
Centre for International
Governance Innovation



Wiyasiwewin Mikiwahp
Native Law Centre

Mise en application de la DNUDPA : Autres réflexions sur les liens à tisser entre les lois internationales et nationales, et le droit autochtone

RAPPORT SPÉCIAL





Mise en application de la DNUDPA :

Autres réflexions sur les liens à tisser entre les lois
internationales et nationales, et le droit autochtone



RAPPORT SPÉCIAL

L'Équipe du CIGI

Direction

Directeur exécutif **Rohinton P. Medhora**
Directeur adjoint, Droit international de la propriété intellectuelle et Innovation **Bassem Awad**
Directrice des finances et directrice des opérations **Shelley Boettger**
Directeur, Économie mondiale **Robert Fay**
Directrice, Droit international **Oonagh Fitzgerald**
Directeur, Sécurité et politiques internationales **Fen Osler Hampson**
Directrice, Ressources humaines **Laura Kacur**
Directrice adjointe, Droit international de l'environnement **Silvia Maciunas**
Directeur adjoint, Droit économique international **Hugo Perezcano Díaz**
Directrice, Évaluation et Partenariats **Erica Shaw**
Directeur général et chef du contentieux **Aaron Shull**
Directeur, Communications et Médias numériques **Spencer Tripp**

Publications

Directrice des publications **Carol Bonnett**
Éditrice principale **Jennifer Goyder**
Éditrice **Susan Bubak**
Éditrice **Patricia Holmes**
Éditrice **Nicole Langlois**
Éditrice **Lynn Schellenberg**
Graphiste **Melodie Wakefield**

Pour toute demande concernant les publications : <publications@cigionline.org>.

Communications

Pour toute demande de renseignements de la part des médias : <communications@cigionline.org>.

🐦 @cigionline

Image de la page couverture : *Healing*, de Jim Logan

© Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale, 2018

Les opinions exprimées dans le présent document n'engagent que les auteurs et ne traduisent pas nécessairement celles du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale ni de ses administrateurs.

Publié par le Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI), en partenariat avec le Wiyasiwewin Mikiwahp Native Law Centre de l'école de droit de l'Université de la Saskatchewan.



Le contenu de la présente publication est protégé en vertu d'une licence de Creative Commons Attribution – Pas d'utilisation commerciale – Pas de modification. Pour accéder à cette licence, visitez le site : <www.creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>. En cas de réutilisation ou de distribution, veuillez inclure le présent avis de droit d'auteur.

Imprimé au Canada sur du papier fait à 100 % de fibres post-consommation et certifié par le Forest Stewardship Council^{MD}

Centre for International Governance Innovation et CIGI sont des marques de commerce déposées.

Centre for International
Governance Innovation

67 Erb Street West
Waterloo, ON, Canada N2L 6C2
www.cigionline.org



University of Saskatchewan, Room 160, Law Building
15 Campus Drive, Saskatoon, SK, S7N 5A6
www.usask.ca/nativelaw

Table des matières

		81	Le canari dans la mine : femmes autochtones et industries extractives au Canada <i>Sarah Morales</i>
vii	Acronymes et abréviations		
ix	Préface <i>Oonagh E. Fitzgerald et Larry Chartrand</i>		
1	Introduction : Les défis liés au droit <i>John Borrow</i> s		
Partie I : Sous l'angle du droit international			
9	Nécessité d'explorer le concept de dignité inhérente dans les systèmes de connaissances autochtones <i>James (Sa'ke'j) Youngblood Henderson</i>		
17	Mise en application par voie législative de la DNUDPA <i>Sheryl Lightfoot</i>		
27	Mise en application de la DNUDPA compte tenu du droit canadien et du droit autochtone : quels sont les défis? <i>Gordon Christie</i>		
37	Mise en application de la DNUDPA : analyse sexospécifique des répercussions <i>Brenda L. Gunn</i>		
Partie II : Sous l'angle du droit autochtone			
47	Vers une définition de la réconciliation au Canada : Incidence sur les négociations liées aux protocoles d'entente de réconciliation entre Métis et Couronne <i>Larry Chartrand</i>		
59	Explorer notre lien sacré permanent et juridique avec <i>nibi</i> (l'eau) <i>Aimée Craft</i>		
71	Reconstruire les relations et les nations : perspective <i>mi'kmaq</i> de la voie vers la réconciliation <i>Cheryl Knockwood</i>		
95	Mise en œuvre de la DNUDPA : engagement ferme à l'égard de l'apprentissage interculturel des systèmes juridiques autochtones <i>Hannah Askew</i>		
Partie III : Sous l'angle du droit national			
107	DNUDPA et passage à une relation de nation à nation <i>Joshua Nichols</i>		
117	Distinction entre droits revendiqués et droits établis, et espoirs suscités par la DNUDPA <i>Robert Hamilton</i>		
127	Les dispositions 27 et 46(2) de la DNUDPA : une voie hors du bourbier créé par le critère de l'atteinte justifiable lié à l'article 35? <i>Ryan Beaton</i>		
137	Stratégie de mise en application de la DNUDPA : Éléments fondamentaux <i>Kerry Wilkins</i>		
149	Conflit ou complémentarité avec les systèmes nationaux? DNUDPA, droit autochtone et avenir des normes internationales au Canada <i>Joshua Nichols et Robert Hamilton</i>		
158	Reproductions : mentions d'artiste et information		
160	Au sujet du PRDI/About the ILRP		
161	À propos du CIGI/About CIGI		
162	Au sujet du Wiyasiwewin Mikiwahp Native Law Centre		

Acronymes et abréviations



APA	accès et partage des avantages
CDB	Convention sur la diversité biologique
CEDR	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
CPLCC	consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause
CRPA	Commission royale sur les peuples autochtones
CT	connaissances traditionnelles
CVR	Commission de vérité et réconciliation
DNUDDPA	<i>Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones</i> (UNDRIP, selon l'acronyme anglais)
ITK	Inuit Tapiriit Kanatami
MEDPA	Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones
OCA	obligation de consulter et d'accommoder
ONG	organisation non gouvernementale
PE	protocole d'entente
RG	ressources génétiques
SCC	Cour suprême du Canada

Préface



Oonagh E. Fitzgerald et Larry Chartrand

C'est avec plaisir que le Programme de recherche en droit international (PRDI) du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI), en collaboration avec le Wiyasiwewin Mikiwahp Native Law Centre de la faculté de droit de l'Université de la Saskatchewan, publie la présente série d'articles traitant de la manière dont on peut conjuguer le droit international, le droit constitutionnel et les traditions juridiques autochtones afin de mettre pleinement en œuvre au Canada la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA)¹. Ce deuxième rapport du CIGI sur les liens entre le droit international, la Constitution canadienne et le droit autochtone permet de pousser plus loin l'analyse commencée, en 2017, dans le premier rapport spécial du CIGI portant sur le thème métaphorique du « tressage » de liens entre ces pôles et intitulé *Mise en application de la DNUDPA : Tisser des liens entre le droit autochtone et les lois nationales et internationales*².

Depuis que le gouvernement du Canada a approuvé la DNUDPA en mai 2016, lors de la réunion de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones³, il s'est passé bien des choses qui ont permis de préparer un ambitieux programme canadien de mise en application. Néanmoins, les progrès tangibles en ce sens demeurent lents et très souvent illusoires. Il convient toutefois de souligner les nombreuses mesures positives prises par le gouvernement fédéral. En septembre 2017, à l'occasion du 150^e anniversaire du Canada, le premier ministre Justin Trudeau a fait un discours enflammé devant l'Assemblée générale de l'ONU. Dans ce dernier, il a reconnu que les peuples autochtones du Canada avaient une histoire remontant à des milliers d'années avant l'arrivée des Européens, et que la nation baptisée « Canada » était en fait un « projet en

1 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, doc off AGNU, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

2 Oonagh Fitzgerald et Risa Schwartz, éd, *Mise en application de la DNUDPA : Tisser des liens entre le droit autochtone et les lois internationales et nationales*, CIGI, Rapport spécial, 31 mai 2017.

3 Ministre des Affaires autochtones et du Nord, Carolyn Bennett, annonce de l'appui du Canada à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (lors de la 15^e session du Forum permanent des peuples autochtones des Nations Unies, le 10 mai 2016).

cours d'élaboration »⁴. Il faisait référence à l'héritage colonial du Canada, aux promesses non tenues et aux préjudices causés aux Inuits, aux Métis et aux Premières Nations par les politiques racistes qui ont régné au Canada. Il a également réitéré la promesse de profiter de l'occasion pour « aller de l'avant » et corriger les torts causés, de manière à promouvoir des relations de nation à nation et de gouvernement à gouvernement ainsi que les rapports Inuits-Couronne, en vue de parvenir à la réconciliation.

Le Canada a mis sur pied un groupe de travail composé de ministres fédéraux « chargés de passer en revue les lois, les politiques et les pratiques opérationnelles fédérales, pour assurer que la Couronne assume ses obligations constitutionnelles et qu'elle respecte les normes internationales en matière de droits de la personne, y compris la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* »⁵. Le ministère fédéral canadien de la Justice a énoncé dix « Principes régissant la relation du gouvernement du Canada avec les peuples autochtones », notant que « [la] mise en œuvre de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* nécessite des changements en profondeur en ce qui concerne la relation du gouvernement avec les peuples autochtones »⁶. L'ancien ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada a été dissous et remplacé par deux nouveaux ministères : Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada (RCAANC), et Services aux Autochtones Canada (SAC).

En février 2018, le premier ministre a annoncé que le gouvernement du Canada établirait un cadre de réconciliation et de mise en œuvre des droits des peuples autochtones, comprenant à la fois une législation et des politiques. Comme on peut le lire sur le site Web du gouvernement, grâce à ce cadre on « veillera à ce que le gouvernement du Canada reconnaisse, respecte et mette en œuvre les droits des peuples autochtones, y compris les droits inhérents et les droits issus de traités, et fournira des mécanismes pour appuyer l'autodétermination. Le cadre appuiera les droits des peuples autochtones, tels qu'ils sont reconnus et confirmés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tout en respectant les articles de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Il sera également compatible avec les Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones. »⁷

De leur côté, d'autres ministères fédéraux ont pris des mesures initiales provisoires afin de travailler avec les peuples autochtones à l'élaboration d'une politique visant des questions comme les changements climatiques, la modification des évaluations environnementales, le commerce international, la réforme du droit de la propriété intellectuelle, la protection des connaissances traditionnelles ainsi que la préservation et la revitalisation des langues autochtones. En mai 2018, le projet de loi C-262, qui émanait du député fédéral Romeo Saganash, a été adopté par la Chambre des communes (206 voix pour, 79 voix contre)⁸ et présenté au Sénat.

Même si ce sont là des pas dans la bonne direction, bon nombre des auteurs ayant contribué au présent rapport pensent qu'il faut faire plus, si l'on veut apporter de véritables changements sur le terrain pour les peuples des Premières Nations, les Inuits et les Métis du Canada. La DNUDPA est le fruit des efforts concertés de dirigeants autochtones du monde entier pour enrayer les effets destructeurs et

4 Allocution du premier ministre Justin Trudeau à la 72^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies (21 septembre 2017), en ligne : <<https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/2017/09/21/allocution-du-premier-ministre-justin-trudeau-la-72e-session-de-lassemblee>>.

5 « Discours du premier ministre à la Chambre des communes au sujet du Cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits » (14 février 2018), en ligne : <<https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/2018/02/14/discours-du-premier-ministre-la-chambre-des-communes-au-sujet-du-cadre-de>>.

6 Ministère de la Justice, « Principes régissant la relation du gouvernement du Canada avec les peuples autochtones », en ligne : <www.justice.gc.ca/fr/sjc-csj/principes-principles.html>.

7 Canada, « Aperçu d'un Cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits des peuples autochtones » (14 février 2018), en ligne : <www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fr/1536350959665/1539959903708>.

8 Projet de loi C-262, *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones*, 1^{re} sess, 42^e parl, 2016 (adopté par la Chambre des communes le 30 mai 2018), en ligne : <www.parl.ca/DocumentViewer/fr/42-1/projetLoi/C-262/troisieme-lecture>.

aliénants du colonialisme, et créer des conditions qui permettront aux Autochtones de retrouver leur autonomie sur le plan social, culturel, linguistique, spirituel, politique, économique, environnemental et juridique. Le fait que le Canada approuve la DNUDPA devrait donc créer la possibilité de progrès considérables vers la reconnaissance des droits des peuples autochtones au Canada. Pourtant, bien des auteurs du présent rapport — tout comme les auteurs du rapport du Yellowhead Institute sur le cadre des droits ancestraux au Canada⁹ — disent s'inquiéter vraiment de ce que la vision du Canada en ce qui concerne la compétence des Autochtones relativement aux terres et aux ressources canadiennes est très restreinte, et du fait que cette vision pourrait n'être qu'une version modifiée du statu quo.

Les auteurs qui ont contribué au présent rapport spécial expliquent en quoi les traditions juridiques autochtones proposent des visions du monde qu'il conviendrait de laisser se développer et s'épanouir. La mise en application de la DNUDPA dans les contextes du droit international et du système juridique canadien nécessitera des changements de nature juridique pour que soient reconnus différents systèmes juridiques et qu'on s'y adapte. En se fondant sur la métaphore du « tressage » (ou tissage), ces auteurs examinent les possibilités et les risques associés à toute tentative pour instaurer une cohérence et une certaine harmonie dans les différents volets du droit international, du droit national datant de l'époque coloniale ainsi que des traditions juridiques autochtones, tout en abordant avec sérieux la notion des relations de nation à nation et de la question de la réconciliation.

À propos des auteurs

En tant que directrice du Programme de recherche en droit international (PRDI) du CIGI, **Oonagh Fitzgerald** supervise un programme d'études qui vise le droit économique international, le droit de la propriété intellectuelle et l'innovation, ainsi que le droit autochtone. M^{me} Fitzgerald a acquis une longue expérience aux postes de cadre supérieur qu'elle a occupés au gouvernement fédéral, où elle a fourni des services et des conseils juridiques en matière de droit international. Juste avant son entrée au CIGI, en 2014, elle était coordonnatrice de la sécurité nationale au ministère de la Justice du Canada

Titulaire d'un baccalauréat en beaux-arts (obtenu avec distinction) de l'Université York et d'un baccalauréat en droit de l'Osgoode Hall Law School, Oonagh Fitzgerald a été admise au Barreau de l'Ontario en 1983. Elle a également une maîtrise en droit de l'Université d'Ottawa, un doctorat en sciences juridiques de l'Université de Toronto et un MBA de l'Université Queen's.

Larry Chartrand dirige les programmes d'études du Wiyasiwewin Mikiwahp Native Law Centre. Il est actuellement en congé de la faculté de droit de l'Université d'Ottawa, où il enseigne depuis 1994 et est professeur titulaire depuis 2013. Natif des plaines de l'Ouest canadien, Larry est fier d'être un membre de la nation métisse du Canada. Auparavant, il a été directeur de l'Aboriginal Self-Government Program de l'Université de Winnipeg, conseiller métis auprès du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones et directeur du programme de droit autochtone de la faculté de droit de l'Université de l'Alberta.

En 2017, Larry Chartrand a reçu la prestigieuse Médaille du Barreau du Haut-Canada en reconnaissance des services exemplaires qu'il a rendus dans le respect des idéaux fondamentaux de la profession juridique.

⁹ Hayden King et Shiri Pasternak, *Canada's Emerging Indigenous Rights Framework: A Critical Analysis*, Yellowhead Institute, rapport spécial, 5 juin 2018, en ligne : <<https://yellowheadinstitute.org/wp-content/uploads/2018/06/yi-rights-report-june-2018-final-5.4.pdf>>.

Introduction

Les défis liés au droit



John Borrows

Au cours des deux dernières années, le Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI) a collaboré avec des érudits, notamment des Autochtones, afin d'examiner des questions autochtones sous divers angles juridiques (droit international, lois nationales et droit autochtone). Cet effort avait comme but premier « d'examiner et de redéfinir les liens entre les lois internationales, le droit établi par les peuples autochtones et les dispositions constitutionnelles canadiennes » afin « de réfléchir au passé et de déterminer ce que l'avenir pourrait réserver à notre pays et à ses relations avec les Autochtones »¹. Le 31 mai 2017, à la suite de ces efforts, le CIGI a publié un rapport spécial sur les façons de tisser des liens entre ces trois approches juridiques pour mettre en application la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA)*. Intitulé *Mise en application de la DNUDPA : Tisser des liens entre le droit autochtone et les lois internationales et nationales*, ce rapport présentait neuf articles selon lesquels la DNUDPA ne peut être mise en application sans qu'on adapte le droit international et le droit national aux traditions juridiques autochtones.

L'harmonisation du droit international et national avec le droit autochtone n'est pas un processus linéaire. Les voies empruntées peuvent être parallèles, mais aussi s'entrelacer, se croiser et s'entremêler. Les peuples autochtones ne veulent pas que leurs propres normes et processus juridiques s'estompent ou s'éteignent par suite de leur interaction avec d'autres systèmes de droit. Les « fils » (ou « brins ») du droit autochtone doivent être vigoureux, solides et à l'évidence distincts lorsqu'ils entrent en interaction avec d'autres traditions juridiques; ils ont des incidences sur celles-ci ou en subissent l'influence. Dans le premier rapport du CIGI sur la mise en application de la DNUDPA, on a choisi la

¹ Oonagh Fitzgerald et Risa Schwartz, « Introduction », dans Oonagh Fitzgerald et Risa Schwartz, dir, *Mise en application de la DNUDPA : Tisser des liens entre le droit autochtone et les lois internationales et nationales*, CIGI, Rapport spécial, 31 mai 2017, à la p 3.

métaphore du « tressage » pour illustrer ces interactions et renforcer ce point de vue. Oonagh Fitzgerald et Risa Schwartz expliquent comme suit la pertinence de cette image :

L'image du « tressage » est pertinente en raison des nombreuses traditions autochtones du Canada. Par exemple, les écharpes tressées des Métis représentent l'interconnexion entre les différentes traditions. Le tressage des herbes sacrées symbolise la force et le pouvoir de la guérison. Une tresse est un objet unique composé d'un grand nombre de fibres et de brins distincts; elle ne doit pas sa résistance à une seule des fibres qui la composent sur toute sa longueur, mais à l'entrelacement des nombreux brins qui la forment. En imaginant un processus consistant à tresser ensemble les brins représentés par le droit constitutionnel, le droit international et le droit autochtone, on entrevoit des possibilités de réconciliation selon différents angles et divers points de vue, et on peut alors commencer à imaginer ce que pourrait signifier une relation de nation à nation intégrant plusieurs traditions juridiques².

Tout au long de l'année écoulée, le CIGI a continué de travailler à la lumière de cette métaphore et de réfléchir à la relation entre le droit international, le droit national et le droit autochtone. Le présent rapport poursuit la réflexion sur le thème du « tressage » introduite par le rapport précédent du CIGI sur la question. Les quatorze articles présentés traitent des liens entre le droit international, le droit national et le droit autochtone de façon utile et perspicace. Certains établissent ou tissent des liens entre ces trois sources de droit dans des articles plus pointus, d'autres portent sur un ou deux volets (ou « brins ») particuliers et analysent de manière plus générale les façons dont ils pourraient interagir.

Peu importe l'approche adoptée, le message plus large du présent rapport demeure le même : les différentes sources de droit doivent réagir favorablement et s'adapter les unes aux autres afin de donner effet aux lois, valeurs, coutumes, normes et traditions autochtones. Le langage des droits autochtones est celui qui est utilisé en droit international et national pour atteindre cet objectif. Pourtant, comme nous le rappelle Sa'ke'j Henderson dans son article, les peuples autochtones ont leur propre façon de définir les droits autochtones dans les systèmes qui leur sont propres.

Pour les personnes qui travaillent dans le domaine, la difficulté tient, comme le soulignent les auteurs du présent rapport, à la nécessité de reconnaître que le droit autochtone a sa propre histoire et son contexte, et comporte ses propres pouvoirs et définitions. Il peut être interprété de manière plus large que ne l'envisagent ou le permettent le droit international et le droit national. Par conséquent, il n'est pas toujours facile de mettre les différentes traditions juridiques en adéquation les unes avec les autres. Pourtant, les différences, quoique profondément enracinées, ne devraient pas nous empêcher de reconnaître le caractère autonome du droit autochtone.

Comme le signalent Aimée Craft et Cheryl Knockwood dans le présent rapport, les règles de droit autochtones tirent leur origine de milieux naturels, d'environnements et de peuples différents. Le droit autochtone doit être reconnu pour ce qu'il est, sans qu'il faille nécessairement le modifier pour l'adapter au droit international ou national. Toutefois, ses particularités peuvent poser d'importantes difficultés à certains praticiens et théoriciens du droit international et national. Par exemple, le droit international (surtout en matière de droits de la personne) est souvent présenté comme un régime universel, tandis que le droit autochtone est parfois davantage tributaire du contexte. En outre, on considère le droit national comme le régime prépondérant dans les domaines qu'il englobe. Ces points de vue sur le droit international et national laissent souvent peu de possibilités pour que le droit autochtone suscite une remise en question, voire une infirmation des postulats établis par les praticiens des autres traditions juridiques. Bien que le droit autochtone puisse comporter certains principes qu'on

² *Ibid* à la p 3.

peut qualifier d'universels, et interagir d'une façon ou d'une autre avec les lois nationales, il ne peut pas être entièrement englobé dans l'une des deux autres approches juridiques. Le droit autochtone est *sui generis*; ce n'est pas une création du droit international ou national, même si d'autres systèmes juridiques peuvent le reconnaître et en confirmer l'existence.

Le « tressage » du droit autochtone avec le droit international et le droit national constitue donc une entreprise originale qui nous aide à redéfinir l'idée même du droit. Comme on l'a évoqué plus haut, le droit autochtone remet en question l'universalité et la suprématie du droit international et du droit national revendiquées par leurs tenants. Les sources et l'application du droit peuvent être très diverses. Les règles de droit peuvent avoir été instaurées par des clans, découler du contact avec des glaciers ou des rivières, ou provenir de coutumes et pratiques traditionnelles locales, ou bien avoir été établies par des organes législatifs, des tribunaux et des pouvoirs exécutifs. Dans cette optique, certaines sources de droit autochtone peuvent ne pas avoir de sens ou même sembler ne pas être un système de droit pour les gens d'autres traditions juridiques. C'est pour cela qu'il s'avère difficile de tisser des liens entre le droit autochtone, d'une part, et le droit international et national, d'autre part : le pouvoir, la responsabilité, les obligations, la mise en exécution et la persuasion, notamment, peuvent être interprétés différemment dans des contextes autochtones. Le droit est une institution sociale comportant des éléments normatifs, analytiques et spécifiquement culturels; il diffère dans le temps et l'espace, ainsi que d'un groupe à l'autre, lorsqu'on le mesure à l'aune plus vaste de l'histoire³. Il ne découle pas seulement du système westphalien, de sources religieuses ou séculaires, ou d'autres sources dites conventionnelles.

Les articles du présent rapport traitent de la façon dont le droit autochtone ainsi que le droit international et le droit national sont à la fois similaires et différents. Les auteurs se demandent comment ces divers systèmes pourraient s'harmoniser pour servir réciproquement leurs objectifs respectifs.

Les quatre premiers articles portent sur les perspectives du droit international au regard de la DNUDPA.

Sa'ke'j Henderson débute par un examen du concept de dignité inhérente et de la manière dont il sous-tend bien des normes et des instruments internationaux en matière de droits. Il nous invite à comprendre la dignité inhérente selon les systèmes de connaissances et les langues autochtones, en nous familiarisant avec ceux-ci. Parmi les avantages de cette approche, mentionnons une meilleure compréhension du fait que, selon les concepts eurocentriques relatifs à la dignité, l'espèce humaine est considérée comme distincte des autres formes de vie. M. Henderson se demande aussi quels liens pourraient être tissés entre le concept de dignité inhérente et les droits inhérents des Autochtones, d'une part, et la réparation des torts historiques causés aux peuples autochtones, d'autre.

Sheryl Lightfoot aborde la future mise en application de la DNUDPA au moyen d'une législation nationale. Elle explique l'importance des organismes autochtones nationaux, de la Commission de vérité et réconciliation du Canada (CVR) et du projet de loi C-262⁴ du Parlement du Canada dans l'atteinte de cet objectif. Des lois nationales permettraient plus de clarté et d'uniformité et donnerait un élan à la mise en application de la DNUDPA dans son intégralité. Elle offrirait aussi la possibilité d'abroger la *Loi sur les Indiens*, d'accommoder le droit autochtone et d'invalider les lois discriminatoires sur le fondement des principes liés au consentement préalable donné librement et en connaissance de cause.

Dans son article, Gordon Christie s'intéresse aux commentateurs de pensée conservatrice qui en appellent à la prudence pour ce qui est de la mise en application de la DNUDPA au Canada. Selon lui,

3 Brian Tamahana, *A Realistic Theory of Law* (Cambridge, R-U, Cambridge University Press, 2017).

4 Projet de loi C-262, *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1^{re} sess, 42^e parl, 2016 (adopté par la Chambre des communes le 30 mai 2018), en ligne : <www.parl.ca/DocumentViewer/fr/42-1/projet-loi/C-262/troisieme-lecture>.

ces critiques tentent de saper les mesures conçues pour s'attaquer aux structures de domination issues du colonialisme, ainsi qu'à la dépossession, l'oppression, la perte d'autonomie et le génocide culturel des Autochtones. Il déconstruit les arguments ou préoccupations de ces critiques selon trois prémisses : premièrement, il faut une restructuration complète du Canada pour assurer une interprétation large de la DNUDPA; deuxièmement, la DNUDPA fait appel à des notions non occidentales de propriété et de compétence pour régler la question de la territorialité autochtone; troisièmement, la DNUDPA veut donner aux peuples autochtones un droit de veto en matière d'activités de développement menées sur leurs terres. Gordon Christie se penche sur chacun de ces points en signalant que les critiques ont « une aversion face à l'idée que le Canada cède son pouvoir absolu sur des terres et des ressources injustement soutirées aux peuples autochtones ».

Quant à elle, Brenda Gunn examine comment la DNUDPA peut aider à combler les besoins particuliers des femmes autochtones du Canada. Selon elle, non seulement ces femmes sont souvent dans une position désavantageuse eu égard au respect de leurs droits (en raison de la violence et de la discrimination dont elles sont victimes), mais elles peuvent aussi contribuer grandement à la mise en application de la DNUDPA. Gunn soutient qu'une approche sexospécifique tenant compte des deux sexes, pour la ratification de la DNUDPA, peut aider les parties à ne pas tomber dans le fondamentalisme à l'heure d'interpréter les droits autochtones, et à comprendre comment les droits sont indivisibles, interdépendants et interreliés. En outre, une telle approche peut permettre d'éviter l'intégration, dans le cadre de la mise en application de la DNUDPA, de structures hiérarchiques troublantes qui existent.

Chacun de ces articles examine les incidences du « tressage » de liens entre le droit international et le droit national, d'une part, et le droit autochtone, d'autre part. Les articles suivants portent plus précisément sur le rôle du droit autochtone dans la mise en application de la DNUDPA.

Larry Chartrand met les chefs métis au défi de rendre compte des accords qu'ils signent avec les autorités gouvernementales au Canada. D'après lui, la notion de réconciliation qu'ils mettent de l'avant est loin de répondre aux normes internationales et à celles de la CVR, et il précise que leurs accords reprennent les interprétations étroites de droits ancestraux et issus de traités données dans la jurisprudence constitutionnelle canadienne. Il se demande si les chefs métis ne sont pas en train de « capituler » en adoptant les versions édulcorées de la réconciliation que renferme la disposition relative aux droits ancestraux et issus de traités prévue par la Constitution canadienne. M. Chartrand traite aussi de la possible hypocrisie du gouvernement canadien, qui préconise un programme de réconciliation déficient tout en faisant des déclarations publiques de plus vaste portée. L'article de Larry Chartrand est aussi important parce qu'il aborde la complicité des peuples autochtones eux-mêmes pour ce qui est de ne pas suivre les normes de réconciliation plus rigoureuses énoncées par la CVR et la DNUDPA, par exemple.

Aimée Craft se penche sur l'article 25 de la DNUDPA, lequel renvoie notamment aux liens spirituels des peuples autochtones avec leurs eaux et à leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures. Dans son article, elle trace les grandes lignes d'une approche fondée sur les lois du peuple anishnabe qui pourrait servir à mettre cette disposition en application. Selon elle, cette approche repose sur la promotion des liens sacrés du peuple anishnabe avec « nibi [eau], les êtres aquatiques et l'ensemble de la création » dans les traités. Son argumentation tient compte en particulier de la façon dont la langue anishnabe décrit ces liens. L'article examine aussi le rôle que doit jouer la « relationnalité » dans le renforcement des responsabilités des Anishnabe envers l'eau, par le truchement de moyens spirituels, naturels, coutumiers et humains.

Cheryl Knockwood propose une feuille de route pour la reconnaissance et l'affirmation de la gouvernance mi'kmaq à l'occasion de la mise en œuvre de la DNUDPA, abordant les éléments de ce processus : rapports des Mi'kmaq avec la Terre mère, injustices attribuables au gouvernement, mise en œuvre des traités et des droits ancestraux (y compris une loi sur la concrétisation des droits ancestraux et issus

de traités des Mi'kmaq et un sommet mi'kmaq visant l'élaboration d'un plan pour la reconstruction de la nation). Tout du long, Cheryl traite des traditions juridiques mi'kmaq (ressortant des contes, de la langue et des enseignements sur la durabilité) et met l'accent sur les principes de responsabilité, d'honneur, de sagesse et de respect pour la reconstruction de la nation mi'kmaq, faisant ainsi ressortir le rôle du droit

Sarah Morales souligne l'importance de la DNUDPA dans la lutte contre la violence vécue par les femmes autochtones dans les secteurs où œuvre l'industrie extractive. Elle explique que certains effets qui touchent surtout les femmes sont liés à la sécurité personnelle, à la santé, à l'environnement, à la culture et à l'économie. S'appuyant sur le cadre des droits fondamentaux de la personne, elle laisse entendre que le respect des droits à la culture, à la religion, à la santé, au bien-être physique et à la participation aux décisions pourraient permettre d'éliminer les pires abus que subissent les femmes autochtones quand des industries extractives sont actives en territoire autochtone. L'article est judicieux, car il montre comment le droit des peuples autochtones à un développement durable doit refléter les préoccupations et les solutions des Autochtones, hommes et femmes, pour favoriser la réconciliation et l'application des traditions juridiques autochtones dans des situations précises.

Selon Hannah Askew, la mise en oeuvre de la DNUDPA requiert bien du temps et des ressources, car il faut apprendre à connaître les règles du droit autochtone. Se fondant sur le « devoir d'apprendre » évoqué au sujet du droit autochtone par Lance Finch, ancien juge en chef de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, elle met en lumière des ressources utiles pour s'informer sur les traditions juridiques autochtones, notamment les éléments suivants : « histoires traditionnelles publiées; enregistrements audio en ligne de conteurs et de conférenciers; lexiques; sites Web de nations ou de conseils de bande autochtones; bourses d'études multidisciplinaires autochtones, dont les thèses d'études supérieures et les écrits anthropologiques passés et présents (à traiter avec prudence car ils sont souvent écrits par des non-Autochtones); conférences publiques; œuvres d'art visuel comme les sculptures, les poteaux et les articles de tissage, mais aussi la danse, la musique et le cinéma ». Hannah Askew s'intéresse aussi à l'importance de l'apprentissage sur le terrain, des médias sociaux et du leadership autochtone. Elle fait une mise en garde quant à certains dangers liés à la revitalisation du droit autochtone, mais reconnaît que ce dernier peut être un bienfait pour les autres Canadiens à mesure qu'il gagne en importance au Canada.

Les derniers articles traitent de questions plus précises liées à la mise en application de la DNUDPA dans le cadre du droit canadien, mais sans perdre de vue le rôle du droit international et du droit autochtone à cet égard.

Joshua Nichols met en contraste ce qu'il définit comme la réconciliation dans le cadre du statu quo, qui prévoit certaines compétences autochtones à l'intérieur des pouvoirs fédéraux et provinciaux, d'une part, et, d'autre part, un fédéralisme de nation à nation, qui rejeterait « les fictions racistes de découverte et de *terra nullius* » pour les remplacer par des « processus d'accords et de consentements mutuels qui ressortent de l'historique de la conclusion de traités ». Son article est pertinent parce qu'il précise ce qu'il faut faire pour changer la situation et passer de l'assimilation à une reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones de façon souple et mutuellement bénéfique.

Robert Hamilton explique pourquoi les concepts d'autodétermination et de consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause énoncés dans la DNUDPA ne peuvent s'accorder aux doctrines de consultation et d'accommodements fondées sur le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il soutient que la distinction faite entre droits « revendiqués » et droits « établis » en vertu de cette disposition est incompatible avec la mise en application de la DNUDPA, parce que la DNUDPA se fonde sur « un modèle de pluralisme juridique et de partage négocié des compétences auquel le régime canadien en matière de droits ancestraux peut difficilement s'adapter ». Il met en doute le bien-fondé de cette distinction et conclut en présentant des exemples de relations entre la Couronne et des peuples

autochtones où la distinction entre droits revendiqués et droits établis applicable en droit canadien n'a pas été prise en compte.

Ryan Beaton examine l'article 46 de la DNUDPA, suivant lequel le Canada peut justifier des atteintes aux droits ancestraux et issus de traités si elles visent à assurer « le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique ». Il soutient que cet article ne peut être appliqué isolément et signale, de façon plus particulière, que l'article 27 de la DNUDPA oblige les gouvernements à élaborer des processus de règlement des conflits conjointement avec les peuples autochtones, afin de contrer les éventuelles atteintes aux droits autochtones avant qu'elles n'aient lieu. D'après M. Beaton, on peut conclure que la possibilité laissée par le paragraphe 35(1) de la Constitution canadienne aux gouvernements de justifier une atteinte aux droits ancestraux et issus de traités n'est pas viable, compte tenu de la mise en application de la DNUDPA.

Kerry Wilkins examine d'abord le prix politique que les gouvernements canadiens devront payer pour mettre la DNUDPA en application, précisant comment celle-ci remet en cause le statu quo. Il se penche aussi sur ce qu'il en coûterait aux peuples autochtones de ne pas donner suite à la mise en application de la DNUDPA, et examine ces points plus en détail en soulevant quatre questions pressantes auxquelles il faudra répondre au moment d'appliquer la DNUDPA : quels sont les peuples autochtones devant bénéficier de la DNUDPA? Quels sont les territoires assujettis à cette dernière? Comment pourra-t-on promulguer ce texte à titre de loi interne canadienne? Quel sera le rôle de la Couronne à l'égard des peuples autochtones après la mise en application de la DNUDPA? L'article de Kerry Wilkins contribue de manière précieuse à la doctrine car il définit clairement les plus pressants défis que doivent relever la Couronne et les peuples autochtones pour réaliser les espoirs suscités par la DNUDPA.

En guise de conclusion, Joshua Nichols et Robert Hamilton traitent de la façon dont les peuples autochtones pourraient bénéficier d'une distribution juste et équitable des avantages liés à l'utilisation de leurs ressources génétiques s'ils décidaient d'autoriser cet usage. Examinant le *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique*, adopté à titre d'accord complémentaire à la *Convention sur la diversité biologique* de 1992, les auteurs proposent un système permettant l'accès et le partage des avantages conformément aux normes établies par la DNUDPA, système qui favoriserait ainsi des négociations fondées sur une relation de nation à nation dans ce domaine.

Au sujet de l'auteur

John Borrows est associé principal dans le cadre du Programme de recherche en droit international (PRDI) du CIGI. À ce titre, il fournit des conseils visant à orienter la recherche du PRDI en matière de droit autochtone. Il est également titulaire de la chaire de recherche du Canada sur le droit autochtone de l'école de droit de l'Université de Victoria, et de la chaire Nexen en matière de leadership autochtone (*Chair in Indigenous Leadership*) du Banff Centre for Arts and Creativity.

Partie I

Sous l'angle du droit international



Jonvier RGA.

Nécessité d'explorer le concept de dignité inhérente dans les systèmes de connaissances autochtones



James (Sa'ke'j) Youngblood Henderson

On présume souvent que la notion autochtone de la dignité inhérente est identique aux versions européennes de ce concept, mais ce n'est pas le cas : les systèmes de connaissances et les langues des Autochtones du Canada intègrent de nombreuses manifestations, diffuses et éclectiques, de la dignité inhérente. Cependant, celles-ci n'ont pas été systématiquement étudiées ni définies par les aînés autochtones, les chercheurs, les avocats ou les analystes des politiques. Pour les Autochtones, la dignité inhérente à toute forme de vie est inviolable et sacrée; c'est elle qui donne un sens à la réalité dans son ensemble et en constitue la valeur suprême. Intégrée à un tout de façon holistique dans une relation spirituelle et matérielle, la dignité inhérente se fonde sur la prémisse selon laquelle toute forme de vie a un sens et une valeur. Selon la perspective autochtone, il n'y a pas de séparation claire entre les humains et les autres formes de vie. Dans cette optique holistique, il existe un lien indissoluble entre la spiritualité et la conscience, la subjectivité et l'objectivité, ainsi que la réceptivité, la « relationnalité », l'identité et la créativité. Le concept de dignité inhérente a engendré la notion autochtone de la dignité écologique, collective, familiale et individuelle. Il a également une influence sur le droit

autochtone, l'interprétation des traités et la mise en œuvre ou en application de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (la DNUDPA)¹.

Les droits de la personne ne traduisent pas des aspirations ni un ensemble de règles non contraignantes : il s'agit de droits naturels dont jouissent les êtres humains, pas des gouvernements artificiels. Ce sont des normes consensuelles établies par un ordre juridique mondial non coercitif qui posent les droits inhérents à tous les humains en réponse à la l'idée de supériorité raciale et culturelle exprimée par les colonisateurs européens au cours de l'Histoire, et encore aujourd'hui. Les droits de la personne représentent donc des normes et des obligations exécutoires que les États adhérant au consensus ont promis de respecter et protéger afin de garantir la dignité humaine inhérente et l'autodétermination des peuples. Dans cette optique, les États ne peuvent pas restreindre ces droits.

Étant donné la diversité des points de vue et les relations de pouvoir en jeu quand il faut déterminer l'état ou la nature de la dignité humaine, une approche fondée sur la dignité inhérente en matière de droits de la personne s'avère absolument essentielle pour surmonter les inégalités, les pratiques discriminatoires et la répartition inéquitable des pouvoirs qui ont nui par le passé à l'évolution des peuples. Cette approche part du principe selon lequel il faut rejeter la violence comme forme de contrôle social exercé par l'État au moyen de ses lois et de ses mécanismes d'administration de la justice. Elle ne se résume pas à un simple élément contextuel intervenant dans l'interprétation de la Constitution et l'édition de lois ambiguës tout en permettant de pallier les lacunes du droit civil ou de la common law.

Le respect de la dignité inhérente occupe une place prépondérante et reconnue dans les instruments des Nations Unies et les textes intergouvernementaux. Il constitue la base, le principe fondateur ou suprême du droit relatif aux droits de la personne. Il met également en lumière le caractère central de la dignité des humains en tant que personnes, mais aussi de l'identité individuelle, de même que l'importance, l'unicité et l'inviolabilité de tout être humain, de chaque personne dans ses dimensions essentiellement relationnelles. La dignité inhérente est indispensable à une vie juste. Pourtant, nous ne naissons pas en sachant comment vivre ni agir en fonction de cette vérité fondamentale. L'esprit et l'intention des systèmes de connaissances existants doivent nous enseigner comment vivre et alimenter notre dignité inhérente tout au long de notre existence. Les différents concepts de la dignité inhérente de l'humain doivent être intégrés de manière audacieuse, mais habile, puis harmonisés entre les divers systèmes de connaissances afin qu'un nouvel ordre national et mondial voit le jour².

