
Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada

Ghislain Otis*

L'auteur s'attache dans cet article à évaluer dans quelle mesure la gouvernance des communautés autochtones doit, à l'heure où il est plus que jamais question d'autonomie gouvernementale, se conjuguer avec le modèle étatique de démocratie électorale dont les autorités fédérales ont assuré une large diffusion dans les communautés régies par la *Loi sur les Indiens*. L'article vise aussi à faire déterminer l'incidence de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la quête de solutions de rechange à l'élection inspirées des coutumes et des pratiques traditionnelles de gouvernance autochtone. L'auteur rend compte du processus graduel par lequel l'État canadien a refoulé les institutions ancestrales de commandement des collectivités autochtones pour les remplacer, conformément aux pouvoirs prévus par la *Loi sur les Indiens*, par les mécanismes électoraux calqués sur le modèle de Westminster. Même les modes dit «coutumiers» de désignation des dirigeants, validés par la *Loi sur les Indiens*, obéissent presque universellement à la logique électorale de type étatique.

Or, un examen attentif des effets de l'élection à la Westminster sur la vie politique et démocratique des communautés ne permet pas toujours de conclure que la promesse d'un gouvernement juste et légitime a été honorée. Une critique convaincante du modèle électoral étatique fait ressortir le fort potentiel de légitimité démocratique que recèlent encore certaines traditions gouvernementales autochtones à caractère consensualiste, souvent plus respectueuses des réalités sociologiques et familiales observables dans les communautés. L'auteur démontre que le cadre juridique actuel, ainsi que les réformes législatives envisagées, permettraient à un grand nombre de communautés de se doter d'institutions coutumières mieux adaptées à une culture démocratique à la fois singulièrement autochtone et moderne. Il fait toutefois ressortir l'obligation pour la coutume autochtone de se conformer à la *Charte canadienne des droits et libertés* tout en faisant valoir que cette dernière ne fera pas substantiellement obstacle à la volonté des communautés de renouveler leur gouvernance démocratique à partir d'une lecture contemporaine de la tradition.

In this article, the author seeks to determine to what extent the governance of Aboriginal communities should be combined with the state model of democratic elections, which federal authorities have ensured is distributed widely through those Aboriginal communities subject to the *Indian Act*. This question is all the more important given that the issue of self-government, now more than ever, looms large on the horizon. The author also attempts to gauge the impact of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on electoral reform initiatives that seek to integrate the customs and traditional practices of Aboriginal governance. The author gives an account of the gradual process by which the Canadian state constrained the ancestral institutions of command over Aboriginal communities, only to have them replaced, in conformity with the powers granted by the *Indian Act*, by electoral mechanisms derived from the Westminster model. Even those processes to designate directors that are called "customary", and which are validated by the *Indian Act*, almost universally obey the logic of the state electoral model.

However, an attentive examination of the effects of a Westminster-type election on the political and democratic life of communities does not always allow for the conclusion that the promise of a fair and legitimate government has been honoured. A convincing criticism of the state electoral model brings out the strong potential for democratic legitimacy that characterizes certain traditions of Aboriginal governance of a consensualist nature, which are often more respectful of the sociological and familial realities that can be observed in communities. The author demonstrates that the current legal framework, as well as the legislative reforms that have been proposed, would allow a large number of communities to adopt customary institutions better adapted to a democratic culture that is both uniquely Aboriginal and modern. Nevertheless, it cannot be forgotten that any Aboriginal custom adopted must be in conformity with the Charter. This should, however, not be a significant obstacle to communities that want to renew their democratic governance following a contemporary reading of their tradition.

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval. Les travaux nécessaires à la rédaction de cet article ont été réalisés dans le cadre du projet «Autochtonie et gouvernance» financé par Valorisation recherche Québec.

© Revue de droit de McGill 2004

McGill Law Journal 2004

Mode de référence : (2004) 49 R.D. McGill 393

To be cited as: (2004) 49 McGill L.J. 393

Introduction	395
I. La captation étatique du gouvernement autochtone au Canada	396
II. La diffusion de l'élection et la coutume en milieu autochtone	399
III. La critique différentialiste de l'élection chez les peuples autochtones	404
IV. Le cadre juridique d'une remise en cause du modèle électoral	407
V. Le rôle de la <i>Charte canadienne</i> dans la quête de rénovation ou de dépassement du modèle électoral étatique	409
Conclusion	416

«Nous craignons vraiment que les autochtones assimilent de plus en plus la “démocratie” à l’acte de voter»¹.

Introduction

Dans les débats et les négociations entourant la construction d’un nouvel ordre autonome autochtone, se pose notamment la question de la démocratie et des élections comme mode de dévolution du pouvoir chez les peuples autochtones. Ces derniers devraient-ils invariablement, au nom de la modernité politique et de la bonne gouvernance, choisir leurs dirigeants dans le plus strict respect de la mécanique électorale progressivement aménagée dans le cadre étatique occidental ? L’impératif démocratique du consentement des gouvernés s’impose-t-il avec la même force ou de la même manière en contexte autochtone ? Cet impératif peut-il être satisfait par des procédures non électorales ou encore des opérations électorales fortement différenciées ?

Ces questions ne se poseraient sans doute pas si le droit canadien avait irrémédiablement fondu les institutions politiques autochtones traditionnelles dans le moule électoral de l’État. Or la domestication juridique de l’organisation politique des autochtones, bien que poussée très loin par l’État, reste à ce jour imparfaite. En fait, l’intérêt du débat est ravivé par les propositions législatives récentes du gouvernement du Canada qui, si elles devaient être acceptées par le Parlement, pourraient accentuer le particularisme culturel autochtone et atténuer le rôle de l’élection dans le choix des dirigeants de ces collectivités.

Cet article retrace brièvement la transformation des institutions politiques traditionnelles des peuples autochtones du Canada par l’introduction graduelle de l’élection comme technique de sélection des dirigeants communautaires. Il rend également compte de la critique actuelle du modèle électoral fondée sur la revendication de différence autochtone. Alors qu’il devient clair que l’État ne saurait légitimement s’accrocher à une conception dogmatique de la démocratie en écartant toute solution de rechange à l’élection comme technique de manifestation du consentement des gouvernés autochtones, cette étude vise en outre à dégager les conditions juridiques du dépassement de l’élection et à cerner, plus particulièrement, l’incidence de la *Charte canadienne des droits et libertés*².

¹ Council of Elders, «A Negotiation Process for Off-Reserve Aboriginal Peoples in Ontario», mémoire présenté à la CRPA, 1993, à la p. 6 reproduit dans le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 2, *Une relation à redéfinir : première partie*, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996 à la p. 149 [Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones].

² *Loi de 1982 sur le Canada*, Annexe B, *Loi constitutionnelle de 1982*, 1982, c. 11 (R.U.) dans L.R.C. (1985) App. II, no. 44 [*Charte canadienne*].

Singulièrement canadienne à certains égards, la question abordée dans cet article n'en est pas moins digne d'intérêt pour plusieurs pays qui, tiraillés entre tradition et modernité, ont la responsabilité de liquider le douloureux legs de la colonisation³.

I. La captation étatique du gouvernement autochtone au Canada

Il n'est guère aisé de retracer l'histoire de l'organisation politique des sociétés précolombiennes. Quand, à l'instar de John Locke, ils ne niaient pas purement et simplement que ces sociétés fussent organisées au plan sociopolitique⁴, les premiers observateurs européens ont parfois décrit leurs coutumes d'une manière ethnocentrique qui servait davantage leurs visées «civilisatrices» qu'une juste appréciation de la réalité⁵. Quant à la tradition orale des autochtones eux-mêmes, elle est loin de dissiper tout le brouillard entourant les systèmes politiques utilisés pendant cette période de l'histoire de l'Amérique.

Les historiens ont fait ressortir que la grande diversité culturelle des collectivités précoloniales se reflétait dans leurs façons de se gouverner et, par voie de conséquence, dans leurs méthodes de légitimation et de dévolution du pouvoir. Ainsi, les chefferies sédentaires ou semi-sédentaires de la côte du Nord-Ouest étaient fortement hiérarchisées et les chefs de clan accédaient à leur fonction conformément à une conception stricte du droit du sang⁶. Chez plusieurs peuples semi-sédentaires pratiquant l'agriculture à grande échelle, tels les Iroquois, les *sachems* désignés par les «mères de clan» provenaient de familles coutumièrement détentrices de titres héréditaires⁷. De manière générale, les groupes de chasseurs-cueilleurs algonquiens se donnaient des dirigeants selon une procédure de type consensualiste où les aînés

³ L'Afrique connaît bien les difficultés nées du placage de l'appareil étatique colonial sur des structures de commandement indigènes : voir par ex. C.N. Mback, «La chefferie traditionnelle au Cameroun : ambiguïtés juridiques et obstacles à la démocratie locale», dans *Ethnicité, identités et citoyenneté en Afrique centrale*, Cahier africain des droits de l'Homme, no. 6-7, mars 2002, à la p. 211 ; F.M. D'Engelbronner-Kolf, M.O. Hinz et J.L. Sindano, dir., *Traditional Authority and Democracy in Southern Africa*, Windhoek (Namibie), New Namibia Books, 1998.

⁴ On trouvera une analyse critique de la pensée de Locke sur la question des peuples indigènes des Amériques dans James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, aux pp. 70-82.

