P-101

La *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux* et le droit de la famille au Québec : Comparaison et analyse constitutionnelle

Rapport préparé pour le compte de l'Association nationale des gestionnaires des terres autochtones

par
Larry Chartrand, B. Ed., LL.B., LL.M

Le 17 juin 2014

Table des matières

Cartes des réserves des Premières Nations du Québec 3
I. Introduction 4
II. Sommaire 4
III. Historique de la LFM 8
IV. Le vide juridique perçu 9
V. Réaction politique 10
VI Aperçu de la LFM 10
VII. Comparaison de la LFM et du Code civil du Québec en matière de biens matrimoniaux 13
A. Définitions des relations conjugales au Québec 14
B. Patrimoine familial 16
C. Ordonnances d'occupation exclusive 20
D. Ordonnances de protection d'urgence 20
E. Application possible de la Charte canadienne des droits et libertés (paragraphe 15(2) et article 25) 21
VIII. Incidence de la LFM sur la Convention de la Baie James et du Nord québécois 21
IX. Effet de l'exercice de la compétence fédérale au sens du paragraphe 91(24) par rapport à la loi du Québec en matière de biens matrimoniaux 24
A. Application de la doctrine de la prépondérance 24
B. Doctrine de l'exclusivité des compétences et l'essentiel du paragraphe 91(24) 26
C. Application de l'article 88 de la Loi sur les Indiens 30
D. Application de la LFM aux biens familiaux hors des réserves 31
X Source du pouvoir des Premières nations à adopter des textes législatifs en matière matrimoniale 33
XI. Exécution de la loi fédérale au Québec (*Loi sur les Indiens* et pouvoir délégué) 35
XI Conclusion 37

Carte des réserves des Premières Nations du Québec

I. Introduction

Le présent rapport a été préparé pour le compte de l'Association nationale des gestionnaires des terres autochtones.[1] L'Association m'avait demandé d'examiner l'interaction et l'application de la LFFSRDIM (ici désignée « LFM ») dans le contexte du Québec.[2] Le *Code civil* du Québec régit le droit de la famille dans cette province.[3] Le présent rapport vise principalement à :

1) identifier les différences entre le contenu de la nouvelle LFM et celui du *Code civil*,
2) déterminer si le droit matrimonial du Québec aura préséance sur les dispositions de la LFM,
3) déterminer si les dispositions provisoires de la LFM et les textes législatifs des Premières nations en matière de droit matrimonial (ici appelés les « Codes MPN) créés après l'adoption de la Loi pourront avoir force exécutoire dans les tribunaux du Québec.

II. Sommaire

Selon moi, l'application du droit matrimonial du Québec et celle des dispositions provisoires de la LFM présenteront des disparités importantes. Ces disparités découleront du fait que les résidents des réserves des Premières nations assujetties au régime de la LFM ont en général plus de choix que les résidents du Québec pour régler des problèmes ou conflits touchant les biens matrimoniaux. Bon nombre de ces différences sont toutefois justifiables en raison des régimes politiques, culturels et juridiques particuliers existant dans les réserves par rapport au Québec en général. Les écarts entre le droit du Québec et les Codes MPN peuvent cependant être plus ou moins grands selon les enjeux et les solutions qu'adopte une Première nation dans son propre Code MPN. Les Premières nations disposent d'une compétence et d'une latitude étendues pour élaborer leurs propres codes pour qu'ils soient plus ou moins en accord avec les lois provinciales en fonction de leurs propres besoins perçus. Comme nous le verrons ci-après, toutefois, ces différences n'ont aucun rapport avec le régime de droit de la famille qui s'applique maintenant (fédéral, provincial ou de la Première nation). Dans la mesure où la loi fédérale et le droit du Québec diffèrent, la loi fédérale aura préséance.

Pour ce qui est de savoir si les lois du Québec font « autorité » sur la question et ont préséance sur la LFM, il n'y a aucune justification à l'égard de cette affirmation dans la doctrine du droit

---

[1] J'aimerais remercier Omid Milani (candidat au doctorat à l'U d'Ottawa) pour son aide dans la rédaction du présent rapport.

[2] L'Association nationale des gestionnaires des terres autochtones héberge aussi le *Centre d'excellence en matière de biens immobiliers matrimoniaux*, un organisme désigné par le ministre d'Affaires autochtones et Développement du Nord Canada aux fins de l'article 10, et des paragraphes 11(4) et 11(5) de la *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*, S.C. 2013, c. 20. En vertu de la loi, le Centre est chargé de recevoir les lois des Premières nations sur les droits matrimoniaux et les modifications à celles-ci et servira de source utile de renseignements à jour concernant les textes législatifs que les Premières nations auront adoptées après l'adoption de la Loi.

[3] *Code civil du Québec*, S.Q. 1991, c. 64

constitutionnel. Malgré l'opinion du gouvernement du Québec que ses lois sont « suprêmes », les dispositions provisoires de la LFM et des Codes de la Première nation auront probablement préséance même s'il peut y avoir un certain chevauchement dans des secteurs à l'extérieur et à l'intérieur de « l'essentiel » de la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24) si les lois provinciales ne semblent pas en conflit avec la LFM ou les Codes MPN. Dans la mesure où les questions de droit de la famille au Québec n'entravent pas l'essentiel du paragraphe 91(24), les lois du Québec peuvent s'appliquer à condition qu'elles ne soient pas en « conflit de fonctionnement » avec les dispositions de la LFM ou les Codes MPN. Dans l'intérêt du fédéralisme coopératif, les tribunaux ont réduit de plus en plus la portée de la définition de conflit de fonctionnement entre la loi fédérale et la loi provinciale.[4]

Malgré cette tendance générale, il existe certains cas de jurisprudence sur lesquels la Cour suprême du Canada a statué antérieurement qui établissent que les *relations au sein des familles indiennes* et la *disposition de foyers matrimoniaux et la possession de terres indiennes* sont des questions qui peuvent relever de l'essentiel du paragraphe 91(24). Cela inclut le « contenu essentiel minimum et inattaquable » du pouvoir fédéral sur les Indiens qui se définit comme étant des « matières liées au statut et aux droits des Indiens ».[5]

> Il me paraît incontestable que si l'*Adoption Act* provinciale s'appliquait à l'adoption d'enfants d'Indiens inscrits qui se verraient alors contraints, en vertu de cette Loi, de les abandonner aux mains de parents adoptifs non indiens, cela porterait atteinte à la « quiddité indienne » et aux liens personnels qui font partie intégrante d'une matière qui ne relève pas de l'autorité provinciale.[6]

Dans ce jugement, le juge en chef Laskin a statué que même si la loi provinciale ne pouvait s'appliquer en raison de la doctrine d'exclusivité des compétences, cette loi était néanmoins d'application générale et pouvait donc être incorporée par renvoi en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* et devenir une « loi fédérale hybride ». Il a aussi constaté qu'il n'y avait aucune disposition dans la *Loi sur les Indiens* donnant préséance à celle-ci par rapport à la loi provinciale pertinente sur l'adoption. En dépit de son adoption par des non-Indiens, l'enfant conserve le droit d'être inscrit à titre d'Indien.

Ainsi, même si une loi provinciale d'application générale atténue le contenu essentiel du pouvoir fédéral, l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* peut néanmoins en autoriser l'application car de telles lois sont incorporées par renvoi à titre de loi fédérale à condition qu'elles ne soient pas en conflit avec la LFM ou les Codes MPN.[7]

L'expression « sous réserve des dispositions … de quelque autre loi du Parlement du Canada », établit expressément une présomption que la loi fédérale « autonome » telle que la LFM devrait avoir préséance sur les lois provinciales incorporées par renvoi (lois fédérales hybrides) s'il y a

[4] *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3.
[5] *NIL/TU,O Child and Family Services c. BCGSEU,* [2010] 4 C.N.L.R. 284 (C.S.C.) au par. 71.
[6] *Natural Parents c. Superintendent of Child Welfare,* [1976] 2 R.C.S. 751
[7] Voir la discussion infra.

incompatibilité entre elles et si la loi provinciale renferment des dispositions prévues dans la loi fédérale (principes d'interprétation de la loi en général).[8]

Les lois provinciales du Québec d'application générale atténuant l'essentiel du pouvoir fédéral, *mais qui ne sont pas en conflit* avec la LFM ou les Codes MPN peuvent s'appliquer puisque la LFM n'est pas incluse expressément dans l'article 88.[9]

Si la LFM était expressément incluse dans l'article 88, la loi provinciale serait supplantée, sans égards à toute incompatibilité ou conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale car la loi fédérale autonome serait perçue comme à titre exclusif (non au sens de la doctrine de la division des pouvoirs, mais au sens de l'interprétation de la loi). Actuellement cette protection accrue à l'égard des lois provinciales et des lois fédérales hybrides ne s'applique, en fonction de la formulation expresse de l'article 88, qu'aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* (y compris les règlements administratifs découlant de celle-ci) et de la *Loi sur la gestion financière des premières nations.* Il a été recommandé de modifier l'article 88 pour y inclure la LFM.[10] J'oserais prétendre qu'étant donné que les Codes LFM, selon moi, se fondent sur le pouvoir intrinsèque des Premières nations et non sur le pouvoir fédéral délégué, l'article 88 devrait renvoyer expressément aux Codes MPN en plus de la LFM elle-même.

Toutefois, si l'article 88 n'incorpore pas par renvoi les lois provinciales ayant une incidence sur les terres indiennes du fait que la formulation de la disposition renvoie seulement aux « Indiens » et non aux « terres réservées aux Indiens », la loi provinciale n'est alors pas incorporée par renvoi et elle ne s'appliquerait pas aux terres de réserve (la loi ne devient pas une loi fédérale hybride).[11]

---

[8] Voir Kerry Wilkins, « Still Crazy After All These Years: Section 88 of the Indian Act at Fifty » (2008) 38 Alta. L. Rev. 458.

[9] Voir *Picard c. Laine,* [1975] C.S. 795 (C.S. du Québec). Dans cette affaire, le tribunal a statué que la loi provinciale du Québec traitant d'empiètement sur des terres ne pouvait pas être incorporée à l'article 88 parce qu'elle était incompatible avec l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*. Le tribunal a alors recommandé de régler la question en consultant le conseil de bande et le ministère des Affaires indiennes.

[10] Wendy Grant-John, *Rapport de la représentante ministérielle sur les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves,* (2007) au para. 243. Une copie du rapport complet peut être consultée en ligne sur le site du Centre d'excellence en matière de biens immobiliers matrimoniaux à l'adresse : http://www.cdebim.ca/ressources/rapports. L'article 88 se lit présentement comme suit :

> 88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou la *Loi sur la gestion financière des premières nations* ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou texte législatif d'une bande pris sous leur régime, et sauf dans la mesure où ces lois provinciales contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou la *Loi sur la gestion financière des premières nations* ou sous leur régime.

En plus de la *Loi sur la gestion financière des premières nations*, la modification recommandée par Wendy Grant-John devrait aussi citer la *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*.

[11] La Cour suprême du Canada n'a pas encore statué définitivement sur cette question. Toutefois, dans l'affaire récente *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique,* [2008] 1 C. N.L.R. 112, au para. 1039, le juge Vickers, après avoir examiné soigneusement les compétences juridiques sur la question, a statué que

Pour ce qui est de l'exécution de la LFM dans la province de Québec, je suis d'avis que le fait d'imposer aux cours supérieures de la province de Québec la responsabilité juridique de statuer sur les dispositions de la LFM est constitutionnellement valide, tout comme le fait que la LFM puisse établir à quelle instance les tribunaux provinciaux peuvent aborder certaines questions. Ainsi, il est acceptable au sens de la LFM d'autoriser les juges de paix et les juges de tribunaux provinciaux à statuer en première instance sur des demandes d'ordonnances de protection d'urgence. Il est moins certain toutefois de déterminer si les tribunaux du Québec possèdent la compétence voulue pour administrer les textes législatifs découlant d'un Code LFM dans lequel la compétence est attribuée par la Première nation possédant une souveraineté intrinsèque (autonomie gouvernementale) plutôt que par le gouvernement fédéral sous une forme de pouvoir municipal délégué. Selon moi, comme la LFM *reconnaît* l'autorité de la Première nation plutôt qu'elle la lui *attribue*, la question à savoir si les tribunaux provinciaux peuvent statuer sur de tels textes législatifs comporte des éléments complexes liés à la compétence de la Première nation dans la Constitution canadienne, éléments qui dépassent le mandat du présent rapport de recherche.[12] Il serait aussi incertain et controversé, sur le plan légal, qu'une Première nation accepte la source d'autorité telle que déléguée lorsque confrontée à cette question, mais ce faisant, elle doit indiquer clairement que cette position « ne cause aucun préjudice » à son opinion que son autorité est intrinsèque et indépendante de l'autorité fédérale. Il est intéressant de constater que la Loi ne comporte pas de clause non dérogatoire qui indiquerait clairement qu'aucune disposition dans la Loi ne vise à abroger les droits autochtones ou issus de traités, ni à en déroger, même s'il y a un préambule énonçant ce qu'une clause non dérogatoire pourrait entraîner.[13]

Les paragraphes suivants présentent une analyse plus détaillée des constatations susmentionnées. Je vais d'abord commencer par présenter un bref commentaire sur l'historique des circonstances ayant mené le gouvernement fédéral à adopter cette loi.

Je commenterai ensuite à propos de la méconnaissance de cette loi dans les discours publics et de professionnels dans lesquels on perçoit un « vide » juridique dans la loi relative aux droits sur les biens matrimoniaux situés dans les réserves. Je décris ci-après que cette interprétation n'est pas exacte car la nécessité d'aborder cette question est liée plus directement à l'imposition du

---

l'article 88 n'incorpore pas les lois provinciales ayant une incidence sur les terres autochtones (terres de réserve et territoires visés par des titres ancestraux). Ainsi, les lois provinciales qui ont une incidence sur les terres autochtones ou qui en régissent l'usage ne s'appliqueraient pas compte tenu de la doctrine de l'exclusivité de compétence. Il est à noter que l'affaire fait présentement l'objet d'un appel à la Cour suprême du Canada et a été débattue en février 2014. Le tribunal n'a pas encore rendu de jugement sur la question.

[12] Pour un compte rendu des questions en cause, consulter l'ouvrage de John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution* (University of Toronto Press, 2010). Plus particulièrement, Borrows fait la preuve que les tribunaux existants sont à même de reconnaître le droit inhérent des Autochtones (textes législatifs des Premières nations) et de décrire la relation constitutionnelle avec les traditions juridiques du Canada (page 215).

[13] Le libellé du préambule est le suivant : *que la présente loi n'a pas pour but de définir la nature et l'étendue de tout droit à l'autonomie gouvernementale ou d'anticiper l'issue des négociations portant sur celle-ci.* Selon les principes d'interprétation des lois, les énoncés du préambule n'ont aucune force de loi , mais ils peuvent faciliter l'interprétation des dispositions existantes comme je le souligne ci-dessous par rapport à la source de pouvoir d'une Première nation à adopter des textes législatifs dans ce domaine.

pouvoir unilatéral colonial (et patriarcal) du Canada et des conséquences sociales de la colonisation et de la marginalisation et de l'oppression concomitantes du pouvoir politique et juridique des Premières nations.

Je présenterai ensuite un bref aperçu des principales caractéristiques de la loi, puis ferai état de certaines disparités importantes entre le droit de la famille au Québec et la LFM. À l'origine, je voulais aussi comparer un Code MPN et le droit de la famille au Québec sous la forme d'une étude de cas d'une Première nation, mais des contraintes de temps et d'autres facteurs m'ont empêché de mener à bien ce projet.[14] Par conséquent, la comparaison porte sur le régime provisoire de la LFM et le Code civil du Québec et non sur un Code FPN et le Code civil du Québec.

Je présenterai ensuite une analyse constitutionnelle afin d'établir la constitutionnalité de la loi à la lumière d'une contestation du Québec. Suivra un examen de la méthode d'exécution de la LFM et du rôle des tribunaux du Québec.

III. Historique de la LFM

La LFM est le résultat final de débats et de dialogues de longue date à propos de problèmes d'iniquité et d'absence de mécanismes pour aborder les préoccupations en matière de droits relatifs au logement, compte tenu du fait que ces droits et les droits fonciers ont traditionnellement été attribués aux hommes, laissant ainsi parfois les femmes vulnérables en raison des politiques relatives aux terres et au logement de nombreuses communautés des Premières nations. De plus, les femmes ayant vécu une rupture de leur relation conjugale n'avaient pas accès au droit de la famille de la province qui assurait un partage égal des biens entre les époux, sans égard au propriétaire légal réel des biens.[15] En outre, dans certaines provinces, la législation sur la protection d'urgence pourrait ne pas être applicable dans la mesure où elle autorise une ordonnance de possession (ou plutôt d'occupation) du foyer matrimonial (aucun cas en instance n'a cependant permis de statuer de manière probante sur cette question particulière). Je n'ai pas l'intention de m'attarder aux détails historiques et de la raison d'être de l'élaboration de cette loi. Le contexte historique, politique, social et juridique ayant donné lieu à son adoption est bien documenté dans le rapport de Wendy Grant-John intitulé *Rapport de la représentante ministérielle sur les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves*.[16] Je voudrais toutefois commenter brièvement sur la façon dont la réaction politique sur la question a été interprétée comme étant un « vide » dans la loi.

[14] À cet égard, j'ai rencontré des représentants de la Première nation de Kitigan Zibi qui est en voie de préparer un Code législatif sur les biens matrimoniaux à l'intention de la communauté.
[15] La principale affaire est celle de *Derrikson c. Derrikson*, [1986] 2 C.N.L.R. 45, dans laquelle la Cour suprême du Canada a statué que la loi provinciale concernant le partage des biens matrimoniaux et le droit de possession de terres de réserves ne s'appliquait pas aux Premières nations assujetties à la compétence exclusive du gouvernement fédéral.
[16] Wendy Grant-John, note précitée 11.

IV. Le vide juridique perçu

L'interprétation de l'iniquité dans la loi relative aux biens matrimoniaux identifiée comme une question devant être abordée à titre de « vide juridique » dans la loi visant les réserves des Premières nations porte à confusion. Les sociétés autochtones disposaient de textes législatifs portant sur les relations familiales et les questions de biens quand survenait une rupture des relations conjugales.[17] La nécessité d'élaborer une solution politique fédérale découlait de la marginalisation et de la suppression des institutions traditionnelles autochtones et de l'imposition à leur place d'un pouvoir juridique colonial patriarcal.

> L'absence de protections pour les femmes autochtones dans des situations particulières de rupture de mariage et de violence familiale est liée à l'histoire de la discrimination basée sur le sexe en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Les conséquences de cette longue histoire de discrimination générées par la *Loi sur les Indiens* et d'autres politiques fédérales menant à l'exclusion des femmes des Premières nations de postes de dirigeant, de la propriété foncière et de l'appartenance à une bande se font encore sentir aujourd'hui. Ces inégalités systémiques continues doivent être prises en compte au moment d'élaborer des solutions aux questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.[18]

Malgré ce passé colonial, le pouvoir inhérent de gouvernance demeure, même s'il a été atténué et marginalisé par l'intolérance coloniale et des décennies de refus de l'indianité et du pouvoir par le peuple. L'inégalité systémique qui existe aujourd'hui résulte directement de « l'histoire de la discrimination basée sur le sexe en vertu de la *Loi sur les Indiens* et d'autres politiques fédérales menant à l'exclusion des femmes des Premières nations de postes de dirigeant, de la propriété foncière et de l'appartenance à une bande ».[19]

Les politiques coloniales qui ont opprimé les institutions juridiques autochtones et dévalorisé l'autorité et le statut légal des femmes n'ont pas entraîné un vide dans la législation sur les biens matrimoniaux dans les réserves des Premières nations, mais ont plutôt paralysé, d'une certaine façon, les institutions autochtones. Autrement dit, la loi devrait être davantage perçue comme une tentative du gouvernement fédéral de nettoyer les dégâts qu'il a lui-même causés.

Malheureusement, les autorités fédérales et d'autres continuent de donner une fausse image des autorités canadiennes et autochtones et de les tromper en prétendant que la seule solution viable est d'édicter un texte juridique fédéral qui tient compte des normes provinciales mais, ce faisant, les représentants fédéraux tentent faussement de nous faire croire que les gouvernements autochtones ne sont pas à même de s'occuper de la question, et ce en ne reconnaissant pas suffisamment la compétence juridique inhérente des Premières nations à le faire. Plus exactement, la question consiste plutôt à ne pas reconnaître les conséquences du colonialisme

---

[17] Le droit coutumier régissait la façon de résoudre ces problèmes. Pour des comptes rendus du droit interne Navajo et sur les façons de diviser les biens, voir *Apache v. Republic National Life Insurance*, 3 Nav. 4 250 (1982). Voir aussi *Naize v. Naize*, No. SC-CV-16-96, slip op,. p. 7-8 (Nav. Sup. Ct., 1997). Voir aussi Wendy Grant-John, ibid, Annexe C présentant une chronologie historique des événements ayant mené à l'adoption de cette loi, et faisant état de lois traditionnelles des Premières nations.

[18] Wendy Grant-John, note précitée 11, au para 19.

[19] Ibid.

passé sur la capacité et l'aptitude actuelles à corriger équitablement la législation sur les biens immobiliers matrimoniaux et non sur l'existence d'un vide juridique. Comme le souligne Wendy Grant-John dans son rapport : « les normes prises en compte dans les analyses du gouvernement fédéral sont celles prévues par la législation hors des réserves, alors que pour les Premières nations la norme pertinente est la reconnaissance de la validité des valeurs et des traditions de Premières nations par rapport à la terre et à la famille ».[20] Cependant, la question fait l'objet d'une assertion inexacte récurrente et particulièrement dominante dans la documentation émanant des autorités fédérales que j'ai consultée dans le cadre de la préparation du présent rapport.

Le Canada est un état juridiquement pluraliste et non uniquement bi-juridique (droit civil français et common law anglaise). Les traditions juridiques des Premières nations ont leur importance.

V. Réaction politique

Pour réagir à la possibilité d'iniquité concernant les droits des époux de vivre dans le foyer matrimonial ou d'en partager la valeur lors de la rupture de la relation conjugale et pour autoriser des ordonnances d'occupation d'urgence peu importe le propriétaire du foyer, le gouvernement fédéral a adopté une loi qui répond directement à ces préoccupations. Un point important de la loi est de reconnaître le pouvoir des Premières nations (bandes sous le régime de la *Loi sur les Indiens*) d'adopter leurs propres textes législatifs en matière de biens matrimoniaux. Ce pouvoir est reconnu à l'article 7. La question de savoir s'il s'agit de la reconnaissance du pouvoir inhérent ou d'un pouvoir délégué par le gouvernement fédéral reste à déterminer. Comme je le soulignerai plus tard dans le présent rapport, je suis d'avis qu'il s'agit de la reconnaissance du pouvoir et non de la délégation d'un pouvoir. Je vais maintenant donner un aperçu des principales caractéristiques de la loi.

VI Aperçu de la LFM

Même si la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*[21] prévoit un régime de réglementation de questions relatives aux biens immobiliers matrimoniaux, elle ne prévoit pas un régime obligatoire pour les Premières nations et ne peut donc pas résoudre les problèmes susmentionnés. La LFM traitent des questions concernant les biens immobiliers familiaux situés dans les réserves. Elle stipule qu'une Première nation peut adopter des textes législatifs en matière « d'utilisation, d'occupation et de possession de foyers familiaux situés dans ses réserves et de partage de la valeur des droits ou intérêts que les époux ou conjoints de fait détiennent sur les constructions et terres situées dans ses réserves.[22] Les règles fédérales provisoires contenues dans la Loi s'appliquent jusqu'à ce que les textes législatifs que la Première nation adopte entrent

[20] Ibid, au par. 69.
[21] *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, C.S. 1999, c.24, articles 8 à 14 (ici désignée LGTPN)
[22] *LFFSRDIM*, paragraphe 7 (1)

en vigueur. Les règles provisoires s'appliquent à une Première nation au sens de la LGTPN dans des circonstances particulières. De plus, les Premières nations qui ont le pouvoir de gestion en ce qui concerne leurs terres de réserve en vertu d'un accord d'autonomie gouvernementale peuvent choisir d'appliquer les règles fédérales provisoires ou d'adopter leur propre code conformément à l'article 7 de la LFM. Cela est vraisemblablement impossible dans le cas des Premières nations du Québec assujetties à la Convention de la Baie James et du Nord québécois (dont nous parlerons plus loin dans le présent rapport).

En cas de divorce ou de décès d'un époux, le partage des biens matrimoniaux, autant immobiliers que personnels, est déterminé conformément aux lois provinciales,[23] mais comme la *Loi constitutionnelle* précise que le Parlement du Canada a la pouvoir législatif exclusif sur les questions touchant « les Indiens et les terres réservées pour les Indiens », les lois provinciales peuvent ne pas s'appliquer à cet effet. En comblant ce « vide juridique », la Loi prévoit des solutions en cas de rupture de la relation conjugale ou de décès d'un époux, notamment :

- l'utilisation, l'occupation et la possession des foyers familiaux situés dans les réserves;
- l'occupation exclusive dans des situations de violence familiale;
- le partage de la valeur des droits ou intérêts que détiennent les époux dans des constructions ou terres situées dans les réserves.