À l'heure actuelle, une vision globale du concept de la dignité inhérente est expressément enchâssée dans le droit international en matière de droits de la personne. En effet, le préambule de la *Charte des Nations Unies* énonce que les peuples des Nations Unies sont résolus « à proclamer [leur] foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine »³. Le préambule de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (la « Déclaration universelle »)⁴ de 1948 précise quant à lui que « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine [...] constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde », tandis que l'article premier mentionne que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». La Déclaration universelle établit par ailleurs l'idée que « la dignité humaine et les droits de l'homme forment des valeurs fondamentales

1 Adoptée par les Nations Unies en 2007. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, doc off AGNU, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

2 Sources où l'on examine en profondeur le concept de la dignité : par ex Patrick Capps, *Human Dignity and the Foundations of International Law* (Oxford, R-U, Hart Publishing, 2009); Erin Daly, *Dignity Rights: Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person* (Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2012); Michael Rosen, *Dignity: Its History and Meaning* (Cambridge, MA, Harvard University Press, 2012); Oscar Schachter, « Human Dignity as a Normative Concept » (1983) 77 AJIL aux pp 848-54.

3 *Charte des Nations Unies*, 24 octobre 1945, 1 UNTS XVI, Can TS 1945 n° 7.

4 La Déclaration universelle a été édictée par les Nations Unies en 1948. *Déclaration universelle*, rés AG 217A(III), Doc off AGNU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71 [Déclaration universelle].

qui devraient être respectées dans la mise en œuvre des politiques » [notre traduction]⁵. En outre, elle affirme que la dignité humaine et les droits de la personne doivent être accordés à tous les êtres humains et que toute action humaine doit se faire dans le respect de la dignité humaine⁶. Voilà qui restreint les notions de souveraineté et de pouvoir. Le Libanais Charles Malik, ancien Rapporteur de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, a résumé cet aspect fondamental en affirmant qu'il consiste à déterminer si l'État existe pour le bien de l'être humain ou si c'est l'humain qui existe pour le bien de l'État : à la lumière du régime des droits de la personne, il est clair que l'État existe pour le bien de l'être humain⁷.

La dignité inhérente de l'être humain réside au cœur des grands traités d'envergure en matière de droits de la personne qui s'inspirent de la Déclaration universelle, conçue à l'origine comme un instrument de droit non contraignant. Aujourd'hui, la dignité inhérente est largement reconnue comme un concept novateur enchâssée dans l'ensemble du système international des droits de la personne⁸. Son importance sert aussi de toile de fond à la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*⁹, au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁰ et au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹¹.

La Déclaration universelle a ouvert la voie à plus de 70 traités des Nations Unies qui sont appliqués désormais de manière permanente à l'échelle mondiale et nationale, mais aussi sur le plan régional. Elle a également servi de modèle à bon nombre de constitutions et de lois partout dans le monde et jeté les bases d'innombrables décisions rendues par des tribunaux nationaux et internationaux. De plus, la dignité inhérente est considérée comme une priorité dans plusieurs textes législatifs subséquents des Nations Unies. Par conséquent, la dignité humaine se trouve invoquée dans différents domaines de réglementation : les droits des enfants; l'interdiction de la torture, de l'esclavage et des traitements inhumains et dégradants, ainsi que de toute forme de discrimination; l'interdiction du harcèlement sexuel; les réglementations relatives à l'avortement, à l'euthanasie et au traitement des dépouilles; les droits des demandeurs d'asile, etc.¹². La Conférence mondiale sur les droits de l'homme, tenue à Vienne en 1993, a permis de réaffirmer la dignité inhérente en tant que valeur sous-jacente des droits de la personne et que principe fondamental de ces droits¹³. La dignité inhérente mentionnée dans les instruments internationaux a fait son chemin jusque dans les textes du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne de même que dans les constitutions de nombreux États européens. En matière de

5 Daly, *supra* note 2; Rosen, *supra* note 2.

6 Capps, *supra* note 2 à la p 107.

7 Charles Malik, « Four Basic Principles », dans Habib C Malik, dir, *The Challenge of Human Rights: Charles Malik and the Universal Declaration* (Oxford, R-U, Oxford University Press, 2000) à la p 38.

8 Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History* (Cambridge, MA, Harvard University Press, 2012).

9 *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965, 660 UNTS 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969) [*Convention sur la discrimination raciale*].

10 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 UNTS 171, Can TS 1976 No 47, 6 ILM 368 (entré en vigueur le 23 mars 1976) [PIDCP].

11 *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 UNTS 3, Can TS 1976 No 46 (entré en vigueur le 3 janvier 1976) [PIDESC].

12 Voir par ex la *Convention contre la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, rés AG 39/46, Doc off AGNU, 39^e sess, supp n° 51, Doc NU A139/51 (1985), 1465 UNTS 85 (entrée en vigueur le 26 juin 1987); Conseil de l'Europe, *Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine*, Eur TS 164 (Oviedo, 1997), en ligne : <www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>; *Convention sur la discrimination raciale*, *supra* note 9; *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 UNTS 3, 28 ILM 1456 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990); *The United Nations and Human Rights 1945–1995* (New York, département de l'information des Nations Unies, 1995); *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles*, 18 décembre 1990, Doc NU A/RES/45/158, 30 ILM 1517 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003).

13 Nations Unies, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Déclaration et programme d'action de Vienne*, 12 juillet 1993, Doc NU A/CONF.157/23 au para 10.

droits et d'obligations, elle forme la base et la justification : c'est en raison de sa dignité inhérente que l'être humain a des droits et des obligations¹⁴.

La DNUDPA¹⁵ se fonde sur la mise en oeuvre du droit international coutumier ainsi que des traités et pactes en vigueur qui concernent les droits de la personne et que le Canada a appuyé intégralement¹⁶. L'article premier de la DNUDPA vise à appliquer aux peuples autochtones les traités contraignants des Nations Unies : « Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la *Charte des Nations Unies*, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et le droit international relatif aux droits de l'homme »¹⁷. De plus, les autres articles de la DNUDPA précisent et prévoient la réalisation, au sein des États, d'un processus visant à concrétiser ou réaliser les droits humains des Autochtones, qui sont interdépendants. Ce processus flexible permet aux pays et aux peuples autochtones qui y vivent d'engager le dialogue et de se familiariser graduellement avec le consensus mondial ou les normes instaurées à l'échelle internationale, afin de s'entendre sur des questions particulièrement complexes ou délicates.

La dignité inhérente constitue l'assise des principaux instruments internationaux en matière de droits de la personne, mais n'est jamais vraiment définie dans les principes sous-jacents à ces instruments ni établie comme base théorique de ceux-ci. Étant donné l'absence de consensus autour d'une définition de la dignité inhérente, les divers systèmes régionaux de protection des droits de la personne attribuent des sens semblables, mais quelque peu différents, à la notion de dignité inhérente. Par conséquent, celle-ci peut être vue comme un concept contesté, c'est-à-dire faisant constamment l'objet d'analyses interprétatives fondées sur des systèmes de connaissances différents et nécessitant une étude approfondie. Il faut donc énoncer des lignes directrices plus claires en explorant les systèmes de connaissances et les langues autochtones du Canada, de manière à cerner plus exactement la structure et l'importance de la dignité inhérente eu égard aux droits humains des Autochtones. Cette démarche pourrait uniformiser l'interprétation du concept d'inviolabilité de la dignité inhérente.

Au lieu de fournir une définition, la *Déclaration universelle* et d'autres pactes internationaux relatifs aux droits de la personne donnent des directives qui permettent de comprendre la dignité inhérente comme fondement de la justice dans le monde. Ils établissent tout d'abord que la dignité est « inhérente à tous les membres de la famille humaine »¹⁸; ensuite que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits »¹⁹, et en dernier lieu que « ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine »²⁰. Par conséquent, la définition de la dignité inhérente reste ouverte en fonction de tous les systèmes de connaissances.

La place fondamentale de la dignité inhérente en droit international s'assortit d'une première conséquence importante : le principe afférent, ainsi que ses manifestations dans les droits de la personne des peuples autochtones garantis par la DNUDPA, doit être rigoureusement interprété et analysé à la lumière des systèmes de connaissances et des langues autochtones, car il diffère des concepts eurocentriques de dignité. Une analyse approfondie du droit relatif aux droits de la personne et des documents de politique intergouvernementale, ainsi que des discussions qui ont mené à

14 Doron Shultziner, « Human Dignity – Functions and Meanings » (2004) 3:3 *Global Jurist Topics* à la p 3.

15 DNUDPA, *supra* note 1.

16 Affaires autochtones et du Nord Canada, « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », en ligne : <www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374407406/1309374458958>.

17 James (Sa'ke'j) Youngblood Henderson, *Indigenous Diplomacy and the Rights of Peoples: Achieving UN Recognition* (Saskatoon, Purich Publishing, 2008) à la p 75.

18 *Déclaration universelle*, *supra* note 4, préambule.

19 *Ibid*, article premier.

20 PIDCP, *supra* note 10, préambule; PIDESC, *supra* note 11, préambule.

leur adoption, montre sans équivoque que le fait d'invoquer la dignité inhérente reflète une grande préoccupation face à la nécessité de respecter la valeur intrinsèque de tout être humain. Il est difficile, pour les tenants des systèmes de connaissances eurocentriques, d'accepter ou de définir l'adjectif « inhérent », plus particulièrement lorsqu'il s'agit de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine. Samuel Pufendorf, auteur issu de la tradition du droit naturel du XVIII^e siècle, a écrit que les droits naturels résultent de la notion de dignité humaine (*dignatio*) et non de l'autorité de l'État²¹. Toutefois, les régimes contemporains en matière de droits, que ce soit en common law ou en droit civil, découlent du souverain ou de l'État ou bien sont une construction sociale liée à la position ou au statut d'une personne dans la société. Ces régimes peuvent difficilement comprendre la dignité inhérente ou la notion de droits. Les dictionnaires européens attribuent habituellement à l'adjectif « inhérent » le sens de « qui, de par sa nature, est lié d'une manière inséparable et nécessaire à une personne ou à une chose »²² ou encore lui donnent le sens d'« intrinsèque »²³ ou affirment qu'il peut aussi désigner un trait permanent ou caractéristique de quelque chose²⁴. L'idée exprimée dans ces définitions étroites, lorsque le mot « humain » y est adjoint, c'est que la dignité constitue un atout mystérieux indissociable de la condition humaine et de sa diversité (mais aussi un cadeau, celui d'être façonné à l'image d'un dieu personnel intervenant dans la vie quotidienne). Ces définitions viennent de la conviction selon laquelle la nature humaine est exceptionnelle, suprême et distincte des autres formes de vie.

Mentionnons une deuxième conséquence notable de l'importance accordée à la dignité inhérente en droit international, soit le fait que les droits fondamentaux sont égaux pour tous : si la dignité inhérente est la même pour tous et qu'elle constitue le fondement de tous les droits de la personne, de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, alors tout être humain jouit de droits égaux à ceux des autres humains. Pour cette raison, la discrimination – le traitement distinct injustifié de différentes catégories de gens – se trouve en contradiction directe avec la dignité inhérente. Selon l'article 2 de la DNUDPA, les Autochtones, peuples et individus, sont libres et égaux à tous les autres humains et ont le droit de ne faire l'objet, dans l'exercice de leurs droits, d'aucune forme de discrimination fondée, en particulier, sur leur origine ou leur identité autochtones. Cet énoncé concorde avec l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada (CSC) dans *R c Oakes*²⁵, où la Cour a déclaré que la promotion de la dignité inhérente de l'être humain servait de phare en ce qui concerne la protection de tous les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁶. Cependant, la CSC a conclu subséquemment, dans l'arrêt *R c Kapp*²⁷, que le concept de dignité inhérente de l'être humain s'avérait trop subjectif et abstrait pour être appliqué comme critère juridique. Par conséquent, on ne trouve pas dans la jurisprudence canadienne une définition de la dignité inhérente fondée sur des principes. La Cour a toujours reconnu néanmoins que les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones étaient des droits inhérents dérivés des connaissances et des lois autochtones²⁸.

L'importance de la dignité inhérente en droit international présente une troisième conséquence, à savoir que les droits humains sont vus comme découlant de la dignité inhérente de la personne

21 Eckert Joern, « Legal Roots of Human Dignity in German Law » dans David Kretzmer et Eckart Klein, dir, *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (La Haye, Kluwer Law International, 2002) à la p 44.

22 Centre national de ressources textuelles et lexicales, à l'entrée « inhérent », en ligne : <www.cnrtl.fr/definition/inh%C3%A9rent>.

23 *Ibid.*

24 Voir les Dictionnaires de français Larousse, à l'entrée « inhérent », en ligne : <www.larousse.fr/encyclopedie/rechercher?q=inh%C3%A9rent>.

25 *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103 au para 64.

26 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

27 *R c Kapp*, [2008] 2 RCS 483 aux para 21–22.

28 James Youngblood Henderson, *First Nations Jurisprudence and Aboriginal Rights: Defining the Just Society* (Saskatoon, Native Law Centre, 2006) aux pp 116–177.

humaine²⁹, ce qui met en évidence le fait que ces droits n'émanent pas de l'autorité de l'État et qu'ils ne sont pas accordés par l'État non plus, mais qu'ils en sont distincts et indépendants. Ils sont inhérents à tout humain, de sorte qu'ils ne peuvent légitimement pas être soutirés par un être humain, un peuple, un gouvernement ou une société, quels qu'ils soient³⁰. Cependant, cela ne veut pas dire que les lois ne jouent aucun rôle dans la protection de la dignité de base, car celle-ci fait partie intégrante de toute personne; cela signifie que le gouvernement doit respecter et protéger la dignité inhérente pour corriger les abus et les torts du passé. La DNUDPA permet de remédier à l'échelle mondiale aux préjudices causés à la dignité inhérente des peuples autochtones. Elle vise en premier lieu à prévenir la discrimination exercée contre les peuples autochtones en raison de leur identité et, en deuxième lieu, à promouvoir ou à rendre possible le plein épanouissement du talent, des capacités et des visions des peuples autochtones dans la voie qu'ils ont choisie.

Compte tenu de ces trois conséquences, on comprend que le fait d'accorder un rôle prépondérant à la dignité inhérente des peuples autochtones en tant que source de leurs droits humains a pour but de façonner une vision autochtone des droits de la personne; cela ne vise pas à promouvoir une interprétation idéologique eurocentrique ni un impérialisme cognitif fondée sur des notions passées de la dignité. La DNUDPA est le fruit d'une reconnaissance et d'un consensus gagnés de haute lutte quant au fait que la dignité inhérente existe en chaque Autochtone et dans chaque famille autochtone.

Bien que le discours européen sur la dignité et les droits fasse partie du dialogue mondial, il ne peut et ne devrait pas servir à interpréter la dignité inhérente ni les droits des peuples autochtones. Une discussion internationale s'est amorcée en 2011, durant une conférence de l'Académie norvégienne des sciences et des lettres à Oslo, en Norvège. Elle a débuté par une discussion eurocentrique où il était question du concept de dignité humaine dans les philosophies autochtones³¹, mais il y a eu peu de suivi relativement à ce concept, que ce soit au Canada ou ailleurs. En outre, bon nombre d'érudits autochtones ont commencé à se pencher sur les interprétations autochtones dans leurs langues ainsi que selon leurs systèmes de connaissances et leurs notions du bien-être et du bien-vivre, mais leurs efforts n'ont pas vraiment attiré l'attention. L'examen du concept de la dignité inhérente des peuples autochtones de même que les discussions à ce sujet doivent reprendre dans le cadre de la mise en œuvre de la DNUDPA. Les leaders autochtones doivent y participer, et cela doit se faire dans leurs langues et selon systèmes de connaissances, qui sont variés et distincts. La dignité inhérente fait partie intégrante de tous les droits autochtones, et cela doit être exprimé vigoureusement par les auteurs et les peuples autochtones.

À propos de l'auteur

James (Sa'ke'j) Youngblood Henderson est chercheur au Native Law Centre of Canada de l'école de droit de l'Université de la Saskatchewan. Né en 1944, au sein du clan de l'Ours (Bear Clan) de la nation Chickasaw du peuple des Cheyennes, en Oklahoma, il est marié à Marie Battiste, une enseignante mi'kmaq. En 1974, M. Henderson a obtenu un doctorat en droit de l'école de droit de Harvard.

Au cours du débat constitutionnel canadien (1978-1993), il a été conseiller en matière constitutionnelle auprès de la Nation mi'kmaq et de l'Assemblée des Premières Nations. Dans le domaine du droit constitutionnel, il n'a cessé d'écrire au sujet des droits ancestraux et issus de traités des Autochtones ainsi que du « fédéralisme des traités ». James est reconnu comme avocat spécialiste du droit international

29 Alan Gewirth, « Human Dignity as the Basis of Rights » dans Michael J Meyer et WA Parent, dir, *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (Ithaca, NY, Cornell University Press, 1992) à la p 10.

30 Schachter, *supra* note 2.

31 « Conference about the Concept of Human Dignity In Indigenous Philosophies » (2011), conférence internationale organisée par l'Académie norvégienne des sciences et des lettres, le Centre de la paix et des droits de la personne d'Oslo et l'Université d'Oslo, en ligne : <www.norlarnet.uio.no/pdf/events/2011/dignity_background.pdf>.

relatif aux droits de la personne et comme sommité en matière de préservation du patrimoine, de savoir et de lois autochtones. Il a fait partie du comité consultatif du ministre des Affaires étrangères ainsi que du groupe de stratèges et d'experts-conseils ayant contribué à la rédaction des Principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones des Nations Unies et de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*.

En reconnaissance de ses réalisations, il s'est vu décerner le prix Avocat des peuples autochtones (Indigenous Peoples Counsel ou IPC) en 2005, le Prix national d'excellence décerné aux Autochtones dans le domaine du droit et de la justice, en 2006, et un doctorat honorifique de l'Université Carleton en 2007. Il est devenu membre de la Société royale du Canada en 2013.



Mise en application par voie législative de la DNUDPA



Sheryl Lightfoot

« La mise en œuvre de la *Déclaration* servira de jalon pour mesurer l'engagement des États et de l'ensemble de la communauté internationale envers la protection et le respect des droits collectifs et individuels des Autochtones. J'invite les gouvernements, le système des Nations Unies, les peuples autochtones et la population civile à relever le défi historique qui se présente à nous et à faire de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* un document évolutif pour l'avenir commun de l'humanité » [notre traduction]

Victoria Tauli-Corpuz, présidente de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, s'exprimant à l'occasion de l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, le 13 septembre 2007

Durant les célébrations qui ont immédiatement suivi l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA)¹ par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 13 septembre 2007, certains pensaient déjà aux questions cruciales qu'allait soulever sa mise en application, à l'échelle aussi bien internationale que nationale. La DNUDPA, qui encourage tous les États à redéfinir complètement leurs relations avec les peuples autochtones, a enclenché une véritable transformation de l'arène politique mondiale. Comme l'a mentionné Victoria Tauli-Corpuz, présidente de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones (IPNUQA), dans ses remarques soulignant l'adoption de la DNUDPA : « La *Déclaration* établit les

¹ *Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones*, rés AG 295, doc off AGNU, 61e sess, supp no 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

normes minimales internationales qui régissent la protection et la promotion des droits des peuples autochtones. Par conséquent, les lois, politiques et programmes existants et futurs qui concernent les Autochtones devront être restructurés et façonnés suivant ces normes » [notre traduction]².

Durant la décennie écoulée depuis, la DNUDPA a été reconnue par tous comme instrument international en matière de droits de la personne, et confirmée par consensus à huit reprises par l'Assemblée générale des Nations Unies³. Dans un rapport remis au Conseil des droits de l'homme par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones (MEDPA) à propos de l'évolution de la DNUDPA au cours des dix ans écoulés, on mentionne que cette dernière est désormais prise en compte par de nombreux protagonistes sur la scène mondiale, qu'elle a influé sur la teneur des nouvelles lois et constitutions de nombreux États et qu'elle a contribué à la formulation de lois et de politiques relatives aux peuples autochtones partout dans le monde⁴. Un rapport semblable a été rédigé par l'IPNUQA, également dix ans après l'adoption de la DNUDPA. Il décrit les progrès accomplis eu égard à cette déclaration, progrès qui résident entre autres dans une reconnaissance constitutionnelle accrue des peuples autochtones et dans l'élaboration d'une jurisprudence en la matière de plus en plus étoffée, sans oublier les victoires judiciaires importantes pour la protection des droits des peuples autochtones obtenues devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi qu'au Bangladesh, au Belize (devant la Cour de justice des Caraïbes) et en Indonésie⁵.

Malgré ces avancées positives, la mise en application complète de la DNUDPA reste un projet inachevé dans le monde, notamment au Canada. En effet, même dans les pays dotés de cadres juridiques solides favorisant les droits et le bien-être des Autochtones, un fossé s'est creusé entre la reconnaissance juridique et les actions concrètes sur le terrain, de sorte que la mise en application des droits des peuples autochtones demeure limitée⁶.

Les obstacles à la mise en application de la DNUDPA, qui existent dans tous les États où vivent des Autochtones, comprennent : la difficulté de donner force concrète aux droits autochtones en raison d'un manque de connaissance des droits et normes applicables, ainsi que la difficulté de définir la marche pratique à suivre pour la mise en œuvre et les interprétations divergentes quant à la teneur des droits autochtones⁷. Dans son rapport sur la mise en œuvre de la DNUDPA au Canada, la Rapporteuse spéciale des Nations Unies a déclaré en 2014, par exemple, que « les nombreuses initiatives prises aux niveaux fédéral et provincial/territorial pour résoudre les problèmes auxquels sont confrontés les peuples autochtones sont insuffisantes »⁸. Pourtant, le député fédéral du Nouveau Parti démocratique, Romeo Saganash (Abitibi-Baie-James-Nunavik-Eeyou) a souligné avec raison que la mise en œuvre

2 Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones (IPNUQA), communiqué de presse contenant le message de Victoria Tauli-Corpuz, présidente de cette instance, et diffusé à l'occasion de l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (13 septembre 2007), en ligne : <www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2016/Docs-updates/Statement-Press-Release-IDWIP-2007.pdf>.

3 Paul Joffe et Sheryl Lightfoot, « Legislative Framework Essential for UN Declaration », *The Hill Times* (10 janvier 2018) à la p 13.

4 MEDPA, *Ten years of the implementation of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: good practices and lessons learned – 2007–2017*, CDHNU, 10^e sess, Doc off NU A/HRC/EMRIP/2017/CRP.2 (2017).

5 Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, *Dixième anniversaire de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : mesures prises pour mettre en œuvre la Déclaration*, CES, 16^e sess, Doc off NU E/C.19/2017/4 (2017).

6 Sheryl Lightfoot, *Global Indigenous Politics: A Subtle Revolution* (Abingdon, R-U, Routledge, 2016).

7 Victoria Tauli-Corpuz, *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones*, CDHNU, 27^e sess, Doc off NU A/HRC/27/52 (2014).

8 Assemblée générale des Nations Unies, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones*, James Anaya, Additif, *La situation des peuples autochtones au Canada*, CDHNU, 27^e sess, Doc off NU A/HRC/27/52/Add.2 (2014) au para 81.

de la Déclaration « doit être considérée sans réserve comme un impératif politique, moral et, bien sûr, juridique »⁹.

Nécessité de recourir aux cadres législatifs pour mettre en application la DNUDPA

L'ancien Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, a fait savoir que, à titre d'instrument international sur les droits de la personne issu d'un consensus, la DNUDPA « reflète des engagements juridiques qui sont liés à la Charte des Nations Unies, à d'autres engagements au titre des instruments internationaux et au droit international coutumier »¹⁰. Étant donné que la DNUDPA revêt une importance primordiale en matière de droits humains internationaux, les États ont l'obligation morale et politique de la mettre en application dans leurs lois et politiques internes. L'Assemblée générale des Nations Unies a réclamé sa mise en application intégrale aux niveaux national et international.

La mise en œuvre des droits autochtones à l'échelle nationale est censée être vaste et systématique. Habituellement, elle implique une réforme judiciaire, une réforme des politiques et l'adoption de lois, trois démarches dont la synergie entraîne une application complète du document. Un cadre législatif national comportant obligatoirement l'examen des lois et politiques en vigueur, l'élaboration d'un plan d'action national ainsi que le déploiement de mécanismes pour la rédaction de rapports annuels et le traitement des plaintes représentent une première mesure particulièrement vigoureuse vers la mise en œuvre intégrale de la DNUDPA.

Comme l'énonce l'article 38 de la DNUDPA, « [l]es États prennent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, les mesures appropriées, y compris législatives, pour atteindre les buts de la présente Déclaration »¹¹. Selon l'ancien Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rodolfo Stavenhagen : « Les droits garantis dans la Déclaration peuvent être considérés comme une référence, un point de départ qui mènera peut-être, notamment, à de nouvelles lois, à une pratique judiciaire différente, à la création d'institutions et, aussi, au besoin, à une nouvelle culture politique »¹². Selon M. Stavenhagen, il y aura par la suite une « mondialisation » par laquelle des normes mondiales, par exemple celles qu'établit la DNUDPA, faciliteront ou apporteront des changements dans les processus politiques nationaux et locaux, et c'est précisément à ces niveaux régionaux et nationaux que les droits protégés par la Déclaration doivent s'appliquer » [notre traduction]¹³. Le MEDPA s'est prononcé comme suit sur la mise en œuvre de la Déclaration, dans un rapport publié 10 ans après son adoption : « Étant donné qu'il incombe principalement aux États d'édicter des mesures législatives et des politiques publiques visant à mettre en œuvre les droits reconnus dans la Déclaration (art. 42), ceux-ci devraient adopter des mesures en vue d'atteindre cet objectif, entre autres par l'application des recommandations et des décisions de tous les organes des droits de la personne précités » [notre traduction]¹⁴.

9 *Débats de la Chambre des communes*, 41^e parl, 2^e sess, no 206 (4 mai 2015) (Romeo Saganash) (débat sur le projet de loi émanant d'un député C-641, Loi relative à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones).

10 James Anaya, *Rapport provisoire du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, Doc off AGNU, 65^e sess, Doc NU A/65/264 (2010) au para 62.

11 DNUDPA, *supra* note 1, art 38.

12 Rodolfo Stavenhagen, « Making the Declaration Work » dans Claire Charters et Rodolfo Stavenhagen, dir, *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 2009) 352 à la p 357.

13 *Ibid* à la p 356.

14 MEDPA, *supra* note 4 à la p 15.

La Rapporteuse spéciale des Nations Unies, Victoria Tauli-Corpuz, a souligné ce qui suit dans son rapport présenté en 2017 à l'Assemblée générale de l'ONU : « Le respect des droits des peuples autochtones ne peut être bien assuré que si les États mettent en place un ambitieux programme de réformes à tous les niveaux pour réparer les injustices passées et actuelles. Cela requiert la participation de toutes les branches de l'État, à savoir le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, et suppose la présence conjuguée de la volonté politique, de réformes juridiques, de moyens techniques et d'engagements financiers. Pour déterminer à quel point l'État applique la Déclaration, il faut rechercher la mesure dans laquelle il satisfait à ces exigences et non pas se fier à la volonté de l'appliquer qu'il exprimerait pour la forme ni à des mesures isolées »¹⁵.

Un guide à l'intention des parlementaires au sujet de la mise en œuvre de la DNUDPA a été publié par l'Union interparlementaire et plusieurs organisations des Nations Unies. Il précise que le rôle du parlement qui consiste à légiférer est particulièrement important dans la mise en application de la DNUDPA¹⁶. Il énonce aussi que l'examen des lois et la réforme législative constituent de premières étapes essentielles dans la mise en application et que toute loi nationale future devrait faire l'objet d'une évaluation à la lumière de la DNUDPA, exercice qui constituerait un volet en bonne et due forme du processus législatif. L'Union interparlementaire donne des exemples de textes nationaux de mise en œuvre qui ont déjà été adoptés, par exemple en Bolivie, en 2007, et en République du Congo, en 2011. Un guide semblable destiné aux organismes nationaux des droits de la personne souligne que l'édiction d'une loi nationale est un premier pas important vers la mise en application de la DNUDPA à l'échelle interne. Cependant, une loi isolée ne suffit généralement pas : il faut donc créer un plan d'action national comportant des mesures législatives, un examen des lois et politiques en vigueur, un mécanisme de traitement des plaintes, l'éducation des parties prenantes et la participation active des peuples autochtones dans l'élaboration et l'application mêmes du plan d'action¹⁷.

La Conférence mondiale sur les peuples autochtones, tenue au siège de l'ONU à New York, en septembre 2014, visait spécifiquement la mise en commun des pratiques exemplaires relativement aux droits autochtones et à leur mise en œuvre. Elle a réuni plus de 1 000 participants, dont des États membres, des organisations autochtones, des ONG non autochtones, des organes et organismes des Nations Unies de même que des experts indépendants. Les séances plénières ont porté sur des enjeux précis auxquels doivent faire face les peuples autochtones du monde entier, qu'on parle de terres, de territoires, de développement ou de ressources. Toutefois, ces séances ont aussi été l'occasion d'aborder la mise en œuvre de la DNUDPA au sein du système des Nations Unies et dans chaque pays. Le document final de la Conférence mondiale énonce clairement les éléments nécessaires à la mise en œuvre nationale de la DNUDPA et l'engagement collectif des États membres des Nations Unies présents : « Nous nous engageons à prendre, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, des mesures appropriées au niveau national, y compris des mesures législatives et administratives et des mesures de politique générale, pour atteindre les objectifs définis dans la *Déclaration* [...] Nous nous engageons à coopérer avec les peuples autochtones, par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'élaborer et de mettre en œuvre des plans d'action, des stratégies ou d'autres mesures de portée nationale, le cas échéant, pour atteindre les objectifs de la *Déclaration* »¹⁸.

15 Victoria Tauli-Corpuz, *Rapport de la Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les droits des peuples autochtones*, Doc off AGNU, 72^e sess, Doc NU A/72/186 (2017) au para 22.

16 Union interparlementaire, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Programme des Nations Unies pour le développement et Fonds international de développement agricole, *Mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : Guide pour les parlementaires* n° 23 (Genève, Union interparlementaire, 2014) à la p 40.

17 *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Manual for Human Rights Institutions* (Sydney et Genève, Forum Asie-Pacifique des institutions nationales des droits de l'homme et Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, 2013) à la p 78.

18 Document final de la réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale, dite Conférence mondiale sur les peuples autochtones, Rés AG 69/2, Doc off AGNU, 69^e sess, Doc NU A/RES/69/2 (2014) aux paras 7-8.

Bien qu'aucun État n'ait à ce jour mis en application la DNUDPA dans son intégralité, il semble logique d'affirmer que les droits des peuples autochtones pourront être mis en œuvre – méthodiquement – au moyen d'une approche globale reposant sur des lois nationales, un plan d'action national ainsi qu'une réforme des politiques et des décisions judiciaires nationales. Selon la chercheuse Māori Claire Charters, les normes relatives aux droits autochtones dans le contexte juridique et politique se renforcent mutuellement. Claire Charters conclut que le recours répété à ces normes par les Autochtones dans la défense de leurs droits, dans l'arène tant politique que judiciaire, donnera plus de valeur à la DNUDPA aux points de vue politique et juridique, car les États prendront conscience de la nécessité de s'y conformer. Son étude montre que « la conformité aux normes peut se réaliser non seulement au moyen de sanctions ou de directives judiciaires, mais également grâce à la normalisation et à l'acceptation graduelles de la légitimité des normes par l'État et l'ensemble de la société » [notre traduction]¹⁹.

Appels à l'élaboration d'un cadre législatif national au Canada

C'est en 2011, devant l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones (IPNUQA), que certains ont réclamé pour la première fois une réforme véritable des politiques et lois nationales du Canada. Cela s'est passé quand une coalition canadienne formée d'organisations autochtones et d'ONG non autochtones a publié une déclaration conjointe et que celle-ci a été lue par Shawn Atleo, Chef national de l'Assemblée des Premières Nations, au nom de la coalition. Cette déclaration conjointe invitait tous les États membres des Nations Unies à élaborer des plans d'action nationaux en vue de la mise en œuvre de la DNUDPA, plans qui seraient assortis de priorités et d'échéances claires ainsi que d'une obligation de faire rapport chaque année. La coalition préconisait en outre un examen complet des lois et politiques en vigueur dans le but d'en vérifier la conformité à la DNUDPA²⁰.

En juin 2015, la Commission de vérité et réconciliation (CVR) du Canada a annoncé la publication de son rapport intitulé *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir*²¹. Ce document concluait six années de travaux intenses et hautement émotifs de la part de la CVR, qui avait vu le jour à la suite de la signature de la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*²². La CVR était autorisée à régler les recours collectifs déposés par des survivants des pensionnats indiens. Elle a procédé à une étude approfondie du programme des pensionnats indiens, dirigé par le clergé et financé par le gouvernement canadien, qui a duré un siècle. La CVR avait pour mandat de dévoiler le vrai visage du programme et d'en décrire les répercussions sur les peuples autochtones.

Dans son rapport, la CVR a souligné qu'il sera difficile de réparer les torts causés à la relation entre le Canada et les peuples autochtones pendant plus d'un siècle et demi. Toutefois, la réconciliation « consiste à établir et à maintenir une relation de respect réciproque entre les peuples autochtones et non autochtones dans ce pays »²³. Par conséquent, même s'il était crucial de révéler la vérité sur les pensionnats indiens, cela n'était que la première étape d'un très long processus. Et la réconciliation

19 Claire Charters, « Use It or Lose It: The Value of Using the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Māori Legal and Political Claims » dans Andrew Erueti, dir, *International Indigenous Rights in Aotearoa New Zealand* (Wellington, Australie, Victoria University Press, 2017) 138.

20 Déclaration conjointe des organismes suivants : l'Assemblée des Premières Nations, Chiefs of Ontario, le Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee), le Sommet des Premières Nations, Haudenosaunee de Kanéhsatà:ke, l'Innu Council du Nitassinan, l'Association du monde indigène, l'International Organization of Indigenous Resource Development, la Nation crie Louis Bull, la Nation crie Montana, l'Association des femmes autochtones du Canada, l'Association nationale des centres d'amitié, la Nation crie Samson, la Union of BC Indian Chiefs, Amnesty International, la First Peoples Human Rights Coalition, le Secours Quaker canadien, Amnistie Internationale, l'Hawai'i Institute for Human Rights, KAIROS: Canadian Ecumenical Justice Initiatives, « Implementation of UN Declaration » (19 mai 2011), Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, en ligne : Assemblée des Premières Nations <www.afn.ca/2011/05/19/permanent-forum-on-indigenous-issues-free-prior-and-informed-consent/>.

21 Commission de vérité et réconciliation (CVR) du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* (2015) [CVR, *Honorer la vérité*], en ligne : <www.trc.ca/assets/pdf/French_Exec_Summary_web_revised.pdf>.

22 *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (8 mai 2006), en ligne : <www.residentialschoolsettlement.ca/French/IRS%20Settlement%20Agreement%20-%20FRENCH%20VERSION.pdf>.

23 CVR, *Honorer la vérité*, supra note 21 à la p 7.

repose sur des actions – lesquelles provoqueront une modification fondamentale des comportements à tous les échelons du gouvernement et dans toutes les sphères de la société.

La CVR a lancé 94 appels à l'action de grande portée²⁴ dans le cadre de son rapport. Par ces 94 recommandations, qui visent à tracer la voie vers une réconciliation future, elle invite tous les ordres de gouvernement — fédéral, provincial, territorial et municipal — à changer en profondeur leurs politiques et programmes afin de réparer les dommages causés par les pensionnats indiens.

Dans son rapport intérimaire de 2012²⁵, la CVR mentionnait pour la première fois que la Déclaration pouvait jouer un rôle important dans tout projet de réconciliation au Canada et qu'il y avait lieu d'explorer cette possibilité. Dans le sommaire de 2015 de son rapport final, la CVR déclarait qu'elle continuait « d'avoir la conviction que la Déclaration des Nations Unies contient les principes et les normes nécessaires au rayonnement de la réconciliation dans le Canada du XXI^e siècle »²⁶. Elle ajoutait qu'un cadre de réconciliation s'entend d'un cadre dans lequel les appareils politiques et judiciaires du Canada, les établissements d'enseignement et les institutions religieuses, les milieux d'affaires et la société civile fonctionnent selon des mécanismes conformes aux principes énoncés dans la DNUDPA. En outre, elle précisait que cette dernière est un instrument qui offre un cadre directeur permettant d'apporter les changements profonds nécessaires pour que le Canada puisse œuvrer vers l'établissement de relations empreintes de respect entre les Autochtones et les non-Autochtones.

L'appel à l'action 43 est libellé comme suit : « Nous demandons aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux de même qu'aux administrations municipales d'adopter et de mettre en œuvre la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* dans le cadre de la réconciliation »²⁷. Puis il y a l'appel à l'action 44 : « Nous demandons au gouvernement du Canada d'élaborer un plan d'action et des stratégies de portée nationale de même que d'autres mesures concrètes pour atteindre les objectifs de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones »²⁸. En tout, 16 des 94 appels à l'action renvoient à la DNUDPA.

Pourtant, comme l'organisation politique Inuit Tapiriit Kanatami (ITK) l'a souligné, la position du Canada à ce jour au sujet de la mise en œuvre de la DNUDPA se résume à un mot : l'inaction. Selon l'ITK, plus de dix ans après l'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale des Nations Unies, sept ans depuis la première manifestation d'appui du Canada et près de deux ans après que ce pays a donné son soutien sans réserve à la DNUDPA devant l'Instance permanente, les mesures prises par le Canada se limitent surtout à des mots plutôt qu'à des actions réelles menant à la mise en application de la DNUDPA²⁹. L'Assemblée des Premières Nations (APN) a adopté trois résolutions distinctes réclamant la mise en œuvre de cette déclaration au moyen d'un cadre législatif et d'un plan d'action national³⁰, et le recours à un cadre législatif a reçu l'aval de nombreux autres organismes autochtones, d'ONG non autochtones et d'églises³¹.

24 CVR, « Appels à l'action » (Winnipeg, CVR, 2015) [CVR, « Appels à l'action »], en ligne : <www.trc.ca/assets/pdf/Calls_to_Action_French.pdf>.

25 CVR, *Commission de vérité et réconciliation du Canada : Rapport intérimaire* (Winnipeg, CVR, 2012), en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2012/cvrc-trcc/IR4-3-1-2012-fra.pdf>.

26 CVR, *Honorer la vérité*, supra note 21 à la p 24.

27 CVR, « Appels à l'action », supra note 24, recommandation 43.

28 *Ibid.*, recommandation 44.

29 ITK, « Position Paper: Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » (2017), en ligne : <<https://itk.ca/wp-content/uploads/2017/01/ITK-Position-Paper-Implementing-the-UN-Declaration-on-the-Rights-of-Indigenous-Peoples-English.pdf>>.

30 Assemblée des Premières Nations, résolutions 38/2015, 28/2016, 60/2016, en ligne : <www.afn.ca/fr/resolutions/>.

31 Voir par ex KAIROS Canada, en ligne : <www.kairoscanada.org/what-we-do/indigenous-rights/undrip-campaign> et « Open Letter to All Members of Parliament: Bill C-262 provides principled framework for implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » (28 mai 2018), en ligne : <<https://quakerservice.ca/wp-content/uploads/2018/05/Open-Letter-to-All-Members-of-Parliament-re-Bill-C-262-May-28-.pdf>>.

