qui empêche une plus grande harmonisation – on peut dire que c'est cette partie qui se livre à de la discrimination. L'égalité n'est pas bien servie si on refuse aux sociétés autochtones une participation égale à l'évolution constante du système juridique du Canada⁸⁶ » [*traduction*]. Cette conclusion est conforme à la décision rendue en 2001 dans *Awas Tingi*⁸⁷, où la Cour interaméricaine des droits de l'homme a dit que l'absence de reconnaissance et de protection des droits de propriété coutumiers des peuples autochtones au Nicaragua et de leurs règles de droit coutumier relatives aux biens constitue une forme de discrimination. Borrows ne formule pas de commentaires sur la LCDP, mais l'analyse qu'il propose ne fait pas ressortir une opposition entre les droits de la personne et les droits collectifs autochtones.

S'exprimant sur les contributions des peuples autochtones au droit international en matière de droits de la personne, James Anaya affirme que les progrès réalisés à l'échelon international pour ce qui est de la reconnaissance des droits autochtones au sein du système de droit international en matière de droits de la personne montre comment les peuples autochtones ont contourné la dichotomie individu-État des droits et des obligations en revendiquant et en énonçant leurs droits collectifs comme s'il s'agissait de droits fondamentaux au sein de ce système⁸⁸. Dans un rapport présenté au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies en 2008 à titre de Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, Anaya indique clairement que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, en raison de ses protections concernant les droits collectifs et individuels, fait partie des textes internationaux protégeant les droits de l'homme : « La Déclaration des Nations Unies reflète le consensus international qui existe sur les droits individuels et collectifs des peuples autochtones, dans une démarche qui va dans le même sens que les dispositions de la Convention (n° 169) de l'OIT, tout en les développant, et qui s'inscrit aussi dans la logique d'autres travaux, notamment l'interprétation d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme donnée par des organismes et mécanismes internationaux⁸⁹ ».

Dans son rapport, Anaya souligne que « tous les principes et toutes les normes en matière de droits de l'homme à caractère général s'appliquent dans des conditions d'égalité aux peuples

⁸⁶ Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, p. 152-153.

⁸⁷ *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua*, jugement du 31 août 2001, Cour interaméricaine des droits de l'homme (série C) n° 79 (2001).

⁸⁸ S. James Anaya, "Indian Givers: What Indigenous Peoples Have Contributed to International Human Rights Law", *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 22, 2006, p. 107.

⁸⁹ Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, 11 août 2008, A/HRC/9/9, par. 43.

autochtones et qu'ils doivent être interprétés et appliqués eu égard aux circonstances historiques, culturelles, sociales et économiques qui leur sont propres⁹⁰ ».

Bien que le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs reconnaisse qu'« une présomption d'opposition n'est pas courante au regard des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations » (à la p. 72), les deux cadres de référence proposés pour atteindre un juste équilibre entre les droits et intérêts collectifs et les droits et intérêts individuels sont fondés sur une interprétation de l'article 1.2 qui veut que cet article constitue une règle de conflit de lois et sur une interprétation du droit constitutionnel qui veut que cet article compte principalement sur des règles de conflit de lois pour concilier les droits collectifs des Premières nations en général et les droits individuels à l'égalité. C'est peut-être pour cette raison que l'analyse semble reposer fortement sur une analyse du droit constitutionnel concernant la *Charte* et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

D'autres présomptions contenues dans l'analyse de la partie II du Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs éclairent la section sur les cadres de référence. Par exemple, la façon de décrire les approches possibles permettant de « tenir compte » des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations repose sur la présomption selon laquelle l'article 1.2 exige que ces traditions et règles ne soient prises en compte que dans certaines situations limitées (qui devront être déterminées principalement par une formule juridique tirée du droit constitutionnel et non simplement en fonction de leur pertinence dans les circonstances : « Pour savoir s'il est nécessaire de “tenir compte” des traditions juridiques ou des règles de droit coutumier d'une Première nation, il faut d'abord examiner la jurisprudence canadienne et étrangère concernant les droits ancestraux et les droits issus de traités, notamment la série de décisions que la Cour suprême du Canada a rendues depuis l'arrêt *Sparrow* jusqu'à l'arrêt *Sappier et Gray*. » [à la p. 18; non souligné dans l'original]

En conséquence, les deux cadres de référence proposés traitent l'article 1.2 comme une disposition concernant seulement la mise en équilibre des droits collectifs et des droits individuels et offrent différentes options en vue de l'adoption de règles formelles de résolution des conflits qui devraient surgir entre les droits collectifs et les droits individuels dans le cadre de plaintes de discrimination fondées sur la LCDP. À cet égard, le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs s'appuie fermement sur son analyse de l'article 25 de la *Charte* et ses liens avec les droits ancestraux, les droits issus de traités et les autres droits des Premières nations.

Le présent document propose un cadre de référence différent (décrit de manière plus détaillée dans la partie 5) selon lequel le libellé de l'article 1.2 de la LCDP et l'endroit où cette disposition se trouve dans cette loi indiquent clairement qu'il s'agit d'une disposition interprétative que le Tribunal et les cours de justice doivent utiliser et dont les gouvernements des Premières nations et la Commission doivent tenir compte constamment. Dans ce cadre de référence, l'article 1.2 n'est ni une mesure de protection ni un moyen de défense. Cette disposition jouerait plutôt un rôle primordial en ajoutant le point de vue des Premières nations à la signification de la notion d'égalité à toutes les étapes du processus décisionnel et de l'application de la LCDP. L'analyse

⁹⁰ *Ibid.*, par. 20.

constitutionnelle est bien sûr pertinente, puisque toutes les décisions des cours de justice et du Tribunal doivent être conformes à la Constitution, mais cela ne signifie pas que l'analyse des droits à l'égalité doit toujours comprendre une analyse constitutionnelle complexe.

L'approche proposée dans le présent rapport s'appuierait sur la jurisprudence existante relative à la LCDP et concernant l'objet et le rôle de cette loi et la nature de son analyse, ainsi que son rôle dans l'application des normes internationales en matière de droits de la personne qui ont une incidence sur les droits à l'égalité. Ainsi, sous réserve de l'exception relative au principe de l'égalité entre les sexes, l'article 1.2 ne serait pas considéré d'abord comme une règle de conflit de lois, mais plutôt comme une amélioration de la mise en équilibre actuellement exigée par la LCDP. C'est d'ailleurs ce que proposait à l'origine le comité de révision de la LCDP en recommandant d'ajouter à la LCDP une disposition interprétative en même temps que la disposition abrogeant l'article 67.

Selon cette interprétation de l'article 1.2, lorsque des traditions ou des règles de droit coutumier des Premières nations sont pertinentes au regard d'une plainte, elles pourraient être prises en compte à chaque étape de l'application de la LCDP – enquête, médiation, règlement de la plainte par un tribunal administratif ou judiciaire – y compris dans les décisions concernant ce qui constitue une plainte de discrimination à première vue et les moyens de défense fondés sur l'article 15 de la LCDP, dans la mesure où ces traditions et règles sont compatibles avec le principe de l'égalité entre les sexes.

L'article 1.2 a un rôle plus nuancé et plus étendu que l'article 25 de la *Charte*. Il doit appuyer l'objet de la LCDP et faire en sorte que celui-ci soit réalisé d'une manière qui tient compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations qui sont pertinentes pour statuer sur les plaintes surgissant dans les collectivités des Premières nations. Une mention spéciale est faite des situations concernant des droits collectifs et individuels et du respect absolu du principe de l'égalité entre les sexes. D'une certaine façon, l'objet de l'article 1.2 est d'utiliser les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations d'une manière positive afin que l'objet de la LCDP soit atteint. Cette interprétation est conforme aux recommandations initiales du comité de révision de la LCDP, qui a procédé à une analyse minutieuse de la notion d'équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels des Premières nations dans le contexte de la LCDP.

La méthode d'analyse de l'égalité et de la discrimination sous le régime de la LCDP en général devrait être plus souple et ne pas être réduite à une formule (des critiques sont souvent exprimées à l'égard de l'analyse fondée sur la *Charte*, qui serait parfois trop axée sur l'utilisation d'une formule). Par exemple, la Cour d'appel fédérale a affirmé que, au moment de déterminer si la discrimination est démontrée à première vue, un « critère juridique souple, en ce qui concerne l'établissement de la preuve *prima facie*, permet mieux que d'autres critères plus précis de promouvoir l'objet général sous-tendant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à savoir l'élimination, dans la sphère de compétence législative fédérale, de la discrimination en

matière d'emploi ainsi que de la discrimination en ce qui concerne la fourniture de biens, de services, d'installations⁹¹ ».

Une méthode d'interprétation de la LCDP qui repose sur une relation complémentaire fondamentale plutôt que sur une opposition entre les droits collectifs et les droits individuels des Premières nations, sans sacrifier le principe de l'égalité et de la valeur égale des hommes et des femmes, est compatible avec certains des commentaires juridiques concernant les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'analyse de l'article 25 décrite par Jane Arbour doit être soulignée. Arbour considère que l'article 25 de la *Charte* se trouve au croisement de deux ensembles de droits très complexes et en grande partie tributaires des faits – les droits garantis par la *Charte* et les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones – mais elle ne pense pas qu'il existe un conflit entre les droits collectifs des Autochtones et les droits garantis par la *Charte*. En fait, elle insiste sur le fait que l'analyse constitutionnelle devrait favoriser des interprétations qui soutiennent les deux ensembles de droits. Elle analyse aussi l'orientation donnée par l'article 25 lorsqu'il y a un véritable conflit entre les droits collectifs et les droits individuels à l'égalité dans un contexte relevant du droit constitutionnel. Elle est d'avis que l'article 25 permet de régler les conflits entre les droits garantis par la *Charte* et les droits collectifs qu'il protège (notamment les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones garantis à l'article 35). Sa thèse concernant l'application de l'article 25 en tant que règle de résolution de conflits peut être résumée de la façon suivante :

- si le fait de confirmer la validité d'un droit garanti par la *Charte* aurait une incidence sur un droit visé à l'article 25, la Cour décidera si cette disposition s'applique en déterminant si le droit ancestral, issu d'un traité ou autre existe et quelle en est la portée;
- si l'article 25 s'applique et que la confirmation de la validité du droit garanti par la *Charte* aurait pour effet d'abolir un droit ancestral, issu d'un traité ou autre ou d'y porter atteinte, la Cour protégera le droit garanti à l'article 25⁹².

Bien qu'Arbour laisse entendre que l'article 25 protège les droits collectifs qu'il vise en cas de conflit irréconciliable avec des droits garantis par la *Charte*⁹³, son analyse est quelque peu nuancée. Elle affirme, par exemple, que l'article 25 orientera l'analyse des droits à l'égalité concernant les Autochtones à chaque étape, mais qu'il sera peut-être rarement utilisé pour résoudre un conflit parce que, selon l'approche qu'elle propose relativement à cette disposition, la Cour cherchera à concilier les deux ensembles de droits en évitant de les hiérarchiser ou d'en préférer certains⁹⁴.

Kent McNeil conclut également que l'article 25 protégerait les droits collectifs qu'il vise, sauf les droits à l'égalité entre les sexes. En ce qui concerne le rapport entre le principe de l'égalité

⁹¹ *Canada (Forces armées) c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2005 CarswellNat 1141; 2005 CAF 154; 2003 C.L.L.C. 230-018; 334 N.R. 316; 55 C.H.R.R. D/1; Cour d'appel fédérale, 3 mai 2005; dossier : A-588-03.

⁹² Jane M. Arbour, "The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", *The Supreme Court Law Review* (2d), Vol. 21, 2003, p. 3. [Arbour, *Analytical Framework for Section 25*]

⁹³ Arbour, *Analytical Framework for Section 25*, p. 62.

⁹⁴ Arbour, *Analytical Framework for Section 25*, p. 59-62.

entre les sexes et les articles 25 et 35, il tire la conclusion suivante : « Pour éviter toute incohérence, les droits mentionnés à l'article 25 devraient être assujettis à la même garantie d'égalité entre les sexes que les droits prévus à l'article 35. Cette interprétation peut s'appuyer sur l'intention du législateur car le paragraphe 35(4) a probablement été ajouté dans le même but concernant le paragraphe 35(1) que l'article 28 atteignait déjà relativement à l'article 25, à savoir faire en sorte qu'aucune discrimination fondée sur le sexe ne soit exercée à l'égard des Autochtones. De plus, le consentement des Autochtones au principe de l'égalité entre les sexes à l'article 28 peut être déduit de l'accord donné à l'ajout du paragraphe 35(4) par les dirigeants des quatre organisations autochtones nationales en 1983⁹⁵ » [*traduction*].

Au regard de la question du rapport entre l'article 25 et le principe de l'égalité entre les sexes, Arbour tire une conclusion similaire, mais moins catégorique au sujet de la primauté de ce principe. Elle souligne qu'il ressort des arrêts de la Cour suprême que l'article 28 de la *Charte* est considéré comme une directive donnée aux tribunaux afin qu'ils interprètent la portée des droits garantis par la *Charte* d'une manière compatible avec l'égalité entre les sexes et que cette directive devrait orienter l'interprétation de la *Charte*, des lois, de la common law et de la Constitution dans l'ensemble. Elle rejette cependant l'idée que l'égalité entre les sexes prime tous les autres droits à l'égalité. Selon elle, le paragraphe 35(4) et l'article 28 de la *Charte* (et bien entendu l'article 15 de la *Charte*) indiquent clairement que l'interprétation et l'application de la *Charte* (y compris l'article 25) et la détermination de l'existence et de la portée des droits ancestraux et issus de traités des Autochtones doivent être conformes à la valeur constitutionnelle importante accordée à l'égalité entre les hommes et les femmes⁹⁶. En résumé, Arbour privilégie une méthode d'interprétation constitutionnelle qui n'établit pas une hiérarchie entre les deux ensembles de droits. Elle souligne que les tribunaux ont la lourde tâche de trouver des interprétations et des conciliations qui soutiendront les deux ensembles de droits. Ainsi, l'article 25 constitue dans une certaine mesure une disposition interprétative, mais aussi un moyen de protection des droits collectifs lorsqu'un conflit irréconciliable survient, à l'exception peut-être des droits à l'égalité.

Comparativement à l'article 25 de la *Charte*, l'article 1.2 de la LCDP est plus clairement une disposition interprétative qu'une disposition de fond et, à ce titre, elle est pertinente aux fins de l'interprétation et de l'application générales de la LCDP. Son rôle au regard de la mise en équilibre des droits collectifs et des droits individuels est semblable à la méthode proposée par Arbour relativement à l'article 25 de la *Charte*. En effet, l'article 1.2 indique clairement aux tribunaux de considérer que les deux ensembles de droits sont complémentaires et de les harmoniser et de les respecter sans sacrifier le principe de l'égalité entre les sexes lorsqu'ils examinent les règles de droit coutumiers et les traditions juridiques des Premières nations.

c) Signification de « tenir compte »

La principale difficulté présentée par l'article 1.2 de la LCDP est de savoir comment atteindre l'égalité réelle promise dans un contexte concernant les Premières nations en prenant en compte la diversité de celles-ci, en « tenant compte » de leurs règles de droit coutumier et de leurs

⁹⁵ Kent McNeil, "Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 34, No. 1, 1996, p. 61-77.

⁹⁶ Arbour, *Analytical Framework for Section 25*, p. 39-43.

traditions juridiques, tout en réalisant l'égalité réelle, en particulier lorsque des questions relatives à l'égalité entre les sexes peuvent se poser.

Un examen des termes et expressions examinés par les tribunaux, effectué à l'aide de ressources juridiques sur papier et de moteurs de recherche juridique électronique, révèle que l'expression « tenir compte » est employée si fréquemment et est un élément tellement courant de l'analyse juridique qu'elle ne peut pas être considérée comme un « terme technique ». Selon le sens le plus répandu, les règles de droit coutumier et les traditions juridiques des Premières nations doivent être prises en considération et faire partie de toute analyse juridique de la LCDP lorsqu'elles sont pertinentes au regard des faits.

On pourrait toutefois débattre du sens de l'expression « tenir compte » et de son équivalent anglais « *due regard* » vu le manque d'uniformité des lois fédérales. Par exemple, au sixième paragraphe du préambule de la *Loi sur les langues officielles*, l'expression « *due regard* » a été traduite d'une façon tout à fait différente : le texte français emploie « dans le strict respect », une expression qui a beaucoup plus de force.

AND WHEREAS the Government of Canada is committed to achieving, with due regard to the principle of selection of personnel according to merit, full participation of English-speaking Canadians and French-speaking Canadians in its institutions;

Attendu [...] que le gouvernement fédéral s'est engagé à réaliser, dans le strict respect du principe du mérite en matière de sélection, la pleine participation des Canadiens d'expression française et d'expression anglaise à ses institutions;

Un examen de plusieurs lois fédérales où l'expression anglaise « *due regard* » est employée permet de constater qu'elle a été rendue de différentes façons en français. L'expression « tenir compte » semble cependant celle qui est la plus souvent employée⁹⁷.

d) Article 1.2 – Moyen de défense ou disposition interprétative?

Compte tenu du libellé de l'article 1.2 et de l'endroit où cette disposition se trouve dans la LCDP, le législateur ne semble pas avoir voulu qu'elle serve de moyen de défense. Tous les moyens de défense fondés sur l'article 15 exigent la mise en équilibre des intérêts individuels à l'égalité et des autres intérêts. À cet égard, l'article 1.2 peut faciliter l'interprétation et l'application de tous les moyens de défense prévus à l'article 15 de la LCDP.

⁹⁷ Les lois fédérales suivantes ont été examinées : *Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes*, L.R.C. 1985, ch. B-7, art. IV; *Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien*, L.C. 2002, ch. 9, par. 6(3); *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. 1985, ch. 17 (2^e suppl.), art. 5; *Loi sur le ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile*, L.C. 2005, ch. 10, par. 6(1); *Loi sur l'Accord portant création de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement*, L.C. 1991, ch. 12, al. 13(viii); *Loi sur l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture*, L.R.C. 1985, ch. F-26, art. VIII, par. 3; *Loi sur les offices des produits agricoles*, L.R.C. 1985, ch. F-4, art. 21; *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. 1985, ch. G-3, annexe V, art. 64; *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, L.R.C. 1985, ch. 18 (3^e suppl.), par. 4 (3); *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), sixième paragraphe du préambule.

Les moyens de défense les plus souvent utilisés sous le régime de la LCDP sont celui concernant l'existence d'un motif justifiable, prévu à l'alinéa 15(1)g), et celui fondé sur des exigences professionnelles justifiées, prévu à l'alinéa 15(1)a). Ces deux moyens de défense peuvent faire en sorte que les droits à l'égalité réelle soient assujettis à d'autres droits et intérêts, notamment les droits et intérêts collectifs des Premières nations qui sont pertinents. Ils doivent cependant tenir compte du critère de la « contrainte excessive » prévu au paragraphe 15(2). À cet égard, tout facteur relatif à la santé, à la sécurité et aux coûts doit être pris en compte pour déterminer s'il y a une contrainte excessive.

Depuis l'affaire *Jacobs c. Kahnawake*, le critère qui sert à déterminer si un moyen justifiable ou des exigences professionnelles justifiées peuvent être invoqués en défense a été modifié par les tribunaux (*Grismer* et *Meiorin*⁹⁸) et par le législateur [ajout du paragraphe 15(2)]. Il faut dorénavant que l'intimé visé par une plainte fondée à première vue établisse les trois éléments suivants pour pouvoir se servir de ces moyens de défense :

1. lien rationnel – l'intimé a pris la décision ou la mesure contestée dans un but ayant un lien rationnel avec la fonction ou le service en cause;
2. bonne foi – l'intimé a pris de bonne foi la décision ou la mesure contestée, croyant qu'elle est nécessaire pour atteindre son but;
3. contrainte excessive – la décision ou la mesure contestée est raisonnablement nécessaire pour atteindre le but de l'intimé, en ce sens qu'il ne peut répondre aux besoins des personnes ayant les caractéristiques du plaignant sans que cela ne crée une contrainte excessive.

Il n'est pas clair si les facteurs pertinents au regard des moyens de défense fondés sur un motif justifiable et sur des exigences professionnelles justifiées sont illimités ou si seuls les trois facteurs prévus au paragraphe 15(2) – santé, sécurité et coûts – doivent être pris en compte.

Dans *Jacobs c. Kahnawake*, la nécessité de protéger l'intégrité culturelle qui avait été invoquée par la Première nation intimée a été prise en compte relativement au moyen de défense fondé sur un motif justifiable prévu à l'alinéa 15(1)g). Cette décision a été rendue avant l'édiction du paragraphe 15(2). Dans une certaine mesure, la Première nation intimée s'est grandement compliquée la vie en prétendant que la survie même de sa culture dépendait des restrictions particulières relatives à l'appartenance. Il est probable que même le critère de la contrainte excessive puisse être rempli sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'il y va de la survie même de la culture de la nation.

De manière plus générale, on pourrait soutenir que l'obligation générale imposée par l'article 1.2 de tenir compte des règles de droit coutumier et des traditions juridiques des Premières nations lorsqu'il faut mettre en équilibre les droits et intérêts collectifs et les droits et intérêts individuels sembler laisser croire que la liste des facteurs mentionnés au paragraphe 15(2) n'est pas exhaustive. Ainsi, on pourrait peut-être tenir compte de motifs culturellement spécifiques, c.-à-d.

⁹⁸ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government and Service Employees' Union (B.C.G.S.E.U.)*, [1999] 3 R.C.S. 3, appelé couramment l'arrêt *Meiorin*; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, appelé couramment l'arrêt *Grismer*.

de motifs trouvant leur origine dans les règles de droit coutumier ou les traditions juridiques d'une Première nation, pour déterminer si un gouvernement des Premières nations visé par une plainte a fait la preuve de la contrainte excessive exigée par deux des moyens de défense prévus à l'article 15.

L'alinéa 15(1)e prévoit un autre moyen de défense important, qui permet à un employeur ou à un fournisseur de services d'agir d'une façon discriminatoire conformément à une ordonnance de la Commission rendue en vertu du paragraphe 27(2). Ce pouvoir de la Commission de rendre des ordonnances est important, et ces ordonnances constituent une forme de mesures législatives selon la Cour suprême du Canada⁹⁹.

La Commission a rendu une ordonnance à l'intention des employeurs autochtones : la Politique d'embauchage préférentiel des autochtones (PEPA). La PEPA s'applique aux gouvernements des Premières nations au regard de leurs pratiques d'embauche, ainsi qu'à tout organisme de services d'une Première nation dont les activités sont assujetties à la LCDP, à la condition que le but premier de l'employeur soit de répondre aux besoins des Autochtones. Selon cette politique, un employeur peut réserver un traitement préférentiel aux Autochtones dans l'embauche, la promotion ou tout autre aspect lié à l'emploi, lorsqu'il vise principalement à répondre aux besoins de ces derniers. La PEPA indique qu'elle est fondée sur des instruments internationaux en matière de droits de la personne comme la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, ainsi que sur « les droits des peuples autochtones, reconnus dans la Constitution, dont le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, et les désavantages auxquels font face la majorité des Autochtones ».