⁵ Voir par ex., Jésuites, *Relations des Jésuites : contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des Pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France*, Montréal, Éditions du Jour, 1972, 6 vols.

⁶ Olive Patricia Dickason, *Les premières nations*, Sillery (Qc), Éditions du Septentrion, 1996, aux pp. 65-66.

⁷ T. Porter, «Traditions of the Constitution of the Six Nations», dans Leroy Little Bear, Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *Pathways to Self-Determination: Canadian Indians and the Canadian State*, Toronto, University of Toronto Press, 1984 aux pp. 14-21.

pouvaient jouer un rôle particulier de médiation⁸. Il semble que dans bien des sociétés, le pouvoir réel du chef était fonction de l'exemplarité de sa conduite et de ses qualités de rassembleur plutôt de la sanction institutionnalisée de son autorité⁹.

Ces institutions ancestrales ont été largement captées par l'effet combiné de la coercition étatique et d'inéluctables mutations culturelles. La captation coloniale des communautés politiques autochtones s'est opérée à la faveur de l'incrustation progressive de la souveraineté étatique. L'égalité relative qui a, au temps des premiers contacts, caractérisé le rapport entre les indigènes et les puissances européennes en Amérique du Nord fut suivie de l'enfermement des sociétés précoloniales dans le giron étatique. Il en a résulté, du point de vue de l'État, «l'internalisation» de la question autochtone, c'est-à-dire l'inscription exclusive du statut des autochtones dans l'ordonnement juridique interne¹⁰.

Bien qu'ils tiennent pour radicalement intangible la souveraineté héritée de l'entreprise coloniale, les pouvoirs publics canadiens sont de plus en plus enclins à admettre que certaines prérogatives d'autonomie politique autochtone issues des systèmes précoloniaux aient survécu à l'avènement de l'État¹¹. Selon la thèse du «droit

⁸ Voir par ex. le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 1 aux pp. 145-49.

⁹ *Ibid.*, aux pp. 149-52.

¹⁰ Sur la question de «l'internalisation», voir notamment Michel Morin, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Boréal, 1997 ; Isabelle Schulte-Tenckhoff, «Reassessing the Paradigm of Domestication: The Problematic of Indigenous Treaties» (1998) 4 *Rev. Const. Stud.* 239.

¹¹ En 1995, le gouvernement du Canada a adopté une politique officielle de reconnaissance et de mise en œuvre négociée du droit ancestral (inhérent) à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Voir *L'autonomie gouvernementale des autochtones : guide de la politique fédérale*, Ottawa, Travaux publics et services gouvernementaux Canada, 1995. La plupart des juristes estiment qu'un tel droit ancestral existe effectivement et devrait être reconnu par la Cour suprême du Canada : voir notamment Brian Slattery, «First Nations and the Constitution : A Question of Trust» (1992) 71 *R. du B. can.* 261 ; Kent McNeil, «Envisaging Constitutional Space for Aboriginal Governments» (1993) 19 *Queens L.J.* 95 ; Patrick Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001 aux pp. 107-31. Voir toutefois André Émond, «Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale» (1996) 30 *R.J.T.* 89. La Commission royale sur les peuples autochtones prend position en faveur de l'existence d'un tel droit dans son rapport intitulé *Partenaires au sein de la Confédération : les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993. La Cour suprême du Canada s'est délibérément abstenue à ce jour de trancher la question : voir *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 *R.C.S.* 821, 138 *D.L.R.* (4^e) 204 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 *R.C.S.* 1010, 153 *D.L.R.* (4^e) 193. Toutefois, dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 *R.C.S.* 911, 199 *D.L.R.* (4^e) 385, le juge Binnie, avec l'accord du juge Major, évoque explicitement des principes de nature à fonder un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. Il mentionne la possibilité d'une simple «diminution» de la souveraineté autochtone lors de l'avènement de l'État européen (au para. 158) ou encore d'une «souveraineté fusionnée ou partagée» essentielle à la conciliation au cœur de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (au para. 167). Voir également *Campbell c. British*

inhérent à l'autonomie gouvernementale», cette autonomie coutumière aurait été originellement validée par le droit colonial en tant que «droit ancestral»¹² et bénéficierait à ce titre d'une protection constitutionnelle depuis 1982¹³. Même si un tel droit ancestral de type gouvernemental pourrait en théorie s'exercer de manière entièrement autonome, c'est-à-dire sans devoir préalablement faire l'objet d'une mise en œuvre législative ou par voie de traité, aucune communauté n'a, à ce jour, constitué ou réactivé unilatéralement un gouvernement de droit purement ancestral par lequel elle prétendrait supplanter totalement et à tous égards l'autorité de la *Loi sur les Indiens*¹⁴ qui régit, depuis le XIX^e siècle, l'organisation territoriale et administrative des collectivités autochtones.

Bien qu'un nombre croissant de communautés soient dotées d'institutions relevant de régimes particuliers parfois protecteurs d'une autonomie politique élargie¹⁵, le gouvernement de la très grande majorité des collectivités reste encore aujourd'hui organisé et opérationnalisé par la *Loi sur les Indiens*. Chaque

Columbia (2000), 189 D.L.R. (4^e) 333, [2000] 8 W.W.R. 600 (C.S.B.C.), où la Cour conclut qu'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale fait effectivement partie du droit positif.

¹² La reconnaissance de droits «ancestraux» en faveur des peuples autochtones constitue un aspect central de la common law coloniale britannique telle qu'explicitée par la Cour suprême des Etats-Unis dans les célèbres affaires *Johnson v. McIntosh*, 21 US 543, 8 Wheat 543 (1823) et *Worcester v. State of Georgia*, (1832) 31 U.S. 515, 8 L. D. 483 (1832). Ainsi, selon le droit colonial britannique, bien que la souveraineté externe des populations indigènes ait été supplantée par le titre dévolu à Sa Majesté à la faveur de la «découverte» des territoires, des droits sont reconnus aux autochtones en raison de leur occupation antérieure du territoire. Ces droits, notamment les titre fonciers coutumiers, sont réputés avoir survécu au changement de souveraineté et sont dès lors pleinement validés par le droit étatique même si ce dernier n'en est pas, en principe, la source formelle. La Cour suprême du Canada a tardivement jugé que la doctrine des droits ancestraux trouve également application au Canada, leurs origines et leurs fondements généraux étant semblables dans les deux anciennes colonies britanniques. Voir *Calder c. Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, 34 D.L.R. (3^e) 145. Voir aussi *R. c. Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, 137 D.L.R. (4^e) 289.

¹³ Voir l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont l'alinéa premier dispose que «Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés». La plus haute juridiction canadienne a statué que cette disposition protège dorénavant les autochtones contre toute abrogation ou toute restriction injustifiée de leurs droits ancestraux ou issus de traités par les pouvoirs étatiques : voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 70 D.L.R. (4^e) 385.

¹⁴ L.R.C., chapitre. I-5.

¹⁵ Ces régimes particuliers découlent soit de lois mettant en œuvre des accords d'autonomie gouvernementale que les autorités étatiques ont conclus avec certaines communautés, soit de traités organisant un gouvernement autochtone autonome. Dans le cas des ententes ayant valeur de traité, comme c'est le cas de l'*Accord définitif Nisga'a*, Canada, Colombie-Britannique, Nisga'a Nation, 1998, les institutions gouvernementales autochtones jouissent d'une véritable protection constitutionnelle conformément à l'al. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On trouvera une étude de ces régimes particuliers dans Sébastien Grammond, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Cowansville (Qc), Bruylant-Yvon Blais, 2003, aux pp. 279-353.

communauté autochtone, désignée sous le vocable de «bande indienne»¹⁶, est dirigée, aux termes de la *Loi sur les Indiens*, par un organe collégial appelé «conseil de bande» que le Parlement fédéral investit d'une fonction de gouvernement communautaire. Tributaire de ses origines et de sa finalité coloniales, cette fonction s'exerce à bien des égards sous le contrôle, voire la tutelle, de l'administration étatique¹⁷. Ainsi, l'État infléchit et mobilise les structures communautaires pour en faire l'instrument de gestion des autochtones et de leurs réserves.

II. La diffusion de l'élection et la coutume en milieu autochtone

Dans son entreprise de prise en charge et d'organisation tutélaire du gouvernement autochtone, l'État s'est préoccupé du mode de désignation des chefs appelés à constituer l'organe de direction politico-administrative qu'est le conseil de bande. Dès 1869, la *Loi pourvoyant à l'émancipation graduelle des sauvages* autorisait le gouvernement à ordonner, par décret, que les chefs «*de toute nation, tribu ou peuplade de sauvages*» soient élus par les membres de sexe masculin de la communauté sous la supervision de l'administration qui se donnait en outre le pouvoir de destituer, à certaines conditions, les chefs élus¹⁸. Toutes les lois subséquentes relatives à l'administration autochtone ont contenu des dispositions analogues et c'est également le cas de l'actuelle *Loi sur les Indiens* dont le paragraphe 74(1) dispose que :

Lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le ministre peut déclarer par arrêté qu'à compter d'un jour qu'il désigne le conseil d'une bande, comprenant un chef et des conseillers, sera constitué au moyen d'élections tenues selon la présente loi.