En septembre 2017, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR), chargé de surveiller la mise en œuvre de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (que le Canada a signée en 1966 et ratifiée en 1970), a procédé à son examen périodique du Canada. Dans son rapport, le Comité félicite le gouvernement actuel pour sa détermination à mettre en œuvre l'ensemble des 94 appels à l'action de la CVR. Cependant, il dit par ailleurs constater « avec inquiétude qu'aucun plan d'action n'a été établi pour assurer leur mise en œuvre »³². Le CEDR a recommandé que le Canada mette au point, en consultation avec les peuples autochtones, un plan d'action concret visant la mise en œuvre des 94 appels à l'action, qu'il applique la DNUDPA et qu'il adopte un cadre législatif à cette fin, y compris un plan d'action national, des rapports publics annuels ainsi qu'une réforme complète des lois, politiques et réglementations nationales pour les rendre conformes à la DNUDPA³³.

Le 30 mai 2018, le projet de loi C-262, intitulé *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*³⁴, a été présenté par le député Romeo Saganash, puis adopté par la Chambre des communes à raison de 206 voix pour et 79 contre, seuls les députés conservateurs s'y étant opposés³⁵. Il a ensuite été déféré au Sénat.

Avantages des cadres législatifs nationaux pour la mise en œuvre (au Canada et ailleurs)

Un cadre législatif national visant la mise en œuvre de la DNUDPA a été réclamé par les institutions internationales des droits de la personne, la CVR, des organisations autochtones, des ONG non autochtones et des églises. La Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de même que le MEDPA et le CEDR ont tous conseillé au Canada d'élaborer un plan de mise en œuvre intégrale à l'échelle nationale, assorti d'un cadre législatif. S'il prenait ces mesures, le Canada franchirait un grand pas pour respecter les normes internationales en matière de droits humains et répondre aux attentes de la CVR.

Un cadre législatif rendrait également les efforts de mise en œuvre plus clairs et uniformes, tout en témoignant de la priorité accordée à cette question. Il confirmerait le caractère vital de la DNUDPA pour la réconciliation. Fait plus important, il obligerait le gouvernement à faire preuve de diligence dans l'harmonisation de ses lois et politiques avec la DNUDPA et instaurerait un mécanisme de reddition de comptes relativement à la mise en application de cette déclaration. Enfin, il contribuerait à donner un élan favorable à l'élaboration d'un plan d'action national, à la réforme des lois et des politiques ainsi qu'à la rédaction de rapports annuels sur les progrès accomplis.

Les efforts de mise en application pourraient aussi gagner en vigueur grâce à un cadre législatif national, car il rendrait plus difficile pour les gouvernements futurs de ralentir arbitrairement le processus.

Un cadre législatif national créerait un précédent dont pourraient s'inspirer les gouvernements provinciaux et territoriaux afin d'édicter eux aussi leurs propres textes législatifs de mise en œuvre, comme le recommandait la CVR avec son appel à l'action 43. Les dispositions canadiennes de mise en application pourraient également servir de modèles à d'autres pays.

En outre, un cadre législatif national faciliterait aussi le travail d'interprétation des tribunaux à condition qu'il énonce la primauté du principe du consentement libre, préalable et éclairé. Ce cadre créerait ainsi

32 *Observations finales concernant le rapport du Canada valant vingt et unième à vingt-troisième rapports périodiques*, Doc off CEDR NU, 93^e sess, Doc NU CERD/C/CAN/CO/21-23 (2017) au para 17.

33 *Ibid* au para 18.

34 PL C-262, *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1^{er} sess, 42^e parl, 2016 (adopté par la Chambre des communes le 30 mai 2018).

35 « Détails du vote : Vote n° 684 », en ligne : Chambre des communes du Canada <www.noscommunes.ca/Parliamentarians/fr/votes/42/1/684>.

une solution de rechange aux litiges et aux recours judiciaires, de sorte que les tribunaux seraient en bout de ligne moins sollicités. En outre, puisque la DNUDPA sera citée de plus en plus souvent par les tribunaux, au Canada et à l'étranger, une loi pourrait appuyer la mise en application de cette déclaration par voie législative.

Les appels à l'action de la CVR exigent une répudiation expresse de tous les textes législatifs, politiques et principes issus du colonialisme, ce qui pourrait devenir réalité plus facilement avec un cadre législatif national. Un tel cadre faciliterait aussi l'abrogation de la *Loi sur les Indiens* ainsi que d'autres principes et textes législatifs d'esprit colonialiste et discriminatoire, puis leur remplacement par des mécanismes plus appropriés, fondés sur l'obligation d'obtenir des peuples autochtones leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. L'abrogation des lois colonialistes et discriminatoires est une exigence énoncée dans la DNUDPA, et une loi nationale pourrait faire avancer cet objectif crucial au Canada tout en suscitant un appui général au sein de plusieurs partis politiques.

De plus, un cadre législatif national pourrait fournir l'occasion d'un accommodement visant l'intégration des lois et traditions juridiques autochtones en droit canadien, un autre appel à l'action de la CVR³⁶.

En résumé, un cadre législatif national serait un premier pas important dans la mise en application au Canada de la DNUDPA, surtout s'il rend obligatoires bon nombre des autres mesures cruciales pour ce processus, comme l'élaboration d'un plan d'action national, la révision des lois et politiques en vigueur et la création d'un mécanisme de production de rapports annuels. Un tel cadre donnerait par ailleurs un ton positif, et c'est important, aux efforts élargis de mise en œuvre que devront déployer les provinces et les territoires, les municipalités, les entreprises et la société civile s'ils veulent se conformer aux appels à l'action de la CVR.

À propos de l'auteure

Sheryl Lightfoot (Anishinabe) est titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur les droits et les politiques concernant les Autochtones du monde. Elle occupe aussi le poste de professeure agrégée du programme d'études sur les Autochtones et les Premières nations, au département de science politique de l'Université de la Colombie-Britannique, où elle joue le rôle de conseillère principale auprès du bureau de la présidence des affaires autochtones.

36 John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution* (Toronto, University of Toronto Press, 2010) aux pp 191-92.



© 2011



Mise en application de la DNUDPA compte tenu du droit canadien et du droit autochtone : quels sont les défis?



Gordon Christie

Peu après les dernières élections fédérales, le Canada a manifesté de son intention de mettre en œuvre la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (la « DNUDPA »)¹. À l'époque, des commentateurs de pensée conservatrice (ou traditionnaliste) — Blaine Favel et Ken Coates — ont exprimé des inquiétudes qui devaient, selon eux, nous amener à préférer la prudence aux décisions précipitées dans ce dossier². Puis, le gouvernement fédéral a donné son appui à un projet de loi émanant d'un député et visant essentiellement l'adoption de la DNUDPA dans le contexte du droit canadien³, et ces appels à la prudence, auxquels ont joint leurs voix Dwight Newman,

1 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, Doc off AGNU, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

2 Blaine Favel et Ken S Coates, *Understanding UNDRIP* (Ottawa, Macdonald-Laurier Institute, 2016) [Favel et Coates, *Understanding UNDRIP*], en ligne : <www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLI-10-UNDRIPCoates-Flavel05-16-WebReadyV4.pdf>; Ken S Coates et Blaine Favel, *Understanding FPIC* (Ottawa, Macdonald-Laurier Institute, 2016) [Coates et Favel, *Understanding FPIC*], en ligne : <<https://macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLINumber9-FPICCoates-Flavel04-29-WebReady.pdf>>.

3 PL C-262, *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1^{er} sess, 42^e parl, 2016 (adopté par la Chambre des communes le 30 mai 2018), en ligne : <www.parl.ca/DocumentViewer/fr/42-1/projet-loi/C-262/troisieme-lecture>. À l'été 2018, le projet de loi était étudié par le Sénat après son adoption en troisième lecture au Parlement.

Arend Hoekstra, Harry Swain et Jim Baillie, ont connu une nouvelle vigueur. Ces derniers ont souligné notamment qu'une telle initiative était presque trop simpliste et traduisait ce qu'ils appellent une « tension circulaire » [notre traduction]⁴. Swain et Baillie ont réclamé le retrait du projet de loi, tandis que Newman préconisait un nouvel examen et une réécriture de ce texte législatif⁵.

Au même moment, bien que les grands médias en aient moins fait mention, les peuples et les nations autochtones exprimaient aussi leurs préoccupations relativement à la mise en application de la DNUDPA⁶. Ils invoquaient par contre des arguments très différents, compte tenu que la DNUDPA représente le fruit de décennies de solidarité au sein des Autochtones du monde entier et une transition au Canada vers un discours décolonisateur. Ces inquiétudes sont tout aussi urgentes et fondamentales que celles des observateurs prônant la prudence, et les unes comme les autres devraient être soigneusement examinées en vue de favoriser l'adoption de la stratégie la plus fructueuse possible.

Nous aborderons ici les arguments les plus solides justifiant la prudence aux yeux des commentateurs de pensée conservatrice (ou traditionaliste) envers les préoccupations soulevées par les peuples autochtones. Une bonne partie des points soulevés par les critiques conservatrices visent clairement à susciter la peur dans la population canadienne de même qu'à protéger des intérêts puissants, mais il reste que leurs prétentions (dont certaines sont carrément absurdes⁷) contiennent des éléments sur lesquels doivent se pencher attentivement les partisans d'une mise en œuvre généreuse de la DNUDPA. Il ne s'agit pas en effet de simplement connaître les arguments de la partie adverse, mais bien de comprendre aussi comment ceux qui les avancent espèrent encadrer ou limiter le discours. Le danger, c'est que même le simple fait de contrer ces arguments par certains moyens peut se révéler nuisible en bout de ligne, car les termes du débat deviennent alors figés d'une manière qui fait obstacle à une véritable réconciliation. Les Autochtones s'interrogent principalement sur l'influence que peuvent avoir ces appels à la prudence quant au mode de mise en application de la DNUDPA, qui risque alors de ne pas pouvoir atteindre un de ses objectifs mêmes, c'est-à-dire servir d'instrument de décolonisation.

Appels à la prudence

Nous qualifions de « conservateurs » (ou de « traditionalistes ») les commentateurs — ou plutôt leur pensée — qui sont les plus véhéments dans l'expression de points de vue conservateurs, mais leur idéologie commune repose en fait sur des principes manifestement liés au libéralisme. Ils souhaitent le maintien du libéralisme en ce sens qu'ils montrent leur allégeance à une conception individualiste et libérale de la société canadienne, selon laquelle les Autochtones sont déjà confinés dans cet univers idéologique. Par exemple, Coates et Favel signalent que la mise en œuvre de la DNUDPA risque de nuire

4 Dwight Newman et Ken Coates, « Bill on implementing UNDRIP 'simplistic and laden with circular tension' », *The Hill Times* (14 décembre 2017), en ligne : <www.hilltimes.com/2017/12/14/bill-implementing-undrip-simplistic-laden-circular-tensions/128903>; Thomas Isaac et Arend JA Hoekstra, « Implementing UNDRIP in Canada: Challenges with Bill C-262 », en ligne : Cassels Brock Lawyers <www.casselsbrock.com/CBNewsletter/Implementing_UNDRIP_in_Canada_Challenges_with_Bill_C_262>; Harry Swain et Jim Baillie, « The Trudeau government signs on to give Aboriginals veto rights nobody else has », *Financial Post* (26 janvier 2018), en ligne : <<https://business.financialpost.com/opinion/the-trudeau-government-signs-on-to-give-aboriginals-veto-rights-nobody-else-has>>.

5 Dwight Newman, « Written Brief to House of Commons Standing Committee on Indigenous and Northern Affairs re Bill C-262 », en ligne : <www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/INAN/Brief/BR9762671/br-external/NewmanDwight-e.pdf>; pour le français : témoignage de vive voix de Dwight Newman au Comité permanent des affaires autochtones et du Nord (Chambre des communes), en ligne : <www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/INAN/reunion-101/temoignages>.

6 Bon nombre de ces préoccupations ont été formulées dans le cadre des témoignages entendus par le Comité permanent des affaires autochtones et du Nord (Chambre des communes) relativement au projet de loi C-262, durant les réunions tenues du 17 avril au 8 mai 2018 [Comité permanent chargé d'étudier le PL C-262], en ligne : <www.noscommunes.ca/Committees/fr/INAN/StudyActivity?studyActivityId=9965131>.

7 Quelques bizarreries figurant dans l'ouvrage d'Isaac et Hoekstra, *supra* note 4, sont décrites en détails par Paul Joffe; voir « Commentary – UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », en ligne : Quaker Friends Service Committee : <<https://quakerservice.ca/news/commentary-un-declaration/>>.

aux efforts pour améliorer la vie et les conditions sociales des peuples autochtones du Canada. D'après ces auteurs, la DNUDPA pourrait s'avérer « contre-productive » et entraîner des coûts exorbitants⁸.

Cet argument — fondé sur la souffrance de peuples en tant qu'individus — détourne l'attention de siècles de colonialisme, de dépossession, d'oppression, de perte d'autonomie et de génocide culturel. Les peuples autochtones s'opposent à cet angle d'analyse, pas parce qu'ils rejettent les mesures visant à améliorer leur sort, mais parce que *cet objectif précis* doit être abordé au Canada dans le cadre *d'autres discussions, qui soient distinctes*. Si le Canada correspondait réellement à sa propre description de lui-même (il se voit comme une démocratie libérale), les Autochtones n'auraient pas à se battre pour obtenir des services de base non discriminatoires ni à invoquer la DNUDPA lorsque vient le temps de réclamer pour les Autochtones canadiens un accès égal aux mesures fondamentales visant à réduire la pauvreté, assurer l'alimentation en eau potable, lutter contre le suicide et la toxicomanie et s'attaquer à d'autres questions connexes ou similaires. Ailleurs dans le monde, des parties de la DNUDPA peuvent permettre d'exiger des États un soutien socio-économique et culturel véritable et adéquat, mais la DNUDPA ne devrait pas servir à cette fin ici. Étant donné le long cauchemar qu'a été la colonisation au Canada, son rôle premier devrait être clair, soit de jouer un rôle important dans l'examen du passé colonial du pays.

Examinons donc les doutes soulevés par la DNUDPA qui sont pertinents en contexte canadien. Les réserves initiales du Canada envers ce document (formulées lors de son vote contre la résolution de l'Assemblée générale visant son adoption puis à nouveau quelques années plus tard, quand il l'a signée en même temps qu'il exprimait son ambivalence⁹) entrent essentiellement dans trois catégories, chacune reflétée dans les commentaires conservateurs récents. Le gouvernement libéral actuel se distancie des positions des gouvernements conservateurs précédents, mais se contente pour l'instant de belles paroles, alors on ne sait pas encore si les politiques et mesures qu'il adoptera susciteront les mêmes inquiétudes.

Premièrement, certaines dispositions de la DNUDPA (comme ses articles 3 et 19) exigeraient, selon le Canada, une restructuration en profondeur du paysage légal et politique du pays (c'est l'inquiétude liée à une « restructuration fondamentale »). L'article 3 reconnaît en effet aux Autochtones un droit à l'autodétermination, tandis que l'article 19 énonce que les États doivent « [se concerter] et [coopérer] de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés [...] avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause »¹⁰.

Deuxièmement, l'article 26 de la DNUDPA garantit aux Autochtones des droits sur les terres et les ressources et prévoit particulièrement qu'ils « ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartiennent ou qu'ils

8 Coates et Favel, *Understanding FPIC*, supra note 2.

9 En 2010, quand le Canada a exprimé pour la première fois son appui à la DNUDPA (considérée comme un document décrivant des « aspirations »), le gouvernement fédéral a déclaré ce qui suit :

En 2007, au moment du vote à l'Assemblée générale des Nations Unies, le Canada a exprimé officiellement ses inquiétudes relativement à diverses dispositions de la Déclaration dont celles sur les terres, les territoires et les ressources, sur le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause lorsqu'interprété comme un droit de veto, sur l'autonomie gouvernementale sans que l'importance des négociations soit reconnue, sur la propriété intellectuelle, sur les questions militaires et sur le besoin de parvenir à un juste équilibre entre les droits et les obligations des peuples autochtones, des États et des tiers [...]

Les droits ancestraux et les droits issus de traités sont protégés au Canada grâce à un cadre unique. Ils sont enchâssés dans notre Constitution, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés*, et sont appuyés par des politiques pratiques qui s'adaptent à notre réalité changeante. Ce cadre demeurera la pierre angulaire de nos efforts visant à promouvoir et à protéger les droits des Autochtones canadiens.

Voir « Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », en ligne : Affaires autochtones et du Nord Canada <www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142>.

10 DNUDPA, supra note 1.

les occupent ou les utilisent traditionnellement »¹¹. Selon le Canada, ce droit a une portée trop large et n'est pas compatible avec la jurisprudence canadienne relative au titre ancestral (c'est l'inquiétude liée au « territoire autochtone »).

En dernier lieu, il est dit que la DNUDPA accorderait aux peuples autochtones un droit de veto que n'ont pas les autres Canadiens, un pouvoir qu'ils exerceraient, par exemple, à l'égard de projets de mise en valeur de ressources se trouvant sur leurs terres ou dans leurs eaux. Ce pouvoir découle probablement de l'obligation d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC), énoncée à l'article 19 de la DNUDPA, comme nous l'avons vu plus tôt, mais aussi à l'article 32¹² (c'est l'inquiétude liée au « CPLCC comme droit de veto »).

Il ressort que, même si les critiques récentes semblent toucher des aspects nouveaux, l'ensemble des préoccupations clairement énoncées entrent dans l'une de ces trois catégories. En analysant les propos, nous pouvons mettre au jour les vraies inquiétudes des opposants (sous-jacentes aux critiques apparentes).

Analyse des inquiétudes exprimées

Quel genre de restructuration fondamentale craint-on et en quoi est-ce un argument pour s'opposer à la mise en œuvre intégrale de la DNUDPA? Examinons bien les changements de fond qu'il faudrait apporter aux lois et politiques canadiennes par suite de l'application de la Déclaration.

Tous ceux qui expriment cette inquiétude rappellent la genèse de la DNUDPA, issue d'années d'intenses négociations marquées par une remarquable solidarité entre les peuples autochtones du monde entier¹³. Ce qu'on connaît moins bien, en revanche, c'est le dernier chapitre de cette genèse (élément déterminant s'il en est un), qui a commencé quand les États ont pris la relève dans ce qui avait été jusque-là un processus ouvert empreint d'un respect mutuel entre les parties¹⁴. Derrière des portes closes, sans présence de représentants autochtones, plusieurs modifications notables ont été apportées au texte de la DNUDPA. On y a entre autres ajouté l'article 46, dont le paragraphe 3 est libellé comme suit : « Les dispositions énoncées dans la présente Déclaration seront interprétées conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi ».

La DNUDPA devra bien sûr être appliquée dans son intégralité, de sorte que l'article 46 jouera un rôle clé dans le processus, et c'est encore plus vrai si elle est importée au Canada par voie législative. Quel est donc le sens véritable de la première inquiétude, liée à la conformité obligatoire aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi dans l'interprétation de la *Déclaration*? Les commentateurs passent-ils délibérément sous silence cette condition claire ou pensent-ils que la DNUDPA pourrait être mise en application sans qu'elle soit respectée?

Il faut envisager une autre éventualité, suivant laquelle cette inquiétude se scinde en deux. On peut se demander si ces commentateurs admettent que l'ordre juridique et politique actuel du Canada

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, art 32(2) : « Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres ».

¹³ Voir par ex Favel et Coates, *Understanding UNDRIP*, supra note 2, et les propos de plusieurs témoins entendus lors des réunions du Comité permanent chargé d'étudier le PL C-262, supra note 6, notamment Miles Richardson et Paul Chartrand à la réunion du 17 avril 2018.

¹⁴ Par exemple, cette information est enfoncée dans l'ouvrage de Favel et Coates *Understanding UNDRIP*, supra note 2, n. 6.

ne satisfait pas à cette condition et que la mise en œuvre de la DNUDPA exigerait plus d'équité et moins de discrimination, entre autres choses, dans le paysage canadien. C'est peut-être parce que les lois et politiques canadiennes ne cadrent pas avec les définitions « classiques » de justice, de non-discrimination, d'égalité et de droits de la personne, ou bien que les définitions « émergentes » progressistes de ces concepts montrent que les lois et politiques canadiennes actuelles sont loin du compte, comparativement à ce qui devient la nouvelle interprétation de ce qui est juste et équitable¹⁵?

Cette troisième éventualité est la seule raisonnable (en supposant que les commentateurs ont lu toute la DNUDPA et savent que les gouvernements du Canada — surveillés par les tribunaux canadiens — seront encore bien mieux placés pour dicter comment la Déclaration sera réellement mise en application au Canada et veiller à ce qu'aucune modification soit faite aux nouvelles structures. Il se peut donc que les craintes issues de la pensée conservatrice (traditionnelle) quant à des risques de changement au paysage légal et politique du Canada viennent du fait que les critiques savent que la situation canadienne actuelle est contraire aux principes établis de justice et de non-discrimination, par exemple, ou que ces principes eux-mêmes fluctuent et qu'une évolution progressiste entraînerait une plus grande justice pour les Autochtones. La première inquiétude peut donc être interprétée comme une crainte que la mise en application de la DNUDPA oblige le Canada à respecter certains principes comme ceux de justice, de non-discrimination, de bonne foi, de respect des droits de la personne, d'égalité, de bonne gouvernance et de démocratie.

Un autre angle d'attaque concerne des inquiétudes liées à l'article 26 de la DNUDPA et aux intérêts relatifs aux terres autochtones. Depuis quelques décennies, la Cour suprême élabore une doctrine au sujet du titre ancestral. En 2014, elle a formulé pour la première fois ce principe juridique quand elle a reconnu l'existence du titre ancestral de la Nation Tsilhqot'in sur environ 1 900 km² de son territoire traditionnel¹⁶. Mais sur quoi ce principe juridique et son élaboration reposent-ils? Avant que le Canada affirme sa souveraineté et en vienne à croire que les mesures qu'il prenait unilatéralement pouvaient attribuer à la Couronne un titre ayant préséance sur les revendications autochtones, les Autochtones canadiens étaient liés¹⁷ à l'ensemble des terres et territoires constituant le Canada d'aujourd'hui. Agissant à l'évidence en vertu de la « doctrine de la découverte » (qui même dans sa forme la plus limitée portait que les puissances européennes — en raison de leur caractère plus « civilisé » — pouvaient « découvrir » des terres autochtones et ainsi acquérir, mystérieusement, de pouvoirs à leur égard¹⁸), la Couronne a écarté les Autochtones et fait fi de leurs traditions juridiques et de leurs structures de pouvoirs. Les liens entre les Autochtones et leurs terres diffèrent peut-être des rapports qui sous-tendent les concepts de titre de propriété et d'exercice des compétences des États-nations, mais affirmer qu'ils ne constituaient pas en soi des liens empêchant toute intrusion étrangère relève à l'évidence et sans équivoque du racisme.

Il est vrai que la DNUDPA définit les intérêts des peuples autochtones sur leurs terres et territoires en des termes qui ne correspondent pas aux notions occidentales de propriété et de compétence. La mise en application de la DNUDPA en contexte canadien jette donc une lumière crue et directe sur les ratés

15 C'est probablement un peu des deux : les commentateurs sont conscients que les règles de droit et les politiques canadiennes continuent d'être incompatibles avec les notions de justice établies quand ils débattent de notions élargies tout à fait nouvelles (celles qui accordent une importance aux droits et intérêts collectifs, surtout en matière d'autodétermination, et une responsabilité à cet égard), alors que ces notions remettent encore plus profondément en question le statu quo attribuable aux lois et politiques issues du colonialisme.

16 *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44 [*Nation Tsilhqot'in*].

17 Nous utilisons l'adjectif « lié » (« tied to » en anglais), qui nous semble englober les diverses façons dont les peuples autochtones décrivent leur rapport particulier à la terre et à l'eau, avec lesquelles ils vivent depuis d'innombrables générations. Chaque nation autochtone devrait préciser la nature de ce lien ainsi que la manière dont celui-ci doit être interprété à la lumière de ses propres traditions juridiques.

18 Dans sa forme la plus malsaine, ce principe faisait en sorte qu'une puissance européenne, lorsqu'elle « découvrait » des terres autochtones, concluait qu'aucune autorité n'y régnait et qu'elle ne devait prendre en compte aucune prétention ni aucun droit relativement à ces terres; dans cette optique, toute mesure favorable prise par cette puissance à l'égard des peuples autochtones vivant sur ces terres était pure générosité de sa part.

de la jurisprudence canadienne. L'évolution du titre ancestral en droit canadien (selon lequel il s'agirait d'un titre non territorial, lié à des critères non autochtones fondés sur l'utilisation et l'occupation, sans droit d'exercer de compétence, ou si peu¹⁹) aurait été acceptable si elle découlait de négociations avec les Autochtones, mais ce n'est pas le cas : elle a été élaborée entièrement par des juristes non autochtones s'appuyant sur une définition étroite et sectaire de la justice qui tentait de camoufler le racisme résidant au cœur des précédents judiciaires.

Encore une fois, si les commentateurs expriment ce genre d'inquiétude — cette fois en raison des divergences entre la manière dont les intérêts sur les terres sont abordés dans la DNUDPA et celle dont le titre ancestral a été défini par les tribunaux canadiens — c'est qu'ils conviennent du non-respect par le Canada des principes de justice et de non-discrimination dans leur sens large et fondamental. Les juges non autochtones, qui ne tiennent aucunement compte de l'avis des peuples autochtones attachés à leurs territoires par un lien fort, continuent d'appliquer la doctrine raciste de la découverte, sur laquelle repose l'essentiel des principes juridiques canadiens en matière de droits autochtones et de titre ancestral. Les critiques dirigées contre la DNUDPA approuvent cette démarche et font valoir que, de toute façon, l'« arc de l'histoire tend vers la justice » [notre traduction]²⁰. La jurisprudence canadienne étant bien enracinée dans une doctrine raciste, il sera difficile de la faire pencher du côté d'une justice réelle.

Analysons maintenant la troisième inquiétude, selon laquelle le CPLCC est assimilé à un droit de veto, qui nous rapproche de ce que craignent vraiment les gouvernements canadiens (libéraux comme conservateurs), les tribunaux et ceux qui prônent la prudence face à la DNUDPA. Cette inquiétude viendrait au fond de la notion suivant laquelle la mise en œuvre de la Déclaration accorderait aux peuples autochtones du Canada des droits spéciaux dont ne peuvent se prévaloir les autres Canadiens. Une première réponse à cet argument devrait être assez évidente ici : en lisant toute la DNUDPA et en pensant à son article 46, on ne voit pas bien comment les articles 19 et 32 de la Déclaration pourraient être appliqués au Canada d'une façon contraire aux principes de justice et de non-discrimination. À lui seul, ce dernier principe semble assurer que, peu importe les suites de la mise en œuvre de la DNUDPA, les Autochtones du Canada ne jouiront d'aucun droit spécial. La possibilité pour eux de se faire entendre à l'égard de projets visant leurs terres et leurs eaux correspond à une autre question.

Le vrai défi est de contrer une tentative peu subtile de circonscrire le discours ambiant (lequel inquiète les peuples autochtones, comme il est mentionné ci-dessus). Ainsi, les commentateurs de pensée conservatrice veulent que la mise en application de la DNUDPA s'inscrive dans la philosophie libérale relative à la question des droits (selon laquelle les droits de chacun doivent être accessibles à tous, du moins en théorie). Dans cette optique, prenons la question du droit de veto. Au Canada, le propriétaire privé qui bénéficie d'un droit de propriété en fief simple jouit du domaine le plus vaste possible suivant le régime de la common law. Néanmoins, la Couronne souveraine en possède le titre absolu et sous-jacent — elle peut donc restreindre ce domaine et même exproprier le titulaire. Soulignons alors un aspect essentiel de ce point de vue, à savoir que tous les droits détenus par les non-Autochtones sur des terres au Canada proviennent à l'origine (du moins en principe) d'octrois de la Couronne. Or, ce que la Couronne a octroyé elle peut ensuite le limiter (ou le reprendre). La DNUDPA reconnaît juridiquement que les Autochtones ne sont pas titulaires de leurs terres en raison d'un octroi par la Couronne et n'ont pas de droits spéciaux relativement à l'exercice de compétences ou à la propriété des terres, mais possèdent plutôt à l'égard de ces terres un intérêt original qui date d'avant l'avènement de la Couronne. Si un autre citoyen était dans la même position, il aurait les mêmes droits que ceux visés par la DNUDPA. Encore une fois, il ressort clairement de la Déclaration qu'elle se fonde sur de vastes notions de justice, d'égalité, de respect des droits de la personne et de non-discrimination, celles-là

19 *Nation Tsilhqot'in*, supra note 16 aux para 67–76.

20 Swain et Baillie, supra note 4 (traduction d'une citation de Theodore Parker, citant des propos le plus souvent attribués à Martin Luther King).

mêmes qui permettront un nouveau dialogue propre à enclencher un processus de décolonisation et une vraie réconciliation.

Véritables inquiétudes et réponses adéquates

Nous voici donc arrivés aux véritables craintes des commentateurs conservateurs. Ils préféreraient que le Canada poursuive sa lente évolution fondée sur une justice définie étroitement, ce qui éloignerait encore plus le Canada de vraies formes de justice et préserverait le statu quo, empreint de racisme et de colonialisme. Cette analyse nous amène à l'inquiétude profonde des Autochtones du Canada : le risque que la mise en application de la DNUDPA soit freinée par des libéraux de pensée traditionaliste, ceux qui tentent de préserver à tout prix — volontairement ou non — les intérêts particuliers sur lesquels le Canada s'est construit et qu'il faut maintenir selon eux, autrement dit les intérêts des industries extractives capitalistes néolibérales.

La principale crainte à l'égard du récent mouvement en faveur de la création d'un cadre législatif où la DNUDPA deviendrait un texte canadien s'avère limpide quand on la dépouille pour en arriver au cœur. Ainsi, les forces libérales traditionalistes préféreraient que toutes les questions soulevées restent confinées à l'arène politique, propice à la recherche d'un équilibre entre des intérêts incompatibles, le droit jouant alors un rôle secondaire. Si la DNUDPA était intégrée à la législation canadienne, elle énoncerait des normes juridiques fermes, pourrait être invoquée dans des plaidoiries, donnerait lieu à des voies de recours, aurait une force contraignante et, surtout, entraînerait des obligations exécutoires en droit. Comme la DNUDPA repose sur des principes et des processus visant la décolonisation, ainsi que sur un engagement à respecter de grands principes de justice, de démocratie, de respect des droits de la personne, de non-discrimination, de bonne foi et de bonne gouvernance, il résulterait certainement une modification du paysage légal et politique canadien d'une telle intégration. En effet, il y aurait redistribution des pouvoirs, et ceux-ci ne seraient plus l'apanage d'une seule entité souveraine (ces pouvoirs sont exercés à l'heure actuelle par des intérêts financiers particuliers) mais seraient conférés à deux entités dûment habilitées dans un monde postcolonial.

Quand les commentateurs de pensée conservatrice parlent d'une évolution en douceur des relations susceptible d'être mise en péril par une intégration soudaine de la DNUDPA au droit canadien, ils font en réalité référence à des ententes — surtout économiques — qui correspondent aux toutes dernières manœuvres pour empêcher l'instauration de stratégies de décolonisation. Les gouvernements et les industries ont maintenant souvent recours à des ententes locales et ponctuelles (en dehors des traités); ils font miroiter à des communautés pauvres des avantages de tout ordre (financier et autres) et sèment la discorde au sein de ces communautés, tout ça pour obtenir l'adhésion au programme d'action néolibéral et capitaliste de l'industrie extractive. Dans ce contexte, il est vrai que la DNUDPA entraînera de l'incertitude. Les efforts déployés pour rendre plus juste un système fondé sur le racisme et issu du colonialisme comportent en effet de multiples défis, et il est impossible de savoir comment bon nombre des cas les plus épineux seront résolus.

La forme d'incertitude qui est troublante, cependant, concerne la réaction du gouvernement fédéral canadien au cours des prochaines années. Ce dernier envoie en ce moment des signaux contradictoires : parfois, il semble prêt à faire la transition vers une mise en œuvre de la DNUDPA qui s'harmonise avec l'esprit et l'intention de cette déclaration; d'autre fois, il exprime fermement son espoir de se conformer à la DNUDPA, mais d'une manière qui ne contribuerait pas à éliminer les vestiges de la colonisation

au Canada²¹. Nous avons vu que les inquiétudes formulées par les critiques de pensée conservatrice touchent principalement la décolonisation et viennent d'une aversion face à l'idée de voir le Canada céder son pouvoir absolu sur des terres et des ressources injustement soutirées aux Autochtones. Toutefois, l'inquiétude la plus pressante est celle des Autochtones, qui attendent de voir si la promesse de la décolonisation se traduira par une réponse adéquate au racisme toujours présent dans le contexte juridique et politique canadien.

À propos de l'auteur

Gordon Christie a enseigné dans les facultés de droit et les départements de philosophie et d'études autochtones de plusieurs universités canadiennes et américaines. Actuellement professeur à l'école de droit Peter A. Allard de l'Université de la Colombie-Britannique, il donne des cours sur les questions juridiques autochtones, la théorie du droit et la responsabilité civile délictuelle. Ses recherches portent sur les questions juridiques autochtones et la théorie du droit. Gordon Christie a publié plusieurs articles sur ces sujets, notamment : « Who Makes Decisions Over Aboriginal Title Lands? » (2015), « 'Obligations,' Decolonization and Indigenous Rights to Governance » (2014) et « A Colonial Reading of Recent Jurisprudence: *Sparrow*, *Delgamuukw* and *Haida Nation* » (2005). Il est d'origine Inuvialuit et Inupiat.

21 En juillet 2016, lors d'une réunion de l'Assemblée des Premières nations, Jody Wilson-Raybould, alors ministre de la Justice du Canada, avait déclaré : « Des approches simplistes comme celle de vouloir adopter de la Déclaration des Nations Unies en affirmant qu'elle s'intègre au droit canadien ne sont pas praticables et, en tout respect, je trouve qu'elles constituent une distraction politique qui nous empêche d'entreprendre l'immense travail nécessaire pour la mettre en œuvre dans nos communautés » [notre traduction]. Voir « Justice Minister Jody Wilson-Raybould says adopting UNDRIP into Canadian law 'unworkable' », *APTN National News* (12 juillet 2016), en ligne : <<https://aptnnews.ca/2016/07/12/justice-minister-jody-wilson-raybould-says-adopting-undrip-into-canadian-law-unworkable/>>.



Mise en application de la DNUDPA : analyse sexospécifique des répercussions



Brenda L. Gunn

De nos jours, le rôle des femmes autochtones est un enjeu dans bon nombre de communautés autochtones, étant donné l'ampleur de l'ingérence colonialiste, notamment sur le plan des rôles traditionnellement attribués aux hommes et aux femmes, respectivement. Dans le cadre de la préparation à la mise en application de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*¹ (la « DNUDPA ») au Canada, surtout quand viendra le temps d'intégrer le droit autochtone au droit constitutionnel, il importe d'adopter une approche sexospécifique (tenant compte des deux sexes) afin de prendre en considération la réalité féminine et de s'assurer que les femmes autochtones profitent autant que les hommes de la DNUDPA. Une autre question se pose : le mouvement visant la concrétisation du droit des Autochtones à l'autodétermination, tel qu'il est reconnu dans la DNUDPA, fera-t-il en sorte que les peuples autochtones porteront plus facilement atteinte aux droits de leurs membres vulnérables, en particulier les femmes²?

Les femmes jouent un rôle particulier dans de nombreuses sociétés autochtones et y assument (entre autres) des responsabilités qui leur sont propres. Ce rôle touche souvent

1 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, doc off AGNU, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

2 Rebecca Tsosie, « Indigenous Women and International Human Rights Law: The Challenges of Colonialism, Cultural Survival, and Self-Determination » (2010) 15 UCLA J Intl L & Foreign Aff 187 à la p 187.

à des aspects liés au leadership et cruciaux pour la nation³. Les Haudenosaunee (Iroquois) sont souvent cités en exemple à cet égard : « Lors de la formation de la Confédération des Cinq-Nations, la première personne à accepter le message de paix et d'unité du Pacificateur a été une femme. Le Pacificateur lui a donné le nom de Jikonsahseh, 'Mère des nations', expliquant que toutes les femmes allaient être amenées à jouer un rôle primordial dans le processus de paix »⁴.

Au-delà des exemples typiques relatifs au système de clan matriarcal et matrilineaire des Haudenosaunee, de nombreux auteurs ont décrit les rôles confiés aux femmes autochtones⁵. Val Napoleon formule certaines critiques au sujet de l'histoire écrite des Haudenosaunee, car les femmes y sont confinées à s'occuper de la viande que les hommes rapportent de la chasse⁶. Or, dans bien des sociétés autochtones, les femmes étaient vénérées et jouaient un rôle déterminant en matière de relations politiques et de leadership. Sharon Venne mentionne par exemple le pouvoir des femmes autochtones lors de la conclusion du traité n° 6 : « Le Créateur a accordé aux femmes le pouvoir de créer. L'homme lui vient en aide, et non pas l'inverse. Les femmes sont liées à la Terre mère par leur capacité de donner la vie. Elles sont assises aux côtés du Créateur en reconnaissance de leur rôle et de la place qu'elle occupe » [notre traduction]⁷.

Les femmes métisses accomplissent également un travail important dans l'épanouissement et la préservation de la nation métisse : « Ce sont les femmes autochtones qui ont perpétué l'histoire de la terre et l'identité du peuple, qu'elles ont ensuite transmises à leurs familles. Le lien entre un individu et un lieu s'établissait à travers la famille, mais tous ces liens étaient déterminés en fonction de l'ascendance maternelle » [notre traduction]⁸. Brenda Macdougall souligne que, historiquement, l'identité métisse d'une personne découlait « du lien entre la mère et le foyer, la terre et la famille » [notre traduction]⁹. En règle générale, les enfants métis portaient le nom de famille de leur père, mais ils habitaient sur les terres de la famille de leur mère¹⁰.

Dans son rapport final, la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA) du Canada aborde les rôles des femmes autochtones, y compris les Inuites : « On s'accorde pour dire que les femmes étaient traditionnellement responsables des décisions concernant les enfants, la préparation des repas et la vie du campement. S'il y avait une division bien nette du travail entre les sexes, les tâches des femmes et celles des hommes avaient la même valeur »¹¹. Les travaux de la CRPA mettent en lumière le fait que les hommes et les femmes, malgré leurs fonctions différentes, doivent être tout autant respectés et

3 Voir l'introduction de Maria Campbell, où elle aborde le rôle des femmes métisses, dans l'ouvrage de Nicole St-Onge, Carolyn Podruchny et Brenda Macdougall, dir, *Contours of a People: Metis Family, Mobility and History* (Norman, OK, University of Oklahoma Press, 2012) à la p xiii.

4 Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA), *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones : volume 4, Perspectives et réalités* (Ottawa, Approvisionnements et Services, 1996) à la p 8, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2016/bcp-pco/Z1-1991-1-4-fra.pdf>. Voir aussi Robert A Williams fils, « Gendered Checks and Balances: Understanding the Legacy of White Patriarchy in an American Indian Cultural Context » (1989-1990) 24 Ga L Rev 1019.

5 Voir par ex Megan Davis, « Aboriginal Women and the Right to Self-Determination » (2012) 16:1 AILR 78. Voir aussi Kiera L Ladner, « Gendering Decolonisation, Decolonising Gender » (2009) 13:1 AILR 62; Emma LaRocque, « Metis and Feminist: Ethical Reflections on Feminism, Human Rights, and Decolonization » dans Joyce Green, dir, *Making Space for Indigenous Feminism* (Winnipeg, Fernwood Publishing, 2007) 53; Nathalie Kermaal et Isabel Altamirano-Jimenez, *Living on the Land: Indigenous Women's Understanding of Place* (Edmonton, Athabasca University Press, 2016).