Dans la mesure où les règles de droit coutumier ou les traditions juridiques sont pertinentes au regard de tout moyen de défense fondé sur l'article 15 de la LCDP, ces facteurs ne peuvent pas être utilisés d'une façon qui compromettrait l'égalité entre les sexes. Cependant, le contenu de l'égalité réelle, y compris le principe de l'égalité entre les sexes sous le régime de la LCDP, doit être précisé et pouvoir être enrichi par les règles de droit coutumier et les traditions juridiques des Premières nations, ainsi que par les normes internationales en matière de droits de la personne et par la *Charte*.

e) Signification de « règles de droit coutumier et traditions juridiques »

L'analyse qui sous-tend les deux cadres de référence proposés dans le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs semble assimiler « les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations » et « les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones ». Cela ressort clairement également de la distinction qui est faite entre les « règles de droit coutumier » et le droit qui, selon les auteurs, « découle d'éléments introduits ». À cet égard, le Rapport indique que des procédures ou des techniques permettant de distinguer les aspects « traditionnels » d'avec ceux qui découlent d'éléments introduits sont nécessaires.

Les expressions « règles de droit coutumier » et « traditions juridiques » ne devraient pas être considérées comme des synonymes ou comme des expressions interchangeables, contrairement à

⁹⁹ *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884 (C.S.C.).

ce que semblent laisser croire les cadres de référence proposés et les conclusions énoncées dans le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs concernant le rôle et le champ d'application de l'article premier. Voici des exemples :

Le cadre conceptuel que la Cour suprême décrit à l'égard de l'article 35 est pertinent quant aux différentes étapes de l'analyse visant à déterminer l'existence passée et actuelle d'une tradition juridique ou d'une règle de droit coutumier, et quant aux normes de preuve connexes. (p. 12)

L'analyse fondée sur l'article 35 pourrait s'appliquer à l'article 1.2, puisque ce dernier exige que les « traditions juridiques et règles de droit coutumier des Premières nations » soient prises en compte. Si l'analyse des droits ancestraux ou issus de traités dont il est fait mention à l'article 35 était intégrée, il y aurait également une comparaison entre l'article 1.2 et le paragraphe 35(4), qui garantit l'égalité de ces droits pour les femmes et les hommes. L'article 1.2 doit son caractère unique en partie à l'intégration possible des principes applicables à la *Charte* et aux droits ancestraux ou issus de traités. (p. 14)

John Borrows écrit que les « traditions juridiques » reflètent les valeurs culturelles concernant le droit – la nature du droit, son rôle dans la société et la façon dont il est ou devrait être créé¹⁰⁰. Cette vision est compatible à la fois avec la jurisprudence et avec les commentaires juridiques sur le sens général des traditions juridiques. Kenneth Nunn, par exemple, cite la description faite par John Merryman de ce qu'est une *tradition juridique* : « un ensemble d'attitudes profondément enracinées et déterminées par l'histoire au sujet de la nature du droit, de son rôle dans la société et de la nation, au sujet de l'organisation appropriée et du bon fonctionnement d'un régime juridique et au sujet de la manière dont le droit est ou devrait être appliqué, étudié, parfait et enseigné¹⁰¹ » [*traduction*]. En reconnaissant des traditions juridiques différentes, on admet que des cultures différentes peuvent avoir des idées différentes sur ce qu'est le droit, sur la manière dont il est créé et sur son objet.

Borrows mentionne des sources possibles du droit des Premières nations et des autres peuples autochtones du Canada : le droit sacré, le droit naturel, le droit délibératif, le droit positiviste et le droit coutumier. Toutes ces sources ne sont pas nécessairement évidentes dans le cas d'une Première nation donnée, et elles peuvent être combinées ou se chevaucher.

Nous avons résumé et traduit les descriptions de Borrows pour chacune de ces sources :

- *Droit sacré* : les règles de droit peuvent être considérées comme sacrées si elles découlent du Créateur, de récits de la création ou d'enseignements anciens vénérés qui ont résisté au passage du temps¹⁰²;
- *Droit naturel* : droit que les peuples autochtones créent à partir d'observations du monde physique autour d'eux¹⁰³. Le droit naturel peut être élaboré par l'observation, par exemple, de la manière dont une plante interagit avec un insecte ou un insecte avec un

¹⁰⁰ Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, p. 7 et 8.

¹⁰¹ Kenneth B. Nunn, "Law as a Eurocentric Enterprise", *Law and Inequality*, Vol. 15, 1997, p. 326-327.

¹⁰² Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, p. 24.

¹⁰³ Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, p. 28.

oiseau. Les enseignements transmis oralement par les Aînés sont une façon dont le droit naturel peut passer d'une génération à l'autre.

- *Droit délibératif* : droit créé par des processus de persuasion, de délibération, de conseil et de discussion¹⁰⁴. Les règles de droit adoptées par le chef et le conseil conformément à la procédure applicable (notamment en ce qui a trait à la consultation de la collectivité ou à la ratification par celle-ci) sont des exemples de droit délibératif. Le droit délibératif s'appuie sur les idées et les valeurs juridiques historiques et contemporaines d'un peuple – des valeurs qui sont pertinentes ou importantes aux yeux des membres de la collectivité.

Il ne fait aucun doute que les règles de droit coutumier peuvent également, dans certains cas, satisfaire au critère relatif à l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité, mais le fait qu'elles ne remplissent pas ce critère ne devrait pas être déterminant quant à la question de savoir si elles peuvent être reconnues aux fins de l'interprétation et de l'application de la LCDP. Les critères utilisés en common law pour reconnaître les règles de droit coutumier existent sans égard aux analyses des droits ancestraux et issus de traités des Autochtones¹⁰⁵. On peut aussi faire valoir que l'article 1.2 incorpore par renvoi les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations d'une façon qui n'est pas nécessairement limitée par les critères prévus par la common law, compte tenu en particulier des principes internationaux des droits de la personne qui confirment que les peuples autochtones sont des peuples jouissant du droit à l'autodétermination.

Par conséquent, on peut soutenir que les règles de droit coutumier des Premières nations peuvent faire partie du droit canadien d'au moins quatre façons : par la common law (sans égard au droit relatif aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones); par le droit constitutionnel relatif aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones; par la reconnaissance légale ou l'incorporation dans la loi; par le droit international en matière de droits de la personne.

Les Premières nations dont le gouvernement participe à ce dialogue à l'encontre d'une plainte fondée sur la LCDP courent notamment le risque que les systèmes de pensée autochtones soient absorbés, dénaturés et colonisés. C'est pour cette raison qu'il faut faire en sorte que l'article 1.2 favorise un dialogue interculturel respectueux sur le sens de l'égalité réelle dans le contexte des Premières nations.

f) Champ d'application de la LCDP aux décisions des gouvernements des Premières nations

Pour déterminer de manière pragmatique le sens de l'article 1.2 et son rôle dans l'interprétation et l'application de la LCDP, on peut commencer par analyser l'intention du législateur lorsqu'il a décidé de créer un tribunal spécialisé pour s'occuper des affaires relatives à l'égalité entre les sexes en général et des affaires relatives à l'égalité entre les sexes concernant les Premières

¹⁰⁴ Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, p. 35.

¹⁰⁵ Norman Zlotkin, "From Time Immemorial: The Recognition of Aboriginal Customary Law in Canada" in Catherine Bell and Robert K. Paterson (eds.), *Protection of First Nations Cultural Heritage: Laws, Policy and Reform* (Vancouver, Toronto: UBC Press, 2009) 343.

nations en particulier. Cette approche est conforme à celle adoptée récemment dans l'affaire *Conway*¹⁰⁶. La constitution d'un tribunal spécialisé chargé d'instruire les affaires relatives aux droits de la personne dans le domaine de l'emploi, de la prestation de services et du logement a pour but d'offrir un moyen rapide et plus simple d'avoir accès à la justice qu'en ayant recours aux cours supérieures qui sont chargées d'affaires complexes en matière de droit constitutionnel et dans d'autres domaines juridiques de fond. L'emploi, la fourniture de services et le logement sont des préoccupations pratiques quotidiennes des femmes et des hommes des Premières nations. Ils sont des ressources essentielles pour survivre dans une économie moderne fondée sur les salaires et dans un pays où différentes formes de discrimination raciale et sexuelle ont été exercées dans ces domaines. De plus, l'accès à de nombreux programmes et services dans les réserves dépend du droit au statut d'Indien et de l'appartenance à une bande, et vice versa.

Comme les auteurs du Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs le concluent, les domaines de décision assujettis à la LCDP ont trait à des activités de l'économie moderne basée sur les salaires et sur les services gouvernementaux, ce qui peut amener certaines personnes à penser que les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations sont rarement pertinentes lorsqu'il faut statuer sur une plainte. Cependant, comme il est démontré dans le présent document, la notion de « traditions juridiques » semble être beaucoup plus large que celle de « règles de droit coutumier », de sorte qu'elle peut englober des formes et des normes de gouvernance des Premières nations qui sont plus récentes. On pourrait aussi prétendre que les règles de droit coutumier reflètent et énoncent des normes culturelles essentielles sur la répartition des ressources collectives. Comme les ressources collectives incluent maintenant les sommes consacrées à des programmes et à des services ainsi que les fonds tirés du développement économique, les fonds d'établissement et les ententes en matière de partage des revenus tirés des ressources, elles peuvent occuper une place qui n'est pas différente de celle des territoires traditionnels et des ressources naturelles dans le passé. Même les emplois au sein du gouvernement d'une Première nation peuvent être considérés comme une ressource collective de cette dernière.

Par ailleurs, les auteurs du Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs expriment certains doutes au sujet de la mesure dans laquelle les règlements administratifs des Premières nations peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de la LCDP compte tenu du droit en vigueur à l'époque de la rédaction du Rapport : le Tribunal n'a pas compétence pour déclarer invalides et inconstitutionnelles des dispositions législatives, quoiqu'il puisse déclarer des dispositions inopérantes. Depuis la publication du Rapport cependant, la Cour suprême du Canada a, dans l'arrêt *Conway* rendu en 2010, ouvert la porte à la possibilité que le Tribunal ait un certain pouvoir lui permettant de déclarer invalides des dispositions législatives fédérales lorsqu'il dispose d'une compétence concurrente au regard d'une question relative à la *Charte* dans une affaire relevant de la LCDP.

La Cour d'appel fédérale a, dans *Canada (Procureur général) c. Druken*¹⁰⁷, énoncé le principe selon lequel le Tribunal a le pouvoir de déclarer non conforme ou contraire à la LCDP

¹⁰⁶ *R. c. Conway*, 2010 CSC 22 (11 juin 2010).

¹⁰⁷ *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24, autorisation d'appel refusée : (1989), 55 D.L.R. (4th) vii (C.S.C.) [*Druken*].

une disposition législative fédérale, y compris une mesure législative subordonnée comme un règlement ou un règlement administratif, et de la déclarer « inopérante ». Dans cet arrêt, la Cour a appliqué *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*¹⁰⁸, où la Cour suprême du Canada avait affirmé : « Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens qu'elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions. »

On peut supposer que c'est ce pouvoir qui a mené à l'adoption de l'article 67 en premier lieu – protéger les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui reconnaissent et protègent les droits exclusifs des peuples des Premières nations en tant que peuples des Premières nations. Depuis des décennies, l'article 67 est également considéré comme un obstacle empêchant les femmes des Premières nations de contester diverses formes de discrimination sexuelle contenue dans la *Loi sur les Indiens* et dans les règlements administratifs des Premières nations. C'est cet obstacle entre autres qui a été à la base du mouvement pour l'abrogation de l'article 67.

Il pourrait cependant y avoir aujourd'hui un nouvel obstacle empêchant les peuples des Premières nations de contester la discrimination sexuelle résiduelle et les autres formes de discrimination créées par la *Loi sur les Indiens* et ses règlements d'application : l'incertitude entourant la question de savoir si les décisions prises en vertu de la *Loi sur les Indiens*, y compris les règlements administratifs des Premières nations, constituent des « services » au sens de l'article 5 de la LCDP.

L'étendue du pouvoir du Tribunal de déclarer une disposition (fédérale ou adoptée par une Première nation) inopérante n'est pas claire à cause des décisions judiciaires divergentes qui ont été rendues récemment sur la question de savoir si l'exécution, par un fonctionnaire, d'une fonction attribuée par la loi constitue la fourniture d'un « service » destiné au public au sens de la LCDP. Dans *Watkin*¹⁰⁹, la Cour d'appel fédérale a statué que les autorités publiques peuvent fournir des services pour s'acquitter des fonctions que la loi leur confie, mais elles ne le font pas nécessairement toujours. Par ailleurs, les « services » ne se limitent pas aux seules activités « commerciales »¹¹⁰. Les tribunaux ont rendu des décisions différentes qu'il n'est pas facile de concilier. Par exemple, l'octroi de la citoyenneté n'est pas un service¹¹¹, mais l'examen et le traitement d'une demande du statut d'immigrant reçu l'est¹¹². Le gouvernement fédéral a récemment contesté la compétence du Tribunal d'entendre des plaintes de membres des Premières nations, notamment des plaintes relatives au droit au statut d'Indien, parce que les décisions ou les actions qui étaient qualifiées de discriminatoires n'étaient pas des « services » au sens de l'article 5 et ne pouvaient donc pas être examinées par le Tribunal.

Il n'est pas clair actuellement si le Tribunal a compétence pour instruire des plaintes relatives à des dispositions législatives fédérales déterminant le statut d'Indien et l'appartenance à une

¹⁰⁸ [1985] 2 R.C.S. 150.

¹⁰⁹ *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF 170.

¹¹⁰ *Re Singh*, [1989] 1 C.F. 430 (C.A.).

¹¹¹ *Forward et Forward c. CIC*, 2008 TCDP 5.

¹¹² *Anvari c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* (1991), 14 C.H.R.R. D/292 (T.A.D.P.).

bande en vertu de la *Loi sur les Indiens* et des règlements administratifs pris par les Premières nations sous le régime de cette loi. Si les règles régissant l'appartenance à une bande qui sont adoptées par les Premières nations ressemblent davantage aux lois fédérales relatives à la citoyenneté qu'à celles déterminant le droit au statut d'Indien, la question relative aux services pourrait être traitée différemment dans les décisions concernant le statut d'Indien et dans les décisions relatives au droit à l'appartenance à une bande. En effet, le droit au statut d'Indien est principalement utilisé, depuis 1985, pour déterminer le droit et la responsabilité du gouvernement fédéral en matière de financement relativement à une variété de programmes et de services, alors que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* régissant l'appartenance à une bande déterminent le droit de voter aux élections des membres des conseils de bande ainsi que l'accès à la plupart des autres droits et intérêts collectifs en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

L'incertitude entourant la façon dont le terme « services » s'applique aux différentes décisions prises (par le gouvernement fédéral et les Premières nations) en vertu de la législation fédérale adoptée sous le régime du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne concerne pas seulement les questions relevant de la *Loi sur les Indiens*. Le vice-président de la Commission, David Langtry, a mentionné devant le Comité sénatorial permanent des droits de la personne, lors de l'examen d'un projet de loi du gouvernement sur les biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve, en mai 2010, que la jurisprudence récente semble indiquer que le sens de « services » à l'article 5 pourrait être limité. M. Langtry a ensuite fait le commentaire suivant : « Depuis que l'article 67 a été abrogé, toutes les plaintes que la Commission a reçues ont été contestées par le procureur général sur plusieurs fronts, notamment sur ce qui constitue un “service”. Nous ne pouvons donc affirmer avec certitude qu'un régime de partage des biens matrimoniaux mis en place par les Premières nations constituerait un “service” en vertu de la loi¹¹³. » Il a ajouté qu'on ne savait pas non plus si la Commission a la compétence nécessaire en vertu de l'article 6, portant sur la discrimination dans la gestion des logements, pour examiner les règlements administratifs des Premières nations concernant les biens immobiliers matrimoniaux.

Devant le Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord de la Chambre des communes, la présidente de la Commission, Jennifer Lynch, a mentionné que l'on avait récemment mis en doute la compétence du Tribunal à entendre les plaintes concernant des décisions relatives au droit au statut d'Indien rendues en vertu de la *Loi sur les Indiens* : « Le comité a entendu des témoignages sur le processus de traitement des plaintes adopté par la Commission comme mécanisme déjà en place pour régler les cas de discrimination en vertu de la *Loi sur les Indiens*, y compris tous les cas possibles de discrimination résiduelle non prévus par le projet de loi C-3. Je suis venue ici aujourd'hui surtout pour vous prévenir que rien n'est moins certain. Il n'est pas sûr que la Commission sera en mesure de remédier aux allégations de discrimination en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Depuis l'abrogation de l'article 67, des personnes ont fait valoir que cette question n'entraîne pas dans le champ de compétence de la Commission. En voici un exemple. La Commission a reçu plusieurs plaintes relativement au statut d'Indien. Trois de ces plaintes ressemblent à l'affaire *McIvor*, dans le sens que toutes portent sur le statut d'Indien et soulèvent des questions de discrimination résiduelle découlant de l'adoption du projet de loi C-31. Nous avons renvoyé ces trois plaintes au tribunal. Le procureur général du Canada a fait savoir qu'il contesterait la compétence de la Commission sur cette

¹¹³ Canada, Comité sénatorial permanent des droits de la personne, *Délibérations*, 40^e législature, 3^e session, Fascicule n^o 3, 31 mai 2010, p. 63-65

question, alléguant que la détermination du statut par le registraire n'est pas un service au sens de l'article 5 de la LCDP. [...] On peut logiquement prévoir que cela pourrait soulever des questions semblables, comme de savoir si la détermination de l'appartenance à une bande constitue un service ou non. La Commission intervient en ce moment dans une affaire soumise au tribunal, pour le bien de l'intérêt public, en vue de présenter une analyse juridique démontrant que la détermination du statut est effectivement un service¹¹⁴. »

Ces commentaires sont certainement pertinents au regard de l'incidence possible des modifications apportées à la LCDP en 2008 sur l'égalité entre les sexes sous le régime de la *Loi sur les Indiens* et des règlements administratifs pris par les Premières nations en vertu de cette loi ou d'une autre loi. Les contestations du gouvernement fédéral visant la compétence du Tribunal dans les affaires relevant de la *Loi sur les Indiens* (ou d'autres affaires) ont des répercussions sur l'égalité entre les sexes, compte tenu de la vulnérabilité historique des femmes des Premières nations à cause de certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* et, plus récemment, de certains règlements administratifs pris par les Premières nations. Si le gouvernement fédéral a gain de cause, le fait que le Tribunal n'a pas compétence pour examiner des questions relatives au statut d'Indien, à l'appartenance à une bande et aux biens immobiliers matrimoniaux (et aussi peut-être d'autres questions) ferait en sorte que l'abrogation de l'article 67 n'aurait eu qu'un effet limité en ce qui concerne bon nombre des préoccupations des femmes des Premières nations en matière d'égalité entre les sexes.

Les contestations du gouvernement fédéral visant actuellement la compétence du Tribunal ne semblent pas compatibles avec le témoignage présenté en 2007 par le ministre Prentice devant le Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord à l'occasion de l'étude du projet de loi C-44, qui visait à abroger l'article 67, lorsqu'il a laissé entendre que les décisions relatives à l'appartenance à une bande (qui peuvent être prises en vertu de la législation fédérale ou des règles de droit adoptées par les Premières nations) pourraient faire l'objet d'un examen après l'abrogation de l'article 67 : « L'abrogation de l'article 67 donnera à nos citoyens autochtones, et en particulier aux femmes, la possibilité de faire ce qu'elles ne peuvent pas faire aujourd'hui, soit déposer un grief relativement à une action soit de leur gouvernement autochtone soit, franchement, du gouvernement du Canada, relativement à des décisions qui les touchent. Cela peut englober l'accès à des programmes, l'accès à des services, la qualité des services offerts, en sus d'autres questions, tel que l'appartenance à la bande, je suppose¹¹⁵. »

Plus récemment, des fonctionnaires du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien ont dit à leur tour que l'abrogation de l'article 67 permettrait l'examen des codes d'appartenance des Premières nations : « La personne qui récupère son statut et qui demande à faire partie d'une première nation qui exerce un contrôle sur ses effectifs peut, si sa demande est rejetée au motif qu'elle ne satisfait pas aux exigences du code d'appartenance, interjeter appel de cette décision auprès de la Commission canadienne des droits de la personne dès juin 2011, comme le précise le projet de loi C-21, qui modifie la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La loi s'appliquera aux gouvernements des premières nations dès juin 2011¹¹⁶. »

¹¹⁴ Canada, Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord de la Chambre des communes, *Témoignages*, 40^e législature, 3^e session, n° 011, 22 avril 2010, p. 2.

¹¹⁵ *Ibid.*, 39^e législature, 1^{re} session, n° 042, p. 10 (22 mars 2007).

¹¹⁶ *Ibid.*, 40^e législature, 3^e session, n° 007, p. 14 (1^{er} avril 2010).

g) Égalité réelle en vertu de la LCDP – Règles de droit coutumier et traditions juridiques des Premières nations, et principe de l'égalité entre les sexes : deux éléments à prendre en compte à chaque étape de l'analyse fondée sur la LCDP

On peut avancer que l'article 1.2 précise la théorie des droits à l'égalité en vertu de la LCDP en reconnaissant que les règles de droit coutumier et les traditions juridiques des Premières nations constituent une source additionnelle pour déterminer ce qu'est l'égalité réelle dans le contexte de la LCDP.

La Cour suprême du Canada a formulé certaines lignes directrices relativement à l'interprétation des lois sur les droits de la personne en général. Ces lois sont d'une nature spéciale et elles doivent être interprétées de manière large et libérale, en tenant compte de leur contexte, afin de donner effet à leur objet : éliminer la discrimination et assurer la dignité humaine¹¹⁷. Les tribunaux ont incorporé le concept d'« égalité réelle » dans leur interprétation des lois sur les droits de la personne en général. La Cour suprême a déclaré dans *Meiroy* : « Interpréter les lois sur les droits de la personne principalement en fonction de l'égalité formelle mine la promesse d'égalité réelle qu'elles comportent et empêche l'examen des effets de la discrimination systémique, comme notre Cour l'a reconnu dans *Action Travail*. »

Si le concept d'« égalité réelle » qu'elle a défini semble être un concept essentiel qui éclaire les notions d'égalité sous le régime aussi bien de la *Charte* que de la LCDP, la Cour suprême n'en a pas encore défini clairement la teneur. Beverley Baines mentionne que le concept n'est apparu dans la jurisprudence de la Cour suprême sur l'égalité qu'après l'adoption de la *Charte*, qu'aucun juge de la Cour n'a attribué au concept un contenu indépendant mis à part d'avoir mis en adéquation l'égalité réelle avec la discrimination et la dignité, et qu'aucun des arrêts de la Cour ne définit l'égalité réelle¹¹⁸. Elle mentionne également que la Cour ne s'est jamais appuyée sur l'égalité réelle pour faire droit à une plainte de discrimination sexuelle fondée sur l'article 15 de la *Charte*¹¹⁹. Certaines des avancées importantes de la Cour suprême du Canada au regard de l'égalité entre les sexes découlent de litiges fondés sur des lois provinciales sur les droits de la personne, en particulier *Janzten c. Platy Enterprises Ltd.* (selon cet arrêt, le harcèlement sexuel est une forme de discrimination sexuelle et, lorsqu'il survient au travail, il s'agit d'un comportement inapproprié de nature sexuelle qui a des effets préjudiciables sur le milieu de travail ou qui entraîne des conséquences négatives sur l'emploi des victimes); *Brooks c. Canada Safeway* (selon lequel la discrimination fondée sur la grossesse est de la discrimination sexuelle); *Meiroy* (où le recours à des mesures d'embauche positives pour mettre fin à la discrimination sexuelle systémique en matière d'emploi est reconnu).