Le paragraphe 78(2) de la *Loi sur les Indiens* indique les motifs de vacance ou de destitution ministérielle des chefs et conseillers désignés selon la *Loi sur les Indiens*. S'autorisant de l'article 76, le gouverneur en conseil a pris un règlement sur les élections au sein des bandes assujetties à la *Loi sur les Indiens*, notamment en ce qui concerne la mise en candidature, le déroulement de l'élection et les mécanismes d'appel¹⁹.

¹⁶ La composition actuelle de la «bande» n'épouse pas nécessairement les contours du groupe, de la tribu ou de la bande traditionnelle : voir André Émond, «Quels sont les partenaires autochtones avec lesquels la Couronne entretient une relation historique ?» (1997) 76 R. du B. can. 130 aux pp. 138-42.

¹⁷ Ainsi, la plupart des règlements administratifs pris par le conseil de bande dans le cadre de ses attributions (voir les art. 81 et 83 de la *Loi sur les Indiens*, *supra* note 14) pourront être annulés par le ministre (art. 82) ou devront être approuvés par lui avant d'entrer en vigueur (art. 83).

¹⁸ *Loi pourvoyant à l'émancipation graduelle des sauvages*, S.C. 1869, c. 6, art. 10. Cette disposition permettait toutefois aux chefs traditionnels nommés à vie de conserver un siège au sein du conseil jusqu'à leur décès.

¹⁹ Voir DORS/2000-391. Pour une étude historique détaillée de la législation fédérale sur cette question, voir Wayne Daugherty et Dennis Madill, *L'administration indienne en vertu de la*

C'est dire que, dès le départ, les autorités étatiques firent du système électif de sélection des dirigeants, calqué sur le modèle de Westminster de scrutin majoritaire uninominal à un tour, un élément important de leur stratégie d'assimilation des autochtones au sein de la société majoritaire²⁰. Le gouvernement s'est toutefois abstenu d'imposer de manière soudaine et générale le mode électoral pratiqué dans les institutions étatiques. C'est ainsi que l'on préféra maintenir provisoirement en place, en les validant dans l'ordre étatique, les mécanismes coutumiers de sélection des chefs jusqu'au moment où les autochtones aient atteint un degré jugé suffisant de «développement» pour effectuer le passage au système électoral. Fidèle à la pratique britannique de l'«indirect rule», le colonisateur a voulu non pas marquer son respect pour la culture politique ancestrale des autochtones²¹, mais bien instrumentaliser les légitimités traditionnelles jusqu'à ce que leur pregnance fût dissoute au terme d'une acculturation politique.

Plusieurs communautés se sont néanmoins fait imposer le système électif étatique²², parfois dans la plus vive controverse²³. Jusqu'en 1951, l'instauration de l'élection prévue par la *Loi sur les Indiens* resta lente et difficile ; elle ne put se réaliser que dans une minorité de bandes²⁴. La difficulté venait de la résistance des communautés réfractaires à la «loi des blancs» ou encore des réticences des fonctionnaires eux-mêmes qui estimaient que bien des communautés n'étaient pas suffisamment «évoluées» pour faire bon usage des mécanismes électoraux prévus

législation relative aux Indiens et les pouvoirs du conseil de bande (1868-1951), Affaires indiennes et du Nord, Ottawa, 1980, partie I.

²⁰ Tel que l'observent Daugherty et Madill, *ibid.* à la p. 2 :

[l'] introduction des règles démocratiques, électives, qui étaient tenues à l'époque pour un signe de progrès et de civilisation, devait être l'un des aspects importants de ce projet d'assimilation. Le gouvernement estimait que l'introduction d'une administration élue amènerait les Indiens à abandonner leurs institutions tribales traditionnelles, qui étaient différentes dans tout le pays et qui étaient considérées comme des obstacles au progrès des Indiens.

²¹ Israel Wood Powell, un haut fonctionnaire fédéral, plaidait, en 1881, en faveur de l'avènement de l'élection chez les autochtones au motif qu'«un puissant instrument de civilisation serait ainsi créé qui ferait disparaître un jour le système des chefs héréditaires, seul bastion de l'ignorance et de la barbarie». Voir *Abrégé de rapports sur le système municipal projeté pour les bandes indiennes*, 1881, Ottawa à la p. 155.

²² Le 16 mai 1899, par exemple, le gouvernement décréta l'application des dispositions électorales de la loi à l'ensemble des communautés de l'Est du Canada alors que rien de donne à penser que ces communautés avaient marqué leur accord : voir Daugherty et Madill, *supra* note 19 à la p. 8.

²³ Mentionnons ici le cas célèbre des Iroquois des Six Nations d'Ohswéken qui portèrent devant les organisations internationales leur protestation contre la décision des autorités fédérales de leur imposer un conseil de bande électif au détriment de leur système traditionnel de gouvernement. Voir notamment Edmund Wilson, *Apologies to the Iroquois*, Syracuse (N.Y.), Syracuse University Press, 1992, aux pp. 257-58. Voir aussi Daugherty et Madill, *ibid.* aux pp. 46-67.

²⁴ À cette date, seulement 194 communautés élaient leurs chefs conformément à la loi : voir Daugherty et Madill, *ibid.* à la p. 99.

dans cette loi. L'administration fédérale préféra exercer un contrôle *de facto* étroit sur les pratiques des communautés échappant aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Ces bandes ont été amenées officieusement à adapter progressivement leurs usages coutumiers aux formes électorales sans que celles-ci ne correspondent nécessairement aux prescriptions du régime d'élection étatique²⁵.

L'élection s'est peu à peu généralisée même dans la pratique dite «coutumière» des communautés, phénomène sans doute attribuable à deux facteurs. D'une part, au dirigisme des administrateurs fédéraux, et, d'autre part, à l'influence constante des institutions de la société majoritaire auxquelles les autochtones en sont tardivement venus, après une longue exclusion discriminatoire, à participer en qualité d'électeurs²⁶. Cette apparente intégration démocratique explique sans doute pourquoi la désignation des dirigeants selon la «coutume» de la bande est encore aujourd'hui reconnue par l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*²⁷ et pourquoi l'application formelle du régime électoral dicté par cette loi n'a jamais été décrétée dans un certain nombre de communautés²⁸.

Malgré cela, en 1971, plus de 70% des bandes désignaient leur conseil conformément aux dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens*²⁹. Elles ne sont plus aujourd'hui que 50% à le faire puisque plusieurs d'entre elles ont, depuis lors, été autorisées par le ministre à se soustraire au régime établi par cette loi afin d'appliquer leurs propres codes électoraux dits «coutumiers». On parle communément alors d'un «retour» à la coutume³⁰. Seulement 11 communautés continuent à ce jour de se donner des dirigeants selon des modes traditionnels non électoraux de type héréditaire³¹.

²⁵ Voir Daugherty et Madill, *ibid.* aux pp. 67-70.

²⁶ Si les membres de certaines bandes ont pu voter aux élections fédérales entre 1887 et 1896, ce n'est qu'en 1960, soit dix ans après les Inuits, que les Indiens obtinrent les mêmes droits politiques que les autres citoyens canadiens au niveau fédéral. Au Québec, les autochtones n'ont droit de suffrage aux élections législatives que depuis 1969. Voir *Vers l'égalité électorale*, Comité de la réforme électorale autochtone, Ottawa, Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, 1991, à la p. 8. En général, la participation autochtone aux élections électorales reste très faible. Lors du scrutin tenu au Québec le 14 avril 2003, seulement 29% des autochtones en moyenne ont exercé leur droit de vote alors que le taux moyen de participation dans l'ensemble de la population dépassa les 70%, comme le rapporte *Le Devoir [de Montréal]* (31 juillet 2003), *supra* note 14, A2.

²⁷ Le para. 2(1) de la *Loi sur les Indiens* reconnaît aujourd'hui explicitement qu'en l'absence d'un arrêté ministériel pris sous l'autorité de l'art. 74 de la *Loi sur les Indiens*, *supra* note 14, rendant les dispositions électorales de la loi applicables, le conseil est celui désigné «selon la coutume de la bande».

²⁸ C'est le cas de 196 communautés. Voir Affaires indiennes et du Nord Canada, *Les collectivités d'abord : la gouvernance des premières nations*, en ligne : Affaires Indiennes et du Nord Canada <http://www.fng-gpn.gc.ca/fctsht_f.html>.

²⁹ Voir Daugherty et Madill, *supra* note 19 à la p. 99.

³⁰ L'arrêté ministériel pris sous l'autorité de l'art. 74 de la *Loi sur les Indiens*, *supra* note 14, rendant le régime électoral de la loi applicable à une communauté peut être abrogé, ce qui emporte *ipso facto*

Selon la Cour fédérale, la coutume dont il est question dans la *Loi sur les Indiens* «consiste en une pratique établie ou adoptée par les personnes à qui elle s'applique et qui ont accepté d'être dirigées par elles»³². Les juges ont confirmé la validité, au plan coutumier, de toute norme adoptée selon «les pratiques généralement acceptées par les membres de la bande et qui font dès lors l'objet d'un large consensus»³³. Il incombe à la partie qui invoque la coutume d'en prouver l'existence et le contenu³⁴.