6 Val Napoleon, « Aboriginal Discourse: Gender, Identity and Community » dans Benjamin J Richardson, Shin Imai et Kent McNeil, dir, *Indigenous Peoples and the Law: Comparative and Critical Perspectives* (Oxford, R-U, et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009) 233 à la p 241

7 Sharon Venne, « Understanding Treaty 6: An Indigenous Perspective » dans Michael Asch, dir, *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equity, and Respect for Difference* (Vancouver, UBC Press, 1997) 173 à la p 191.

8 Brenda Macdougall, *One of the Family: Metis Culture in Nineteenth-century Northwestern Saskatchewan* (Vancouver, UBC Press, 2010) aux pp 344-45.

9 *Ibid* à la p 343.

10 *Ibid*.

11 CRPA, *supra* note 4 à la p 31.

valorisés les uns que les autres. Même si le colonialisme a pu perturber les rouages internes de certaines communautés autochtones, les femmes autochtones continuent de jouer un rôle clé au sein de leurs sociétés.

En raison de leurs attributions différentes, les femmes autochtones ont des connaissances différentes, quant aux lois autochtones entre autres : « Cela signifie que la majeure partie des connaissances des femmes à l'égard des terres et des ressources ne sont pas encore reconnues sur les plans politique et juridique. Vu que, souvent, hommes et femmes ont acquis des connaissances traditionnelles différentes relativement aux ressources naturelles (habitat, protection, gestion, utilisation, stockage et transformation), le bagage de connaissances des femmes risque de disparaître, et il disparaîtra effectivement si rien n'est fait. Ce bagage englobe notamment des questions liées à l'accès aux ressources naturelles, à leur contrôle et à leur utilisation, trois éléments à la base du droit autochtone. Sans l'inclusion réfléchie et délibérée des femmes autochtones, le discours autochtone continuera d'être pauvre, incomplet et, partant, profondément déficient » [notre traduction]¹².

Les chercheurs l'ont signalé : les droits des femmes autochtones n'ont jamais été inclus dans les programmes d'action politiques et juridiques. Selon Rauna Kuokkanen : « Les droits des femmes autochtones restent un aspect controversé et souvent négligé, sur la scène internationale et à l'échelle locale » [notre traduction]¹³. Ce défaut d'examiner et d'intégrer les questions liées aux femmes ainsi que celui d'effectuer une analyse sexospécifique perdurent dans les ouvrages actuels sur les droits autochtones¹⁴. Nathalie Kermoal et Isabel Altamirano-Jimenez soulignent que « le fait d'écarter les mécanismes d'acquisition de connaissances propres aux femmes correspond à un déni du fait que ces dernières sont des sources actives de connaissance qui participent à des processus communautaires et socio-environnementaux complexes » [notre traduction]¹⁵. Nous examinerons donc le bien-fondé d'une prise en compte de la situation propre aux femmes dans le cadre de la mise en application de la DNUDPA au Canada.

Mouvements de défense des droits autochtones et DNUDPA

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA) fait peu mention des femmes, et les quelques cas où elle le fait ont entraînés des critiques sur les lacunes de son approche. Par exemple, l'article 21 de cette déclaration, qui protège le droit à l'amélioration de la situation économique et sociale, oblige les États à prendre des mesures en accordant une attention particulière aux besoins des femmes autochtones. Ces dernières sont mentionnées aussi au paragraphe 22(2) de la DNUDPA, qui enjoint les États à prendre des mesures pour protéger les femmes autochtones contre la violence.

Malgré cette approche lacunaire, nous avançons qu'il faut davantage tenir compte de l'obligation des États d'accorder une attention particulière aux besoins des femmes autochtones dans la mise en œuvre de la DNUDPA¹⁶. En outre, l'article 44 de la DNUDPA précise que tous les droits reconnus dans cette dernière sont garantis de la même façon à tous les Autochtones, hommes et femmes. Il importe donc que, quand ils mettent la DNUDPA en application, les États prennent en considération les enjeux touchant précisément les femmes. Cependant, nous estimons nécessaire une telle analyse sexospécifique pas seulement en raison des besoins particuliers des femmes autochtones, mais aussi

12 Napoleon, *supra* note 6 à la p 243.

13 Rauna Kuokkanen, « Self-Determination and Indigenous Women's Rights at the Intersection of International Human Rights » (2012) 34 Hum Rts Q 225 à la p 231.

14 Napoleon, *supra* note 6 à la p 235.

15 Kermoal et Altamirano-Jimenez, *supra* note 5 à la p 4.

16 DNUDPA, *supra* note 1, art 22.

parce que ces dernières ont des connaissances particulières dont profitent les nations et les lois autochtones, et que ces connaissances doivent être reconnues et protégées.

Quand les auteurs abordent la situation des femmes autochtones, ils mettent généralement l'accent sur les situations de violence vécues par celles-ci. Trop souvent, ils dépeignent les femmes autochtones comme des victimes ayant besoin d'une aide particulière, ce qui perpétue le modèle lacunaire selon lequel ces femmes sont considérées incapables de s'aider elles-mêmes et dépendantes de l'intervention de l'État. Toutefois, cette façon de voir ne favorise aucunement l'agentivité (ou la capacité d'agir) des femmes autochtones et passe sous silence le fait que le problème découle des répercussions sexistes du colonialisme. Qui plus est, elle ne permet pas de s'attaquer à tout l'éventail des atteintes portées aux droits des femmes autochtones :

Quand les femmes autochtones sont exclues de leur communauté ou y sont marginalisées ou bien que le droit d'en faire partie leur est refusé, leurs droits civils et politiques sont bafoués. Leurs droits économiques et sociaux sont également violés par les effets conjugués du racisme, du sexisme, de la pauvreté et de la discrimination, situation qui restreint leurs possibilités d'emploi ainsi que leur accès aux soins de santé et aux services sociaux. Elles vivent des attaques contre leur intégrité personnelle et leur dignité humaine à cause de formes parfois extrêmes de violence physique et sexuelle. En ne reconnaissant pas que les droits des femmes autochtones sont brimés, non seulement parce qu'elles sont Autochtones mais aussi parce qu'elles sont des femmes, nous échouons à promouvoir et à protéger les droits autochtones en général [notre traduction]¹⁷.

Comme le processus de colonisation au Canada a donné lieu à des attaques contre les femmes, y compris avec l'édiction de diverses dispositions de la *Loi sur les indiens* retirant aux femmes autochtones des pouvoirs et le droit de représentation (p. ex. l'interdiction qui leur était faite de voter ou de se présenter aux élections des conseils de bande ainsi que les articles qui ont déchu de leur statut bien des femmes autochtones et leur descendance), il est nécessaire d'analyser les impacts sur les femmes afin que la mise en application de la DNUDPA puisse remédier à ces dommages causés par la colonisation. L'adoption d'une approche fondée sur le vécu particulier des femmes est capitale, surtout pour mettre au jour les structures de pouvoir qui créent un accès hiérarchisé et différencié selon le genre aux ressources, au droit de représentation, à l'influence politique et à la capacité de faire entendre sa voix dans les sociétés autochtones¹⁸.

Malgré la reconnaissance des conséquences différentes de la colonisation sur les femmes, ni les mouvements de défense des droits autochtones ni les mouvements pour les droits des femmes ne sont parvenus à régler les enjeux concernant les femmes autochtones et leur participation à la vie collective : « Les revendications des uns comme des autres obligent souvent les femmes autochtones à faire des compromis (en tant que femmes ou membres d'un peuple autochtone) au lieu de permettre l'instauration des structures multidimensionnelles plus complètes réclamées par les femmes autochtones » [notre traduction]¹⁹.

À mesure qu'avancent les efforts en vue de la mise en application de la DNUDPA, il convient de reconnaître le vécu différent des femmes autochtones au chapitre des atteintes aux droits de la personne (y compris la discrimination fondée à la fois sur la race, le genre, la capacité et la sexualité, qui mine

¹⁷ Kuokkanen, *supra* note 13 à la p 249.

¹⁸ *Ibid* à la p 226.

¹⁹ Laura Parisi et Jeff Corntassel, « In Pursuit of Self-determination: Indigenous Women's Challenges to Traditional Diplomatic Spaces » (2007) 13:3 *Can Foreign Pol'y* 81 à la p 81.

aussi bien leurs droits individuels que leurs droits collectifs) et d'en tenir compte²⁰. La pollution causée par les gros projets d'extraction de ressources offre un exemple d'atteinte particulière aux droits des femmes autochtones, car non seulement elle restreint l'accès aux terres traditionnelles et l'exercice d'un contrôle sur ces terres par les Autochtones, mais elle peut aussi compromettre la capacité des femmes de prendre soin de leurs enfants et de leurs familles à cause des problèmes de santé qu'elle engendre, de la contamination d'éléments naturels, du déplacement de collectivités et de la violence accrue²¹.

Pour la suite des choses

Il faut maintenant de se pencher sur certaines questions fondamentales et reconnaître, entre autres, que la mise en application de la DNUDPA doit tenir compte de la situation particulière des femmes autochtones afin de garantir la protection de leurs droits. Cela suppose de comprendre comment les femmes autochtones vivent les atteintes à leurs droits, celles qui découlent de l'action de l'État comme celles infligées au sein de leurs propres nations et communautés. Peu importe que l'oppression subie par les femmes autochtones soit le fruit du processus de colonisation ou ait existé avant l'arrivée des Européens, le déséquilibre entre les hommes et les femmes est présent dans les communautés autochtones aujourd'hui et doit être éliminé²².

S'il est vrai que l'analyse sexospécifique des répercussions de la DNUDPA vise notamment à protéger et à faire respecter les rôles des femmes au sein des sociétés autochtones, il importe également de ne pas idéaliser les traditions. Il pourra donc être nécessaire de contrer le fondamentalisme, surtout quand l'invocation des traditions vise « à museler les multiples vérités, expériences et connaissances » [notre traduction]²³. Rebecca Tsosie pose en effet les questions suivantes : « Une impression se dégage manifestement de la DNUDPA, suivant laquelle les peuples autochtones devraient jouir du droit de pratiquer et de revitaliser leurs traditions et coutumes culturelles. Mais qu'arrive-t-il si ces coutumes et traditions ont un effet préjudiciable sur les femmes? Ou si elles sont jugées discriminatoires envers les femmes autochtones? C'est bien connu : les structures traditionnelles de gouvernance qui existent dans certaines bandes ne permettent pas la participation directe des femmes. Dans certains cas, les principes d'appartenance à la nation peuvent établir une distinction selon le sexe » [notre traduction]²⁴.

Dans notre analyse de la situation propre aux femmes, il faut s'inspirer des notions autochtones en matière de genre. Tracey Lindberg offre un exemple de ces notions : « Il se peut que nos langues fassent rarement une distinction en fonction du genre ou du sexe parce que nous sommes censés appartenir à un seul. Dans la langue crie, nous sommes *Neheyiwak*, des personnes. En tant qu'*Iskwew* (femmes), nous possédons nos propres histoires, cérémonies, danses et traditions, mais les *Iskwew* ne constituent pas un sous-segment des *Neheyiwak* — nous sommes le peuple, et notre qualité de femme est notre obligation et notre don. Cette démarcation en fonction du genre, comme je l'ai mentionné, n'est pas claire, car elle suit un tracé tortueux ou devient invisible selon les gens qui nous côtoient, selon la tâche qui nous occupe sur le moment et selon le moment où nous nous y consacrons » [notre traduction]²⁵.

Il importe donc de ne pas oublier, dans le cadre de la mise en application de la DNUDPA, que les droits humains sont indivisibles, interdépendants et interreliés. Les droits des femmes autochtones

20 Mairin Iwanka Raya, « Indigenous Women Stand Against Violence: A Companion Report to the United Nations Secretary-General's Study on Violence Against Women » (document présenté aux Nations Unies le 16 octobre 2006) à la p 8.

21 Kuokkanen, *supra* note 13 aux pp 231-232.

22 Emily Snyder, « Indigenous Feminist Legal Theory » (2014) 26 CJWL 365 à la p 367.

23 *Ibid* à la p 368.

24 Tsosie, *supra* note 2 à la p 217.

25 Tracey Lindberg, « Not My Sister: What Feminists Can Learn about Sisterhood from Indigenous Women » (2004) 16 CJWL 342 à la p 351.

ne peuvent pas être respectés si certains droits ont préséance sur d'autres. Par exemple, il ne faut pas prioriser l'autonomie gouvernementale et les droits territoriaux au détriment des droits à l'eau potable, au logement, aux soins de santé et à l'élimination de la violence. Il n'existe pas d'ordre hiérarchique dans le spectre des droits de la personne, et le déni d'un droit a une incidence sur d'autres droits. Le caractère interrelié des droits revêt une importance particulière pour les femmes autochtones. Il signifie qu'il est primordial d'inclure ces dernières au moment de structurer les processus visant à mettre en œuvre les droits des peuples autochtones de participer à la prise de décisions — notamment l'obligation d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. L'inclusion des femmes autochtones offre l'occasion non seulement d'évaluer l'ensemble des conséquences d'une mesure proposée, mais aussi de profiter des connaissances de ces femmes. Si l'on tient compte de ces dernières et puise dans leur bagage de connaissances dans le cadre de la mise en application de la DNUDPA, les données dont on dispose pourront être élargies, car les moyens par lesquels les femmes autochtones ont accumulé leurs connaissances ont été façonnés par leur vie et leur expérience commune du racisme et du colonialisme de même que par leur vécu en tant que leaders, mères, sœurs et grands-mères, et ce dernier facteur pourrait être occulté autrement²⁶. C'est la reconnaissance du fait que « l'expérience des femmes autochtones joue un rôle indissociable du processus de décolonisation et de l'acquisition des connaissances » [notre traduction]²⁷ qui permettra de veiller à ce que les femmes autochtones tirent avantage tout autant que les hommes de l'application de la DNUDPA.

Conclusion

Étant donné que le processus de colonisation a pris un visage différent pour les femmes autochtones et que celles-ci continuent de subir des atteintes à leurs droits en raison de leur sexe, il est vital que la mise en application de la DNUDPA comporte une analyse de ses répercussions sur les femmes, de manière à ce que tous les Autochtones, hommes et femmes, en retirent tous et de façon équitable des bénéfices.

Pour que se réalise cet objectif d'équité hommes-femmes dans la mise en œuvre de la DNUDPA, les gouvernements doivent consulter directement les titulaires des droits, dont les femmes autochtones, afin de s'assurer que leurs droits, connaissances et rôles sont pris en considération de manière particulière. Il ne faut donc pas se limiter aux organisations autochtones nationales (l'Assemblée des Premières Nations, Inuit Tapiriit Kanatami, le Ralliement national des Métis, l'Association des femmes autochtones du Canada et le Congrès des Peuples Autochtones), ni même non plus, peut-être, aux organisations politiques ou territoriales comme Chiefs of Ontario, l'Assembly of Manitoba Chiefs, la Federation of Sovereign Indigenous Nations, par exemple. En effet, ces diverses entités politiques ont une expertise considérable en matière d'enjeux touchant les femmes autochtones et d'atteintes particulières à leurs droits, mais il faut que la négociation des droits s'effectue directement avec celles qui en sont titulaires. Cette démarche auprès des personnes investies de ces droits, y compris celles qui possèdent les connaissances traditionnelles, assurera la protection des droits et des connaissances des femmes autochtones. De plus, bien des négociations exigeront un engagement à un niveau très local à l'égard des enjeux particuliers, à moins que les femmes délèguent expressément leur pouvoir de négociation à des organisations politiques.

Une analyse des impacts particuliers de la DNUDPA sur les femmes obligera aussi le groupe de travail chargé d'examiner les lois et politiques canadiennes à procéder à une étude sexospécifique des instruments en vigueur à ce chapitre. Il pourra ainsi déterminer l'incidence différente qu'ont ces lois et politiques sur les hommes et sur les femmes. Mentionnons qu'il ne doit pas se limiter aux politiques dirigées à l'évidence contre les femmes (p, ex., les articles de la *Loi sur les Indiens* qui ont fait perdre

²⁶ Kermoal et Altamirano-Jimenez, *supra* note 5 à la p 9.

²⁷ *Ibid* à la p 4.

leur statut aux femmes autochtones ayant épousé des hommes qui n'avaient pas le statut d'Indiens inscrits). En effet, certaines lois générales, notamment en matière d'environnement, n'ont peut-être pas non plus les mêmes incidences sur les femmes que sur les hommes autochtones.

Dans le cadre d'une analyse sexospécifique, les droits économiques, sociaux et culturels doivent avoir la même priorité que les droits civils et politiques²⁸. Le Canada doit donc cesser de qualifier l'éducation, le logement social et les soins de santé, entre autres, de questions relevant des politiques publiques; il doit les assimiler à des questions de droits. Par exemple, l'absence de logements abordables a contribué à une hausse du taux de prise en charge d'enfants par l'État (souvent perçue comme une autre forme de violence)²⁹. D'autres politiques gouvernementales, dont les programmes de stérilisation forcée et le placement d'enfants sans le consentement des parents, ont eu des effets négatifs sur les femmes autochtones³⁰. Pour que la mise en application de la DNUDPA tienne compte de la situation propre aux femmes, le Canada devra s'assurer que les autres instruments qui protègent les droits des femmes autochtones, comme le *Pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels*³¹ sont en tous points respectés.

En dernier lieu, il sera important — dans l'optique d'une approche tenant compte des femmes autochtones pour la mise en application de la DNUDPA — de continuer à interpréter cette déclaration à la lumière d'autres textes internationaux relatifs aux droits de la personne (et en conformité avec eux). Outre l'évidente *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*³², il ne faudra pas oublier les autres, dont la *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence faite aux femmes*³³.

28 Sarah Morales, « How can Canada's economic, cultural and social human rights obligations inform the National Inquiry? » [Document présenté au symposium intitulé « Planning for Change: Towards a National Inquiry and an Effective National Action Plan », qui portait sur les meurtres et les disparitions de femmes et de filles autochtones, Ottawa, 31 janvier 2016] [non publié]. Exemplaire disponible auprès de l'auteure.

29 M Celeste McKay et Craig Benjamin, « A Vision for Fulfilling the Indivisible Rights of Indigenous Women » dans Jackie Hartley, Paul Joffe & Jennifer Preston, dir, *Realizing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Triumph, Hope and Action* (Saskatoon, Purich Publishing, 2010) 156 à la p 167.

30 Voir Yvonne Boyer, « First Nations, Métis and Inuit Women's Health » (2006), National Aboriginal Health Organization (Organisation nationale de la santé autochtone), série de documents de discussion, dans *Aboriginal Health: Legal Issues No 4*.

31 *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3, 6 ILM 360 (entré en vigueur le 3 janvier 1976).

32 *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 RTNU 3 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981).

33 *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence faite aux femmes*, 9 juin 1994, Doc off OEA A-61 (entrée en vigueur le 5 mars 1995).

À propos de l'auteure

Brenda L. Gunn est associée au sein du Programme de recherche en droit international (PRDI) du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI). À ce titre, elle explore les approches comparatives et les pratiques exemplaires liées à la mise en application de la DNUDPA à l'échelle internationale. Dans le cadre de son travail pour le CIGI, Brenda consulte les peuples autochtones sur ce sujet grâce à des ateliers, des conférences et d'autres tribunes.

Brenda est également professeure agrégée à l'école de droit Robson Hall de l'Université du Manitoba, où elle enseigne le droit constitutionnel et le droit international ainsi que la défense des droits des peuples autochtones en droit international. Auparavant, elle a travaillé pour une clinique juridique communautaire à Rabinal, au Guatemala, dans un dossier de génocide présenté à la Commission interaméricaine des droits de la personne. Brenda a aussi œuvré auprès de Premières Nations relativement à des questions portant sur les droits ancestraux et les droits issus de traités au Manitoba. Elle a fourni une aide technique au Mécanisme d'experts des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones pour son analyse, puis pour la rédaction de son rapport, où sont résumées les réponses à un sondage sur la mise en application de la DNUDPA.

Fière femme métisse, Brenda Gunn conjugue sa recherche et son action militante. Elle a bâti sa réputation avec la rédaction d'un manuel devenu incontournable au Canada pour qui veut comprendre la DNUDPA et sa mise en œuvre. Titulaire d'un baccalauréat ès arts de l'Université du Manitoba et d'un J.D. de l'Université de Toronto, Brenda a fait une maîtrise en droit (avec spécialisation en lois et politiques autochtones) à l'Université de l'Arizona. Mentionnons qu'elle est inscrite aux barreaux de l'Ontario et du Manitoba.

Partie II

Sous l'angle du droit autochtone



Vers une définition de la réconciliation au Canada

Incidence sur les négociations liées aux protocoles d'entente de réconciliation entre Métis et Couronne



Larry Chartrand

Introduction

Le présent article vise avant tout à déterminer le sens donné à la réconciliation dans les récents protocoles d'entente (PE) conclus par les Métis et la Couronne canadienne au sujet de la réconciliation, et à le comparer au sens que lui confèrent la Commission de vérité et réconciliation (CVR) et les ententes de réconciliation afférentes, ainsi que les décisions des tribunaux¹. Cette comparaison suppose nécessairement de saisir comment

¹ Il existe trois ententes similaires intervenues entre le Canada et, respectivement, la Métis Nation of Ontario, la Métis Nation of Alberta et la Manitoba Metis Federation. Voir *Protocole d'entente en vue de favoriser la réconciliation*, Manitoba Metis Federation et Canada, 27 mai 2016, en ligne : <www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1467055681745/1539711559006>; *Protocole d'entente en vue de favoriser la réconciliation*, Nation métisse de l'Ontario et Canada, 3 février 2017, en ligne : <www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1500480929912/1539788641591>; *Protocole d'entente en vue de favoriser la réconciliation*, Nation métisse de l'Alberta et Canada, 30 janvier 2017, en ligne : <www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1500571091177/1529428777989>. Ces protocoles devraient déboucher sur des ententes et sont conformes à l'accord intervenu entre le Canada et le Ralliement national des Métis ainsi que ses organisations provinciales affiliées. Voir *Accord Canada-Nation métisse*, Canada et Ralliement national des Métis, 13 avril 2017, en ligne : <<https://pm.gc.ca/fra/accord-canada-nation-metisse>>.

les tribunaux et la CVR définissent la réconciliation. Selon nous, il est évident que les juges lui attribuent une signification étroite et édulcorée fondée sur la doctrine constitutionnelle qu'ils appliquent dans leur interprétation de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*². Or, cette signification diffère grandement de l'approche adoptée par la CVR, surtout, en grande partie parce que la CVR fait reposer la réconciliation sur l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (la DNUDPA)³. Les principes en matière de droits de la personne qui sous-tendent cet instrument international possèdent une portée éminemment plus large et vigoureuse que les règles juridiques canadiennes actuelles relatives aux droits ancestraux des Autochtones.

À partir d'une comparaison de la réconciliation selon la CVR et la DNUDPA, d'une part, et, d'autre part, l'interprétation qu'en font les tribunaux, nous aborderons plus précisément les préoccupations suscitées par les ententes de « réconciliation » entre des Métis et la Couronne canadienne. Fait sans doute surprenant, il est maintenant clair que ces ententes s'appuient essentiellement sur l'approche doctrinaire restreinte de la réconciliation et non pas sur la définition de la CVR ou de la DNUDPA. Après avoir démontré cela, grâce à une analyse surtout textuelle des ententes, nous soulevons des questions préliminaires en cherchant à savoir pourquoi des organisations métisses provinciales sont prêtes à se rallier à cette approche moins généreuse en matière de réconciliation⁴. Nous avançons certaines explications très hypothétiques et partielles — étant bien conscient de ne pas avoir fait d'étude approfondie à ce sujet. Tout d'abord, nous souhaitons simplement exprimer quelques interrogations. Puis, par des conseils stratégiques à l'intention des autorités et leaders métis et canadiens, nous exhortons les parties intéressées à utiliser la définition de la réconciliation issue de la CVR et de la DNUDPA comme principe directeur dans le cadre des ententes ou traités qui seront négociés à l'avenir par les Métis et le Canada. Sinon, on pourra dire que les intérêts des Métis font l'objet d'une atteinte grave et que leurs droits sont carrément violés.

Définitions divergentes de la réconciliation

Les juristes et les avocats assimilent souvent la « réconciliation » à la résolution fructueuse d'une revendication des droits énoncés à l'article 35. Rien de surprenant à cela, car la Cour suprême du Canada (CSC) a déclaré à maintes reprises que cette disposition visait la réconciliation en conciliant les droits ancestraux et la souveraineté de la Couronne britannique ou canadienne. Toutefois, c'est là une définition très restreinte de la « réconciliation » qui, de surcroît, ne concorde pas du tout avec le point de vue des juristes autochtones critiques ni avec le rapport de la CVR, qui donne à réconciliation un sens beaucoup plus profond et complexe.

Du point de vue de la CVR et des juristes autochtones critiques, la réconciliation ne peut pas se concrétiser par le simple règlement des revendications en fonction de la doctrine actuelle en matière de droits ancestraux, car cette doctrine a elle-même contribué largement à l'instauration d'une relation inéquitable et injuste. Par conséquent, il est impossible de réaliser la réconciliation en se fondant sur

2 *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), c 11. Le paragraphe 35(1) de cet instrument prévoit que : « Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ». Puis, le paragraphe 35(2) porte que « 'peuples autochtones du Canada' s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada ». Présumant que le lecteur connaît un peu l'histoire, l'identité et les revendications politiques des Métis, nous ne nous lancerons pas dans une description de qui sont les Métis. Pour s'informer sur les enjeux liés à l'identité et à la reconnaissance des Métis, voir Chris Anderson, *"Métis": Race, Recognition, and the Struggle for Indigenous Peoplehood* (Vancouver, UBC Press, 2014).

3 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, Doc off AGNU, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

4 L'objet des ententes ainsi que les intentions sous-jacentes sont décrits dans le préambule des protocoles en question et de l'accord national afférent ainsi que dans les diverses clauses faisant état des objectifs des parties.

des outils entachés de racisme et fondés sur la conviction que les Autochtones sont inférieurs et non civilisés⁵.

Ce qu'il faut, ce sont plutôt des outils où chacun est considéré avec respect et dignité et qui permettent de corriger les dommages causés antérieurement grâce à une véritable décolonisation, à la restitution des terres et à l'octroi de pouvoirs de gouvernance. La DNUDPA et les réformes constitutionnelles proposées par la CVR offrent les solutions fondées sur les droits de la personne qui sont nécessaires et devraient être mises en œuvre au lieu de la doctrine des droits ancestraux garantis à l'article 35, doctrine qui, selon un juriste, est « pourrie jusqu'à l'os » [notre traduction]⁶. Après tout, quand on évalue un par un les principes en matière de droits ancestraux qui ont été définis par les tribunaux canadiens et les normes minimales énoncées dans la DNUDPA, la faiblesse de l'interprétation judiciaire canadienne saute aux yeux.

Le tableau 1 présente une comparaison relative à l'autonomie gouvernementale, aux terres et ressources, et aux relations avec l'État⁷.

5 Robert Williams, *Like a Loaded Weapon: The Rehnquist Court, Indian Rights, and the Legal History of Racism in America* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 2005). Aux fins du présent article, les juristes autochtones qualifiés de « critiques » sont ceux selon qui l'ensemble de la doctrine des droits ancestraux et l'utilisation unilatérale de la common law (sans prise en compte des lois propres aux peuples autochtones) sont injustes et préjudiciables en soi. Ce ne sont pas les juristes non-Autochtones ni les juristes autochtones qui étudient simplement la doctrine et les réformes possibles afin de les comprendre, mais à l'intérieur des paramètres existants. Il est possible de distinguer ces auteurs en posant la question suivante : leurs travaux remettent-ils directement en question le statu quo (c'est-à-dire qu'ils préconisent un changement de paradigme dans les relations entre les Autochtones et le Canada) ou bien visent-ils à valider ou à légitimer indirectement la doctrine en question en faisant valoir qu'il faut la corriger en la rendant plus « équitable », plus logique ou plus claire? Est-ce qu'ils se prévalent de la doctrine ou la contestent directement en soulignant ses lacunes fondamentales et ses principes fondateurs racistes, comme la doctrine de la découverte ou celle de la souveraineté imposée?

6 Harry LaForme, « Section 25 of the Charter; Section 35 of the Constitution Act, 1982: Aboriginal and Treaty Rights; 30 Years of Recognition and Affirmation » dans Stéphane Beaulac et Errol Mendes, *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Fifth Edition + Charte canadienne des droits et libertés*, Cinquième Édition (Toronto, LexisNexis, 2013).

7 Voir également dans le présent recueil l'article de Gordon Christie, « Mise en application de la DNUDPA compte tenu du droit canadien et du droit autochtone : quels sont les défis? », qui adopte un angle différent pour comparer les droits énoncés dans la DNUDPA et les droits autochtones reconnus par la common law. Nous avons dressé, pour nos cours sur les droits ancestraux, un tableau comparatif dont l'idée vient des travaux du juge LaForme, *supra note 6*.

Tableau 1 : Comparaison entre la doctrine des droits ancestraux et les principes de la DNUDPA

Doctrine canadienne des droits ancestraux	DNUDPA
<p style="text-align: center;">Autonomie gouvernementale</p> <ul style="list-style-type: none"> → Les revendications relatives à l'autonomie gouvernementale sont traitées exactement de la même manière que les autres revendications fondées sur les droits ancestraux <i>sui generis</i>. → Les pouvoirs en matière de gouvernance doivent être prouvés individuellement (car la revendication d'un droit général à l'autonomie gouvernementale ne sera pas considérée par la CSC)⁸. → Les droits relatifs à un pouvoir de gouvernance propre aux Autochtones doivent avoir existé avant l'arrivée des Européens et subsister à l'heure actuelle. → Ces droits sont traités comme des droits individuels protégés par la <i>Charte</i> (et non pas comme les droits politiques d'une nation indépendante) et peuvent donc être restreints unilatéralement par les autorités fédérales ou provinciales si elles le justifient⁹. → En théorie, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale existe (même s'il n'a pas encore été reconnu par un tribunal canadien), mais il est interprété de façon très étroite et circonscrite par les autorités canadiennes. 	<p style="text-align: center;">Autonomie gouvernementale</p> <ul style="list-style-type: none"> → Préambule : « Affirmant que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples, tout en reconnaissant le droit de tous les peuples d'être différents, de s'estimer différents et d'être respectés en tant que tels. » → Article 3 : « Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. » → Article 4 : « Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes. » → Article 5 : « Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État. »
<p style="text-align: center;">Terres et ressources</p> <ul style="list-style-type: none"> → Même si le titre autochtone constitue un droit protégé <i>sui generis</i> à l'article 35, il est inférieur conceptuellement à un titre en fief simple et <i>ne fait que grever le droit de propriété acquis par la Couronne</i> au moyen de la doctrine de la découverte. En 1990, la CSC a affirmé qu'« on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté »¹⁰. → Le Parlement canadien garde la compétence et le pouvoir ultime, de sorte qu'il peut, malgré l'article 35, modifier l'exercice des droits des Autochtones sans leur consentement (bien que de façon plus limitée). → Les lois autochtones sont pertinentes seulement en tant qu'éléments de preuve possibles de l'occupation et ne sont pas considérées normatives ni de nature juridique. 	<p style="text-align: center;">Terres et ressources</p> <ul style="list-style-type: none"> → Paragraphe 26(1) : « Les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis. » → Paragraphe 26(2) : « Les peuples autochtones ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartiennent ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis. » → Paragraphe 26(3) : « Les États accordent reconnaissance et protection juridiques à ces terres, territoires et ressources. Cette reconnaissance se fait en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés. »

8 R c Pamajewon, [1996] 2 RCS 821, 1996 CanLII 161.

9 R c Sparrow, [1990] 1 RCS 1075 [Sparrow]; Delgamuukw c Colombie-Britannique, [1997] 3 RCS 1010 [Delgamuukw].

10 Sparrow, supra note 9.

Doctrines canadienne des droits ancestraux	DNUDPA
Relations avec l'État	Relations avec l'État
<p>→ Les droits ancestraux prouvés et confirmés à l'égard des terres et des ressources (ainsi que, théoriquement, en matière d'autonomie gouvernementale) peuvent être brimés par le gouvernement fédéral et les provinces à la condition que la Couronne puisse montrer qu'elle a procédé à des consultations véritables auprès du titulaire des droits. C'est seulement dans des cas extrêmes que le consentement est requis (aucun tribunal n'a encore rendu ce consentement obligatoire au Canada)¹¹.</p> <p>→ Si les droits sont revendiqués mais pas encore prouvés, la Couronne n'a que l'obligation de consulter et, dans certains cas, de procéder à des accommodements, mais aucune entente avec les Autochtones n'est nécessaire¹².</p>	<p>→ Article 19 : « Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés — par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives — avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. »</p>

Comme le montre la brève comparaison ci-dessus, une réconciliation conforme à l'interprétation qu'en fait l'article 35, comme on la définit actuellement, ne correspond pas à la réconciliation au sens de la DNUDPA. Beaucoup le savent : le gouvernement du Canada s'est fermement engagé à mettre en œuvre les appels à l'action de la CVR¹³, qui préconise entre autres l'adoption de la DNUDPA comme cadre pour la réconciliation au Canada¹⁴. Un vrai changement de paradigmes est-il en train de s'opérer ici? Le Canada est-il réellement engagé à l'égard de la DNUDPA? Un examen de certaines ententes de réconciliation importantes entre les Métis et le Canada, abordées ci-dessous, nous porte à douter sérieusement des déclarations canadiennes favorables.

Les Métis et la négociation de la réconciliation

La décision du Canada d'appuyer sans réserve la DNUDPA a suscité beaucoup d'optimisme et permis de croire que le statu quo serait enfin terminé, le Canada semblant avoir la volonté d'œuvrer pour réformer et changer la doctrine judiciaire des droits ancestraux afin de se conformer aux principes de la DNUDPA. Quand la ministre des Affaires autochtones et du Nord, Carolyn Bennett, a annoncé devant l'ONU l'adoption inconditionnelle de la DNUDPA par le Canada, elle a affirmé que le pays avait l'intention « rien de moins que d'adopter la DNUDPA et de la mettre en œuvre conformément à la Constitution canadienne » [notre traduction]¹⁵.

Nombreuses sont les inquiétudes exprimées soulignant que cette voie choisie pour mettre en œuvre la DNUDPA au Canada ne devrait pas donner grand-chose, vu que la Constitution canadienne, suivant son interprétation actuelle, est elle-même le plus gros obstacle à l'égalité entre les nations dont il est question. Le tableau qui suit met clairement en évidence cet obstacle, à savoir que la doctrine des droits ancestraux découle directement de l'article 35 de la Constitution canadienne et, au regard de chacun des principes énoncés dans la DNUDPA, cette doctrine, reprise par les tribunaux, semble offrir

11 Delgamuukw, *supra* note 9.

12 *Nation haïda c Colombie-Britannique*, [2004] RCS 511.

13 CVR, « Appels à l'action » (Winnipeg, CVR, 2015).

14 CVR, *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada, Pensionnats du Canada: La réconciliation*, vol 6 (Montréal, Qc, et Kingston, Ont., Presses universitaires McGill-Queen's, 2015).

15 Carolyn Bennett, « Announcement of Canada's Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » (allocution prononcée devant l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, New York, 10 mai 2016), en ligne : <www.Métisnation.ca/wp-content/uploads/2016/05/Speech-Minister-Bennett-UNPFII-NEW-YORK-MAY-10-FINAL.pdf>.

une protection bien édulcorée. Un examen des récentes ententes de « réconciliation » conclues avec les Métis paraît confirmer la pertinence de ces préoccupations.

Quand nous avons passé en revue les ententes signées par les représentants politiques des principaux regroupements métis et la Couronne fédérale, notamment le récent Protocole d'entente en vue de favoriser la réconciliation entre la Métis Nation of Alberta et la Couronne fédérale, il nous a semblé que les autorités politiques métisses avaient aveuglément accepté une définition étriquée de la réconciliation.

L'absence de toute mention de la DNUDPA (ou même de la CVR), aussi bien dans le préambule du protocole d'entente susmentionné que dans ses dispositions de fond, est très éloquente en soi. Toutefois, il faut être honnête et préciser que l'idée de la réconciliation est quand même évoquée, car le titre de chaque protocole mentionne qu'il vise à « favoriser la réconciliation ». En outre, les trois protocoles d'ententes entre Métis et Couronne affirment en préambule que le Canada est résolu à faire progresser la réconciliation et la relation de nation à nation. Toutefois, il ne semble pas s'agir, pour les rédacteurs des protocoles, de « réconciliation » au sens où l'entendent la DNUDPA ou la CVR. Les protocoles précisent plutôt que l'article 35 de la Constitution canadienne établit les objectifs de la réconciliation. De fait, les mentions de cet article dans les préambules abondent et, dans une disposition, la réconciliation est présentée comme le concept issu de l'article 35 quand des droits ancestraux sont revendiqués. Autrement dit, ces protocoles d'entente semblent être fondés sur l'interprétation judiciaire de la réconciliation qui a été constamment critiquée par bon nombre d'experts et de chercheurs en droit parce qu'elle est trop étroite et se fonde sur l'infériorité présumée des peuples autochtones¹⁶.

Les ententes conclues entre les Métis et le Canada mettent en lumière l'idée que se fait le gouvernement de la réconciliation et semblent confirmer que les normes juridiques énoncées par la DNUDPA et par la CVR sont subordonnées à l'article 35 de la Constitution canadienne au lieu du contraire. Pour bien des gens, cette position s'écarte passablement des belles paroles du premier ministre canadien Justin Trudeau et des représentants fédéraux, selon qui le Canada a l'intention d'adopter la DNUDPA et de promouvoir la décolonisation.

Les mêmes belles paroles des représentants fédéraux se retrouvent dans un énoncé publié récemment et intitulé « Principes régissant la relation du Canada avec les peuples autochtones »¹⁷. Le gouvernement fédéral y parle d'un changement transformateur et de l'adoption de la DNUDPA. Or, quand on examine de près chacun des dix principes, on se rend compte qu'ils n'entraînent aucun changement sur le fond et qu'il s'agit en fait simplement de reformulations positives de la doctrine actuelle des droits ancestraux ou de la politique canadienne habituelle qui consiste à accorder l'autonomie gouvernementale par l'intermédiaire de traités : il n'y est pas envisagé de remettre en question la déclaration unilatérale de la souveraineté de la Couronne par le Canada ni la doctrine de la découverte qui sous-tend cette déclaration. On n'y met pas en doute non plus la capacité et le droit du Canada de porter atteinte unilatéralement aux droits ancestraux au nom des intérêts plus larges de la société canadienne¹⁸. À la lecture attentive de cet énoncé de principes, on constate que, selon le ministère de la Justice, la réconciliation correspond à la notion élaborée par les tribunaux à mesure qu'ils déterminaient l'objet

16 Les juristes en question comprennent Felix Hoehn, Sa'ke'j Henderson, John Borrows, le juge LaForme, Gordon Christie, Joshua Nichols, Kent McNeil, June McCue, Angela Cameron, Aimée Craft, Brenda Gunn, Sarah Morales, Grace Woo, Karen Drake, Robert Hamilton, D'Arcy Vermette, Darren O'Toole, Brad Morse et bien d'autres.

17 Ministère de la Justice du Canada, « Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones », en ligne : <www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/principes-principles.html>.

18 *Ibid*, le principe 7 précise ce qui suit : « Le gouvernement du Canada reconnaît qu'il est essentiel de respecter et de mettre en œuvre les droits et que chaque atteinte aux droits visés par l'article 35 doit, selon la loi, comporter des justifications de très haute importance, qui tiennent compte des perspectives autochtones et satisfont aux obligations fiduciaires de la Couronne ».

de l'article 35 de la Constitution canadienne, et qu'il est suffisant de veiller à ce que les droits garantis par cet article soient respectés¹⁹.