Dans certains cas visés par la *Charte* ou la LCDP, l'interprétation de l'égalité en tant que droit exécutoire est fondée principalement sur ce que Beverly Baines appelle le *principe de*

¹¹⁷ *Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et al.*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (C.S.C.); *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145 (C.S.C.); *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150 (C.S.C.); *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 (C.S.C.).

¹¹⁸ Beverley Baines, « Is Substantive Equality a Constitutional Doctrine? », disponible en ligne :

<http://ssrn.com/abstract=1028944>.

¹¹⁹ *Ibid.*

*discrimination*¹²⁰. Cette approche suppose la protection d'une notion générale de l'égalité, définie d'une manière fonctionnelle et historiquement aléatoire en cernant des formes précises et concrètes de préjudice ou de désavantage imposé par rapport à un groupe de comparaison et déterminant si ce préjudice ou désavantage est lié à des catégories socialement et historiquement significatives comme le sexe, la race ou l'orientation sexuelle. Alors que la liste des catégories suspectes est définie de façon limitée dans la LCDP, l'article 15 de la *Charte* renferme une liste de motifs à laquelle peuvent s'ajouter des motifs analogues établis par les tribunaux.

Peter Hogg a noté que, même lorsqu'on passe de l'égalité formelle à l'égalité réelle, le problème causé par le fait que l'idée d'égalité ne fournit pas en elle-même les critères servant à déterminer quelles distinctions sont compatibles avec elle et lesquelles ne le sont pas demeure¹²¹. La juge en chef McLachlin a dit au sujet de l'égalité qu'il s'agissait *du droit le plus difficile*¹²². Un système juridique qui choisit d'être inspiré par le concept d'égalité réelle sera toujours confronté au fait que les modèles les plus courants n'établissent pas de normes¹²³.

Le sens de l'égalité réelle en droit canadien étant en constante évolution, l'article 1.2 exige maintenant, dans toutes les affaires régies par la LCDP où l'intimé est le gouvernement d'une Première nation, que ce concept soit éclairé par les règles de droit coutumier et les traditions juridiques des Premières nations. En outre, la décision rendue doit être conforme à la *Charte*, dont les articles 15, 25 et 38, et à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, notamment la garantie de l'égalité entre les hommes et les femmes prévue au paragraphe 35(4). Cette conclusion découle de l'obligation imposée par l'article 1.2 de respecter le principe de l'égalité entre les sexes et de *R. c. Conway*¹²⁴, où la Cour suprême du Canada a récemment passé en revue, résumé et concilié une série de décisions relatives au pouvoir des tribunaux administratifs de statuer sur des questions relevant du droit constitutionnel et d'ordonner des réparations en vertu de la *Charte*. L'arrêt *Conway* porte à croire que, lorsqu'ils exercent un pouvoir discrétionnaire conféré par la LCDP, la Commission et le Tribunal doivent respecter les droits à l'égalité garantis par la *Charte*, la Constitution de manière générale (notamment l'article 35), le mandat que la LCDP leur confie, la primauté du droit et le droit administratif en général.

L'arrêt *Conway* permet également de croire qu'une décision différente serait maintenant rendue dans *Ermineskin Cree Nation c. Canada (Canadian Human Rights Tribunal)*¹²⁵, qui portait sur l'expertise du Tribunal quant à l'article 35, en particulier en raison du mandat élargi de la Commission et du Tribunal par suite de l'abrogation de l'article 67, de l'obligation imposée par l'article 1.2 de tenir compte des règles de droit coutumier et des traditions juridiques des

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Peter W. Hogg, "What Is Equality? The Winding Course of Judicial Interpretation", (2005) 29 *S.C.L.R.* (2d) 39, p. 41 [*Hogg, What Is Equality*].

¹²² Rt. Hon. Beverley McLachlin, "Equality: The Most Difficult Right", (2001) 14 *S.C.L.R.* 17 [*McLachlin, Equality: The Most Difficult Right*].

¹²³ Cliona J.M. Kimber, "Equality or Self-Determination?" in Conor Gearty and Adam Tomkins (eds.), *Understanding Human Rights* (London: Institute of Advanced Legal Studies, 1996) 266 [*Kimber, Equality or Self-Determination?*].

¹²⁴ *R. c. Conway*, 2010 CSC 22 (11 juin 2010).

¹²⁵ (2002), 2 *W.W.R.* 138 (juge Moen, C.B.R. Alb.). Toutefois, dans *Ermineskin Cree Nation c. Canada (Canadian Human Rights Tribunal)*, [2006] 5 *W.W.R.* 528, une autre décision de la C.B.R. Alb., celle-ci n'était pas certaine que la décision rendue par le juge Moen en 2001 était correcte vu l'arrêt prononcé par la Cour suprême du Canada dans *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*.

Premières nations et de la mention des droits ancestraux ou issus de traités des Autochtones à l'article 1.1. La Cour devait décider dans cette affaire si le Tribunal avait compétence pour trancher une question constitutionnelle relative aux droits garantis à l'article 35 et si elle devait exercer une compétence concurrente sur une question constitutionnelle relevant de cette disposition. La Cour a décidé que le Tribunal avait compétence, mais que, en raison de son manque d'expertise au regard des droits garantis à l'article 35, c'est elle qui devait trancher l'affaire. Dans *Conway*, la Cour suprême du Canada s'est élevée avec force contre tout fractionnement des recours entre les cours supérieures et les tribunaux administratifs relativement aux questions de droits constitutionnels qui sont liées à des affaires instruites à juste titre par un tribunal administratif. Un tel fractionnement créerait inutilement des obstacles qui empêcheraient les populations vulnérables d'avoir accès à la justice dans les meilleurs délais (voir le paragraphe 79). Dans *Conway*, la Cour a non seulement fait mention d'enjeux relatifs à la *Charte*, mais elle a aussi fait référence à *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*¹²⁶, un arrêt portant sur le pouvoir des tribunaux administratifs dont le mandat prévu par la loi a des répercussions sur les droits garantis à l'article 35 de trancher des questions de droit concernant cette disposition car que celle-ci touche à leur mandat. La Cour a déclaré dans ses conclusions dans *Conway* (au paragraphe 77) que « le tribunal administratif investi du pouvoir de trancher des questions de droit et dont la compétence pour appliquer la *Charte* n'est pas clairement écartée a le pouvoir – et le devoir – correspondant d'examiner et d'appliquer la Constitution, y compris la *Charte*, pour se prononcer sur ces questions de nature juridique ».

Les tribunaux administratifs ne se sont généralement pas lancés, sous le régime de la LCDP, dans des analyses du concept d'« égalité ». Il ressort d'un examen des décisions rendues par le Tribunal sous le régime de la LCDP que le concept d'égalité réelle a été mentionné dans seulement trois décisions, pour mettre en évidence le rejet de l'égalité juridique formelle (selon ce concept, le même traitement est accordée à toutes les personnes qui se ressemblent) et le besoin correspondant, dans certains cas, d'adopter des mesures différentes pour tenir compte des différences. Dans *Kavanagh c. Procureur général du Canada*, un tribunal canadien des droits de la personne a déclaré qu'« il est parfois nécessaire de traiter différemment les personnes qui ont été historiquement défavorisées, afin d'assurer l'égalité matérielle. C'est l'essence même du principe de l'accommodement ». Dans *Buffett c. Forces armées canadiennes*, 2006 TCDP 39, le Tribunal a souligné que « traitement égal ne signifie pas toujours traitement identique [...] À l'occasion, un traitement différent peut s'avérer nécessaire pour atteindre une véritable égalité entre les groupes de comparaison ». Dans *Popaleni, Janssen, McAllister-Windsor c. Développement des ressources humaines Canada*, le Tribunal a déclaré : « Toutefois, ma tâche ne consiste pas à appliquer la *Loi canadienne sur les droits de la personne* de façon à assurer une égalité formelle, mais plutôt de manière à réaliser ce que la Cour suprême du Canada a décrit dans *Meiorin* comme “la promesse d'égalité réelle”. »

Sous le régime de la LCDP, l'analyse juridique d'une plainte comporte trois étapes principales :

- effectuer une évaluation préliminaire de la plainte dans le but de déterminer si elle est visée par la LCDP (p. ex. l'intimé est-il un employeur ou un fournisseur de services réglementé par le gouvernement fédéral et, dans le cas des Premières nations jusqu'à juin 2011, la décision ou la mesure contestée est-elle visée par l'exception de l'article 67?);

¹²⁶ 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585.

- déterminer si le plaignant a démontré à première vue que l'intimé s'est livré à une pratique discriminatoire fondée sur au moins l'un des 11 motifs de la liste exhaustive;
- le cas échéant, déterminer si l'intimé a invoqué et établi, suivant la prépondérance des probabilités, l'un des moyens de défense prévus à l'article 15 de la LCDP.

Selon les faits et s'il existe une tradition juridique ou une règle de droit coutumier des Premières nations, l'article 1.2 pourrait s'appliquer, à l'une ou l'autre de ces étapes, à l'égard de l'interprétation et de l'application de la Loi par le gouvernement d'une Première nation, la Commission ou le Tribunal. Il pourrait s'appliquer aussi à n'importe quelle étape du processus de plainte de la LCDP, de l'évaluation à la décision judiciaire.

Lorsque la compétence de la Commission ou du Tribunal est contestée par un intimé, le Tribunal doit régler cette question fondamentale de compétence avant de procéder à l'analyse habituelle visant à déterminer si la discrimination a été démontrée à première vue et si des moyens de défense prévus par la LCDP peuvent être invoqués. Il en est ainsi des contestations fondées sur les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones visés à l'article 35 relatives à l'autonomie gouvernementale ou à la compétence inhérente.

Les décisions de la Commission ou du Tribunal sur une question de compétence ou une question de droit constitutionnel peuvent évidemment faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Des questions relatives à l'article 35 peuvent éventuellement se poser et chevaucher des questions relatives à la détermination des règles de droit coutumier et des traditions juridiques des Premières nations, selon la façon dont le gouvernement d'une Première nation a choisi de répondre à une plainte ou de se défendre contre celle-ci en invoquant ces règles et traditions. Il est possible de considérer que *Conway* établit que le Tribunal a la compétence – et l'obligation – de statuer sur toute question relative à l'article 35 qui se pose pendant qu'il instruit une plainte fondée sur la LCDP.

De même, à cause du caractère prédominant de l'exigence prévue à l'article 1.2 concernant le principe de l'égalité entre les sexes, une analyse comparative entre les sexes adaptée à la culture devra être effectuée à chaque étape de l'examen d'une plainte déposée contre le gouvernement d'une Première nation sous le régime de la LCDP. La difficulté institutionnelle de respecter les différences dans une affaire concernant une Première nation où des questions relatives à l'égalité entre les sexes sont soulevées présente certaines similitudes avec la difficulté de répondre aux questions relatives à l'égalité entre les sexes et à la liberté de religion dans les affaires où des différences culturelles et des différences religieuses sont en cause. L'analyse juridique des questions relatives à l'égalité entre les sexes dans un contexte concernant les Premières nations sera nécessairement différente à de nombreux égards, cependant, parce que les Premières nations ont le statut constitutionnel de peuples autochtones, qu'elles ont, en vertu du droit international, le statut de peuples jouissant du droit à l'autodétermination et que des questions constitutionnelles relatives à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (notamment en ce qui concerne le statut de traités des ententes d'autonomie gouvernementale) peuvent recouper des questions touchant l'égalité visées par la LCDP. La juge en chef L'Heureux-Dubé a souligné que, même si elle n'est pas à proprement parler une disposition sur l'égalité, la protection des droits ancestraux et issus de traités existants des Autochtones prévue à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* joue implicitement un rôle d'outil en empêchant la marginalisation et

en favorisant l'égalité réelle¹²⁷. Dans le même ordre d'idées quant au contexte d'une analyse des droits à l'égalité garantis par la *Charte*, la juge en chef L'Heureux-Dubé a écrit dit dans l'arrêt *Corbiere* que « l'approche contextuelle applicable à l'égard de l'art. 15 commande que l'analyse du caractère égalitaire des dispositions se rapportant aux Autochtones prenne en compte et respecte le patrimoine et la spécificité autochtones, ainsi que la reconnaissance des droits ancestraux et issus de traités, et mette l'accent sur l'importance qu'ont pour les Canadiens d'origine autochtone, leurs valeurs et leur histoire¹²⁸ ».

Le Rapport sur l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs traite brièvement du rôle possible du droit international en matière de droits de la personne dans l'interprétation du rôle de l'article 1.2. À cet égard, dans l'affaire *Canada c. Taylor* où une disposition de la LCDP faisait l'objet d'une analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*, la Cour suprême du Canada a déterminé que la « position prise par la communauté internationale dans le domaine de la protection des droits de la personne » était pertinente, ce qui laisse croire qu'elle l'est peut-être aussi au regard de la prise en compte des règles de droit des Premières nations sous le régime de la LCDP, en particulier au regard de la mise en équilibre entre les droits et intérêts collectifs et les droits et intérêts individuels. Même s'ils ne sont pas strictement tenus d'appliquer les normes internationales à moins que celles-ci ne soient énoncés dans un traité qui a été ratifié ou ne fassent partie du droit coutumier international, les tribunaux canadiens peuvent se servir des instruments internationaux en matière de droits de la personne pour « éclairer » l'interprétation des dispositions législatives internes sur les droits de la personne, même lorsque les instruments sont des déclarations ou d'autres textes non contraignants¹²⁹.

Cette règle a des répercussions sur la Commission et le Tribunal en qualité d'organismes nationaux des droits de la personne chargés en partie de la mise en œuvre des obligations internationales du Canada. Par exemple, la décision rendue par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans l'affaire *Lovelace* pourrait-elle servir d'outil d'interprétation des règles de droit régissant l'appartenance à une Première nation? La notion d'« Indien du point de vue ethnique » a été employée dans l'affaire *Lovelace* pour désigner une personne appartenant à une nation particulière d'« Indiens », sans égard à une notion d'« Indien » qui serait définie dans la loi ou qui serait différente pour les hommes et pour les femmes sous le régime du droit fédéral.

Les droits à l'égalité des Autochtones ont été reconnus de différentes façons à l'échelon international. Par exemple, le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale a expressément affirmé que la discrimination exercée à l'égard des peuples autochtones est visée par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et a demandé aux États parties de veiller à ce que les collectivités autochtones puissent exercer leurs droits d'observer et de revitaliser leurs traditions culturelles et leurs coutumes, ainsi

¹²⁷ Hon. Beverley McLachlin, "Racism and the Law: The Canadian Experience", *Journal of Law & Equality*, Vol. 1, N° 1, Toronto, University of Toronto, 2002, p. 7-24.

¹²⁸ *Corbiere c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 54.

¹²⁹ Anne Warner La Forest, "Domestic Application of International Law in Charter Cases: Are We There Yet?", *University of British Columbia Law Review*, Vol. 27, 2004, p. 157; Irit Weiser, "Undressing the Window: Treating International Human Rights Law Meaningfully in the Canadian Commonwealth System", *University of British Columbia Law Review*, Vol. 37, 2004, p. 113.

que de préserver et d'utiliser leurs langues¹³⁰. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones semble indiquer que l'égalité réelle doit être interprétée en tenant compte du principe de l'égalité entre les peuples tout autant que du principe de l'égalité entre les individus. Ce principe, qui ressort clairement de toute la Déclaration, est énoncé explicitement à l'article 2 : « Les autochtones, peuples et individus, sont libres et égaux à tous les autres et ont le droit de ne faire l'objet, dans l'exercice de leurs droits, d'aucune forme de discrimination fondée, en particulier, sur leur origine ou leur identité autochtones. » La LCDP a reconnu l'importance et la pertinence de cette déclaration pour la mise en œuvre des droits de la personne au Canada¹³¹.

Selon Cliona Kimber, il peut être utile d'incorporer un principe d'autodétermination dans la notion des droits à l'égalité lorsqu'on analyse les avantages et les inconvénients des différents modèles. Son analyse comprend un examen du « principe de subordination » qui, selon elle, sous-tend le concept d'égalité réelle défini par la Cour suprême du Canada, lequel vise, toujours selon elle, à reconnaître les questions de hiérarchie et de domination¹³². Kimber fait remarquer que la Cour suprême s'est écartée de l'idée de considérer l'égalité comme une question d'identité et de différence en mettant davantage l'accent sur l'égalité de résultat par l'adoption du concept d'égalité réelle. Elle fait valoir que cette conception particulière de l'égalité est toujours limitée par la difficulté de déterminer les limites du principe de l'égalité. Kimber estime qu'il faut adopter un nouveau modèle qui inclurait le principe d'autodétermination. Cette approche présenterait les avantages suivants :

- elle maintiendrait clairement l'objectif de mettre fin aux rapports de hiérarchie et de domination;
- elle affirmerait les valeurs d'un groupe ou d'une personne, reconnaissant que celles-ci ont une valeur inhérente en elles-mêmes et doivent en conséquence être respectées;
- elle reconnaîtrait que l'autodétermination est à la fois un processus et un droit fondamental (des personnes et des collectivités), qui s'accompagne de droits à la participation, à la représentation et au contrôle politique.

Bien qu'on ne sache pas bien à quel point ce modèle serait efficace, Kimber laisse entendre que l'idée d'incorporer le droit à l'autodétermination dans la théorie des droits à l'égalité qui s'applique aux peuples autochtones du Canada serait compatible avec le principe fondamental de l'égalité entre les peuples qui est garanti par le droit international en matière de droits de la personne et qui a été confirmé tout récemment par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (il en serait probablement de même pour tous les groupes marginalisés, peu importe leur statut en tant que peuples). Comme il s'agit d'un aspect de l'égalité des peuples, le droit à l'autodétermination devrait orienter l'interprétation de l'article 1.2 en faisant en sorte que les droits collectifs et les droits individuels soient mis en équilibre dans les affaires relatives aux droits à l'égalité concernant des lois et d'autres décisions rendues par les Premières nations qui peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de la LCDP.

¹³⁰ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Nations Unies, Recommandation générale n° 23 : Les droits des populations autochtones, par. 4, 1997.

¹³¹ Commission canadienne des droits de la personne, *Déclaration publique sur la Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, 15 février 2008, disponible en ligne : http://www.chrc-ccdp.ca/media_room/speeches-fr.asp?id=455&content_type=2&lang_update=1.

¹³² Kimber, *Equality or Self-Determination?*

Les instruments de défense des droits de la personne, comme la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, influent également sur l'égalité des sexes. L'article 5 de la CEDAW exige des États parties qu'ils prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer les préjugés et les pratiques coutumières, ou de tout autre type, « qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ». Cette disposition a une portée très large : elle vise les « préjugés » et les pratiques « de tout autre type », ainsi que les pratiques « coutumières ». L'obligation du Canada de respecter cette disposition lorsqu'il applique ses lois et règlements sur les droits de la personne et les obligations des Premières nations en vertu de leurs propres lois ne sont donc pas limitées aux règles de droit coutumier. L'article 2 de la CEDAW impose aussi des obligations générales au regard de la discrimination exercée contre les femmes, sous toutes ses formes, coutumière et autres :

Les États parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes et, à cette fin, s'engagent à :

- a) Inscrire dans leur constitution nationale ou toute autre disposition législative appropriée le principe de l'égalité des hommes et des femmes, si ce n'est déjà fait, et à assurer par voie de législation ou par d'autres moyens appropriés, l'application effective dudit principe ;
- b) Adopter des mesures législatives et d'autres mesures appropriées assorties, y compris des sanctions en cas de besoin, interdisant toute discrimination à l'égard des femmes;
- c) Instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes sur un pied d'égalité avec les hommes et garantir, par le truchement des tribunaux nationaux compétents et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire;
- d) S'abstenir de tout acte ou pratique discriminatoire à l'égard des femmes et faire en sorte que les autorités publiques et les institutions publiques se conforment à cette obligation;
- e) Prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque;
- f) Prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes;
- g) Abroger toutes les dispositions pénales qui constituent une discrimination à l'égard des femmes.

Les principes reconnus dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones exigeraient que soient respectés la capacité des peuples autochtones de déterminer ce qui doit être fait pour mettre en œuvre les droits à l'égalité dans leurs nations et leurs collectivités, leurs contributions à cet égard ainsi que le principe de l'égalité entre les sexes. L'article 22 de la Déclaration exige qu'une attention particulière soit accordée aux droits et aux

besoins spéciaux des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones dans l'application de la Déclaration.

Il faudra sans doute, dans le cadre de la mise en équilibre et de la prise en compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations, reconnaître les différentes façons dont les droits à l'égalité, notamment le principe de l'égalité entre les sexes, peuvent être exprimés dans les cultures des Premières nations. Il n'est pas question ici de « relativité culturelle ». Il s'agit plutôt de reconnaître que l'universalité des valeurs traduites par les droits de la personne exige des efforts pour que soient reconnues les contributions potentielles de toutes les cultures à la réalisation de ces valeurs. Cette interprétation est compatible également avec l'arrêt *Action Travail*, où la Cour suprême du Canada a conclu que la LCDP n'a pas pour objet d'attribuer ou de sanctionner une responsabilité, mais d'éduquer et de prévenir la discrimination principalement par la persuasion.

Jack Donnelly a passé beaucoup de temps à examiner les notions d'universalité des droits de la personne et de relativité culturelle. L'ampleur de ce débat complexe dans les milieux universitaire et juridique ne peut pas être analysée dans le présent document. Certaines des observations de Donnelly peuvent cependant être utiles pour élaborer une approche pragmatique qui reconnaît, d'une part, que la notion de « droits de la personne » en tant que « droits » est principalement un produit de l'histoire, du droit et des systèmes politiques occidentaux ainsi que des traditions occidentales sur le plan des connaissances et, d'autre part, que les traditions, les normes et les valeurs sur le plan des connaissances dans d'autres parties du globe et celles qui n'appartiennent pas à la religion judéo-chrétienne peuvent appuyer les normes reconnues internationalement en matière de droits de la personne¹³³. L'article 1.2 offre l'occasion de vérifier la validité de cette thèse dans le contexte autochtone canadien. Cette disposition exige clairement une certaine forme de rapprochement entre les traditions juridiques autochtones et celles d'origine européenne. Donnelly explique également de quelle façon le concept de droits universels de la personne est une réponse à certaines des menaces à la dignité humaine et à la liberté de la personne qui découlent habituellement des économies de marché et des gouvernements bureaucratiques. Selon lui, les droits de la personne représentent la réponse la plus efficace jusqu'à maintenant à une grande variété de menaces courantes à la dignité humaine qui sont devenues presque universelles à cause des économies de marché et des États bureaucratiques. Les droits de la personne demeurent aujourd'hui le seul moyen efficace d'assurer la dignité humaine dans des sociétés dominées par les marchés et les États¹³⁴.

La LCDP fait partie d'un régime juridique qui menace l'utilisation de la Déclaration universelle, des Pactes et d'autres aspects du droit international en matière de droits de la personne à titre de sources fiables pour l'interprétation des lois sur les droits de la personne. C'est notamment pour cette raison qu'une approche contextuelle doit être adoptée à l'égard de la LCDP. Comme Donnelly le souligne, le régime mondial des droits de la personne repose sur la mise en œuvre, à l'échelon national, des droits de la personne reconnus internationalement. Si la création des normes relève du système des instruments des droits de l'homme des Nations Unies et du droit

¹³³ Jack Donnelly, "The Relative Universality of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, 2007, p. 281-306. [Donnelly, *The Relative Universality of Human Rights*]

¹³⁴ Donnelly, *The Relative Universality of Human Rights*.

coutumier international, leur mise en œuvre est la responsabilité des États souverains qui doivent rendre des comptes sur ce qui se passe à l'intérieur de leurs frontières. Ensemble, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, le rôle essentiel qu'ont joué les peuples autochtones dans l'élaboration de cet instrument, l'article 25 de la *Charte*, les paragraphes 35(1) et 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l'adoption de l'article 1.2 de la LCDP font maintenant en sorte qu'un dialogue tenant compte des points de vue des Premières nations sur les droits de la personne est essentiel.