Dans ce contexte, le qualificatif «coutumier» n'évoque pas l'archétype du *jus non scriptum* dont parlent les anthropologues. Une norme est ici tenue pour «coutumière» simplement parce que son foyer d'élaboration se trouve formellement en dehors de l'appareil étatique. Une telle appellation ne charrie par conséquent aucun *a priori* quant au processus d'élaboration de la norme, quant à son support formel d'énonciation ou quant à la conformité de son contenu à un quelconque critère précolonial ou immémorial. Bien qu'elle autorise dans une certaine mesure le groupe autochtone à marquer sa spécificité culturelle en matière d'organisation politique, la coutume n'est pas nécessairement synonyme de tradition. Elle constitue plutôt un mode consensuel et communautaire de production du droit qui, sans être contraint au

le retour à un mode coutumier, voir *Sparvier v. Cowesses Indian Band No. 73*, [1993] 3 F.C. 142 aux pp. 149-50, 63 F.T.R. 242 (1^{re} inst.) [*Sparvier* avec renvois au F.C.] ; *Gordon c. Canada*, [2001] A.C.F. no 114 au para. 12, [2001] F.C.J. no. 114 (1^{re} inst.) [*Gordon* avec renvois au A.C.F.]. C'est ainsi que 134 communautés qui étaient assujetties aux dispositions électorales de la loi ont été autorisées à revenir à un modèle «selon la coutume». Le gouvernement a toutefois conditionné le retrait du régime étatique à l'engagement de ces communautés d'adopter un «code électoral». Voir Affaires indiennes et du Nord Canada, *supra* note 28.

³¹ Cette donnée a été transmise à l'auteur par les responsables des Affaires indiennes et du Nord Canada.

³² *Bande indienne de McLeod Lake Indian Band c. Chingee*, [1998] A.C.F. no 1185 au para. 8, [1998] 165 D.L.R. (4th) 358 (1^{re} inst.) [*McLeod Lake Indian Band* avec renvois au A.C.F.]. Dès lors, comme l'indique la Cour dans *Francis c. Mohawk Council of Kanesatake*, [2003] FCTR 115 (1^{re} inst.) [*Francis*], la coutume comporte deux éléments, «[l]e premier réside dans les «pratiques», qui peuvent être établies soit par des actes répétitifs, soit au moyen d'une mesure isolée comme l'adoption d'un code électoral» (au para. 24) alors que «le deuxième élément de la définition de la coutume est un élément subjectif, qui renvoie à la manifestation de la volonté des personnes souhaitant l'adoption de règles relatives au mode d'élection des membres d'un conseil de bande d'être liées par une règle ou pratique donnée» (au para. 26).

³³ *Bigstone c. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25, [1992] F.C.J. no. 16 (1^{re} inst.). Dans *Francis*, *ibid.*, le juge Martineau définit ainsi, au para. 36, ce qu'il faut entendre par un large consensus : «la pratique se rapportant à une question ou une situation donnée qui est visée par cette règle doit être fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté». Voir aussi *Première nation Salt River no. 195 (Conseil) c. Première nation Salt River no 195*, [2003] A.C.F. no 865 au para. 42, [2003] F.C.J. no. 865 (1^{re} inst.) [*Première nation Salt River no. 195* avec renvois au A.C.F.].

³⁴ *Francis*, *supra* note 32 au para. 21 ; *McArthur v. Saskatchewan (Registrar, Department of Indian Affairs and Northern Development)* (1992), 91 D.L.R. (4^e) 666, [1992] S.J. no. 189 (Sask. Q.B.).

plan matériel par les pratiques des ancêtres, permet aux contemporains de tracer leur propre itinéraire entre tradition et modernité³⁵.

La *Loi sur les Indiens* n'impose aucune condition quant à la forme des normes issues du processus coutumier. La communauté pourra donc s'en tenir à un droit non écrit³⁶ ; elle pourra encore «codifier» ses pratiques selon la technique du droit légiféré étatique³⁷. De fait, il n'est pas rare qu'un code communautaire reproduise quasiment à l'identique les dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens* et du règlement correspondant. Les codes électoraux seront modifiés aussi souvent que nécessaire pour tenir compte des circonstances changeantes³⁸. Il se peut toutefois que la pratique effective et constante, généralement acceptée par la communauté, ne corresponde pas à la norme énoncée dans le code. Dans ce cas, les tribunaux ont estimé que la norme coutumière en vigueur était celle dictée par la pratique plutôt que le texte³⁹.

Ce ne sont certes pas toutes les règles coutumières d'organisation politique de la communauté qui sont validées par la loi fédérale. Seules celles se rapportant à la composition et la formation de l'organe de direction de la bande sont visées. Cela dit, rien ne justifie d'interpréter étroitement la compétence coutumière ainsi reconnue. Le régime coutumier pourra comporter une vaste gamme de normes régissant non seulement la formation de l'instance dirigeante mais aussi sa structure et sa composition. Entreront dans le champ coutumier le mode de désignation des personnes composant l'autorité publique, les conditions de maintien de ces personnes dans leurs fonctions, leur remplacement, la durée de leur mandat, les règles et

³⁵ La Cour fédérale a souligné dans les termes suivants le caractère évolutif de la coutume autochtone aux fins de la *Loi sur les Indiens* :

Il faut ajouter que la coutume n'est pas immuable. Elle évolue selon les circonstances. Une bande peut décider de cesser de s'en remettre à sa tradition orale et mettre sa coutume par écrit. Elle peut passer d'un système fondé sur la succession à un système électoral. Elle peut décider d'adopter comme usages des pratiques et une procédure comparables à la procédure électorale utilisée pour élire des gouvernements municipaux ou provinciaux. Je ne peux interpréter l'expression "coutume de la bande", contenue au paragraphe 2(1), comme empêchant une bande de modifier au besoin sa coutume de gouvernement pour tenir compte de situations nouvelles.

McLeod Lake Indian Band, supra note 32, au para. 10. Voir aussi *Francis*, supra note 32 aux paras. 24-25.

³⁶ Voir par ex. l'affaire *Première nation Salt River no 195*, supra note 33 au para. 47, où le juge Rouleau rappelle qu'«[u]ne coutume électorale n'a pas à être codifiée ou écrite de quelque manière que ce soit. La coutume peut être établie selon des pratiques électorales non écrites suivies de manière constante au cours des élections précédentes, dans la mesure où elles ne sont pas contestées par les membres».

³⁷ *McLeod Lake Indian Band*, supra note 32, au para. 10.

³⁸ Une jurisprudence constante reconnaît qu'une simple proclamation faisant l'objet d'un large consensus dans la communauté peut opérer une modification valide d'un régime communautaire : voir par ex. *McLeod Lake Indian Band*, supra note 32.

³⁹ Voir *Napoleon v. Garbiit*, [1997] B.C.J. no. 1250 (C.S.B.C.) ; *Francis*, supra note 32.

procédures de destitution de même que tout l'appareil administratif chargé d'appliquer ces règles.

Les exigences de la coutume étant intégrées au droit fédéral, les tribunaux étatiques, au premier chef la Cour fédérale, ont compétence pour sanctionner une violation de la coutume⁴⁰. Il est en effet bien établi qu'un conseil de bande, un individu ou une quelconque autorité agissant sous l'empire de la coutume de la bande constitue un «office fédéral» au sens de la *Loi sur la Cour fédérale*⁴¹. Les juges ont d'ailleurs souvent été appelés à se prononcer sur la validité coutumière de mesures prises en matière électorale et à accorder des redressements adaptés aux circonstances.

III. La critique différentialiste de l'élection chez les peuples autochtones

Au cœur de la pensée politique dominante au Canada se trouve la conviction que «l'élection constitue le principe de base de la démocratie représentative; c'est elle qui assure aux gouvernants la légitimité politique»⁴². La Cour suprême du Canada rappelait récemment que :

... la démocratie est une forme de gouvernement où le pouvoir souverain appartient à la population dans son ensemble. Dans notre système démocratique, cela veut dire que tout citoyen doit avoir la possibilité réelle de prendre part au gouvernement du pays en participant à l'élection de représentants⁴³.

Démocratie, représentation politique et élection constituent, dans le discours de la modernité constitutionnelle, une indissoluble trinité, la condition universelle du juste gouvernement de la personne humaine⁴⁴. Or, s'autorisant de l'altérité culturelle et de la

⁴⁰ La Cour fédérale rappelait récemment, dans *Francis*, *supra* note 32 au para. 17, que c'est la *Loi sur les Indiens*, *supra* note 14, plus précisément le para. 2(1) de celle-ci, qui «reconnaît le droit coutumier en vertu duquel le demandeur, en sa qualité de chef, et les défendeurs en leur qualité de membres du conseil et de la tribu des Blood allèguent chacun remplir leurs fonctions» et que le «droit coutumier de la tribu est reconnu en tant que loi en raison du droit législatif fédéral, et le conseil ainsi élu a qualité conformément à la *Loi sur les Indiens*».

⁴¹ Voir par ex. *Canatonquin c. Gabriel*, [1980] 2 C.F. 792, [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.) ; *Sparvier*, *supra* note 30 ; *Parisier c. Première nation de Ocean Man*, [1996] A.C.F. no 129, 108 F.T.R. 297 (1^{re} inst.) ; *Première nation de Grand Rapids c. Nasikapow*, [2000] A.C.F. no 1896, 197 F.T.R. 184 (1^{re} inst.) ; *Francis*, *supra* note 32 ; *Première nation Anishinabe de Roseau River c. Première nation Anishinabe de Roseau River (Conseil)*, [2003] A.C.F. no 251, 228 F.T.R. 167 (1^{re} inst.).

⁴² Pierre Martin, *Les systèmes électoraux et les modes de scrutin*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1997, à la p. 9.