Accepter les demi-mesures ou pas?

Les commentaires formulés ici peuvent être jugés assez controversés, mais nous voulons simplement nous interroger tout haut sur la raison pour laquelle les représentants politiques métis acceptent une interprétation largement colonialiste de la réconciliation. Il semble y avoir plusieurs options et une nécessité de réagir avec force et de dénoncer toute confirmation de la doctrine canadienne des droits ancestraux dans la poursuite des discussions ou des négociations préalables aux ententes.

Ce qui est particulièrement troublant dans les protocoles d'ententes entre des Métis et le Canada, c'est que les leaders métis ne semblent pas s'être opposés à la définition limitée de la réconciliation qui s'en dégage. Nous n'avons trouvé aucun document indiquant des inquiétudes de leaders métis à l'égard de l'acceptation d'un processus où la réconciliation correspond autant à la définition étroite et colonialiste qui lui a été attribué par les tribunaux. On est en droit de se demander si ces leaders ne sont pas davantage intéressés à donner l'impression de faire avancer la reconnaissance des droits des Métis afin de soigner leur propre image politique, au lieu de s'assurer que les Métis qu'ils représentent profitent vraiment d'une interprétation rigoureuse et d'une vision décolonisée de la réconciliation²⁰. Ou est-ce plutôt que les négociateurs ou les conseillers juridiques des leaders métis ne servent pas bien les intérêts des Métis? Selon notre expérience personnelle, il arrive que les conseillers juridiques tiennent compte exclusivement des droits ancestraux tels que les colonisateurs les ont définis et que les intéressés acceptent ce cadre discriminatoire sans tenir compte de l'énorme quantité d'écrits critiquant cette vision.

Il est intéressant de comparer les ententes de Métis et d'autres accords intervenus entre les peuples autochtones et le Canada, par exemple le document signé par la Nation haïda et le Canada en 1993²¹. Dans cette entente, les parties conviennent de ne pas être d'accord au sujet des droits à la souveraineté de la Nation haïda relativement au territoire Gwaii Haanas, tout en élaborant une structure permettant une gestion en coopération des ressources naturelles de l'archipel. À l'article 1.1 de cette entente, les parties reconnaissent que leurs points de vue sur la souveraineté, le titre ou le droit de propriété relativement à l'archipel divergent²². Plus particulièrement, en ce qui concerne la Nation haïda, les parties affirment ce qui suit : « La nation haïda voit l'archipel comme une terre haïda, assujettie aux droits collectifs et individuels des citoyens haïdas, à la souveraineté des chefs héréditaires et à la compétence du Conseil de la nation haïda. La nation haïda possède ses terres et ses eaux en vertu du droit héréditaire, assujetti aux lois de la Constitution de la nation haïda et à la compétence législative de l'Assemblée législative haïda »²³.

19 On n'affirme pas expressément que l'autonomie gouvernementale des Autochtones constitue un droit. N'est pas non plus contestée la doctrine élaborée par les tribunaux, suivant laquelle les droits ancestraux sont définis en des termes racistes et leur définition se limite aux coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture propre aux peuples autochtones qui existaient avant l'arrivée des Européens et n'ont pas subi d'influence européenne. Voir *R c Van der Peet*, [1996] 4 CNLR 177 (CSC).

20 Des inquiétudes semblables ont été exprimées par des représentants de la British Columbia Métis Federation (BCMF), laquelle se compose de membres mécontents de la Métis Nation British Columbia (MNBC) et est affiliée au Ralliement national des Métis. Selon la BCMF, les décisions prises par la MNBC visent davantage à préserver le « statut » et à se prémunir contre toute perte. On peut donc se demander quelle est sa définition de la réconciliation, qui ressemble à une approche politique à somme nulle et à une lutte pour obtenir des ressources limitées et bénéficier de la « générosité » des gouvernements. Voir BCMF, « Métis Nation BC Builds Walls Instead of Bridges Between Métis » (29 janvier 2017), *BC Métis Federation News* (blogue).

21 *Entente Gwaii Haanas/Moresby-Sud*, conclue par le gouvernement du Canada et le Conseil de la nation haïda, 30 janvier 1993, en ligne : <www.pc.gc.ca/fr/pn-np/bc/gwaiihaanas/info/coop/~media/A98DBD956D91480C8F79A6474D28F731.ashx>.

22 *Ibid.*, art 1.1.

23 *Ibid.*

Par contre, le Canada adopte une position différente : « Le gouvernement du Canada considère que l'archipel est une terre de la Couronne assujettie à certains droits ou intérêts privés ainsi qu'à la souveraineté de Sa Majesté la Reine et à la compétence législative du Parlement du Canada et de l'Assemblée législative de la province de la Colombie-Britannique »²⁴.

Cet exemple sert à montrer qu'il est possible d'adopter une définition critique des droits ancestraux au Canada et d'affirmer autant la souveraineté que le statut de nation, même si le Canada n'est pas prêt à le faire. Contrairement aux protocoles d'entente signés par les Métis, un accord conclu plus récemment renferme des dispositions sur l'autonomie gouvernementale et la réconciliation entre une Première nation et la Couronne. Il s'agit de l'accord Nenqay Denis, intervenu entre la Couronne (la province de la Colombie-Britannique) et la nation Tsilhqot'in au sujet de la gestion des terres situées sur le territoire de la nation Tsilhqot'in²⁵. Fait important, l'accord reconnaît dans son préambule les principes de la DNUDPA et de la CVR relativement à la réconciliation. Si la situation diffère, c'est peut-être parce que les Tsilhqot'in possèdent un titre ancestral établi sur le territoire visé par l'accord, ce qui n'est pas encore le cas des Métis. Il reste toutefois que l'accord Nenqay mentionne le droit international et la DNUDPA comme fondements de la réconciliation et de la signature des parties.

Peut-être que les raisons invoquées ci-dessus pour expliquer l'insouciance des Métis sont tout à fait erronées et que les leaders métis n'ont simplement pas eu d'autre choix que d'accepter la démarche colonialiste. Les représentants fédéraux insistent-ils pour laisser entendre qu'ils n'iront pas plus loin? Le cas échéant, on est loin des belles déclarations politiques d'Ottawa. Est-ce l'approche du « à prendre ou à laisser » qui est appliquée par le Canada? Dans l'affirmative, comme les Métis se sont en général passé d'une pleine reconnaissance pendant si longtemps, les leaders métis ont peut-être jugé préférable d'accepter une reconnaissance limitée et étroite de leurs droits plutôt que de ne rien obtenir du tout. On doit cependant approfondir les recherches afin de savoir pourquoi les ententes conclues par les Premières nations diffèrent des ententes signées par les Métis.

Conclusion et recommandations stratégiques

Pour que l'article 35 de la Constitution canadienne, ainsi que l'application que lui donne la CSC, soit conforme à la DNUDPA, il faut que la CSC dénonce les principes qu'elle a établis par le passé relativement au titre ancestral, y compris les divers critères juridiques régissant la reconnaissance des droits ancestraux, puis qu'elle dénonce aussi les décisions qu'elle a elle-même rendues jusqu'à ce jour quant à la nature juridique des traités existants et des droits qui y sont énoncés. Vu que la doctrine actuellement en vigueur et les arrêts de la CSC sur la nature de ces droits constituent un précédent qui lie les juridictions inférieures, en raison du principe *stare decisis*, il sera très difficile pour le Parlement ou tout autre organe législatif de modifier cette doctrine constitutionnelle, surtout parce qu'elle offre aux gouvernements provinciaux et aux autorités fédérales un moyen de continuer d'interpréter leur relation avec les peuples autochtones en fonction des paramètres fixés par les tribunaux jusqu'ici. Aucune modification apportée par le Parlement n'influerait non plus sur la capacité constitutionnelle des provinces de limiter les droits ancestraux prouvés en respectant les critères des arrêts *Sparrow*²⁶ ou *Badger*²⁷, à moins que les dispositions fédérales ne précisent très clairement que les provinces ne peuvent pas invoquer les critères justificatifs décrits dans ces décisions.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Accord Nenqay Deni conclu par la Colombie-Britannique et la Nation Tsilhqot'in, 11 février 2016, en ligne : <www.tsilhqotin.ca/Portals/0/PDFs/Nenqay_Deni_Accord.pdf>.

²⁶ *Sparrow*, supra note 9.

²⁷ *R c Badger*, [1996] 1 RCS 771.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que la CSC n'est pas imperméable à l'évolution de la société et de ses valeurs, et qu'elle a déjà infirmé ses propres décisions ou modifié considérablement un précédent pour tenir compte de cette évolution. Depuis quelque temps, des arguments particulièrement convaincants sont avancés pour justifier un changement de position de la part de la CSC. Selon l'un des plus importants, la DNUDPA énonce les normes minimales à respecter en matière de droits de la personne dans le cadre des relations des États avec les peuples autochtones, et bon nombre de ces normes sont bafouées tous les jours à cause de la doctrine des droits ancestraux.

Le gouvernement fédéral peut quand même agir avec fermeté malgré la définition des droits ancestraux et issus de traités qui a été formulée par la CSC. Il peut édicter des lois qui confirment le sens donné par la DNUDPA aux droits des peuples autochtones. Ces lois seraient d'application obligatoire pour le gouvernement fédéral et d'autres entités, même si elles étaient beaucoup plus progressistes et riches que la doctrine judiciaire canadienne actuelle. Indépendamment des arrêts *Tsilhqot'in*²⁸ et *Grassy Narrows*²⁹, le Parlement canadien possède encore, en vertu du paragraphe 91(24) de la Constitution canadienne, la compétence exclusive pour assujettir les provinces à de telles lois fédérales³⁰. La doctrine de la prépondérance fédérale ferait en sorte que le texte fédéral ait préséance quand ce dernier et une loi provinciale entrent en conflit.

Fait important à souligner : le projet de loi C-262 vient de passer l'étape de la deuxième lecture à la Chambre des communes. Il vise à assurer la conformité du droit canadien avec les principes de la DNUDPA³¹ et exige que le gouvernement fédéral « en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, élabore et [mette] en œuvre un plan d'action national afin d'atteindre les objectifs énoncés dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* »³². Voilà qui semble très prometteur, mais est-il naïf de croire qu'un tel processus se traduira par l'intégration des principes de la DNUDPA au droit canadien? Après tout, le ministère de la Justice du Canada aurait pu facilement publier une déclaration sur la réconciliation qui reflète les principes et les droits énoncés dans la DNUDPA ou par la CVR. Toutefois, il a simplement reformulé (quoique de façon constructive) la doctrine colonialiste existante en matière de droits ancestraux, définie par la CSC.

Il y a un large fossé et une énorme incohérence entre la définition de la réconciliation en tant que mise en œuvre complète et respectueuse de la doctrine des droits ancestraux, et celle où la réconciliation est vue comme la mise en œuvre complète et respectueuse des principes de la DNUDPA. À ce jour, au-delà des belles paroles, peu de mesures concrètes ont été prises au Canada pour que la DNUDPA soit intégrée au droit. Cependant, d'autres pays ont déjà fait cette intégration³³.

28 *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, [2014] 2 RCS 256.

29 *Première nation de Grassy Narrows c Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, [2014] 2 RCS 447.

30 Nous avançons cet argument en hésitant, car nous avons déjà exprimé l'idée selon laquelle le paragraphe 91(24) de la Constitution devrait être assimilé à l'octroi non pas de pleins pouvoirs mais bien seulement d'un pouvoir restreint de négociation. Voir Larry Chartrand, « The Failure of the Daniels Case: Blindly Entrenching a Colonial Legacy » (2013) 50:1 *Alta L Rev* 181.

31 PL C-262, *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1^{er} sess, 42^e parl, 2016 (adopté par la Chambre des communes le 30 mai 2018), en ligne : <www.parl.ca/DocumentViewer/fr/42-1/projetLoi/C-262/premiere-lecture>.

32 *Ibid*, art 5.

33 Les Philippines, par exemple, ont adopté une loi nationale équivalente à la DNUDPA et qui, à certains égards, élargit les garanties énoncées dans ce document international. Voir WIPO, Philippines, *The Indigenous Peoples Rights Act of 1997*, Republic Act No 8371, en ligne : <www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=225130>. Il ne faut pas oublier que, si l'édiction de textes législatifs protégeant des droits de la personne doit être saluée, il importe aussi que l'État mette en œuvre les principes et les droits protégés par le législateur dans ces textes, ce qui n'est pas automatique. L'expérience philippine montre que la reconnaissance reste largement vide de sens à moins d'être suivie par une application réelle sur le terrain. Bien que les droits reconnus au Canada par la doctrine canadienne des droits ancestraux soient moins généreux, ils sont beaucoup plus facilement mis en œuvre étant donné la valeur accordée au Canada à la primauté du droit par rapport aux Philippines.

Néanmoins, les organisations politiques métisses ne devraient pas se sentir liées par la définition actuelle de la réconciliation, que ce soit dans les ententes futures qu'elles signeront pour donner suite aux protocoles déjà signés, ou bien en dehors de ces protocoles. Les leaders métis doivent être beaucoup plus ouverts à prendre connaissance des écrits juridiques critiques entourant la doctrine des droits ancestraux afin de reconnaître l'importance de la DNUDPA et de comprendre pourquoi c'est elle qui devrait régir les négociations futures et non pas l'article 35 de la Constitution canadienne.

À propos de l'auteur

Larry Chartrand est directeur des activités de recherche au Native Law Centre. Actuellement en congé de son poste à la faculté de droit de l'Université d'Ottawa, il enseigne depuis 1994 à cet établissement, qui l'a fait professeur titulaire en 2013. Né dans les plaines de l'Ouest, c'est un fier membre de la nation métisse. Auparavant, il a été directeur du programme sur l'autonomie gouvernementale autochtone de l'Université de Winnipeg, conseiller métis auprès du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones et directeur du programme de droit autochtone à la faculté de droit de l'Université de l'Alberta.

En 2017, Larry a reçu la Médaille du Barreau de l'Ontario en reconnaissance de ses services exceptionnels, rendus conformément aux idéaux les plus élevés de la profession juridique.



Explorer notre lien sacré permanent et juridique avec *nibi* (l'eau)



Aimée Craft

« Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures. »

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, article 25

J'étais dans un bateau avec mon père et mon mishomis (grand-père) sur la rivière Winnipeg. Mon père était à la barre, et mon mishomis donnait des instructions, car il connaissait bien la rivière. À un moment donné, mon mishomis a indiqué un côté, et mon père a tourné dans cette direction. Nous avons frappé une roche et endommagé l'hélice du moteur. Plus tard, quand nous sommes arrivés à destination, mon père a demandé à mon mishomis « Pourquoi m'as-tu dirigé directement sur la roche? » Mon mishomis a répondu qu'il indiquait la roche mais que son rôle était d'avertir mon père des dangers, pas de lui dire comment y faire face. « Ton guide (maître) t'indiquera où se trouvent les écueils, mais ne te dira pas quoi faire. »

C'est tout à fait comme le droit anishnabe : un assemblage de principes transmis par le Créateur et façonné par notre environnement. Ce que nous choisissons d'en faire en tant qu'êtres humains dépend entièrement de nous, de notre volonté d'accomplir les desseins du Créateur et ceux de la création elle-même.¹

¹ Aimée Craft, « Anishinaabe Nibi Inaakonigewin Report » (Winnipeg, Centre for Human Rights Research, Public Interest Law Centre, 2014) [Craft, « Nibi »], en ligne : <https://create-h2o.ca/pages/annual_conference/presentations/2014/ANI_Gathering_Report_-_June24.pdf>.

Introduction

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (« DNUDPA »)², à son article 25, prévoit la protection des liens particuliers qu'entretiennent les peuples autochtones avec l'eau³. Elle réunit la notion des droits exécutoires sur le plan juridique ainsi que les énoncés juridiques relatifs aux responsabilités qui incombent aux Autochtones pour ce qui est d'agir, de protéger et de penser à l'avance aux générations futures. Il faut donc se poser la question suivante : comment faut-il donner effet à cette reconnaissance juridique internationale dans le contexte national canadien? Un des mécanismes possibles est une loi-cadre visant l'adoption et la mise en application la DNUDPA, tel que le propose le projet de loi C-262⁴. Toutefois, comme nous l'avancions plus loin, des raisons justifient l'adoption d'un cadre différent pour la mise en application de la DNUDPA au Canada, de manière à assurer la mise en œuvre les règles de droit autochtones, à la fois en tant que règles de droit et comme mécanisme de reconnaissance, comme origine des liens spirituels et comme source de responsabilités.

La lettre et l'esprit de l'article 25 sont profondément riches, pas au sens matériel du terme (rappelons que la richesse liées aux ressources est la préoccupation centrale de la Couronne à l'égard des dispositions de la DNUDPA relatives aux terres et territoires), mais plutôt en raison de la reconnaissance sous-jacente, dans cet article, des liens spirituels sacrés entre les peuples autochtones et diverses parties de la création (terres, territoires, eau et ressources). Ces liens sacrés avec la création existent depuis la nuit des temps et sont la principale source d'interprétation juridique et de constitutionnalisme autochtones dans toute l'« Île de la tortue » (l'Amérique du Nord pour les Autochtones de ce continent)⁵. Ainsi, l'article 25 de la DNUDPA peut être interprété comme une reconnaissance des traditions juridiques autochtones, à commencer par les sources sacrées du droit (lesquelles reposent sur les liens qui existent dans la création).

Dans son rapport final, la Commission de vérité et réconciliation du Canada (« CVR ») a adopté la DNUDPA comme cadre pour la réconciliation. D'après la CVR, la réconciliation consiste « à établir et à maintenir une relation de respect réciproque », ce qui à son tour entraîne la nécessité de « revitaliser le droit et les traditions juridiques autochtones »⁶. Donner effet à l'article 25 de la Déclaration exige un engagement sérieux à l'égard des traditions juridiques autochtones, selon les modalités et les mécanismes juridiques propres aux Autochtones.

Pour les besoins du présent document, l'accent est mis sur les répercussions de la DNUDPA dans le contexte des liens juridiques des Anishnabe avec l'eau. Bon nombre des notions et arguments présentés pourraient aussi s'appliquer aux situations et aux lois d'autres nations autochtones.

2 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, Doc off AGNU, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007), art 25.

3 Assemblée des Premières Nations, « The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: What It Says and What It Means for First Nations in Canada » aux pp 3-4, en ligne : <www.afn.ca/uploads/files/07-12-4_un_declaration_flyer_fe.pdf>. L'énoncé de politique ne fait aucune mention directe de l'eau. Cependant, les questions relatives à l'eau inquiètent les Autochtones canadiens depuis de nombreuses années, qu'il s'agisse de l'eau potable, de la navigation ou encore de l'exploitation de l'eau pour la production d'hydroélectricité, l'extraction de minerais ou la mise en valeur du pétrole ou bien du gaz.

4 *Projet de loi C-262, Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1^{re} sess, 42^e parl, 2016 (adopté par la Chambre des communes le 30 mai 2018), en ligne : <www.parl.ca/DocumentViewer/fr/42-1/projet-loi/C-262/troisieme-lecture>.

5 John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution* (Toronto, University of Toronto Press, 2010) aux pp 23-58.

6 CVR, *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada, Pensionnats du Canada : La réconciliation*, vol 6 (Montréal, Qc, et Kingston, Ont., Presses universitaires McGill-Queen's, 2015) aux pp 3, 13.

Aspect physique : droit « de conserver et de renforcer »

L'article 25 de la DNUDPA consacre le droit des Autochtones de conserver et de renforcer leurs liens spirituels distinctifs avec l'eau. À sa source, il s'agit de la reconnaissance d'un droit inhérent des peuples autochtones de gouverner en qualité de peuples jouissant du droit à l'autodétermination, conformément aux règles de droit autochtones. L'article 25 nous permet d'affirmer nos compétences juridiques autochtones sur les terres et les territoires, en fonction de nos propres principes et valeurs juridiques, et au moyen de nos propres mécanismes juridiques. Il nous permet d'écarter les approches juridictionnelles compartimentées (d'après lesquelles l'eau est une ressource qui peut être possédée, gérée et exploitée) au profit d'une relation juridique avec l'eau fondée sur la spiritualité.

Les droits de l'eau (qu'il s'agisse des plans d'eau, des voies navigables ou de la nature dans son ensemble) ou la personnalité juridique de l'eau, ou bien les deux, ont été reconnus dans divers contextes dans le monde. Cette reconnaissance englobe les lois, les décisions judiciaires (et les réclamations en instance) ainsi que les confirmations faites dans les constitutions. Partant fréquemment de la prémisse selon laquelle les Autochtones ont des liens sacrés et spirituels avec les terres et les eaux, et souvent fondée sur cette prémisse, la reconnaissance en question repose sur des mécanismes juridiques non autochtones qui sont tributaires d'une reconnaissance de l'État pour avoir plein effet.

Voici des exemples de cas où des droits relatifs aux eaux et aux terres ou encore leur personnalité juridique, ou les deux, ont été reconnus par des systèmes juridiques occidentaux :

- fleuve Whanganui (Nouvelle-Zélande, en maori « Aotearoa ») — loi du Parlement (2017);
- rivières Gange et Yamuna (Inde) — décision de la Haute Cour (2017);
- droits de la nature enchâssés dans la Constitution (Équateur) (2008);
- loi relative aux droits liés à la Terre mère (Bolivie) (2010);
- fleuve Atrato (Colombie) — Cour constitutionnelle (2016);
- fleuve Colorado — réclamation devant la Cour de district du Colorado (É.-U.) (automne 2017);
- Amazonie colombienne — Cour suprême de Colombie (janvier 2018).

Bien qu'utiles d'un point de vue pragmatique pour contester le contrôle de l'État sur les eaux, les mécanismes juridiques occidentaux peuvent se révéler moins efficaces à cet égard que les liens juridiques qui existent entre les peuples autochtones et l'eau. Le danger tient au fait que, en ayant recours à des mécanismes juridiques non autochtones pour confirmer et encadrer les liens sacrés, et ce, dans des langues autres qu'autochtones, on risque de perdre l'essence même du lien.

Beaucoup ont fait valoir que, si les entreprises commerciales peuvent avoir des droits à titre de personnes juridiques, il en va de même pour d'autres entités non humaines. Cependant, il faut faire une distinction entre les entreprises (en tant qu'êtres non vivants) et l'eau (en tant qu'être vivant avec lequel nous sommes en relation). Selon l'*inaakonigewin* (le droit anishnabe), l'eau est considérée comme un être vivant, doté d'un esprit. Ce n'est pas le cas en droit interne canadien, mais il est possible d'élargir ce dernier de façon à inclure des notions juridiques autochtones.

Il y a près d'un siècle, la question au cœur de l'affaire « personne » (officiellement l'affaire *Edwards c Canada (AG)*)⁷ était de déterminer si les femmes étaient des « personnes » en droit⁸. Selon le tribunal, la « doctrine de l'arbre » [notre traduction] s'applique à nos conceptions juridiques, qui évoluent et se transforment avec le temps. À mesure que nos valeurs sociales évoluent, nos conceptions juridiques doivent faire de même⁹. Nul n'a contesté, à la fin des années 1920, le fait que les femmes étaient des êtres humains au point de vue physique. Toutefois, la reconnaissance de leur statut de personnes en droit a nécessité un changement de points de vue en matière juridique, de manière à ce que les droits associés à la personnalité juridique soient reconnus aux femmes. On est maintenant sur le point de comprendre que l'eau elle-même est en vie, qu'elle est la vie, et qu'il s'agit d'une entité indépendante avec laquelle l'être humain est en relation¹⁰.

Si on lui donnait plein effet, l'article 25 de la DNUDPA étayerait la reconnaissance intégrale des mécanismes juridiques autochtones de conservation des liens spirituels avec l'eau. Dans le contexte de l'*inaakonigewin* selon la conception anishnabe, cela exigerait le soutien et la conservation de nos liens sacrés issus de traités avec *nibi*, avec des êtres aquatiques et avec l'ensemble de la création. Pour donner effet à nos liens juridiques et assumer nos responsabilités, nous devons nous définir nous-mêmes à l'aide du langage propre à notre droit et des notions pertinentes interprétées à la lumière des langues autochtones¹¹. Il s'agit d'une part essentielle des liens réciproques entre l'eau, les esprits, nous-mêmes et tous les autres êtres de la création. Toute déclaration en langue non autochtone et tout mécanisme législatif occidental employé auront comme conséquence de mettre en péril l'*inaakonigewin* anishnabe.

Aspect relationnel (*inendiwin*) : liens et responsabilités

Le *nibi inaakonigewin* (le droit de l'eau) anishnabe nous dit que l'eau est source de vie — *nibi onje biimaadiiwiwin*. Nous sommes nés de l'eau et sommes principalement composés d'eau. Non seulement l'eau donne et prend la vie, mais elle est aussi en soi un être vivant; son bien-être et celui qu'elle apporte aux autres êtres s'inscrivent dans un réseau plus vaste de liens ou relations.

Nos histoires sacrées relatives à la création nous enseignent l'*inaakonigewin*. Elles nous rappellent que, comme êtres humains, nous avons été les derniers à être mis sur terre et sommes les plus dépendants de tous les êtres de la création. En tant qu'êtres humains, nous dépendons d'un réseau complexe de relations pour bien vivre, pour vivre notre *mino-biimaadiiwiwin* (bien-être collectif). Grâce aux rapports qui régissent nos interactions avec les autres êtres, nous acquérons nos valeurs normatives et nos principes juridiques¹². Les liens qui nous unissent à la terre, à l'eau et aux autres êtres, de même que les uns aux autres, sont tous également sacrés¹³.

« Le Grand esprit nous a dit d'honorer toutes les formes de vie et de respecter l'ensemble de la création. Il nous a donné des lois qui régissent toutes nos relations, afin que nous vivions en harmonie avec la création

7 *Edwards c Canada (AG)*, [1929] UKPC 86; [1930] AC 124; 1929 CanLII 438 [Edwards], en ligne : <www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1929/1929_86.html>.

8 Tabitha Marshall et David A Cruickshank, *Affaire « personne »* (7 février 2006), en ligne : Historica Canada <www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/femmes-non-reconnues-civilement-affaire-des>.

9 *Edwards*, supra note 7.

10 Aimée Craft, « Giving and Receiving Life from Anishinaabe Nibi Inaakonigewin (Our Water Law) Research » dans Jocelyn Thorpe, Stephanie Rutherford et L Anders Sandberg, dir, *Methodological Challenges in Nature-Culture and Environmental History Research* (New York, Routledge, 2016) à la p 109 [Craft, « Life »].

11 Par exemple, mentionnons la conception de l'article 25 de la DNUDPA voulant que le droit des Autochtones sur les territoires qu'ils possèdent ou occupent traditionnellement découle de notions de common law selon lesquelles la compétence, comme la propriété, est fonction d'un usage constant ou continu des terres. Un Anishnabe pourrait parler des terres et des eaux en disant qu'il appartient à celles-ci ou a un lien de parenté avec elles; il ferait ainsi allusion au lieu d'où viennent sa famille et ses ancêtres, aux endroits où il a des liens et des responsabilités sacrés, à son lieu de naissance ou à l'endroit où son cordon ombilical est enterré.

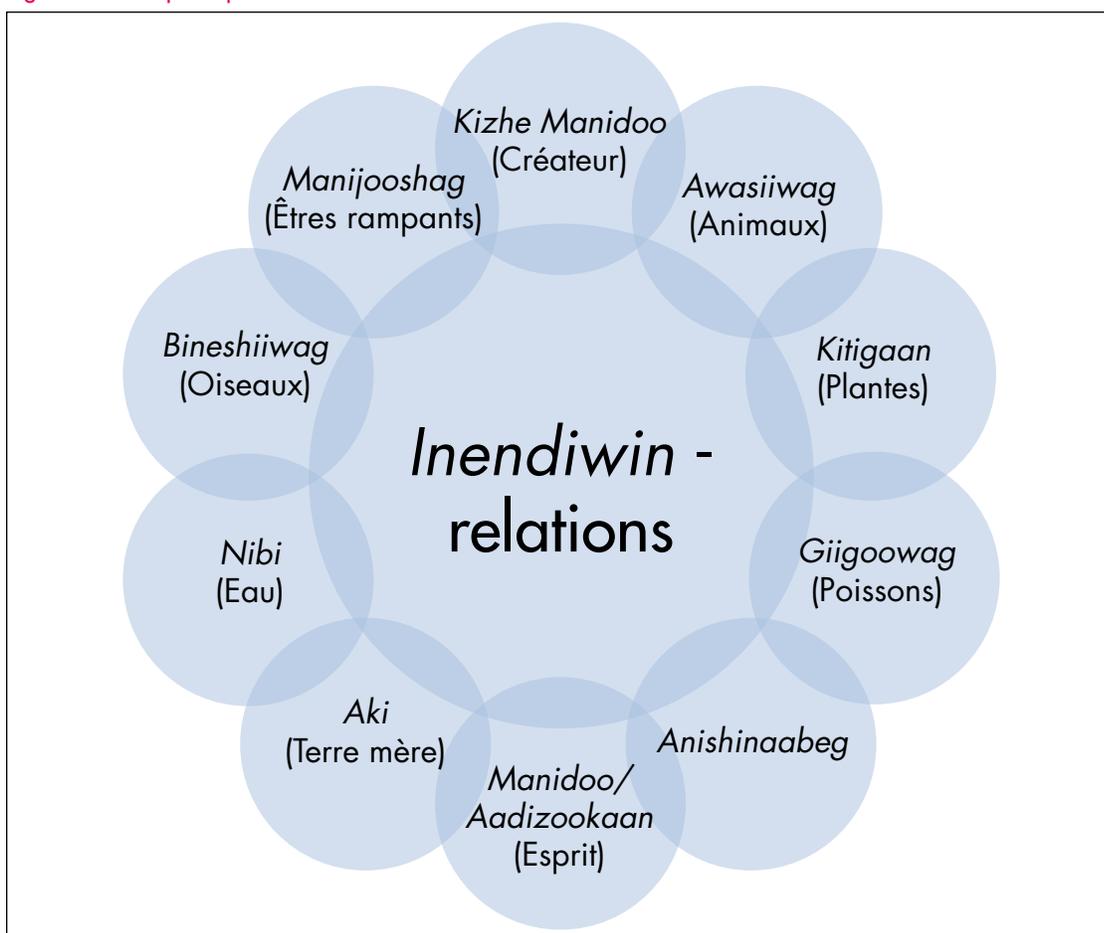
12 Craft, « Life », supra note 10 à la p 109.

13 Sean Wilson, *Research is Ceremony: Indigenous Research Methods* (Halifax et Winnipeg, Fernwood Publishing, 2008) à la p 87.

et avec l'humanité. Nous sommes spirituellement et culturellement obligés d'avoir à cœur le bien-être global de notre terre, de la création et des gens » [notre traduction]¹⁴.

Le droit anishnabe est centré sur les relations¹⁵. Ces relations sont les liens qui existent entre tous les êtres de la création, sous diverses formes et selon un système de réciprocité générale¹⁶. Le droit (*inaakonigewin*) anishnabe s'articule autour des relations, principalement de diverses responsabilités (plutôt que de façon binaire, selon des droits et des obligations). Dans certains cas, un être assume une responsabilité envers un autre, non parce qu'il existe une obligation correspondante à un droit, mais bien en raison de la responsabilité générale de prendre soin de cette relation, éventuellement en rapport avec une variété d'autres relations qui sont intrinsèquement liées. Ces liens juridiques comportent de nombreuses dimensions et reflètent la structure familiale. Par conséquent, en droit anishnabe, quand on examine les conséquences de ses actes, on n'envisage pas la situation sous l'angle de parties ayant un intérêt direct, mais plutôt selon les nombreuses combinaisons de relations au sein d'un réseau plus vaste de liens qui existent dans la création.

Figure 1 : Liens juridiques anishnabe¹⁷



14 Jim Dumont, « Seven Principles of Anishinaabe First Nationhood, Anishinaabe Izhichigaywin » dans Lea Foushee et Renee Gurneau, dir, *Sacred Water: Water for Life* (Lake Elmo, Minnesota, North American Water Office, 2010) à la p 15.

15 Craft, « Nibi », *supra* note 1 à la p 8.

16 Aimée Craft, *Breathing Life Into the Stone Fort Treaty* (Vancouver, UBC Press, 2013) à la p 71 [Craft, *Breathing Life*].

17 Nous remercions Sherry Copenace pour la révision de l'orthographe.

Source: Aimée Craft, « Neither Infringement nor Justification: The SCC's Mistaken Approach to Reconciliation », dans Brenda Gunn et Karen Drake, dir, *Renewing Relationships: Indigenous Peoples and Canada* (Saskatoon, Native Law Centre, Université de la Saskatchewan, à paraître en 2018; reproduit avec autorisation).

Les multiples relations liées à l'*inaakonigewin* ne se limitent pas à celles qui existent entre les gens. Les liens juridiques entre les êtres sont organisés en fonction de l'esprit. L'esprit et la vie existent au-delà des manifestations d'entités qui respirent et bien au-delà de la sphère humaine. Par exemple, les roches, les arbres et l'eau sont tous des êtres avec lesquels les Anishnabe entretiennent des liens juridiques. Pour les Anishnabe, les responsabilités ne se limitent pas aux relations humaines. Il faut rétablir l'équilibre par la reconnaissance des responsabilités envers la terre, l'eau et tous les autres êtres de la création avec lesquels nous sommes liés. « Quand nous parlons de nos relations, il s'agit avant tout des liens qui nous unissent les uns aux autres et de nos responsabilités en tant que peuple anishnabe parce qu'il s'agit de notre responsabilité première, celle envers nous-mêmes et envers nos nations. Puis, nous avons une autre responsabilité, car nous sommes aussi responsables de cette terre, notre terre, et de tous les membres de notre famille qui s'y trouvent » [notre traduction]¹⁸.

Dans d'autres systèmes juridiques, l'eau est vue comme un sujet ou un objet, souvent pour être possédée et utilisée. Selon l'*inaakonigewin*, *nibi* (l'eau) est une entité agissante dans le cadre d'une relation. L'*inaakonigewin* anishnabe ne fait pas de distinction nette entre la terre et l'eau. Les deux sont liées, et les compétences à leur égard sont complémentaires, se confondent et se chevauchent. Ainsi, nos récits sur la création nous apprennent que la terre est notre mère, et que les rivières sont ses veines. Tout cela compose un être doté d'esprit que nous considérons comme la mère originelle (conformément à nos histoires de la création). Notre lien avec elle constitue le fondement de notre relation avec l'ensemble de la création. Les plans d'eau et les voies navigables sont également des entités indépendantes dont des esprits prennent soins, et ces esprits sont reconnus et nommés dans nos cérémonies et nos prières.

L'aînée Mary Deleary explique que la réconciliation devrait viser à rétablir l'équilibre dans toutes les relations, tous les liens. D'après elle, « la réconciliation doit continuer de façon à ce que nos ancêtres soient honorés, la terre, respectée, et l'équilibre dans les relations, rétabli » [notre traduction]¹⁹.

Même si, en droit canadien, l'eau est un objet ou un sujet, selon le droit anishnabe l'eau est une entité indépendante (mais aussi interdépendante) au sein d'une relation où coexistent d'autres êtres, et tous font partie du réseau plus vaste de la création. L'adoption d'une loi limiterait la démarche aux concepts du droit canadien en ce qui concerne l'eau et la compétence afférente, et ne permettrait pas de comprendre ni d'appliquer le droit anishnabe de l'eau, soit le *nibi inakonigewin*.

Aspect sacré : notre lien spirituel avec l'eau

Certains aînés anishnabe affirment qu'il y a quatre sortes d'eau : l'eau douce, l'eau salée, l'eau de pluie et l'eau de naissance²⁰. L'eau existe sous de nombreuses formes, et diverses entités spirituelles en prennent soin. Même s'il existe différentes versions de cet enseignement et que toutes sont exactes, il n'en reste pas moins que le droit anishnabe considère l'eau dans sa multiplicité. Il reconnaît l'eau et tous ses gardiens comme des êtres vivants avec lesquels nous interagissons et envers lesquels nous avons des responsabilités. Nous reconnaissons que l'eau est la vie — *nibi onje biimaadiiziiwin*. À titre de gardiennes de l'eau de naissance, qui est sacrée, les *kweyag* (femmes) anishnabe entretiennent avec l'eau un lien particulier qui les font en prendre soin et s'apparente à une obligation fiduciaire. Avant de naître, comme nous sommes dans l'eau pendant toute la gestation, nous avons une compréhension

18 Mary Deleary, aînée, témoignage devant la CVR (Winnipeg, TRC Forum on Reconciliation, Elders and Knowledge Keepers, 2014).

19 *Ibid.*

20 Il existe des variations quant au nombre de sortes d'eau et à leurs formes, qui varient selon les enseignements, les aînés et les régions.

de notre lien vivant avec l'eau. Nous naissons de l'eau et grâce à elle; notre lien avec l'eau est le plus fondamental et le plus constant de toute notre vie humaine.

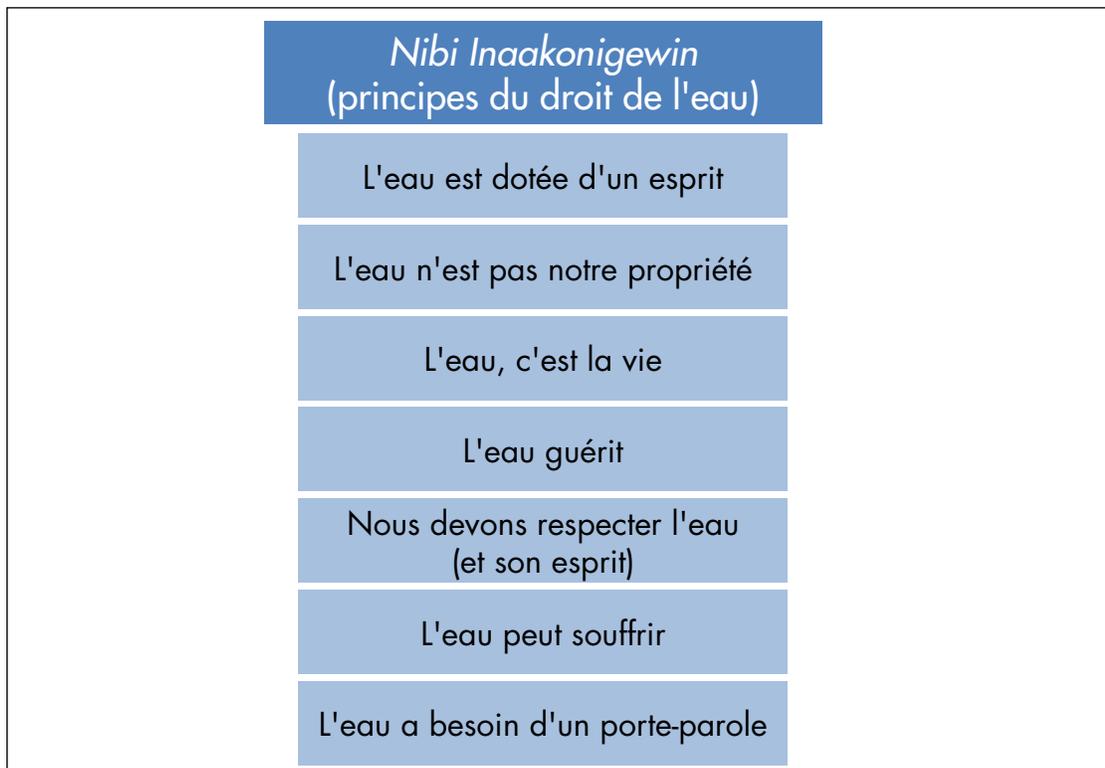
Grâce à des travaux réalisés en collaboration avec une faculté d'enseignants formée d'ainés anishnabe des zones visées par les traités 1, 2 et 3, nous avons pu définir un ensemble de principes juridiques essentiels au sujet de l'eau²¹.