PARTIE 5 – CONCLUSION

Maintenant que l'article 1.2 a été adopté, il faut un cadre d'analyse des droits à l'égalité qui soit global et adapté à la culture pour traiter les plaintes déposées contre un gouvernement d'une Première nation. Ce cadre doit appliquer le principe de l'universalité des droits de la personne, tout en faisant de la place aux diverses façons dont les Autochtones conçoivent l'égalité et aux moyens de transposer cette l'égalité dans les règles de droit coutumier et les traditions juridiques des Premières nations.

L'article 1.2 ouvre la voie à ce que les règles de droit coutumier et les traditions juridiques des Premières nations orientent tant la jurisprudence relative à la LCDP que l'application globale de cette loi par la Commission et le Tribunal. Le fait que l'on attribuait auparavant un caractère universel et une supériorité aux traditions juridiques occidentales a empêché l'application universelle des valeurs internationales en matière de droits de la personne – on ne se rendait pas compte que les conceptions et les réalisations des autres traditions juridiques pouvaient améliorer la théorie et la pratique dans le domaine des droits de la personne. Il faut un cadre d'analyse compatible avec le principal objet de la LCDP (lequel est de permettre le règlement rapide des plaintes en matière d'égalité à l'extérieur des cours supérieures) et conforme à l'objet de l'article 1.2 (c'est-à-dire être le plus pertinent possible sur le plan culturel en respectant et en analysant les connaissances et les traditions juridiques des Premières nations puisqu'elles peuvent être liées aux questions d'égalité et de discrimination dans les collectivités autochtones).

Il faudra peut-être utiliser plusieurs techniques d'analyse pour générer une rencontre non assimilatrice des cultures et des traditions juridiques des Premières nations avec les traditions juridiques héritées d'Europe et la jurisprudence canadienne. Les tribunaux du Canada ont souvent négligé de s'inspirer des valeurs des peuples des Premières nations en matière de droits de la personne. En fonction des faits et des enjeux soulevés dans chaque cas, l'article 1.2 exigera à divers degrés une démarche qui sera axée sur les différences entre les sexes et adaptée à la culture. Il faudra souvent une analyse intersectionnelle des droits et intérêts à l'égalité et des droits et intérêts collectifs – en particulier lorsque la plainte sera fondée sur plusieurs motifs de discrimination ou concernera des droits et intérêts collectifs, ou les deux.

Le recours à de telles techniques devrait être envisagé à chaque étape – du premier examen de la plainte à la décision finale – parce que le processus juridique instauré par le colonisateur et la jurisprudence qui servent de fondement à la LCDP risquent d'être entachés de préjugés culturels

inhérents¹³⁵. Le même problème peut survenir lorsqu'on consulte les publications en droit et en sciences sociales pour y trouver des conseils ou de l'information sur les traditions, les règles de droit coutumier et les relations entre les hommes et les femmes des Premières nations.

Un élément important de l'article 1.2 est le passage stipulant que les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations doivent être prise en compte au moment de viser un équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs. C'est précisément dans ces cas que l'on remarque souvent les différences entre les traditions juridiques des Premières nations et celles de cultures enracinées dans les traditions libérales et individualistes venues d'Europe. Une perspective globale et complémentaire sur le rapport entre les droits individuels et les droits collectifs est davantage caractéristique des Autochtones. Selon Holder et Corntassel, les groupes autochtones conçoivent les groupes et leur respect de la dignité individuelle de manières non seulement plus complexes que les approches libéro-individualistes ou corporatistes habituellement donnés en exemple, mais aussi plus aptes à proposer une vision davantage élaborée de la relation entre les individus et les groupes comparativement à l'approche théorique; et les peuples autochtones reconnaissent généralement que les droits collectifs et les droits individuels sont interdépendants plutôt que concurrents¹³⁶.

En ce qui concerne la recherche d'équilibre entre les droits et intérêts collectifs d'une Première nation et les droits individuels des citoyens de cette communauté, l'article 1.2 de la LCDP joue un rôle qui peut ressembler à celui de l'article premier de la *Charte*, sans en être un parfait équivalent. Dans un article publié en 1996, Beverley McLachlin décrit l'article premier de la *Charte* comme une disposition d'équilibre reconnaissant expressément qu'il est parfois juste que les libertés individuelles cèdent la place au bien commun défini par le Parlement ou les législateurs, et elle le voit comme un mécanisme permettant de trouver un équilibre entre les droits et libertés individuels et l'opinion considérée comme majoritaire qui est exprimée par les législateurs¹³⁷.

Pour ce qui est de l'article 1.2 de la LCDP, il n'existe probablement pas de solution toute faite pour trouver l'équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels des Premières nations compte tenu de la diversité de ces communautés au Canada. Il faut une approche souple qui tiendra compte du potentiel des connaissances et des traditions juridiques des Premières nations. De plus, on devra peut-être adapter, voire remettre en question, les méthodes d'analyse actuelles qui reposent largement sur des catégorisations et des comparaisons, afin que les traditions et les valeurs des Premières nations en matière de résolution des problèmes et de gestion des conflits soient bien reflétées et bien utilisées lorsque des valeurs et des droits fondamentaux sont contestés au sein d'une nation ou d'une collectivité.

¹³⁵ Benjamin L. Berger, "The Cultural Limits of Legal Tolerance", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 21, 2008, p. 245; Sonia N. Lawrence, "Cultural (in)Sensitivity: The Dangers of a Simplistic Approach to Culture in the Courtroom", *Canadian Journal of Women and the Law = Revue Femmes et Droits*, Vol. 13, 2007, p. 107; Kenneth B. Nunn, "Law as a Eurocentric Enterprise", *Law and Inequality*, Vol. 15, 1997, p. 323; Joanne St. Lewis, "Race, Racism and the Justice System" dans Carl James (ed.), *Perspectives on Racism and the Human Services Sector*, Toronto: University of Toronto Press, 1996, p. 111.

¹³⁶ Cyndi Holder et Jeff J. Corntassel, "Indigenous Peoples and Multicultural Citizenship: Bridging Collective and Individual Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 24, No. 1, 2002, p. 128-129.

¹³⁷ Beverley McLachlin, "The Canadian Charter and the Democratic Process" dans Conor Gearty et Adam Tomkins (eds.), *Understanding Human Rights*, London: Institute of Advanced Legal Studies, 1996, p. 22 et 23.

En Occident, le débat juridique sur l'analyse des droits à l'égalité propose des approches conventionnelles qui sont imprégnées du langage de l'universalisme abstrait¹³⁸ et qui contiennent des points de référence et des perspectives inexprimés issus des traditions juridiques occidentales. Des auteurs ayant élaboré des méthodes d'analyse différentes s'inquiètent du risque de trop privilégier la comparaison de catégories abstraites. Parmi eux, Martha Minow a mis au point une *méthode fondée sur les relations sociales*. « On commettra des erreurs quand on essaiera de catégoriser les gens parce que les gens ne correspondent pas à des catégories. Certaines personnes n'entrent dans aucune catégorie. Toutes les personnes sont artificiellement réduites à une caractéristique lorsqu'elles sont classées selon leur race, leur déficience ou une autre caractéristique. Toutes les caractéristiques sont trop limitatives et trop générales pour être justes. Chaque personne a une race et un sexe, ainsi que d'autres caractéristiques peut-être innombrables, et chacune de ces caractéristiques modifie les autres [...] Faire partie d'une catégorie et choisir de s'y rallier supposent des interactions complexes entre des personnes, des cadres historiques et des événements. Aucune réponse claire n'a été trouvée à la question de savoir qui fait partie d'une catégorie donnée et qui n'en fait pas partie, une fois que nous comparons comment les personnes se présentent, comment les groupes se présentent, comment ils présentent leurs membres et comment les non-membres caractérisent les autres¹³⁹ » [traduction]. Une méthode fondée sur les relations sociales vise à neutraliser ces risques en présumant qu'il existe une interdépendance entre les gens et non en présumant que l'autonomie est la dimension essentielle de l'identité individuelle¹⁴⁰. Elle vise à cerner les relations entre les personnes et l'interdépendance de ces dernières et tient compte de la dynamique et de l'évolution des relations humaines. Selon Minow, l'affirmation des différences sert souvent à exposer les relations entretenues et à répartir les pouvoirs.

a) Approche interculturelle en matière de droits de la personne

Au moment d'examiner les plaintes de discrimination déposées contre les gouvernements des Premières nations en vertu de la LCDP, il faut une approche interculturelle en matière de droits de la personne pour créer un pont entre les traditions du savoir, les traditions juridiques et les méthodes de résolution des problèmes utilisées par les Premières nations et celles des sociétés occidentales dans le contexte des droits à l'égalité. Le terme « interculturelle » signifie que notre interprétation de l'égalité réelle, et plus particulièrement de ce qu'il faut pour que les membres des Premières nations puissent jouir des droits à l'égalité, peut être enrichie autant par les règles de droit coutumier et les traditions juridiques des Premières nations que par les traditions juridiques occidentales et le dialogue entre les différentes cultures et traditions juridiques.

Une approche interculturelle en matière de droits de la personne destinée à interpréter et appliquer l'article 1.2 considérerait que le droit à l'autodétermination et les droits humains individuels des Premières nations sont interdépendants, complémentaires et aptes à se renforcer

¹³⁸ Martha Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca & London: Cornell University Press, 1990, p. 59 à 62. [Minow, *Making All the Difference*]

¹³⁹ Minow, *Making All the Difference*, p. 20.

¹⁴⁰ Minow, *Making All the Difference*, p. 110.

mutuellement, conformément au droit et aux principes internationaux dans le domaine des droits de la personne¹⁴¹.

Une approche interculturelle en matière de droits de la personne destinée à interpréter et appliquer de l'article 1.2 aurait les objectifs suivants :

- faire en sorte que la discrimination soit comprise comme les peuples des Premières nations la comprennent et la vivent et que l'on comprenne de quelle manière les plaintes de discrimination peuvent être réglées en conformité avec les règles de droit coutumier et les traditions juridiques des Premières nations **et** avec le principe de l'égalité entre les sexes;
- éviter de remplacer l'exception de l'article 67 abrogé par une approche d'application de l'article 1.2 qui exigerait des analyses constitutionnelles complexes chaque fois qu'une plainte de discrimination vise un gouvernement ou organisation d'une Première nation (on créerait alors un nouvel obstacle empêchant les membres des Premières nations d'utiliser le processus de plainte prévu par la LCDP).

b) Principes généraux de mise en œuvre d'une approche interculturelle en matière de droits de la personne

Les principes généraux suivants orienteraient la mise en œuvre de l'approche proposée :

- Une approche interculturelle en matière de droits de la personne tiendrait compte des règles de droit coutumier et des traditions juridiques des Premières nations, s'il y a lieu, à toutes les étapes du processus de traitement des plaintes de la Commission et du Tribunal.
- Une approche interculturelle en matière de droits de la personne reconnaîtrait que la LCDP exige que les plaintes soient fondées sur une liste préétablie de catégories identitaires abstraites (motifs de distinction) sans pour autant empêcher l'examen des questions suivantes :
 - comment les éléments de notions établies par la société comme la race, la culture, le sexe et les autres motifs de distinction prévus par la LCDP sont influencés par des facteurs culturels, sociaux et historiques et comment les concepts de race et de sexe chez les indigènes peuvent être différents de ceux des traditions juridiques occidentales;
 - comment la discrimination fondée sur l'un ou l'autre des motifs prévus peut être tributaire de la façon dont la loi agit sur d'autres aspects de l'identité, et en subir l'influence;
 - comment le contexte social et juridique élargi d'une Première nation peut aider à comprendre les faits menant au dépôt d'une plainte de discrimination et au

¹⁴¹ Il convient de préciser que, bien que la décision d'appliquer la LCDP aux gouvernements des Premières nations puisse se justifier en invoquant que cela fait partie intégrante de la responsabilité du Canada envers le système international des droits de la personne pour ce qui est de généraliser l'application des droits de la personne à toute la population du Canada, cette justification ne précise pas quelle est la responsabilité du Canada pour ce qui est de veiller au respect du droit des Premières nations à l'autodétermination en conformité avec les règles de droit international inscrites dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

règlement de cette plainte peu importe s'il est obtenu par suite d'un processus de « règlement alternatif des différends » ou d'une décision rendue par un tribunal.

- Une approche interculturelle en matière de droits de la personne examinerait la nature intersectionnelle de la discrimination, en particulier lorsqu'une situation comporte plusieurs motifs de discrimination ou des formes « complexes » de discrimination ou d'interaction entre les droits collectifs et les droits individuels.
- Une approche interculturelle en matière de droits de la personne tiendrait compte également de l'effet que pourraient avoir des facteurs externes au système juridique des Premières nations sur les relations et les distinctions établies dans la collectivité, en particulier lorsqu'il est question d'égalité entre les sexes.
- Une approche interculturelle en matière de droits de la personne porterait attention aux différentes façons dont les règles de droit et les traditions juridiques des Premières nations peuvent servir à réaliser l'égalité, y compris celle entre les hommes et les femmes; elle considérerait les traditions du savoir et les traditions juridiques des Premières nations comme des ressources aptes à inspirer des solutions, créatives et adaptées à la culture, pour régler les plaintes de discrimination par une démarche adaptée à la culture et aux différences entre les sexes. En raison de la nature holistique de ces traditions chez bon nombre de Premières nations et du fait qu'elles sont axées sur les relations interpersonnelles, il devient particulièrement important de s'attarder aux règles de droit coutumier et aux traditions juridiques dans les cas où on doit trouver un juste équilibre entre les droits et intérêts collectifs et les droits et intérêts individuels. Les lois ou les décisions des Premières nations qui sont contestées en vertu de la LCDP devraient donc être analysées à la lumière de l'ensemble des traditions juridiques de la Première nation en cause afin qu'on puisse bien comprendre l'effet d'une loi ou d'une décision sur le droit à l'égalité des individus.
- Les distinctions fondées sur le sexe découlant de lois et autres processus décisionnels des Premières nations assujettis à la LCDP doivent être examinées de près étant donné que l'article 1.2 exige de tenir compte des règles de droit coutumier et des traditions juridiques des Premières nations d'une manière compatible avec le principe de l'égalité entre les sexes et que l'on sait depuis longtemps que la *Loi sur les Indiens* a intégré des valeurs patriarcales aux règles de droit des Premières nations.
- Les droits collectifs possèdent une dimension participative, ce qui veut dire que des membres d'une culture ou d'un peuple ont tous autant les uns que les autres le droit de participer à tout moment aux discussions sur ce qu'est la tradition ou la culture. Cette dimension est particulièrement essentielle dans les cas qui concernent tant l'égalité entre les sexes et la gouvernance que le droit des hommes et des femmes de déterminer en toute égalité ce qui constitue la coutume.
- La Commission et le Tribunal devraient prendre en considération les lois ou mécanismes des Premières nations qu'une Première nation pourrait utiliser pour régler une plainte.

Ces principes généraux sont expliqués dans les prochaines pages au moyen d'exemples tirés de diverses publications. Ces exemples ne visent qu'à alimenter la discussion puisqu'ils décrivent très sommairement et incomplètement les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations. D'autres exemples sont tirés des jugements rendus en vertu de la LCDP. Cependant, il ne faut pas oublier que les explications fournies ne sont pas étayées par les éléments de fait requis par la LCDP pour tirer des conclusions valables sur la mesure dans laquelle une règle de droit est conforme ou non à la LCDP.

Une approche interculturelle en matière de droits de la personne tiendrait compte des règles de droit coutumier et des traditions juridiques des Premières nations, s'il y a lieu, à toutes les étapes du processus de traitement des plaintes de la Commission et du Tribunal.

Selon cette approche, l'article 1.2 n'est pas considéré comme une exception ou un moyen de défense technique. Si on avait voulu qu'il en soit ainsi, cette disposition aurait été ajoutée à l'article 15, avec tous les autres moyens de défense prévus par la LCDP. L'article 1.2 est plutôt une disposition interprétative générale qui peut s'appliquer à toutes les étapes du traitement et du règlement d'une plainte déposée contre un membre ou un organisme d'une Première nation en vertu de la LCDP, y compris à l'étape de l'évaluation et l'utilisation d'un moyen de défense par le mis en cause.

En raison de sa nature même, une disposition interprétative comme l'article 1.2 doit être souple. En outre, cette approche est conforme à celle utilisée pour déterminer ce qui constitue une pratique discriminatoire aux termes de la LCDP. Dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 154 (CanLII), la Cour d'appel fédérale fédérale a statué qu'un « critère juridique souple, en ce qui concerne l'établissement de la preuve *prima facie*, permet mieux que d'autres critères plus précis de promouvoir l'objet général sous-tendant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à savoir l'élimination, dans la sphère de compétence législative fédérale, de la discrimination en matière d'emploi ainsi que de la discrimination en ce qui concerne la fourniture de biens, de services, d'installations et d'habitations ». Elle a ajouté : « Si l'on rendait le critère de la preuve *prima facie* plus précis et plus détaillé, en tentant de l'appliquer à différents actes discriminatoires, on "légaliserait" sans motif légitime la prise de décision et on retarderait le règlement des plaintes en encourageant la présentation de demandes de contrôle judiciaire. À mon avis, décider du genre de preuve nécessaire dans un contexte donné pour établir une preuve *prima facie* relève davantage des attributions du Tribunal spécialisé que de celles de la Cour ». La Cour d'appel fédérale a aussi mentionné que la discrimination prend des formes nouvelles et subtiles et que la définition juridique de la preuve *prima facie* n'exige pas que la Commission soumette un type particulier de preuve afin d'établir les faits nécessaires en vue de démontrer que le plaignant a été victime d'un acte discriminatoire au sens de la *Loi*. Par conséquent, au moment de déterminer si on détient une preuve *prima facie* qu'un gouvernement d'une Première nation a commis un acte discriminatoire, on peut en arriver à la conclusion qu'une partie peut se fier à une preuve pertinente des règles de droit coutumier ou des traditions juridiques des Premières nations, étant donné que l'établissement d'une preuve *prima facie* est une question mixte de fait et de droit.

Dans certains cas, un mis en cause d'une Première nation pourrait prétendre qu'une distinction fondée sur le sexe qui découle des règles de droit coutumier ou des traditions juridiques des

Premières nations n'est pas patriarcale, n'entraîne pas de désavantage ou n'accorde pas une plus grande valeur aux hommes et à leurs rôles qu'aux femmes et à leurs rôles. Si elle est établie, une telle conclusion de fait et de droit peut signifier qu'une preuve *prima facie* n'a pas été faite dans cette affaire, et la question de savoir s'il existe un motif justifiable ou un autre moyen de défense pourrait devenir superflue. Dans ce cas, une distinction fondée sur le sexe pourrait tout de même être compatible avec le principe de l'égalité entre les sexes.

Si le plaignant est en mesure de fournir une preuve *prima facie* de discrimination, le mis en cause des Premières nations peut prétendre qu'un élément des règles de droit coutumier ou des traditions juridiques des Premières nations peut servir à déterminer si on peut invoquer un moyen de défense prévu à l'article 15, comme l'existence d'un motif justifiable, dans la mesure où cet élément est compatible avec le « principe de l'égalité entre les sexes ». L'article 1.2 semble indiquer que la preuve de l'existence d'un motif justifiable peut être faite au moyen des règles de droit coutumier et des traditions juridiques des Premières nations sur les droits à l'égalité en général, et sur l'égalité dans la mesure où celle-ci se conjugue aux droits et intérêts collectifs en particulier, sans jamais compromettre le « principe de l'égalité entre les sexes ». La question pourrait être de savoir si les distinctions fondées sur le sexe découlant des règles de droit coutumier et des traditions juridiques des Premières nations ont les mêmes incidences sur la valeur et la dignité des femmes et des hommes. Les distinctions fondées sur le sexe ne sont pas toutes discriminatoires.

Le moyen de défense fondé sur l'existence d'un motif justifiable prévu par la LCDP a été utilisé sans succès par le gouvernement d'une Première nation dans *Jacobs c. Kahnawake*, une affaire portant sur la question de l'appartenance à une bande où le point de vue de la Première nation sur l'équilibre approprié entre les droits collectifs et les droits individuels a été clairement invoqué. La Première nation prétendait qu'une exigence quant à la quantité de sang indien et une règle d'exclusion par mariage qui s'applique aux deux sexes dans les cas où le mariage a été célébré après 1982 pouvaient être justifiées parce que la Première nation croyait véritablement qu'il y avait un lien rationnel entre ces exclusions et ses objectifs concernant la survie de sa culture et la préservation de son intégrité culturelle. Le Tribunal a conclu que la Première nation avait véritablement la conviction que ces exclusions étaient nécessaires pour atteindre cet objectif, mais que, en fait et en droit, elles n'étaient pas nécessaires pour préserver sa survie et son intégrité culturelles. Le Tribunal a statué que, pour que le gouvernement d'une Première nation satisfasse au volet objectif du critère relatif au motif justifiable, il devait démontrer que la pratique discriminatoire alléguée était fondée « sur une pratique solidement fondée et reconnue [...] et [qu'il] n'exist[ait] pas d'autre solution pratique » [d'après le jugement *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission ontarienne des droits de la personne)*]. Le Tribunal a reconnu qu'il pouvait exister des motifs justifiables d'établir l'appartenance à la collectivité en prenant en considération la lignée et la pureté du sang des personnes en cause, mais il n'était pas convaincu que les objectifs légitimes de la collectivité ne pourraient être atteints par des personnes non indiennes ayant été adoptées au cours de leur petite enfance et élevées comme des Mohawks.

Une conclusion semblable sur la pertinence de la lignée et de la pureté du sang (un critère parmi d'autres) a été tirée dans une affaire fondée sur la *Charte* concernant l'appartenance à une bande,

c'est-à-dire *Grismer c. Bande indienne de Squamish*¹⁴². Dans cette affaire, les règles de droit régissant l'appartenance à la Première nation excluait deux adultes adoptées par un membre de la Première nation. Le statut d'enfants adoptées des demandereses a été considéré comme un motif analogue à ceux prévus à l'article 15 de la *Charte*. (En vertu de la LCDP, cette affaire aurait pu être considérée comme un cas de discrimination fondée sur la situation de famille.) La Cour fédérale a statué que la Première nation mise en cause avait démontré que l'exigence de liens du sang était non seulement un moyen rationnel d'assurer la préservation de la culture et de l'identité Squamish parmi ses membres, mais, en plus, selon la preuve produite, cette pratique, qui faisait partie de la tradition et de l'héritage culturel des Squamish, était en vigueur chez les Squamish avant même l'arrivée des Européens. Mises ensemble, cette décision et la décision *Jacobs* illustrent l'importance de la preuve produite et des récits et traditions juridiques des peuples concernés. Elles montrent que les critères relatifs à la quantité de sang indien ne sont pas nécessairement discriminatoires. Cependant, la question de savoir s'il est possible d'établir ce moyen de défense peut dépendre de la façon, le cas échéant, dont ces critères s'appliquent lorsqu'ils sont combinés à d'autres facteurs pour déterminer l'identité.