⁴³ *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] A.C.S. no 37 au para. 30, 2003 CSC 37.

⁴⁴ Il faut convenir avec Olivier Ihl que «[p]lébiscité comme le symbole de la participation du peuple au gouvernement, le vote est synonyme de liberté et de pluralisme. Ce qui suffit à en faire, la force du rite

tradition, une critique parfois radicale du modèle étatique de démocratie électorale se fait jour dans les milieux autochtones et chez un certain nombre d'auteurs. Les contradicteurs du modèle électoral étatique lui reprochent essentiellement d'avoir désarticulé les instances traditionnelles de commandement sans avoir honoré la promesse d'un gouvernement juste.

Pour les autochtones qui, à l'époque précoloniale, appliquaient des mécanismes consensualistes de désignation des chefs, la règle du scrutin majoritaire peut s'avérer hiérarchique et conflictuelle en plus d'être arbitraire parce qu'elle est susceptible d'exclure du processus un grand nombre, sinon la majorité, des membres de la communauté⁴⁵. L'élection peut, en d'autres termes, être vécue comme une involution plutôt qu'une avancée de la démocratie communautaire⁴⁶. Le consualisme ancestral de certains peuples autochtones se révèle en fait d'une modernité et d'une actualité indéniables du point de vue de la pratique occidentale où «[l]e consensualisme est une notion d'apparition récente qui désigne une culture politique privilégiant l'accord des individus»⁴⁷. L'approche consensualiste vient «opposer à la réification du débat une délibération à l'abri des luttes partisans et dont on attend qu'elle promeuve des réponses empreintes de prudence et de modération»⁴⁸.

Il est en outre vrai que les transformations qu'ont connues les sociétés autochtones n'ont pas fait disparaître le rôle des cercles familiaux comme lieux

aidant, le critère, sinon le garant, d'une juste organisation des pouvoirs» : *Le vote*, Paris, Montchrestien, 1997, à la p. 11.

⁴⁵ Les auteurs Boldt et Long relaient cette critique dans les termes suivants :

Indian communities have engaged traditionally in an extensive consultation process in the selection of their leaders and all decisions affecting the group required a consensus by members. Under the democratic representative electoral system imposed upon them by the Canadian government, however, leaders are generally elected by a minority of members, and the associated organization of delegated authority and hierarchical structures have relegated most members of the Indian community to the periphery of the decision-making process. Decisions are now made by Indian élites — elected and appointed.»

Menno Boldt et J. Anthony Long, «Tribal Philosophies and the Charter of Rights and Freedoms» dans Menno Boldt et J. Anthony Long en association avec Leroy Little Bear, dir., *The Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, 165 à la p. 170.

⁴⁶ L'étude des cultures politiques consensualistes précoloniales tend à démontrer qu'elles se conformaient à l'idée «démocratique» de légitimation du pouvoir par le consentement de la communauté politique. Voir Dan Russell, *A People's Dream : Aboriginal Self-Government in Canada*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2000, aux pp. 100-01.

⁴⁷ Olivier Duhamel et Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, 1^{ère} éd., Paris, Presses universitaires de France, 1992, à la p. 207.

⁴⁸ *Ibid.* Dans *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* [2002] 3 C.N.L.R. 287, aux para. 309-11, le tribunal fait bien ressortir l'incompatibilité entre le consensualisme et le principe majoritaire propre à la *Loi sur les Indiens*.

premiers des solidarités socio-économiques et politiques. La persistance de cette singularité culturelle dans bon nombre de communautés pourrait expliquer pourquoi un système électoral culturellement inadapté paraîtra illégitime parce que de nature à détruire les équilibres coutumièrement assurés par les instances consensualistes de délibération interclanique. La logique arithmétique du principe «une personne un vote», combinée au scrutin majoritaire uninominal à un tour, aura dans bien des cas pour effet d'assurer aux familles ou aux clans dont les membres sont les plus nombreux une mainmise durable sur les leviers du pouvoir. Paradoxalement, ces procédés de la démocratie électorale induisent une logique dynastique là où les organisations traditionnelles, soucieuses de donner au pouvoir l'audience communautaire la plus ample possible, ne reconnaissaient pas de «famille régnante». En plus de méconnaître les compositions sociologiques vivantes des collectivités, cette situation fait le lit du népotisme et ne peut engendrer chez les exclus que cynisme et désaffection à l'égard des institutions⁴⁹.

Il va également de soi que la logique formellement égalitaire du suffrage général est aussi venue saper les prérogatives traditionnelles des chefs héréditaires et de groupes particuliers tels les anciens et les «mères de clan». L'Assemblée des Premières Nations affirme qu'il faudrait «encourager l'établissement de gouvernements autochtones fondés sur les traditions des Premières Nations, notamment les systèmes héréditaires, les systèmes de clans et d'autres structures gouvernementales»⁵⁰. Cette organisation s'abstient toutefois de prôner la simple reconstitution archéologique de formes politiques à jamais révolues. Elle appelle plutôt de ses vœux l'avènement d'institutions «novatrices reflétant ces traditions et les besoins contemporains en matière de gouvernement»⁵¹. Or, les solutions de rechange au modèle électoral de Westminster imprégnées des valeurs traditionnelles autochtones n'excluent nullement l'élection. Ainsi, la communauté huronne-wendat s'est récemment donné un système électoral fondé sur un aménagement actualisé des groupements lignagers anciens⁵². Les membres de la communauté ont été regroupés en huit cercles familiaux ayant chacun le droit d'être représenté par un «chef familial» au sein du conseil de la nation. L'élection des chefs est à deux tours. Lors du premier tour, les électeurs membres de chacun des cercles familiaux votent, à l'occasion d'une assemblée familiale de mise en candidature, pour désigner les candidats issus du cercle pour le poste de chef familial. Une candidature peut aussi être autorisée par la voie d'une pétition émanant d'au moins dix pour cent des membres d'un clan familial. Au deuxième tour, tous les électeurs de la communauté peuvent voter pour choisir,

⁴⁹ Voir le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 1 aux pp. 151-52.

⁵⁰ Assemblée des Premières Nations, *Reclaiming our Nationhood: Strengthening our Nation*, mémoire présenté à la Commission royale sur les peuples autochtones, 1993 à la p. 16.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Code de représentation de la Nation Huronne-Wendat*, Conseil de la Nation Huronne-Wendat, juin 2002, en ligne : <<http://www.cnhw.qc.ca/affpolitiques>>.

selon le principe majoritaire préférentiel, les chefs familiaux parmi la liste des candidats proposés. Le grand chef est élu au suffrage universel par l'ensemble des électeurs de la nation à partir d'une liste de candidats proposés par chaque cercle familial lors d'assemblées de mise en candidature. Cette procédure originale empêche la colonisation de l'organe gouvernemental par une famille hégémonique, évite l'enfermement clanique de l'électeur et donne aux chefs élus une double légitimité, à la fois familiale et communautaire.

Certains autochtones sont toutefois d'avis que les élections ne sont pas la voie obligée de la démocratie et que la prise de décision par consensus assure une représentation plus respectueuse du pluralisme et de la diversité de l'opinion⁵³. D'autres encore vont jusqu'à répudier tout *a priori* démocratique, estimant que la légitimité du pouvoir peut être assise sur des fondements ressortissant à la culture traditionnelle. C'est notamment le propos de ceux qui avancent que les conceptions occidentales d'égalité et de démocratie représentative ne devraient pas faire obstacle au maintien, ou à la revitalisation, des institutions héréditaires⁵⁴.

IV. Le cadre juridique d'une remise en cause du modèle électoral

La généralisation de l'élection dans les régimes communautaires ou «coutumiers» n'est pas juridiquement irréversible; c'est d'ailleurs ce qui confère tout son intérêt et sa pertinence à la réflexion sur les conditions d'une adaptation ou d'une remise en cause de l'élection pour mieux refléter la spécificité autochtone. En effet, les communautés qui ne sont pas soumises au régime électoral de la *Loi sur les Indiens* peuvent modifier leur «coutume» pour moduler ou éliminer la procédure de l'élection au profit d'une autre formule qu'elles jugeraient mieux adaptée à leur situation. Bien que cette autonomie normative soit, aux termes de la *Loi sur les Indiens*, de pure tolérance puisque susceptible d'être supplantée à la discrétion du ministre, le contexte politique dans lequel se déploient actuellement les relations entre l'État et les autochtones fera obstacle à tout unilatéralisme débridé de la part des autorités. C'est pourquoi il existe aujourd'hui, pour la moitié des communautés autochtones, un

⁵³ Dans un rapport déposé devant la Commission royale sur les peuples autochtones, une organisation d'aînés autochtones déclare : «L'art du consensus dans la prise de décisions se meurt. [N]ous craignons vraiment que les autochtones assimilent de plus en plus la "démocratie" à l'acte de voter. Nous sommes convaincus que la prise de décisions par consensus est essentielle à la culture de nos peuples.» : Council of Elders, *A Negotiation Process for Off-Reserve Aboriginal Peoples in Ontario*, 1993 à la p. 5, reproduit dans le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 1 à la p. 149.

⁵⁴ Russell, *supra* note 46 aux pp. 103-04.

espace juridique où le choix entre la démocratie électorale et d'autres procédés de désignation des membres du conseil de bande reste possible⁵⁵.