Pour comprendre l'*inaakonigewin* anishnabe, il faut comprendre le concept de divers niveaux ou ordres de droit provenant de différentes sources. Cette définition du droit et cette façon d'appliquer le droit nécessitent une progression d'ordre en ordre, de niveau en niveau. On pourrait comparer cette manière d'apprendre à la progression d'est en ouest du soleil. C'est l'apprentissage de toute une vie.

On pourrait supposer qu'il y a une hiérarchie dans les ordres ou niveaux de droit, mais ce n'est pas le cas, et ce n'est pas l'objectif de l'*inaakonigewin*. Chaque ordre ou niveau de droit exposé plus loin fait partie d'un ensemble de cercles concentriques qui dépendent les uns des autres et mènent à une compréhension complète du droit, entièrement issu du droit spirituel. Tous les êtres ont reçu en cadeau la capacité de comprendre le droit spirituel. En tant qu'êtres humains, nous observons la façon dont le droit spirituel est appliqué dans le milieu naturel par les autres êtres de la création. Ce fondement constitué par le droit spirituel et naturel, et à l'image duquel nous sommes censés façonner notre droit humain, nous a permis d'élaborer des coutumes d'interactions (le droit coutumier) au fil de siècles d'échanges entre nous (et avec les autres êtres). Nous appliquons ensuite le droit spirituel, naturel et coutumier à nos situations relationnelles actuelles, et dans cette perspective nous pouvons mieux comprendre notre réseau de relations et de responsabilités.

21 Craft, « Nibi », *supra* note 1 aux pp 25-37.

Figure 2 : *Nibi Inaakonigewin* (principes du droit de l'eau)



Source : Craft, « Nibi », *supra* note 1.

Pour les Anishnabe, le droit spirituel est la première forme de droit, celle dont découlent toutes les autres façons de comprendre le droit. Il porte différents noms, selon les régions et les dialectes *anishinaabemowin* (la langue)²². « La première loi de notre peuple est la loi du Créateur » [notre traduction]; c'est la loi qui nous est transmise par nos cérémonies, nos histoires de la création et notre interprétation des enseignements relatifs à nos liens avec chacune des choses qui nous entourent²³.

Essentiellement, les lois spirituelles sont les instructions que le Créateur transmet à tous les êtres (humains, animaux, oiseaux, etc.) qui parcourent les quatre ordres ou niveaux avant d'arriver sur la terre²⁴. Quand nous arrivons sur terre, nous avons un ensemble de valeurs ou de principes normatifs sous-jacents, dont la signification se révèle à nous petit à petit, tout au long de notre vie, et qui ont de plus en plus de sens à mesure que croît notre compréhension des autres formes de droit. L'amour et la bonté (envers nous-mêmes, envers les autres et envers toute la création) forment l'essence des instructions spirituelles²⁵.

Le droit naturel découle du droit spirituel, et les instructions spirituelles fondamentales nous permettent d'établir un lien avec notre mère originelle, la terre. C'est elle et tous les autres êtres de la création qui

22 Il est parfois désigné comme la loi suprême ayant force obligatoire (Great Binding Law), la loi du Créateur (Creator's Law), Kitchi Tibaakonigewin, etc.

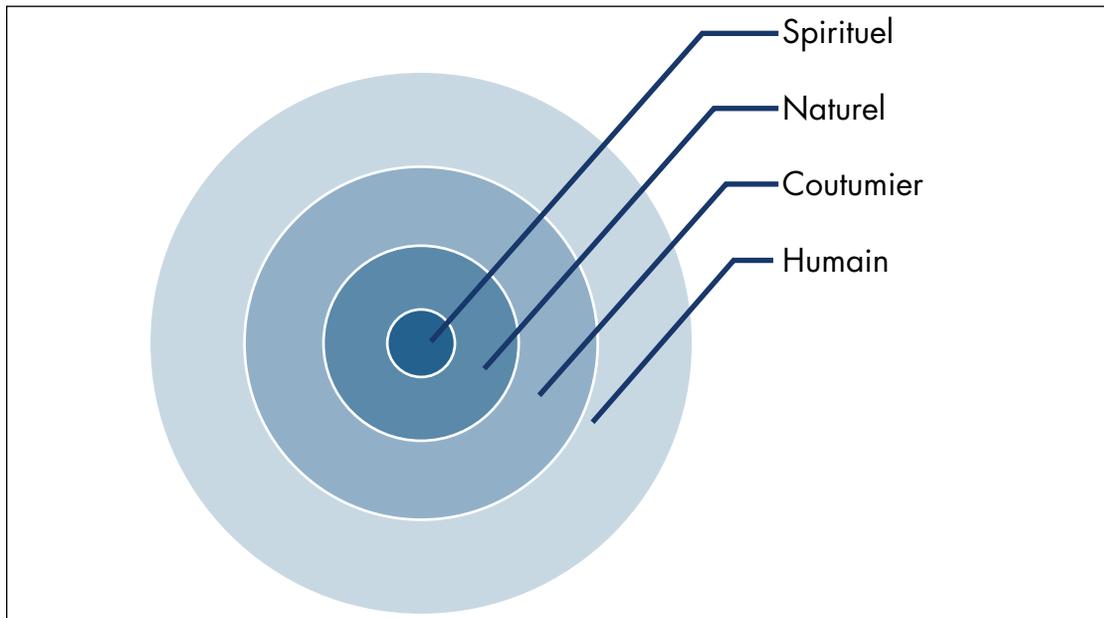
23 Communication personnelle de Harry Bone (5 août 2015).

24 Communication personnelle de Peter Atkinson (avril 2012).

25 On dit souvent que les enfants sont les plus proches du Créateur et qu'ils ont une compréhension limpide des lois spirituelles; voilà pourquoi on croit que les petits enfants ont la compréhension la plus pure et la plus limpide des instructions spirituelles.

nous enseignent le droit naturel. Nous apprenons surtout en observant la façon dont les êtres de la terre agissent et interagissent. Grâce à l'observation de la terre et des autres êtres qui y ont été mis, nous pouvons mieux comprendre les instructions spirituelles juridiques qui nous ont été transmises.

Figure 3 : Sources de l'*inaakonigewin* (le droit) *anishnabe*



Source : L'auteur.

Dans l'histoire de la création, les êtres humains ont été les derniers à être mis sur la terre. Nous appelons souvent les autres êtres — animaux, oiseaux, poissons, insectes, plantes, arbres et pierres — nos frères et sœurs aînés, reconnaissant qu'ils sont arrivés ici avant nous et que nous avons quelque chose à apprendre d'eux, tout en dépendant d'eux pour notre survie²⁶.

De ces frères et sœurs aînés (autres êtres non humains) et de notre mère (*akii* — la terre), nous apprenons nos relations et nos responsabilités les uns envers les autres. Nous découvrons que, sans l'équilibre qu'apportent ces relations, aucun de nous ne survivrait. Nous le faisons par amour l'un pour l'autre (une des instructions spirituelles du Créateur), et aussi pour atteindre notre *mino-biimaadiiwin*, notre bien-être collectif.

Le droit coutumier est l'application du droit spirituel et naturel à nos relations humaines continues. Nous devons donc assumer nos responsabilités envers nos proches. Certains soutiennent que le droit coutumier tient aux sept enseignements que sont l'amour, l'honnêteté, le respect, le courage, l'humilité, la sagesse et la vérité²⁷.

Toutes ces sources de droit se rejoignent pour former les principes qui guident nos interactions avec les êtres. Pour mettre en œuvre ces principes et responsabilités juridiques, nous devons comprendre leurs sources sacrées, naturelles et coutumières, et maintenir les liens sacrés qui nous permettront

²⁶ Dumont, *supra* note 14 à la p 34.

²⁷ Deborah McGregor, « Indigenous Women, Water Justice and Zaagidowin (Love) » (2013) 30:2-3 *Can Woman Stud* 71 aux pp 71-78; John Borrows, « Seven Generations, Seven Teachings: Ending the Indian Act » (Ottawa, Centre national pour la gouvernance des Premières nations, 2008) aux pp 11-30.

de comprendre et de remplir nos obligations selon les règles juridiques autochtones pendant de nombreuses générations. Une loi fédérale et une loi provinciale, ou l'une ou l'autre, comme mécanisme visant à donner effet à ces responsabilités juridiques serait moins efficace que les mécanismes juridiques anishnabe, qui peuvent nous éclairer et influencer sur le réseau complexe de nos liens juridiques avec l'eau.

Aspect temporel : « assumer nos responsabilités envers les générations futures »

L'*inaakonigewin* anishnabe exige que nous orientions notre processus décisionnel et les mesures que nous prenons vers l'atteinte du *mino-biimaadiiziiwin*. Ce principe juridique fondamental vise le bien-être collectif de tous les éléments de la création, y compris les générations qui vont suivre. Nous reconnaissons que notre bien-être a été envisagé et pris en compte par les générations précédentes. L'article 25 de la DNUDPA confirme le droit et l'obligation d'assumer des responsabilités envers les terres et les eaux pour les générations futures.

Cette approche se distingue d'une grande partie du droit canadien actuel, lequel ne privilégie ni la durabilité ni les mesures fondées sur le bien-être des générations futures. Cependant, le libellé de l'article 25 prévoit un changement qui reflète le droit autochtone et ouvre la voie à une différente organisation en matière de prise de décisions durables et à long terme.

Conclusion

La mise en application interne de l'article 25 de la DNUDPA rend nécessaire une reconnaissance et une mise en œuvre des traditions juridiques autochtones au sein de nations et de territoires autochtones distincts, plutôt que l'adoption d'une loi nationale qui reconnaisse et assure l'application de la DNUDPA. Cette reconnaissance du droit et des interprétations juridiques autochtones fait partie intégrante du libellé de l'article 25. La lettre et l'esprit de l'article 25 reconnaissent les deux piliers fondamentaux de l'*inaakonigewin* anishnabe, à savoir le bien-être collectif (*mino-biimaadiiziiwin*) et l'existence de relations (*inendiwin*) ou de liens. En outre, l'article 25 rend les particuliers et les collectivités responsables envers les générations futures, ce qui constitue un aspect temporel essentiel de l'application du droit anishnabe.

La mise en application de l'article 25 (et, plus généralement, de la DNUDPA) nécessite aussi la reconnaissance du droit des Autochtones à l'autodétermination, ce qui englobe la possibilité de revitaliser le droit autochtone et de lui donner plein effet. Il faut aussi que soit possible la revitalisation des langues autochtones, qui sont les vecteurs de la transmission, de l'interprétation et de l'application du droit autochtone. Selon l'*inaakonigewin* anishnabe, cela signifie la possibilité de revitaliser les liens juridiques avec l'eau par la confirmation des traités avec l'eau, les êtres aquatiques et les esprits aquatiques.

Note de l'auteure

Merci à Rayanna Hourie et Alyssa Bird pour leur aide à la révision et à la rédaction des notes de bas de page, ainsi qu'à Sherry Copenace pour certaines traductions. Merci également au groupe d'enseignants aînés du projet *Anishinaabe nibi inaakonigewin*, qui nous a transmis bien des enseignements contenus dans le présent document.

À propos de l'auteure

Aimée Craft, avocate autochtone (Métisse anishnabe), est professeure adjointe à la Faculté de droit (Section de common law) de l'Université d'Ottawa et professeure auxiliaire de droit en études autochtones à l'Université du Manitoba. Son domaine de spécialisation est le droit anishnabe et le droit autochtone canadien. Elle fait partie des chercheurs principaux dans le cadre des travaux menés dans le cadre de deux subventions de partenariat du CRSH pour des études : l'une en matière de durabilité de l'eau et de lois autochtones, l'autre relative aux communautés touchées par des problèmes liés à l'eau dans le Nord du Manitoba. Depuis 2013, Aimée dirige des travaux de recherche visant le droit de l'eau anishnabe en collaboration avec un groupe d'enseignants aînés et gardiens du savoir anishnabe.

Breathing Life Into the Stone Fort Treaty, son livre primé en 2013, porte sur la compréhension et l'interprétation des traités dans la perspective (juridique) du droit anishnabe (*inaakonigewin*). En 2016, elle a été désignée comme l'une des 25 juristes les plus influents au Canada. Aimée Craft a été directrice de la recherche pour l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, et directrice-fondatrice de la recherche au Centre national pour la vérité et la réconciliation (Université du Manitoba). Elle est membre du bureau des conférenciers de la Commission des relations découlant des traités du Manitoba.

Durant sa décennie comme avocate au Public Interest Law Centre, Aimée a collaboré avec bien des peuples autochtones dans des dossiers relatifs aux terres, aux ressources, aux droits de la personne et à la gouvernance. Elle a par ailleurs présidé la Section du droit des autochtones de l'Association du Barreau canadien et obtenu, en 2011, une bourse de recherche d'études supérieures sur les peuples autochtones et la gouvernance.



RO EAR

Reconstruire les relations et les nations :

perspective mi'kmaq de la voie vers
la réconciliation



Cheryl Knockwood

Introduction

À la lumière des promesses¹ faites aux Autochtones du pays par le Canada, par l'entremise du gouvernement du premier ministre Justin Trudeau, en vue d'améliorer les relations de base entre les Canadiens et les peuples autochtones du Canada², il faut prendre le temps de réfléchir aux prochaines mesures que les autorités gouvernementales fédérales, provinciales et mi'kmaq de notre pays doivent prendre pour que ces promesses deviennent réalité. Le Canada s'est engagé à favoriser la réconciliation³, à instaurer avec les peuples autochtones des rapports de nation à nation, à appuyer la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA)⁴ et à adopter une loi garantissant que les

1 Canada, Ministère de la Justice, « Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones » (14 février 2018), en ligne : <www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/principes-principles.html>.

2 Canada, Affaires autochtones et du Nord Canada, « Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones » (12 novembre 2010), en ligne : <www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142>.
Le Canada a également affirmé ce qui suit : « Nous sommes désormais convaincus que le Canada peut interpréter les principes de la Déclaration de façon conforme à sa Constitution et à son cadre juridique. »

3 Canada, Affaires autochtones et du Nord Canada, « La ministre Bennett annonce les membres du conseil d'administration provisoire du Conseil national de réconciliation » (14 décembre 2017), en ligne : <www.canada.ca/fr/affaires-autochtones-nord/nouvelles/2017/12/la_ministre_bennettannoncelesmembresduconseildadministrationprov.html>.

4 La DNUDPA a été adoptée par les Nations Unies en 2007. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, Doc off AGNU, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

lois du Canada sont conformes à cette déclaration⁵. En tant que membre de la nation mi'kmaq, l'auteur en retire beaucoup d'espoir pour l'avenir. Le présent article expose sommairement les mesures que les autorités gouvernementales fédérales, provinciales⁶ et mi'kmaq⁷ doivent adopter pour que ces promesses se concrétisent et que s'amorce un processus de réconciliation légitime fondé sur l'approche d'une relation de nation à nation.

Approche et résultats

Pour que la réconciliation réussisse, le Canada et les provinces doivent d'abord comprendre et respecter la vision du monde mi'kmaq à l'égard de la Terre mère. Il importe que le Canada et les provinces connaissent cette vision pour être en mesure de comprendre pourquoi il est si essentiel pour les Mi'kmaq de protéger la Terre mère et donc de participer au processus décisionnel la visant avant qu'une activité de développement soit réalisée sur le territoire de Mi'gma'gi⁸. Ensuite, le Canada et les provinces doivent assumer la responsabilité liée aux injustices tant historiques qu'actuelles qu'ils ont fait subir à la nation mi'kmaq, puis mettre en œuvre les mesures nécessaires pour mettre fin à celles-ci. Il s'agit notamment d'indemniser la nation mi'kmaq pour les injustices et les préjudices antérieurs. Enfin, le Canada et les provinces doivent sans délai prendre des mesures pour donner effet aux droits ancestraux et issus de traités des Mi'kmaq et honorer le titre ancestral, comme le fait actuellement la nation mi'kmaq, comme l'a déjà reconnu la Cour suprême du Canada et comme il est énoncé dans la DNUDPA. Pour ce faire, le Canada et les provinces doivent adopter une loi sur la mise en application des droits ancestraux et issus de traités des Mi'kmaq et harmoniser les lois existantes avec la DNUDPA et les décisions favorables rendues en la matière par la Cour suprême du Canada (CSC). En dernier lieu, la nation mi'kmaq doit tenir un sommet mi'kmaq dans le cadre duquel les questions communes pourront être examinées aux fins de l'élaboration d'un plan d'action pour la reconstruction de la nation.

Enseignements mi'kmaq sur la Terre mère

La tradition juridique mi'kmaq prend sa source dans les enseignements des ancêtres, transmis de génération en génération. Selon Albert Marshall, aîné mi'kmaq, les Mi'kmaq possèdent un système de connaissances qui évolue depuis des millénaires par le truchement de la langue et des systèmes de croyances mi'kmaq⁹. Les enseignements se transmettent de nombreuses façons, mais beaucoup par la tradition orale, fondée sur la communication de légendes et de récits. Dans la présente partie, nous aimerions présenter certains enseignements mi'kmaq relatifs à la Terre mère et à notre responsabilité envers elle. Le devoir de prendre soin des terres et des eaux est ancré dans notre langue et ressort implicitement de la tradition orale et des histoires transmises d'une génération à l'autre.

5 James Munson, « Liberals will back U.N. Indigenous rights bill », *iPolitics* (20 novembre 2017), en ligne : <<https://ipolitics.ca/2017/11/20/liberals-will-back-u-n-indigenous-rights-bill/>>.

6 Terre-Neuve-et-Labrador, Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Écosse, Île-du-Prince-Édouard et Québec.

7 Harold Franklin McGee Jr, « Mi'kmaq » dans *L'Encyclopédie canadienne*, révisé par Michelle Filice (2017), en ligne : <www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/micmac-mikmaq>. Voici la situation actuelle des communautés mi'kmaq : en 2015, le nombre de personnes inscrites comme faisant partie d'une Première Nation mi'kmaq s'élève à 58 763. De ce nombre, 23 997 personnes appartiennent à la Première Nation des Mi'kmaq qalipu de Terre-Neuve, une communauté sans territoire officiellement reconnue par le gouvernement du Canada en 2011. Si on exclut les Qalipu, 56 % des Mi'kmaq vivent dans des réserves, selon les données de 2015. Le territoire de Mi'gma'gi est habité par 30 nations mi'kmaq, dont 29 au Canada. La bande mi'kmaq Aroostook de Presque Isle, dans le Maine (États-Unis), compte plus de 1 200 membres. Toutes ces communautés, sauf deux (la Première Nation des Mi'kmaq qalipu, de Terre-Neuve, et la Nation Micmac de Gespeg, à Fontenelle, au Québec), possèdent des terres de réserve.

8 Le territoire traditionnel des Mi'kmaq englobe ce qui est maintenant connu comme la région de Gaspé au Québec, la région de l'est du Nouveau-Brunswick et du Maine, la Nouvelle-Écosse, l'Île-du-Prince-Édouard et l'île de Terre-Neuve.

9 Madeline Yakimchuk, « Netukulimk » (5 mars 2010), en ligne : YouTube <www.youtube.com/watch?v=wsNVewjgKxI>.

La légende mi'kmaq appelée *American Marten Apistane'wj*¹⁰ & *The First Pine Trees*¹¹ nous apprend comment les pins ont vu le jour. Dans leur quête de gloire, trois frères guerriers, chacun muni d'un poisson, s'adressent à Kluskap¹². Le premier veut demeurer grand, le deuxième veut s'asseoir et admirer la beauté et le troisième, le plus âgé, veut la sagesse, le respect et une vie plus longue que les autres. Kluskap voit qu'ils sont pleins d'orgueil; il exauce leurs vœux, mais les transforme en jeunes pins. Il demande ensuite à Apistane'wj de planter ces jeunes arbres dans la région montagneuse d'Unama'ki. Le vœu de chaque guerrier est réalisé : les jeunes pins ont poussé et, grâce à leurs racines profondes et solides, sont devenus les plus grands et les plus vieux êtres vivants de la forêt. La légende se termine par une leçon : il faut veiller sur les forêts pour qu'elles puissent à leur tour veiller sur nous.

Suivant nos légendes, de nombreux êtres animés peuvent prendre différentes formes. Par exemple, un humain peut se transformer en pin et un ours, en l'étoile Polaire¹³. Le tonnerre, le vent ainsi que le changement de saison ou de direction sont animés et peuvent changer de forme. Les montagnes, les lacs et les icebergs peuvent eux aussi se transformer en personnes. Dans les légendes, les rochers et les falaises sont parfois des êtres métamorphosables qui choisissent ces formes pour se cacher ou se reposer¹⁴. Non seulement le soleil, la terre et la lune peuvent changer de forme, mais ce sont les ancêtres des Mi'kmaq¹⁵. Ces derniers considèrent la terre comme un membre de leur famille, c'est pourquoi il est si important pour eux de l'honorer et de la respecter.

Un autre enseignement mi'kmaq important concerne la durabilité. Selon Albert Marshall, la notion mi'kmaq de durabilité est également ancrée dans la langue mi'kmaq. Il précise que le mot mi'kmaq qui rend la notion de durabilité, « *netukulimk* », signifie protéger la terre afin de ne pas « priver les générations futures de leur capacité de subvenir à leurs besoins, mais aussi de leur permettre d'apprécier et de maintenir le lien qui les unit à la source de vie qu'est notre milieu naturel »¹⁶. Le terme *netukulimk* a également été défini comme « les croyances et les comportements collectifs en matière de protection, d'approvisionnement et de gestion des ressources visant à garantir et à honorer la durabilité et la prospérité pour les générations ancestrales, présentes et futures » [notre traduction]¹⁷.

Comprendre qu'il existe entre les Mi'kmaq et la Terre mère un lien familial et que ceux-ci estiment avoir le devoir de l'honorer et de prendre soin d'elle pour les générations actuelles et futures permet de saisir pourquoi il est si important pour eux de « défendre » la Terre mère, ses rivières, ses ruisseaux et

10 Terme mi'kmaq désignant l'animal appelé « martre » en français.

11 UINRTV, « American Marten Apistane'wj & The First Pine Trees » (28 mai 2015) [« American Marten »], en ligne : YouTube <www.youtube.com/watch?v=RC0JzP7iAMI>.

12 Selon Jennifer Reid, dans *Finding Kluskap: A Journey into Mi'kmaq Myth* (University Park, PA, Penn State University Press, 2013), Kluskap est le créateur des éléments du paysage d'un bout à l'autre du Québec, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse et de l'île du Cap-Breton. Son chaudron était une île; son canot, un gros rocher; et ses chiens, à son départ, ont été transformés en pierre. Il a créé les tortues, les têtards, les crabes et les sangsues, pris leur nez aux porcs-épics et aux crapauds, donné leur queue aux castors et leur voix distinctive aux grenouilles et aux huards, et a réduit tous les animaux à leur taille actuelle. Il a laissé ses empreintes de pas dans la pierre, ouvert les rivières à la navigation, creusé des canaux avec sa pagaie, donné leurs noms aux principaux lieux des côtes des Maritimes et, enfin, nommé toutes les étoiles et toutes les constellations. Le milieu naturel était un théâtre dans lequel Kluskap a contribué à créer un monde, au sein duquel il a accordé aux Mi'kmaq des droits fondamentaux leur permettant de récolter diverses sortes de plantes et d'animaux. Kluskap était avant tout un maître. Selon Jennifer Reid, « Tout ce que les Indiens savaient du sage et du bien, c'est lui qui leur avait enseigné » [notre traduction]. Il leur a appris le nom des étoiles et la façon de construire des canots, mais, selon ce qui ressort le plus souvent des récits traditionnels, Kluskap a montré aux Mi'kmaq comment chasser, pêcher et conserver le fruit de leur récolte, et leur a appris à trouver des remèdes pour les maladies.

13 Kowch, « Muin and the Seven Bird Hunters » (21 avril 2009), en ligne : YouTube <www.youtube.com/watch?v=3IYpP_pTF08>.

14 Ruth Holmes Whitehead, *Stories from the Six Worlds* (Halifax, Nimbus Limited, 1988) à la p. 5. Elle écrit que les Mi'kmaq sont « le Peuple » [notre traduction] et ajoute que, en langue mi'kmaq, chaque Mi'kmaq s'appelle aussi « L'nu », ce qui veut dire « le peuple ».

15 *Ibid* à la p. 8.

16 « Netukulimk », *supra* note 9.

17 Kerry Prosper, L. Jane McMillan, Anthony A. Davis et Morgan Moffitt, « Returning to Netukulimk: Mi'kmaq cultural and spiritual connections with resource stewardship and self-governance » (2011) 2:4 Intl Indigenous Policy J.

ses forêts. On peut mieux comprendre la motivation en ce sens des Mi'kmaq, par exemple d'Amanda Polchies, photographiée (par le photographe inuit Ossie Michelin) à genoux, bras levé et tenant une plume d'aigle, devant des policiers en rangées, pour défendre l'intégrité de l'eau et la protéger contre une forage exploratoire visant du gaz de schiste¹⁸. En tant que Mi'kmaq, Amanda a appris à protéger les forêts et la Terre mère parce que la terre et les forêts peuvent prendre soin de nous, mais aussi parce que les générations futures doivent en hériter¹⁹.

Être responsable

La Commission royale sur les peuples autochtones a écrit :

Aucun autre élément de notre recherche ne nous a autant choqués et ne nous a fait aussi honte que l'histoire des pensionnats [...] les conséquences fâcheuses qu'a entraînées cette mesure (mépris pour la vie, dénigrement de la culture, destruction du respect et de l'estime de soi, démembrement des familles), les répercussions de ces traumatismes sur les générations suivantes et l'énormité du triomphalisme culturel qui sous-tendait cette entreprise troubleront sans aucun doute profondément tous ceux qui voudront bien prendre conscience de cette réalité; ils se rendront compte en effet que la politique des pensionnats, et les actes qui en ont résulté, étaient le fait de Canadiens dont les intentions et l'éducation n'étaient ni meilleures ni pires que les nôtres aujourd'hui [...] Il montre également à quel point les sociétés démocratiques sont capables de tolérer en leur sein les pires énormités morales²⁰.

Pour que la réconciliation réussisse, le Canada et les provinces doivent assumer la responsabilité des préjudices passés ainsi que des injustices historiques et actuelles qui ont été infligés aux peuples Mi'kmaq par le biais de politiques et de lois visant l'assimilation. Le traumatisme intergénérationnel causé par le pensionnat de Shubenacadie pour les enfants et le peuple mi'kmaq a eu des effets dévastateurs sur la santé mentale, émotionnelle et spirituelle des Mi'kmaq. Il a entraîné de lourdes pertes pour leur langue et leur culture, et a perturbé l'unité au sein des familles, un pilier de cette nation. Les deux ordres de gouvernement devraient collaborer avec les chefs mi'kmaq afin d'élaborer un processus de restitution à la nation mi'kmaq qui permette de réparer les injustices historiques et actuelles infligées aux Mi'kmaq, d'appuyer les programmes de guérison de cette nation et de contribuer à la revitalisation de sa langue et de sa culture.

Être honorable

Le 27 mars 2018, Craig Benjamin, porte-parole d'Amnesty International Canada, a déclaré devant le Comité permanent des affaires autochtones et du Nord de la Chambre des communes : « En forçant les peuples autochtones à aller devant les tribunaux pour faire respecter leurs droits, on leur impose un fardeau aussi lourd qu'injuste, sans compter que ces affaires se déroulent dans un contexte d'affrontement, ce qui va à l'encontre de l'objectif de la réconciliation »²¹.

Afin d'assurer le succès de la réconciliation, le Canada et les provinces doivent honorer leurs obligations juridiques en mettant en application l'ensemble des traités²² et des décisions existantes de la Cour

18 Ossie Michelin, photographie d'Amanda Polchies, APTN (17 octobre 2013), en ligne : <<https://osmich.ca/about/>>.

19 « American Marten », *supra* note 11.

20 Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones — Volume 1 : Un passé, un avenir* (Ottawa, Approvisionnement et services, 1996), à la p 662.

21 Chambre des communes, Comité permanent des affaires autochtones et du Nord, *Procès-verbaux et témoignages*, 42e parl, 1re sess, no 100 (27 mars 2018), 1645.

22 Traités de 1725, 1726, 1749, 1752, 1760-61, 1779.

suprême du Canada²³ visant les Mi'kmaq. Pour y arriver, le gouvernement fédéral et chacun des gouvernements provinciaux œuvrant sur le territoire de Mi'gma'gi doivent adopter une loi sur la mise en application des droits ancestraux et issus de traités des Mi'kmaq qui prévoit la mise en œuvre et la protection intégrales de ces droits. Ainsi, les membres de la nation mi'kmaq n'auraient plus à continuellement s'adresser aux tribunaux pour défendre leurs droits ancestraux et issus de traités, leurs droits inhérents à l'autodétermination ainsi que leurs droits aux terres, aux eaux et aux ressources en tant que peuples autochtones.

Être sage

Des discussions avec les nations autochtones ont commencé au Canada dans le but d'examiner à quoi devrait ressembler un cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits autochtones²⁴. Au lieu de réinventer la roue, le Canada devrait se fonder sur les rapports et les recommandations de la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA), publiés en 1996. Le Canada, les provinces et la nation mi'kmaq doivent se pencher à nouveau sur les 440 recommandations de la CRPA et y donner suite, en particulier celles qui ont trait à la construction de la nation, au partage des terres et des ressources, à l'éducation publique et à la mise en œuvre des droits ancestraux et issus de traités. Le droit mi'kmaq et les autres systèmes de droit autochtones joueront un rôle primordial dans l'élaboration de ce cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits.

Être respectueux

Dans la réponse qu'elle a donnée au Comité permanent des affaires autochtones et du Nord de la Chambre des communes au sujet de la mise en œuvre du projet de loi C-262, Val Napoleon, juriste autochtone, a affirmé : « [...] je crois que ce projet de loi constitue une étape modeste et positive vers la réconciliation. En appelant à l'harmonisation avec les lois fédérales et à l'application de la DNUDPA, il jette des bases solides pour l'avenir de la réconciliation. »²⁵

Certes, le Canada devrait harmoniser le droit canadien avec la DNUDPA, mais les provinces aussi doivent le faire. Tout d'abord, il importe que les textes législatifs fédéraux et provinciaux soient compatibles avec l'ensemble des dispositions de la DNUDPA, mais il faudrait en priorité prendre les mesures suivantes :

- honorer l'obligation mi'kmaq en matière de *netukulimk* (développement durable) (article 25)²⁶;
- reconnaître le titre ancestral mi'kmaq sur le territoire de Mi'gma'gi (article 26)²⁷;

23 *Simon c La Reine*, [1985] 2 RCS 387; *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 456.

24 Justin Trudeau, premier ministre du Canada, « Le gouvernement du Canada créera un Cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits » (14 février 2018), en ligne : <<https://pm.gc.ca/fra/nouvelles/2018/02/14/gouvernement-du-canada-creera-cadre-de-reconnaissance-et-de-mise-oeuvre-des>>.

25 Chambre des communes, Comité permanent des affaires autochtones et du Nord, *Procès-verbaux et témoignages*, 42^e parl., 1^{re} sess., n^o 101 (17 avril 2018), 16:45 [Comité permanent] [En référence au projet de loi C-262, *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1^{re} sess., 42^e parl., 2016 [adopté par la Chambre des communes le 30 mai 2018], en ligne : <www.parl.ca/DocumentViewer/fr/42-1/projet-loi/C-262/troisieme-lecture>.

26 DNUDPA, *supra* note 4, art 25, libellé comme suit : « Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures. »

27 *Ibid*, art 26 : « 1. Les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis. 2. Les peuples autochtones ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartiennent ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis. 3. Les États accordent reconnaissance et protection juridiques à ces terres, territoires et ressources. Cette reconnaissance se fait en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés. »

- indemniser les Mi'kmaq pour les injustices passées (article 28)²⁸;
- établir un processus visant l'obtention du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause de la nation mi'kmaq pour toute activité actuelle ou future liée aux ressources et menée sur son territoire, avant le début de l'activité en question (article 32)²⁹;
- appliquer les traités relatifs aux Mi'kmaq (article 37)³⁰.

En harmonisant ses lois avec la DNUDPA, le Canada respecterait les Mi'kmaq qui (comme Amanda Polchies et d'autres) remplissent leur obligation de protéger la Terre mère.

Nous avons fait nôtre la mise en garde formulée par Ken Coates, titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur l'innovation régionale de l'Université de la Saskatchewan, à l'occasion de son témoignage devant le Comité permanent des affaires autochtones et du Nord de la Chambre des communes :

Ce qui, selon moi, améliorera vraiment la condition des peuples autochtones, c'est le rétablissement du pouvoir des communautés et des nations autochtones. À ce chapitre, l'obtention d'un financement approprié et équitable est de loin l'objectif le plus important. Nous n'avons pas forcément besoin de nouveaux programmes gouvernementaux... Ce qui me préoccupe — je vous demande de considérer la chose très sérieusement —, c'est de savoir si le Canada, en matière de droits des Autochtones, fera encore une fois des promesses excessives sans que ses actions soient à la hauteur de ces promesses. Nous avons vécu ce genre de cycle à maintes reprises sans jamais y mettre fin... Or, si ce projet de loi devient loi sans que nous mettions l'accent sur la mise en œuvre [des politiques], comment allons-nous faire pour harmoniser les lois? Quels seront les délais? Quelles seront les affectations de fonds? Y aura-t-il de véritables changements en fin de compte? Si nous ne discutons pas de mise en œuvre, la Déclaration perdra de son efficacité et deviendra une autre vaine promesse faite aux peuples autochtones³¹.

Les recommandations énoncées ici sont axées sur la mise en œuvre. Nous n'avons pas besoin d'autres promesses non tenues — nous avons besoin d'action.

Conclusion

Pour pouvoir espérer mettre en branle un processus de réconciliation et renouveler la relation de nation à nation avec les Mi'kmaq, les gouvernements doivent d'abord reconnaître les torts et les injustices qu'ils ont causés à la nation mi'kmaq par la dépossession de leurs terres, de leurs eaux et de leurs

28 *Ibid*, art 28 : « 1. Les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. 2. Sauf si les peuples concernés en décident librement d'une autre façon, l'indemnisation se fait sous forme de terres, de territoires et de ressources équivalents par leur qualité, leur étendue et leur régime juridique, ou d'une indemnité pécuniaire ou de toute autre réparation appropriée. »

29 *Ibid*, art 32 : « 1. Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources. 2. Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres. 3. Les États mettent en place des mécanismes efficaces visant à assurer une réparation juste et équitable pour toute activité de cette nature, et des mesures adéquates sont prises pour en atténuer les effets néfastes sur les plans environnemental, économique, social, culturel ou spirituel. »

30 *Ibid*, art 37 : « 1. Les peuples autochtones ont droit à ce que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des États ou leurs successeurs soient reconnus et effectivement appliqués, et à ce que les États honorent et respectent lesdits traités, accords et autres arrangements constructifs. »

31 Comité permanent, *supra* note 25, aux pp 1650-1700.

ressources, ainsi que par les atteintes à leurs langues, leur culture et leur système de gouvernance. Cette reconnaissance doit s'assortir d'un engagement des autorités gouvernementales fédérales et provinciales à l'égard de l'indemnisation de la nation mi'kmaq pour ces injustices et ces torts. La restitution constitue une étape essentielle vers la réconciliation, et c'est un élément fondamental du droit international en matière de droits de la personne.

Par conséquent, pour qu'il y ait réconciliation, il faut notamment que les autorités gouvernementales fédérales et provinciales prennent des mesures visant à donner tout son sens et tout son effet au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle*, d'une part, et à mettre en œuvre les droits ancestraux et issus de traités des Mi'kmaq déjà confirmés par la Cour suprême du Canada, de l'autre. Au nombre de ces mesures, il faudrait aussi que le Canada, Terre-Neuve-et-Labrador, le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, l'Île-du-Prince-Édouard et le Québec adoptent une loi de mise en œuvre des droits ancestraux et issus de traités des Mi'kmaq. De même, il serait nécessaire d'harmoniser les lois fédérales et provinciales avec la DNUDPA. Le Canada et les provinces doivent commencer à respecter la loi sacrée fondamentale de la nation mi'kmaq selon laquelle il faut protéger et respecter la Terre mère. Par conséquent, les Mi'kmaq doivent participer à toutes les décisions fédérales et provinciales qui ont une incidence sur les terres, les eaux et les ressources situées sur son territoire traditionnel. Enfin, la nation mi'kmaq doit se reconstruire la nation. La tenue d'un sommet de la nation mi'kmaq constitue un pas important vers cet objectif.

Les recommandations énumérées ci-dessous seront utiles au renouvellement des relations de nation à nation. Les trois premières s'adressent à la nation mi'kmaq et font appel à un travail interne qui nous aiderait à préparer la reconstruction de la nation. Les autres recommandations visent à la fois les autorités gouvernementales fédérales et provinciales et, si elles sont mises en œuvre, jetteront les bases de la réconciliation et du renouvellement des relations de nation à nation entre le Canada et la nation mi'kmaq.

Nos recommandations à l'intention de la nation mi'kmaq sont les suivantes :

- bâtir la nation mi'kmaq par l'organisation d'un sommet que tiendrait cette nation et dans le cadre duquel les décideurs du plus haut niveau du gouvernement mi'kmaq (chefs et conseils de bandes mi'kmaq, membres du grand conseil des Mi'kmaq, administrateurs, directeurs et autres dirigeants de bande mi'kmaq) se réuniraient afin de discuter et d'établir des stratégies pour la reconstruction de la nation, la gouvernance, la protection et la mise en œuvre des droits ancestraux et issus de traités des Mi'kmaq, le développement durable et la mise en application de la DNUDPA;
- honorer et célébrer la tradition juridique mi'kmaq par la tenue d'un événement où des aînés, des conteurs, des gardiens du savoir sur les ceintures wampum, des avocats et des spécialistes de la langue mi'kmaq se réuniraient et réfléchiraient à l'application de cette tradition à notre époque;
- participer à diverses tribunes internationales comme l'Instance permanente sur les questions autochtones (ONU), le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones (MEDPA) et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, et célébrer la Journée internationale des peuples autochtones tenue le 9 août par les Nations Unies.

Et voici nos recommandations à l'intention des autorités gouvernementales fédérales et provinciales :

- comprendre que le fait de respecter la Terre mère et de veiller à la durabilité au profit des générations futures (article 25) est partie intégrante de la vision du monde mi'kmaq et que, par conséquent, des représentants de cette nation doivent participer à l'ensemble du processus décisionnel visant les terres et les ressources situées sur le territoire de Mi'gma'gi. Les gouvernements doivent cesser de criminaliser les particuliers mi'kmaq qui protègent la Terre mère;

- établir un processus de restitution à la nation mi'kmaq en vue de réparer les injustices historiques et actuelles découlant de la dépossession des terres et des ressources ainsi que des politiques d'assimilation;
- honorer leurs obligations internationales et nationales en mettant en application l'ensemble des traités relatifs aux Mi'kmaq. Pour y arriver, les autorités gouvernementales fédérales et provinciales qui se livrent à des activités sur le territoire de Mi'gma'gi devraient adopter une loi de mise en œuvre des droits ancestraux et issus de traités des Mi'kmaq de manière à ce que ces droits soient intégralement appliqués et protégés;
- appuyer et mettre en œuvre les recommandations de la Commission royale sur les peuples autochtones en ce qui concerne la construction de la nation, le partage des terres et des ressources, l'éducation publique et la mise en œuvre des droits ancestraux et issus de traités;
- veiller à ce que l'ensemble des lois et des politiques fédérales et provinciales soient compatibles avec la DNUDPA au moyen des mesures suivantes :
 - reconnaître le titre ancestral mi'kmaq sur le territoire de Mi'gma'gi (article 26);
 - indemniser les Mi'kmaq pour les injustices passées (article 28);
 - établir un processus visant à obtenir le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause de la nation mi'kmaq pour toute activité, actuelle ou future, liée aux ressources et menée sur son territoire, avant qu'une quelconque mise en valeur n'ait lieu (article 32);
 - honorer et mettre en application les traités relatifs aux Mi'kmaq (article 37).