Dans *Jacobs*, le Tribunal a déclaré que la Première nation s'était livrée à une pratique discriminatoire contraire à la LCDP en excluant M. Jacobs de sa liste de membres parce qu'il avait été adopté et qu'il n'avait pas suffisamment de sang indien. Même s'il était évident que les règles de droit contestées n'avaient pas été adoptées sous le régime de la *Loi sur les Indiens* et qu'elles étaient considérées par la Première nation comme un exercice de son pouvoir inhérent ou souverain, le Tribunal a néanmoins considéré qu'il avait compétence. Par suite de l'adoption de l'article 1.2, le Tribunal pourrait décider d'exercer sa compétence dans un cas semblable en s'appuyant sur le raisonnement élaboré par la Cour d'appel fédérale dans des affaires concernant les élections du chef et du conseil suivant la coutume. Dans *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*, la Cour fédérale a dit que ces décisions établissaient clairement que la Cour fédérale avait compétence pour examiner les affaires relatives aux élections du chef et du conseil suivant la coutume parce que la loi fédérale reconnaissait les règles de droit coutumier¹⁴³. Cependant, un grand nombre de Premières nations ne considèrent probablement pas réglée la question de savoir si elles ont une compétence inhérente en matière de droits de la personne qui exclut la compétence de la Commission et du Tribunal sous le régime de la LCDP, en particulier depuis l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

Dans *Jacobs*, le Tribunal a affirmé qu'il s'abstenait de se prononcer sur ce qui fait partie ou ne fait pas partie de la tradition et de la culture mohawks et de la Grande loi de la paix parce que cette question ne relevait pas de sa compétence. Il a dit : « Notre mandat se limite à établir s'il y a eu une discrimination injustifiée dans cette affaire au sens prévu dans la LCDP. » À cet égard, l'ajout de l'article 1.2 à la LCDP semble avoir modifié le mandat du Tribunal de façon importante. Le Tribunal a toujours pour tâche fondamentale de déterminer s'il existe une plainte de discrimination à première vue et, le cas échéant, de déterminer si la pratique en cause est injustifiée. L'article 1.2 semble maintenant exiger du Tribunal qu'il examine la teneur des règles de droit coutumier et des traditions juridiques des Premières nations et qu'il tire des conclusions

¹⁴² *Grismer c. Bande indienne de Squamish*, [2007] 1 C.N.L.R. 146 (C.F.).

¹⁴³ *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*, 2003 CFPI 115 (CanLII); [2003] 3 C.N.L.R. 86; 227 F.T.R. 16.

à ce sujet, notamment sur la question de savoir si elles sont compatibles ou non avec le principe de l'égalité entre les sexes lorsque cette question est en litige.

Depuis *Jacobs*, un autre élément a été ajouté au moyen de défense fondé sur l'existence d'un motif justifiable. En plus de satisfaire au volet objectif (en démontrant qu'il a pris la décision ou la mesure contestée dans un but ayant un lien rationnel avec l'emploi ou le service en cause) et au volet subjectif (en démontrant qu'il croyait de bonne foi que la mesure contestée était raisonnablement nécessaire), l'intimé a l'obligation de prendre toutes les mesures d'adaptation qui ne lui causent pas une contrainte excessive. En d'autres termes, il doit démontrer que la décision ou la mesure contestée était raisonnablement nécessaire pour atteindre son objectif dans le sens où il ne peut répondre aux besoins de personnes possédant les mêmes caractéristiques que le plaignant sans que cela lui cause une contrainte excessive.

Dans son rapport final de 2000, le comité d'examen de la LCDP a laissé entendre que l'abrogation de l'article 67 et l'ajout d'une obligation d'adaptation pourraient ne pas favoriser un gouvernement autochtone si celui-ci doit démontrer qu'il a essayé de répondre aux besoins de personnes non autochtones parce que le concept d'adaptation vise à réduire les exclusions. Pour cette raison, le comité d'examen a indiqué qu'une disposition interprétative devrait être adoptée afin de faciliter l'analyse de la LCDP à cette étape dans l'éventualité où l'article 67 serait abrogé. En conséquence, on peut conclure que l'article 1.2 vise à étendre la protection des droits individuels à l'égalité prévus par la LCDP aux collectivités des Premières nations sans sacrifier les droits de ces dernières qui sont protégés par la Constitution et leur droit à l'autodétermination qui est reconnu en droit international.

Une approche interculturelle en matière de droits de la personne reconnaîtrait que la LCDP exige que les plaintes soient fondées sur une liste préétablie de catégories identitaires abstraites (motifs de distinction) sans pour autant empêcher l'examen des questions suivantes :

- 1. comment les éléments de notions établies par la société comme la race, la culture, le sexe et les autres motifs de distinction prévus par la LCDP sont influencés par des facteurs culturels, sociaux et historiques et comment les concepts de race et de sexe chez les indigènes peuvent être différents de ceux des traditions juridiques occidentales;*
- 2. comment la discrimination fondée sur l'un ou l'autre des motifs prévus peut être tributaire de la façon dont la loi agit sur d'autres aspects de l'identité, et en subir l'influence;*
- 3. comment le contexte social et juridique élargi d'une Première nation peut aider à comprendre les faits menant au dépôt d'une plainte de discrimination et au règlement de cette plainte peu importe s'il est obtenu par suite d'un processus de « règlement alternatif des différends » ou d'une décision rendue par un tribunal.*

Une approche interculturelle en matière de droits de la personne examinerait la nature intersectionnelle de la discrimination, en particulier lorsqu'une situation comporte plusieurs motifs de discrimination ou des formes « complexes » de discrimination ou d'interaction entre les droits collectifs et les droits individuels. Une approche interculturelle en matière de droits de la personne tiendrait compte également de l'effet que pourraient avoir des facteurs externes au système juridique des Premières nations sur les relations et les distinctions établies dans la collectivité, en particulier lorsqu'il est question d'égalité entre les sexes.

Il sera souvent nécessaire d'effectuer une analyse globale afin de tenir compte des questions interculturelles comme les différentes méthodes de résolution des problèmes (analyse globale par opposition à analyse linéaire). Une analyse globale sera souvent nécessaire pour bien comprendre les plaintes de discrimination complexes, comme celles relatives au statut conféré par le projet de loi C-31 et la discrimination sexuelle résiduelle combinée à la discrimination fondée sur l'état matrimonial ou la situation de famille. Des outils comme une analyse comparative entre les sexes adaptée à la culture pourraient aider à cet égard. Il faudrait étudier les effets interreliés possibles de la *Loi sur les Indiens* sur l'identité et les intérêts – sexe, race, culture – ainsi que sur les droits collectifs. Par exemple, la discrimination sexuelle renforce-t-elle toujours la racialisation? Existe-t-il des concepts de race qui sont employés d'une manière sexiste qui opprime les femmes des Premières nations en manipulant des concepts de citoyenneté, de culture et de race différents pour les hommes et les femmes? Comment la *Loi sur les Indiens* emploie-t-elle les concepts de race et de sexe pour régler les droits et les intérêts collectifs des Premières nations d'une manière qui peut avoir des incidences sur les activités des gouvernements et des organismes des Premières nations?

Une approche interculturelle en matière de droits de la personne s'intéresse aux méthodes analytiques qui peuvent déformer la compréhension de la discrimination vécue par un plaignant, par exemple en « simplifiant » les plaintes fondées sur plusieurs motifs en limitant l'analyse à un seul motif. Même si la LCDP exige qu'un seul motif soit établi, le fait de ne pas analyser le lien ou la dynamique possible entre les multiples motifs invoqués pourrait limiter la capacité d'élaborer le redressement qui convient ou de bien comprendre la discrimination dont le plaignant a été l'objet.

Dans le cas des plaintes visant des gouvernements ou des organismes des Premières nations, une approche interculturelle en matière de droits de la personne examinerait le rôle que les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations jouent dans l'évaluation des concepts d'identité et d'autres distinctions contenues dans le droit des Premières nations qui entraînent l'application des motifs de distinction de la LCDP relativement à l'accès individuel à des programmes, des services, des logements ou des emplois. En d'autres termes, les traditions juridiques ou les règles de droit coutumier des Premières nations emploient-elles des concepts d'identité qui sont utiles pour déterminer :

- si une plainte de discrimination a été établie à première vue en vertu de la LCDP, en particulier l'article 5;
- si l'intimé d'une Première nation a établi un moyen de défense prévu à l'article 15.

Par exemple, cette approche ferait en sorte, s'il y a lieu, que les concepts identitaires établis par la société comme « Indien », « membre d'une bande » ou « citoyen d'une Première nation » seraient examinés car ils sont employés dans les lois, politiques et décisions des Premières nations qui déterminent l'accès aux programmes, aux services, aux logements et aux emplois (dans la mesure où ces derniers relèvent des gouvernements ou organisations des Premières nations et non du gouvernement fédéral).

Cette approche viserait à mettre au jour les hypothèses qui sous-tendent le contenu et l'application de concepts d'identité ou de « différence » particuliers façonnés par le contexte

social. Les notions européennes coloniales de « race » (qui est censée indiquer des caractéristiques biologiques que l'on présume être simultanément liées à des notions de caractéristiques sociales et culturelles) et la signification du concept racial d'« Indien » ont évolué sur une longue période¹⁴⁴, ce qui peut avoir influé sur les concepts d'identité définis par la société au sein des Premières nations.

Dans des affaires comme *Jacobs* ou *Grismer*, il importera d'évaluer de quelles manières exactement le lignage est utilisé pour définir la citoyenneté, l'appartenance à une bande ou le statut d'« Indien » au sein d'une Première nation. Ce concept est-il défini seulement par la quantité de sang indien? Et comment le droit détermine-t-il le rapport entre le lignage et le mariage ou l'adoption? Une approche interculturelle en matière de droits de la personne examinerait l'idée que chaque partie se fait de la façon dont la loi, la politique ou la décision contestée a été façonnée par le droit et les traditions juridiques des Premières nations et comment il peut également ou subsidiairement avoir été façonné par les notions coloniales de race et les notions de race différentes dans le cas des hommes et des femmes. Cet exercice ne peut pas tenir compte seulement des notions élémentaires de race et d'identité – la notion d'« Indien », par exemple – parce que ces notions peuvent avoir une connotation raciale, culturelle ou politique selon leur contenu, leur fonction et les hypothèses sous-jacentes de ceux qui les utilisent.

Par exemple, de nombreux termes liés à l'identité étaient employés dans les règles de droit régissant l'appartenance à la bande dans *Jacobs* : « Indien », « non-Indien », « Mohawk », « mariages mixtes », « femmes non indiennes », « homme indien », « enfant indien », « peuple indien », « Mohawks de Kahnawake », « Onkwehonwe », « la population de Kahnawake et [...] le Mohawk Council of Kahnawake », « Blancs », « homme Mohawk », « femme mohawk », « hommes et femmes mohawks veufs, divorcés ou abandonnés par leur conjoint ».

Il ne fait aucun doute que le terme « Indien » employé dans cette loi n'avait pas nécessairement le sens de ce terme dans la *Loi sur les Indiens*, sauf en ce qui avait trait aux mariages entre un homme indien et une femme non indienne avant 1981. Outre cette exception (qui soulève des questions relatives à l'égalité entre les sexes semblables à celles qui étaient en cause dans l'affaire *McIvor* concernant les inégalités entre les hommes et les femmes qui découlaient de l'application du concept de droits acquis), la loi de Kahnawake régissant l'appartenance à la bande a été adoptée dans le but exprès d'écarter les définitions d'« Indien » et de « membre d'une bande » enchâssées dans la *Loi sur les Indiens* pour toutes les fins concernant les droits collectifs et individuels de Kahnawake, ou pour la plus grande partie de celles-ci, et pour déterminer les droits de chacun des résidents de la réserve de Kahnawake.

Dans la loi de Kahnawake, comme dans la *Loi sur les Indiens*, le terme « Indien » a un sens large et quelque peu racialisé : il ne désigne pas seulement les Mohawks de Kahnawake et les Mohawks en général, mais un groupe de personnes qui sont en mesure de démontrer qu'ils ont une certaine quantité minimale de sang indien et que leurs ascendants étaient des « Indiens » au sens de la *Loi sur les Indiens*. Cette incorporation modifiée du concept d'« Indien », fondée sur des règles coloniales et fédérales imposées et sur le contrôle du statut d'Indien, semble être d'une

¹⁴⁴ Michael Banton, « The Classification of Races in Europe and North America: 1700–1850 », in Tania Das Gupta et al. (eds.), *Race and Racialization: Essential Readings* (Toronto: Canadian Scholars Press Inc., 2007) 15.

certaine façon en contradiction avec les objectifs déclarés de l'« intégrité culturelle » et de l'autodétermination.

La décision *Jacobs* n'offre toutefois aucune analyse de l'interprétation donnée par les parties au contenu de ces différentes expressions, de la mesure dans laquelle ces expressions ont une connotation raciale ou culturelle ou concernent la citoyenneté, ou de la manière dont elles reflètent le droit coutumier, les traditions juridiques ou les traditions sur le plan des connaissances des Mohawks en tant que peuple et concernant leurs relations entre eux et avec les « étrangers ».

Une approche interculturelle en matière de droits de la personne porterait attention aux différentes façons dont les règles de droit et les traditions juridiques des Premières nations peuvent servir à réaliser l'égalité, y compris celle entre les hommes et les femmes; elle considérerait les traditions du savoir et les traditions juridiques des Premières nations comme des ressources aptes à inspirer des solutions, créatives et adaptées à la culture, pour régler les plaintes de discrimination par une démarche adaptée à la culture et aux différences entre les sexes. En raison de la nature holistique de ces traditions chez bon nombre de Premières nations et du fait qu'elles sont axées sur les relations interpersonnelles, il devient particulièrement important de s'attarder aux règles de droit coutumier et aux traditions juridiques dans les cas où on doit trouver un juste équilibre entre les droits et intérêts collectifs et les droits et intérêts individuels. Les lois ou les décisions des Premières nations qui sont contestées en vertu de la LCDP devraient donc être analysées à la lumière de l'ensemble des traditions juridiques de la Première nation en cause afin qu'on puisse bien comprendre l'effet d'une loi ou d'une décision sur le droit à l'égalité des individus.

Dans les plaintes de discrimination sexuelle, ce principe exige qu'on examine la façon dont les concepts relatifs aux hommes ou aux femmes et les rôles de chacun sont compris, utilisés et traduits dans les lois ou les politiques de la Première nation – ce qui peut avoir une incidence sur l'accès aux programmes, aux services, aux logements ou à l'emploi. Cet examen viserait essentiellement à déterminer si les distinctions entre les sexes ou les rôles particuliers des hommes et des femmes reflètent un équilibre et une égalité entre les sexes ou, plutôt, des valeurs patriarcales discriminatoires (c.-à-d. des valeurs qui traitent les hommes et les rôles qui leur sont confiés comme étant plus importants que les femmes et les rôles féminins). Cet examen peut se formuler en une question : la loi ou la décision dont la validité est contestée renferme-t-elle des distinctions entre les hommes et les femmes qui découlent des règles de droit coutumier ou des traditions juridiques des Premières nations, ou qui concordent avec ces règles de droit ou ces traditions, et les distinctions en cause sont-elles appliquées d'une manière qui attribue une valeur égale aux hommes et aux femmes, aux garçons et aux filles?

Comme l'a souligné Patricia Monture, c'est possible que ce soit le cas dans les Premières nations où les hommes et les femmes jouent des rôles différents, mais où les distinctions faites entre les deux dans le contexte social ne sont pas rattachées à des valeurs patriarcales qui placent les hommes dans une position où ils peuvent exercer un pouvoir et un contrôle sur les femmes ou qui valorisent les rôles masculins au détriment des rôles féminins. Devon A. Mihesuah conclut également que les femmes autochtones d'Amérique du Nord s'étaient vu souvent attribuer des rôles et un statut au moins égaux à ceux des hommes, même si les cultures et les sociétés

autochtones étaient à bien des égards sexualisées. « Dans bien des cas, les femmes indiennes jouissaient effectivement d'un pouvoir religieux, politique et économique, qui n'était non pas supérieur mais au moins égal à celui des hommes. Les rôles des femmes et des hommes étaient peut-être différents, mais les uns n'étaient pas moins importants que les autres. Quand nous étudions les sociétés tribales à l'époque de l'arrivée des Européens et que nous suivons l'évolution de leurs systèmes sociaux, économiques et politiques au fil des années par suite de l'interaction avec les Euro-Américains et des relations entre les tribus, nous constatons que les femmes ont effectivement perdu certains pouvoirs, tout comme les Indiens de sexe masculin¹⁴⁵ » [traduction]. De leur côté, Daniel Maltz et JoAllyn Archambault ont conclu que, malgré des divergences dans l'exercice du pouvoir par les hommes et les femmes chez les peuples autochtones d'Amérique du Nord, il est possible de faire l'observation générale suivante : « Ce qui rend la situation des Autochtones nord-américains aussi intéressante pour toute personne qui étudie les pouvoirs des hommes et des femmes, c'est qu'il s'agit d'une région où le sexe d'une personne occupe une place qui est fondamentale dans le système culturel mais pas tributaire des caractéristiques biologiques ni du pouvoir. Cette idée est des plus évidente quand on compare les concepts relatifs aux hommes et aux femmes chez les Autochtones nord-américains avec ceux d'autres régions de la planète. Comme l'Asie du Sud-Est, l'Amérique du Nord se caractérise par la complémentarité des relations entre les hommes et les femmes; par contre les distinctions sexuelles sont tacites en Asie du Sud-Est (Atkinson et Errington, 1990), alors qu'elles sont explicites dans une bonne partie du continent nord-américain. Tout comme en Mélanésie et dans la région méditerranéenne, la notion sexuelle est de nature culturelle en Amérique du Nord, mais contrairement à ces deux régions, où ils sont étroitement rattachés à la biologie et à la sexualité, les concepts se fondent en Amérique du Nord sur des différences comportementales et non biologiques. Enfin, alors que bon nombre d'idéologies sont dérivées des systèmes religieux mondiaux, comme le christianisme et l'islam, qui élaborent des systèmes patriarcaux où les relations entre les hommes et les femmes s'expriment par l'autorité, les idéologies autochtones d'Amérique du Nord expriment rarement la relation entre un homme et une femme par des termes politiques¹⁴⁶ » [traduction].

La littérature donne certains exemples de la manière dont différents points de vue de l'égalité, et de l'égalité entre les sexes plus particulièrement, pourraient être mis en lumière grâce à un examen approfondi des règles de droit coutumier et des traditions juridiques des Premières nations. Afin que le tribunal puisse évaluer l'incidence de ces concepts sur les droits à l'égalité garantis par la LCDP toutefois, il sera nécessaire que les parties à une plainte présentent une preuve suffisante.

Albert Peeling a décrit le système traditionnel de gouvernance de la nation *Gitanyow* comme étant un système traditionnel fonctionnel doté d'une hiérarchie solidement établie à l'intérieur de ses clans et maisons, une structure où le rang hiérarchique de ses chefs et où leur *ayoowkwx* – la loi traditionnelle – est fermement ancrée dans le territoire *Gitanyow* et est maintenue par des

¹⁴⁵ Devon A. Mihesuah, « Commonalty of Difference: American Indian Women and History », (1996) 20 *Am. Indian Q.* 15, p. 20.

¹⁴⁶ Daniel Maltz et JoAllyn Archambault, "Gender and Power in Native North America-Concluding Remarks" dans Klein, L. et Ackerman, L. (eds.), *Women and Power in Native North America*, Norman, University of Oklahoma Press, 1995, p. 231.

festins (*li'ligit*)¹⁴⁷. Il y a huit *wilp* ou maisons *Gitanyow*, dont quatre appartiennent au *Lax Gibuu*, le Clan du loup, et quatre appartiennent au *Lax Ganada*, le Clan de la grenouille. Chaque maison possède les droits exclusifs sur les noms de *wilp*, les *adawaak* (histoires orales), les *ayuuk* (blasons de *wilp*), les *git'mgan* (totems) et les *lax yip* (territoires). Ce système matrilineaire traditionnel a survécu en parallèle avec le système établi par la *Loi sur les Indiens*, qui est depuis toujours fondé sur des valeurs patrilinéaires et patriarcales.

Peeling précise que l'appartenance à la nation *Gitanyow* est possible par la voie de l'adoption aussi bien pour les personnes autochtones que non autochtones, en dépit des règles énoncées dans la *Loi sur les Indiens* concernant le statut d'Indien. L'appartenance par la naissance ou par l'adoption est déterminée de façon matrilineaire selon la constitution *Gitanyow*, mais elle ne peut être léguée aux descendants quand elle est le résultat d'une adoption :

[Traduction]

5.7 MEMBRES DES WILP

Est membre d'une *wilp Gitanyow* toute personne qui est membre de la *wilp Gitanyow* en raison de sa naissance au sein de la *wilp* de sa mère ou par suite d'une adoption. Dans ce dernier cas, l'appartenance doit être validée par le *li'ligit* de la *wilp*. L'adoption peut se faire de deux façons :

- a) *siidaxgyet* (qui veut dire fortifier) – une femme et ses descendants qui ont été formellement adoptés pendant un *li'ligit* possèdent tous les droits, avantages et responsabilités d'un *Gitanyow*;
- b) *tsi'limgodit* (qui veut dire « intégré » par adoption) – un membre de la *wilp* peut enclencher l'adoption d'un non-*Gitanyow* ou d'un non-Autochtone dans la *wilp* avec le consentement d'un *Simooyghet* et des autres membres de la *wilp*; l'adoption sera validée au *li'ligit*. Cette adoption donne droit à un siège au *li'ligit* ainsi qu'à un nom et à des droits d'accès non héréditaires avec le consentement du *Simooyghet* et des membres de la *wilp*. Ces droits ne sont consentis qu'à la personne adoptée de son vivant et ne peuvent pas être légués aux descendants¹⁴⁸.

Il est concevable qu'une règle de descendance matrilineaire semblable puisse être contestée au motif qu'elle crée de la discrimination sexuelle; par ailleurs, les restrictions imposées aux pouvoirs des membres adoptés pour ce qui est de léguer leur appartenance à leurs descendants pourraient aussi être contestées parce qu'il s'agirait de discrimination fondée sur la situation de famille. Dans le cas d'une telle plainte toutefois, il faudrait que les parties présentent des preuves permettant de bien comprendre l'incidence du sexe d'une personne et son interaction avec d'autres aspects de la gouvernance *Gitanyow* (la tradition juridique d'ensemble de la nation *Gitanyow*) de manière à refléter la valeur égale des hommes et des femmes. Y a-t-il d'autres éléments du système juridique *Gitanyow* qui contrebalancent cette règle de descendance matrilineaire pour préserver l'égalité entre les hommes et les femmes? Il serait alors tout aussi nécessaire de présenter des éléments de preuve qui permettent d'évaluer le sens, l'objectif et le

¹⁴⁷ Albert C. Peeling, *Traditional Governance and Constitution Making Among the Gitanyow*, document rédigé pour le Centre national pour la gouvernance des Premières nations, 11 octobre 2004; disponible en ligne : www.fngovernance.org/pdf/Gitanyow.pdf. [Peeling, *Traditional Governance and Constitution Making Among the Gitanyow*].

¹⁴⁸ Peeling, *Traditional Governance and Constitution Making Among the Gitanyow*.

fonctionnement de l'adoption au sein de la nation *Gitanyow* avant de savoir s'il y a eu discrimination au sens de la LCDP et si un moyen de défense fondé sur l'article 15 de la Loi est applicable.