Cet espace s'amplifierait encore si le Parlement canadien adoptait la proposition de réforme des institutions gouvernementales autochtones que contient le projet de *Loi sur la gouvernance des premières nations*⁵⁶. Selon ce projet, toutes les communautés autochtones du pays pourraient adopter par référendum un code portant sur le choix des dirigeants⁵⁷. Les communautés actuellement régies par les dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens* pourraient dorénavant se doter d'un système hybride où une majorité des conseillers seraient élus alors que les autres seraient désignés selon un autre procédé⁵⁸. Pour ces communautés, l'élection resterait la formule première mais ne serait plus la méthode unique de désignation des dirigeants politiques.

Quant aux communautés observant actuellement un régime dit coutumier, elles devraient en codifier les règles et prévoir, outre un mécanisme d'appel, la manière dont le code pourrait être subséquentement modifié⁵⁹. Si leur régime actuel est de type électoral, elles pourraient le modifier pour supprimer en partie ou totalement cette formule⁶⁰; si ce régime privilégie un procédé qui n'est pas l'élection, il pourrait être conservé tel quel selon le vœu de la communauté⁶¹.

On voit donc que cette réforme de la gouvernance autochtone rendrait juridiquement possible un recul du principe électoral en milieu autochtone au Canada. Des collectivités aujourd'hui assujetties intégralement au système électoral étatique

⁵⁵ Rappelons qu'une communauté à laquelle s'appliquent les dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens* (*supra* note 14) aux termes de l'art. 74 ne sera autorisée par le ministre à revenir à un régime communautaire que si ce régime est de type électoral. La décision du ministre de révoquer l'arrêté rendant les dispositions de la loi applicables est en effet discrétionnaire et le gouvernement fédéral a donc adopté la politique de ne recourir à ce pouvoir qu'en présence d'un engagement de la communauté de mettre en place un système électif.

⁵⁶ P.L. C-7, *Loi concernant le choix des dirigeants, le gouvernement et l'obligation de rendre compte des bandes indiennes et modifiant certaines lois*, Deuxième session, trente-septième législature, 51-52 Elizabeth II, 2002-2003, tel que modifié par le Comité permanent des affaires autochtones, du développement du Grand Nord et des ressources naturelles, en ligne : <http://www.parl.gc.ca/37/2/parlbus/chambus/house/bills/government/C-7/C-7_2/C-7_cover-F.html> [«Projet de loi»].

⁵⁷ Voir *ibid.* aux al. 4 (1)(a) et 4 (2). À défaut d'adopter un tel code, la communauté tombera sous le coup d'un régime électoral général prévu dans la loi.

⁵⁸ Voir *ibid.* à l'al. 5(1)(b).

⁵⁹ *Ibid.* aux al. 5(2)(b) et 5(3).

⁶⁰ Cette modification pourrait intervenir soit avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, conformément à la procédure de modification aménagée dans le code que se donnerait la communauté en vertu de la loi.

⁶¹ La nouvelle loi n'en viendrait pas moins réduire l'autonomie «coutumière» actuelle des communautés puisque celles-ci seraient dorénavant juridiquement tenues de codifier leurs pratiques, de prévoir des mécanismes d'appel et d'adopter leur code par référendum.

pourraient passer à un régime qui ne serait désormais que partiellement électoral, alors que les communautés régies par la coutume conserveraient la latitude qu'elles ont d'écarter le recours à l'élection pour la désignation de leurs chefs. Pour les peuples autochtones, le projet de loi fédéral pose plus que jamais la question du rapport entre la tradition, la démocratie et les élections.

Les chefs autochtones contestent cependant la légitimité politique et la validité constitutionnelle du projet fédéral de loi sur la gouvernance autochtone qui porterait, selon eux, atteinte au droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones⁶². L'arrivée d'un nouveau premier ministre fédéral à la fin de l'année 2003 rend désormais incertaine l'adoption du projet.

Il reste à voir dans quelle mesure la protection constitutionnelle des droits et libertés de la personne infléchira les conditions juridiques d'une remise en cause par les autochtones du modèle électif étatique.

V. Le rôle de la *Charte canadienne* dans la quête de rénovation ou de dépassement du modèle électoral étatique

La validité culturelle de l'idéologie libérale des droits fondamentaux dans les sociétés autochtones est loin de faire l'unanimité, plusieurs estimant que l'individualisme célébré par les chartes modernes ne peut légitimement être greffé sur la culture autochtone réputée communautariste et consensualiste. Pour les tenants de cette thèse, exiger des communautés autochtones le respect des droits et libertés attendu des autres institutions gouvernementales canadiennes perpétuerait la colonisation culturelle des autochtones⁶³.

En réalité, on ne peut nullement présumer que la protection des droits fondamentaux par le biais d'un instrument comme la *Charte canadienne* soit par définition une atteinte à l'intégrité ou la dignité de la culture autochtone. Ceux qui avancent qu'une charte des droits ne permet pas d'articuler d'une manière culturellement idoine les droits du groupe et les droits individuels commettent souvent l'erreur de confondre différence autochtone et tradition ancestrale. Ces analystes ne prennent guère au sérieux l'hypothèse d'une autochtonie exprimant, en dehors du référent précolonial ou des valeurs traditionnelles, une singularité culturelle forte et légitime.

⁶² Voir Matthew Coon-Come, «Approaching Change: Top Down or Bottom Up», communication présentée lors du colloque «Beyond the *Indian Act*», Ottawa, 17-18 avril 2002.

⁶³ On consultera entre autres Mary Ellen Turpel, «Aboriginal Peoples and the Charter: Interpretative Monopolies, Cultural Differences» (1989) Can. Hum. Rts. Y.B. 3 ; Russell, *supra* note 46 aux pp. 103-30 ; Boldt et Long, *supra* note 45 ; Kerry Wilkins, «But We Need the Eggs: The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Government» (1999) 49 U.T.L.J. 58 aux pp. 86-99. Pour une position plus nuancée, voir John Borrows, «Contemporary Traditional Equality : the Effect of the *Charter* on First Nation Politics» (1994) 43 U.N.B.L.J. 19.

La vie autochtone contemporaine n'est pas uniquement façonnée par le legs des ancêtres précolombiens; elle montre aussi les linéaments d'une irréfutable modernité : sédentarité, poussée d'individualisme, économie toujours plus formalisée, urbanisation, intégration dans la structure bureaucratique des services publics et des transferts financiers étatiques, aspiration au développement économique par l'exploitation marchande de la terre et des ressources, quête d'emplois salariés, consumérisme, sujétion aux médias et aux technologies de masse, valorisation de la scolarisation et de la formation technique, crise existentielle d'une jeunesse sans repère et recomposition douloureuse des rapports entre hommes et femmes.

Alors que l'appareil gouvernemental, une structure sans équivalent dans l'univers traditionnel, est devenu omniprésent dans la vie des communautés autochtones, la capacité des pouvoirs publics d'affecter les intérêts socioéconomiques, la sécurité et la liberté des autochtones est sans précédent dans l'histoire de ces sociétés⁶⁴. Là où existe un ample pouvoir de contrainte unilatérale institutionnalisée, existe aussi le risque d'abus de pouvoir. Cette situation ne disparaîtra pas avec l'avènement des autonomies puisque les autochtones réclament en général pour leurs gouvernements autonomes tous les attributs essentiels de la puissance publique étatique⁶⁵. Or il n'est pas vraiment possible d'avancer avec un degré élevé de certitude que les citoyens autochtones récusent en bloc les droits individuels que l'idéologie libérale a secrétés pour modérer cette puissance.

Au-delà de la représentation, toujours vivace, de sociétés rétives aux droits et libertés individuels⁶⁶, l'autochtonie contemporaine ne se révèle pas viscéralement hostile aux revendications de droits fondamentaux. Si l'attachement indéfectible aux chartes des droits professé par certaines associations de femmes autochtones est bien connu, parce que fort médiatisé, on observe aussi que les justiciables autochtones ne manquent guère une occasion d'exiger des autorités fédérales et provinciales le

⁶⁴ Voir notamment C.E.S. Franks, «Rights and Self-government for Canada's Aboriginal Peoples», dans Curtis Cook et Juan D. Lindau, dir., *Aboriginal Rights and Self-Government: the Canadian and Mexican Experience in North American Perspective*, Montréal, McGill-Queens University Press, 2000, 101 aux pp. 128-33.

⁶⁵ Loin de répudier le modèle étatique moderne, les autochtones acceptent souvent de le reproduire pour l'essentiel dans leur ordre politique et constitutionnel autonome. Cela ressort clairement de l'*Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 15 aux chapitres 11 et 12, et des projets de traités faisant actuellement l'objet de négociations. Les institutions gouvernementales mises en place ou envisagées présentent, en effet, les caractéristiques essentielles de la modernité juridique.

⁶⁶ Russell, *supra* note 46 aux pp. 117-18 et 128-29, écrit que «“Rights theory” has a long history within the common law judicial system, and today it is firmly embedded with the Canadian psyche. However, Aboriginal people have been less enamoured of such notions ... Aboriginal societies premised on an ethic of care and responsibility have traditionally been interested less in rights than in concepts of personal obligation».

respect de leurs droits et libertés⁶⁷. Tout indique qu'ils n'en attendent pas moins de leurs propres autorités dont les actions sont fréquemment contestées à l'initiative de demandeurs autochtones, notamment en matière d'élections «coutumières», pour manquement à la *Charte canadienne*⁶⁸. Il est particulièrement pertinent de relever le fait que les droits et libertés individuels sont parfois invoqués par des autochtones à l'encontre d'institutions communautaires, telles les «cercles de justice» en matière pénale, que l'on se représente généralement comme des manifestations plutôt fortes du particularisme autochtone⁶⁹.