À propos de l'auteure

Cheryl Knockwood est L'nu et fière citoyenne de la nation mi'kmaq. Elle a grandi dans le district Sikniktuk du territoire de Mi'gma'gi et réside actuellement dans le district Unama'ki de ce même territoire avec sa conjointe, Candice, et leur famille. Cheryl est titulaire d'un baccalauréat ès arts en anthropologie (avec distinction) de l'Université du Nouveau-Brunswick. Elle a aussi obtenu un baccalauréat en droit de l'Université de la Colombie-Britannique et terminé sa maîtrise en droit et politiques des peuples autochtones à l'Université de l'Arizona.

Pendant 13 ans, Cheryl a travaillé comme analyste principale de politiques auprès du Congrès des chefs des Premières Nations de l'Atlantique. À ce titre, elle donnait aux chefs et aux communautés mi'kmaq, malécite et pescomody des conseils stratégiques dans des domaines comme les pêches, l'environnement, l'enseignement en matière de traités et le développement économique. Admise au barreau de la Nouvelle-Écosse en 2009, Cheryl a été la première avocate de langue mi'kmaq dans cette province. En 2015, elle a été nommée à la Commission des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse, où elle est toujours commissaire. Depuis 2010, Cheryl remplit la fonction de coordonnatrice de la gouvernance pour la communauté de Membertou, en Nouvelle Écosse, et fait participer la communauté à l'élaboration de lois relatives aux terres et à la citoyenneté. Elle donne à l'occasion, à l'Université Cape Breton, des cours sur les droits ancestraux et issus de traités, la gouvernance et le développement économique autochtone.



Le canari dans la mine :

femmes autochtones et industries extractives au Canada



Sarah Morales

Au Canada, et partout ailleurs dans le monde, les activités des industries extractives sur les territoires traditionnels autochtones s'avèrent une source continue de conflits et de défis d'ordre stratégique pour les gouvernements, l'industrie et les peuples autochtones eux-mêmes. Certains auteurs mettent en lumière les progrès accomplis par les entreprises pour changer leurs méthodes¹, mais d'autres soulignent le long chemin qu'il reste à parcourir avant que les préoccupations autochtones soient adéquatement intégrées au processus décisionnel². En effet, même si « les peuples autochtones sont de mieux en mieux placés pour négocier des ententes qui leur sont avantageuses quand des projets sont approuvés par l'État, il demeure peu probable que leur voix soit écoutée s'ils estiment qu'un projet doit être arrêté ou modifié en profondeur » [notre traduction]³. Les autorités fédérales et provinciales ont toujours refusé de reconnaître qu'elles doivent obtenir le consentement préalable des Autochtones pour tout projet d'exploitation de ressources, et ce, en dépit de leurs obligations en droit international.

1 Voir Pamela Sloan et Roger Hill, *Corporate Aboriginal Relations: Best Practice Case Studies* (Toronto, Hill Sloan Associates, 1995); Fergus MacKay, « Indigenous Peoples' Rights to Free, Prior and Informed Consent and the World Bank's Extractive Industries Review » (2004) 4 *Sustainable Dev L et Pol'y* 43.

2 Voir Ciaran O'Faircheallaigh, « Indigenous Women and Mining Agreement Negotiations: Australia and Canada » dans Kuntala Lahiri-Dutt, dir, *Gendering the Field* (Canberra (Austl), ANU Press, 2011); Jacob Damstra, « Heroic or Hypocritical: Corporate Social Responsibility, Aboriginal Consultation, and Canada's Extractive Industries Strategy » (2015) 25 *Transnat'l L et Contemp Probs* 153.

3 Amnesty International, *Out of Sight, Out of Mind: Gender, Indigenous Rights, and Energy Development in Northeast British Columbia, Canada*, Londres (R-U), Amnesty International, 2016) à la p 5 [Amnesty International, *Out of Sight*].

Au Canada et ailleurs dans le monde, un nombre croissant d'études montrent qu'il y a un lien entre l'exploitation soutenue des ressources et les effets nuisibles sur les collectivités hôtes⁴. Les leaders et les peuples autochtones font valoir avec insistance que la reconnaissance de leur droit à l'autodétermination exige une consultation adéquate et, dans certains cas, leur consentement⁵. Il est implicite que les femmes autochtones doivent jouer un rôle clé dans le processus consultatif.

Les recherches sur la question ont révélé que, au Canada et dans d'autres pays, l'exploitation des ressources à grande échelle est davantage préjudiciable aux femmes qu'aux hommes dans les collectivités autochtones⁶. Lors d'un colloque KAIROS tenu à l'automne 2014 et portant sur les effets que subissent particulièrement les femmes autochtones en raison des projets d'extraction de ressources, les participants ont déterminé que l'intensification des activités extractives avait sur ces femmes les cinq conséquences suivantes : premièrement, les femmes autochtones ressentent les incidences d'ordre social, sanitaire et environnemental des projets avant les autres membres de la collectivité, et avec plus d'acuité; deuxièmement, il y a une corrélation entre l'extraction des ressources et la violence faite aux femmes autochtones; troisièmement, ces femmes profitent peu des retombées positives de l'extraction minière telles que l'emploi et la hausse des revenus; quatrièmement, elles figurent à l'avant-plan de la lutte pour le respect des droits de leur collectivité; cinquièmement, elles sont souvent exclues du processus officiel de consultation et d'évaluation des impacts⁷.

En toute logique, on peut conclure que le principal facteur ayant contribué aux effets préjudiciables des projets subis par les femmes autochtones réside dans leur exclusion quasi-totale des négociations relatives aux avantages de la croissance de l'industrie extractive. Des organismes internationaux comme la Banque mondiale et Oxfam ont reconnu le désavantage potentiel que vivent les femmes face aux industries extractives. Ces organismes insistent donc désormais pour que l'évaluation des impacts tienne compte de la situation des hommes et des femmes, et ils favorisent l'égalité entre les deux sexes car il s'agit d'un « atout économique »⁸. Le Canada est aussi en voie d'adopter la Politique d'aide internationale féministe en vue d'autonomiser les femmes et de promouvoir l'égalité⁹. Toutefois, cette politique ne concerne absolument pas l'industrie extractive pour le moment¹⁰. À l'heure où l'extraction des ressources s'accélère, le Canada doit tenir compte de la situation propre aux femmes dans ses consultations s'il veut protéger les droits des femmes et des filles autochtones tout en progressant vers la réconciliation.

Dans le présent article, nous examinerons les effets de l'intensification des activités d'extraction sur les femmes et les filles autochtones du Canada. Nous aborderons ensuite les obligations imposées au Canada en matière de droits de la personne envers les femmes et les filles autochtones, puis nous

4 Voir par ex Amnesty International, *Out of Sight*, supra note 3; O'Faircheallaigh, supra note 2; Damstra, supra note 2; Victoria Sweet, « Extracting More than Resources: Human Security and Arctic Indigenous Women » (2014) 37 Seattle U L Rev 1157.

5 Voir Sarah Morales, « Intégrer l'incommensurable : les traditions juridiques autochtones et l'obligation de consulter » dans Oonagh Fitzgerald et Risa Schwartz, dir, *Mise en application de la DNUDPA : Tisser des liens entre le droit autochtone et les lois internationales et nationales*, CIGI, Rapport spécial, 31 mai 2017, à la p 73.

6 Voir Sharmistha Bose, « Positioning Women within the Environmental Justice Framework: A Case for the Mining Sector » (2004) 8:3 Gender, Tech et Dev 407; Amnesty International, *Out of Sight*, supra note 3; Joni Parmenter, « Experiences of Indigenous Women in the Australian Mining Industry » dans Kuntala Lahiri-Dutt, dir, *Towards Sustainable Livelihoods for Mining Communities* (Canberra (Austl), ANU Press, 2011).

7 KAIROS, *Gendered Impacts: Indigenous Women and Resource Extraction, Executive Summary* (Toronto, KAIROS, 2014) aux p 6, 7, en ligne : <www.kairoscanada.org/wp-content/uploads/2015/05/KAIROS_ExecutiveSummary_GenderedImpacts.pdf>.

8 Banque mondiale, *L'égalité des sexes, un atout économique : Un plan d'action du Groupe de la Banque mondiale (2007-2010)* (Washington, DC, Banque mondiale, 2006), en ligne : <<https://documents.worldbank.org/curated/en/482921468315359005/pdf/370080FRENCH010Box032734201PUBLIC1.pdf>>.

9 Affaires mondiales Canada, « La Politique d'aide internationale féministe du Canada », en ligne : <www.international.gc.ca/gac-amc/campaign-campagne/iap-pai/index.aspx?lang=fra>.

10 Craig Benjamin, « We can't afford to ignore indigenous women and girls with resource development plans », *The Globe and Mail* (4 novembre 2016).

préciserons comment le droit international et les traditions juridiques autochtones peuvent intervenir pour mieux protéger les droits des femmes et des filles autochtones du Canada. Plus particulièrement, nous verrons comment une participation accrue des femmes autochtones aux décisions peut atténuer certains des effets néfastes de l'exploitation des ressources. L'incidence des industries extractives sur les femmes autochtones doit être prise en compte, car elle met en relief des questions liées à la colonisation, au racisme et au sexisme ainsi que l'interaction dangereuse entre ces questions, qui entraînent des atteintes aux droits de la personne.

Effets sexospécifiques des activités extractives

Les discours publics (autochtones ou non) sur l'exploitation des ressources mettent en général l'accent sur la croissance économique et l'emploi. Toutefois, l'importance exagérée accordée à ces considérations empêche souvent une évaluation des répercussions socio-culturelles profondes et durables sur les collectivités. Les femmes et d'autres populations marginalisées, notamment les peuples autochtones, les personnes atteintes d'un handicap, les gens âgés et les immigrants subissent ces répercussions et d'autres effets négatifs de façon disproportionnée¹¹. Le problème s'exacerbe encore davantage pour ceux qui appartiennent à plusieurs de ces groupes, par exemple les femmes autochtones. Il est donc primordial que les membres des communautés les plus durement touchées par les activités de ces industries puissent s'exprimer lors des consultations préalables à l'approbation des ententes d'exploitation des ressources.

Effets sur la sécurité personnelle

Au Canada, les employés des industries extractives sont à très forte majorité jeunes et de sexe masculin. La plupart d'entre eux viennent de l'extérieur de la région où ils travaillent et s'installent souvent de façon temporaire¹². Cette situation a engendré plusieurs problèmes pour les femmes autochtones des collectivités du Nord et des régions éloignées du Canada, là où se déroulent les activités d'extraction.

Dans un rapport où il décrit les effets des activités des industries extractives sur les peuples autochtones, l'ancien rapporteur spécial des Nations Unies, James Anaya, mentionne que les femmes autochtones ont signalé une hausse des cas de harcèlement sexuel et de violence qu'elles vivent, y compris les viols et les voies de fait, après l'arrivée de travailleurs de l'extérieur¹³. Certaines femmes se disant victimes de violence appartenaient à la collectivité, tandis que d'autres étaient des femmes qui travaillaient dans le cadre de projets miniers¹⁴.

Effets sur la santé

Les activités liées à l'exploitation des ressources posent également des risques, directs et indirects, pour la santé des femmes autochtones. Dans la première catégorie, soulignons les lésions corporelles, les maladies pulmonaires, le taux accru d'infections transmises sexuellement et les retards de développement chez les enfants¹⁵. M. Anaya a signalé que les femmes autochtones vivant à proximité de sites d'extraction pétrolière, gazière ou minière sont également vulnérables aux maladies transmises sexuellement (dont le VIH et le sida), lesquelles sont souvent apportées par des travailleurs de

11 Amnesty International, *Out of Sight*, supra note 3 à la p 2.

12 *Ibid* à la p 37.

13 James Anaya, *Statement by the United Nations Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples James Anaya to the International Expert Group Meeting on the Theme: Sexual Health and Reproductive Rights* (15 janvier 2014) [Anaya, Déclaration du Rapporteur spécial], en ligne : <<https://unsr.jamesanaya.org/statements/statement-to-the-international-expert-group-meeting-on-the-theme-sexual-health-and-reproductive-rights>>.

14 *Ibid*.

15 Deborah Stienstra et coll, *Gendered and Intersectional Implications of Energy and Resource Extraction in Resource-Based Communities in Canada's North* (Feminist Northern Network, 2016) à la p 10, en ligne : <<https://fn.criaw-icref.ca/images/userfiles/files/SSHRC%20KS%20Report.pdf>>.

l'extérieur¹⁶. Les risques touchant la santé mentale (stress, toxicomanie, dépression, etc.) s'avèrent aussi inquiétants. Les recherches ont montré que les projets d'extraction peuvent par ailleurs avoir une incidence sur les taux de consommation de substances illicites au sein des communautés¹⁷.

Effets sur l'environnement

Il est vrai que les activités extractives peuvent produire croissance et prospérité économique, mais elles peuvent aussi causer des dommages irréparables à l'environnement. Quand elles causent la perte de terres et de ressources naturelles traditionnellement utilisées par des communautés autochtones, les conséquences peuvent être dévastatrices. Sans parler du fait que, une fois les projets terminés, les entreprises s'en vont et laissent des terres polluées et ravagées qui ne peuvent plus soutenir un mode de vie de subsistance¹⁸. De grande ampleur, les impacts se font sentir à tous les égards, touchant tout depuis les nappes phréatiques jusqu'à la fertilité des sols¹⁹. De surcroît, les infrastructures nécessaires aux projets de développement (oléoducs ou gazoducs; barrages, routes et aéroports) peuvent perturber les habitudes migratoires de la faune, polluer le sol et l'eau potable, entraîner le déversement de mercure dans les cours d'eau et créer de grands réservoirs qui modifient les microclimats locaux²⁰. Souvent, ces effets négatifs sont amplifiés par le fait que les perturbations et la baisse subséquente des activités de récolte de ressources (cueillette de petits fruits et piégeage, par exemple) sont liées à tout un éventail de problèmes de santé physique et mentale²¹.

Les femmes vivent généralement les effets de la dégradation de l'environnement en premier et plus intensément en raison de leur rôle et des responsabilités qu'elles assument au sein du foyer²². De plus, bien des femmes autochtones ont un lien fort avec la terre étant donné leur culture, et la détérioration de la terre mine leur bien-être culturel et personnel. Les femmes autochtones ont affirmé vivre la destruction écologique et environnementale comme une forme de violence : « Nous parlons de corps ou d'espace territorial parce qu'il ne s'agit pas seulement de défendre les droits des femmes, mais aussi de défendre la terre. Comme on l'a dit, les hommes aussi subissent les conséquences des activités minières, mais les femmes les ressentent différemment, et nous pensons que c'est beaucoup plus violent pour nous » [notre traduction]²³.

Effets culturels

Dans son rapport de 2011, James Anaya écrivait que : « Plusieurs organisations autochtones gouvernementales et non gouvernementales [ont] souligné que l'abandon forcé par les autochtones [sic] de leurs terres traditionnelles – soit en raison de la confiscation de leurs terres soit du fait des dégradations causées à l'environnement par les projets d'exploitation minière – avait globalement porté atteinte à la culture et aux structures sociales autochtones »²⁴. On a décrit la grande conséquence de cette migration forcée comme la transformation de « gens ancrés dans l'écosystème » en

16 Anaya, *Déclaration du Rapporteur spécial*, supra note 13; Ginger Gibson et Jason Klinck, « Canada's Resilient North: The Impact of Mining on Aboriginal Communities » (2005) 3:1 *Pimatisiwin: J Aboriginal et Indigenous Community Health* 115, en ligne : <<https://caid.ca/JAICH2005v3n1p115.pdf>>.

17 Stienstra et coll, supra note 15 à la p 10.

18 Jill K Carino, « Women and Mining in the Cordillera and the International Women and Mining Network » dans Ingrid Macdonald et Claire Rowland, dir, *Tunnel Vision: Women, Mining and Communities* (Victoria, Austrl, Oxfam, 2002) à la p 18.

19 *Ibid.*

20 Stienstra et coll, supra note 15 à la p 11.

21 *Ibid.*

22 KAIROS, supra note 7 à la p 6.

23 *Ibid.*

24 James Anaya, *Sociétés minières opérant en territoire autochtone ou à proximité*, CDHNU, 18^e sess, Doc off NU A/HRC/18/35 (2011) à la p 10 [Anaya, *Sociétés minières*].

« réfugiés écologiques »²⁵. Il semble que ces déplacements ont eu un impact particulièrement négatif sur les femmes autochtones, qui perdent souvent une partie de leur pouvoir social, économique et décisionnel quand elles doivent délaissier leurs activités traditionnelles menées sur le territoire²⁶. La Commission royale sur les peuples autochtones a examiné deux collectivités déplacées pour permettre la construction de barrages hydroélectriques : la nation Carrier Cheslatta, établie dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique, qui a perdu ses collectivités quand le barrage Kemano a été érigé sur la rivière Nechako, dans les années 1950; et les Cris de Chemawawin, réinstallés au moment de la construction du barrage hydroélectrique de Grand Rapids, au Manitoba, quelques années plus tard²⁷.

Les projets d'exploitation de ressources peuvent aussi perturber les traditions et les pratiques culturelles autochtones en bloquant l'accès aux terres traditionnelles, ce qui touche les sentiers de piégeage, les territoires de chasse, les sites de rencontres familiales et les lieux sacrés. Non seulement cette situation nuit-elle à la pérennité de la culture et des traditions, mais elle affecte aussi la sécurité alimentaire, le bien-être et l'identité de bien des peuples autochtones²⁸. La continuité linguistique en prend un coup également²⁹. Il est fréquent que ces projets causent la disparition d'endroits qui revêtent une importance culturelle et spirituelle pour les Autochtones, notamment des lieux sacrés.

Effets sur l'économie

Les points de vue divergent quant aux avantages des activités extractives, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des communautés autochtones. Comme on l'a vu, l'accent est généralement mis sur les avantages économiques des projets d'extraction des ressources naturelles, mais la portée limitée de ces avantages ou leur incapacité de compenser les problèmes qu'ils créent sont passées sous silence. C'est particulièrement vrai pour les femmes autochtones, qui risquent encore plus de connaître une pauvreté accrue quand elles n'ont pas voix au chapitre – ou si peu – quant au déroulement des grands projets d'extraction prévus dans leurs collectivités³⁰.

L'accès aux emplois dans les industries extractives varie considérablement entre les Autochtones et les non-Autochtones, de même qu'entre les hommes autochtones et les femmes autochtones. Ces dernières doivent souvent porter le double fardeau du racisme et du sexisme en milieu de travail. Par exemple, des femmes autochtones travaillant pour une mine en Australie estimaient qu'elles occupaient l'échelon le plus bas de la hiérarchie. Ainsi, les hommes non autochtones se retrouvaient complètement en haut, suivis des femmes non autochtones, puis des hommes autochtones et, finalement, des femmes autochtones³¹. Ce double fardeau de la race et du sexe a souvent comme résultat de confiner les femmes autochtones aux postes de personnel de service des échelons inférieurs au sein de l'industrie extractive, quand elles parviennent simplement à s'y faire embaucher. Selon une femme autochtone : « L'industrie minière a toujours été une affaire d'hommes. Nous, nous faisons le ménage, et les autres postes sont hors de notre portée. Un homme passera toujours devant une femme; c'est comme ça, dans les mines » [notre traduction]³². Outre les défis liés à l'accès, il y a le fait que certaines femmes autochtones choisissent de ne pas travailler dans le secteur de l'extraction en raison de l'incompatibilité de ce genre

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*

27 Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, volume 1 : Un passé, un avenir* (Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996), en ligne : <data2.archives.ca/e/e448/e011188231-01.pdf>.

28 Stienstra et coll, *supra* note 15 à la p 11.

29 *Ibid.*

30 Margo Tatgenhorst Drakos, « The Corporate Human Rights Impact Assessment: Top-Down and Bottom Up » (2009) 18 *Intl Affairs Rev* 1.

31 Parmenter, *supra* note 6 à la p 76.

32 *Ibid.*

d'emploi avec les lois coutumières régissant leur relation avec la nature et leur responsabilité envers cette dernière.

Les femmes autochtones qui ne sont pas en mesure d'obtenir un emploi dans l'industrie des services ou dans le secteur minier, ou bien qui choisissent de ne pas y travailler, pâtissent ensuite quand les ressources nécessaires aux moyens de subsistance traditionnels sont perturbées ou détruites. C'est ce qui arrive le plus souvent quand les projets de développement détériorent l'environnement là où s'exerçaient des activités traditionnelles de subsistance comme la cueillette et la chasse³³. Le cas échéant, ces femmes disposent de peu de solutions pour subvenir à leurs besoins et à ceux de leurs familles. De plus, ces difficultés économiques peuvent empirer au terme du projet parce que l'économie locale s'effondre alors souvent, que les travailleurs sont dépendants d'un projet qui prend fin et que les possibilités de subsistance sont moins nombreuses qu'avant le projet³⁴.

Les répercussions des activités extractives se font sentir sur tous les membres de la communauté, mais les problématiques particulières aux femmes sont rarement prises en considération ou corrigées. Comme l'ont rappelé les représentants d'une organisation non gouvernementale autochtone : « C'est seulement quand les sociétés minières reconnaissent cette lacune et modifient radicalement la façon dont elles font participer les femmes et dont elles facilitent la participation des femmes aux décisions qu'elles peuvent vraiment contribuer au développement durable et équitable » [notre traduction]³⁵. Dans la prochaine section, nous verrons comment il est possible de s'appuyer sur le droit international en matière de droits de la personne et sur les traditions juridiques autochtones pour faire en sorte que les droits des femmes autochtones soient reconnus et respectés dans le cadre du processus décisionnel au sein de l'industrie extractive.

Application future du droit international en matière de droits de la personne et du droit autochtone

Dans tout examen visant à déterminer comment le droit international en matière de droits de la personne et les traditions juridiques autochtones peuvent contribuer à protéger les femmes autochtones quand les activités extractives s'intensifient, il est bon de rappeler la recommandation de James Anaya, selon laquelle il faut « adopter une approche qui tienne pleinement compte des droits susceptibles d'être affectés par les activités extractives »³⁶. Dans son rapport, M. Anaya souligne que, dans l'examen destiné à recenser les effets des industries extractives sur les peuples autochtones, l'accent est mis principalement sur les principes de consultation et de consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause³⁷. M. Anaya n'est pas d'accord avec cette démarche, car elle « sème la confusion quant au cadre des droits de l'homme à prendre en considération pour déterminer les conditions dans lesquelles les entreprises pourraient légitimement mener des activités extractives en territoire autochtone ou à proximité »³⁸. Il vaudrait mieux garder à l'esprit que la consultation et le consentement ne sont pas une fin en soi, et reconnaître que « les principes de la consultation et du consentement constituent ensemble une norme spéciale qui protège des droits substantiels des peuples autochtones et en permet l'exercice »³⁹. Il s'agit notamment de leurs droits à la propriété, à la culture et à la liberté

33 Carino, *supra* note 18 à la p 17.

34 Drakos, *supra* note 30 à la p 4.

35 *Ibid.* Les possibilités s'amenuisent quand l'environnement a été tellement altéré par les activités de développement que les femmes ne peuvent plus retourner à leurs modes traditionnels de subsistance, par exemple la cueillette et la chasse.

36 James Anaya, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones*, CDHNU, 21^e sess, doc off NU A/HRC/21/47 (2012) à la p 13.

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*

39 *Ibid* à la p 14.

de religion; de leur droit de ne faire l'objet d'aucune forme de discrimination en ce qui concerne les terres et les ressources naturelles; de leur droit à la santé et au bien-être physique; et de leur droit de définir et concrétiser leurs propres priorités en matière de développement, conformément à leur droit fondamental à l'autodétermination⁴⁰.

Cependant, comme nous l'avons exposé plus haut, les retombées des industries extractives ne sont pas les mêmes pour les femmes que pour les hommes, de sorte qu'une recension complète des droits qui sont touchés oblige aussi un examen des effets ressentis par les femmes autochtones plus précisément. De fait, l'article 22 de la DNUDPA⁴¹ porte qu'une attention particulière doit être accordée aux droits et aux besoins spéciaux des femmes autochtones, tout en exigeant que les États prennent des mesures pour veiller à ce qu'elles bénéficient de toutes les garanties voulues que renferme la DNUDPA.

Les règles en matière de droits de la personne et les lois autochtones doivent donc être prises en considération et mises en application d'une manière qui respecte la situation et les besoins propres aux femmes. Cette approche offre la meilleure protection aux Autochtones, hommes et femmes, dans le cas où une collectivité décide de participer ou même de se livrer elle-même à des activités d'extraction sur son territoire traditionnel.

Droit à la culture

Selon l'article 11 de la DNUDPA, « les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes »⁴². L'article 13 de cette déclaration protège le droit des Autochtones à transmettre ces traditions culturelles aux générations futures⁴³.

Comme on l'a vu dans la section précédente, les activités extractives peuvent avoir sur les cultures autochtones des effets préjudiciables énormes, dont bon nombre frappent de façon particulière les femmes. Pour de nombreux peuples autochtones, le lien entre la terre et la culture est primordial. Par conséquent, toute répercussion négative de l'extraction des ressources sur des terres autochtones peut avoir une incidence profonde sur une bonne partie des pratiques culturelles des Autochtones visés. Par exemple, quand des territoires traditionnels sont contaminés à un point tel qu'ils ne peuvent plus servir de source de nourriture, il s'ensuit une perte de capital social et culturel, plus précisément une « érosion des modes de vie traditionnels » [notre traduction]⁴⁴. En outre, les connaissances culturelles sur l'interaction durable avec la terre et sur la participation aux activités traditionnelles, comme la chasse et la cueillette, peuvent également se perdre.

40 Voir Rodolfo Stavenhagen, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, Doc off CESNU, 59^e sess, Doc NU E/CN.4/2003/90 (2003) aux para 6–30 (discussion portant sur l'incidence qu'ont les grands projets de développement sur les droits des peuples autochtones, y compris les droits relatifs aux terres et aux ressources); Rodolfo Stavenhagen, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, Doc off CESNU, 58^e sess, Doc NU E/CN.4/2002/97 (2002) aux para 39–57 (examen des lois et pratiques nationales et internationales qui protègent les droits des Autochtones relatifs aux terres, aux territoires et aux ressources naturelles); James Anaya, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, Doc off CDHNU, 9^e sess, Doc NU A/HRC/9/9 (2008) aux para 20–30 (examen des pratiques des organismes de défense des droits de la personne à la lumière des instruments internationaux d'application générale); OEA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Report on the situation of human rights in Ecuador*, Doc off OEA/Ser.L/V/II.96/Doc. 10, rev. 1 (1997), c VIII (discussion sur le fait que la pollution découlant de l'extraction pétrolière serait contraire aux droits à la vie et au bien-être matériel); OEA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Indigenous and tribal peoples' rights over their ancestral lands and resources, norms and jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, Doc off OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 (2009) aux para 5–22 (examen des fondements des droits des Autochtones relativement aux terres, aux territoires et aux ressources énoncés dans les instruments internationaux, le droit international coutumier et la pratique des organismes créés en vertu de traités).

41 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, Doc off, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

42 *Ibid*, art 11.

43 *Ibid*, art 13.

44 Raywat Deonandan, Kalowatie Deonandan et Brennan Field, « Mining the Gap: Aboriginal Women and the Mining Industry » à la p 13, en ligne : <<https://ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/35187/1/deonandan%20-%20mining%20the%20gap%20SSHRC%20report.pdf>>.

Les connaissances culturelles varient entre les hommes et les femmes, donc il y a un risque à ne tenir compte que de l'opinion des hommes autochtones au sujet de l'acceptation ou du rejet d'activités de développement sur des territoires traditionnels. Quand il a parlé des conséquences de la privatisation et de l'aménagement des terres sur l'environnement du peuple Salish du littoral, Charles Seymour a mentionné ce qui suit : « Les plantes servent à la préparation spirituelle, à la purification et à des fins médicinales. J'ai été élevé par mes grands-mères, donc je me rends compte que j'ai reçu énormément de connaissances généralement transmises aux femmes. Mes deux grands-mères m'ont initié chacune à des plantes différentes, alors je sais quel côté de ma famille possédait quelle connaissance particulière » [notre traduction]⁴⁵.

De plus, bien des lois coutumières autochtones sont étroitement liées aux territoires traditionnels. Ces règles et pratiques peuvent aussi être fonction du sexe des gens visés :

Swuqus, Mount Prevost, c'est là où l'un de nos premiers ancêtres a été envoyé sur la terre... puis notre peuple a utilisé les deux buttes de la montagne. L'une servait aux garçons, l'autre, aux filles, pour le passage à l'âge adulte. On tenait des cérémonies sur l'une et l'autre pour aider les jeunes à devenir des adultes pleinement fonctionnels dans notre société, pour leur donner une bonne éducation.

Nous ne pouvons plus nous livrer à ces rites sacrés parce que tout le monde peut accéder à la montagne maintenant; notre accès a été finalement aboli.

Comme nous ne détenons plus l'accès à ce lieu et ne pouvons pas continuer d'y faire nos rituels, la santé sociale de notre communauté en souffre [notre traduction]⁴⁶.

Pour protéger le droit des femmes autochtones à leur culture, il faut donc prendre en compte les effets particuliers que peuvent avoir les activités extractives d'exploitation des ressources sur les connaissances et les pratiques culturelles de ces femmes, ainsi que sur les lois coutumières.

Liberté de religion

Le droit des peuples autochtones « de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures » est également garanti par la DNUDPA⁴⁷.

Dans beaucoup de recherches sur les femmes autochtones et le secteur minier, on rapporte que les femmes soulignent les répercussions directes et négatives sur la culture et la spiritualité autochtones causées par les dommages à l'environnement attribuables aux mines⁴⁸. Comme l'a déclaré l'une de ces femmes : « tout ce que j'ai appris ou tout ce qu'on m'a raconté sur l'eau dans mon enfance a toujours été associé au *matasawin* (l'esprit). Donc quand on pense au développement des sables bitumineux ou qu'on voit des endroits où les gens polluent l'eau, c'est assez troublant et nous porte à réfléchir sérieusement à ce qui risque de nous arriver » [notre traduction]⁴⁹. Cette notion, selon laquelle la terre est un lieu sacré et les ressources de l'environnement doivent être respectées parce qu'elles sont un don du Créateur, est commune à bon nombre de peuples autochtones⁵⁰.

45 Entretien de Sarah Morales avec William Charles Seymour (21 janvier 2010).

46 *Ibid.*

47 DNUDPA, *supra* note 41, art 25.

48 Deonandan, Deonandan et Field, *supra* note 44 à la p 12.

49 *Ibid.*

50 *Ibid* à la p 13.

Pour certaines femmes autochtones, la reconnaissance du lien spécial et vital avec les terres et les ressources qui se trouvent sur leurs territoires engendre des principes juridiques précis. Par exemple, la Nation Tsleil-Waututh décrit son rôle dans le maintien de sa relation à la terre en ces termes : « La Nation Tsleil-Waututh possède une obligation sacrée, d'ordre juridique, de protéger et de défendre l'eau, la terre, l'air et les ressources qui se trouvent sur son territoire ainsi que d'en assurer l'intendance. Cette obligation englobe la responsabilité de préserver et rétablir les conditions qui permettent de protéger les bases environnementales, culturelles, spirituelles et économiques permettant que notre nation et notre communautés puissent prospérer » [notre traduction]⁵¹.

De plus, dans certains cas, l'exploitation des ressources menace des lieux à vocation spirituelle ou sacrée situés à l'intérieur des territoires traditionnels. Même si elles subissent la discrimination, la marginalisation, la violence et une foule d'autres atteintes à leurs droits en raison des activités industrielles menées sur leurs territoires traditionnels, les femmes autochtones sont à l'avant-plan des campagnes visant à protéger ces lieux⁵². À ce propos, l'aînée Hul'qumi'num Laura Sylvester raconte une histoire : « Il y a un élevage de morue charbonnière sur l'île Saltspring, à Walker Hook. Durant la construction, les eaux usées s'écoulaient en traversant une de nos tombes. Je me suis battue pour ce cimetière; j'étais prête à aller en prison pour le protéger. Nous avons passé deux ou trois semaines au tribunal, à Victoria, à nous battre pour préserver Walker Hook, car les Penelakut y avaient habité » [notre traduction]⁵³.

Les femmes autochtones doivent donc composer avec des risques pour leur sécurité quand elles assument leur rôle en matière de défense des lieux sacrés, de la terre et des droits de la personne⁵⁴. Par conséquent, elles doivent se battre non seulement pour protéger leur terre, leur culture et leur spiritualité, mais aussi, souvent, pour préserver leur droit à l'intégrité physique et à la sécurité.

Droit à la santé et au bien-être physique

L'article 24 de la DNUDPA protège aussi le droit des Autochtones à la santé et au bien-être physique.

En plus de détruire les territoires traditionnels des Autochtones, l'intensification des activités extractives épuise les ressources dont les peuples autochtones ont besoin pour vivre en santé. Martina Joe, une jeune femme de la Nation Salish du littoral, en décrit comme suit les effets :

Ma grand-mère connaît différentes plantes médicinales, mais elles se trouvent sur des terres privées à l'intérieur de notre territoire traditionnel. Elle peut me parler des endroits et me les décrire, mais comme quelqu'un d'autre est propriétaire des terres, nous ne pouvons pas y accéder et je ne peux pas voir les plantes. C'est une situation qui se produit dans différentes parties de notre territoire traditionnel où se trouvent différentes plantes ou même des aliments traditionnels.

Je me souviens que mes grands-parents se rendaient en voiture à divers endroits sur notre territoire traditionnel pour trouver des plantes différentes, cueillir du céleri indien sauvage aussi appelé *yu'lu*.... Ils me racontaient que la plante contient

51 Tsleil-Waututh Nation, Treaty, Lands et Resources Department, *Assessment of the Trans Mountain Pipeline and Tanker Expansion Proposal* à la p 3, en ligne : Sacred Trust Initiative <<https://twnsacredtrust.ca/trans-mountain-assessment-report/>>.

52 Judy Pasimio, « Mining and Violence against Rural and Indigenous Women in the Philippines » (Quezon City, Philippines, LILAK, Purple Action for Indigenous Women's Rights, 2013), en ligne : <https://lilak.net/wp-content/uploads/2017/02/MiningVAW_online.pdf>.

53 Entretien de Sarah Morales avec Laura Sylvester (20 juin 2010).

54 Inmaculada Barcia, « Women Human Rights Defenders Confronting Extractive Industries: An Overview of Critical Risks and Human Rights Obligations » (AWID et Women Human Rights Defenders International Coalition, 2017), en ligne : <www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/whrds-confronting_extractive_industries_report-eng.pdf>.

beaucoup de fibres, de vitamines et d'enzymes naturelles qui sont bonnes pour nous. Mais à cause du zonage et du développement, je n'ai plus accès à ces endroits.

Le développement ne respecte pas la culture des autres peuples [notre traduction]⁵⁵.

L'incapacité d'accéder aux plantes traditionnelles et médicinales, ainsi que la destruction de ces dernières par les activités de développement, restreint le droit des femmes autochtones à la santé. C'est un fait connu : les femmes autochtones du Canada sont en mauvaise santé, et ce, à cause de plusieurs facteurs comme des logements de piètre qualité, un environnement physique dégradé, un faible niveau de scolarité, un statut socioéconomique inférieur, des possibilités d'emploi moindres et une infrastructure communautaire affaiblie⁵⁶. Ces conditions socioéconomiques s'accroissent quand les industries extractives empiètent sur les territoires autochtones.

Comme nous l'avons décrit dans la section précédente, le droit des femmes autochtones à la santé physique et à la sécurité est également compromis par le développement des industries extractives dans leurs communautés. Ce phénomène est particulièrement déconcertant quand on sait que les gouvernements et les forces de l'ordre au Canada ont reconnu que les femmes et les filles autochtones subissent davantage de violence, et des formes plus graves de violence, que les autres femmes et filles au pays⁵⁷. Lorsqu'elle a tracé le portrait des femmes autochtones dans le nord de la Colombie-Britannique (où les activités extractives se sont multipliées), Helen Knott a fait savoir à Amnesty International que le risque pour les femmes et les filles autochtones de la région s'était accru à cause de la présence d'un grand nombre d'hommes venus travailler pour les industries extractives. Elle ajoute que c'est le pouvoir économique qu'ils acquièrent ainsi qui leur donne le courage d'afficher des attitudes racistes et sexistes qu'ils cacheraient probablement ailleurs⁵⁸. D'après elle, pour justifier leurs actes de harcèlement et de violence, les hommes invoquent des stéréotypes sexistes et racistes selon lesquels les femmes et les filles autochtones sont des ivrognes, des femmes faciles qui n'ont que ce qu'elles veulent⁵⁹. En 2016, Helen Knott a déclaré à un journaliste d'un journal national qu'il fallait absolument parler de la violence faite aux femmes autochtones parce que le chaos créé par l'exploitation des ressources était réellement dangereux pour les femmes et les jeunes filles autochtones qui grandissent⁶⁰. Alors, si le Canada est vraiment déterminé à mettre la DNUDPA en application, il doit tenir compte de la menace que l'exploitation des ressources fait peser sur la santé et la sécurité des femmes et des filles autochtones.

Droit de participer à la prise de décisions

La DNUDPA reconnaît aux peuples autochtones le droit « de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles »⁶¹. Toujours selon cette déclaration, ces peuples ont également le droit « de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources »⁶². La DNUDPA porte aussi que les États doivent se

55 Entretien de Sarah Morales avec Martina Joe (9 avril 2010).

56 Société des obstétriciens et gynécologues du Canada, « SOGC Policy Statement: A Guide for Health Care Professionals Working with Aboriginal Peoples » (avril 2001) 2 J SOGC 3.

57 Voir Amnesty International, *Canada: Stolen Sisters: A Human Rights Response to Discrimination and Violence against Indigenous Women in Canada* (2004), en ligne : <www.amnesty.ca/sites/amnesty/files/amr200032004enstolensisters.pdf>.

58 Amnesty International, *Out of Sight*, supra note 3 à la p 51.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.* à la p 51 (entretien avec Helen Knott, à Fort St. John, 16 octobre 2015).

61 DNUDPA, supra note 41, art 18.

62 *Ibid.*, art 32.

concerter et coopérer « de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés – par l’intermédiaire de leurs propres institutions représentatives – avant d’adopter et d’appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d’obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause »⁶³.

Le droit des Autochtones de participer aux décisions relatives aux activités extractives est lié à leur droit à l’autodétermination, leur droit à l’autonomie et leur droit d’être consultés ainsi qu’à l’obligation pour les États d’obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. Ce droit de participation n’est pas limité aux situations où les activités doivent se dérouler à l’intérieur ou à proximité de terrains reconnus par l’État comme étant des terres autochtones⁶⁴. Il s’étend en effet aux cas où les peuples autochtones détiennent, utilisent, mettent en valeur et contrôlent des terres, des territoires et des ressources en vertu de leurs propres lois à l’endroit où des activités extractives se déroulent ou sont censées se dérouler, ou bien à proximité⁶⁵.