La Première nation du lac Babine offre un exemple d'un système juridique traditionnel où un ensemble de règles matrilineaires et patrilineaires sont appliquées à différentes fins à l'intérieur du système juridique global. Un projet de recherche participatif de deux ans a bien mis en lumière la complexité de ce système que les chercheuses ne sont parvenues à évaluer qu'en partie. Elles affirment qu'il n'est pas possible de saisir cet ordre juridique dans son intégralité en une seule étude : tout comme la structure juridique canadienne est complexe, celle de la nation du lac Babine l'est aussi¹⁴⁹. Voilà qui vient confirmer l'importance d'établir des protocoles avec les Premières nations ou d'élaborer des lignes directrices en matière de preuve afin de résoudre les problèmes qui peuvent surgir sur ce plan quand une plainte présentée en vertu de la LCDP vise une Première nation.

Fiske et Patrick décrivent le système des *balhats* (ou *potlatch*) comme l'ordre juridique des Babine. Les *balhats* servent à consigner et à régler les relations, les biens et d'autres questions importantes entre les quatre clans de la nation Babine – *likhc'ibu* (l'Ours), *jilhtsehyu* (la Grenouille), *gilantin* (le Caribou) et *likht-semisyu* (le Castor). Chaque clan est aussi divisé en maisons ou familles identifiées par des liens matrilineaires, mais chaque personne conserve des liens étroits avec la maison de son père. Selon Fiske et Patrick, la maison du père – *yits'alts'it*, qui veut dire « il vient de » – est désignée comme le « clan parrain », parce que cette maison est le principal groupe social obligé d'aider la personne quand elle se trouve dans le besoin et que c'est elle qui parraine une personne qui veut s'élever au sein des *balhats*¹⁵⁰. Les *balhats* identifient donc certains statuts, obligations et devoirs au sein de la société Babine au moyen d'un ensemble de « règles » matrilineaires et patrilineaires; le système traditionnel de gouvernance régit, lui, les relations entre les familles et un grand nombre d'aspects de la vie quotidienne au sein de la collectivité.

Les grands noms ou les titres héréditaires peuvent être classés et « payés » lors d'un *balhat*, festin cérémonial où les Babine s'occupent des affaires publiques devant une assemblée de témoins. Fiske et Patrick expliquent que le droit à un nom ne repose pas seulement sur les bons liens familiaux ou la capacité d'accumuler la richesse requise : il exige la force de garder un comportement exemplaire et de faire face à la critique et aux malentendus qui surgissent inévitablement dans les périodes de difficultés et de crises. Pour les jeunes chefs, cela se traduit par des restrictions auxquelles ne sont pas astreints leurs semblables¹⁵¹. Ce sont les noms qui sont classés, non les gens qui les portent, aux dires de Fiske et Patrick, parce que le titulaire d'un nom est censé bien se comporter dans toutes les sphères de sa vie afin de garder le respect que la collectivité accorde à ce nom. En outre, le fait de payer cher pour obtenir un nom symbolise un engagement personnel à prendre soin des autres et à agir avec dignité¹⁵².

¹⁴⁹ Jo-Anne Fiske and Betty Patrick, *Cis dideen kat, When the Plumes Rise: The Way of the Lake Babine Nation* (Vancouver: UBC Press, 2000), p. 9 et 58 [*Fiske and Patrick, Cis Dideen Kat*].

¹⁵⁰ *Fiske and Patrick, Cis dideen kat*, p. 48 et 49.

¹⁵¹ *Fiske and Patrick, Cis dideen kat*, p. 53 et 54.

¹⁵² *Fiske and Patrick, Cis dideen kat*, p. 51.

Fiske et Patrick signalent que les « noms » sont hérités du côté de la mère par les hommes ou les femmes et sont habituellement conservés à l'intérieur du sous-clan; l'obligation de parrainage est déterminée par les proches du côté du père selon les aînés Babine¹⁵³. La complexité et l'équilibre apparent dans les relations hommes-femmes dans ce système sont mis en évidence dans le commentaire suivant de Fiske et Patrick : « Les liens patrilinéaires étroits sont jugés fondamentaux pour les *balhats* et l'organisation familiale. Les aînés contemporains ne voient aucun conflit entre le système matrilineaire de clan et l'expression cérémoniale des liens qui unissent le père à ses enfants. De fait, des liens patrilinéaires solides et le soutien obtenu du clan du père se retrouvent chez les voisins Babine, qui s'organisent également en fonction de clans matrilineaires¹⁵⁴ » [*traduction*]. Les rapports complexes entre les règles matrilineaires et patrilinéaires dans ce cas montrent que les questions spécifiques de l'égalité des sexes ne pourraient être analysées correctement en dehors du système juridique dans son ensemble.

Peeling relève certaines des difficultés que vivent les Premières nations dans les jugements portés par des gens appartenant à d'autres cultures et traditions juridiques dans le cadre des négociations sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale. Il décrit comment le droit des *Gitanyow* sur l'égalité au moyen de systèmes de scrutin diffère des perspectives non autochtones à cause de la réalité des collectivités constituées de plusieurs familles de tailles différentes. À son avis, les notions différentes d'une culture à l'autre quant au sens de la démocratie et aux moyens à prendre pour protéger l'égalité se reflètent dans les différentes voies qui sont définies pour préserver l'égalité entre les électeurs. Selon les règles de droit *Gitanyow*, comme le processus décisionnel est fondé sur les clans ou les familles, les individus jouissent d'une véritable égalité, indépendamment de leur situation de famille, parce que les groupes familiaux de petite taille ne sont pas sous l'emprise des familles de grande taille, ce qui serait le cas si les décisions étaient prises en fonction d'une seule voix accordée à chaque personne.

« Le gouvernement [fédéral] insiste pour promouvoir des idées tirées de sa propre culture, que ce soit les élections démocratiques ou l'octroi d'une voix par électeur. Ce n'est pas que les *Gitanyow* soient en désaccord avec ces principes, mais plutôt qu'ils ne peuvent accepter la façon dont les gouvernements veulent les appliquer dans le contexte d'un gouvernement *Gitanyow*. Par exemple, bien que le Canada et la Colombie-Britannique insistent pour que les *Gitanyow* respectent le principe d'une voix par électeur, ni l'un ni l'autre ne le mettent en œuvre de façon inflexible. En effet, les circonscriptions électorales qui déterminent le nombre de sièges à l'assemblée législative ne sont pas toute de la même taille, ni au provincial ni au fédéral. En outre, l'interaction du fédéralisme et des principes démocratiques fait pencher la balance du pouvoir électoral du côté des provinces comptant moins d'habitants. Il n'y a rien de fondamentalement contraire à la démocratie ou au principe de la représentation dans un système de gouvernement fondé sur les maisons et les clans que décrivent les *Gitanyow*. À bien des égards, ce système permet et encourage une plus grande participation des citoyens dans le système de gouvernance au Canada. Qui plus est, à cause de la petite taille d'un grand nombre de Premières nations et de la prédominance du vote par famille, une notion sursimplifiée de l'égalité

¹⁵³ Fiske and Patrick, *Cis dideen kat*, p. 50 à 52.

¹⁵⁴ Fiske and Patrick, *Cis dideen kat*, p. 52.

des électeurs au sein des Premières nations peut engendrer une inégalité dans les faits¹⁵⁵ » [traduction].

Le sens des termes « situation de famille » et « état matrimonial » peut aussi traduire des différences entre les cultures. En effet, ce qui est une famille ou un mariage, et donc ce qui constitue de la discrimination fondée sur la situation de famille ou l'état matrimonial, peut être interprété différemment dans différentes collectivités des Premières nations à cause des critères énoncés dans les règles de droit coutumier et les traditions juridiques des Premières nations. Celles-ci possèdent également parfois des règlements internes de bande qui définissent ce qu'elles entendent par la situation de famille et l'état matrimonial.

La jurisprudence sur les adaptations relatives à la situation de famille dans le contexte de l'emploi n'est pas solidement établie et il se peut que les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations offrent là encore une certaine orientation propre à une Première nation précise, compte tenu des valeurs culturelles et juridiques de cette dernière concernant l'importance de la vie familiale, les perceptions des besoins et des obligations des membres de la famille et ce qui imposerait une contrainte excessive résultant des adaptations aux besoins.

Les distinctions fondées sur le sexe découlant de lois et autres processus décisionnels des Premières nations assujettis à la LCDP doivent être examinées de près étant donné que l'article 1.2 exige de tenir compte des règles de droit coutumier et des traditions juridiques des Premières nations d'une manière compatible avec le principe de l'égalité entre les sexes et que l'on sait depuis longtemps que la Loi sur les Indiens a intégré des valeurs patriarcales aux règles de droit des Premières nations.

En plus d'examiner les différentes façons possibles de réaliser l'égalité entre les hommes et les femmes par l'intermédiaire des règles de droit coutumier et des traditions juridiques des Premières nations, il sera nécessaire de se demander s'il existe des rôles ou des traitements distincts entre les hommes et les femmes qui, sous prétexte qu'il s'agit de traditions, placent les femmes dans une situation manifestement désavantageuse à cause des valeurs sexistes ou patriarcales qui y sont intégrées. Comme le signale Dawn Martin-Hill, il y a eu des stéréotypes solides et préjudiciables de ce que la « tradition » signifie quand on l'applique aux femmes des Premières nations – trop souvent à cause des médias et de sources aussi bien internes qu'externes aux collectivités des Premières nations. Il est arrivé que la tradition entraîne, pour les femmes des Premières nations, l'impossibilité de se faire entendre, particulièrement face aux actes de violence au sein de la collectivité¹⁵⁶. Cyndi Banks a souligné le risque que le discours masculin au sujet de la coutume soit privilégié¹⁵⁷. Après avoir examiné la situation des femmes autochtones dans le Chiapas, au Mexique, Rosalva Aída Hernández Castillo a conclu que les inégalités de pouvoirs touchant les femmes peuvent exister aussi bien dans les systèmes de

¹⁵⁵ Peeling, *Traditional Governance and Constitution Making Among the Gitanyow*.

¹⁵⁶ Martin-Hill, *She No Speaks*.

¹⁵⁷ Cyndi Banks, « Women, Justice, and Custom: The Discourse of “Good Custom” and “Bad Custom” in Papua New Guinea and Canada », (2001) 42 *Int. J. Comparative Sociol.* 101.

justice nationaux que traditionnels. Elle précise que l'on ne peut présumer que le droit coutumier offre un espace harmonieux libre de contradiction ou existant à l'écart du droit national¹⁵⁸.

Les droits collectifs possèdent une dimension participative, ce qui veut dire que des membres d'une culture ou d'un peuple ont tous autant les uns que les autres le droit de participer à tout moment aux discussions sur ce qu'est la tradition ou la culture. Cette dimension est particulièrement essentielle dans les cas qui concernent tant l'égalité entre les sexes et la gouvernance que le droit des hommes et des femmes de déterminer en toute égalité ce qui constitue la coutume.

Plusieurs auteurs (dont Eva Brems, Monique Deveaux¹⁵⁹ et John Borrows) font valoir qu'il ne peut y avoir de définition statique de la « tradition » et que tous les membres de la collectivité, hommes comme femmes, doivent avoir la possibilité de façonner l'expression, dans les lois, de normes culturelles et juridiques contemporaines. Dans des jugements qui portaient sur des élections coutumières et les dirigeants au sein des Premières nations, divers tribunaux ont aussi déclaré que la coutume et la tradition ne sont pas statiques ni figées, qu'elles changent suivant la situation et les besoins des gens (voir, par exemple, *Harpe c. Massie et Ta'an Kwäch'än Council*¹⁶⁰, *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee*¹⁶¹ et *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*¹⁶²).

Dans *Francis*, la Cour fédérale a tenté de résumer les principes juridiques qu'elle a élaborés quand il faut déterminer ce qui est une coutume dans le contexte des élections et du choix des dirigeants :

D'abord, il incombe à ceux qui invoquent la « coutume » de prouver son contenu et les écarts par rapport à celle-ci. La Loi n'énonce aucune ligne directrice quant à la façon de déterminer la coutume. Dans la décision *Bigstone*, le juge Strayer a indiqué que la « coutume » devrait inclure des pratiques qui sont généralement acceptables pour les membres de la bande et qui font l'objet d'un large consensus. Les « pratiques » pourraient être établies soit par des actes répétitifs, soit au moyen d'une mesure isolée comme l'adoption d'un code électoral. La coutume n'est pas immuable, mais évolue selon les circonstances. La question demeure celle de savoir quelles sont les personnes dont le consentement doit être obtenu pour l'établissement d'une coutume. Le critère du « large consensus » a été commenté dans plusieurs décisions. La réponse dépendait d'un certain nombre de facteurs. Si, par exemple, l'assemblée générale était tenue à un endroit ou à un moment faisant en sorte qu'il est difficile pour plusieurs membres d'y assister et qu'il n'y avait aucune possibilité de voter par procuration, elle pourrait ne pas satisfaire au critère. Une autre question est de savoir si l'approbation par une majorité des membres tant résidents que non-résidents d'une bande est nécessaire pour qu'il soit possible de dire que la voix de l'ensemble de la communauté a été entendue.

¹⁵⁸ Rosalva Aída Hernández Castillo, « National Law and Indigenous Customary Law: The Struggle for Justice of Indigenous Women in Chiapas, Mexico » in Maxine Molyneux and Shara Razavi (eds.), *Gender Justice, Development, and Rights* (New York, Oxford University Press, 2002) 384.

¹⁵⁹ Monique Deveaux, « A Deliberative Approach to Conflicts of Culture », (2003) 31 *Political Theory* 780.

¹⁶⁰ [2006] YKSC 1.

¹⁶¹ (1998), 165 D.L.R. (4th) 358 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁶² 2003 CFPI 115 (CanLII); [2003] 3 C.N.L.R. 86; 227 F.T.R. 16.

Il était nécessaire de savoir comment un code électoral avait été appliqué en pratique à certaines questions, par exemple relativement à la question de savoir qui a le droit de voter et qui dirigera le déroulement des élections. Il arrive fréquemment que des attitudes, habitudes, abstentions, opinions partagées et assentiments tacites se manifestent parallèlement à l'application d'une règle codifiée et viennent préciser, nuancer ou compléter le texte de celle-ci. Ces comportements peuvent devenir la nouvelle coutume de la bande. Pour qu'une règle devienne une coutume, la pratique qu'elle vise doit être fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté. Si un large consensus est démontré, il permettra de ne pas tenir compte de l'opinion d'un nombre infime de membres qui se sont constamment opposés à la règle. À la lumière de toutes les décisions examinées, la question pouvait être formulée comme suit : la résolution, la décision ou le code était-il fondé sur un consensus majoritaire de toutes les personnes qui, d'après la preuve, semblaient être membres de la Bande, quel que soit leur lieu de résidence?

Dans les affaires portant sur les élections et les dirigeants des Premières nations, les tribunaux ont fait preuve d'une grande souplesse et tenu compte d'un large éventail de facteurs quand ils devaient analyser l'existence et le contenu du droit coutumier. Deux appels à la prudence s'imposent : premièrement, ce ne sont pas toutes les pratiques coutumières qui peuvent nécessairement être assimilées au droit coutumier. Un exemple en est donné peut-être dans la décision rendue par le Tribunal dans *Raphael c. Montagnais*¹⁶³, où les éléments de preuve montraient « qu'il fait partie des mœurs autochtones que l'on partage sa résidence avec ses frères et sœurs, de même que ses parents et grands-parents ». Or, la généralisation de cette constatation à tous les peuples autochtones ne serait pas compatible avec la teneur de l'article 1.2, qui oblige la prise en compte des règles de droit coutumier et des traditions juridiques dans le contexte propre à une Première nation; on doit se demander par ailleurs si le partage d'une résidence avec des membres de la famille élargie découle d'une pratique coutumière, d'une nécessité économique ou d'un principe du droit coutumier. Deuxièmement, les principes juridiques élaborés dans le contexte précis d'une élection coutumière et du choix des dirigeants ne conviennent pas nécessairement à toutes les situations dans lesquelles entrent en jeu des règles de droit coutumier des Premières nations. Ce fait risque de devenir clair d'une façon ou d'une autre lorsque des éléments de preuve et des observations sont présentés au TRIBUNAL dans d'autres dossiers concernant le droit coutumier et les droits à l'égalité.

Dans *Harpe*, c'est une sélection coutumière des dirigeants qui a soulevé la question de l'égalité entre les hommes et les femmes et du droit coutumier. Elle concernait la transition d'un système oral de droit coutumier vers une constitution écrite qui modifiait et intégrait le droit coutumier d'une Première nation du Yukon en ce qui a trait à la nomination des dirigeants. La Cour suprême du Yukon devait déterminer notamment si le droit coutumier permettait ou non la nomination d'un chef intérimaire jusqu'à l'élection et la nomination d'un chef qui était une femme. Pour résoudre ce conflit, la Cour a appliqué le principe énoncé dans des décisions antérieures de la Cour fédérale, suivant lesquels la coutume peut être établie quand il est démontré par des éléments de preuve que la règle coutumière en cause était généralement acceptée par la collectivité. Dans *Harpe*, la Cour suprême du Yukon a conclu qu'un changement

¹⁶³ *Raphael c. Conseil des Montagnais du Lac Saint-Jean*, 1995 CanLII 2748 (T.C.D.P.).

apporté à la constitution écrite de la Première nation pour permettre l'élection d'un homme ou d'une femme au poste de chef indiquait une acceptation générale de l'évolution de la coutume traditionnelle en vue de considérer les hommes et les femmes égaux. Elle a également statué que la coutume, en tant que droit ancestral, était garantie par la Constitution aux hommes et aux femmes. (La Cour s'est reportée au paragraphe 35(4) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais il s'agissait probablement du paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.) Elle a jugé que le pouvoir du conseil des aînés de nommer un chef intérimaire faisait partie du droit traditionnel ou coutumier de la Première nation en tant que droit ancestral et, à ce titre, que ce pouvoir pouvait viser aussi bien des hommes que des femmes, même si dans le passé – avant l'adoption de la constitution écrite – seuls les hommes étaient nommés chefs héréditaires en vertu du droit coutumier.

Lorsque les droits à l'égalité sont invoqués en lien avec la coutume ou dans tout autre contexte juridique relatif à une Première nation, les grands principes énoncés récemment dans *Conway* portent à croire que les décisions rendues par un tribunal administratif, quel qu'il soit, doivent être conformes aux droits à l'égalité garantis par la *Charte* ainsi qu'à la protection assurée aux droits ancestraux et issus de traités à l'article 35. L'article 25 de la *Charte* peut confirmer, et rendre obligatoires, les directives formulées à l'article 1.2, soit qu'il est nécessaire d'analyser comment les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations assurent un « équilibre » entre les droits individuels et les droits collectifs (et les protègent et les mettent en œuvre) conformément aux normes internationales en matière de droits de la personne. Quand des questions relatives à l'égalité des sexes sont en litige, l'analyse suggérée par Kent McNeil porte à croire que l'égalité entre les hommes et les femmes aurait préséance lorsqu'il y a vraiment une contradiction entre un droit collectif mentionné à l'article 25 et le droit à l'égalité des hommes et des femmes.

Voilà qui nous amène à conclure que le principe de l'égalité entre les sexes dont il est question à l'article 1.2 représente un minimum pour ce qui est de la conformité avec les principes d'égalité énoncés dans la *Charte* et l'égalité entre les sexes garantie au paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* lorsqu'il faut interpréter ou appliquer les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations dans le contexte de la LCDP.

Les normes internationales en matière de droits de la personne comprennent aussi les conseils et directives sous-tendant la CEDAW et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. L'article 44 de ce dernier instrument indique ce qui suit : « Tous les droits et libertés reconnus dans la présente Déclaration sont garantis de la même façon à tous les autochtones, hommes et femmes. » Le paragraphe 21(2) énonce que des mesures spéciales doivent être prises pour assurer l'amélioration continue de la situation économique et sociale des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones. Selon le paragraphe 22(1), une attention particulière doit être accordée aux besoins spéciaux de ces mêmes groupes par l'application de la Déclaration, tandis que le paragraphe 22(2) oblige les États à prendre des mesures pour veiller à ce que les femmes et les enfants autochtones soient pleinement protégés contre toutes les formes de violence et de discrimination¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Article 44 de la Déclaration.

Lorsque les droits à l'égalité sont invoqués en lien avec la coutume ou dans tout autre contexte juridique relatif à une Première nation, les grands principes énoncés récemment dans *Conway* portent à croire que les décisions rendues par un tribunal administratif, quel qu'il soit, doivent être conformes aux droits à l'égalité garantis par la *Charte* ainsi qu'à la protection assurée aux droits ancestraux et issus de traités à l'article 35. L'article 25 de la *Charte* peut confirmer, et rendre obligatoires, les directives formulées à l'article 1.2, soit qu'il est nécessaire d'analyser comment les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations assurent un « équilibre » entre les droits individuels et les droits collectifs (et les protègent et les mettent en œuvre) conformément aux normes internationales en matière de droits de la personne. Ces normes comprennent désormais les conseils et les directives sous-tendant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes autochtones.

La Commission et le Tribunal devraient prendre en considération les lois ou mécanismes des Premières nations qu'une Première nation pourrait utiliser pour régler une plainte.

Cette démarche peut être pertinente en deux temps. Tout d'abord, à l'étape initiale où il faut établir si la loi permet à la Commission de traiter une demande en vertu des alinéas 41a) et b), parce que la Commission peut refuser d'entendre une plainte lorsque la victime n'a pas épuisé tous les autres recours ou procédures d'appel ou de règlement des griefs offerts dans d'autres lois et qui pourraient permettre de trancher l'affaire de façon plus appropriée. Le paragraphe 42(2) oblige la Commission, avant de décider qu'une plainte est irrecevable en vertu de l'alinéa 41a), à s'assurer que le défaut d'épuiser toutes les autres procédures de grief ou d'appel est exclusivement imputable au plaignant. Par conséquent, l'existence d'un processus de résolution des conflits au sein de la Première nation servant à trancher les questions qui concernent les droits à l'égalité peut être pertinente au moment de l'évaluation de la plainte.

Ensuite, l'existence et l'issue du processus de résolution des conflits de la Première nation peuvent être pertinentes quand il s'agit d'établir quelles traditions juridiques ou règles de droit coutumier des Premières nations permettent de respecter l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et collectifs. L'issue du processus de résolution des conflits de la Première nation pourrait être un volet important des éléments de preuve relatifs aux traditions juridiques et aux règles de droit coutumier de la Première nation.

c) Synthèse

L'article 1.2 de la LCDP repose fondamentalement, ce qui est conforme au droit international en matière de droits de la personne, sur l'hypothèse qu'il existe des valeurs universelles relatives à l'égalité qui se révèlent pertinentes et sont exprimées dans les lois de différentes nations et cultures. Lorsqu'il faut élaborer l'approche permettant d'interpréter les directives énoncées à l'article 1.2, il est possible de s'inspirer du droit international en matière de droits de la personne malgré l'influence possible de concepts ou de pratiques discriminatoires envers les femmes qui découlent du colonialisme ou de la coutume et malgré qu'il puisse y avoir des préjugés culturels au sein des institutions et des mécanismes juridiques eux-mêmes.

L'abrogation de l'article 67 et l'adoption des articles 1.1 et 1.2 de la LCDP offrent l'occasion de faire connaître les points de vue des Premières nations sur les droits de la personne et de lancer

un dialogue interculturel des plus nécessaires sur les mesures qui doivent être prises pour veiller à ce que les normes internationales en matière de droits de la personne soient confirmées par les règles de droit canadien et celles des Premières nations. Il y a lieu notamment d'examiner comment les Premières nations mettent en application le principe de l'égalité entre les sexes dans leurs processus décisionnels et de relever les lacunes sur le plan de l'égalité entre les hommes et les femmes dans leurs règles de droit.