Suite à une consultation nationale menée en 2006,[24] un cadre législatif a été proposé ; un cadre sensiblement similaire au cadre final de la LFM. La Loi définit certains termes tels que « foyer familial »[25] et « droits ou intérêts matrimoniaux ».[26] Les articles 4 à 6 portent sur l'objet et l'application de la Loi. L'article 5 confirme que la Loi n'a pas pour effet de modifier le titre de propriété des terres de réserve, celles-ci continuant d'être des terres réservées aux Indiens au sens

[23] *Loi constitutionnelle de* 1982, point 92(13). Ce point de la Constitution donne aux provinces la juridiction sur « la propriété et les droits civils » et est la disposition sur laquelle le Québec se fonde pour adopter le *Code civil*.

[24] Des représentants politiques de Premières nations ont refusé d'appeler ce processus une « consultation » mais plutôt un « dialogue » afin d'éviter que les résultats du processus soient suffisants en termes de consultation requise par les tribunaux dans leur interprétation du principe de l'honneur de la Couronne établi d'abord dans l'affaire *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511.

[25] « Foyer familial ». La construction à caractère permanent ou non, située dans la réserve, où les époux ou conjoints de fait résident habituellement ou, en cas de cessation de la cohabitation ou de décès de l'un d'eux, où ils résidaient habituellement à la date de la cessation de la cohabitation ou du décès. Si la construction est aussi normalement utilisée à des fins autres que résidentielles, la présente définition vise uniquement la partie de la construction qui peut raisonnablement être considérée comme nécessaire aux fins résidentielles.

[26] « Droits ou intérêts matrimoniaux ». Les droits ou intérêts — autres que ceux sur le foyer familial — qu'au moins l'un des époux ou conjoints de fait détient et qui, selon le cas : *a*) sont acquis pendant la relation conjugale; *b*) sont acquis avant la relation conjugale mais en considération de celle-ci; *c*) sont acquis avant la relation conjugale mais non en considération de celle-ci et se sont appréciés pendant celle-ci. Sont exclus de la présente définition les droits ou intérêts qui sont reçus d'une personne à titre de don ou en raison d'un legs ou de toute autre transmission par droit de succession et ceux qui remontent à ces derniers. La Loi fait aussi une distinction entre les catégories de droits de propriété. En vertu de la Loi, « intérêt ou droit » signifie le droit ou intérêt portant sur une terre de réserve assujettie à la *Loi sur les Indiens* ou à tout texte législatif prescrit, ainsi que le droit ou intérêt portant sur une construction située sur une terre de réserve et qui est reconnu soit par la première nation, soit par l'ordonnance prévue par un tribunal.

du point 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et mises de côté par Sa Majesté à l'usage et au profit de la première nation concernée.

L'adoption de textes législatifs par une Première nation fait l'objet des articles 7 à 11. Le texte législatif proposé doit être soumis à l'approbation des membres de la Première nation et son approbation n'est valide que si 1) 25 % ou plus des personnes habiles à voter se sont exprimées lors du scrutin et 2) elle reçoit l'appui de la majorité des voix exprimées lors du scrutin. Le conseil (d'une Première nation) peut cependant, par résolution, fixer un pourcentage supérieur à celui prévu.

Le reste de la Loi contient surtout des dispositions provisoires s'appliquant jusqu'à ce que le Code MPN qu'adopte une Première nation entre en vigueur. Les articles 13 à 27 concernent l'occupation du foyer familial. Conformément à l'article 13, « chaque époux ou conjoint de fait peut, pendant la relation conjugale, occuper le foyer familial, qu'il soit ou non membre d'une première nation ou Indien ». En cas de décès de l'époux ou conjoint de fait, « le survivant qui ne détient pas un droit ou intérêt sur le foyer familial peut occuper celui-ci pour une période de cent quatre-vingts jours suivant le décès, qu'il soit ou non membre d'une première nation ou Indien ».

L'article 15 de la LFM traite des conditions relatives au consentement de l'époux ou conjoint de fait qui détient un droit ou intérêt sur le foyer familial. L'article 16 porte sur l'obtention d'une ordonnance de protection d'urgence d'un juge désigné dans des situations de violence familiale. Le juge peut rendre une ordonnance pour une période maximale de 90 jours. L'article prévoit que le juge, lorsqu'il statue sur la demande d'ordonnance, doit tenir compte de plusieurs facteurs.

À l'origine, le paragraphe 17(8) énonçait qu'au moment d'une nouvelle instruction, le tribunal ne pouvait prolonger la durée de l'ordonnance de protection d'urgence que sur une période de 90 jours. Le Comité sénatorial permanent des droits de la personne a modifié cet article ainsi : « Lorsqu'il procède à une nouvelle instruction, le tribunal peut, par ordonnance, confirmer, modifier ou révoquer l'ordonnance en cause, et peut prolonger sa durée au-delà de la période de quatre-vingt-dix jours visée au paragraphe 16(1) ». Les personnes, qu'elles soient ou non membres d'une première nation ou Indiens, peuvent aussi présenter une demande d'ordonnance d'un tribunal pour obtenir le droit exclusif d'occupation du foyer familial pour une période prescrite, non urgente.

Les articles 28 à 40 établissent le régime de partage de la valeur des droits ou intérêts en cas d'échec de la relation conjugale et de décès d'un des époux ou conjoints de fait. Dans les deux situations, le calcul du montant à verser est établi selon que l'époux ou le conjoint de fait est ou non membre de la Première nation dans la réserve de laquelle se trouve la construction ou la terre dont l'autre époux ou conjoint de fait détient les droits ou intérêts. De plus, le calcul de la valeur du partage des droits ou intérêts matrimoniaux est sujet à changement; une personne peut demander au tribunal de faire modifier la somme qu'elle doit ou qui lui est due suite à l'échec de la relation conjugale ou au décès de l'époux ou conjoint de fait si le partage légal est injuste selon plusieurs facteurs qui les concernent.

Sur demande de l'époux ou conjoint de fait qui est membre de la Première nation, un tribunal peut ordonner le transfert à celui-ci de certains droits ou intérêts sur toute construction ou terre.

Les tribunaux doivent aussi permettre au conseil de la Première nation sur la réserve de laquelle se trouvent les terres et les constructions visées de « la possibilité de lui présenter des observations sur le contexte culturel, social et juridique dans lequel s'inscrit la demande et sur l'opportunité de rendre ou non l'ordonnance en cause »; les demandes d'ordonnances de protection d'urgence et d'ordonnance de confidentialité font exception à cette règle.

L'article 43 porte sur la compétence (des tribunaux) dans des instances de rupture de relation conjugale ou d'union de fait, tandis que l'article 44 prévoit que « le tribunal saisi de toute question relative au partage de biens découlant du décès de l'époux ou conjoint de fait a compétence pour statuer sur toute demande présentée en vertu des articles 21, 35, 36, 39 ou 40 par le survivant ou par l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur de la succession ».

L'article 52 porte sur l'exécution des ordonnances concernant les sommes à verser à la suite de l'échec d'une relation conjugale ou du décès d'un époux ou conjoint de fait. L'article 53 autorise le gouverneur en conseil à prendre les mesures qu'il estime nécessaires à l'application de la présente loi. L'article 55 prévoit que les règles fédérales provisoires ne s'appliquent à une Première nation au sens de la LGTPN qui ne dispose pas d'un code foncier ou de textes législatifs sur les biens immobiliers matrimoniaux en vigueur, que pendant une période de trois ans après l'entrée en vigueur de ces règles provisoires.

Il est intéressant de noter qu'avant l'adoption de la LFM, le projet de loi S-2 a surtout suscité des réactions négatives. La plupart des commentaires mettaient l'accent sur des questions comme les lacunes du processus de consultation, le fait de ne pas reconnaître la compétence inhérente des Premières nations sur les questions matrimoniales, et la nécessité de faciliter l'accès au système judiciaire.[27] L'examen par le Comité sénatorial permanent sur les droits de la personne du projet de loi S-4, qui a précédé le projet de loi S-2 et qui reprenait les lacunes susmentionnées traitait notamment des : « problèmes d'accès au système de justice, de l'accès à des mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends, des lacunes du processus de consultation avant la rédaction du projet de loi, l'engagement à prendre des mesures non législatives (p. ex., la création d'un fonds d'aide juridique) ».[28]

VII. Comparaison de la LFM et du Code civil du Québec en matière de biens matrimoniaux

La LFM reconnaît certains intérêts possibles dans des terres que les membres peuvent posséder à titre individuel ou conjoint. Ces droits peuvent aller de la quasi-tenure (certificat de possession) aux attributions selon la coutume (non reconnues dans la *Loi sur les Indiens*). Traditionnellement, les Premières nations du Québec faisaient appel au certificat de possession (CP) comme principale méthode d'attribution de droits ou intérêts aux membres individuels de bandes. Au mois d'août 2013, on comptait 11 321 CP au Québec. Parmi les 32 réserves

[27] Gray, Anna et Marlisa Tiedemann, *Projet de loi S-4, Lois sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*, (Ottawa : Service d'information et de recherche parlementaires, 2010) p. 10.
[28] *Ibid*, p. 10

indiennes distinctes au Québec, 26 disposent d'instruments inscrits dans le Registre des terres indiennes, et non les 6 autres.

Actuellement, aucune Première nation du Québec ne fonctionne au sens de la LGTPN. Toutefois, les Abénakis de Wôlinak et les communautés innues de Mashteuiatsh et d'Essipit ont signé une entente-cadre.[29] Conformément à l'article 55 de la LFM, ces Premières nations disposent de trois ans (19 juin 2016) pour adopter et mettre en vigueur leurs textes législatifs requis en vertu de la LGTPN sans quoi les règles fédérales provisoires de la LFM s'appliqueront par la suite. Les règles fédérales provisoires s'appliqueront aux Premières nations du Québec assujetties au processus de la LGTPN après le 16 décembre 2014 jusqu'à ce celles-ci adoptent leur propres codes au sens de la LGTPN ou de la LFM.

Le reste de la présente partie du rapport porte sur des questions particulières découlant de la comparaison de la LFM et du *Code civil* du Québec. Il y a plus de similitudes que de différences entre le droit de la famille du Québec et la LFM, même si dans certains cas, la loi du Québec offre plus de protection ou de droits que la LFM; par contre, le contraire s'applique dans d'autres cas. Les éléments principaux font l'objet d'une comparaison ci-après. L'annexe A présente un tableau comparatif. À la suite de cet examen comparatif, je soulève plusieurs questions qui ne sont pas forcément propres au Québec, mais qui suscitent un intérêt plus général.

A. Définitions des relations conjugales au Québec

Curieusement, il n'est fait aucune référence au mariage traditionnel ou au mariage par coutume des Premières nations. La LFM définit cependant la notion d'« époux » de manière générale et inclut « la personne qui a contracté de bonne foi un mariage nul de nullité relative ou absolue ».

Au Québec, le *Code civil* donne beaucoup de latitude quant au « célébrant » compétent pour célébrer un mariage. Ainsi, les couples désirant se marier selon la coutume de la Premières nation peuvent le faire à condition que l'Aîné ou l'autre personne qui célèbre le mariage est compétent et remplit le formulaire requis de demande de désignation à titre de célébrant.[30] Il s'agirait alors d'une union civile au sens du *Code civil* du Québec. Il est intéressant de noter que le *Code civil* a été modifié pour y intégrer certaines communautés des Premières nations. Dans les communautés cries, inuites et naskapies du Nord du Québec, l'article 152 du *Code* autorise un de leurs fonctionnaires à exercer des fonctions du directeur de l'état civil et à tenir de tels dossiers portant sur des données essentielles. L'article 366 du *Code* permet à un célébrant désigné compétent de célébrer des mariages dans les communautés Mohawk en vertu d'un accord entre le gouvernement et la collectivité Mohawk.

Le Québec définit trois types de relations conjugales. Deux sont légalement reconnues, mais non la troisième. Au Québec les relations conjugales établies par voie de mariage ou d'union civile sont reconnues légalement et font l'objet de règles particulières découlant du droit matrimonial.

---

[29] Annexe des noms des Premières nations au sens des articles 2 et 45de la LGTPN : http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/F-11.8/page-16.html#h-23. Voir aussi les signataires de l'Accord-cadre conservé au Centre de ressources sur la gestion des terres : http://www.labrc.com/fr/communautés-membres.html

[30] Voir http://www.justice.gouv.qc.ca/FRANCAIS/formulaires/mariage/sj89.pdf

Le troisième type de relation concerne les conjoints de fait. Dans d'autres provinces du Canada, cette dernière est aussi désignée union de fait et, selon la province, les lois sur les biens matrimoniaux s'appliquant au mariage peuvent ou non s'appliquer à l'union de fait. Au Québec, ce type de relation n'a aucune portée légale.[31] Les conjoints de fait ne sont pas différents de « colocataires ». Bien entendu, ils peuvent s'obliger par voie de contrat à régler certaines questions dans l'éventualité d'une possible séparation, etc. Mais les conjoints de fait ne sont pas propriétaires conjoints des biens familiaux (le *Code civil* du Québec parle de « patrimoine ») comme si des lois sur les biens matrimoniaux s'appliquaient.

D'un certain point de vue, la LFM pourrait être perçue comme établissant un système à deux niveaux au Québec. Elle pourrait créer des droits pour les conjoints de fait qui, actuellement, ne sont pas reconnus au Québec (la notion de partage des biens entre les conjoints de fait et la législation sur la protection d'urgence n'existent pas dans le droit au Québec). D'un autre point de vue, l'imposition d'un certain statut juridique concernant les biens de conjoints de fait va à l'encontre de la politique publique au Québec dans laquelle la liberté et l'autonomie sont respectées au plus haut point dans le contexte de la relation et constituent un des motifs pour lesquels le Québec n'a pas étendu sa législation sur les biens matrimoniaux aux relations de fait. Le Québec laisse le choix aux conjoints de fait de déterminer eux-mêmes comment organiser leurs affaires, y compris leurs biens jusqu'à la rupture de leur relation et après.

Comme indiqué précédemment, il existe des raisons politiques valides pour lesquelles les législateurs du Québec ne souhaitent pas appliquer leur régime législatif sur les biens matrimoniaux aux conjoints de fait. Cette politique a été résumée par la Cour suprême du Canada en 2002, (même si on parle de compétences qui n'incluaient pas les unions de fait dans leur régime de droit matrimonial, le même raisonnement s'applique aussi bien aux conjoints de fait au Québec). Le tribunal a statué ce qui suit :

> C'est par choix que les couples mariés s'assujettissent aux obligations du mariage. Lorsque les époux entreprennent un tel projet de vie, ils s'engagent à respecter les conséquences et les obligations qui découlent de leur choix. Le choix de s'assujettir à ces obligations et de s'engager pour la vie sous-tend et rend légitime le système d'avantages et d'obligations liés au mariage en général et, en particulier, ceux qui sont liés aux biens matrimoniaux. Accepter la prétention de l'intimée Walsh — c'est-à-dire étendre la présomption de partage égal des biens matrimoniaux aux unions de fait — serait une intrusion dans des choix de vie très personnels et très intimes par l'imposition d'un système d'obligations à des personnes qui n'y ont jamais consenti. En réalité, présumer que des conjoints de fait désirent être tenus aux mêmes obligations que des conjoints mariés va à l'encontre du choix qu'ils ont fait de vivre dans une union de fait exempte des obligations du mariage.[32]

Malgré les raisons politiques valides de traiter les unions de fait différemment des mariages et des unions civiles, en vertu de la LFM, toutefois, les conjoints de fait sont reconnus légalement et sont traités au même titre que les parties à une union de fait (droit coutumier) au sens de la loi.

---

[31] Dans l'affaire *Diabo c. Goodleaf*, [2009] R.D.F. 814 (C.S. du Québec), le tribunal a soutenu que la loi du Québec n'autorisait pas le partage des biens familiaux entre deux conjoints de fait.

[32] *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh* [2002] 4 R.C.S. 325, para. 201.

En effet, dans la version en langue française de la loi, on a substitué l'expression « conjoint de fait » au « mariage de droit commun » (« common-law marriage »). Par conséquent, au Québec, les conjoints vivant dans les réserves de Premières Nations pourront profiter du régime de droits sur les biens matrimoniaux de la LFM, peu importe si leur relation est issue du mariage, d'une union civile ou d'une union de fait.

Ainsi, il faut s'attendre à des contestations de conjoints de fait du Québec vivant hors des réserves qui sont traités de façon moins favorable que les conjoints de fait vivant dans les réserves. La jurisprudence sur les droits à l'égalité contenus dans la *Charte* devrait être analysée afin d'évaluer les chances de succès d'une telle contestation. Le présent rapport n'a pas pour mandat d'étayer l'éventualité de cette question, mais il est à prévoir que la loi pourrait être défendue par renvoi au paragraphe 15(2) ou à l'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, compte tenu des circonstances sociopolitiques propres aux questions de biens matrimoniaux au sein des collectivités des Premières nations.

B. Patrimoine familial

Au Québec, le mariage ou l'union civile donne lieu à la création d'un « patrimoine familial » qui comprend tous les biens dont l'un ou l'autre des époux est propriétaire, y compris toutes les résidences, à condition qu'elles soient à l'usage de la famille (ce qui peut comprendre par exemple des chalets, maisons de campagne, etc.). En vertu de la loi du Québec, les fonds de terre et les constructions qui s'y trouvent sont considérés comme des « immeubles ». D'autres biens tels que l'ameublement et les actifs financiers sont considérés comme des « meubles » et font aussi partie intégrante du patrimoine familial. Ces désignations correspondent en gros aux concepts de biens immobiliers et de biens personnels du droit commun (common law). Le *Code civil* prévoit un partage égal de la valeur du patrimoine familial en termes d'immeubles (y compris le foyer familial et la terre) et les meubles (p. ex., les voitures et l'ameublement) entre les époux (à l'exception des conjoints de fait).

Une troisième catégorie unique aux régimes de droit civil, comme au Québec, pourrait être pertinente à la LFM, surtout en ce qui concerne la Convention de la Baie James et du Nord québécois. Dans le *Code civil*, il existe des droits de « propriété superficiaire » sur les constructions situées sur le fonds de terre (telles qu'une maison) dont la propriété peut être indépendante de celle de la terre; ces droits sont propres aux compétences de droit civil. La propriété superficiaire est définie comme étant «la propriété des constructions, ouvrages ou plantations situés sur l'immeuble appartenant à une autre personne, le tréfoncier.[33] Ce type d'intérêt particulier est reconnu précisément dans la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* dont on traitera plus en profondeur ci-dessous.

Une question intéressante est de savoir si au Québec les mêmes obstacles constitutionnels existaient avant l'adoption de la LFM en raison du concept de la propriété superficiaire que dans les compétences de droit commun concernant les questions de biens matrimoniaux si les maisons (constructions) sont perçues comme pouvant être des propriétés distinctes de la terre et pas

[33] Articles 1110 à 1113

forcément perçues comme des constructions permanentes (c'est-à-dire que la maison fait partie intégrante de la terre). Autrement dit, si un couple dans la réserve détient un droit de propriété superficiaire sur la maison, certains pourraient alléguer que la loi provinciale pourrait néanmoins s'appliquer dans le partage des biens, y compris la maison, si cette dernière constitue une propriété juridiquement distincte de l'intérêt dans la terre. Les affaires *Derrickson* et *Paul* [34] pourraient avoir présenté des distinctions et n'ont pas être perçues comme déterminantes quant à la question de la portée de l'application de la loi provinciale au Québec. Mais cette question reste complexe. Des questions se posent quant à l'existence et à la portée d'une loi fédérale distincte de droit commun par rapport à une loi générale de droit commun qui pourrait exister pour régler des « questions de compétence fédérale », même au Québec.[35] La question pourrait maintenant être surtout théorique puisque la LFM prévoit maintenant un droit à la valeur de la maison distincte de celle de la terre, peu importe le propriétaire des titres et peu importe si les conjoints sont membres ou non de la Première nation.

La LFM prévoit une présomption similaire au partage égal de la valeur des immeubles et des meubles et, en ce sens, est semblable au *Code civil* du Québec. Toutefois, il y a une exception importante dans le cas des époux (y compris les conjoints de fait) qui ne sont pas membres de la Première nation. La Loi ne permet pas à un époux non membre de la Première nation de profiter de la valeur de la terre ni de son appréciation. Des dispositions provisoires de la LFM font cette distinction et la distinction existe « du fait que les terres de réserves sont mises de côté à l'usage et au profit de cette Première nation, et seuls les membres de cette Première nation peuvent profiter du partage de la valeur de tout intérêt ou droit situé sur la **terre** de la réserve [qui est distincte de la maison ou d'autres constructions situées sur la terre] que l'autre époux ou conjoint de fait détient ».[36] Le droit commun (common law) traite normalement le foyer/la maison comme étant à caractère permanent, et donc comme faisant partie intégrante de la terre. Toutefois, au sens de la LFM, le « foyer familial » est un intérêt ou droit distinct de la terre.

Aucun cas de jurisprudence n'est mentionné concernant cette interdiction. En effet, les tribunaux provinciaux ont contourné l'interdiction de partage de la terre située dans une réserve et fixant une ordonnance de compensation au lieu de la disposition de la propriété.

L'interdiction résulte apparemment du fait que les terres sont maintenues à l'usage et au profit d'une Première nation. Mais il n'est pas clair qu'un calcul fondé sur la valeur de la terre (à titre de droit ou intérêt individuel de possession) soit nécessairement incompatible avec l'intérêt ou le droit collectif de la bande dans la réserve. La valeur de la terre est différente du droit de partager la propriété de la terre. On pourrait dire que ce n'est que lorsqu'une personne non membre de la

[34] Dans l'affaire *Paul c. Paul*, [1986] 2 C.N.L.R.74 (R.C.S.), la cour a maintenu que la disposition du foyer familial situé dans la réserve était de compétence exclusivement fédérale, en vertu du paragraphe 91(24) et que, par conséquent, la loi provinciale ne s'appliquait pas.

[35] Affaire *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, dans laquelle la cour a noté que certaines parties de la *common law* sont qualifiées de *common law* fédérale et un secteur particulier est la loi applicable au titre aborigène. Voir aussi Hogg, Peter, *Constitutional Law of Canada* (Toronto : Carswell, 2012) aux pages 7-29 et 7-30. Des enclaves de common law fédérale peuvent donc exister en ce qui concerne les terres autochtones au Québec où le droit civil est prédominant.

[36] Ministère de la Justice, « Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et droits ou intérêts matrimoniaux – une vue d'ensemble complète » (6 mars 2014), au point 16. (Accent sur l'original)

Première nation détient un intérêt ou un droit de possession que ce droit est incompatible avec l'intérêt ou le droit de la bande.

La distinction est importante et peut causer une iniquité entre les époux si l'un des deux n'est pas membre de la Première nation.

Les tribunaux n'ont pas été en mesure de partager un droit (ou de forcer la vente) d'un foyer lorsqu'un seul des époux détient le droit de possession du foyer familial (certificat de possession ou d'occupation) en vertu de lois de la famille et ce en raison de différentes dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant les terres.[37] Toutefois, les tribunaux étaient prêts à rendre une ordonnance d'indemnisation en espèces proportionnelle au partage du foyer. La Cour suprême du Canada a reconnu qu'il s'agit d'une option valide puisque « l'indemnisation au lieu du partage des biens n'est pas prévue dans la *Loi sur les Indiens* et, selon moi, il n'y a pas d'incompatibilité ou de « conflit véritable » entre une telle disposition visant une indemnisation entre les époux et la *Loi sur les Indiens* ».[38]

En outre, la cour a reconnu expressément qu'il s'agissait d'une solution appropriée pour assurer l'équité du partage « lorsqu'un bien ne peut être partagé du fait qu'il est situé sur une terre de réserve ».[39]

> Une fois que tous les biens familiaux ont été pris en compte, si un partage égal est impossible du fait que certains biens ne peuvent être divisés, comme dans ce cas-ci des terres sur une réserve, je ne vois pas pourquoi une ordonnance pour un droit d'indemnisation ne pourrait pas s'appliquer.[40]

Dans l'affaire *Derrikson*, le tribunal n'a pas fait de distinction à savoir si le conjoint était membre ou non de la bande indienne en question. Cette distinction n'est pas pertinente. Des analystes ont aussi perçu la question de la même façon. Par exemple, Shin Imai a conclu que les tribunaux peuvent « rendre une ordonnance d'indemnisation contre le conjoint indien et ainsi donner droit au *conjoint non indien* au partage des biens… » [41] Par conséquent, avant l'adoption de la LFM, seules les protections contre la saisie des biens situés dans une réserve au sens de l'article 89 de la *Loi sur les indiens* pouvaient empêcher le rendu d'une ordonnance d'indemnisation en lieu et place de la reconnaissance d'un droit à la valeur de la terre. Le paragraphe (1) de l'article 89 de la *Loi sur les Indiens* stipule ce qui suit :

> « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande. »

---

[37] *Derrikson*, notes précitées 15 à 62
[38] Ibid à 63
[39] Ibid.
[40] Ibid.
[41] Shin Imai, *Aboriginal Law Handbook, 3rd Edition,* (Toronto: Carswell, 2008) en 311. (Les caractères en italiques sont de moi)

Avant l'adoption de la LFM, même si des « ordonnances d'indemnisation » en lieu et place du partage des biens étaient autorisées, elles n'étaient pas forcément efficaces en raison des dispositions de l'article 89 de la *Loi sur les Indiens*. Les tribunaux ont toutefois autorisé l'exécution d'ordonnances de soutien familial, au sens des lois provinciales dans les réserves à condition que le bénéficiaire soit un « Indien ».[42] Une exception expresse à l'interdiction du paragraphe 89(1) de la *Loi sur les Indiens* est maintenant prévue à l'article 52 de la LFM. De la même façon, l'alinéa 7(2) (b) permet l'exécution dans une réserve d'une ordonnance de la cour fondée sur un code d'une Première nation, malgré l'article 89 de la *Loi sur les Indiens*.