En définitive, lorsque l'on observe la culture vivante qui transparait des comportements et du discours des acteurs contemporains, force est de constater que la différence autochtone ne se réduit à aucun dogme traditionaliste, à nulle vérité statique et imperméable aux multiples interprétations de l'identité et de la culture.

De toute manière, il fait peu de doute que, même si les tribunaux n'ont pas encore clairement tranché la question⁷⁰, la *Charte canadienne* s'applique en droit positif à la procédure de désignation «coutumière» des membres d'un conseil de bande exerçant les attributions prévues par la *Loi sur les Indiens*.

Le Parlement et l'exécutif centraux ainsi que toute autorité ou organisme faisant partie de la structure gouvernementale fédérale seront tenus au respect des droits et libertés inscrits dans la *Charte canadienne*. La Cour suprême applique en outre cet instrument à toute entité exerçant, en vertu d'une délégation de la loi, un pouvoir visant la réalisation d'une politique gouvernementale⁷¹. L'assujettissement de la

⁶⁷ On en trouve un exemple éloquent dans la longue bataille judiciaire menée par des autochtones résidant à l'extérieur des réserves en vue de faire déclarer inconstitutionnel, parce que contraire au droit à l'égalité garanti dans la *Charte canadienne*, le para. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, *supra* note 14, qui les privait du droit de vote aux élections tenues conformément à la Loi. La Cour suprême du Canada leur a donné raison : voir *Corbiere c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203, [1999] A.C.S. no. 24 [*Corbiere* avec renvois aux R.C.S.].

⁶⁸ Voir par ex. les quelques affaires récentes suivantes : *Francis*, *supra* note 32 ; *Scrimbitt c. Sakimay Indian Band Council*, [2000] 1 F.C. 513, [1999] A.C.F. no 1606 (1^{re} inst.) ; *Hall c. Bande indienne Dakota Tipi*, [2000] A.C.F. no. 207, [2000] 4 C.N.L.R. 108 (1^{re} inst.) ; *Gros-Louis c. Nation Huronne-Wendat (Conseil)*, [2000] A.C.F. no 1529 (1^{re} inst.) ; *Sark c. Lennox Island*, [1999] A.C.F. no 1025 (1^{re} inst.) ; *Crow c. Bande indienne du Bande de Blood*, [1996] A.C.F. no 119, 107 F.T.R. 270 (1^{re} inst.).

⁶⁹ Voir notamment Helli Høgh, «Finding a Balance Between Ethnicity and Gender Among Inuit in Arctic Canada» dans Diana Vinding, dir., *Indigenous Women: the Right to a Voice*, Copenhague, International Working Group for Indigenous Affairs, 1998, 75.

⁷⁰ Les juges ont à ce jour plutôt tenu pour acquise l'éventuelle application de la *Charte canadienne* à la coutume électorale sans examiner en détail la question : voir la jurisprudence résumée dans *Francis*, *supra* note 32 au para. 77.

⁷¹ *Blencoe c. Colombie-Britannique*, [2000] 2 R.C.S. 307, [2000] A.C.S. no 43 ; *Eldridge c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 624, [1997] A.C.S. no 86 [*Eldridge* avec renvois aux R.C.S.] ; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, [1989] A.C.S. no 45. Ainsi, un conseil de bande sera assujéti à la *Charte canadienne* dans l'exercice des pouvoirs que lui attribue la

coutume électorale de la bande à la *Charte canadienne* ne saurait toutefois se justifier par le jeu de la théorie des pouvoirs délégués. La jurisprudence estime en effet que le pouvoir de la bande de choisir ses dirigeants selon la coutume est «inhérent», c'est-à-dire qu'il ne tire pas sa source originelle de la loi mais bien de l'existence historique de la communauté en marge du droit étatique⁷².

En revanche, même si la prérogative coutumière de la bande est de source non étatique, l'usage qu'en fait l'État lui-même pourra suffire à faire jouer les garanties de la *Charte canadienne*. La *Loi sur les Indiens*, qui est incontestablement visée par l'alinéa 32(1)(a) de la *Charte canadienne*, vient donner effet aux normes coutumières dans le droit fédéral. En s'appropriant à ses fins le travail normatif de la communauté, le Parlement fédéral fait de celle-ci un rouage essentiel de la mise en œuvre de sa politique législative. La formation du conseil de bande selon la coutume, dont le Parlement lui-même fait une condition préalable à la capacité du conseil d'exercer les pouvoirs conférés par la *Loi sur les Indiens*, devient partie intégrante de la politique gouvernementale véhiculée par cette dernière. En incorporant ainsi les règles communautaires à son corpus juridique et à son action législative, le Parlement fédéral en fait une conduite suffisamment intégrée à l'ordre étatique pour être contrainte par la *Charte canadienne*.

C'est parce qu'ils n'ont pas perçu cette dynamique d'intégration fonctionnelle de la coutume de la bande à la politique législative fédérale que certains auteurs, insistant sur le caractère inhérent du pouvoir à l'origine de la coutume électorale, ont estimé que celle-ci ne pouvait tomber sous le coup de l'article 32 de la *Charte canadienne*⁷³. La nature originellement extra-étatique de la règle coutumière visée par la *Loi sur les Indiens* ne saurait en effet être déterminante puisque soustraire à tout examen fondé sur la *Charte canadienne* une règle formellement mobilisée par le Parlement pour réaliser sa politique de gouvernance des autochtones reviendrait à permettre au législateur d'échapper à la *Charte canadienne* en faisant siennes des normes émanant d'entités ne pouvant, par hypothèse, être qualifiées de gouvernementales au sens de l'article 32 de la *Charte canadienne*. L'emprunt par le gouvernement de normes élaborées par un corps non visé par l'article 32 ne devrait pas davantage échapper aux prescriptions de l'instrument constitutionnel que l'opération inverse, beaucoup plus

Loi sur les Indiens en vue de réaliser la politique gouvernementale fédérale que véhicule cette loi. Voir notamment *Canada (Commission des droits de la personne) c. Conseil de la Bande de Gordon*, [2001] 1 C.F. 124 au para. 32, [2000] A.C.F. no 1175 (C.A.); *Horselake First Nation v. Horseman*, [2003] 2 C.N.L.R. 193 (Alta. Q.B.).

⁷² *Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley No 290*, [1996] A.C.F. no 150, 107 F.T.R. 133 (1^{re} inst.); *Francis*, *supra* note 32 au para. 18.

⁷³ Voir par ex. Kent McNeil, «Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 61 aux pp. 88-90, reproduit dans Kent McNeil, *Emerging Justice? Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Center, 2001, 215.

usitée, qui consiste à déléguer des pouvoirs gouvernementaux à une entité par ailleurs privée⁷⁴.

On ne peut non plus passer sous silence le fait que l'inapplicabilité de la *Charte canadienne* aux communautés régies par la coutume créerait une inégalité fondamentale entre les individus autochtones du pays puisque le degré de protection de leurs droits et libertés varierait selon qu'ils appartiennent ou non à une bande visée par un décret ministériel pris en vertu de l'article 74 de la *Loi sur les Indiens*⁷⁵. Autrement dit, en exerçant sa discrétion d'autoriser une bande à revenir à un régime coutumier, le ministre se trouverait à priver du même coup tous les membres de cette communauté de la protection de la *Charte canadienne* eu égard au processus de désignation de leurs dirigeants. Si tel était le cas, il faudrait s'attendre à ce que les autorités fédérales soient plus hésitantes à écarter l'élection prévue par la *Loi sur les Indiens*.

Certes, l'article 25 de la *Charte canadienne* dispose que cette dernière «ne porte pas atteinte aux droits et libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada ... ». Le droit d'une bande, reconnu par la *Loi sur les Indiens*, de désigner ses dirigeants selon la coutume étant probablement protégé par cette disposition, il en résulte que l'existence même de ce droit ainsi que ses caractéristiques fondamentales se trouvent à l'abri d'une attaque pour violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte canadienne*⁷⁶. Cette immunité ne s'étend toutefois pas aux simples modalités d'exercice d'un droit visé par la clause de sauvegarde. C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour suprême relative aux dispositions ou principes du même type que l'article 25⁷⁷. La conformité à la *Charte canadienne* sera donc, dans la plupart des cas, une condition de la validité juridique de tout procédé communautaire de constitution d'un conseil de bande au sens de la *Loi sur les Indiens*. De même, s'il est adopté, le projet de Loi sera assujéti à la

⁷⁴ *Eldridge*, *supra* note 71 au para. 42.

⁷⁵ Il ne fait en effet pas de doute que la *Charte canadienne* s'applique aux règlements électoraux prévus par la *Loi sur les Indiens*, *supra* note 14 : voir *Corbiere*, *supra* note 67.

⁷⁶ Par exemple, l'art. 25 de la *Loi sur les Indiens*, *ibid.*, empêche d'en attaquer l'art. 2, qui valide un code coutumier au motif que cette disposition autoriserait un traitement moins favorable que le régime électoral découlant de l'art. 74. De même, il fait obstacle à la contestation du code électoral d'une communauté donnée qui serait moins avantageux que celui d'une autre communauté. La capacité de chaque communauté régie par la coutume de se doter d'un code distinctif est une caractéristique essentielle du droit reconnu par l'art. 2 de la Loi.