Nous proposons dans le présent document une approche plus souple que formelle dans l'interprétation et l'application de l'article 1.2. Cette façon de procéder est nécessaire en raison de la nature plus informelle du processus décisionnel des tribunaux administratifs. La souplesse est incontournable à cause de la diversité des Premières nations et des difficultés inhérentes à la prise en compte de différences culturelles marquées ainsi qu'à cause des différentes traditions juridiques concernant l'atteinte d'un idéal de respect et de dignité pour l'individu. Cet idéal se reflète dans la notion d'égalité réelle formulée dans les règles de droit au Canada et dans les normes internationales en matière de droits de la personne qui influent en retour sur le droit canadien.

Bibliographie

A. Sources secondaires

I. Droits de la personne en général

An-Na'im, Abdullahi Ahmed. « Problems of Universal Cultural Legitimacy for Human Rights », in Abdullahi Ahmed An-Na'im and Francis M. Deng (eds.), *Human Rights in Africa: Cross-Cultural Perspectives*. Washington, D.C.: The Brookings Institute, 1990. 367.

Assemblée des Premières Nations. *First Nations Perspectives on Bill C-44 (Repeal of Section 67 of Canadian Human Rights Act)*. Présenté au Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord de la Chambre des communes, 2007.

Baines, Beverley. « Is Substantive Equality a Constitutional Doctrine? » Disponible en ligne : <http://ssrn.com/abstract=1028944>.

Berger, Benjamin L. « The Cultural Limits of Legal Tolerance ». (2008) 21 *Can. J. Law & Jurisprudence*. 245.

Bhabha, Homi K. *Les lieux de la culture*, Paris, Payot, 2007.

Brems, Eva. *Human Rights: Universality and Diversity*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

———. « Protecting the Human Rights of Women » in Gene M. Lyons and James Mayall (eds.), *International Human Rights in the 21st Century: Protecting the Rights of Groups*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2003. 100.

Brodsky, Gwen, and Shelagh Day. « Beyond the Social and Economic Rights Debate: Substantive Equality Speaks to Poverty ». (2002) 14 *C.J.W.L.* 184.

Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne. La promotion de l'égalité : une nouvelle vision*, Ottawa, Ministre de la Justice et Procureur général du Canada, 2000.

Commission canadienne des droits de la personne. *Rapport annuel 1997*, Ottawa, Commission canadienne des droits de la personne, 1998.

Donnelly, Jack. « The Relative Universality of Human Rights ». (2007) 29 *Hum. Rts. Q.* 281.

Eid, Elisabeth. « Interaction Between International and Domestic Human Rights Law: A Canadian Perspective ». Document rédigé pour le Centre international pour la réforme du droit criminel et la politique en matière de justice pénale, présenté à la Sino Canadian International

Conference on the Ratification and Implementation of Human Rights Covenants, Beijing, Chine, octobre 2001.

Essert, Christopher. « Dignity and Membership, Equality and Egalitarianism: Economic Rights and Section 15 ». (2006) 19 *Can. J. Law & Jurisprudence*. 407.

Falk, Richard. « Cultural Foundations for the International Protection of Human Rights » in Abdullahi Ahmed An-Na'im (ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1995. 44.

Hulko, Wendy. « The Time- and Context-Contingent Nature of Intersectionality and Interlocking Oppressions ». (2009) 24 *J. W. Soc. Work*. 44.

Kim, Nancy. « Toward a Feminist Theory of Human Rights: Straddling the Fence Between Western Imperialism and Uncritical Absolutism ». (1993–1994) 25 *Colum. Hum. Rts. Law Rev.* 49.

Kimber, Cliona J.M. « Equality or Self-Determination » in Conor Gearty and Adam Tomkins (eds.), *Understanding Human Rights*. London: Institute of Advanced Legal Studies, 1996. 266.

La Forest, Anne Warner. « Domestic Application of International Law in Charter Cases: Are We There Yet? » (2004) 37 *U.B.C. Law Rev.* 157.

Lawrence, Sonia N. « Cultural (in)Sensitivity: The Dangers of a Simplistic Approach to Culture in the Courtroom ». (2001) 13 *C.J.W.L.* 107.

Maillard, Kevin. « The Pocahontas Exception: The Exemption of American Indian Ancestry from Racial Purity Law ». (2007) 12 *Mich. J. Race & Law*. 351.

Majury, Diana. « Equality and Discrimination According to the Supreme Court of Canada ». (1991) 4 *C.J.W.L.* 407.

McLachlin, Beverley Rt. Hon. « Equality: The Most Difficult Right ». (2001) 14 *S.C.L.R.* 17.

McLachlin, Beverley. « The Canadian Charter and the Democratic Process » in Conor Gearty and Adam Tomkins (eds.), *Understanding Human Rights*. London: Institute of Advanced Legal Studies, 1996.

McLachlin, Beverley, Rt. Hon. « Racism and the Law: The Canadian Experience ». (2002) 1 *J. Law & Equality* 7.

Minow, Martha. *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*. Ithaca & London: Cornell University Press, 1990.

———. *Not Only for Myself: Identity, Politics and the Law*. New York: The New Press, 1997.

Nunn, Kenneth B. « Law as a Eurocentric Enterprise ». (1997) 15 *Law & Inequality* 323.

Said, Edward W. *L'orientalisme*, Paris, Seuil, 1980.

St. Lewis, Joanne. « Race, Racism and the Justice System » in Carl James (ed.), *Perspectives on Racism and the Human Services Sector*. Toronto: University of Toronto Press, 1996. 100.

Webber, Grégoire C.N. « Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship ». (2010) 23 *Can. J. Law & Jurisprudence* 179.

Weiser, Irit. « Undressing the Window: Treating International Human Rights Law Meaningfully in the Canadian Commonwealth System ». (2004) 37 *U.B.C. Law Rev.* 113.

II. Droits de la personne et Premières Nations

Aki-Kwe, and Mary Ellen Turpel. « Aboriginal Peoples and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Contradictions and Challenges ». (1989) 10 *Can. Woman Stud.* 149.

Anaya, James S. « Indian Givers: What Indigenous Peoples Have Contributed to International Human Rights Law ». (2006) 22 *Wash. U. J. Law & Policy* 107.

Arbour, Jane M. « The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ». (2003) 21 *S.C.L.R.* (2d) 3.

Bankes, Nigel. « International Human Rights Law and Natural Resources Projects Within the Traditional Territories of Indigenous Peoples ». (2010) 47 *Alta. Law Rev.* 457.

Banton, Michael. « The Classification of Races in Europe and North America: 1700–1850 » in Tania Das Gupta et al. (eds.), *Race and Racialization: Essential Readings*. Toronto: Canadian Scholars Press Inc., 2007 15.

Barsh, Russel L. « Indigenous Peoples and the Idea of Individual Human Rights ». (1995) 10 *Native Stud. Rev.* 35.

Boldt, Menno, and J.A. Long. « Tribal Philosophies and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* » in M. Boldt and J.A. Long (eds.), *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*. Toronto: University of Toronto Press, 1985. 165.

Borrows, John. « Contemporary Traditional Equality: The Effect of the Charter on First Nations Politics ». (1994) 43 *U.N.B. Law J.* 19.

———. « Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court ». (2001) 80 *Can. Bar Rev.* 15.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord. *Témoignages*, 39^e législature, 1^{re} session, n^o 042, p. 10 (22 mars 2007).

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord. *Témoignages*, 40^e législature, 3^e session, n^o 007, p. 14 (1^{er} avril 2010).

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord. *Témoignages*, 40^e législature, 3^e session, n^o 011, p. 2 (22 avril 2010).

Canada. Comité sénatorial permanent des droits de la personne. *Procès-verbaux*, 40^e législature, 3^e session, Fascicule n^o 3, p. 63-65 (31 mai 2010).

Clarke, Sarah. « Ending Discrimination and Protecting Equality: A Challenge to the INAC Funding Formula of First Nations Child and Family Service Agencies ». (2007) 6 *Indigenous Law J.* 79.

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Nations Unies. Recommandation générale n^o 23 : Les droits des populations autochtones, Cinquante et unième session, 1997.

Commission canadienne des droits de la personne. *Déclaration publique sur la Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, 15 février 2008. Disponible en ligne : http://www.chrc-ccdp.ca/media_room/speeches-fr.asp?id=455&content_type=2&lang_update=1.

———. *Toujours une question de droits*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2008.

———. *Une question de droits : rapport spécial de la Commission canadienne des droits de la personne sur l'abrogation de l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Ottawa, Commission canadienne des droits de la personne, 2005.

Daes, Erica-Irene. Présidente-rapporteur du Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones. Allocution prononcée à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Vienne, Autriche, 18 juin 1993.

Dickson, Timothy. « Section 25 and Intercultural Judgment ». (2003) 61 *U.T. Fac. Law Rev* 141.

Ferguson, Laura. « Indian Blood or Lifeblood: An Analysis of the Racialization of Native North American Peoples ». Thèse de maîtrise, Montana State University, 2005.

Gilbert, Jérémie. « Indigenous Rights in the Making: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples ». (2007) 14 *Int. J. Minority & Group Rts.* 207.

Gilbert, Daphne, and Diane Majury. « Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dumps Section 15 ». (2006) 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111.

Goldberg, Carole E. « Individual Rights and Tribal Revitalization ». (2003) 35 *Ariz. State Law J.* 889.

Gonzalez, Sandy. « Intermarriage and Assimilation: The Beginning or the End? » (1992) 8 *Wicazo Sa Rev.* 87.

Green, L.C. « Tribal Rights and Equality Rights ». (1974) 22 *Chitty's Law J.* 97.

Holder, Cyndi, and Jeff J. Corntassel. « Indigenous Peoples and Multicultural Citizenship: Bridging Collective and Individual Rights ». (2002) 24(1) *Hum. Rts. Q.* 126.

Hutchinson, Celeste. « Case Comment on R. v. Kapp: An Analytical Framework for Section 25 of the *Charter* ». (2007) 52 *McGill Law J.* 175.

Jamieson, Kathleen. *La femme indienne devant la loi : une citoyenne mineure*, Ottawa, Conseil consultatif de la situation de la femme, 1978.

Kuptana, Rosemarie, President of Inuit Tapirisat du Canada. « The Universality of Human Rights and Indigenous Peoples: New Approaches for the Next Millenium ». Paper prepared for the Rights and Humanity Roundtable: Strengthening Commitment to the Universality of Human Rights, Amman, Jordanie, April 5-7, 1993.

Macklem, Patrick. *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2001.

Maillard, Kevin Noble. « The Pocahontas Exception: The Exemption of American Indian Ancestry from Racial Purity Law ». (2007) 12 *Mich. J. Race & Law* 351.

McChesney, Allen. « Aboriginal Communities, Aboriginal Rights and the Human Rights System in Canada » in Abdullahi Ahmed An-Na'im (ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1995. 221.

McGoldrick, Dominic. « Canadian Indians, Cultural Rights and the Human Rights Committee ». (1991) *Int. & Comparative Law Q.* 658.

McNeil, Kent. « The Decolonization of Canada: Moving Toward Recognition of Aboriginal Governments ». (1994) 7 *West. Legal Hist.* 113.

Miller, Bruce G. « The Individual, the Collective and the Tribal Code ». (1997) 21:1 *Am. Indian Culture & Res. J.* 107.

Monture-Okanee, Patrica. « Thinking About Aboriginal Justice: Myths and Revolution » in Richard Gosse, James Youngblood Henderson and Roger Carter (eds.), *Continuing Poundmaker and Riel's Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice*. (Saskatoon, Sask.: Purich Publishing, 1994). 222.

Morse, Bradford W. « The Charter and Aboriginal Peoples After 25 Years: An Uneven Experience ». (2007) 37 *S.C.L.R.* 213.

———. « Twenty Years of *Charter* Protection: The Status of Aboriginal Peoples Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ». (2002) 21 *Windsor Y.B. Acces. Just.* 385.

Morse, Bradford W., Robert Groves et D'Arcy Vermette. *L'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs : la mise en œuvre de l'article 1.2 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Ottawa, Commission canadienne des droits de la personne, 2010.

Nations Unies, Conseil des droits de l'homme. *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. S. James Anaya*, Doc. NU A/HRC/9/9, 11 août 2008.

Native Women's Association of Canada. *First Nations/Metis Human Rights Law: The History of NWAC's Position & Options for Future Action*. Ottawa: NWAC, 1988.

———. *Repeal of Section 67*. Issue Paper prepared for the National Aboriginal Women's Summit, June 20-22, 2007, Corner Brook, Nfld. & Lab.

———. *Understanding Section 15 of the Charter of Rights*. Information Paper prepared for the National Aboriginal Women's Summit, June 20-22, 2007, Corner Brook, Nfld. & Lab.

Nettheim, Garth. *Human Rights for Aboriginal People in the 1980's*. Sydney: Legal Books Pty Ltd., 1983.

Newman, Dwight G. « You Still Know Nothin' About Me: Toward Cross-Cultural Theorizing of Aboriginal Rights ». (2007) 52 *McGill Law J.* 725.

Otis, Ghislain. « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada » (2004), 49 *R.D. McGill* 393.

Pentney, William. « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982*: Part 1 The Interpretive Prism of Section 25 ». (1988) 22 *U.B.C. Law Rev.* 21.

Russ, Kelly Harvey. « Modern Human Rights: The Aboriginal Challenge ». Thèse de maîtrise, University of British Columbia, 2006.

Sanders, Douglas. « Remembering Deskaheh: Indigenous Peoples and International Law » in Irwin Cotler and F. Pearl Eliadis (eds.), *International Human Rights Law Theory and Practice*. Montréal: Canadian Human Rights Foundation, 1992. 485.

Speed, Shannon, and Jane F. Collier. « Limiting Indigenous Autonomy in Chiapas, Mexico: The State Government's Use of Human Rights ». (2000) 22 *Hum. Rts. Q.* 877.

Starr, Vina. « The Charter and Aboriginal Rights » dans *La Charte : dix ans après*. Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien et du ministère de la Justice du Canada tenue à Ottawa en avril 1992, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais, 1992. 153.

Stavenhagen, Rodolfo. « Universal Human Rights and the Cultures of Indigenous Peoples and Other Ethnic Groups: The Critical Frontier of the 1990's » in Asbjorn Eide and Bernt Hagtvet (eds.), *Human Rights in Perspective: A Global Assessment*. Oxford: Blackwell, 1992. 135.

Svensson, F. « Liberal Democracy and Group Rights: The Legacy of Individualism and Its Impact on American Indian Tribes ». (1979) 27 *Pol. Stud.* 421.

Turpel, Mary Ellen. « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretive Monopolies, Cultural Differences ». (1989–1990) 6 *Can. Hum. Rts. Y.B.* 3.

———. « Home/Land ». (1991) 10 *Can. J. Fam. Law.* 17.

Wildsmith, Bruce H. *Aboriginal Peoples and Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988.

Williams, Robert A. « Linking Arms Together: Multicultural Constitutionalism in a North American Indigenous Vision of Law and Peace ». (1994) 82 *Calif. Law Rev.* 981.

Wolfe, Patrick. « Land, Labor and Difference: Elementary Structures of Race ». (2001) 106(3) *Am. Hist. Rev.* 966.

———. « Settler Colonialism and the Elimination of the Native ». (2006) 8(4) *J. Genocide Res.* 387.

Zion, James. « North American Indian Perspectives on Human Rights » in Abdullahi Ahmed An-Na'im (ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1995. 191.

III. Loi sur les Indiens

Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens. *L'autonomie politique des Indiens au Canada : rapport du Comité spécial*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1983.

Canada. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones. Volume 1 : Un passé, un avenir et volume 4 : Perspectives et réalités*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996.

Daugherty, Wayne et Dennis Madill. *L'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens, 1868-1951*, Ottawa, Direction de la recherche, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1980.

Fiske, Jo-Anne et Evelyn George. *Révision du projet de loi C-31 : le droit coutumier comme remède au traumatisme culturel et outil de revitalisation culturelle*, Ottawa, Condition féminine Canada, 2006.

Leslie, John et Ron Maguire. *Historique de la Loi sur les Indiens*, deuxième édition, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, Centre de recherches historiques et d'études des traités, 1980.

Satzewich, Vic, and Linda Mahood. « Indian Affairs and Band Governance: Deposing Indian Chiefs in Western Canada, 1896–1911 ». (1994) 26 *Can. Ethn. Stud* 40.

IV. Règles de droit coutumier et traditions juridiques des Premières Nations

Anaya, James S. « Indigenous Law and Its Contribution to Global Pluralism ». (2007) 6 *Indigenous Law J.* 3.

Baldassi, Cindy L. « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada: Comparisons, Contrasts, and Convergences ». (2006) 39 *U.B.C. Law Rev.* 63.

Bankes, Nigel. « Marshall and Bernard: Ignoring the Relevance of Customary Property Law ». (2006) 55 *U.N.B. Law J.* 120.

Banks, Cyndi. « Women, Justice, and Custom: The Discourse of “Good Custom” and “Bad Custom” in Papua New Guinea and Canada ». (2001) 42 *Int. J. Comparative Sociol.* 101.

Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*. Toronto, Buffalo, London: University of Toronto Press, 2010.

———. « Creating an Indigenous Legal Community ». (2005) 50 *McGill Law J.* 153.

———. « Indian Agency: Forming First Nations Law in Canada ». (2009) 24 *Polit. Leg. Anthropol. Rev.* 9.

Bryan, Bradley. « Property as Ontology: On Aboriginal and English Understandings of Ownership ». (2000) 13 *Can. J. Law & Jurisprudence* 3.

Chartrand, Lisa. « Accommodating Indigenous Legal Traditions ». Document rédigé pour l'Association du Barreau Autochtone du Canada, 31 mars 2005.

Christie, Gordon. « Culture, Self-Determination and Colonialism: Issues Around the Revitalization of Indigenous Legal Traditions ». (2007) 6 *Indigenous Law J.* 13.

Commission du droit du Canada. *Indigenous Legal Traditions*. Ottawa: The Commission, 2007.

Corrigan, Susan. « A Note on Canadian Indian Marriage Law ». (1974) 4 *West. Can. J. Anthropol.* 17.

- Fiske, Jo-Anne. « From Customary Law to Oral Traditions: Discursive Formation of Plural Legalisms in Northern British Columbia, 1857–1993 ». (1997/98) 115/116, *BC Stud.* 267.
- Fiske, Jo-Anne, and Betty Patrick. *Cis Dideen Kat, When the Plumes Rise: The Way of the Lake Babine Nation*. Vancouver: UBC Press, 2000.
- Foster, Henry H. « Indian and Common Law Marriages ». (1975) 3 *Am. Indian Law Rev.* 83.
- Gunn, Brenda. « Protecting Indigenous Peoples' Lands: Making Room for the Application of Indigenous Peoples' Laws Within the Canadian Legal System ». (2007) 6 *Indigenous Law J.* 31.
- Henderson, James Youngblood. « First Nations' Legal Inheritances in Canada: The Mikmaq Model ». (1996) 23 *Man. Law J.* 1.
- . « Postcolonial Indigenous Legal Consciousness ». (2002) 1 *Indigenous Law J.* 1.
- Hernández Castillo, Rosalva Aída. « National Law and Indigenous Customary Law: The Struggle for Justice of Indigenous Women in Chiapas, Mexico » in Maxine Molyneux and Shara Razavi (eds.), *Gender Justice, Development, and Rights*. New York: Oxford University Press, 2002.
- Levy, Jacob T. « Three Modes of Incorporating Indigenous Law » in Will Kymlicka and Wayne Norman (eds.), *Citizenship in Diverse Societies: Theory and Practice*. Oxford University Press, 2000. 297.
- Lomax, Bill. « My Family, My Child: The Survival of Customary Adoption in British Columbia ». (1997) 14 *Can. J. Fam. Law.* 197.
- Martin-Hill, Dawn. « She No Speaks and Other Colonial Constructs of “The Traditional Woman” » in Kim Anderson and Bonita Lawrence (eds.), *Strong Women Stories: Native Vision and Community Survival*. Toronto: Sumach Press, 2006. 106.
- McDonnell, Roger. « Contextualizing the Investigation of Customary Law in Contemporary Communities ». (1992) 34 *Can. J. Criminol.* 299.
- McLachlan, Campbell. « The Recognition of Aboriginal Customary Law: Pluralism Beyond the Colonial Paradigm: A Review Article ». (1988) 37 *Int. & Comparative Law Q.* 368.
- Morse, Bradford W. « Indian and Inuit Family Law and the Canadian Legal System ». (1980) 8 *Am. Indian Law Rev.* 199.
- Napoleon, Val. « Aboriginal Self-Determination: Individual Self and Collective Selves ». (2005) 29:2 *Atlantis* 1.
- . « Raven's Garden: A Discussion About Aboriginal Sexual Orientation and Transgender Issues ». (2002) 17 *Can. J. Law & Soc.* 149.

———. *Thinking About Indigenous Legal Orders*. Document rédigé pour le Centre national pour la gouvernance des Premières nations, juin 2007.

O'Brien, Clifton. « Eskimo Native Marriage—Common Law Marriage—Marriage Ordinance ». (1962) 2 *Alta. Law Rev.* 121.

Peeling, Albert C. *Traditional Governance and Constitution Making Among the Gitanyow*. Document rédigé pour le Centre national pour la gouvernance des Premières nations, 11 octobre 2004. Disponible en ligne : www.fngovernance.org/pdf/Gitanyow.pdf.

Rafoss, Bill. *Incorporating Aboriginal Traditions into Dispute Resolution*. Saskatchewan Human Rights Commission. Disponible en ligne : www.ccat-ctac.org/downloads/RafossPaper.pdf.

Sanders, Douglas. *Family Law and Native People*. Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1975.

Savell, Kristin Louise. « Wrestling with Contradictions: Human Rights and Traditional Practices Affecting Women ». (1996) 41 *McGill Law J.* 781.

Shawana, Perry. « Legal Processes, Pluralism in Canadian Jurisprudence, and Governance of Carrier Medicine Knowledge » in Law Commission of Canada (ed.), *Indigenous Legal Traditions*. Vancouver, Toronto: UBC Press, 2007. 114.

Walters, Mark D. « Mohegan Indians v. Connecticut (1705–1773) and the Legal Status of Aboriginal Customary Laws and Government in British North America ». (1995) 33 *Osgoode Hall Law J.* 785.

———. « The “Golden Thread” of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act, 1982* ». (1999) 44 *McGill Law J.* 711.

———. « How to Read Aboriginal Legal Texts From Upper Canada ». (2003) 14 *J. CHA* 93.

Webber, Jeremy. « The Grammar of Customary Law ». (2009) 59 *McGill Law J.* 579.

Zlotkin, Norman. « From Time Immemorial: The Recognition of Aboriginal Customary Law in Canada » in Catherine Bell and Robert K. Paterson (eds.), *Protection of First Nations Cultural Heritage: Laws, Policy and Reform*. Vancouver, Toronto: UBC Press, 2009:343.

———. « Judicial Recognition of Aboriginal Customary Law in Canada: Selected Marriage and Adoption Cases ». (1984) 4 *C.N.L.R.* 1.

V. Droit administratif et droits ancestraux et issus de traités des Autochtones

Henderson, James (Sa'ke'j) Youngblood. « Aboriginal and Treaty Rights and Tribunals ». (2006) 19 *Can. J. Admin. Law & Prac.* 1

VI. Analyse comparative entre les sexes adaptée à la culture

Hanson, Cindy. « Moving Toward Culturally-Relevant Gender Analysis ». Rapport d'un atelier de Condition féminine Canada avec les organisations autochtones nationales. 26 mars 2008.