Point important : en vertu du paragraphe 29 (i), un tribunal peut, par ordonnance, modifier la somme due, si cette somme est *injuste.* La question est de savoir si l'iniquité inhérente inscrite dans la Loi à l'effet qu'un conjoint qui n'est pas membre de la Première nation ne peut profiter de la valeur de la terre pourrait donner lieu à un constat qu'une somme est injustement favorable à l'époux membre de la Première nation puisque la Loi est la source même de cette somme injuste? Comme la Loi est explicite sur cette question, une Première nation qui prépare son propre code ou texte législatif sur les droits matrimoniaux serait-elle obligée de respecter cette restriction? La bande pourrait alors éviter la nécessité de constater une injustice avant de procéder à une modification, ce qui donnerait plus de latitude pour s'assurer qu'il y a équité dans le partage. Rien ne semble empêcher que le code d'une Première nation puisse abaisser la norme quant au moment où la modification d'une ordonnance d'indemnisation peut être rendue par un tribunal ou une autre compétence autorisée comme le code MPN le prescrit.

En outre, dans son propre code, une Première nation pourrait-elle donner le droit à l'époux non membre de la Première nation de profiter directement de la valeur de la terre elle-même? Cela serait probablement impossible car une telle règle irait à l'encontre de plusieurs dispositions de la *Loi sur les Indiens*, de la LFM et de l'ensemble du droit « colonial » qui impose des restrictions quant à la capacité d'une bande indienne à céder ses intérêts collectifs dans des terres. Cela ne veut pas dire qu'une bande ne pourrait pas essayer d'y arriver, mais cela impliquerait un chambardement des lois qui perdurent depuis des siècles (aussi injustes soient-elles).

Il est ironique de penser que cette interdiction pour les époux non membres de la Première nation de recevoir leur juste part de la valeur de la terre ou une indemnisation en lieu et place de la valeur de la terre (du fait que le demandeur n'est pas à même d'obtenir sa juste part) puisse survenir car les restrictions actuelles découlent de la doctrine raciste de la découverte imposée par les Anglais et de l'interdiction de cession imposée liée au refus historique de la compétence en matière de gouvernance qui constitue un irritant des relations entre les Autochtones et la Couronne depuis la fin des années 1700.

En variante, les Premières nations pourraient régler cette question indirectement selon la manière dont elles rédigent leurs codes d'appartenance. Elles pourraient permettre aux conjoints non Indiens d'intégrer la bande en tant que membres. Cette solution soulève évidemment d'autres questions complexes qui devraient être étudiées.

[42] *Potts c Potts*, [1992] 1 C.N.L.R. 182 (C.A. de l'Alberta)

De plus, l'article 33 de la LFM permet au époux de convenir par écrit de la somme à laquelle chacun des époux a droit et du règlement de la somme due, ainsi que de demander au tribunal de rendre une ordonnance d'exécution de cet accord. On peut se demander si cela pourrait permettre aux parties de décider elles-mêmes de corriger l'iniquité à l'endroit du conjoint non membre de la bande découlant de son exclusion du droit de recevoir un montant pour la valeur de la terre elle-même. Il existe aussi des précédents à l'effet qu'un accord convenu entre les époux en cas de séparation pourrait avoir une incidence sur le droit de possession.[43]

C. Ordonnances d'occupation exclusive

En vertu du droit civil du Québec, un demandeur peut, à la dissolution du mariage, obtenir une ordonnance de la cour pour occuper la résidence familiale pendant l'instance.[44] En vertu de l'article 410, le tribunal peut également attribuer à l'époux auquel il accorde la garde d'un enfant un droit d'usage de la résidence familiale. De plus, à défaut d'accord entre les époux, le tribunal peut, à sa discrétion, accorder le droit d'usage de la résidence familiale. Suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Paul c. Paul*, la loi du Québec qui permettrait à un des époux d'occuper le foyer familial à l'encontre de l'autre qui détient un certificat de possession en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les indiens*, ne peut s'appliquer car elle serait en conflit réel avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens*.[45]

Les dispositions provisoires de la LFM établissent un droit pour l'un des époux de possession exclusive du « foyer familial » sans égard au fait que l'époux (l'épouse) est membre ou non de la Première nation selon les conditions et pendant la période prescrites par le tribunal après examen de certains facteurs énumérés au paragraphe 20(3) de la LFM, y compris les termes de tout accord entre les parties. Essentiellement, la LFM annule l'effet de la décision dans l'affaire *Paul c. Paul* de sorte que les époux puissent obtenir une ordonnance d'occupation pendant toute période prescrite dans les règles fédérales. Ces règles s'appliquent à tout droit ou intérêt au sens de la *Loi sur les Indiens* ou à tout droit ou intérêt reconnu par la Première nation (qui comprendrait les attributions par coutume). Par conséquent, le régime juridique dans les réserves et à l'extérieur de celles-ci au sujet des ordonnances d'occupation exclusive est maintenant semblable à ce qu'il est possible de retrouver dans le droit de la famille au Québec.

D. Ordonnances de protection d'urgence

La plupart des provinces ont adopté une législation sur la protection d'urgence en cas de violence familiale. Essentiellement, ces lois offre une protection aux victimes de violence familiale. Les mesures prévues comprennent des ordonnances d'intervention d'urgence pouvant accorder le droit exclusif d'occupation du foyer familial au conjoint victime de violence.

---

[43] *Kwakseestahla c. Kwakseestahla*, [1998] J.C.B. No. 283 (C.S.C.-B.)
[44] Article 500.
[45] *Paul c. Paul*, note précitée 34. Si l'intérêt a été attribué par coutume, le tribunal ne serait pas en mesure de statuer sur la question car il n'y aurait aucun droit juridique sur lequel statuer : *Macmillan c. Augustine*, [2004] 3 C.N.L.R. 170 (C.B.R. N.-B)

Au Québec, toutefois, aucune loi particulière ne prévoit d'ordonnances de protection civile d'urgence, sauf dans le cas de la jeunesse.[46] Il est intéressant de constater que la loi au Québec prévoit des ententes avec les Premières nations pour l'établissement d'un « régime particulier de protection de la jeunesse ».[47] Par conséquent, la LFM prévoira des protections supplémentaires pour les familles résidant dans les réserves et qui de façon générale n'existent pas actuellement à l'extérieur des réserves au Québec.

E. Application possible de la Charte canadienne des droits et libertés (paragraphe 15 (2) et article 25)

Plusieurs situations possibles peuvent inviter les citoyens du Québec à contester la loi pour des motifs de discrimination axée sur la race. Par exemple, l'époux qui n'est pas membre de la Première nation peut contester l'exclusion de son droit à la valeur de la terre dans le cadre d'une ordonnance de partage des biens. De plus, un époux qui n'est pas à même de profiter d'un régime d'ordonnance de protection d'urgence (ou d'autres questions pouvant être perçues comme des droits additionnels auxquels les membres hors réserve ne sont pas admissibles) peut aussi contester les dispositions créant une discrimination en infraction du paragraphe 15(1). Ces contestations feront probablement l'objet d'une défense justificative fondée sur le paragraphe 15(2) en tant que programme d'amélioration (affaire *Cunningham*) ou de l'article 25 de la Charte, en tant que « autres droits » garantis par la Charte (affaire *Kapp*). Il n'est pas du mandat du présent document de recherche de procéder à une analyse plus détaillée du résultat probable de telles contestations possibles.

Les paragraphes ci-dessus présentaient un bref aperçu des principaux points de comparaison entre le droit de la famille au Québec et la LFM. Il est probable qu'une recherche plus approfondie soit nécessaire pour veiller à ne pas omettre de différences ou similitudes importantes.

VIII. Incidence de la LFM sur la Convention de la Baie James et du Nord québécois

À la suite de l'agrandissement du territoire du Québec conformément à la *Loi de l'extension des frontières du Québec* de 1912, une vaste partie des Territoires du Nord-Ouest a été transférée à la province. La *Convention de la Baie James et du Nord québécois* (CBJNQ) 1985,[48] qui a préséance sur la *Loi sur les Indiens* (de régime fédéral)[49], reconnaît trois catégories de terres.[50] Participent à la Convention « le gouvernement du Canada, trois sociétés d'État du Québec, soit

[46] *Lois sur la protection de la jeunesse*, (1977) S.Q. c. P-34.1. Les tribunaux du Québec peuvent toutefois rendre des ordonnances provisoires d'occupation exclusive du foyer sur demande de l'époux (visé ci-dessous) pour une question de « sécurité ».
[47] Ibid., article 37.5 (voir l'annexe B)
[48] *Loi approuvant* la Convention de la Baie James et du Nord Québécois, L.R.Q. ch C-67
[49] John Ciaccia, *Philosophie de la Convention*, dans la *CBJNQ*
[50] Article 5

Hydro-Québec, la Société de développement de la Baie James et la Société d'énergie de la Baie James, ainsi que le Grand Council of the Crees (of Quebec), qui représente huit bandes indiennes, et la Northern Quebec Inuit Association, qui représente quatorze communautés, puis le gouvernement du Québec ».[51] La *CBJNQ*, une convention très élaborée, qui comprend 31 chapitres et plus de 450 pages, établit un régime des terres complet. Malgré son caractère complet,[52] la Convention n'aborde pas le règlement de questions touchant les terres en cas d'échec d'une relation conjugale ou du décès d'un époux.

Le régime « comprend trois catégories de terres : les terres de catégorie I, de catégorie II et de catégorie III. Dans la catégorie I on retrouve deux sous-catégories, soit les catégories IA et IB. Les terres de catégorie IA sont mises de côté à l'usage et au bénéfice exclusifs des bandes cries de la Baie James qui s'y trouvent ».[53] Les Cris habitent sur les terres de catégorie I. « Huit communautés cries sont assujetties à la CBJNQ, soit les bandes de Mistassini, Waswanipi, Nemaska, Waskaganish, Eastmain, Wemindji, Chisasibi et Whapmagoostoo ».[54]

En plus de la *CBJNQ*, la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* de 1984 traite de la question des biens[55] en rapport avec une succession.[56] Dans la Loi, qui remplace la *Loi sur les Indiens*,[57] le pouvoir des Cris à l'autonomie gouvernementale en matière de gestion des questions touchant les terres dépasse le pouvoir typique des municipalités.[58] Dans la partie XIII de la Loi, il est mentionné que la Loi « ne s'applique qu'à la succession d'un bénéficiaire cri ou naskapi décédé après l'entrée en vigueur de cette partie et domicilié, au moment de son décès, sur des terres de catégorie IA » (dans le cas d'un bénéficiaire cri).[59] Néanmoins, même si les foyers familiaux et les biens matrimoniaux sont des sujets d'importance en lien avec les terres des Premières nations et si un des objectifs de la Loi est de « régir les octrois de droits et intérêts sur les terres des bandes »,[60] la Loi reste muette au sujet de la gestion des biens matrimoniaux en cas d'échec de la relation conjugale. Ce n'est qu'à l'article précité que la Loi prévoit des règles au sujet du régime de succession à la suite du décès d'un époux ou conjoint.[61] La Loi reconnaît aussi les relations de fait (conjoints de fait) aux fins de la transmission des biens (succession).

Il n'est nullement fait mention d'un régime de gestion des questions sur les foyers familiaux et les biens matrimoniaux, etc., en cas d'échec de la relation conjugale ou de décès de l'un des époux ou conjoints de fait (ou des deux). Ces questions n'ont pas été explicitement abordées

[51] John Ciaccia, *Philosophie de la Convention*, dans la *CBJNQ*
[52] John Ciaccia, *Philosophie de la Convention*, dans la *CBJNQ*
[53] Thomas Isaac, *Aboriginal Self-Government in Canada: Cree-Naskapi (of Quebec) Act*, 7 *Native Studies Review 2* 1991, en 21
[54] *Ibid* en 21; pour des précisions sur les deux autres catégories de terres, voir *ibid* en 22
[55] La Loi reconnaît trois catégories de biens: les biens meubles, les biens immeubles et les biens traditionnels (ces derniers sont définis à l'article 174 de la Loi)
[56] Articles 173 à 186
[57] La *Loi sur les Indiens* sert encore à déterminer quels bénéficiaires cris et naskapis sont des « Indiens ».
[58] Thomas Isaac, *Aboriginal Self-Government in Canada: Cree-Naskapi (of Quebec) Act*, 7 *Native Studies Review 2* 1991, en 23
[59] Article 173
[60] Evelyn J. Peters, *Aboriginal Self-Government Arrangements in Canada: an Overview*, (Kingston: Queen's University, Institute of Intergovernmental Relations 1987) en 11
[61] L'article 174 de la Loi définit le terme conjoints (consorts), ce qui inclut « Couple …non marié d'une part et vivant en union de fait compte tenu des coutumes cries ou naskapies. »

dans la *CBJNQ*. Selon l'article 4 de la *Loi sur les Cris et Naskapis du Québec* toutefois, les lois du Québec s'appliquent pourvu qu'elles ne soient pas incompatibles avec cette loi ou qu'elles ne chevauchent pas des questions abordées dans celle-ci.[62] En outre, la CBJNQ a préséance s'il y a incompatibilité entre la Loi et la Convention. Par conséquent, les dispositions du *Code civil* traitant du droit de la famille s'appliquent à moins que des dispositions particulières dans la Loi ou les règlements traitent de ces questions. Un point important : la Loi stipule aussi que « Les dispositions de la présente loi l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi fédérale ».[63] On peut soutenir que les dispositions de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* et de la Convention ont préséance sur la LFM en raison de cette disposition. En effet, la magistrature a caractérisé la loi sur les Cris et les Naskapis comme ayant un « caractère supralégislatif » supérieur.[64] Il est possible que les articles 3 et 4 combinés empêcheraient les communautés cries et naskapies d'élaborer leur propre code en matière de droit matrimonial au sens du paragraphe 7(3) de la LFM. Il semble aussi en vertu de la Loi que le pouvoir des bandes cries et de l'administration régionale crie à rédiger des règlements administratifs pourrait ne pas inclure le pouvoir d'adopter des textes législatifs sur les biens matrimoniaux.[65] En outre, les bandes au sens de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* ne sont pas des bandes au sens de la *Loi sur les Indiens* et sont des bandes constituées de façon distincte. Ainsi, le paragraphe 7(3) de la LFM pourrait ne pas s'appliquer à ces bandes puisque cette disposition renvoie à une « Première nation » qui est définit comme une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*. Si des bandes cries et naskapies sont en mesure d'adopter un code LFM, il se peut que la province n'ait pas traité de la question (un « vide » dans la loi provinciale); ces bandes peuvent alors être en mesure d'adopter des textes sur ces questions pour combler les « vides juridiques » dans la loi provinciale, par exemple des dispositions sur la protection d'urgence. Les liens entre la LFM et la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* et la *CBJNQ* sont complexes et vont au-delà de la portée du présent document. Il est recommandé à cet effet de procéder à des recherches et analyses juridiques plus poussées.

---

[62] L'article 4 est énoncé comme suit :

> 4. Les lois provinciales d'application générale ne s'appliquent pas en cas d'incompatibilité avec la présente loi ou les règlements ou règlements administratifs pris sous son régime, ni dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi.

[63] Paragraphe 3(1) de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*.

[64] *Québec (Procureur général) c. Moses*, [2010] 1 R.C.S. 557. Les juges LeBel et Deschamps, dissidents, mais non sur le point au para. 92 :

> Toutefois, elle (la Convention) possède un caractère particulier, celui d'avoir été mise en œuvre par voie législative au fédéral et au provincial, de comprendre une disposition assurant sa prépondérance et de refléter clairement l'intention des parties de lui conférer un caractère supralégislatif. Après avoir démontré que la Convention a valeur de règle de droit dotée d'une force obligatoire et qu'elle prime toute loi conflictuelle d'application générale, nous passons maintenant à sa protection constitutionnelle.

[65] Articles 45 et 62 respectivement.

IX. Effet de l'exercice de la compétence fédérale au sens du paragraphe 91(24) par rapport à la loi du Québec en matière de biens matrimoniaux

Même si le Québec est d'avis que ses lois sont « suprêmes » dans le domaine des biens matrimoniaux et que ces lois s'appliquent aussi dans les réserves qu'à l'extérieur de celles-ci, cette position ne serait pas justifiée en application de la distribution des pouvoirs législatifs aux article 91 (pouvoirs fédéraux) et 92 (pouvoirs des provinces) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon moi, il est clair que la loi fédérale aurait généralement préséance compte tenu des principes constitutionnels de la prédominance fédérale, de l'exclusivité des compétences et de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Dans la présente section, j'examinerai tour à tour ces principes constitutionnels ainsi que l'effet de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* au sens de la validité du droit de la famille du Québec et par rapport à la nouvelle LFM.

Mais avant d'aborder l'analyse de la distribution classique des pouvoirs et la compréhension du paragraphe 91(24), il importe de noter que la soi-disant nature « plénière » du paragraphe 91(24) est de plus en plus remise en question compte tenu de la reconnaissance élargie des droits des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et à l'autodétermination, et en particulier du principe que les peuples autochtones ont le droit d'être consultés avant que tout gouvernement ne prenne des mesures qui pourraient avoir des conséquences sur des droits ou des intérêts garantis.[66] L'idée que le gouvernement fédéral peut unilatéralement adopter une loi régissant les « Indiens » est très problématique à la lumière de la reconnaissance accrue des droits humains des Autochtones, y compris leur droit à l'autodétermination en tant que peuple dans le droit international. En effet, le contexte hautement consultatif de la LFM et la reconnaissance du pouvoir des Premières nations à adopter des textes législatifs à partir des lois elles-mêmes font la preuve de cette « nouvelle » interprétation du paragraphe 91(24).[67]

A. Application de la doctrine de la prépondérance

Étant donné que le gouvernement fédéral a compétence exclusive sur « les Indiens et les terres réservées pour les Indiens » en vertu du paragraphe 91(24) de la Constitution (par rapport aux provinces), les lois fédérales, y compris la LFM, l'emporteront sur les lois provinciales en cas d'incompatibilité. C'est ce qui ressort de la doctrine de la prépondérance fédérale. Ce principe a évolué au fil des ans pour s'harmoniser avec l'approche de la Constitution mettant l'accent sur un fédéralisme de coopération et une tolérance à un certain degré de chevauchement des compétences de manière à assurer une gouvernance générale efficace. Par conséquent, le degré d'incompatibilité nécessaire pour déclencher l'application de la doctrine de la prépondérance a de plus en plus diminué avec les années.[68] Ainsi, pour que la doctrine puisse s'appliquer et supplanter la loi provinciale, la loi provinciale doit être en « conflit véritable » avec la loi fédérale dans le sens qu'il est impossible de respecter les deux lois applicables. Le dédoublement des normes et l'ajout d'exigences supplémentaires à la loi provinciale peuvent permettre aux

[66] Affaire *Haïda*, note précitée 24.
[67] Pour une discussion plus poussée sur le paragraphe 91(24) en tant que pouvoir fédéral conditionnel, voir Larry Chartrand, *The Failure of the Daniels Case: Blindly Entrenching a Colonial Legacy*, (2013) 51 Alta. L. R. 181.
[68] *Banque canadienne de l'Ouest c. Canada*, note précitée 4 au para. 70.

citoyens de respecter la loi provinciale sans violer la loi fédérale applicable, sauf si l'application de la loi provinciale empêche la réalisation de l'objectif de la loi fédérale sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions.[69]

Ainsi, même si le gouvernement fédéral a largement couvert le domaine du droit matrimonial dans la LFM, cela ne signifie pas forcément que cette loi prévaut automatiquement sur le droit de la famille du Québec. Si la loi provinciale peut s'appliquer harmonieusement dans la pratique et qu'elle n'empêche pas la réalisation de l'objectif de la LFM, elle peut tout de même être valide.

Par exemple, sous réserve de la doctrine de l'exclusivité des compétences, et/ou de l'application de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, la *Loi sur la protection de la jeunesse* du Québec permet à un tribunal de prendre des mesures pour que l'enfant, pour sa protection, demeure avec un seul des parents. De plus, au Québec, un époux peut obtenir une ordonnance provisoire d'occupation exclusive du foyer pour une question de « sécurité ». La LFM prévoit aussi des ordonnances de protection d'urgence qui peuvent servir aux mêmes fins ou à des fins différentes.

Dans l'affaire *Chatterjee c. Procureur général de l'Ontario,* la Cour suprême du Canada a permis l'application de la loi provinciale, la *Loi sur les recours civils* (LRC), pour la confiscation de biens découlant d'une activité illégale que détenait l'accusé Chatterjee. Il a aussi été reconnu que les dispositions du *Code criminel* relatives à la détermination de la peine étaient aussi applicables pour la confiscation de biens dans le processus de détermination de la peine. Malgré la possibilité dans certains cas qu'il y ait conflit entre une peine prévue au *Code criminel* et une application par le Procureur général pour la confiscation de biens en vertu de la LRC, la Cour a déterminé que le chevauchement ne constituait pas un conflit d'application compte tenu des faits de cette instance particulière. La Cour a statué ce qui suit :

> Si une telle ingérence dans l'application du Code criminel était établie, ou si l'on démontrait que la *LRC* va à l'encontre de l'objectif fédéral qui sous-tend les dispositions du Code criminel relatives à la confiscation, la doctrine de la prépondérance des lois fédérales rendrait la *LRC* inopérante dans la mesure du conflit ou de l'ingérence. Toutefois, tel n'est pas le cas en l'espèce. Si la confiscation est sollicitée et refusée dans le processus criminel, les diverses doctrines de la chose jugée, de la préclusion et de l'abus de procédure peuvent être invoquées pour empêcher la poursuite de remettre en litige la question de la détermination de la peine. Vu la souplesse de ces recours, il n'existe pas, entre le Code criminel et la *LRC*, un conflit d'application qui oblige à invalider cette dernière loi relativement aux infractions fédérales en général. Si, dans des circonstances particulières, les dispositions relatives à la confiscation du Code criminel entrent en conflit avec la *LRC*, de sorte qu'il devient impossible de se conformer aux deux textes législatifs, la doctrine de la prépondérance des lois fédérales rendra la *LRC* inapplicable, mais uniquement dans la mesure du conflit.[70].

Même si la loi provinciale peut s'appliquer du fait que l'application de la doctrine de la prédominance n'est pas déclenchée compte tenu des faits d'une instance particulière, la doctrine de la loi constitutionnelle reconnaît un aspect *essentiel* du pouvoir fédéral où les lois provinciales

[69] Ibid au para. 73.
[70] *Chatterjee c. Ontario (Procureur général),* 2009 CSC 19 (CanLII), (sommaire)

ne peuvent s'appliquer même si elles sont compatibles avec la loi fédérale.[71] Par conséquent, nous devons tenir compte de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences sur la question en cause de la LFM.

B. Doctrine de l'exclusivité des compétences et l'essentiel du paragraphe 91(24)

Dans l'exemple précédent, il se pourrait que l'ordonnance d'occupation exclusive n'enfreigne pas la doctrine de prédominance (même si un argument convaincant dans l'affaire *Paul c. Paul* tend à démontrer le contraire) à l'effet que le constat ne met pas fin à l'analyse constitutionnelle nécessaire. Le tribunal devrait aussi déterminer si la loi provinciale recoupe un secteur « essentiel » du paragraphe 91(24).

Les tribunaux ont soutenu qu'il s'agit de questions qui touchent « le statut et les droits des Indiens », et par conséquent l'essentiel du paragraphe 91(24). Ce que les tribunaux ont appelé « indianité » ou « quiddité indienne » aux fins de l'analyse de la distribution des pouvoirs. Dans l'affaire NIL/TU,O, le juge en chef McLachlin dans un jugement concordant a présenté une liste utile des activités relevant du contenu essentiel. Il est utile d'établir la liste à partir du jugement :

> le statut d'indien : *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, 1975 CanLII 143 (CSC), [1976] 2 S.C.R. 751, le juge en chef C.J. Laskin rédigeant en son nom et au nom de trois autres juges aux p. 760 et 761, et le juge J. Beetz, rédigeant en son nom et au nom du juge J. Pigeon, à la p. 787;
>
> les « relations au sein des familles indiennes et des collectivités vivant dans les réserves » : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 61;
>
> les « droits si intimement liés au statut d'Indien qu'ils devraient en être considérés comme des accessoires indissociables comme, par exemple, la possibilité d'être enregistré, la qualité de membre d'une bande, le droit de participer à l'élection des chefs et des conseils de bande, les privilèges relatifs à la réserve, etc. » : *Four B*, p. 1048;
>
> l'occupation de la résidence familiale située sur une réserve : *Paul c. Paul*, 1986 CanLII 57 (CSC), [1986] 1 S.C.R. 306;

[71] Dans l'exemple présenté, une ordonnance de sauvegarde provisoire visant l'usage exclusif du foyer familial pourrait ne pas se différencier suffisamment de la situation de l'affaire *Paul c. Paul*, note précitée 34, et un tribunal pourrait juger que cette ordonnance est effectivement en conflit véritable avec la *Loi sur les Indiens* (en particulier si l'ordonnance est incompatible avec le droit de l'époux de posséder ou d'occuper le foyer familial au sens de la *Loi sur les Indiens*). La Cour suprême du Canada doit maintenant statuer sur la question à savoir si les ordonnances de protection d'urgence provinciales indiquant l'usage exclusif provisoire du foyer familial pour des raisons de protection et de sécurité contre la violence sont en conflit avec les dispositions en matière de biens de la *Loi sur les Indiens.* On peut soutenir qu'il serait difficile de faire la distinction avec la situation de l'affaire *Paul* étant donné que l'ordonnance en cause dans cette instance (*Paul*) visait une occupation provisoire en vertu du droit de la famille de la Colombie-Britannique.