⁷⁷ Voir notamment, *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, [1987] A.C.S. no 44 ; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, [1996] A.C.S. no 110. Voir aussi Peter W. Hogg et Mary Ellen Turpel, «Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and jurisdictional Issues» (1995) 74 R. du B. can. 187 aux pp. 213-15 ; Macklem, *supra* note 11 aux pp. 221-27 ; Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 1 aux pp. 250-58. Voir toutefois McNeil, *supra* note 73 aux pp. 68-79 et 88-90, et Wilkins, *supra* note 63 aux pp. 108-14.

protection constitutionnelle des droits et libertés et il en ira de même des règles de dévolution du pouvoir que se donneront les communautés conformément aux dispositions de cette loi.

Dès lors, s'il est vrai que l'élection des membres d'un conseil de bande autochtone au sens de la législation fédérale n'est pas impérativement requise par la *Charte canadienne*⁷⁸, on voit mal comment le respect des droits fondamentaux pourrait prendre racine en dehors du terreau démocratique. Comment, en effet, pourrait-on faire totalement l'impasse sur le consentement des gouvernés sans discriminer en matière de droits politiques⁷⁹? Le droit du sang et les prérogatives matriarcales ou gérontocratiques pourraient être considérées comme autant d'atteintes au droit des individus à l'égalité sans égard à l'état civil, au sexe, à l'âge et aux origines familiales. Ne sera tenue pour discriminatoire au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne* qu'une différence de traitement, fondée sur un motif énuméré ou analogue, ayant par ailleurs pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne⁸⁰. Pour déterminer s'il y a atteinte à la dignité, les tribunaux tiennent compte de divers facteurs contextuels dont le désavantage préexistant subi par les personnes exclues d'un bénéfice, la correspondance entre la différence de traitement et la situation des personnes exclues ainsi que l'importance des intérêts en cause pour les personnes exclues. Dans l'application de ces facteurs contextuels, la Cour suprême a, à ce jour, accordé une très grande importance au droit des autochtones de participer à la vie politique de leur communauté⁸¹. L'analyse contextuelle devrait ainsi amener les tribunaux à conclure que la négation totale de droits politiques en raison de l'état civil, du sexe, de l'âge ou des origines familiales constitue une violation à première vue de l'article 15.

Certes, selon l'article 1 de la *Charte canadienne*, une restriction à un droit ou une liberté peut néanmoins être jugée constitutionnellement valide s'il s'agit par ailleurs d'une mesure «raisonnable» dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique. Mais un régime de désignation des dirigeants autochtones qui serait, par hypothèse, exclusivement héréditaire serait insusceptible de validation aux termes de l'article 1 puisque la justification ne peut se concevoir, selon le libellé même de la disposition justificative, en dehors des valeurs d'une société démocratique⁸². Cela ne signifie pas, en revanche, que la *Charte canadienne* rend

⁷⁸ L'art. 3 de la *Charte canadienne* qui garantit aux citoyens canadiens le droit de vote ne s'applique qu'aux élections législatives fédérales et provinciales : voir *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, [1993] A.C.S. no 84.

⁷⁹ Voir l'al. 15(1) de la *Charte canadienne*.

⁸⁰ Voir *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, [1999] A.C.S. no 12.

⁸¹ Voir *Corbiere*, *supra* note 67.

⁸² Rappelons que dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 au para. 64, [1986] A.C.S. no 7, la Cour suprême a insisté sur le fait que, dans l'application de l'art. 1 de la *Charte canadienne*, «Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique»

constitutionnellement illicite toute forme de participation privilégiée des notables coutumiers — aînés, chefs héréditaires, mères de clan — aux organes contemporains de direction. À supposer qu'une telle participation soit à première vue jugée contraire au droit à l'égalité énoncé à l'article 15 de la *Charte canadienne*, on pourra dans certains cas la justifier en vertu de l'article 1. Conférer à de tels acteurs traditionnels des droits politiques particuliers servirait en effet une finalité importante et légitime en incarnant au sein du gouvernement l'unité et la continuité tant historique que culturelle de la collectivité. Ces membres traditionnels pourraient en outre exercer une fonction «sénatoriale» en éclairant les élus quant aux meilleurs moyens de préserver l'harmonie du groupe, d'en assurer la pérennité et d'opérer le dialogue entre le passé et le présent.

Dans la mesure où les instances traditionnelles présentes au conseil ne joueront qu'un rôle consultatif ou ne jouiront pas d'un poids décisionnel formel leur permettant de faire échec à la volonté des membres élus du conseil, le juge de la constitutionnalité devrait admettre que la présence au sein d'un gouvernement autochtone de personnalités non élues issues des pouvoirs traditionnels se justifie d'emblée dans une société démocratique ouverte à la différence autochtone. Ce type d'organe de composition bipartite permettrait une coordination originale des légitimités moderne et traditionnelle sans disqualification du principe démocratique.

Par ailleurs, même si le respect des droits fondamentaux ne pourra guère se concevoir en l'absence de démocratie, on peut douter, à l'instar des critiques du système électif en milieu autochtone, que l'élection constitue une condition *sine qua non* de conformité démocratique. Le consentement des gouvernés ne peut-il pas se dégager au terme de procédures consensualistes non électorales conformes à la tradition autochtone ? En plus de répondre au besoin d'efficacité décisionnelle et de tenir compte de l'actuelle démographie autochtone, toute formule de dévolution du pouvoir par consensus devra toutefois être respectueuse de la liberté d'expression, de la liberté d'association et de l'égalité politique des individus. La protection de ces droits et libertés individuels sera particulièrement nécessaire pour assurer l'égalité de candidature et pour minimiser l'intimidation et les représailles à l'encontre des participants aux discussions visant l'atteinte d'une décision consensuelle.

Si, tel qu'avancé ci-haut, un gouvernement partiellement électif contrôlé par les élus mais intégrant des notables coutumiers satisfèrait les exigences de l'article 1 de la *Charte canadienne*, il en irait de même d'un gouvernement non électif placé sous le contrôle des membres nommés par consensus démocratique mais comprenant aussi des conseillers de plein droit représentant les pouvoirs traditionnels.

Toutes ces considérations sur le dépassement ou la dilution du principe électoral ne devraient pas occulter le fait que la conformité à la *Charte canadienne* s'impose

dont «la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société».

même pour un régime pleinement électoral de désignation des chefs autochtones. À cet égard, la liberté d'association au sein de groupes politiques libres de toute obéissance lignagère, les droits de candidature et la composition du corps électoral s'avéreront particulièrement sensibles. Il ressort par exemple de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada qu'il sera inconstitutionnel, parce que discriminatoire, de nier tout droit de participation politique aux membres d'une bande qui résident à l'extérieur du territoire communautaire⁸³.

Conclusion

En ce début de vingt et unième siècle, plusieurs autochtones souhaitent tirer un trait définitif sur la *Loi sur les Indiens* ; la plupart des chefs veulent aussi en finir avec les tentatives du gouvernement fédéral de toiletter cette vieille loi exhalant l'évolutionnisme victorien. Les autochtones revendiquent le passage à une autre étape historique dans leur relation avec l'État : celle de l'autonomie politique égalitaire et effective sécurisée dans la loi fondamentale du pays. À la faveur de ce nouvel ordre autonome, ils espèrent inventer des institutions gouvernementales porteuses de dignité culturelle dans lesquelles se reconnaîtront les générations actuelles et futures.

Au moment de définir la place de la démocratie et de l'élection dans les constitutions des futurs gouvernements autonomes, les collectivités concernées feront le bilan des pratiques électorales qui se sont généralisées sous l'administration de la *Loi sur les Indiens*. Elles devront aussi composer avec la politique de «conditionnalité démocratique» du gouvernement fédéral qui, dans les négociations visant la conclusion de traités et d'accords d'autonomie gouvernementale, se fait le chien de garde de certaines valeurs ou principes de «bonne gouvernance» réputés être le patrimoine inaliénable de tous les Canadiens.

Rien ne permet de penser que les autochtones entendent renier l'idéal démocratique et répudier les droits fondamentaux. Il paraît en revanche assuré que plusieurs poseront la question de l'adéquation culturelle des procédés propres à la démocratie électorale de type occidental. Cette réflexion nous paraît tout à fait opportune et nécessaire mais elle ne permettra pas d'éviter la confrontation des pratiques autochtones aux droits fondamentaux protégés dans la *Charte canadienne*. Pareille confrontation infléchira la quête de solutions de rechange à la démocratie électorale sans pour autant faire blocage aux atténuations innovatrices de la logique électorale. Au regard de la *Charte canadienne*, l'élection n'est pas un droit fondamental proscrivant les pratiques consensualistes d'inspiration coutumière.

Forcément porteurs de ferment démocratique, les droits fondamentaux empêcheront cependant un retour aux usages ancestraux par lesquels on entendrait éclipser totalement la légitimité procédant du consentement des gouvernés. L'avenir

⁸³ *Corbiere*, supra note 67.

dira si la contribution originale des peuples autochtones du Canada au développement politique de l'humanité sera d'avoir pensé et réalisé la démocratie sans les élections mais aussi sans déni des droits fondamentaux.