Institut canadien de recherches sur les femmes. *Les cadres d'analyse féministe intersectionnelle : une vision émergente*, Ottawa, ICREF, 2006.

Native Women's Association of Canada. *The Canadian Human Rights Act and Aboriginal Women*. Ottawa: NWAC, 2010.

———. *Culturally Relevant Gender-Based Analysis*. Document de discussion. Ottawa: NWAC, 2007.

———. *Culturally Relevant Gender-Based Analysis of First Nation Matrimonial Property Laws*. Ottawa: NWAC, 2010.

Stirbys, Cynthia. *Beginning the Dialogue on Defining a Culturally Appropriate Gender Based Analysis Framework*. Aboriginal Women's Health and Healing Research Group Workshop Summary, Vancouver, B.C., March 2, 2007.

VII. Analyse intersectionnelle de la discrimination

Baines, Beverley. « Is Constitutionalism Bad for Intersectional Feminists », International Association of Law Schools Conference on Constitutional Law, American University Washington College of Law and Georgetown University Law Centre, Washington, D.C., September 11–12, 2009.

Crenshaw, Kimberle. « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color ». (1991) 43 *Stanford Law Rev.* 1241.

Duclos, Nitya. « Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases ». (1993) 6 *C.J.W.L.* 25.

Eaton, Mary. « Patently Confused, Complex Inequality and *Canada v. Mossop* ». (1994) 1 *Rev. Cons. Stud.* 203.

Gana, Ruth L. « Which “Self”? Race and Gender in the Right to Self-Determination as a Pre-requisite to the Right to Development ». (1995) 14 *Wis. Int. Law J.* 133.

Iyer, Nitya. « Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity ». (1994) 19 *Queen's Law J.* 194.

Kateri, Tanya. « Sexual Harassment and Racial Disparity: The Mutual Construction of Gender and Race ». (2001) 4 *J. Gender, Race & Justice* 183.

Kropp, Douglas. « “Categorical” Failure: Canada’s Equality Jurisprudence—Changing Notions of Identity and the Legal Subject ». (1997) 23 *Queen’s Law J.* 201.

Lawrence, Bonita. *“Real” Indians and Others*. Vancouver Toronto: UBC Press, 2006.

Obiora, L. Amede. « Feminism, Globalization and Culture: After Beijing ». (1996–1997) 4 *Ind. J. Global & Legal Stud.* 355.

Pothier, Dianne. « Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences ». (2001) 13 *C.J.W.L.* 37.

Ramirez, Renya. « Race, Tribal Nation and Gender: A Native Feminist Approach to Belonging ». (2007) 7: 2 *Meridians* 22.

Rheume, Denise G. « Of Pigeonholes and Principles: A Reconsideration of Discrimination Law ». (2002) 40 *Osgoode Hall Law J.* 113.

Sheppard, Colleen. « Grounds of Discrimination: Towards an Inclusive and Contextual Approach ». (2001) 80 *Can. Bar Rev.* 893.

Smith, Andrea. « Native American Feminism, Sovereignty, and Social Change ». (2005) 31 *Feminist Stud.* 116.

VIII. Égalité entre les sexes

Abella, Rosalie Silberman. « Equality, Human Rights, Women and the Justice System ». (1994) 39 *McGill Law J.* 489.

———. « Law, Literature, and Identity: Seeking Equality ». (2000) 63 *Sask. Law Rev.* 1.

Ackermann, Lillian A. « Gender Equality in a Contemporary Indian Community » in L. Frink, R. Shepard and G. Reinhardt (eds.), *Many Faces of Gender: Roles and Relationships Through Time in Indigenous Northern Communities*. Calgary: University of Calgary Press, 2002. 27.

Acoose, J., or Misko-Kisikawihkwe (Red Sky Woman). *Iskwewak-Kah’ Ki Yaw Ni Wahkomkanak: Neither Indian Princesses Nor Easy Squaws*. Toronto: Woman’s Press, 1995.

Aks, Judith H. *Women’s Rights in Native North America: Legal Mobilization in the U.S. and Canada*. New York: LFB Scholarly Pub, 2004).

Amoah, Jewel. « The World on Her Shoulders: The Rights of the Girl-Child in the Context of Culture and Identity ». (2007) 4 *Essex Hum. Rts. Rev.* 1.

Anderson, Kim. *A Recognition of Being: Reconstructing Native Womanhood*. Toronto: Second Story Press, 2000.

Baines, Beverley. « Law, Gender, Equality » in Sandra Burt, Lorraine Code and Lindsay Dorney (eds.), *Changing Patterns: Women in Canada*. Toronto: McClelland & Stewart, 1993, 2d. 243.

———. « Section 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: A Purposive Interpretation ». (2005) 17 *C.J.W.L.* 45.

———. « Using the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to Constitute Women » in Beverley Baines and Ruth Rubio-Marin (eds.), *The Gender of Constitutional Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 48.

Barker, Joanne. « Gender, Sovereignty, and the Discourse of Rights in Native Women's Activism ». (2006) 7 *Meridians* 127.

Behiels, M. « Native Feminism Versus Aboriginal Nationalism: The Native Women's Association of Canada's Quest for Gender Equality, 1983–1994 » in M. Behiels and M. Martel (eds.), *Nation, Ideas, Identities: Essays in Honour of Ramsay Cook*. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2000. 227.

Berger, Bethany Ruth. « After Pocahontas: Indian Women and the Law, 1830 to 1934 ». (1996) 21 *Am. Indian Law Rev.* 15.

———. « Indian Policy and the Imagined Indian Woman ». (2004) 14 *Kan. J. Law & Public Policy* 104.

Berry, David S. « Conflicts Between Minority Women and Traditional Structures: International Law, Rights and Culture ». (1998) 7 *Soc. & Legal Stud.* 55.

Bieder, Robert E. « The Representation of Indian Bodies in Nineteenth Century American Anthropology ». (1996) 20 *Am. Indian Q.* 165.

Brems, Eva. « Protecting the Human Rights of Women » in Gene M. Lyons and James Mayall (eds.), *International Human Rights in the 21st Century: Protecting the Rights of Groups*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2003. 100.

Cannon, Martin J. *Réexaminer l'histoire de l'exclusion fondée sur le sexe et la nouvelle vision politique de l'identité canadienne*, Document de recherche pour le Centre national pour la gouvernance des Premières Nations, mai 2008.

Carter, Sarah. « Categories and Terrains of Exclusion: Constructing the "Indian Woman" in the Early Settlement Era in Western Canada » in Joy Parr and Mark Rosenfeld (eds.), *Gender and History in Canada*. Toronto: Copp Clark, 1996. 30.

———. *The Importance of Being Monogamous: Marriage and Nation Building in Western Canada to 1915*. Edmonton, University of Alberta Press, 2008.

Cornet, Wendy. « Indians Status, Band Membership, First Nation Citizenship, Kinship, Gender and Race: Reconsidering the Role of Federal Law » in Jerry White et al. (eds.), *Aboriginal Policy Research: Moving Forward, Making a Difference*, Vol. V. Toronto: Thompson Educational Publishing, 2007. 145.

———. « La gouvernance des Premières nations, la *Loi sur les Indiens* et les droits à l'égalité des femmes » dans *Les femmes des Premières nations, la gouvernance et la Loi sur les Indiens : recueil de rapports de recherche en matière de politiques*, Ottawa, Condition féminine Canada, novembre 2001. Disponible en ligne : www.swc-cfc.gc.ca.

———. « Valuing Indigenous Women: Recognizing and Embracing the Value of Gender-Based Analysis ». Exposé présenté dans le cadre de « Closing the Implementation Gap: A Forum to Follow Up the 2004 Mission to Canada by the U.N. Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People ». Gender Discrimination Issues Panel, Université d'Ottawa, 2 octobre 2006.

Deckha, Maneesha. « Is Culture Taboo? Feminism, Intersectionality, and Culture Talk in Law ». (2004) 16 *C.J.W.L.* 14.

Deerchild, Rosanna. « Tribal Feminism Is a Drum Song » in Kim Anderson and Bonita Lawrence (eds.), *Strong Women Stories: Native Vision and Community Survival*. Toronto: Sumach Press, 2006.

Deveaux, Monique. « A Deliberative Approach to Conflicts of Culture ». (2003) 31 *Polit. Theory* 780.

———. *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006.

Dussias, Allison M. « Squaw Drudges, Farm Wives, and Dann Sisters' Last Stand: American Indian Women's Resistance to Domestication and the Denial of Their Property Rights ». (1999) 77 *N.C. Law Rev.* 637.

Goonesekere, Savitri. *A Rights-Based Approach to Realizing Gender Equality*. UN Division for the Advancement of Women. (2001). Disponible en ligne : www.un.org/womenwatch/daw/news/savitri.htm.

Green, Gretchen L. « Gender and the Longhouse: Iroquois Women in a Changing Culture » in L. Eldridge (ed.), *Women and Freedom in Early America*. New York: New York University Press, 1997. 7.

Green, Joyce A. (ed.), *Making Space for Indigenous Feminism*. Blackwood, N.S.: Fernwood Publishing, 2007.

Green, Joyce, and Val Napoleon. « Seeking Measures of Justice: Aboriginal Women's Rights Claims, Legal Orders, and Politics ». Canadian Political Science Association presentation, University of Saskatchewan, May 29–June 1, 2007.

Groupe de travail fédéral-provincial-territorial des procureurs généraux sur l'égalité des sexes dans le système de justice canadien. *L'égalité des sexes dans le système de justice canadien*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1992.

Hogg, Peter W. « What Is Equality? The Winding Course of Judicial Interpretation ». (2005) 29 *S.C.L.R.* (2d) 39.

Jackman, Martha et Bruce Porter. *L'égalité matérielle des femmes et la protection des droits sociaux et économiques en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Ottawa, Condition féminine Canada, 1999.

Kambel, Ellen-Rose. *A Guide to Indigenous Women's Rights Under the International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. Forest Peoples Programme, 2004.

Klein, L., and L. Ackerman (eds.). *Women and Power in Native North America*. Norman: University of Oklahoma Press, 1995.

Krosenbrink-Gelissen, Lilianne Ernestine. *Sexual Equality as an Aboriginal Right: The Native Women's Association of Canada and the Constitutional Process on Aboriginal Matters, 1982–1987*. Saarbrücken, Ger.: Verlag, 1991.

Ladner, Keira L. « Women and Blackfoot Nationalism ». (2000) 35 *J. Can. Stud.* 35.

Lawrence, Bonita. « Gender, Race and the Regulation of Native Identity in Canada and the United States: An Overview ». (1999) 18 *Hypatia [Special Issue: Indigenous Women in the Americas]* 3.

Leacock, Eleanor. « Women's Status in Egalitarian Society ». (1992) 33 *Current Anthropol.* 225.

Majury, Diane. « The Charter, Equality Rights, and Women: Equivocation and Celebration ». (2006) 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111.

Maltz, Daniel, and JoAllyn Archambault. « Gender and Power in Native North America—Concluding Remarks » in L. Klein and L. Ackerman (eds.), *Women and Power in Native North America* (Norman: University of Oklahoma Press, 1995) 230.

McIvor, Sharon Donna. « Aboriginal Women Unmasked: Using Equality Litigation to Advance Women's Rights ». (2004) 16 *C.J.W.L.* 106.

McNeil, Kent. « Aboriginal Governments and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ». (1996) 34 *Osgoode Hall Law J.* 61.

- Mihesuah, Devon A. « Commonalty of Difference: American Indian Women and History ». (1996) 20 *Am. Indian Q.* 15.
- Montour, Martha. « Iroquois Women's Rights with Respect to Matrimonial Property on Indian Reserves ». (1987) 4 *Can. Native Law Reporter* 1.
- Monture, Patricia A. « The Right of Inclusion: Aboriginal Rights and/or Aboriginal Women? » in Kerry Wilkins (ed.), *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*. Edmonton: Centre for Constitutional Studies, University of Alberta, 2004. 39.
- Monture-Angus, Patricia. « Considering Colonialism and Oppression: Aboriginal Woman, Justice and the "Theory" of Decolonization ». (1999) 12 *Native Stud. Rev.* 63.
- Monture-Angus, Patricia A. *Thunder in My Soul: A Mohawk Woman Speaks*. Halifax: Fernwood Press, 1995.
- Monture-Okanee, Patricia A. « The Roles and Responsibilities of Aboriginal Women: Reclaiming Justice ». (1992) 56 *Sask. Law Rev.* 237.
- Moss, Wendy. « Indigenous Self-Government in Canada and Sexual Equality under the *Indian Act* in *Resolving Conflicts Between Collective and Individual Rights* ». (1991) 15 *Queen's Law J.* 279.
- Nahanee, Teresa. « Indian Women, Sex Equality and the Charter » in Caroline Andrew and Sanda Rodgers (eds.), *Women and the Canadian State*. Montréal & Kingston: McGill-Queen's University Press, 1997. 89.
- Native Women's Association of Canada. *First Nations Identity, Citizenship and First Nations Women*. Ottawa: NWAC, 2010.
- Osenontion and Skonaganleh:ra. « Our World ». (1989) 10 *Can. Woman Stud.* 2.
- Peyton, Jonathan, & Robert L.A. Hancock. « Anthropology, State Formation and Hegemonic Representations of Indigenous Peoples in Canada, 1910–1939 ». (2008) 17 *Native Stud. Rev.* 45.
- Powell, Marie. « A Rights-Based Approach to Gender Equality and Women's Rights ». (2005) 26 *Can. J. Dev. Stud. [Special Issue]* 605.
- Razack, Sherene. « Beyond Universal Women: Reflections on Theorizing Differences Among Women ». (1996) 45 *U.N.B. Law J.*
- . « Speaking for Ourselves: Feminist Jurisprudence and Minority Women ». (1990–1991) 4 *C.J.W.L.* 440.

Rollason, Heather. « Some Marked Differences in the Representations of Chipewyan Women in Samuel Hearne's Field Notes and His Published Journal » in David T. McNab (ed.), *Earth, Water, Air, and Fire: Studies in Canadian Ethnohistory*. Montréal: Wilfrid Laurier University Press, 1998. 263.

Smith, Andrea. « Not an Indian Tradition: The Sexual Colonization of Native Peoples ». (2003) 18 *Hypatia* 70.

St. Lewis, Joanne. « Beyond the Confinement of Gender: Locating the Space of Legal Existence for Racialized Women » in Radha Jhappan (ed.), *Women's Legal Strategies in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2002.

Stremlau, Rose. « To Domesticate and Civilize Wild Indians: Allotment and the Campaign to Reform Indian Families ». (2005) 30: 3 *J. Fam. His.* 265.

Turpel-Lafond, Mary Ellen. « Patriarchy and Paternalism: The Legacy of the Canadian State for First Nations Women » in Caroline Andrew and Sanda Rodgers (eds.), *Women and the Canadian State*. Montréal & Kingston: McGill-Queen's University Press, 1997. 64.

Van Kirk, Sylvia. « Toward a Feminist Perspective in Native History ». (1986) 18 *Papers of the Algonquin Conf.* 377.

Vibert, Elizabeth. « Real Men Hunt Buffalo: Masculinity, Race and Class in British Fur Traders' Narratives » in Joy Parr and Mark Rosenfeld (eds.), *Gender and History in Canada*. Toronto: Copp Clark, 1996. 50.

Wagner, Sally Roesch. *Sisters in Spirit: Haudenosaunee (Iroquois) Influence on Early American Feminists: A Model in Freedom*. Summertown, Tenn.: Book Publishing Company, 2001.

Ward, Kathleen. « Before and After the White Man: Indian Women, Property, Progress, and Power ». (2007) 6 *Conn. Pub. Int. Law J.* 245.

Weaver, Sally. « First Nations Women and Government Policy, 1970–92: Discrimination and Conflict » in Sandra Burt, Lorraine Code and Lindsay Dorney (eds.), *Changing Patterns: Women in Canada* (Toronto: McClelland & Stewart, 1993). 92.

White, Bruce M. « The Woman Who Married a Beaver: Trade Patterns and Gender Roles in the Ojibwa Fur Trade ». (1999) 46 *Ethnohist.* 109.

Williams, Robert A. « Gendered Checks and Balances: Understanding the Legacy of White Patriarchy in an American Indian Cultural Context ». (1990) 24 *Georgia Law Rev.* 1019.

Yeğenoğlu, Meyda. *Colonial Fantasies: Towards a Feminist Reading of Orientalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

Young, Margot. « Women and the Equality Guarantee of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: A Recap and a Critique ». Paper presented at the International Association of Law Schools Conference on Constitutional Law, September 11–12, 2009. Disponible en ligne : www.ialsnet.org/meetings/constit/papers/index.html.

B. Jurisprudence

Action Travail des Femmes c. Canadian National Railway Company et al., [1987] 1 R.C.S. 1114 (C.S.C.).

Alliance de la fonction publique du Canada c. Le Conseil scolaire indien de la vallée de la Qu'Appelle, 1986 TCDP 5.

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 174.

Anvari c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (1991), 14 C.H.R.R. D/292 (T.A.D.P.).

Azak c. Nisga'a Nation, [2004] 2 C.N.L.R. 6.

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817.

Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee (1998), 165 D.L.R. (4th) 358, [1999] 1 C.N.L.R. 106 (C.F. 1^{re} inst.)

Barry c. Garden River Band of Ojibways (1997), 33 O.R. (3d) 782 (C.A. Ont.).

Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone, [2003] 1 R.C.S. 884 (C.S.C.).

Bernard c. Conseil scolaire de Waycobah, 1999 TCDP 2.

Bignell-Malcolm c. Bande indienne Ebb and Flow, 2008 TCDP 3.

Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290, 107 F.T.R. 133, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (C.F. 1^{re} inst.).

Bressette c. Conseil de bande de la Première nation de Kettle et de Stony Point, 2003 TCDP 41; 2004 TCDP 40.

Brooks c. Canada Safeway Ltd., [1989] 1 R.C.S. 1219.

Butler c. Nenqayni Treatment Centre Society, 2002 TCDP 2.

Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor, [1990] 3 R.C.S. 892 (C.S.C.).

Canada (Procureur général) c. Druken, [1989] 2 C.F. 24, aurotisation d'appel refusée : (1989), 55 D.L.R. (4th) vii (C.S.C.).

Canada (Procureur général) c. Watkin, 2008 CAF 170.

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. Colombie-Britannique (B.C.G.S.E.U.), [1999] 3 R.C.S. 3.

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights), [1999] 3 R.C.S. 868.

Commission des droits de la personne de l'Ontario c. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 R.C.S. 536 (C.S.C.).

Corbiere c. Canada, [1999] 2 R.C.S. 203.

Corbiere c. Wikwemikong Tribal Police Services Board, 2007 CAF 97.

Cook c. Première nation d'Onion Lake, 2002 TCDP 12.

Daniels c. Myron, 2001 TCDP T620/0801.

Dawson c. Bande indienne d'Eskasoni, 2003 TCDP 22.

Dennis, Julian, Marshall et al. c. Conseil de bande d'Eskasoni, 2008 TCDP 38.

Deschambeault c. Cumberland Cree Nation, 2008 CHRT T1253/6507.

Dewald c. Conseil de la bande indienne Dawson, 1993 TCDP 15.

Dokis c. Bande indienne de Dokis, 1995 TCDP 15.

Ermineskin Cree Nation c. Canada (2002), 2 W.W.R. 138, [2001] A.J. No. 1187 (C.B.R. Alb.).

Ermineskin Cree Nation c. Canada (Canadian Human Rights Tribunal), [2006] 5 W.W.R. 528 (C.B.R. Alb.).

Forward et Forward c. CIC, 2008 TCDP 5.

Gilmar c. Conseil scolaire de la Nation sioux des Nakota d'Alexis, 2009 TCDP 34.

Gosselin (Tuteur de) c. Quebec (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 238.

Grismer c. Bande indienne de Squamish, [2007] 1 C.N.L.R. 146 (C.F.).

Hamilton c. Conseil de la bande indienne de Driftpile, [2002] A.C.F. n° 508 (C.F. 1^{re} inst.).

Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145 (C.S.C.).

Jacobs c. Mohawk Council of Kahnawake, 1998 TCDP 2.

Janzen c. Platy Enterprises Ltd., [1989] 1 R.C.S. 1252.

Laslo c. Conseil de la bande indienne de Gordon, [2000] A.C.F. n° 1175 (C.A.F.).

Lavell c. Canada (Procureur général), [1974] R.C.S. 1349 (C.S.C.).

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497 (C.S.C.).

Lovelace c. Canada, [1981] 2 H.R.L.J. 158 (C.D.H.N.U.).

MacNutt et al. c. Conseil de la Bande indienne de Shubenacadie, 1995 TCDP 14.

Malec c. Conseil des Montagnais de Natashquan, 2010 TCDP 2.

Many Guns c. Siksika Nation Tribal Administration, [2004] 1 C.N.L.R. 176, 341 A.R. 140, 27 Alta. L.R. (4th) 184.

Martin c. Administration locale indienne de Sautleaux, 2002 TCDP 20; *McAdam c. Big River First Nation*, 2009 CHRT 2; *Naistus c. Philip L. Chief*, 2009 TCDP 4.

Martin c. Chapman, [1983] 1 R.C.S. 365 (C.S.C.).

Martin Desrosiers c. Société canadienne des postes, 2003 TCDP 26.

McIvor c. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs), 2009 BCCA 153 (CanLII).

Nealy c. Johnston, 1989 TCDP 10.

Nipisihkopahk Education Authority de la nation crie de Samson c. Canada (Procureur général), 2004 CF 1314 (CanLII).

Perley c. Bande de Tobique, 2002 TCDP 8.

R. c. Conway, 2010 CSC 22 (11 juin 2010).

R. c. Kapp, [2008] 2 R.C.S. 483.

R. c. Marshall; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220.

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507.

Raphael et al. c. Conseil des Montagnais du Lac Saint-Jean, 1995 TCDP 10.

Re Desjarlais, [1989] C.F. 605 (C.A.F.).

Re Singh, [1989] 1 C.F. 430 (C.A.).

Rivers c. Conseil de la bande indienne de Squamish, 1994 TCDP 3.

Sandra Lovelace c. Canada, communication n° R.6/24, Doc. N.U. supp. n° 40 (A/36/40), p. 166 (1981).

Saunders c. Labrador Inuit Assn., [1994] N.H.R.B.I.D. No. 1.

Schuyler c. Nation des Oneidas de la Thames, 2006 TCDP 34.

Six Nations of the Grand River c. Henderson, [1997] 1 C.N.L.R. 202 (Cour de justice de l'Ontario).

Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493.

Warman c. Lemire, 2009 TCDP 26.

Winnipeg School Division c. Craton, [1985] 2 R.C.S. 150.

C. Lois

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.C. 1976-77, ch. 33 (et ses modifications).

Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne, L.C. 2008, ch. 30.

Loi sur l'Accord portant création de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, L.C. 1991, ch. 12.

Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien, L.C. 2002, ch. 9.

Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. 1985, ch. 17 (2^e suppl.).

Loi sur l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, L.R.C. 1985, ch. F-26.

Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières, L.R.C. 1985, ch. 18 (3^e suppl.).

Loi sur le ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile, L.C. 2005, ch. 10.

Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes, L.R.C. 1985, ch. B-7.

Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. 1985, ch. G-3.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.).

Loi sur les offices des produits agricoles, L.R.C. 1985, ch. F-4.