> le droit à la possession de terres sur une réserve et, par conséquent, le partage des biens familiaux sur des terres réservées : *Derrickson c. Derrickson*, 1986 CanLII 56 (CSC), [1986] 1 S.C.R. 285, p. 296;
>
> la chasse de subsistance en vertu des droits ancestraux et issus de traités, comme le fait de tuer un cerf pour se nourrir : *Dick*;
>
> le droit de revendiquer l'existence ou l'étendue du titre ou des droits ancestraux relativement à des ressources ou des terres contestées : *Delgamuukw* et *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31 (CanLII), 2002 CSC 31, [2002] 2 S.C.R. 146;
>
> l'application des règles constitutionnelles et fédérales relatives aux droits ancestraux : *Paul c. Colombie-Britannique*, entre autres décisions.[72]

Comme on peut le constater, les questions visant la possession de la terre et le foyer familial sont considérées comme relevant du contenu essentiel. Dans l'affaire *Banque canadienne de l'Ouest,* le tribunal a généralisé les instances pour constater que les questions concernant les relations au sein des familles indiennes relevaient du contenu essentiel et qu'elles pourraient chevaucher une bonne part des questions relevant du droit de la famille de compétence provinciale. La loi provinciale pourrait être inapplicable en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences si la nature du dédoublement fait en sorte de déclencher l'application de cette doctrine. Un simple dédoublement touchant le contenu essentiel peut être insuffisant compte tenu de la jurisprudence récente concernant la portée de la doctrine.

La jurisprudence en matière de droit constitutionnel tend à limiter la doctrine de l'exclusivité des compétences et à traiter le paragraphe 91(24) de la même façon à cet égard que tout autre chef de compétence fédérale au sens de l'article 91.[73]

La tendance visant à réduire la portée de l'applicabilité de la doctrine de l'exclusivité des compétences a été acceptée expressément dans l'affaire *Banque canadienne de l'Ouest*. Dans cette instance, le débat sur la mesure de l'empiètement sur un sujet du contenu essentiel de compétence fédérale qui déclencherait l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences a été résolu en exigeant que la loi provinciale « entrave » le sujet de spécificité fédérale et non pas seulement le « toucher ». Ce n'est qu'au moment de la décision rendue en 2010 dans l'affaire NIL/TU,O que la Cour suprême du Canada a précisé que la norme en matière d'entrave s'appliquait aussi aux instances portant sur l'application des lois provinciales ayant des conséquences sur les Indiens.[74] La décision majoritaire rédigée par la juge Abella a renversé une démarche appliquée depuis longtemps pour examiner les questions concernant les relations de

[72] Note précitée 5 au par. 71
[73] Une incertitude existe à savoir si cette tendance a été entièrement acceptée par les tribunaux en rapport avec la portée du contenu essentiel du paragraphe. 91(24). Voir la discussion ci-après.
[74] Note précitée 5.

travail différemment dans le contexte du paragraphe 91(24) que dans d'autres contextes.[75] La juge Abella a énoncé que :

> En principe, rien ne justifie que la compétence relative aux relations de travail d'une entité soit abordée différemment lorsque le par 91(24) est en cause. La nature fondamentale de l'examen est – et devrait être – la même que pour les autres chefs de compétence.[76]

La Cour a conclu que l'agence en question avait été créée pour offrir des services d'aide à l'enfance, c'est-à-dire une entreprise de compétence provinciale. Le fait qu'elle a été fondée pour offrir des services exclusivement aux communautés autochtones (et créée à la suite d'une entente tripartite entre un regroupement des Premières nations, la province et le gouvernement fédéral, y compris le fait que ce dernier a financé en bonne partie l'agence) ne change pas le fait qu'elle offre des services d'aide à l'enfance qui relèvent de la province au sens du paragraphe 92 de la Constitution. En bonne partie, la majorité des juges ont présenté les commentaires suivants à propos de la légitimité du pouvoir provincial à traiter des questions visant les Autochtones. La juge Abella a énoncé ce qui suit :

> …en reconnaissant et en confirmant les droits et le statut uniques des Autochtones dans le contexte de l'aide à l'enfance, en donnant expressément un sens pratique à ces droits et à ce statut, et en respectant expressément la culture et l'héritage des Autochtones, la *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie-Britannique représente un exercice du pouvoir législatif à la fois louable et imposé par la Constitution. *Le fait que la prestation des services d'aide à l'enfance soit déléguée à des agences des Premières Nations démontre, de manière importante et positive, une reconnaissance publique des besoins particuliers des enfants et des familles autochtones*. Il me semble s'agir là d'une initiative qui doit être encouragée dans la sphère de compétence provinciale et non pas entravée.[77]
> (Les caractères en italiques de la deuxième phrase sont de moi.)

La juge Abella nous a rappelé que ce résultat est en accord avec le caractère coopératif du paysage constitutionnel actuel du Canada qui adopte une approche dans laquelle « il faut inévitablement accepter un chevauchement entre l'exercice des compétences fédérales et provinciales ».[78]

La promotion de la compétence provinciale par la Cour en regard des besoins particuliers des familles et des enfants autochtones laisse à penser que la Cour pourrait favoriser une législation provinciale conçue pour répondre aux besoins des familles autochtones sur des questions visant les biens matrimoniaux. Autrement dit, la Cour sera moins encline à refuser l'application d'une loi provinciale valide simplement du fait qu'elle touche les populations autochtones.

---

[75] Ibid au par. 19
[76] Ibid au par. 20
[77] Ibid au par. 41
[78] Ibid au par. 42 - Qu'en est-il de la sphère de compétence des Autochtones?

Dans un jugement distinct mais concordant, la juge en chef McLachlin a aussi affirmé cette approche d'accroître la portée de la loi fédérale. Non seulement la juge McLachlin a-t-elle énoncé expressément que la Cour préférait l'interprétation plus restrictive, selon laquelle les activités sont considérées comme fédérales et relèvent du contenu essentiel, mais elle a insisté sur une définition restreinte de la portée du contenu essentiel du paragraphe 91(24). La juge en chef McLachlin a souligné qu'il fallait reconnaître que la portée du contenu essentiel du par. 91(24) est étroite. Elle a aussi mentionné que le contenu essentiel de portée étroite :

> reconnaît que les Indiens font partie de la population générale et que, par conséquent, dans le cadre de leurs activités quotidiennes, ils sont assujettis aux lois provinciales d'application générale…Ce n'est que lorsque l'activité est si entièrement liée à ce qui fait que les Indiens et les terres réservées aux Indiens sont une responsabilité fédérale fondamentale qu'elle devient une partie intrinsèque de la compétence fédérale exclusive, de sorte que le pouvoir législatif provincial est exclu.[79]

Dans ce contexte, le jugement de la juge McLachlin est compatible avec celui de la juge Abella.

Ce qui importe toutefois aux fins des questions constitutionnelles pertinentes concernant la LFM est que la juge McLachlin a basé son jugement sur des cas de jurisprudence pour illustrer des exemples de ce qui relève exclusivement du pouvoir fédéral malgré cette précision de la doctrine. Dans les exemples présentés, on retrouve des cas bien connus traitant des biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves, y compris des sujets concernant les « relations au sein des familles indiennes et des collectivités vivant dans les réserves ».

Même si le jugement NIL/TU,O ne précise pas ce qui se trouve dans le contenu essentiel, il précise que la norme basée sur « l'entrave » sera appliquée. Par conséquent, il pourrait être insuffisant que le droit provincial sur les biens matrimoniaux chevauche simplement les dispositions de la LFM ou qu'il ait un impact mineur sur celles-ci. Il faudrait faire la preuve que la loi provinciale « entrave » le sujet du contenu essentiel : « relations au sein des familles indiennes ».

> Les lois ouvrières provinciales ne peuvent être écartées que si les activités normales et habituelles de l'entreprise ont un lien direct avec ce qui fait que les Indiens sont des personnes fédérales en vertu de leur statut ou de leurs droits, dans la mesure où les lois provinciales auraient pour effet *d'entraver cette entreprise essentiellement fédérale*.[80]

On peut soutenir que la notion d'entrave s'applique si la loi provinciale « entrave » effectivement la notion de « relations au sein des familles indiennes » au sens de la LFM ou d'un code des Premières nations.

Cette tendance a des conséquences sur la LFM. L'examen plus rigoureux de « l'entrave » adopté afin de déterminer si la loi provinciale fait intrusion dans le contenu essentiel du pouvoir fédéral dans des instances récentes comme celle de la *Banque canadienne de l'Ouest* et de *NIL/TU,O*, réduit effectivement la portée du contenu essentiel au sens du paragraphe 91(24) et, ce faisant,

[79] Ibid au par. 73
[80] Ibid au par. 74.

ouvre la voie à l'application de la loi provinciale pour des questions de droit matrimonial dans les réserves malgré les dispositions de la LFM.

Il en résulte que les lois provinciales d'application générale pourraient de plus en plus s'appliquer d'elles-mêmes, sans avoir à tenir compte de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, et être incorporées dans la loi fédérale, sauf si elles entravent les relations au sein des familles indiennes.

Le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire NIL/TU,O donne lieu à de fortes critiques du fait qu'il n'apprécie pas l'existence du pouvoir autochtone sur les questions touchant le bien-être de l'enfant d'une manière séparément du pouvoir fédéral ou provincial. De plus, la Cour n'apprécie pas les raisons politiques distinctes et valides pour lesquelles une approche constitutionnelle différente des questions relatives à la division des pouvoirs n'est pas seulement appropriée mais aussi nécessaire dans le contexte des relations avec les peuples autochtones dans une société postcoloniale. Par exemple, la Cour ne tient pas compte de la façon dont une interprétation plus large de la compétence au sens du paragraphe 91(24) pourrait vouloir dire favoriser un champ de compétence inhérent et distinct au sens du paragraphe 35(1) de la Constitution.[81]

C. Application de l'article 88 de la Loi sur les Indiens

> **88.** Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou la *Loi sur la gestion financière des premières nations* ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou texte législatif d'une bande pris sous leur régime, et sauf dans la mesure où ces lois provinciales contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou la *Loi sur la gestion financière des premières nations* ou sous leur régime.

Cette disposition a pour effet d'incorporer par renvoi les lois provinciales qui ne s'appliquent pas d'elles-mêmes du fait qu'elles entravent l'essentiel de la « quiddité indienne ». Autrement dit, si la loi d'application générale du Québec et portant sur une ordonnance de sauvegarde qui accorde le droit exclusif provisoire d'occupation du foyer familial situé dans une réserve « entrave » le droit d'un époux de vivre dans le foyer familial au sens de la *Loi sur les Indiens*, la loi provinciale serait incorporée à titre de loi fédérale hybride. L'article 88 donne force de loi fédérale à de telles lois provinciales. Toutefois, la loi provinciale incorporée à titre de loi fédérale au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* ne peut s'appliquer si elle est « ***incompatible*** » avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens* ou de quelque autre loi fédérale. Par exemple, si on constate qu'une ordonnance de sauvegarde est incompatible avec l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*, elle ne serait pas applicable. Par contre, si elle n'est pas incompatible, elle serait incluse mais sous réserve des dispositions de la LFM, du fait que son inclusion serait sujette à « quelque autre loi fédérale » dont fait partie la LFM. Si l'ordonnance de sauvegarde est incompatible avec

[81] John Borrows and Leonard Rotman, *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials and Commentary*, 4th Edition (Lexis Nexis, 2012) en 748.

une ordonnance rendue en vertu de l'article 16 de la LFM (ordonnance de protection d'urgence), l'article 16 de la LFM a alors préséance sur la mesure incompatible. La même situation se produira probablement si une Première nation a prévu des dispositions concernant une telle ordonnance de protection d'urgence.

L'article 88 va toutefois plus loin que la loi constitutionnelle conventionnelle sur la prédominance qui nécessite une incompatibilité réelle. À l'égard des dispositions de la *Loi sur les Indiens* ou de la *Loi sur la gestion financière des premières nations* (LGFPN), l'article 88 stipule que les lois provinciale ne sont pas applicables si elles contiennent des dispositions sur toute question prévue dans la *Loi sur les Indiens* ou dans la LGFPN. Une incompatibilité réelle entre les lois est superflue. En effet, la loi provinciale peut être compatible avec la loi fédérale, mais elle ne s'appliquera pas aux Indiens au sens de l'article 88.

À l'énoncé même de l'article 88, toutefois, seules la LGFPN et la *Loi sur les Indiens* peuvent profiter de cette protection plus large à l'égard de la loi provinciale. L'article 88 devrait être modifié pour y inclure la LGTNP ou la LFM. Des conséquences importantes découlent de cette omission. Si une loi provinciale d'application générale a une incidence sur l'essentiel de la quiddité indienne et que le sujet est régi par la LGTPN ou la LFM, l'article 88 permettra que cette loi s'applique aux Indiens, sauf en cas d'incompatibilité réelle avec les dispositions de la loi fédérale. La loi provinciale pourrait avoir une conséquence négative en ce sens qu'elle pourrait s'appliquer de façon plus large, de sorte que des époux pourraient sonder les tribunaux pour savoir quelle loi leur offre les meilleurs avantages : la loi provinciale ou la LFM? Comme indiqué dans le résumé ci-dessus, il est recommandé de modifier l'article 88 pour qu'il fasse explicitement référence à la LFM. Il serait aussi recommandé d'inclure également la LGTPN pour assurer une plus grande uniformité.

Avant d'examiner la question de l'exécution judiciaire de la LFM et des codes MPN par les tribunaux du Québec, j'aimerais d'abord discuter brièvement de la question concernant la limitation de la portée de la loi aux seuls biens des conjoints situés dans les réserves.

D. Application de la LFM aux biens familiaux hors des réserves

La Loi ne s'applique qu'aux terres et aux constructions situées dans les réserves. Cette notion est bien précisée dans la définition du foyer familial et dans le fonctionnement de l'article 28 portant sur le partage des droits ou intérêts matrimoniaux « situés dans une réserves de cette première nation ». Cela signifie que la valeur des biens au sens de la Loi ne s'applique qu'aux intérêts situés dans la réserve dont l'époux est membre. On peut donc prétendre que seraient exclus les biens de l'époux qui sont situés dans une réserve dont l'époux n'est pas membre ou situés sur des terres provinciales en général. Il s'agit d'une définition très restrictive des « droits et intérêts ». Il est donc probable que plusieurs procédures judiciaires soient nécessaires pour régler le cas de tous les biens que détiennent les couples. Cette situation est restrictive et pose beaucoup de problèmes et elle entraînera de nombreuses procédures (ce qui est contraire à la notion de faciliter l'accès à la justice aux peuples autochtones).

Cette décision de restreindre la Loi uniquement aux biens situés dans la réserve est curieuse. Comme on l'a vu précédemment, les principes de la distribution des pouvoirs contenus dans la loi constitutionnelle ont évolué de manière à englober un fédéralisme de coopération et à reconnaître un certain degré de chevauchement entre les compétences fédérale et provinciale. Selon moi, il serait possible d'étendre la portée de la loi fédérale pour y inclure les biens provinciaux pour autant que l'intrusion dans le domaine provincial n'ait qu'un impact « mineur » sur toute autre loi fédérale valide. Dans *Banque canadienne de l'Ouest*, les juges Binnie et LeBel ont constaté que la « doctrine du caractère véritable » (de l'interprétation constitutionnelle) « repose » :

> sur la reconnaissance de l'impossibilité pratique qu'une législature exerce efficacement sa compétence sur un sujet sans que son intervention ne touche incidemment à des matières relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement…, il serait par exemple impossible pour le Parlement fédéral de légiférer efficacement sur les droits d'auteur sans incidence sur la propriété et les droits civils »…[82]

On pourrait dire la même chose à propos de l'impossibilité du Parlement à légiférer efficacement sur les biens matrimoniaux des Autochtones sans toucher aux droits civils et de propriété dans la province. En effet, on pourrait faire valoir que le fait pour la Loi de ne pas étendre sa portée au-delà des réserves de manière à inclure tous les biens familiaux peu importe où ils se trouvent rend la législation inefficace et impropre en pratique.

Il n'est pas dans la portée du présent rapport d'analyser plus avant le résultat d'une contestation de la distribution des pouvoirs si le Parlement avait élargi la portée de la Loi pour y inclure les biens hors des réserves. Selon moi, toute intrusion de ce genre dans la compétence provinciale l'emporterait sur une contestation constitutionnelle de la province, puisque son incidence serait probablement mineure compte tenu du fait que la Loi met globalement l'accent sur les biens matrimoniaux situés dans les réserves que détiennent les membres de Premières nations de réserves particulières. En effet, mon opinion préliminaire ne changerait pas si le gouvernement fédéral avait inclus dans une telle loi tous les « Indiens », peu importe leur lieu de résidence, dans les réserves ou hors de celles-ci, puisque le paragraphe 91(24) comprend deux chefs de compétence soit les « terres réservées pour les Indiens » et les « Indiens ». L'existence de la doctrine à « deux aspects » dans la Loi constitutionnelle justifierait l'application des lois provinciales aux Indiens, mais si le gouvernement fédéral avait décidé de s'introduire dans ce domaine, son pouvoir plénier au sens du paragraphe 91(24)[83] ferait probablement en sorte que toute loi provinciale serait considérée incompatible avec la loi fédérale. Il ne faut pas oublier que l'existence de l'article 88 découle du fait que le gouvernement fédéral a choisi de ne pas adopter « une à une ses propres mesures de duplication de l'essentiel des lois provinciales concernant les Indiens »[84].

Je ne peux que spéculer sur les raisons pour lesquelles le Parlement a adopté une approche aussi restrictive, voire inefficace. Peut-être est-ce l'incertitude quant à une contestation constitutionnelle, mais plus probablement, il s'agit de l'incertitude de l'application de la portée

[82] Note précitée 4 au par. 29
[83] Il y a beaucoup de critique au sujet du caractère plénier du pouvoir au sens du paragraphe.91(24) …
[84] Kerry Wilkins, *Of Provinces and Section 35 Rights* (1999) 22 Dal. L.J. 185

d'un code d'une Première nation; mais rien à l'article 7 n'empêche forcément une Première nation d'établir ses propres textes législatifs sur les biens matrimoniaux de sorte qu'ils incluent les biens situés hors de la réserve que détient un époux.

L'article 7 reconnaît le pouvoir d'une Première nation à adopter des textes législatifs sur les droits ou intérêts « dans ses réserves ». Mais cette disposition reconnaît simplement les pouvoirs de gouvernance que les Premières nations détiennent dans ce domaine. Elle reste muette sur l'étendue du pouvoir de gouvernance dans ce domaine. Dans tous les cas, il faut reconnaître que pour créer un code de bande efficace, la bande peut devoir faire intrusion, dans une certaine mesure, dans la compétence provinciale, mais, selon moi, une intrusion de ce genre dans la compétence provinciale n'aurait probablement qu'une incidence mineure sur l'objet principal du Code, c'est-à-dire les droits ou intérêts des membres de la bande dans sa réserve. Cette conclusion tiendrait même si la source du pouvoir à étendre l'application aux biens détenus par les époux hors des réserves est perçue comme étant l'exercice d'un pouvoir inhérent existant reconnu implicitement à l'article 7 de la Loi ou un prolongement logique d'un pouvoir fédéral délégué.[85]

Il importe de se rappeler que le préambule énonce que le « gouvernement du Canada a reconnu que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale constitue un droit ancestral et qu'il est d'avis que la meilleure façon de mettre en oeuvre ce droit est de procéder par négociation ». Cet énoncé du préambule n'exclut donc pas la reconnaissance de textes législatifs adoptés par un pouvoir autonome. En effet, l'énoncé suivant du préambule indique que « la présente loi n'a pas pour but de définir la nature et l'étendue de tout droit à l'autonomie gouvernementale ou d'anticiper l'issue des négociations portant sur celle-ci. » La Loi est destinée à « promouvoir l'exercice, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*, du pouvoir des premières nations de prendre des textes législatifs »…[86]

X Source du pouvoir des Premières nations à adopter des textes législatifs en matière matrimoniale

Le préambule semble laisser à penser que le pouvoir reconnu à l'article 7 est délégué par défaut puisque la Loi ne découle pas d'un accord d'autonomie gouvernementale mais plutôt du processus parlementaire normal (malgré qu'elle ait fait l'objet d'un processus fortement « consultatif » avant son adoption). En outre, le terme « Première nation » au sens de l'article 7 de la Loi est défini comme désignant une « bande » au sens de la *Loi sur les Indiens*. La perception conventionnelle est que la « bande » est une création de la *Loi sur les Indiens* et que, par conséquent, les pouvoirs qu'elle détient sont uniquement ceux délégués expressément par la loi fédérale.

Toutefois, la bande est aussi un groupe politique organisé et non seulement une forme de pouvoir délégué, à la façon des municipalités. Il est intéressant de noter à cet égard que la formulation

[85] Comme indiqué ci-dessous, la perception la plus contraignante de l'article 7 de la Loi est qu'il s'agit d'une reconnaissance de droits existants en matière de gouvernance et non d'une disposition habilitante de l'exercice du pouvoir fédéral.
[86] Dispositions dans le préambule.

employée à l'article 7 renvoie à la Première nation comme ayant le « **pouvoir…d'adopter des textes législatifs** ». Contrairement à l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*, on ne fait pas référence à des « règlements administratifs » de la bande, qui est une formulation habituellement en lien avec des organisations subordonnées exerçant un pouvoir qui leur est délégué. On peut par conséquent interpréter librement que la Loi ne délègue pas un pouvoir, mais qu'elle reconnaît réellement un pouvoir inhérent de gouvernance. En effet, des tribunaux de moindre instance ont reconnu que les bandes possèdent deux sources de pouvoir de gouvernance. D'abord un pouvoir fédéral délégué en vertu de la *Loi sur les Indiens* et d'autres lois fédérales. Puis une source découlant d'un pouvoir inhérent de gouvernance séparé des pouvoirs fédéral et provincial. Dans *Bone c. Bande indienne de Sioux Valley*[87], le tribunal a maintenu que le pouvoir d'une bande à choisir un conseil par coutume ne relevait pas de la *Loi sur les Indiens*. « Il s'agit plutôt d'un pouvoir inhérent de la bande; un pouvoir qu'a toujours détenu la bande et dans lequel la *Loi sur les Indiens* ne peut intervenir que dans des circonstances limitées »…[88] De la même façon, le pouvoir reconnu à l'article 7 est défini comme inhérent malgré que la LFM peut y intervenir mais uniquement dans des circonstances limitées (p. ex., imposer une exigence de publication et un processus d'approbation).

Il est indiqué dans le préambule que le gouvernement n'avait l'intention de « reconnaître » le droit inhérent de la Première nation à l'autonomie gouvernementale qu'en faisant appel à un processus de négociation. Mais il est possible que la loi elle-même reconnaisse effectivement ce pouvoir par opposition à un pouvoir délégué.[89] De la jurisprudence existe pour soutenir un constat que la Loi n'accorde pas de pouvoir à la Première nation, mais qu'elle reconnaît simplement un pouvoir déjà existant.[90]

Le gouvernement fédéral reconnaît par voie de politique le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale que détiennent les peuples autochtones. Toutefois, ce droit ne peut se concrétiser que par des ententes négociées. Cet aspect de la reconnaissance est contesté. S'il n'y a pas de négociation ou que la négociation n'aboutit pas, les peuples autochtones allèguent toutefois que le droit peut être débattu en cour et qu'il peut être reconnu par les tribunaux. Les tribunaux ont mentionné qu'ils étaient habilités à prendre une décision sur la question pour autant que le droit affirmé ne soit pas formulé de façon trop large (voir *Pamajewon*, CSC). Bien que les conditions mineures de l'article 7 donnent à penser que le gouvernement fédéral dispose d'un contrôle sur le pouvoir d'une première nation à adopter des textes législatifs, l'existence de ces conditions est aussi en accord avec l'idée qu'elles représentent une voie d'entrée adaptée au droit inhérent d'adopter des textes législatifs lorsque les conditions ne font pas l'objet d'une contestation (un compromis sur la portée complète du droit) du point de vue du gouvernement fédéral.

Toutefois, dans le cadre du présent rapport, il n'est possible que de mettre en évidence le fait que l'hypothèse voulant que les pouvoirs des Premières nations au sens de la LFM soient délégués

[87] [1996] 3 C.N.L.R. 54, au par. 32
[88] Ibid.
[89] Il convient de noter que l'article 4 de la LFM énonce que la Loi « a pour objet l'adoption par les premières nations de textes législatifs », ce qui pourrait être interprété comme une disposition habilitante plutôt que comme la reconnaissance d'un pouvoir inhérent.
[90] Pour des exemples voir *Campbell c. A.G. B.C.* [2000] 4 CNLR 1 (C.S. C.-B.)

est litigieuse et questionnable. Une analyse plus poussée est nécessaire pour explorer la question à fond.

Qu'arriverait-il si une Première nation décidait d'adopter un code ne comprenant pas de dispositions en matière de protection d'urgence? Est-ce que les règles provisoires s'appliqueraient le cas échéant ou faudrait-il présumer qu'en omettant ces dispositions dans son code, la Première nation a décidé qu'un régime de ce genre ne s'appliquait pas dans ses réserves?

Une des politiques de la Loi porte sur la nécessité de traiter les questions touchant la violence familiale et l'iniquité en matière de biens matrimoniaux; si les Premières nations ne s'occupent pas de ces questions, le gouvernement fédéral le fera. L'option de « retrait » dans la structure générale est en accord avec le contexte de cette politique. Pour être conséquent avec l'objectif de cette politique, il serait approprié que les règles provisoires comblent le vide que comporte le code de la Première nation. Une autre politique de la Loi consisterait à soutenir la compétence et l'autonomie de la Première nation à décider de la façon dont le gouvernement de la Première nation et les membres de sa communauté souhaitent s'occuper de la question; la décision de ne pas inclure de dispositions de protection d'urgence est une décision légitime d'un gouvernement autonome et devrait être respectée.

La LFM ne donne pas de solution claire sur ces questions. Une Première nation qui ne désire pas de dispositions en matière de protection d'urgence doit énoncer expressément que les dispositions de la LFM sur ces questions ne s'appliquent pas de sorte que le conseil de bande puisse protéger son pouvoir de prendre des décisions en la matière. La situation est différente toutefois si les dispositions des lois provinciales s'appliquent de toute façon. Selon des cas de jurisprudence sur l'interprétation de l'incidence des règlements administratifs adoptés par la bande au sujet de l'application de la loi provinciale dans les réserves, il semble plus probable que les textes législatifs de la Première nation auront préséance.[91] Sans une telle disposition expresse et compte tenu de la préférence donnée à une fédéralisme de coopération, un tribunal pourrait décider qu'il n'y a pas d'incompatibilité de fonctionnement entre le code d'une Première nation et la loi provinciale ou, dans la situation en cause, l'application des règles provisoires contenues dans la LFM.[92] Si toutefois la loi provinciale traite de l'occupation des terres ou d'un foyer familial, elle ne s'appliquera probablement pas en raison de la distribution constitutionnelle des pouvoirs expliquée précédemment.

XI. Exécution de la loi fédérale au Québec (Loi sur les Indiens et pouvoir délégué)

Les cours supérieures de la province (qui ont compétence générale) sont la tribune appropriée pour l'application de la législation fédérale, même si la loi fédérale peut le stipuler autrement de façon expresse, et désignent une autre instance pour le jugement visant la loi fédérale (par exemple, la Cour fédérale du Canada peut être désignée comme tribune dans la loi fédérale à

[91] *R c. Billy* [1982] 1 C.N.L.R. 99 (C.A. C.-B.), *Bande indienne de St. Mary's c. Canada* [1996] 2 C.N.L.R. 214 (C.F. 1ère inst.)
[92] *R. c. Blackbird*, [2005] 2 C.N.L.R. 309 (C.A. de l'Ont.)

condition que le gouvernement fédéral ait plein pouvoir sur la question faisant l'objet du jugement). En outre, il est possible pour le gouvernement fédéral de stipuler des cours et des tribunaux provinciaux autres que les cours supérieures.[93]

La LFM accorde expressément la compétence à la cour supérieure provinciale, soit, le cas échéant, la Cour supérieure du Québec (selon le paragraphe 2(1) de la LFM) et à tout autre tribunal, y compris la cour provinciale du Québec au sens du paragraphe 43(5), s'il a déjà été saisi de la question. Si un tribunal autre que la Cour supérieure du Québec a été saisi d'une question concernant la demande faite par un époux ou conjoint de fait, cette disposition reconnaît alors qu'un tel tribunal est compétent pour entendre la demande en vertu de la LFM. Même si la LFM ne contient pas de dispositions expresses au sujet des tribunaux compétents, la position par défaut est que les cours supérieures (article 96 Tribunaux) sont compétentes car elles sont les instances compétentes originelles en vertu de la Constitution.[94]

Cela est en accord avec la LFM. La cour supérieure de la province a compétence, sauf pour l'article 16 de la Loi dans lequel la Loi précise qu'un « juge désigné » peut rendre une ordonnance de protection d'urgence. Il peut toutefois s'agir d'un juge de la cour supérieure. Mais cette disposition ne sera en vigueur qu'après que le lieutenant-gouverneur en conseil aura autorisé un « juge désigné » en vertu du paragraphe 2(1) de la LFM. La Loi offre une certaine souplesse quant à la cour pouvant agir comme « juge désigné » de manière à permettre aux différentes provinces d'entendre les ordonnances de protection d'urgence qui soient les plus compatibles avec les procédures provinciales existantes. Au Québec, toutefois, aucune loi particulière ne prévoit d'ordonnances de protection civile d'urgence, sans dans le cas de la jeunesse (comme on l'a vu précédemment). Les cours supérieures sont compétentes pour émettre une injonction provisoire contre l'un ou l'autre des époux pour qu'il quitte la résidence familiale jusqu'au moment de la décision finale concernant ses droits suite à la rupture de la relation conjugale. Cette situation peut toutefois ne pas s'appliquer aux conjoints de fait au Québec. Par conséquent, seules des ordonnances de protection offertes en vertu du Code criminel (c.-à-d. des engagements de ne pas troubler l'ordre public).

Au moment de la rédaction du présent rapport, le lieutenant-gouverneur en conseil du Québec n'avait pas encore nommé de « juge désigné ». Les provinces ont jusqu'au 16 décembre 2014 pour désigner un juge, soit la date à laquelle les règles provisoires entrent en vigueur. Si aucune nomination n'a été faite à cette date, les dispositions concernant les ordonnances de protection d'urgence pourraient ne pas être prises en compte car elles relèvent de la compétence d'un juge désigné. La loi du Québec pourrait alors s'appliquer sous réserve de la question de son caractère constitutionnel (comme nous l'avons vu précédemment).

Le code d'une bande (première nation) peut toutefois inclure des ordonnances de protection d'urgence et nommer expressément la Cour supérieure du Québec (voir des tribunaux provinciaux plus accessibles) comme étant compétents pour rendre de telles ordonnances en

[93] Peter Hogg, note précitée 35 en 7-4. L'affaire *Papp c. Papp* [1970] 1 O.R. 331 (C.A. de l'Ont.) est citée en regard de la capacité du gouvernement fédéral de stipuler la cour supérieure comme tribune appropriée. L'affaire *R. c. Trimarchi* (1987) 63 O.R. (2d) 515 est citée de la même façon concernant la nomination des cours provinciales.
[94] Ibid.

vertu du code propre à la Première nation. Dans la vue d'ensemble de la LFM du ministre fédéral de la Justice, il est indiqué qu'une Première nation peut choisir d'adopter ses propres textes législatifs « concernant tout ou partie du contenu des règles fédérales provisoires – elle peut par exemple choisir de ne pas recourir aux tribunaux »…[95]

Règle générale, l'agence locale responsable de l'application de la loi dans la réserve se verra donner la responsabilité de mettre en oeuvre les règlements de nature quasi-criminelle. Les agents chargés de l'application des règlements nommés par le conseil de bande, par contre, seront responsables de voir au respect des règlements plutôt de nature administrative.

Les dispositions concernant les ordonnances de protection d'urgence dans la Loi et un code d'une Première nation qui prévoit des protections similaires contre la violence familiales peuvent être considérées comme étant de nature quasi-criminelle. En effet, ils sont traités comme tels puisque des plans prévoient la formation de forces policières au sujet de l'article 16 (dispositions en matière de protection d'urgence) de la LFM.

En conclusion, ce qui précède confirme que les principes conventionnels de la loi constitutionnelle appuieraient le droit du gouvernement fédéral à désigner la tribune ou les tribunes pour l'administration des dispositions de la LFM.

XI Conclusion

Le présent rapport visait à aborder certaines des importantes différences entre la LFM et le droit de la famille du Québec. En général, la LFM prévoit des protections similaires à celles qu'offre le droit de la famille du Québec sauf que ce dernier n'applique pas le principe du patrimoine familial aux couples en union de fait (couples assujettis au régime de la common law). Quoi qu'il en soit, la question est en quelque sorte théorique étant donné que la LFM, en vertu de la doctrine de la loi constitutionnelle, aurait préséance en cas d'incompatibilité avec la loi provinciale. Dans certaines circonstances, la loi provinciale pourrait être inapplicable parce qu'elle fait intrusion de manière injustifiable dans le contenu essentiel de la compétence fédérale au sens du paragraphe. 91(24) qui a été défini pour inclure les relations au sein des familles dans les réserves. Enfin, le gouvernement fédéral, en vertu de la constitution, a le pouvoir de stipuler la tribune judiciaire devant administrer les dispositions de la LFM. Une incertitude demeure quant à savoir si une Première nation peut en faire autant en vertu de son propre code législatif sur la famille. La Loi donne à penser qu'elle le peut au sens de l'alinéa 7(2) (a).

[95] Note précitée 36 en 9.

Annexe A : Tableau comparatif

LFFSRDIM et Code civil du Québec

Civil Code du Québec	***LFFSRDIM***
Définition du « patrimoine familial »[96] • les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage; • les meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage; • les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille; • les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite; • les gains inscrits, durant le mariage, au nom de chaque époux en application de la Loi sur le régime de rentes du Québec ou de programmes.	Définition de *Foyer familial et droits ou intérêts matrimoniaux*[97] « foyer familial » La construction à caractère permanent ou non, située dans la réserve, où les époux ou conjoints de fait résident habituellement ou, en cas de cessation de la cohabitation ou de décès de l'un d'eux, où ils résidaient habituellement à la date de la cessation de la cohabitation ou du décès. Si la construction est aussi normalement utilisée à des fins autres que résidentielles, la présente définition vise uniquement la partie de la construction qui peut raisonnablement être considérée comme nécessaire aux fins résidentielles. « droits ou intérêts matrimoniaux » Les droits ou intérêts — autres que ceux sur le foyer familial — qu'au moins l'un des époux ou conjoints de fait détient et qui, selon le cas : *a*) sont acquis pendant la relation conjugale; *b*) sont acquis avant la relation conjugale mais en considération de celle-ci; *c*) sont acquis avant la relation conjugale mais non en considération de celle-ci et se sont appréciés pendant celle-ci. Sont exclus de la présente définition les droits ou intérêts qui sont reçus d'une personne à titre de don ou en raison d'un legs ou de toute autre transmission par droit de succession et ceux qui remontent à ces derniers.
Droits égaux et obligation de vivre ensemble « Les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations. Ils sont tenus de faire vie commune. [98]	Droit d'occupation du foyer familial; égal pour chacun des époux ou conjoints de fait[99]

[96] Le *Code civil du Québec* (*CCQ)*, article 415
[97] La *LFFSRDIM*, article 2
[98] Le *CCQ*, article 392
[99] La *LFFSRDIM*, article 13

Attribution du bail de la résidence familiale à la suite d'un décès, d'un divorce, etc.[100]	En cas de décès de l'époux ou conjoint de fait, le survivant qui ne détient pas un droit ou intérêt sur le foyer familial peut occuper celui-ci pour une période de 180 jours suivant le décès.[101]
Possibilité de renonciation aux droits au patrimoine familial après la rupture du mariage, le décès d'un époux, etc.[102]	Consentement et possibilité de disposition ou de charges relatives aux droits ou intérêts matrimoniaux pendant la relation conjugale[103]
Partage du patrimoine familial (*Séparation de corps ou dissolution du mariage par divorce*)[104] Établissement de la valeur du patrimoine familial[105]	Partage égal de la valeur des intérêts et des droits en cas d'échec de la relation conjugale[106] Conditions de l'évaluation pour les membres de la Première nation[107] et les non-membres de la Première nation.[108]
Régime matrimonial[109]	Exécution d'une entente par écrit en cas d'échec de la relation conjugale[110]
Partage du patrimoine familial (*Dissolution du mariage suite au décès de l'un ou l'autre des époux*)[111] Établissement de la valeur du patrimoine familial [112]	Partage égal de la valeur des intérêts et des droits en cas d'échec de la relation conjugale au décès de l'un des époux ou conjoints de fait[113] Les conditions de l'évaluation pour les membres de la Première nation [114] et les non-membres de la Première nation sont différentes en ce sens que les personnes non membres de la

[100] « En cas de séparation de corps, de divorce ou de nullité du mariage, le tribunal peut, à la demande de l'un des époux, attribuer au conjoint du locataire le bail de la résidence familiale. L'attribution lie le locateur dès que le jugement lui est signifié et libère, pour l'avenir, le locataire originaire des droits et obligations résultant du bail. » Le *CCQ*, article 409
[101] La *LFFSRDIM*, article 14
[102] Le *CCQ*, article 423
[103] La *LFFSRDIM*, article 15
[104] Le *CCQ*, article 416
[105] « La valeur nette du patrimoine familial est établie selon la valeur des biens qui constituent le patrimoine et des dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens qui le constituent à la date du décès de l'époux ou à la date d'introduction de l'instance en vertu de laquelle il est statué sur la séparation de corps, le divorce ou la nullité du mariage, selon le cas; les biens sont évalués à leur valeur marchande. » Le *CCQ*, article 417
[106] La *LFFSRDIM*, article 28
[107] La *LFFSRDIM*, par. 28(2)
[108] La *LFFSRDIM*, par. 28(3)
[109] Le *QCC*, articles 431 à 447
[110] La *LFFSRDIM*, article 33
[111] Le *CCQ*, article 416
[112] Le *CCQ*, article 417
[113] La *LFFSRDIM*, article 34
[114] La *LFFSRDIM*, par 34(2)

	Première nation ne sont pas admissibles à une partie de la valeur de la terre[115]

Annexe B : Extrait de la Loi sur la protection de la jeunesse

37.5. Afin de mieux adapter les modalités d'application de la présente loi aux réalités autochtones, le gouvernement est autorisé à conclure, conformément à la loi, avec une nation autochtone représentée par l'ensemble des conseils de bande des communautés qui la constituent, avec une communauté autochtone représentée par son conseil de bande ou par le conseil du village nordique, avec un regroupement de communautés ainsi représentées ou, en l'absence de tels conseils, avec tout autre regroupement autochtone, une entente établissant un régime particulier de protection de la jeunesse applicable à un enfant dont la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis au sens de la présente loi.

Le régime établi par une telle entente doit être conforme aux principes généraux et aux droits des enfants prévus à la présente loi et est soumis aux dispositions de la section I du chapitre III de celle-ci. Notamment, les pouvoirs prévus à l'article 26 peuvent être exercés à l'égard du dossier pertinent au cas d'un enfant visé dans le cadre de l'application d'une telle entente.

L'entente prévoit les personnes à qui elle s'applique et définit le territoire sur lequel seront organisés et dispensés les services. Elle indique les personnes ou les instances à qui seront confiées pour l'exercice, en pleine autorité et en toute indépendance, de tout ou partie des responsabilités dévolues au directeur et peut prévoir des modalités d'exercice des responsabilités ainsi confiées, différentes de celles prévues par la présente loi. Elle contient des dispositions régissant la reprise en charge d'une situation en vertu du système de protection de la jeunesse prévu par la présente loi.

L'entente prévoit également des mesures visant à en évaluer l'application ainsi que les cas, conditions et circonstances dans lesquels ses dispositions cessent d'avoir effet.

Dans la mesure où elles sont conformes aux dispositions du présent article, les dispositions d'une entente prévalent sur toute disposition inconciliable de la présente loi et, en matière d'organisation ou de prestation de services, de la Loi sur les services de santé et les services sociaux (chapitre S-4.2) ou de la Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris (chapitre S-5).

[115] La *LFFSRDIM*, par. 34(3)

Toute entente conclue en vertu du présent article est déposée à l'Assemblée nationale dans les 15 jours de sa signature ou, si elle ne siège pas, dans les 15 jours de la reprise de ses travaux. Elle est en outre publiée à la Gazette officielle du Québec.[116]

[116] *Loi sur la protection de la jeunesse* (1977) S.Q. c. P-34.1

Family Homes on Reserves and Matrimonial Interests and Rights and its Relationship to Quebec Family Law: A Comparison and Constitutional Analysis

A Report Prepared for the
National Aboriginal Lands Managers Association

By
Larry Chartrand, B.Ed., LL.B., LL.M

June 17, 2014

Contents

Map of First Nation Reserves in Quebec 3
I. Introduction 4
II. Executive Summary 4
III. FMA Background History 7
IV. The Perceived Gap 8
V. Policy Response 9
VI An Overview of the FMA 9
VII. Matrimonial Property Law Comparison of FMA and Quebec Civil law 12
A. Definitions of Conjugal Relations in Quebec 13
B. Family Patrimony 15
C. Exclusive Occupation Orders 18
D. Emergency Protection Orders 19
E. Potential Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (s. 15 (2) and s. 25) 19
VIII. Implication of the FMA on the James Bay and Northern Quebec Agreement 20
IX. The Effect of Exercising Federal Jurisdiction under s. 91(24) in relation to Quebec Matrimonial Property Law 22
A. Application of the Doctrine of Paramountcy 22
B. Interjurisdictional Immunity Doctrine and the Core of s. 91(24) 24
C. Application of s.88 of the Indian Act 27
D. Application of FMA to Off-Reserve Family Assets 29
X The Source of the First Nation's Power to Make Matrimonial Laws 30
XI. Enforcement of Federal Law within Quebec (Indian Act and Delegated Authority) 32
XI Conclusion 34

Map of First Nation Reserves in Quebec

I. Introduction

This report has been prepared on behalf of the National Aboriginal Lands Managers Association.[1] The Association has asked that I examine the interaction and application of the FHRMIRA (hereinafter the "FMA") within the context of Quebec.[2] Quebec's family law is governed by the Quebec Civil Code.[3] The primary objectives of this report are to:

1) identify the differences that exist between the new FMA and the Civil Code and,
2) whether Quebec matrimonial law will prevail over the provisions of the FMA and,
3) whether the interim provisions of the FMA and First Nations matrimonial laws (hereinafter referred to as "FNM Codes") created pursuant to the Act will be enforceable by Quebec courts.

II. Executive Summary

It is my opinion that there are some important differences that may result between the applications of Quebec matrimonial law as compared to the application of the interim provisions of the FMA. These differences generally result because under the FMA First Nation reserve residents have greater options for dealing with marital property issues and conflicts than Quebec residents generally. However, many of the differences can be justified due to the unique political, cultural and legal regimes that exist on reserves as compared to Quebec generally. Differences between Quebec law and FNM Codes, however, may be of a greater or lesser extent depending on the issues and solutions that a First Nation adopts in its own FNM Code. First Nations have extensive jurisdiction and scope to develop their own Codes to be more or less consistent with provincial law based on their own perceived needs. However, as discussed below, these differences are not relevant to which family law regime will now apply (federal, provincial or First Nation). To the extent that any differences exist between the federal legislation and Quebec family law, the federal legislation will prevail.

In regard to whether Quebec laws are the "last word" on the matter and prevail over the FMA, there is no justification for that assertion under constitutional law doctrine. Notwithstanding the views of the Quebec government that its laws are "supreme", the interim provisions of the FMA and of First Nation Codes will most likely prevail although there is some potential for overlap in areas both outside and within the core of federal jurisdiction under s. 91(24) if the provincial laws are not seen as in conflict with the FMA or FNM Codes. To the extent that Quebec family law matters do not impair the core of s. 91(24) Quebec laws may apply provided that they do not come into "operational conflict" with the provisions of the FMA or FNM Codes. In the interest

---

[1] In preparing this report, I would like to thank Omid Milani (Ph.D. Candidate, Uottawa).
[2] The National Aboriginal Land Managers Association is also host for the *Centre of Excellence for Matrimonial Real Property* which is the organization designated by the Minister of Indian and Northern Affairs for the purposes of s. 10, 11(4) and 11(5) of the *Family Homes on Reserves and Matrimonial Interests or Rights Act*, S.C. 2013, c. 20. The Centre is responsible under the legislation to receive First Nation matrimonial laws and amendments and will be a valuable resource for current information on First Nation specific laws enacted pursuant to the legislation.
[3] *Civil Code of Quebec,* S.Q. 1991, c. 64

of co-operative federalism, courts have increasingly narrowed the scope of what constitutes operational conflict between federal and provincial authority.[4]

Notwithstanding this general trend there are specific cases previously decided from the Supreme Court of Canada that have held that *relationships within Indian families,* and the *disposition of matrimonial homes and possession of reserve lands* are matters that may go to the core of s. 91(24). The core includes the "basic, minimum and unassailable content" of the federal power over Indians which is defined as "matters that go to the status and rights of Indians".[5]

> It appears to me to be unquestionable that for the provincial *Adoption Act* to apply to the adoption of Indian children of registered Indians, who could be compelled thereunder to surrender them to adopting non-Indian parents, would be to touch "Indianness", to strike at a relationship integral to a matter outside of provincial competence.[6]

In this decision, Chief Justice Laskin held that although the provincial law could not apply because of the doctrine of interjurisdicitonal immunity, the provincial law was nonetheless of general application and could therefore be referentially incorporated under s.88 of the *Indian Act* and become valid hybrid federal law. He also found that there were no provisions in the *Indian Act* that would have the effect of displacing the relevant provincial law of adoption. Even if the child was adopted by non-Indian parents the status of the child as an Indian would not be affected.

Thus, even where a provincial law of general application impairs the core of federal power, s.88 of the *Indian Act* may nonetheless allow its application as such laws are referentially incorporated as federal law provided it is not in conflict with the FMA or FNM Codes.[7]

The phrase "subject to the terms of … any other act of the Parliament of Canada" expressly establishes a presumption that the "free-standing" federal law such as the FMA should prevail over referentially incorporated provincial laws (hybrid federal laws) where there is inconsistency between them is logical and consistent with statutory interpretation principles generally.[8]

Overlap of Quebec provincial laws of general application that impair the core of federal authority *but do not conflict* with the FMA or FNM Codes may still be apply since the FMA is not expressly included in s. 88.[9]

If the FMA was expressly included in s.88 then provincial law would be ousted regardless of any inconsistency or conflict between federal and provincial laws as the free standing federal law

---

[4] *Canadian Western Bank v. Alberta,* [2007] 2 S.C.R. 3.
[5] *NIL/TU,O Child and Family Services v. BCGSEU,* [2010] 4 C.N.L.R. 284 (S.C.C.) at para. 71.
[6] *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare,* [1976] 2 S.C.R. 751
[7] See discussion infra.
[8] See Kerry Wilkins, "Still Crazy After All These Years: Section 88 of the Indian Act at Fifty" (2008) 38 Alta. L. Rev. 458.
[9] See *Picard c. Laine,* [1975] C.S. 795 (Que. C.S.) where the court held that Quebec provincial law that dealt with encroachment of land could not be incorporated into s. 88 because it was inconsistent with s.20 of the *Indian Act.* The court recommended that the matter be resolved by consulting the Band Council and the Minister of Indian Affairs.

would be regarded as exclusively occupying the field (not as a matter of division of powers doctrine but as a matter of statutory interpretation). Currently, however, this greater protection from provincial/federal hybrid laws only applies, based on the express wording of s. 88 itself to provisions under the *Indian Act* (including by-laws made thereunder) and the *First Nations Fiscal Management Act.* It has been recommended that s. 88 be amended to include the FMA.[10] I would argue that given my opinion that the FMA Codes are based on inherent First Nation authority and not delegated federal authority, s. 88 should also make express reference to FNM Codes in addition to the FMA itself.

However, if s.88 is found not to referentially incorporate provincial laws that impact Indian lands because the wording of the provision only references "Indians" as opposed to "lands reserved for Indians" than provincial law does not become referentially incorporated and would be inapplicable to reserve lands (do not become hybrid federal law).[11]

It terms of enforcement of the FMA within Quebec, it is my opinion that the imposition of judicial responsibility to adjudicate the provisions of FMA on to the Superior Courts of the province of Quebec is constitutionally valid and that the FMA can determine at which level of provincial court certain matters should be addressed. Thus, it is acceptable for the FMA to allow for justices of the peace or provincial court judges to decide at first instance applications for emergency protection orders. Less certain is the question of whether Quebec courts have jurisdiction to administer the laws of a FMA Code where the source of authority is regarded as vesting in the inherent sovereignty (self-governance) of the First Nation as opposed to being sourced in the federal government as a form of delegated municipal power. Since it is my opinion that the FMA r*ecognizes* First Nation authority rather than *granting* First Nation authority, the issue of whether provincial courts can adjudicate such laws involves complex questions of First Nation jurisdiction within the Canadian constitution that are beyond the

---

[10] Wendy Grant-John, *Report of the Ministerial Representative Matrimonial Real Property Issues on Reserves*, (2007) at para. 243. An online copy of the full report is available on the website of the Centre of Excellence for Matrimonial Real Property Law: http://www.coemrp.ca/resources/reports. S.88 currently reads:

> 88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or the *First Nations Fiscal Management Act*, or with any order, rule, regulation or law of a band made under those Acts, and except to the extent that those provincial laws make provision for any matter for which provision is made by or under those Acts.

The consequential amendment recommended by Wendy Grant-John would also reference the *Family Homes on Reserves and Matrimonial Interests or Rights Act* in addition to the *First Nations Fiscal Management Act*.

[11] The Supreme Court of Canada has not definitely decided this issue. However, in the recent *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2008] 1 C. N.L.R. 112 at para. 1039 Justice Vickers held after carefully reviewing the legal authorities on the issue that s. 88 does not incorporate provincial laws that impact on Aboriginal lands (reserve lands and Aboriginal title lands). As a result, provincial laws that have any impact on Aboriginal lands or regulate their use would be inapplicable as a result of the doctrine of interjurisdictional immunity. Note that this case is on appeal to the Supreme Court of Canada and was argued in February, 2014. A decision has yet to be released from the Court.

mandate of this research report.[12] It would be less legally uncertain and uncontroversial for a First Nation to agree to the source of authority as delegated when confronted with the issue but in doing so to indicate clearly that such a position is "without prejudice" to their view that their authority is inherent and independent of federal authority. Interestingly, the Act lacks a non-derogation clause that would clearly indicate that nothing in the Act is meant to abrogate or derogate from Aboriginal and Treaty rights, although there is a preamble statement that mirrors what a non-derogation clause would entail.[13]

The following provides a more detailed analysis of the above conclusions. I will begin by first providing a very brief comment on the history of the circumstances that lead the federal government to enact this statue.

I will then comment on the mischaracterization of this legislation in public and professional discourses as addressing a perceived gap in the law of matrimonial property rights on reserve. I describe below that this characterization is not accurate as the need to address this issue is more directly a function of the imposition of Canadian unilateral colonial (and patriarchal) authority and the social fall-out of this colonial history and the concomitant marginalization and oppression of First Nation political and legal authority.

I will then provide a brief overview of the major features of the legislation. After this overview, a comparison of some key differences between Quebec family law and the FMA will be provided. Originally I wished I could also provide a comparison with a FNM Code and Quebec family law as a First Nation case study but due to time constraints and other factors I am unable to do so.[14] Thus, the comparison provided is between the provisional regime of the FMA and the Quebec Civil Code and not between a FNM Code and the Quebec Civil Code.

I will then provide a constitutional analysis to determine the constitutionality of the legislation in light of a challenge by Quebec. I will then follow up with a review of how the enforcement of the FMA will be provided and the role of Quebec courts.

III. FMA Background History

The FMA is the final outcome of a lengthy history of debate and dialogue concerning issues of unfairness and lack of mechanisms to address concerns about housing rights given that many of

---

[12] For an account of the issues involved see John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution* (University of Toronto Press, 2010). In particular, Borrows makes the compelling argument that existing courts are capable of recognizing inherent Indigenous law (First Nation laws) and describing the constitutional relationship between Canada's legal traditions at page 215.

[13] The preamble statement reads as follows: *Whereas this Act is not intended to define the nature and scope of any right of self-government or to prejudge the outcome of any self-government negotiation.* According to principles of statutory interpretation, preamble statements have no legal force, but they can aide in the interpretation of existing provisions as I argue below in reference to the source of authority of First Nations to enact laws in this area.

[14] In this regard, I have met with representatives from Kiti gan Zibi First Nation which is in the process of drafting a matrimonial property law Code for the community.

the land and housing rights have historically been issued to men leaving women sometimes vulnerable as a result of land and housing policies of many First Nation communities. In addition, women that experienced a breakdown of a conjugal relationship had no recourse to provincial family law which ensured that spouses would receive equal division of property regardless of who actually legally owned the property.[15] In addition, emergency protection legislation in some provinces might also be found inapplicable to the extent that it allowed for an order of possession of the matrimonial home (although no court case had conclusively decided this specific issue). I do not intend to go into any detail regarding the history and rationale for the development of this legislation. The history and political, social and legal context that surrounded its enactment is well documented by Wendy Grant-John, Ministerial Representative on Matrimonial Real Property Issues on Reserves.[16] However, I do want to briefly comment on how the policy response to the issue has been characterized as a "gap" in the law.

IV. The Perceived Gap

It is misleading to characterize the unfairness regarding matrimonial property law that has been identified as an issue needing to be addressed as a "legal gap" in the law on First Nations reserves. Indigenous societies were not devoid of laws that addressed family relations and property matters when a domestic relationship ended.[17] The reason for the need to develop a federal government policy solution was due to the marginalization and suppression of Indigenous traditional institutions and the imposition in their place of imposed patriarchal colonial legal authority.

> The lack of protection First Nation women in particular experienced in situations of marital breakdown and family violence is related to the history of gender-based discrimination under the Indian Act. The effects of the long history of discrimination under the Indian Act and other federal policies leading to the exclusion of First Nation women from leadership, landholding and citizenship are still being felt today. Continuing systemic inequalities must be taken into account in developing solutions for matrimonial real property issues on reserves.[18]

Notwithstanding this colonial history, inherent governance authority continues to exist albeit marginalized and wounded from colonial intolerance and decades of denial of Indigenous humanity and peoplehood authority. Thus the systemic inequality that exists today is the direct

---

[15] The leading case is *Derrikson v. Derrikson*, [1986] 2 C.N.L.R. 45, where the Supreme Court of Canada held that provincial law regarding the division of matrimonial property and the right to possession of reserve land was inapplicable to First Nations who fell within the exclusive jurisdiction of the federal government.

[16] Wendy Grant-John, supra note 11.

[17] Customary law governed how such matters were to be resolved. For reported accounts of Navajo domestic law and how property is divided see *Apache v. Republic National Life Insurance*, 3 Nav. 4 250 (1982). See also *Naize v. Naize*, No. SC-CV-16-96, slip op. at 7-8 (Nav. Sup. Ct., 1997). See also Wendy Grant-John, Ibid, Appendix C regarding the history of events leading to the enactment of this legislation including the reference to First Nation traditional laws.

[18] Wendy Grant-John, supra note 11 at para. 19.

result of a "history of gender-based discrimination under the *Indian Act* and other federal policies leading to the exclusion of First Nation women from leadership, landholding and citizenship."[19]

The result of colonial policies which oppressed Indigenous legal institutions and concurrently devalued women's legal status and authority produced not a gap in the law of matrimonial property on First Nation reserves but a kind of colonial inflicted Indigenous institutional paralysis. In other words the legislation should be seen more as the Federal government's attempt to clean up its own mess.

Unfortunately, federal government authorities and others continue to misrepresent and mislead Canadians and Aboriginal authorities that the only viable solution is a federal legal response that mirrors provincial standards but in doing so, federal officials tend to mislead us to believe that Indigenous governments are incapable of dealing with the issue by failing to give sufficient recognition of First Nation inherent legal authority to do so. Instead, and more accurately, the issue is mainstream failure to acknowledge the impact of colonial history on the present capacity and ability to fairly address matrimonial property law and not on the existence of a gap in the law. As Wendy Grant-John noted in her report: "The relevant standard in federal analysis is what the law provides off reserves, while for First Nations the relevant standard is recognition of the validity of First Nation values and traditions in relation to land and family".[20] Yet, there is a consistent misrepresentation regarding this issue that is particularly prevalent in literature authored by federal government officials that I reviewed in the preparation of this report.

Canada is a multijuridical state and not just a bijuridical state (French civil law and English common law). First nations' laws do matter.

V. Policy Response

In response to the potential for unfairness in the rights of spouses to live in the matrimonial home or to have a share of its value upon marital breakdown and to allow for emergency occupation orders notwithstanding who has formal title to the home, the federal government has enacted legislation that directly responds to these concerns. Importantly, the legislation recognizes the power of First Nations (Indian Act Bands) to enact their own matrimonial property laws. This power is recognized in section 7. Whether this is a recognition of inherent authority or delegated federal government authority remains to be determined. As I discuss later in this report, it is my opinion that it is a recognition of power not a delegation of power. I will now provide an outline of the main features of the legislation.

VI An Overview of the FMA

[19] Ibid.
[20] Ibid at para. 69.

Although the *First Nations Land Management Act*[21] provides a regime to regulate matrimonial real property issues, as it does not provide First Nations with a mandatory regime, it cannot resolve the above-mentioned problems. The FMA addresses issues concerning family real property on reserves. It states that a First Nation has the power to enact laws regarding "the use, occupation and possession of family homes on its reserves and the division of the value of any interests or rights held by spouses or common-law partners in or to structures and lands on its reserves".[22] The federal provisional rules in the Act will be applicable until a First Nation has such laws in force. The rules will apply to a First Nation under the FNLMA in specific circumstances. Also, First Nations that have the power to manage their reserve lands under a self-government agreement may choose to have the interim federal rules apply to them or adopt their own Code as per s.7 of the FMA. This is not likely possible with regard to First Nations in Quebec governed by the James Bay Cree and Northern Quebec land claims agreement (discussed later in this report).

In the event of the divorce or the death of a spouse, the division of matrimonial property, both real and personal, is determined in accordance with provincial laws,[23] however, the *Constitution Act*, which specifies that the Parliament of Canada has exclusive legislative authority with respect to 'Indians and Lands reserved for the Indians,' provincial laws may not apply to this matter. Filling this "legislative gap", the Act provided remedies upon the breakdown of a conjugal relationship or the death of a spouse which includes:

- Use, occupation and possession of family homes on reserves;
- Exclusive occupation in cases of family violence; and
- Division of value of interests or rights held in structures or lands on reserves.

Following a nation-wide consultation in 2006,[24] a legislative framework was proposed; a framework which is fairly similar to the *FMA*'s final framework. The Act defines a number of terms such as "family home"[25] and "matrimonial interests or rights".[26] Sections 4 to 6 of the Act

---

[21] *First Nation Land Management Act*, S.C. 1999, c.24, sections 8 to 14 (hereinafter FNLMA)

[22] *FHRMRA*, Section 7 (1)

[23] *The Constitution Act*, 1982, 92(13). This section of the Constitution gives jurisdiction over "property and civil rights" to the provinces and is the provision that Quebec relies upon to enact the *Civil Code*.

[24] First Nation political representatives refused to call the process "consultation" but rather a "dialogue" to avoid the implication that the process was sufficient to meet the degree of consultation required by the courts in their interpretation of the honour of the Crown principle first established in *Haida Nation v. B.C. (Min. of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511.

[25] "Family home" means a structure — that need not be affixed but that must be situated on reserve land — where the spouses or common-law partners habitually reside or, if they have ceased to cohabit or one of them has died, where they habitually resided on the day on which they ceased to cohabit or the death occurred. If the structure is normally used for a purpose in addition to a residential purpose, this definition includes only the portion of the structure that may reasonably be regarded as necessary for the residential purpose."

[26] "Matrimonial interests or rights" means interests or rights, other than interests or rights in or to the family home, held by at least one of the spouses or common-law partners (*a*) that were acquired during the conjugal relationship; (*b*) that were acquired before the conjugal relationship but in specific contemplation of the relationship; or (*c*) that were acquired before the conjugal relationship but not in specific contemplation of the relationship and that appreciated during the relationship. It excludes interests or rights that were received from a person as a gift or legacy or on devise or descent, and interests or rights that can be traced to those interests or rights." The Act also distinguishes between categories of property rights. Under the Act, 'interest

deal with the purpose and application of the Act. Clause 5 confirms that the Act does not affect title to reserve lands and that reserve lands continue to be 1) set apart for the use and benefit of the First Nation and 2) lands reserved for the Indians continue to be lands within the meaning of section 91(24) of the Constitution.

Enactment of First Nation Laws is the subject of clauses 7 to 11. The Act must be submitted to the members of the first Nation for approval, and are approved if: 1) At least 25% of eligible voters participated in the vote; 2) A majority of those who participated in the vote approve the laws. A [First Nation] council may, by resolution, increase the percentage of eligible voters required.

The remainder of the Act contains largely interim provisions that apply until such time as a First Nation adopts their own FNM Code. Sections 13 to 27 refer to the occupation of the family home. In accordance with section 13, "each spouse or common-law partner may occupy the family home during the conjugal relationship, whether or not that person is a First Nation member or an Indian." In the event that either of the spouses or common law/*de facto* partners dies, "[a] survivor who does not hold an interest or right in or to the family home may occupy that home for a period of 180 days after the day on which the death occurs, whether or not the survivor is a First Nation member or an Indian."

Section 15 of the FMA relates to the conditions of the consent of spouse or common-law/de facto partner who hold an interest or right in or to the family home. Section 16 is about obtaining emergency protection orders form a designated judge in situations of family violence. The judge can make an order for a period of up to 90 days. This clause provides that the judge, in making the order, must take a number of considerations into account.

Section 17(8) originally stated that on a rehearing, the court could only extend the duration of the emergency protection order by an additional 90 days. That clause was amended by the Standing Senate Committee on Human Rights to instead state that the court "[m]ay extend the duration of the order beyond the period of 90 days referred to in subsection 16(1)." Individuals can also apply for a court order awarding exclusive occupation of the family home on a non-urgent basis for a prescribed period, whether or not they are First Nation members or Indians.

Clauses 28 to 40 establish the regime for the division of matrimonial interests or rights on the breakdown of the conjugal relationship, and on the death of a spouse or common-law partner. In both situations, the calculation of the entitlement amount depends on whether or not a spouse or common-law/*de facto* partner is a member of the First Nation on whose reserve the property is situated. Also, the calculation of the division of matrimonial rights and interest can be subject to changes; it is notable that a person can apply to a court for a variation of the distribution on the breakdown of the relationship or on the death of a spouse or common-law partner, on the grounds that the legislated distribution is unconscionable in their particular set of circumstances.

An order to transfer certain rights and interests to land or structure can be made by a court upon application of spouse or common-law/*de facto* partner who is a First Nation member but not non-

---

or right' means interest in or to reserve land pursuant to the Indian Act and under specified instruments, as well as interests in or to structure on reserve land that are recognized by the First Nation or by court order.

members. Courts are also required to allow the council of a First Nation on whose reserve the affected lands and structures are located "to make representations with respect to the cultural, social, and legal context that pertains to the application and to present its views about whether or not the order should be made"; applications for emergency protection orders and orders relating to confidentiality are exceptions to this rule.

Section 43 relates to the jurisdiction of courts in the case of the breakdown of a conjugal or common-law relationship, while clause 44 provides that "a court that is seized of a matter related to the distribution of property on the death of a spouse or common-law/de facto partner has jurisdiction to hear and determine an application made under section 21, 35, 36, 39 or 40 by the survivor, the executor of the will or the administrator of the estate."

Clause 52 is about the enforcement of orders relating to the amounts payable following the breakdown of a conjugal relationship, or the death of a spouse or common-law partner, Clause 53 grants the Governor in Council broad discretion to make any regulations it deems necessary for carrying out the purposes and provisions of the Act. Clause 55 provides that the provisional federal rules do not apply to a First Nation that is subject to the FNLMA and that has neither a land code nor conjugal real property laws in force, until three years after the provision comes into force.

It is notable that prior to passing the FMA, reaction to Bill S-2 was primarily negative. And most comments emphasized that issues such as inadequate consultation, a failure to recognize First Nations' inherent jurisdiction over the issue, and the need to improve access to justice have not been addressed.[27] The Standing Senate Committee on Human rights consideration of Bill S-2's predecessor, Bill S-4, which reiterates the above-mentioned shortcoming, included among others: "difficulties accessing the legal system, access to alternative dispute resolution mechanisms, shortcomings in consultation process prior to drafting of the bill, a commitment to take non-legislative action (e.g., creation of a legal aid fund)".[28]

VII. Matrimonial Property Law Comparison of FMA and Quebec Civil law

The FMA recognizes a number of potential interests in land that members may possess either individually or jointly. They range from a quasi-tenure right (Certificate of Possession) to custom allotments (not recognized by the *Indian Act*). Quebec First Nations have historically relied on CPs as a significant means of allocating interests to individual band members. As of August 2013 there were 11,321 CPs outstanding in Quebec. Of the 32 distinct Indian reserves in Quebec, 26 have instruments registered in the Indian Land Registry System while 6 reserves do not.

---

[27] Anna Gray and Marlisa Tiedemann, *Bill S-4, Family Homes on Reserves and Matrimonial Interests or Rights Act,* (Ottawa: Parliamentary Information and Research Service, 2010) at 10.
[28] *Ibid* at 10

Currently there are no Quebec First Nations that have operational status under the FNLMA. However, Abenakis de Wolniak, Mashteuiatsh and Innue Essipit First Nations have signed on to the Framework Agreement.[29] These First Nations, as per section 55 of the FMA, have three years (June 19th, 2016) to bring their matrimonial property laws as required under the FNLMA into force or the federal interim rules under the FMA will apply. Quebec First Nations that join the FNLMA process after December 16th, 2014 will have the interim federal rules apply until their own Code is enacted either under the FNLMA or the FMA.

This remainder of this part of the report deals with a select number of issues that arise from a comparison between the FMA and Quebec Civil law. In terms of Quebec family law and the FMA, there are more similarities than differences, although in some cases Quebec law provides greater protection or rights than the FMA and in other cases the opposite is true. A comparison of key areas is offered below. See Appendix A for a Comparison Chart. Consequent to this comparative review, I raise a number of issues that are not necessarily unique to the Quebec context which may be of interest more generally.

A. Definitions of Conjugal Relations in Quebec

It is curious that there is no reference to traditional marriages or marriages by customary law of First Nations. However, the FMA defines "spouse" broadly to include "either of two persons who have entered in good faith into a marriage that is voidable or void."

In Quebec, there is considerable latitude under the Civil Code as to who can qualify as an "officiant" for the purpose of solemnizing a marriage. As a result, couples wishing to get married according to First Nation customary law may do so provided the Elder or other person who is to conduct the marriage is otherwise qualified and completes the necessary application for designation as an officiant.[30] This would be considered a civil union under Quebec law. Interestingly the Civil Code has been amended to address certain First Nations communities. In terms of the Cree, Inuit and Naskapi communities of Northern Quebec, s. 152 of the Code allows for local control over civil status registry duties and the maintenance of such records dealing with vital statistics. Section 366 of Code allows a designated officiant to also be competent to solemnize marriages in Mohawk communities as per an agreement between the government and the Mohawk community.

In Quebec there are three kinds of conjugal relationships that are defined. Two are legally recognized and the third is not legally recognized. In Quebec there are conjugal relationships established by marriage and civil union which are legally recognized in Quebec and to which the specific rules of matrimonial law apply. The third kind of conjugal relationship is called a *de facto* union (conjoint de fait). In the other provinces of Canada this kind of relationship would be called a common-law marriage and depending on the province the matrimonial property laws that apply to marriage may or may not apply to such common law relationships. However, in

[29] Schedule of First Nations per Sections 2 and 45 of the FNLMA: http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/F-11.8/page-16.html#h-23. See also the signatories to the Framework Agreement maintained by the Land Management Resource Centre: http://www.labrc.com/Member-Communities.html

[30] See http://www.justice.gouv.qc.ca/english/formulaires/mariage/sj893-a.pdf

Quebec, there is no legal significance given to such *de facto* relationships.[31] The partners under such a relationship are considered no different in law than roommates. The partners can, of course, enter into binding contracts that can settle matters in anticipation of possible separation etc… But there is no assumption of a mutual ownership of family property (defined as patrimony in Quebec civil law) as is the case if matrimonial property laws would apply.

From one perspective, the FMA may be seen as creating a two-tiered system in Quebec. It may be seen as creating rights for *de facto* partners that currently are not recognized in Quebec (both the idea of shared property between *de facto* spouces and emergency protection legislation does not exist in Quebec law). From another perspective, the imposition of a certain legal status regarding property within a *de facto* partnership context goes against public policy in Quebec where freedom and autonomy are highly respected in the relationship context and one of the reasons why Quebec has not extended its matrimonial property law regime to *de facto* relationships. Quebec leaves it up to the couples within *de facto* relationships to determine for themselves how to order their affairs including property during and after a relationship breakdown.

As mentioned, there are valid policy reasons why law-makers in Quebec do not wish to apply its matrimonial property law regime to *de facto* unions. This policy was summarized by the Supreme Court of Canada in 2002, (although speaking of jurisdictions that did not include common-law unions within matrimonial law regimes the same rationale is equally applicable to *de facto* unions in Quebec). The court stated:

> It is by choice that married couples are subject to the obligations of marriage. When couples undertake such a life project, they commit to respect the consequences and obligations flowing from their choice. The choice to be subject to such obligations and to undertake a life-long commitment underlies and legitimates the system of benefits and obligations attached to marriage generally, and, in particular, those relating to matrimonial assets. To accept the respondent Walsh's argument — thereby extending the presumption of equal division of matrimonial assets to common law couples — would be to intrude into the most personal and intimate of life choices by imposing a system of obligations on people who never consented to such a system. In effect, to presume that common law couples want to be bound by the same obligations as married couples is contrary to their choice to live in a common law relationship without the obligations of marriage.[32]

Notwithstanding valid policy reasons for treating *de facto* unions differently from marriage and civil unions, under the FMA, however, *de facto* relationships are given legal recognition and are treated the same as common-law marriages for the purposes of the Act. Indeed, the French language version of the Act replaces the term "common-law marriage" with "conjoint de fait". Thus in Quebec, those living on First Nation reserves will have the benefits of the FMA matrimonial property rights regime regardless of whether the union is one that is the result of marriage, civil union or *de facto*.

---

[31] In *Diabo v. Goodleaf*, [2009] R.D.F. 814 (Que. S.C.), the court held that Quebec law does not allow for partition of family property as between two *de facto* spouses.

[32] *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh* [2002] 4 S.C.R. 325 at para. 201.

Because of this, one can anticipate potential *Charter* challenges arising in Quebec by *de facto* partners who are treated less favourable because they live off a reserve than *de facto* partners who live on reserve. The *Charter* equality rights jurisprudence would need to be reviewed to assess the likelihood of success of such a challenge. It is beyond the mandate of this report to go into any depth regarding this emerging potential issue, but one can anticipate that the legislation may be defended by reference to s. 15(2) or s. 25 of the *Charter* given the unique socio-political circumstances around marital property issues within First Nation communities.

B. Family Patrimony

In Quebec, a marriage or civil union results in the creation of "family patrimony" which includes all property held by either spouse and includes all residences provided they are used by the family (which can include for example cabins and cottages etc.). Under Quebec law, land and houses affixed to the land are considered "immovables". Other property such as furniture and financial assets are considered "movables" and are considered part of the family patrimony as well. These categories are considered roughly equivalent to common law concepts of real property and personal property. The Civil Code presumes an equal share of the value of the family patrimony in terms of immovables (includes family home and land) and moveables (i.e cars and furniture) between the spouses (except *de facto* unions).

Unique to civil law regimes like Quebec is a third category that may have relevance to the FMA particularly in relation to the James Bay and Northern Quebec Agreement. In the Civil Code, "superficie" rights exist in structures on land (such as a house) that can be owned independently of the land itself are unique to civil law jurisdictions. It is defined as "ownership of the constructions, works or plantations situated on an immovable belonging to another person, the owner of the subsoil."[33] This particular kind of interest is specifically recognized in the Cree/Naskapi (of Quebec) Act discussed more fully below.

An interesting question arises as to whether the same constitutional barriers existed prior to the enactment of the FMA in Quebec because of the concept of superficie than they did in common law jurisdictions regarding matrimonial property issues if houses (structures) are viewed as capable of separate ownership from the land and not necessarily regarded as fixtures (which means the house is a part of the land itself). In other words, if a couple on reserve had a superficie right to the house, it might be argued that provincial law could nonetheless apply in the division of property including the house if it is legally separate from the land interest. Both the *Derrickson* and *Paul* [34] cases might have been distinguishable and thus not determinative of the issue regarding the extent to which provincial law may apply in Quebec. However, this is a complex issue. Questions arise as to the existence and extent of a distinct kind of federal common law as opposed to the general common law which may exist in dealing with "federal

[33] Sections 1110 - 1113

[34] *Paul v. Paul*, [1986] 2 C.N.L.R.74 (S.C.C.) held that the disposition of the matrimonial home on reserve was within the core of the exclusive power of the federal government under s. 91(24) and therefore provincial law is inapplicable.

matters" even within Quebec.[35] The issue may now largely be moot since the FMA now extends a right to the value of the house separate from the land regardless of who has title and whether any one of the partners are a member or not of the First Nation.

The FMA does provide a similar presumption of an equal share of the value of the immovable and moveables and in this respect is similar to the Quebec Civil Code. However, in the case of non-First Nation member spouses (including *de facto* unions) there is an important exception. The Act does not allow a non-member to benefit from the value of the land nor from its appreciation. The FMA interim provisions make this distinction and the distinction is said to exist because "of the fact that reserve lands are set aside for the use and benefit of a specific First Nation, and as a result, only members of that First Nation can benefit from a division of the value in any interest or right in or to reserve **land** [distinct from the home or other structures on the land] held by the other spouse or common law partner."[36] The common law normally treats the home/house as a fixture and thus part of the land. However the FMA treats the "matrimonial home" as a separate interest/right from the land.

There is no reference to any case law for this prohibition. Indeed, provincial courts have overcome the prohibition of partition of land situated on a reserve by ordering compensation in lieu of such a proprietary disposition.

This prohibition is said to be a result of the fact that the lands are held for the use and benefit of a First Nation. Yet it is not apparent that a calculation based on the value of the land (as an individual possessory interest/right) is necessarily inconsistent with the Band's collective interest/right in the reserve. Land value is not the same as a possessory right to a share in the land. Arguably, it is only when a non-member has a right or interest to possession that such a right would be inconsistent with the Band's interest/right.

This distinction is significant and will result in potential unfairness as between the spouses where one spouse is a non-member spouse.

Courts have been unable to partition a share (or force a sale) of a home where only one spouse is entitled to possession of the matrimonial home (CP or Occupation) under provincial family laws because of various land provisions in the Indian Act.[37] However courts have been prepared to issue a compensation order for money in proportion to their share in the home. The Supreme Court of Canada recognized this as a valid option since "compensation in lieu of a division of property is not a matter for which provision is made under the *Indian Act* and in my view there is no inconsistency or "actual conflict" between such a provision for compensation between spouses and the *Indian Act.*"[38]

---

[35] *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322 where the court noted that some parts of the common law do qualify as special federal common law and one of those areas is the law of Aboriginal title. See also Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto: Carswell, 2012) at 7-29-7-30. Enclaves of federal common law may thus exist in relation to Aboriginal lands in Quebec surrounded by a sea of civil law.

[36] Department of Justice, "Family Homes on Reserves and Matrimonial Interests or Rights Act – a comprehensive overview" (March 6th, 2014) at 16. (emphasis in original)

[37] *Derrikson*, supra note 15 at 62

[38] Ibid at 63

Moreover the court expressly acknowledged that this is an appropriate response to ensure fairness "where property exists but cannot be divided because no division can be made of reserve lands."[39]

> All family assets having been taken into account, where an equal division is not possible because some assets, in this case lands on a reserve, cannot be divided, I fail to see why a compensation order could not be had.[40]

The Court in *Derrikson* did not make any distinction between whether the spouse was a member of the Band in question or a non-member. That distinction is irrelevant. Commentators have also viewed the matter in a similar manner. Shin Imai, for example, concluded that courts can "make a compensation order against the Indian spouse, entitling the *non-Indian spouse* to their share of the assets…"[41] Accordingly, the only thing preventing a compensation order in lieu of recognizing a right to the value in the land prior to the FMA was the protections against seizure of property situated on a reserve in s. 89 of the *Indian Act.* Section 89(1) of the Indian Act states that:

> "subject to this Act, the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian or a band."

Although prior to the FMA, "compensation orders" in lieu of division were allowed, they were not necessarily effective because of s. 89 of the *Indian Act.* Courts have, however, allowed family maintenance orders under provincial laws to be enforced on reserve provided the beneficiary is an "Indian" but not if the beneficiary is a non-Indian.[42] However, an express exception to the prohibition in s. 89(1) of the *Indian Act* is now provided in s. 52 of the FMA. Section 7(2) (b) likewise allows an order of a court based on a First Nations Code to be enforced on a reserve notwithstanding s. 89 of the *Indian Act*.

Importantly, a court has discretion under s. 29 (i) to vary the amount owed if that amount would be *unconscionable.* The question is whether the inherent unfairness built into the Act of a non-member partner not being allowed to benefit from the value of the land could give rise to a finding that there is an unconscionable amount in the favour of the member spouse since the Act itself is the source of the unconscionable amount? If this is not possible since the Act is explicit on this matter, is this same limitation something that would bind a First Nation in the development of its own matrimonial laws or code? This would allow the Band to avoid the necessity of a finding of unconscionability before an adjustment could be made thereby providing greater latitude to ensure fairness prevails. There does not appear to be any reason preventing a First Nation Code to lower the standard of when a variation of a compensation order can be made by a court or other authorized authority as determined by the FNM Code.

---

[39] Ibid.
[40] Ibid.
[41] Shin Imai, *Aboriginal Law Handbook, 3rd Edition,* (Toronto: Carswell, 2008) at 311. (emphasis mine)
[42] *Potts v Potts*, [1992] 1 C.N.L.R. 182 (Alta. C.A.)

Even more, could a First Nation in the development of its own Code allow for the non-member spouse to directly benefit from the value of the land itself? This would not likely be possible as such a rule would defy various provisions of the *Indian Act*, the FMA and the entire history of colonial law that imposes restrictions on a Band's ability to alienate its collective interest in lands. This is not to say that such a challenge by a Band ought not to be made, but it would involve overturning centuries of settled law (unjust as it may be).

It is ironic if this prohibition against non-members receiving their fair share in the value for the land or comparable compensation in lieu of the value of the land (because the applicant is unable to meet the standard of unconscionability) were to prevail as the limitation is actually sourced in the English imposed racist doctrine of discovery and the imposed prohibition on alienation coupled with the historical denial of governance jurisdiction that has been a thorn in Aboriginal – Crown relations since the late 1700s.

Alternatively First Nations could also address this issue indirectly by how they develop their citizenship codes. They could extend membership to the Band by including non-Indian spouses as members of the Band. This option, of course, raises other complex issues that would need to be addressed.

In addition, s. 33 of the FMA provides spouses the opportunity to set out the amount to which each is entitled and how to settle the amount payable and to have a court make an order to enforce that agreement. Arguable, this would potentially allow the parties to decide for themselves whether to off-set the unfairness to the non-member spouse of the exclusion from the settlement amount the value of the land itself. There is also authority that a separation agreement between spouses may affect the right of possession.[43]

C. Exclusive Occupation Orders

Under Quebec Civil law, an applicant can upon dissolution of a marriage, get a court order for use of the family residence during the proceedings.[44] Also under s. 410 the court may order right to use the family residence to the spouse that has custody of a child. Also, the right to the use of the house, failing agreement between the spouses, is in the discretion of the court. As a result of the decision of *Paul v. Paul* of the Supreme Court of Canada, Quebec law which would allow one spouse to occupy the matrimonial home to the exclusion of the other that has a Certificate of Possession under s.20 of the Indian Act would be inapplicable because it would be in "actual conflict' with provisions of the Indian Act.[45]

The interim provisions of the FMA set out a right of one spouse to have exclusive possession of the "family home" regardless of whether he or she is a member of the First Nation on such terms

---

[43] *Kwakseestahla v. Kwakseestahla*, [1998] B.C.J. No. 283 (B.C. S.C.)
[44] Section 500.
[45] *Paul v. Paul*, supra note 34. If the interest was a customary allotment, the court would not be able to decide the issue as there would be no legal right to adjudicate upon : *Macmillan v. Augustine*, [2004] 3 C.N.L.R. 170 (N.B.Q.B.)

and for a period that the court specifies having regard to a number of factors listed in s. 20(3) of the FMA including the terms of any agreement between the parties. The FMA essentially nullifies the impact of the *Paul* decision so that spouses may obtain occupation orders of any duration as a result of the federal rules. These rules are applicable to any interest or right under the *Indian Act* or any interest or right recognized by the First Nation (which would include customary allotments). As a result, the legal regime both on and off reserve as it pertains to exclusive occupation orders is now similar to what would be possible under Quebec family law.

D. Emergency Protection Orders

Most provincial jurisdictions have enacted family violence emergency protection legislation. These statutes typically offer protection to victims of family violence. Measures provided include emergency intervention orders which may grant the right for only the victim spouse to remain in the home.

In the case of Quebec, however, there is no specific provincial legislation specifically providing for civil emergency protection orders, except in the case of youth.[46] Interestingly, the Quebec legislation specifically provides for a degree of control by First Nations to establish a "special youth protection program".[47] As a result, the FMA will provide additional protections for on-reserve families than currently does not generally exist off-reserve in Quebec.

E. Potential Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (s. 15 (2) and s. 25)

There are a number of possible situations that may prompt citizens within Quebec to challenge the legislation as a violation of equality based on racial grounds. For example a non-member spouse may challenge the exclusion of the value of the land from a partition order. In addition, a spouse that is unable to benefit from the emergency protection order regime (or other matters that may be regarded as additional rights that off-reserve members are not entitled) to may challenge the provisions that created the discrimination as a violation under s.15(1). These challenges will likely face defences of justification based on s.15(2) as an ameliorative program (*Cunningham*) or s. 25 of the Charter as "other rights" that are exempt from Charter challenge (*Kapp*). It is beyond the scope of this research paper to go into any detailed analysis of the likely outcome of such potential challenges.

The above is a brief overview of some key areas of comparison between Quebec family law and the FMA. Further research is likely necessary to ensure that important differences or similarities are not overlooked.

---

[46] *Youth Protection Act*, (1977) S.Q. c. P-34.1. However, Quebec courts may issue interim "safeguard" orders for exclusive occupation of a house on application by a spouse discussed below.
[47] Ibid., s. 37.5 (See Appendix B)

VIII. Implication of the FMA on the James Bay and Northern Quebec Agreement

Following the extension of Québec in accordance with the *Quebec Boundaries Extension Act* of 1912, a vast area of the Northwest Territories fell under the jurisdiction of the Québec Government. The *James Bay and Northern Québec Agreement* (JBNQA) 1985,[48] which takes precedence over the federal *Indian Act*,[49] recognizes three categories of lands.[50] This agreement involves "[t]he Government of Canada, and three Quebec Crown Corporations, namely Hydro-Quebec, the James Bay Development Corporation and the James Bay Energy Corporation, as well as the Grand Council of the Crees, which represents eight different Indian Bands, and the Northern Quebec Inuit Association, representing fourteen communities, and the Government of Quebec."[51] The *JBNQA*, which is a fairly lengthy agreement, containing 31 sections in more than 450 pages, establishes a comprehensive land regime. Despite the [purported] comprehensiveness of the Agreement,[52] the Agreement does not deal with settlement of the land issues in the event of a conjugal relationship breakdown or the death of a spouse.

The regime is "[c]omposed of three groups: category I, category II and category III lands. Within category I there are two sub-groups, category IA and IB. IA lands are set aside for the exclusive use and benefit of the respective James Bay Cree bands."[53] "The category I lands is where the Cree inhabit. "Eight Cree communities come under the jurisdiction of the JBNQA: the Mistassini, Waswanipi, Nemaska, Waskaganish, Eastmain, Wemindji, Chisasibi, and the Whapmagoostoo Bands."[54]

In addition to the *JBNQA*, the *Cree-Naskapi (of Quebec) Act* 1984 deals with the issue of property[55] in relation to succession.[56] In this Act, which replaces the *Indian Act*,[57] the Cree's authority to self-govern the land-related issues exceeds a typical municipality.[58] In Part XIII of the Act, it is mentioned that the Act "[a]pplies only in respect of the succession of a Cree beneficiary or Naskapi beneficiary who dies after the coming into force of this Part and who, at the time of his death, was domiciled on Category IA land (in the case of a Cree beneficiary)".[59] Nevertheless, although family homes and real matrimonial property are important issues in

---

[48] *An Act approving the* Agreement *Concerning* James Bay and Northern Québec, CQLR c C-67
[49] John Ciaccia, *Philosophy of Agreement*, in the *JBNQA*
[50] Section 5
[51] John Ciaccia, *Philosophy of Agreement*, in the *JBNQA*
[52] John Ciaccia, *Philosophy of Agreement*, in the *JBNQA*
[53] Thomas Isaac, "Aboriginal Self-Government in Canada: Cree-Naskapi (of Quebec) Act", 7 *Native Studies Review 2* 1991, at 21
[54] *Ibid* at 21; for an explanation of the two other categories of land see *ibid* at 22
[55] The act recognized three forms of properties: movable property, immovable property, and traditional property (the latter is defined in section 174 of the act)
[56] Sections 173-186
[57] The *Indian Act* is still used to determine which of the Cree and Naskapi beneficiaries are "Indians".
[58] Thomas Isaac, "Aboriginal Self-Government in Canada: Cree-Naskapi (of Quebec) Act", 7 *Native Studies Review 2* 1991, at 23
[59] Section 173

relation to First Nations' lands and one of the objectives of the Act is "[t]o control the disposition of rights and interests in Band lands",[60] the Act is silent about the management of matrimonial property in the event of a conjugal relationship breakdown. Only in the afore-mentioned section, the Act provides rules about the succession regime after the death of a spouse or a partner.[61] In addition the Act recognizes *de facto* relationships for the purposes of succession of property.

There is no mention of a regime to deal with family homes, matrimonial property management, and so forth in the event of a conjugal relationship breakdown or the death of [either of] spouses or partners. These issues have not been explicitly addressed in the *JBNQA*. However, according to s. 4 Quebec laws do apply provided they are not in conflict with or overlap matters covered by the Cree-Naskapi Act.[62] In addition the JBNQA is to prevail where there is inconsistency between the Act and the Agreement. Thus, the Civil Code family law provisions would therefore apply unless there are specific provisions in the Act or regulations that deal with the matter. Importantly, the Act also states that "where there is any inconsistency or conflict between the provisions of this Act and any other Act of Parliament, this Act shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict."[63] Arguably then the provisions of the *Cree Naskapi Act* and the Agreement would prevail over the FMA as a result of this provision. Indeed, the judiciary have characterized the Cree-Naskapi Act as kind of superior "supra-legislation".[64] It may be that the combination of sections 3 and 4 would prevent Cree-Naskapi communities from developing their own matrimonial law code as per section 7(3) of the FMA. It would also appear that the by-law making authority of Cree Bands or Cree Regional Authority under the Act may not include the power to enact matrimonial property laws.[65] Moreover, the Bands under the *Cree-Naskapi Act* are not *Indian Act* Bands and are Bands separately incorporated. Thus, s. 7(3) may not apply to such Bands as that provision references "First Nation' which is defined as an *Indian Act* Band in the FMA. If Cree-Naskpi Bands are able to adopt a FNM Code, it may be that where the province has not covered a matter, (a gap in provincial law) then such Bands may be able to adopt such matters to fill in the gaps left in provincial law such as emergency protection provisions. The issue of the relationship between the FMA and the *Cree-Naskapi Act*

---

[60] Evelyn J. Peters, "Aboriginal Self-Government Arrangements in Canada: an Overview", (Kingston: Queen's University, Institute of Intergovernmental Relations 1987) at 11

[61] The Act defines consorts (conjoints) in section 174 and that includes "[a]n unmarried man and an unmarried woman who live together as husband and wife, taking into account Cree or Naskapi custom."

[62] Section 4 reads as follows:

> 4. Provincial laws of general application do not apply to the extent that they are inconsistent or in conflict with this Act or a regulation or by-law made thereunder or to the extent that they make provision for a matter that is provided for by this Act

[63] Section 3(1) *Cree-Naskapi Act*.

[64] *Quebec (Attorney General) v. Moses*, [2010] 1 S.C.R. 557. Justice LeBel and Deschamps, in dissent, but not on this point said at para. 92:

> [T]he Agreement has the added feature of statutory implementation through legislation enacted by both federal and provincial legislative bodies, includes a paramountcy clause, and clearly allows that there was an intention to elevate the Agreement to supra-legislative status. Having demonstrated that the Agreement is binding law and that it is paramount over conflicting laws of general application, we will now discuss its constitutional status.

[65] Sections 45 and 62 respectively.

and JBNQA are complex and beyond the scope of this paper. Further legal analysis and research is recommended.

IX. The Effect of Exercising Federal Jurisdiction under s. 91(24) in relation to Quebec Matrimonial Property Law.

Even if Quebec is of the view that its laws are "supreme" in the area of matrimonial property law and that such laws apply equally on reserve as off, that position would not be substantiated as a result of the application of relevant constitutional law doctrine concerned with the division of powers between s. 91 (federal) and s. 92 (provincial) of the *Constitution Act, 1982*. It is clear, in my opinion, that the federal legislation would generally prevail based on the constitutional principles of federal parmountcy, interjurisdicitonal immunity, and s. 88 of the *Indian Act*. In this section, I will examine in turn each of these constitutional principles and the effect of s. 88 of the *Indian Act* in terms of the validity of Quebec family law in light of the new FMA.

But before addressing a conventional division of powers analysis and understanding of s. 91(24), it is important to note that the supposedly "plenary" nature of s. 91(24) is increasingly being questioned given the broader recognition of Aboriginal peoples rights to self-determination and self-government and in particular the principle that Aboriginal peoples have a right to consultation before any government action is taken that may affect an asserted right or interest.[66] The idea that the federal government can unilaterally enact law governing "Indians" is very problematic in light of growing recognition of Indigenous human rights including the right to self-determination as peoples at international law. Indeed, the FMA's highly consultative background and the recognition of First Nations authority to enact laws within the legislation itself is evidence of this "new" qualified understanding of s. 91(24).[67]

A. Application of the Doctrine of Paramountcy

Because the federal government has exclusive jurisdiction over "Indians and lands reserved for Indians" under s. 91(24) of the Constitution (as against the provinces), the federal laws including the FMA will prevail where they conflict with provincial laws. This is the outcome of the doctrine of federal paramountcy. This principle has evolved over the years to be consistent with an approach to the Constitution that stresses co-operative federalism and a tolerance for a significant degree of jurisdictional overlap to ensure effective overall governance. Consequently, the degree of incompatibility needed to trigger the application of the doctrine of paramontcy has increasingly narrowed over the years.[68] Accordingly in order for the doctrine to apply and displace the provincial law, the provincial law must be in "actual conflict" with the federal law in the sense that it is not possible to comply with both the applicable federal and

---

[66] *Haida*, supra note 24.
[67] For further discussion of s. 91(24) as a conditional federal power see Larry Chartrand, "The Failure of the Daniels Case: Blindly Entrenching a Colonial Legacy" (2013) 51 Alta. L. R. 181.
[68] *Canadian Western Bank v. Canada*, supra note 4 at para. 70.

provincial law. Duplication of norms and the addition of requirements by the provincial law may still allow citizens to comply with the provincial law without violating the applicable federal law unless to apply the provincial law would frustrate the purpose of the federal law even though there is no direct violation of the federal law's provisions.[69]

Thus even if the federal government has substantially covered the field of matrimonial law in the FMA, that does not necessarily mean that Quebec family law is automatically displaced. If the provincial law can apply harmoniously in practical application and does not frustrate the purpose of the FMA, the provincial law may still validly apply.

For example, subject to the doctrine of interjursdictional immunity and/or the application of s. 88 of the *Indian Act*, the *Youth Protection Act* of Quebec allows a court, for the protection of the child, to remain with only one of the parents. In addition, a spouse in Quebec may be able to obtain a "safeguard" order (interim measure) for exclusive possession of the house. The FMA also allows for emergency protection orders that may result in the same or different outcome.

In *Chatterjee v. Attorney General of Ontario*, the Supreme Court of Canada allowed the provincial *Civil Remedies Act* (CRA) to be relied upon for the forfeiture of property that constitutes the proceeds of crime owned by the accused Chatterjee. It was also recognized that the *Criminal Code* sentencing provisions also allow for the forfeiture of property as part of the sentencing process. Notwithstanding the potential in some cases for actual conflict between a criminal code sentence and an application by Attorney General for the forfeiture of property under the CRA, the court found that the overlap did not constitute a real operational conflict on the facts of the particular case. The court held:

> If such operational interference were demonstrated, or if it were shown that the CRA frustrated the federal purpose underlying the forfeiture provisions of the *Criminal Code*, the doctrine of federal paramountcy would render inoperative the CRA to the extent of the conflict or interference. However, this is not the case. Where forfeiture is sought and refused in the criminal process, the various doctrines of res judicata, the issue estoppel and abuse of process are available to prevent the Crown from re‑litigating the sentencing issue. Given the flexibility of these remedies there is no necessary operational conflict between the *Criminal Code* and the CRA such as to render the latter inoperative in relation to federal offences generally. If in particular circumstances there arises a conflict between the forfeiture provisions of the *Criminal Code* and the CRA then to the extent that dual compliance is impossible the doctrine of paramountcy would render the CRA inoperable to the extent of that conflict, but only to that extent.[70]

Although provincial law may apply because the doctrine of paramountcy is not triggered on the facts of a particular case, nonetheless, constitutional law doctrine recognizes that there is a *core* aspect of federal power where provincial laws cannot tread even if they are compatible with the

---

[69] Ibid at para. 73.
[70] *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19 (CanLII), (Headnote)

federal law.[71] Thus, we must consider the application of the doctrine of interjurisdictional immunity to the subject matter of the FMA.

B. Interjurisdictional Immunity Doctrine and the Core of s. 91(24)

In the above example, it might be that the exclusive occupation order may not offend the doctrine of paramountcy (although there is a compelling argument based on *Paul v. Paul* that it would) that finding does not end the constitutional analysis required. The court would also have to determine if the provincial law falls within the "core" area of s. 91(24).

Courts have held that it is matters that go to the "status and rights of Indians" that characterize the core of s. 91(24). This is what the courts have called "Indianness" for the purpose of division of powers analysis. In NIL/TU,O, Chief Justice McLachlin in a concurring judgment provided a useful list of what matters fall within the core. It is useful to set out the list from the judgement:

> Indian status: *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, 1975 CanLII 143 (SCC), [1976] 2 S.C.R. 751, *per* Laskin C.J., writing for himself and three other Justices, at pp. 760-61, and *per* Beetz J., writing for himself and Pigeon J., at p. 787;
>
> The "relationships within Indian families and reserve communities": *Canadian Western Bank*, at para. 61;
>
> "[R]ights so closely connected with Indian status that they should be regarded as necessary incidents of status such for instance as registrability, membership in a band, the right to participate in the election of Chiefs and Band Councils, reserve privileges, etc.": *Four B*, at p. 1048;
>
> The disposition of the matrimonial home on a reserve: *Paul v. Paul*, 1986 CanLII 57 (SCC), [1986] 1 S.C.R. 306;
>
> The right to possession of lands on a reserve and, therefore, the division of family property on reserve lands: *Derrickson v. Derrickson*, 1986 CanLII 56 (SCC), [1986] 1 S.C.R. 285, at p. 296;
>
> Sustenance hunting pursuant to Aboriginal and treaty rights, such as the killing of deer for food: *Dick*;

---

[71] In the example provided, it may be that an interim safeguard order for exclusive use of the family home, may not be sufficiently distinguishable from the *Paul v. Paul*, supra note 34, and a court may find that such an order is indeed in actual conflict with the *Indian Act* (particularly if the order is inconsistent with the right of the spouse to possess or occupy the family home under the *Indian Act*). The Supreme Court of Canada has yet to rule on whether provincial emergency protection orders involving interim exclusive use of the family home based on reasons of protection and security from violence would be found to conflict with the property provisions of the *Indian Act.* Arguably it would be difficult to distinguish the *Paul* case given that in *Paul* the order at issue in *Paul* was for interim occupation under the Family Law legislation of British Columbia.

> The right to advance a claim for the existence or extent of Aboriginal rights or title in respect of a contested resource or lands: *Delgamuukw* and *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31 (CanLII), 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; and
>
> The operation of constitutional and federal rules respecting Aboriginal rights: *Paul v. British Columbia*, among others.[72]

As can be seen, matters concerning the possession of land and the family home have been considered as falling with the core. In *Canadian Western Bank*, the court generalized the cases to find that matters concerning relationships within Indian families fall within the core and would arguably overlap with much of what provincial family law matters are concerned with. Thus provincial law would be potentially inapplicable under the doctrine of interjursidictional immunity provided that the overlap is of such a nature that it triggers the doctrine. Mere overlap with the core may not be sufficient given recent jurisprudence concerning the scope of the doctrine's reach.

The trend within constitutional law jurisprudence is to both narrow the doctrine of interjursdicitional immunity and to treat s. 91(24) as no different in this regard from any other head of federal jurisdiction under s. 91.[73]

The trend towards narrowing the scope of the applicability of the doctrine of interjursdictional immunity was expressly endorsed in *Canadian Western Bank*. In that case the debate over what level of intrusion into the core power of a federal matter would trigger the doctrine of interjurisdicitonal immunity was resolved by requiring that the provincial law "impair" the core federal matter as opposed to merely "affect" or touch on that matter. It was not until the 2010 decision of NIL/TU,O that the Supreme Court of Canada clarified that this standard of impairment was equally applicable to cases dealing with the application of provincial laws impacting Indians.[74] The majority decision written by Justice Abella overturned a long-standing line of authority that examined labour relations issues differently in the context of s.91(24) than in other contexts.[75] Justice Abella stated that:

> There is no reason why, as a matter of principle, the jurisdiction of an entity's labour relations should be approached differently when s. 91(24) is at issue. The fundamental nature of the inquiry is – and should be - the same as for any other head of power.[76]

The court concluded that the agency in question was created to provide child welfare services which was a provincial undertaking. The fact that the agency was created to provide exclusive child welfare services to First Nation communities (and came about through a tri-partite

---

[72] Supra note 5 at para. 71
[73] There is some uncertainty whether this trend has been fully endorsed by the courts in reference to the scope of the core of s. 91(24). See discussion below.
[74] Supra note 5.
[75] Ibid at para 19
[76] Ibid at para. 20

agreement between the collective First Nations, the province and the federal government including the fact that the federal government provided a significant proportion of the funding for the agency) did not change the fact that the agency provided child welfare services which falls within provincial jurisdiction under s. 92 of the Constitution. Significantly, the majority made the following observations about the legitimacy of provincial authority dealing with Aboriginal matters. Justice Abella stated:

> [B]y expressly recognizing, affirming and giving practical meaning to the unique rights and status of Aboriginal people in the child welfare context, and by expressly respecting Aboriginal culture and heritage, represents a commendable, constitutionally mandated exercise of legislative power. *The very fact that the delivery of child welfare services is delegated to First Nations agencies marks, significantly and positively, public recognition of the particular needs of Aboriginal children and families.* It seems to me that this is a development to be encouraged in the provincial sphere, not obstructed.[77] (emphasis mine)

Justice Abella reminded us that this result is consistent with the co-operative nature of Canada's constitutional landscape today which adopts an approach that "accepts the inevitability of overlap between the exercise of federal and provincial competencies"[78]

The promotion of provincial jurisdiction by the court in regards to the particular needs of Aboriginal children and families suggests that the court may be quite sympathetic to provincial legislation designed to meet the needs of Aboriginal families concerned with matrimonial property matters. In other words, the court is going to be less willing to deny the application of otherwise valid provincial law simply because it implicates Aboriginal peoples.

Chief Justice McLachlin in a separate, but concurring judgement also affirmed this generous approach to the reach of provincial law. Not only did McLachlin C.J. expressly state that the court prefers the narrower view of when operations are federal and fall within the core, she insisted on a narrow definition on the scope of s.91(24) core authority. Chief Justice McLachlin held that the scope of the core of s. 91(24) is admittedly narrow. Moreover, she stated that a narrow core

> recognizes that Indians are members of the broader population and, therefore, in their day-to-day activities, they are subject to provincial laws of general application … Only where the activity is so integrally related to what makes Indians and lands reserved for Indians a fundamental federal responsibility does it become an intrinsic part of the exclusive federal jurisdiction, such that provincial legislative power is excluded.[79]

In this perspective McLachlin's judgment is consistent with Abella's.

However, and importantly for the purposes of the relevant constitutional issues regarding the FMA, McLachlin relies on the decided cases to illustrate examples of what falls within this

---

[77] Ibid at para. 41
[78] Ibid at para 42 - what of the Indigenous sphere of authority?
[79] Ibid at para. 73

exclusive federal core power notwithstanding this clarification of the doctrine. Within the illustrated examples are the well-known cases that deal with matrimonial real property on reserves including matters that pertain to the "relationships within Indian families and reserve communities".

Although NIL/TU,O does clarify what is in the core. It also clarifies that it is the standard of "impairment" that will be applied. It may not be enough then that provincial matrimonial property law simply overlaps with the FMA or has a minor incidental impact. It would have to be shown that the provincial law impairs the core matter: "relationships within Indian families".

> Only if the operation's normal and habitual activities relate directly to what makes Indians federal persons by virtue of their status or rights can provincial labour legislation be ousted, provided the impact of the provincial legislation would be to *impair this essentially federal undertaking*.[80]

Arguably impairment would exist if there is provincial law that would actually "impair" relationships within Indian families subject to the FMA or a First Nation's Code.

This trend has implications for the FMA. The more rigorous test of "impairment" adopted for determining whether provincial law intrudes on the core of a federal head of power applied in recent cases such as *Canadian Western Bank* and *NIL/TU,O* effectively narrows the scope of what is considered within the core of s.91(24), and in doing so opens the ground for provincial law to apply to matrimonial law matters on reserve notwithstanding the FMA.

The result is that provincial laws of general application will increasingly be characterized as applying of their own force and do not need the benefit of s. 88 of the *Indian Act* to referentially incorporate them into federal law for their application unless the law impairs Indian family relationships.

The Supreme Court of Canada's NIL/TU,O decision is subject to significant criticism because of its failure to appreciate the existence of Indigenous authority over child welfare matters separate and apart from federal or provincial authority. Moreover, the court fails to appreciate the distinct but valid policy reasons why a different constitutional approach to division of powers issues is not only appropriate but necessary in the context of dealing with Aboriginal peoples in a post-colonial society. For example, there is no appreciation from the court as to how a broad and generous reading of s. 91(24) jurisdiction can be understood as a means to foster inherent and distinctive jurisdictional space under s. 35(1) of the Constitution.[81]

C. Application of s.88 of the Indian Act

---

[80] Ibid at para. 74.

[81] John Borrows and Leonard Rotman, *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials and Commentary*, 4th Edition (Lexis Nexis, 2012) at 748.

> **88.** Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or the *First Nations Fiscal Management Act*, or with any order, rule, regulation or law of a band made under those Acts, and except to the extent that those provincial laws make provision for any matter for which provision is made by or under those Acts

This provision has the effect of referentially incorporating provincial laws that are found to not apply of their own force because they impair the core of "Indianness". In other words, if the Quebec law of general application dealing with a safeguard order granting exclusive interim occupation of a family home on reserve was found to be impairing the right of a spouse to live in the family home based on the *Indian Act* the provincial law would be incorporated as hybrid federal law. S. 88 gives such provincial laws the force of federal law. However, provincial law being incorporated into federal law via s. 88 of the *Indian Act* that ***conflicts*** with the *Indian Act* or other federal statute is excluded from being incorporated. If a safeguard order was found not to conflict with s. 20 of the Indian Act, for example, it would not be included. However, if it was found not to conflict, then it would be included but subject to the terms of the FMA because such incorporation is subject to "any other Act of Parliament" which would include the FMA. If the safeguard order conflicted with an order made under s.16 of the FMA for an emergency protection order, then s. 16 of the FMA would prevail to the extent of the inconsistency. The same result would likely occur if a First Nation Code provided for such an emergency protection order.

However, s. 88 goes farther than conventional constitutional law on paramountcy which requires actual conflict. S. 88 expressly states that in regard to the *Indian Act* provisions or the First *Nations Fiscal Management Act* (FNFMA) the provincial law will not be applicable where the provincial law merely overlaps or deals with the same subject matter as anything covered in the *Indian Act* or the FNFMA. Actual conflict between the laws is not necessary. Indeed the provincial law may act in harmony with the federal law, but will nonetheless be exempt from application to Indians as a result of the express language in s.88.

However, by the language of s. 88 itself, only the FNFMA and the *Indian Act* can benefit from this broader protection against provincial law. S. 88 has yet to be amended to include the FNLMA or the FMA. There are important implications regarding this omission. If a provincial law of general application affects the core of Indianness and that matter is governed by the FNLMA or the FMA, s. 88 will allow it to apply to Indians unless the provincial law is in actual conflict with the terms of the federal law. One possible negative implication of there being greater room for provincial law to apply is that it might encourage forum shopping by spouses to see where they can get the better deal: provincial law or the FMA? As noted above in the Executive Summary, it has been recommended that s. 88 be amended to make explicit reference to the FMA. I would also recommend including the FNLMA as well to ensure consistency.

Before examining the issue of judicial enforcement of the FMA or FNM Codes by the Quebec courts, I would first like to briefly discuss the issue of restricting the Act to deal only with on-reserve property owned by conjugal partners.

D. Application of FMA to Off-Reserve Family Assets

The Act is restricted in its application to lands and structures situated on the reserve. This is made clear in the definition of family home and in the operation of s. 28 concerned with the division of matrimonial interests or rights which are "situated on the reserve of that First Nation." This means that the valuation of assets under the Act only applies to interests situated on the reserve to which a spouse is a member. Arguably this would exclude assets of the spouse situated on a reserve to which the spouse is not a member or on provincial lands generally. This is a very restrictive definition of "interest and rights". Multiple proceedings is thus likely a possibility in order to effectively deal with all property held by couples. This is very problematic and restrictive and will result in a multiplicity of proceedings (contrary to the need to make justice more accessible for First Nations people).

This decision to restrict the Act to property situated only on the reserve is curious. The constitutional law division of powers principles have evolved, as discussed above, to significantly embrace co-operative federalism and to recognize a degree of overlap between federal and provincial jurisdictions. In my opinion, it would be possible to expand the reach of the federal Act to include provincial assets as long as the intrusion into the provincial sphere was "incidental" of an otherwise valid federal legislative scheme. In *Canadian Western Bank*, Justice Binnie and LeBel noted that "pith and substance" of constitutional interpretation is founded:

> On the recognition that it is in practice impossible for a legislature to exercise its jurisdiction over a matter effectively without incidentally affecting matters within the jurisdiction of another level of government. For example … it would be impossible for Parliament to make effective laws in relation to copyright without affecting property and civil rights …[82]

One could say the same about how impossible it would be for Parliament to make effective laws in relation to Indian matrimonial property without affecting property and civil rights in the province. Indeed, one could argue that the failure of the Act to extend its reach beyond the confines of reserves to include all family assets regardless of where they are located is to fall on the side of inefficient, ineffective and impractical legislation.

It is beyond the scope of this report to go into a detailed analysis of the likely outcome a division of powers challenge if Parliament had extended the reach of the Act to include off reserve property. In my opinion any such external reach into provincial authority would succeed against a constitutional challenge by the province as the impact would likely be minimal and incidental given the overall focus of the Act to deal with matrimonial property on reserve by First Nation members of particular reserves. Indeed my preliminary opinion would not change if the federal government included all "Indians" regardless of their place of residence on or off reserve in such legislation since s. 91(24) includes two heads of power "lands reserved for Indians" and "Indians". The existence of the "double aspect" doctrine in constitutional law would justify the

[82] Supra note 4 at para. 29

application of provincial laws to Indians, but if the federal government decided to enter the field, its plenary authority under s. 91(24)[83] would likely oust any provincial law considered to be in conflict with the federal legislation. It should not be forgotten that s. 88 exists because the federal government has chosen not to enact, "one by one, its own measures duplicating, for Indians"[84], the substance of existing provincial laws.

I can only speculate as to why Parliament took such a restrictive and potentially ineffective approach. Perhaps it is the uncertainty of constitutional challenge, but most likely it is the uncertainty of the application of a First Nations Code's reach although there is nothing in section 7 that would necessarily restrict a First Nation in creating its own matrimonial property law regime to include assets of spouses located off reserve.

Section 7 acknowledges that a First Nation has the power to enact laws in relation to interests or rights "on its reserves". However this provision simply recognizes what governance powers First Nations possess in this area. It says nothing of the extent of its governance power in this area. In any event one must recognize that to create an effective Band Code, the Band may need to intrude to some extent on provincial jurisdiction but in my opinion such an intrusion would likely be considered only incidental to the main purpose of the Code to deal with interests and right of its members on reserve. This conclusion would hold regardless of whether the source of the authority to extend to assets held by spouses off-reserve is viewed as an exercise of existing inherent power implicitly recognized in s. 7 of the Act or as a logical extension of delegated federal authority.[85]

It is important to be reminded that the preamble states that the federal government recognizes that Aboriginal peoples possess an inherent right to self-government although it would prefer implementation of the right through negotiations. This preamble statement does not therefore exclude legislative recognition of self-governing authority. Indeed, the following preamble statement indicates that Parliament does not wish the Act to be used to the prejudice of First Nations as determinative of the extent or scope of self-government authority. The Act is intended to "advance the exercise in a manner consistent with the *Constitution Act, 1982* of First Nations law-making power …"[86]

X The Source of the First Nation's Power to Make Matrimonial Laws

The preamble seems to suggest that the authority recognized in s. 7 is delegated authority by default since the Act has come about not through a self-government agreement, but by regular parliamentary process (notwithstanding a highly "consultative" process leading up to its enactment). In addition, the term First Nation in s. 7 is defined in the Act as meaning a "band"

[83] There is much criticism as discussed above about characterizing s.91(24) as plenary …
[84] Kerry Wilkins, "Of Provinces and Section 35 Rights" (1999) 22 Dal. L.J. 185
[85] As discussed below the more compelling view of s.7 of the Act is that it is a recognition of existing governance rights and not an enabling provision for exercising federal authority.
[86] Preamble provisions.

as defined under the *Indian Act*. The conventional view is that the "band" is a creature of the *Indian Act* and therefore the powers it possess are only those expressly delegated by federal legislation.

However, the Band is also an organic polity and not just a form of delegated power akin to municipalities. In this regard it is interesting to note that the language used in s. 7 refers to the First Nation as having "**the power to enact**". Unlike s. 81 of the *Indian Act*, there is no reference to Band "by-laws" which is the language usually associated with subordinate bodies exercising delegated authority. It is therefore open to interpretation that the Act is not delegating authority but actually recognizing inherent governance authority. Indeed, some lower courts have recognized that Bands possess two sources of governance authority. The first comes as delegated federal authority under the *Indian Act* and other federal statutes. The other source comes from inherent governance authority separate from federal or provincial power. In *Bone v. Sioux Valley Indian Band*[87] the court held that the power of a band to choose its council in a customary manner is not dependent on the *Indian Act*. "Rather it is an inherent power of the Band; it is a power the Band has always had, which the *Indian Act* only interferes with in limited circumstances …"[88] Likewise, the power recognized in s.7 may be defined as inherent notwithstanding that the FMA interferes with it in limited circumstances (i.e. imposes a publishing requirement and a process for ratification).

Although the preamble indicates that it was not the intent of Parliament to "recognize" inherent First Nation authority independent of a negotiated self-government agreement there is the possibility that the legislation itself does indeed recognize as oppose to delegate such authority in any event.[89] There is a body of case law that would support a finding that the Act is not enabling of First Nation authority, but simply recognition of pre-existing authority.[90]

The federal government recognizes by way of policy that Aboriginal peoples possess an inherent right to self-government. This right to self-government, however, can only come into fruition through negotiated agreements. This aspect of the recognition is contested. Where negotiations are not pursued or fail, Aboriginal peoples nonetheless argue that the right is judiciable and can be recognized by the courts. The courts have indicated their ability to decide the matter as long as the asserted right is not framed too broadly (*Pamajewon*, SCC). Although the minor conditions in s. 7 suggest federal control over First Nation law making authority, there existence is also consistent with the view that they represent a tailored admission of an inherent right to law making authority where the conditions are not contested (a compromise on the full extent of the right) from the federal government's point of view.

However, all that is possible in this report is to highlight the fact that the assumption that powers of First Nations under the FMA are delegated is contentious and subject to question. More analysis is required to fully explore this issue.

---

[87] [1996] 3 C.N.L.R. 54 at para. 32
[88] Ibid.
[89] It should be noted that s. 4 of the FMA states that the Act is to" provide for the enactment of First Nation laws" which could be interpreted as an enabling provision as opposed to a recognition of inherent power.
[90] For example see *Campbell v. A.G. B.C.* [2000] 4 CNLR 1 (B.C. S.C.)

What would happen if a First Nation decides to enact a Code that does not address emergency protection provisions? Does the provisional rules apply then or do we presume the First Nation by not including them in their own Code has implicitly decided that such a regime does not apply on their reserve?

One policy of the Act is the need to address unfairness in matrimonial property and family violence issues regarding the matrimonial home and that the Federal government will do so if First Nations do not. The "opt out" nature of the overall structure is consistent with this policy perspective. To be consistent with this policy objective, it would make sense that the provisional rules would fill in the gap left by the First Nation in their own Code. Another policy of the Act would be one that supports First Nation jurisdiction and autonomy to decide how the First Nation government and its citizens wish to deal with the issue and that a decision not to include emergency protection provisions is a legitimate decision of self-government and one that should be respected.

The FMA does not provide a clear answer to these questions. A First Nation that does not want the emergency protection provisions should expressly state that the provisions of the FMA on such matters do not apply in order for the Band government to protect its authority to decide the matter. It is another question, however, whether provincial provisions would nonetheless apply. Based on case law interpreting the impact of band by-laws on the application of provincial law to reserves, most likely the First Nation law will prevail.[91] Without such an express provision, and given the preference for cooperative federalism a court might find that there is no operational conflict between a First Nation Code and provincial law or for that matter the continued application of the provisional provisions of the FMA.[92] However, if the provincial law is dealing with occupation of lands or a matrimonial home, the provincial law will not likely apply on constitutional division of powers grounds as explained above.

XI. Enforcement of Federal Law within Quebec (Indian Act and Delegated Authority)

The superior courts of the province (which possess general jurisdiction) are the appropriate forum to apply federal law although federal law may expressly stipulate otherwise and appoint an alternative forum for adjudicating federal law (for example the Federal Court of Canada may be chosen as the forum in the federal statute provided the federal government has plenary power over the subject matter under adjudication). Moreover, it is possible for the federal government to stipulate provincial courts and tribunals other than the superior courts.[93]

---

[91] *R v. Billy* [1982] 1 C.N.L.R. 99 (B.C. C.A.), *St. Mary's Indian Band v. Canada* [1996] 2 C.N.L.R. 214 (Fed. T.D.)

[92] *R. v. Blackbird*, [2005] 2 C.N.L.R. 309 (Ont. C.A.)

[93] Peter Hogg, supra note 35 at 7-4. The case of *Papp v. Papp* [1970] 1 O.R. 331 (Ont. C.A.) is referenced in relation to the ability of the federal government to stipulate the superior court as the appropriate forum. The case of *R. v. Trimarchi* (1987) 63 O.R. (2d) 515 is identified in the same respect as concerning the appointment of provincial courts.

The FMA expressly assigns jurisdiction to the provincial superior court which in the case is the Quebec Superior Court (per s. 2(1) of the FMA) and any other court including the Quebec provincial court under s.43(5) if it already has been seized of the matter. If a court other that the Superior court was seized of a matter concerning the application of a spouse or "conjoint de fait" then this provision recognizes that such a court has jurisdiction to hear an application under the FMA. Even if there were no express provisions in the FMA concerning which courts have jurisdiction, the default position is that the superior courts (s. 96 courts) would have jurisdiction as they are courts of original jurisdiction under the Constitution.[94]

This is consistent with the FMA legislation. The superior court of the province has jurisdiction but for s. 16 of the Act which accords jurisdiction to a "designated judge" for the purposes of making an emergency protection order. This could include a judge of the superior court. However this provision will only take effect once the Lieutenant governor in council has authorized a "designated judge" under s. 2(1) of the FMA. The Act is intentionally flexible as to which court can be a designated judge to allow different provinces to hear emergency protection orders most consistent with their existing provincial processes. In the case of Quebec, however, there is no specific provincial legislation specifically providing for civil emergency protection orders, except in the case of youth (as discussed above). Superior courts have jurisdiction to issue an interim injunction against one or the other spouse to leave the family residence pending a final determination of their rights following relationship breakdown. However, this may not apply to *de facto* conjugal partnerships in Quebec. As a result, these relationships would be limited to protective orders available under the Criminal Code (i.e. peace bonds).

At time of writing, the Lieutenant Governor in Council for Quebec has not yet appointed a designated judge. Provinces have until December 16th, 2014 to designate a judge which is when the provisional rules become enforceable. If an appointment has not been made by then, the emergency protection order provisions may not be relied on as the provisions are dependent on the jurisdiction of a designated judge. Quebec law may then apply subject to the question of constitutionality discussed above.

However, it may be possible for a First Nation Band Code to include emergency protection orders and expressly appoint the Superior Court of Quebec (or perhaps the provincial courts which may be more accessible) to have jurisdiction to issue such orders under the First Nation's own Code. The Federal Department of Justice overview of the FMA indicates that a First Nation may choose to enact their own laws "with regard to all or part of what is included in the federal provisional rules – for example, they may choose not to involve the courts…"[95]

Generally speaking, the policing authority responsible for policing the reserve will enforce only quasi-criminal by-laws. By-law enforcement officers appointed by the band council will enforce those of an administrative nature. Other members of the community may effectively "enforce" bylaws either by their own informal methods or by available formal routes.

The Emergency Protection Order provisions of the Act and a First Nations Code that provides similar protections from family violence may be considered quasi-criminal. Indeed they are

[94] Ibid.
[95] Supra note 36 at 9.

being treated as such as there are current plans for providing police forces with training on section 16 (emergency protection provisions) of the FMA.

In conclusion, the above confirms that conventional constitutional law principles would support the right of the federal government to assign the forum or forums to administer the provisions of the FMA.

XI Conclusion

This report was asked to address some of the key differences between the FMA and Quebec family law. In general the FMA provides similar protections as would Quebec family law with the major exception of not extending the concept of patrimony to *de facto* couples (common law couples). In any event this issue is somewhat moot given that under constitutional law doctrine the FMA would prevail where provincial law conflicts with the application of the FMA. In some circumstances provincial law may not apply because it unjustifiably intrudes on the core of federal power under s. 91(24) which have been defined to include family relations on reserve. Finally, the federal government has the constitutional authority to stipulate which judicial forum is to administer the provisions of the FMA. It remains somewhat uncertain the extent to which a First Nation in reference to its own Family law Code may do the same. The Act suggests that is does under s. 7(2) (a).

Appendix A: Comparison Chart

FHRMIRA vs. Civil Code of Quebec

Civil Code of Quebec	***FHRMIRA***
Definition of the Family Patrimony[96] • The residences used by the family or the rights which give the family the use of them; • The household furniture used to furnish or decorate the residences; • The motor vehicles used for family transportation; • The rights accrued in a retirement plan during the marriage or civil union; and • The earnings registered during the marriage under the Act respecting the Quebec Pension Plan or equivalent programs.	*Family Home* and *Matrimonial Interest or Rights* Definition[97] "Family home means a structure — that need not be affixed but that must be situated on reserve land — where the spouses or common law partners habitually reside or, if they have ceased to cohabit or one of them has died, where they habitually resided on the day on which they ceased to cohabit or the death occurred. If the structure is normally used for a purpose in addition to a residential purpose, this definition includes only the portion of the structure that may reasonably be regarded as necessary for the residential purpose." "Matrimonial interests or rights" means interests or rights, other than interests or rights in or to the family home, held by at least one of the spouses or common-law partners (*a*) that were acquired during the conjugal relationship; (*b*) that were acquired before the conjugal relationship but in specific contemplation of the relationship; or (*c*) that were acquired before the conjugal relationship but not in specific contemplation of the relationship and that appreciated during the relationship. It excludes interests or rights that were received from a person as a gift or legacy or on devise or descent, and interests or rights that can be traced to those interests or rights.
Equal Rights and Being Bound to Live Together	Occupation of Family Home; Equal for Each spouse or Partner[99]

[96] The *Civil Code of Quebec* (*CCQ)*, s. 415
[97] The *FHRMIRA*, s. 2
[99] The *FHRMIRA*, s. 13

"The spouses have the same rights and obligations in marriage. [T]hey are bound to live together." [98]	
Award for Occupation of Family Residence after Death, Divorce, etc[100]	A Survivor who does not hold an interest or right to the family home may occupy that home for 180 days after the death of a spouse or common-law partner[101]
Possibility of Renunciation of Rights in the Family Patrimony After Marriage Breakdown, Death of a Spouse, etc.[102]	Consent to and Possibility of Disposition and Encumbrance of Matrimonial Interests or Rights During the conjugal Relationship[103]
Partition of the Family Patrimony (*Separation from Bed and Board or Dissolution of a Marriage by Divorce*)[104] Determination of the Family Patrimony Value[105]	Equal Division of the Value of Interests and Rights after Breakdown of a Conjugal Relationship[106] The conditions of evaluation for First Nation members[107] and non-First Nation members.[108]
Matrimonial Regime[109]	Enforcement of a Written Agreement After Breakdown of a Conjugal Relationship[110]
Partition of the Family Patrimony (*Dissolution of a Marriage by the Death of either Spouse*)[111] Determination of the Family Patrimony Value[112]	Equal Division of the Value of Interests and Rights after Death of a Spouse or Common-law Partner[113] The Conditions of Evaluation for First Nation Members[114] and Non-first Nation Members

[98] The *CCQ*, s. 392
[100] "In the event of separation from bed and board, divorce or nullity of a marriage, the court may, upon the application of either spouse, award to the spouse of the lessee the lease of the family residence. The award binds the lessor upon being served on him and relieves the original lessee of the rights and obligations arising out of the lease from that time forward." The *CCQ*, s 409
[101] The *FHRMIRA*, s 14
[102] The *CCQ*, s 423
[103] The *FHRMIRA*, s 15
[104] The *CCQ*, s 416
[105] "The net value of the family patrimony is determined according to the value of the property composing the patrimony and the debts contracted for the acquisition, improvement, maintenance or preservation of the property composing it on the date of death of the spouse or on the date of the institution of the action in which separation from bed and board, divorce or nullity of the marriage, as the case may be, is decided; the property is valued at its market value." The *CCQ*, s 417
[106] The *FHRMIRA*, s 28
[107] The *FHRMIRA*, s 28(2)
[108] The *FHRMIRA*, s 28(3)
[109] The *QCC*, s. 431-447
[110] The *FHRMIRA*, s 33
[111] The *CCQ*, s 416
[112] The *CCQ*, s 417
[113] The *FHRMIRA*, s 34
[114] The *FHRMIRA*, s 34(2)

	differ in that non-members are not entitled to a portion of the value of land.[115]

Appendix B: Extract from Youth Protection Act

37.5. In order to better adapt the application of this Act to the realities of Native life, the Government is authorized, subject to the applicable legislative provisions, to enter into an agreement with a first nation represented by all the band councils of the communities making up that nation, with a Native community represented by its band council or by the council of a northern village, with a group of communities so represented or, in the absence of such councils, with any other Native group, for the establishment of a special youth protection program applicable to any child whose security or development is or may be considered to be in danger within the meaning of this Act.

The program established by such an agreement must be compatible with the general principles stated in this Act and with children's rights thereunder, and is subject to the provisions of Division I of Chapter III thereof. In particular, the powers provided for in section 26 may be exercised with respect to the record relating to the case of a child to whom such an agreement applies.

The agreement shall specify the persons to whom it applies and define the territory in which the services are to be organized and provided. It shall identify the persons or authorities that will be entrusted with exercising, with full authority and independence, all or part of the responsibilities assigned to the director, and may provide, as regards the exercise of the entrusted responsibilities, procedures different from those provided for in this Act. The agreement shall contain provisions determining the manner in which a situation is to be taken in charge by the youth protection system provided for in this Act.

The agreement shall also provide measures to evaluate its implementation, and specify the cases, conditions and circumstances in which the provisions of the agreement cease to have effect.

To the extent that they are in conformity with the provisions of this section, the provisions of an agreement shall have precedence over any inconsistent provision of this Act and, as regards the organization and provision of services, of the Act respecting health services and social services

[115] The *FHRMIRA*, s 34(3)

(chapter S-4.2) or of the Act respecting health services and social services for Cree Native persons (chapter S-5).

Any agreement entered into under this section shall be tabled in the National Assembly within 15 days of being signed, or, if the Assembly is not in session, within 15 days of resumption. It shall also be published in the *Gazette officielle du Québec.*[116]

[116] *Youth Protection Act* (1977) S.Q. c. P-34.1