Dans son rapport de suivi sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, plus particulièrement dans le contexte des activités extractives, le Mécanisme d’experts sur les droits des peuples autochtones (MEDPA) a souligné plusieurs considérations spéciales relatives aux femmes autochtones et au droit de participer aux décisions dans le domaine des industries extractives⁶⁶. Les participants à une réunion d’un groupe d’experts internationaux sur le thème « lutte contre la violence envers les femmes et les filles autochtones : article 22 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* », ont conclu que la violence exercée contre les femmes et les filles autochtones par des acteurs gouvernementaux ou non gouvernementaux ainsi que par des entreprises du domaine public englobait « la militarisation et les activités que mènent les multinationales et les industries d’extraction en toute impunité sur les territoires des peuples autochtones. Ces acteurs et leurs activités font du tort aux femmes et aux filles autochtones, les exposant à des agressions sexuelles, à l’exploitation sexuelle, à la prostitution, à la servitude pour dette, à l’exploitation des travailleuses migrantes sous contrat à l’étranger, au déplacement à l’intérieur de leur propre pays, et à la violence environnementale »⁶⁷. Le MEDPA a mentionné de plus, comme il en est question plus haut, que les activités de l’industrie extractive peuvent avoir des répercussions écologiques, économiques et spirituelles sur les femmes autochtones, traditionnellement chargées d’assurer la préservation des environnements⁶⁸. Il a conclu que ces conséquences et ces formes de violence dont sont victimes les femmes et les filles autochtones doivent être éliminées « par la compréhension du caractère structurel de la violence contre les femmes autochtones, en assurant la pleine participation de ces femmes à tous les aspects de la prise des décisions et par la prise en considération de ce problème par les communautés autochtones comme faisant partie intégrante de l’autodétermination »⁶⁹.

Cette inclusion des femmes dans la prise de décisions concorde avec beaucoup de traditions juridiques autochtones. Par exemple, Willie Seymour, un aîné de la Nation Hul’qumi’num, a rappelé l’importance des femmes dans le processus traditionnel visant l’obtention d’un consentement, en racontant :

63 *Ibid*, art 19.

64 James Anaya, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l’homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, CDHNU, 12^e sess, Doc NU A/HRC/12/34 (2009) au para 44.

65 Anaya, *Sociétés minières*, *supra* note 24.

66 Mécanisme d’experts sur les droits des peuples autochtones, *Rapport de suivi sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, l’accent étant mis sur les industries extractives*, CDHNU, 5^e sess, Doc NU A/HRC/EMRIP/2012/2 (2012).

67 Instance permanente sur les questions autochtones, *Lutte contre la violence envers les femmes et les filles autochtones : article 22 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Doc off CESNU, 11^e sess, Doc NU E/C.19/2012/6 (2012) au para 21. Voir aussi Mécanisme d’experts sur les droits des peuples autochtones, *supra* note 66 à la p 12.

68 Instance permanente sur les questions autochtones, *supra* note 67 au para 27.

69 Mécanisme d’experts sur les droits des peuples autochtones, *supra* note 66 au para 37.

Il frappait son tambour une autre fois, et c'était le signal pour faire venir les gens, pour annoncer qu'il y avait une question à régler.

Les gens arrivaient rapidement. 'Nous avons besoin de discuter'.

Les femmes venaient aussi et étaient invitées à poursuivre la discussion. C'était ouvert et, parfois, la question à régler concernait les femmes.

Et personne ne s'en allait tant qu'il n'y avait pas de solution satisfaisante.

On demandait aux gens, à chacun : 'nil ow' sthuthi' ni' 'utun shqualuwun'. 'Est-ce que ça te convient à toi, personnellement' 'Notre décision est-elle la bonne?' 'Est-elle acceptable?' On faisait le tour pour demander l'avis de chacun, puis on disait 'tun' ni' 'utunu 'il kwet ch' – ce qui signifiait : 'à partir de maintenant, c'est réglé'. On nommait ensuite des aînés qui devaient s'occuper des gens concernés [notre traduction]⁷⁰.

Comme l'illustre cette histoire, les femmes étaient toujours incluses dans le processus et pouvaient donner leur point de vue, particulièrement quand la question à régler nécessitait une perspective féminine ou portait sur un point qui relevait des connaissances spécialisées des femmes.

Par conséquent, si le Canada souhaite véritablement mettre en application la DNUDPA dans le respect des droits des femmes autochtones, quand il envisage la croissance de l'industrie extractive il doit s'assurer que le droit des dites femmes à l'autodétermination est respecté en intégrant ces femmes à tous les aspects décisionnels et en cherchant activement à obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause pour tout projet de développement dont le site est sur leurs territoires traditionnels ou qui a une incidence sur ces territoires.

Conclusion

Le Canada est très riche en ressources énergétiques. En revanche, si certains Canadiens profitent immensément de l'extraction de ces ressources, d'autres se trouvent encore plus marginalisés et appauvris par leur exploitation. Comme l'a montré le présent article, les peuples autochtones – dont les terres et les ressources sont les fondements de la richesse liée aux activités d'exploitation – sont souvent exclus et privés de tout rôle significatif dans la prise de décisions, en plus de subir les graves effets nuisibles de ces activités sur le plan du logement, de la santé, de la culture, de la sécurité, du transport et d'autres services sociaux. En outre, ces impacts négatifs sont vécus beaucoup plus profondément par les femmes et les filles autochtones. La question du développement des industries extractives et des droits de la personne suppose l'établissement, entre les Autochtones, les gouvernements et le secteur privé, d'une relation fondée sur la pleine reconnaissance des droits des peuples autochtones relativement à leurs terres, territoires et ressources naturelles, et cela implique l'exercice de leur droit à l'autodétermination. Le droit des peuples autochtones au développement durable inclut le droit de déterminer leur propre rythme de changement, conformément à leur propre vision du développement, y compris le droit de refus. Ce droit à l'autodétermination doit refléter les préoccupations et les solutions autant des hommes que des femmes autochtones si le Canada veut mettre en œuvre de la DNUDPA d'une manière qui favorise la réconciliation et la mise en application des traditions juridiques autochtones⁷¹.

70 Entretien avec Willie Charles Seymour (23 juin 2010) dans Sarah Morales, *Snuw'uyulh: Fostering an Understanding of the Hul'qumi'num Legal Tradition* (thèse de doctorat, Université de Victoria, 2014) [non publié] à la p 306.

71 Nous ne pensons pas qu'il incombe uniquement au gouvernement de déterminer comment les femmes autochtones pourraient s'exprimer et avoir voix au chapitre durant le processus décisionnel (chaque tradition juridique autochtone prévoyant son propre processus). Toutefois, nous croyons que le droit international en matière de droits de la personne impose au gouvernement le fardeau de s'assurer que le point de vue des femmes autochtones est pris en considération dans le cadre du processus décisionnel.

À propos de l'auteur

Membre de la bande des Cowichan de la Colombie-Britannique, Sarah Morales fait partie des Salish du littoral. Elle est titulaire d'un J.D. et d'un doctorat de l'Université de Victoria ainsi que d'une maîtrise en droit de l'Université de l'Arizona. Elle a aussi été boursière de recherche de niveau postdoctoral à l'Université de l'Illinois. Professeure agrégée à la faculté de droit de l'Université de Victoria, elle mène des activités d'enseignement et de recherche qui portent sur la responsabilité civile délictuelle, le droit autochtone, les traditions juridiques des Salish du littoral et le droit international en matière de droits de la personne, particulièrement en ce qui concerne les Autochtones.



Frédéric

Mise en œuvre de la DNUDPA : engagement ferme à l'égard de l'apprentissage interculturel des systèmes juridiques autochtones



Hannah Askew

Introduction

Selon John Borrows, Anishnabe et spécialiste du droit, l'engagement récent pris par les gouvernements fédéral et provinciaux à l'égard de la mise en application la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA)¹ au Canada offre la possibilité de redéfinir la relation entre les descendants des colonisateurs (que nous appellerons « colonisateurs ») et les Autochtones dans un meilleur contexte, marqué par le respect mutuel et l'égalité². Il est essentiel, dans cette optique, de vraiment se familiariser avec les traditions juridiques autochtones. La DNUDPA reconnaît que les droits des peuples

1 *Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones*, rés AG 295, doc off AGNU, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

2 John Borrows, « Donner une nouvelle vie à la Constitution canadienne, qui est autochtone : deux défis à relever », dans Oonagh Fitzgerald et Risa Schwartz, dir, *Mise en application de la DNUDPA : Tisser des liens entre le droit autochtone et les lois internationales et nationales*, Rapport spécial du CIGI, 31 mai 2017, à la p 22.

autochtones découlent des traditions juridiques propres aux Autochtones, plutôt que d'un régime juridique imposé par les colonisateurs et définissant les droits autochtones ancestraux en fonction de l'interprétation qu'en faisaient les Européens selon leur régime de droit³. Les colonisateurs et leurs gouvernements se sont engagés à mettre en œuvre la DNUDPA et à réaliser le projet plus global de la réconciliation. Il leur faut également investir beaucoup de temps et de ressources pour respecter de façon systématique les traditions juridiques autochtones.

Le « devoir d'apprendre »⁴ ce qu'est le droit autochtone

À l'évidence, il faut aux colonisateurs de l'humilité, de la patience, du temps et des efforts pour se familiariser de façon constructive avec le droit et la gouvernance autochtones. Comme l'a dit si éloquemment M. Lance Finch, ancien juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique : « Comment pouvons-nous intégrer les traditions juridiques autochtones au paysage juridique canadien? La réponse dépend, du moins en partie, d'une inversion de l'énoncé : dans le cadre de ce processus, il est essentiel que nous trouvions notre place (comme étrangers et nouveaux arrivants) au sein des traditions juridiques autochtones » [notre traduction]⁵.

Chaque tradition juridique autochtone est étroitement liée à la culture et à la vision du monde de la nation à laquelle elle appartient. Comme le précise John Borrows : « Les fondements du droit autochtone sont ancrés dans le profil social, historique, biologique, économique et spirituel de chaque groupe. Ils s'inspirent de nombreuses sources, dont les enseignements sacrés, les observations en milieu naturel, les proclamations positivistes, les pratiques de délibération et les coutumes locales et nationales » [notre traduction]⁶.

Comme c'est le cas de tous les immigrants, les colonisateurs canadiens (et les représentants de leurs gouvernements) doivent s'efforcer de saisir les occasions de découvrir les lois de leur terre d'adoption. L'obligation qu'ils ont de s'informer sur les traditions juridiques autochtones n'impose aucunement aux Autochtones l'obligation correspondante d'enseigner ces mêmes traditions aux colonisateurs. Cette obligation ne peut exister en aucun cas, mais surtout, dans la mesure où la violence passée et héritée du colonialisme demeure une blessure ouverte, il est probable que les Autochtones aient des priorités plus pressantes liées à la guérison et à la reconstruction de leurs communautés. Dans les cas où les Autochtones sont désireux et capables d'apprendre des choses aux colonisateurs, il faudrait attribuer une valeur à leur temps, à leurs connaissances et à leur expertise, et les rémunérer en conséquence.

Il convient de souligner que les traditions juridiques autochtones en vigueur au Canada sont à la fois diverses et uniques. Ainsi, quand on découvre les traditions juridiques d'une nation autochtone, il n'est pas garanti (ni même pas probable) qu'on soit plus apte à en comprendre d'autres. Si les colonisateurs se décident à découvrir les traditions juridiques autochtones applicables aux territoires sur lesquels ils vivent et travaillent, ils auront à leur disposition de nombreuses ressources publiques qui peuvent leur servir de point de départ pour se familiariser avec la vision du monde des Autochtones, avec leurs valeurs et leur sentiment d'appartenance à un lieu. En apprenant par eux-mêmes au moyen des sources accessibles au public, ils peuvent jeter des bases qui, avec le temps, leur permettront de comprendre plus en détail le droit autochtone et les processus juridiques connexes.

3 Sarah Morales, « Intégrer l'incommensurable : les traditions juridiques autochtones et l'obligation de consulter », dans Fitzgerald et Schwartz, *supra* note 2, à la p 73.

4 On doit cette expression à l'ancien juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l'honorable Lance Finch; voir Lance Finch, « The Duty to Learn: Taking Account of Indigenous Legal Orders dans Practice » (exposé fait à la conférence Indigenous Legal Orders and the Common Law, Continuing Legal Education Society of British Columbia, à Vancouver, en novembre 2012).

5 *Ibid* à la p 20.

6 John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, aux pp 23-24.

Des ressources pour découvrir le droit autochtone

Même si le présent document ne cherche pas à examiner en profondeur les diverses ressources permettant de découvrir le droit autochtone, on peut mentionner certains exemples relativement accessibles : « histoires traditionnelles publiées; enregistrements audio en ligne de conteurs et de conférenciers; lexiques; sites Web de nations ou de conseils de bande autochtones; bourse d'études multidisciplinaires autochtones, dont les thèses d'études supérieures ainsi que les écrits anthropologiques passés et présents (à traiter avec prudence car ils sont souvent écrits par des non-Autochtones); conférences publiques; œuvres d'art visuel comme les sculptures, poteaux et articles de tissage, mais aussi danse, musique et cinéma » [notre traduction]⁷. Il est essentiel que les gens qui découvrent une nouvelle culture et de nouvelles traditions juridiques en fassent l'apprentissage avec humilité et ouverture d'esprit, surtout s'ils n'ont reçu aucune formation sur la façon de les interpréter ni de les contextualiser. Par contre, on peut se familiariser avec la source de ces traditions sans imposer de fardeau à un enseignant autochtone, et aider l'apprenant à prendre conscience de certaines des valeurs et des structures de base d'une tradition juridique autochtone bien précise.

Le moyen le plus inspirant pour découvrir une tradition juridique autochtone donnée, c'est sans doute d'intégrer le réseau de relations formant la structure du droit autochtone, en participant à un apprentissage sur le terrain donné par des membres érudits de la communauté et inspiré de la terre elle-même. Les communautés étendent parfois ces précieuses occasions d'apprentissage à des personnes ou à des groupes extérieurs à elles. Par exemple, des « ateliers » juridiques anishnabe supervisés par John Borrows, où enseignent des membres de la communauté et des invités, sont organisés par diverses communautés anishnabe plusieurs fois par année. Les participants y ont la possibilité d'assimiler les enseignements juridiques des Anishnabe en établissant des liens grâce à des histoires, des cérémonies, des repas partagés et des moments passés sur les terres de ces communautés⁸. Par ailleurs, la Nation Tsilhqot'in organise un « camp culturel » annuel, durant lequel divers aspects des traditions juridiques et de la culture des Nenqayni sont abordés lors d'activités pratiques (pêche et teinture des peaux, notamment). Ce camp s'adresse surtout aux membres de la Nation, mais les non-membres qui souhaitent y participer sont les bienvenus, dans la mesure où ils sont prêts à se conduire de façon respectueuse.

Parce que les universités permettent d'accéder aux connaissances relatives au droit autochtone et qu'un nombre croissant d'Autochtones entrent dans des universités (à titre d'étudiants de premier ou de deuxième cycle, d'enseignants ou d'Aînés invités, ou dans d'autres rôles), il y a un volume croissant de connaissances juridiques propres aux Autochtones. Michael Coyle a examiné et résumé, à l'automne

7 Voir par ex *Accessing Justice and Reconciliation Project*, documents relatifs au projet, en ligne : <www.indigenousbar.ca/indigenouslaw/project-documents/>; *ibid*, vidéo et audio, en ligne : <www.indigenousbar.ca/indigenouslaw/audiovideo/>; Indigenous Law Research Unit, Université de Victoria, en ligne : <www.uvic.ca/law/about/indigenous/indigenouslawresearchunit/index.php>.

8 Pour une analyse de l'expérience des participants à ces ateliers juridiques, voir Osgoode Hall Law School, Université York, *The Anishinaabe Law Camp*, en ligne : <www.osgoode.yorku.ca/programs/jd-program/anishinaabe-law-camp/>; Lorne Sossin, *Anishinaabe Law Camp*, 25 septembre 2017, *Dean Sossin's Blog* (blogue), en ligne : <<https://deansblog.osgoode.yorku.ca/2017/09/anishinaabe-law-camp/>>; Lorraine Land, *Rethinking legal education: the Anishinaabe Law Camp*, en ligne : <<https://oklaw.com/rethinking-legal-education-anishnaabe-law-camp/>>; Hannah Askew, *Learning from the land: Anishinaabe law camp at Walpole Island First Nation*, 15 mai 2016, en ligne : <www.wcel.org/blog/learning-land-anishinaabe-law-camp-walpole-island-first-nation>; Serena Dykstra, Zachary Donofrio et Jasleen Johal, *Anishinaabe Law Camp*, 29 septembre 2014, en ligne : <<https://obiter-dicta.ca/2014/09/29/anishinaabe-law-camp/>>; Allison Grandish, *Anishinaabe Law Camp 2015*, 13 octobre 2015, en ligne : <<https://obiter-dicta.ca/2015/10/13/anishinaabe-law-camp-2015/>>; Windsor Law, Université de Windsor, *Anishinaabe Student Law Camp*, du 29 mars au 1^{er} avril 2018, formulaire d'inscription des étudiants, en ligne : <www.uwindsor.ca/law/aboriginal/sites/uwindsor.ca.law.aboriginal/files/pii_ki_giigidod_2018_student_law_camp.pdf>; Faculté de droit de l'Université McGill, *Anishinaabe Law Class: Law as a Human Experience*, 1^{er} novembre 2017, en ligne : <<https://publications.mcgill.ca/droit/2017/11/01/anishinaabe-law/>>; Western Law, Université Western, *Indigenous law camp imparts valuable lessons*, 2017, en ligne : <https://law.uwo.ca/news/2017/indigenous_law_camp_impacts_valuable_lessons.html>; Gemma Smyth, *Reflections on the Anishinaabe Law Camp (Bkejwanong Territory)*, 25 octobre 2016, en ligne : <<https://reconciliationsyllabus.wordpress.com/2016/10/25/reflections-on-the-anishinaabe-law-camp-bkejwanong-territory/>>; John Borrows, « An emphasis on indigenous law could help shape a future that's brighter than our past », dans *The Hill Times*, 28 juin 2017, en ligne : <www.hilltimes.com/2017/06/28/emphasis-indigenous-law-help-shape-future-thats-brighter-past/111748>.

2017, les travaux dans ce domaine⁹, et il a écrit : « Au cours des vingt dernières années, nous avons assisté à une explosion du nombre d'écrits consacrés aux traditions juridiques autochtones au Canada. Ces écrits vont constituer un précieux outil pour les communautés autochtones, les responsables des politiques gouvernementales, les juges et les universitaires. Ils offrent des réponses importantes à certaines questions, par exemple : comment identifier et interpréter les traditions juridiques autochtones? Quelles sont leurs sources et comment comprendre le raisonnement qui les sous-tend? » [notre traduction]¹⁰. Certains des travaux produits par des universitaires autochtones visent expressément un public extérieur au milieu universitaire. Par exemple, l'Indigenous Law Research Unit de l'Université de Victoria consacre un site Web complet aux ressources liées au droit autochtone, y compris un roman illustré et la populaire série de courtes vidéos intitulée « Indigenous Law on Demand ».

L'Indigenous Law Research Unit a également établi une méthode permettant de découvrir grâce à des récits les principes juridiques appliqués par les Autochtones. Cette unité a aussi conçu des séances de formation régulières tenues sur demande, au cours desquelles on enseigne cette méthode à des groupes, dans tout le pays et parfois à l'étranger. Val Napoleon et Hadley Friedland, qui ont élaboré la méthode en question, expliquent ce qui les a motivés : « Au Canada, de plus en plus de professionnels, d'universitaires et de membres de communautés autochtones souhaitent se familiariser de façon sérieuse et durable avec les traditions juridiques autochtones. Si ce mouvement se poursuit et prend de l'ampleur de façon productive, nous aurons besoin de cadres communs pour établir ces liens, au sein de ces mêmes groupes de professionnels et d'universitaires ainsi que des communautés autochtones » [notre traduction]¹¹.

Quand la DNUDPA sera mise en application au Canada (et que l'État canadien devra reconnaître le droit autochtone ainsi que les décideurs, les institutions et les processus juridiques autochtones), on aura encore plus besoin de cadres communs permettant aux non-Autochtones de se familiariser avec les traditions juridiques autochtones.

La dynamique et la nature évolutive du droit autochtone

Selon la jurisprudence canadienne, les tribunaux ont adopté une approche « intemporelle » des droits ancestraux, reconnaissant uniquement les aspects de la culture autochtone étayés par des éléments probants déjà existants au moment du contact avec les premiers colons européens¹². Cette vision issue de la jurisprudence canadienne a été largement critiquée par ceux d'après qui elle prive les Autochtones de leur droit inhérent de s'épanouir, d'évoluer et de s'adapter avec le temps, comme toutes les sociétés humaines le font nécessairement¹³.

Tout comme le droit canadien, les traditions juridiques autochtones sont dynamiques et évoluent au fil du temps afin de s'adapter à de nouvelles circonstances et à de nouveaux besoins. Comme le précise Johnn Borrows : « Tel qu'il est pratiqué aujourd'hui, le droit autochtone est parfois lié à l'histoire ancienne — mais pas toujours. Il est évolutif et change avec le temps [...] les traditions juridiques autochtones doivent répondre aux besoins actuels et futurs » [notre traduction]¹⁴. Cela suppose que les

9 Michael Coyle, *Indigenous Legal Orders in Canada: A literature review*, 2017, Western University Law Publications.

10 *Ibid* à la p iv.

11 Val Napoleon et Hadley Friedland, « The Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions through Stories », dans Tony Lucero et Dale Turner, dir, *Oxford Handbook of Indigenous Peoples' Politics*, Oxford, R-U, Oxford University Press, 2014.

12 Voir *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507.

13 Voir par ex Brenda L Gunn, « Au-delà de l'arrêt *Van der Peet* : intégrer le droit international, le droit autochtone et le droit constitutionnel », dans Fitzgerald et Schwartz, *supra* note 2 à la p 33; John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, *supra* note 6 à la p 8; John Borrows, *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, à la p 60.

14 John Borrows, « Heroes, Tricksters, Monsters, and Caretakers: Indigenous Law and Legal Education », 2016, 61:4, *Revue de droit de McGill*, 795, à la p 816.

principes juridiques applicables à un différend, ainsi que l'interprétation qu'on en fait et la façon dont on les applique, doivent faire l'objet d'un débat communautaire et doivent pouvoir évoluer grâce à des processus de délibération qui font eux-mêmes partie intégrante de la tradition juridique autochtone¹⁵.

Les colonisateurs qui cherchent à comprendre les applications contemporaines du droit autochtone à des enjeux actuels vitaux, ainsi qu'à en tirer des enseignements, doivent savoir que l'utilisation des médias sociaux par les Autochtones (en particulier de Twitter) a créé une tribune de discussion dynamique qui est souvent publique. Un exemple édifiant et récent de ce phénomène est un échange survenu sur Twitter le 10 février 2018 entre Peter Sankoff, professeur de droit à l'Université de l'Alberta et avocat criminaliste, et Kris Statnyk, avocat gwich'in, à propos d'un point des traditions juridiques crie après le meurtre du jeune Cri Colten Boushie. Finalement, il y a eu acquittement du meurtrier présumé par le système canadien de justice pénale. Lors de cet échange, M. Sankoff a mal interprété une déclaration faite par Bobby Cameron, chef de la Federation of Sovereign Indigenous Nations, M. Sankoff voyant cette déclaration comme une menace de vengeance. M. Statnyk a corrigé M. Sankoff dans une série de gazouillis (« tweets »). La déclaration de M. Cameron qualifiée de menace directe de vengeance par M. Sankoff se lisait comme suit : « Gerald Stanley, vous ne vous en tirez pas comme ça. Ne croyez pas un seul instant que vous vous en êtes sorti, parce qu'à un moment donné, vous allez finir par payer. Vos enfants vont payer et vos petits-enfants vont payer » [notre traduction]¹⁶.

L'échange entre les Statnyk et Sankoff, survenu, sur Twitter, s'est déroulé ainsi (en anglais; il s'agit ici de traductions libres) :

@PeterSankoff : Cet article témoigne des diverses réactions suscitées par l'affaire Stanley-Boushie. Les émotions sont à fleur de peau en Saskatchewan.

@PeterSankoff : Et quand je parle de « diverses » réactions, cela peut aussi bien se traduire par des réflexions comme « c'est triste, mais espérons que cela fera changer les lois » que par des menaces de vengeance directes.

@gwichinkris : Bonjour, Peter. Aucun des Autochtones cités dans cet article ne fait de « menaces directes de vengeance ». Cela n'aide personne lorsqu'on perpétue le mythe du sauvage violent, qui continue de nous nuire à tous.

@gwichinkris : Ce n'est pas une menace de vengeance. C'est une déclaration vraiment ancrée dans les traditions juridiques des Nehiyaw (ce que vous ignorez, évidemment). Voyez, par exemple, le principe des conséquences naturelles et spirituelles des préjudices causés, qui sont abordés ici (à la page 27) : http://indigenoubar.ca/indigenoulaw/wp-content/uploads/2012/12/cree_summary.pdf...

@gwichinkris : Je ne suis pas Cri, donc je ne prétendrai pas parler en leur nom, mais il est clair qu'il s'agit d'une conséquence naturelle ou spirituelle (c.-à-d. découlant de forces naturelles ou spirituelles). Cela peut être un élément dissuasif. Ne causez de préjudice à personne, car cela reviendra hanter votre famille.

@PeterSankoff : OK — Je crois que c'est une façon différente de voir les choses. Vous avez tout à fait raison — je n'en sais rien, et d'autres personnes ne le savent pas non plus, à moins qu'on leur explique le contexte. Merci de cette précision, mais il serait

15 Coyle, *supra* note 9.

16 Joe Friesen, « 'Unacceptable': Boushie family vows to seek justice after jury acquits Stanley », *The Globe and Mail*, 10 février 2018, en ligne : <www.theglobeandmail.com/news/national/unacceptable-boushie-family-vows-to-seek-justice-after-jury-acquits-stanley/article37931731/>.

utile qu'elle figure dans l'article, car cela a vraiment l'air d'une menace. Mais je retire ce que j'ai dit.

@gwichinkris : Mais pourquoi serait-ce seulement une façon différente de voir les choses? Pourquoi connaissez-vous mal les traditions juridiques des Nehiyaw, alors que vous vivez et travaillez sur des terres visées par le Traité n° 6? Pourquoi est-ce que cela vous paraît menaçant? Ce que je dis est la réaction que cette affaire [devrait] provoquer au sein des milieux juridiques blancs.

D'autres Cris qui ont vu cet échange sur Twitter se sont ensuite joints à la conversation et ont donné des exemples de la façon dont la dette spirituelle associée au fait de tuer quelqu'un peut influencer sur la vie d'une personne. J'y vois un exemple des débats publics animés relatifs au droit autochtone (notamment sur Twitter), débats accessibles aux colonisateurs désireux de suivre les réflexions des penseurs autochtones qui analysent les principes du droit autochtone et les appliquent aux conflits et aux enjeux contemporains, et apprendre de ces penseurs.

Reconstruire

À l'heure où les colonisateurs et leurs gouvernements commencent à se familiariser avec les traditions juridiques autochtones, beaucoup d'Autochtones participent au long processus consistant à reconstruire et à revitaliser leurs traditions juridiques et leurs systèmes de gouvernance.

Selon Napoleon et Friedland, il ne suffit pas d'être prêt à reconnaître le droit autochtone au nom de la société colonisatrice. En effet, la violence que le colonialisme a fait subir aux Autochtones a causé des dommages et des pertes qui doivent être reconnus avant que le processus de guérison et de reconstruction puisse être mis en branle :

[L]es fondements du droit autochtone sont fragiles — ce droit existe, il ne s'est jamais éteint — et nous en avons été témoins, mais il y a également de graves lacunes en raison desquelles certaines traditions juridiques autochtones ont été affaiblies, ont subi des distorsions ou ont disparu. Il ne faut donc pas seulement réclamer la reconnaissance du droit autochtone, car on ne peut supposer que les traditions juridiques seront complètes et intactes quand elles reprendront vie simplement parce que leur existence a été reconnue. Alors pour établir des liens avec le droit autochtone, il faut procéder à une reconstruction méticuleuse de ce dernier, et cela soulève deux questions : 1) Dans quelles conditions peut-on procéder à cette reconstruction avec les communautés? 2) Quels processus intellectuels ont permis aux membres de chaque société autochtone de gérer le changement au fil du temps et d'en tenir compte? [notre traduction]¹⁷.

Dans un essai intitulé *One Generation from Extinction*, le regretté linguiste et conteur anishnabe Basil Johnston soutenait que le gouvernement fédéral, directement responsable de la disparition des langues autochtones en raison de ses politiques passées d'assimilation culturelle, devrait financer les efforts de revitalisation linguistique des communautés autochtones¹⁸. La même logique s'applique au financement des efforts de revitalisation du droit autochtone. Le système des pensionnats, dont la mission tristement célèbre consistait à « tuer l'Indien dans l'enfant », ainsi que les lois colonialistes interdisant les potlachs, les danses du soleil et d'autres coutumes autochtones importantes, ont porté atteinte aux traditions juridiques autochtones. Il est donc injuste que le fardeau de la revitalisation de

¹⁷ Napoleon et Friedland, *supra* note 11.

¹⁸ Basil H Johnston, *One Generation from Extinction*, 1990, en ligne : <[https://canlitweb.arts.ubc.ca/canlitmedia/pdfs/articles/canlit124-Generation\(Johnston\).pdf](https://canlitweb.arts.ubc.ca/canlitmedia/pdfs/articles/canlit124-Generation(Johnston).pdf)>.

ces mêmes traditions soit entièrement porté par les Autochtones, car ces derniers ne sont aucunement responsables de la violence ayant causé cette disparition. Les Autochtones doivent diriger le travail de reconstruction, s'il se fait, mais le gouvernement fédéral devrait fournir une aide financière pour cette tâche afin de faire en sorte que les communautés autochtones puissent mobiliser et éduquer les leurs, et que les personnes qui entreprendront ce long travail soient rémunérées¹⁹.

Procéder avec prudence

Vu l'état inacceptable des relations actuelles entre la Couronne et les Autochtones, il est urgent d'agir. Dans le même temps, 150 ans de préjudices et de violences imposés aux peuples autochtones et à leurs systèmes de gouvernance ne peuvent pas être effacés du jour au lendemain. En outre, des mesures prises trop vite et sans préparation suffisante pourraient facilement faire plus de tort que de bien. Selon Valine Crist, membre de la Nation haïda, pour se familiariser avec les traditions juridiques autochtones, les tenants du colonialisme devraient « passer en mode confiance²⁰ », c'est-à-dire suivre et respecter le rythme et les conditions de reconstruction établis par les communautés autochtones en fonction de leurs propres processus décisionnels. Dans de nombreuses communautés, où les traumatismes causés par la violence des colonisateurs demeurent très douloureux, il faut procéder lentement afin de rétablir la confiance entre les colonisateurs et les peuples autochtones. Comme l'écrit l'auteure nenqayni Linda Smith :

Chez les Chilcotins, les expériences vécues éclipsent les relations actuelles avec le *midugh* (l'homme blanc)²¹. Lors de rencontres passées avec des *midughs* inconnus, beaucoup ont subi des préjudices. Presque tout le monde se connaît dans les communautés chilcotines, et quand un étranger arrive, tout le monde en entend parler. Immédiatement, le *midugh* « empiète sur les espaces » laissés par le *midugh* précédent, dans un certain sens, et on ne peut pas lui faire confiance tant qu'il ne se montre pas digne de cette confiance. On le surveille de près. Dans nos communautés, la situation en est une de pauvreté extrême, empreinte d'oppression, de souffrance physique et émotionnelle, de douleur et d'une vive colère. L'étranger est vu comme quelqu'un qui a un avantage. Les *midughs* actuels sont les héritiers d'un passé marqué par les meurtres, la cupidité, l'exploitation, les injustices et le racisme, des choses imputables à d'autres *midughs* » [notre traduction]²².

Quand les colonisateurs entreprendront la mise en application de la DNUDPA, de concert avec les Autochtones, ils devront prendre en considération les souffrances constantes imposées à ceux-ci par la colonisation et respecter le rythme que les communautés autochtones jugeront adéquat pour la reconstruction et la guérison.

Reconnaissance accrue des traditions juridiques autochtones : pas une situation gagnant-perdant

19 Pour commencer, voici des exemples de ressources accessibles au public : Dean Billy et coll., *Revitalizing Indigenous Law for Land, Air and Water: S'tát'imc Legal Traditions Report*, 2018, en ligne : <www.wcel.org/publication/revitalizing-indigenous-law-land-air-and-water-statimc-legal-traditions-report>; Accessing Justice and Reconciliation Project, *Cree Legal Summary*, 2012, en ligne : <www.indigenousbar.ca/indigenoulaw/wp-content/uploads/2017/10/cree_legal_summary.pdf>; Hannah Askew et Lindsay Borrows, *Anishinabek Legal Summary*, en ligne : <https://indigenousbar.ca/indigenoulaw/wp-content/uploads/2012/12/anishinabek_summary.pdf>; Indigenous Law Research Unit, Université de Victoria et Conseil tribal de la Nation Shuswap, *Secwépem Lands and Resources Law Analysis Project Summary*, 2016, en ligne : <<https://shuswapnation.org/wp-content/blogs.dir/124/files/2017/08/Secwepemc-Lands-and-Resources-Law-Analysis-Summary.pdf>>. Pour un examen de la documentation portant sur ce sujet, voir Coyle, *supra* note 9.

20 Conversation avec Valine Crist, septembre 2017.

21 Signifie « l'homme blanc »; voir FirstVoices, « *midugh* », en ligne : <[www.firstvoices.com/explore/FV/sections/Data/Athabasca/Tsilhqot'in%20\(Xeni%20Gwet'in\)/Tsilhaqot'in%20\(Xeni%20Gwet'in\)/learn/words/80251](http://www.firstvoices.com/explore/FV/sections/Data/Athabasca/Tsilhqot'in%20(Xeni%20Gwet'in)/Tsilhaqot'in%20(Xeni%20Gwet'in)/learn/words/80251)>.

22 Linda Smith, document non publié, transmis à l'auteur, 11 février 2018.

Dans le cadre du dialogue national sur la mise en application de la DNUDPA, il faut changer l'idée négative selon laquelle une reconnaissance accrue des traditions juridiques autochtones déboucherait sur une situation gagnant-perdant ne pouvant que nuire au bien-être des non-Autochtones. Le Chef Roger William, de la Première Nation Xenigwet'in, laquelle a remporté une cause historique qui a fait école dans une affaire jugée par la Cour suprême du Canada en 2014²³, a déclaré à plusieurs reprises s'être fixé comme objectif de faire en sorte que les non-Chilcotins résidant sur des terres visées par un titre de la Nation Tsilhqot'in vivent mieux sous la gouvernance de la Nation Tsilhqot'in que sous la gouvernance de la Couronne²⁴. Cet objectif est à la fois bienveillant et généreux, mais aussi intelligent sur le plan politique. S'ils sont davantage exposés aux régimes de gouvernance et aux traditions juridiques autochtones, les colonisateurs pourront sans doute mieux comprendre qu'ils ont eux aussi la possibilité de s'épanouir dans un contexte politique intersociétal où les traditions juridiques autochtones sont solidement implantées et respectées.

Les colonisateurs seront transformés par le précieux cadeau que représente la découverte de traditions juridiques autochtones particulières. Face à la générosité de nombreux Autochtones prêts à communiquer les connaissances qu'ils ont relativement aux traditions juridiques qui leur sont propres, en dépit de la violence inouïe et du manque de respect que leur ont fait subir les sociétés colonisatrices, les colonisateurs devraient manifester de la gratitude et s'efforcer d'apprendre de bonne foi.

Conclusion

La violence des États colonisateurs à l'égard des systèmes autochtones de droit et de gouvernance a non seulement causé de graves préjudices aux peuples autochtones, mais elle a également nui aux colonisateurs en les empêchant de découvrir la richesse et la diversité de traditions de gouvernance autochtones, qui pourraient engendrer une société plus saine, plus juste et plus productive. De nos jours, les politiciens canadiens parlent souvent d'une relation de nation à nation, mais le sens qu'ils donnent à cette expression demeure vague et mal défini. La DNUDPA permet de comprendre comment ce concept pourrait être mis en pratique au quotidien, car bon nombre des droits qu'elle énonce renvoient expressément aux organes de gouvernance ainsi qu'aux traditions et aux processus juridiques des Autochtones. Selon le professeur de droit inuit Gordon Christie, la DNUDPA représente un cadre qui offre la possibilité de combler le fossé entre le droit canadien et les traditions juridiques autochtones, et de passer d'une dynamique héritée du colonialisme à une relation de nation à nation²⁵. Pour que l'État colonisateur se familiarise vraiment avec les traditions juridiques autochtones, il faudra que cet État et les gardiens de ces traditions redoublent d'efforts. Ce sera très difficile, mais l'issue en vaut la peine car elle sera positive.

Note de l'auteur

Je tiens à remercier : John Borrows, Lindsay Keegitah Borrows, James (Sa'ke'j) Youngblood Henderson, Britton Jacob-Schram, Linda Smith, Carson Smith, Kris Statnyk, Mark Worthing et Kat Zimmer, qui m'ont fait profiter de leurs connaissances, ont éclairé la discussion et ont passé en revue le présent document. Je remercie également Alisa Koebel, qui a contribué à la rédaction du document et fait les recherches pour les citations, ainsi que les deux réviseurs anonymes pour leurs commentaires utiles.

À propos de l'auteur

Hannah Askew, avocate spécialisée en environnement, est actuellement directrice générale du Sierra Club de Colombie-Britannique. Depuis dix ans, elle s'intéresse de très près aux traditions juridiques

23 *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014, CSC 44.

24 Conversation avec le Chef de l'époque Roger William, juin 2016.

25 Gordon Christie, « Règles de droit autochtones, droit canadien et DNUDPA », dans Fitzgerald et Schwartz, *supra* note 2 à la p 56.

et aux systèmes de gouvernance autochtones. Elle a fait des recherches sur les traditions juridiques des Anishnabe et des Salish du littoral canadien pour le compte de l'Indigenous Law Research Unit de l'Université de Victoria, et étudié les règles de droit appliquées par les Nations Tsilhqot'in et Ktunaxa dans le cadre du projet RELAW (qui consiste à revitaliser les règles de droit autochtones visant les terres, l'air et l'eau), de l'organisme West Coast Environmental Law. Les connaissances qu'elle a acquises grâce à ses collègues et à ses mentors autochtones l'ont transformée et influent sur tous les aspects de son travail. Hannah Askew est titulaire d'une maîtrise en histoire de l'Université de Toronto, d'une maîtrise en anthropologie de l'Université McGill et d'un diplôme en droit de l'Osgoode Hall Law School. Elle est née sur le territoire anishnabe, dans une famille d'origine anglaise et écossaise.

Partie III

Sous l'angle du droit national



DNUDPA et passage à une relation de nation à nation



Joshua Nichols

Le 10 mai 2016, Carolyn Bennett, la ministre des Affaires autochtones et du Nord du Canada, prenait la parole devant l'Instance permanente sur les questions autochtones (IPQA), un organisme des Nations Unies, et annonçait officiellement l'engagement du Canada à l'égard de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA)¹, sans répéter les qualificatifs énoncés par le précédent gouvernement canadien. M^{me} Bennett avait alors déclaré que le Canada voulait réaliser « rien de moins que l'adoption et l'application de la Déclaration, conformément à la Constitution canadienne »². C'était un véritable changement par rapport à l'attitude de l'ancien gouvernement du Canada à l'égard de la DNUDPA, car celui-ci avait qualifié la Déclaration de ramassis d'aspirations. Le 21 septembre 2017, le premier ministre canadien Justin Trudeau s'adressait à l'Assemblée générale des Nations Unies et réitérait l'engagement mentionné par M^{me} Bennett. Il profitait de l'occasion pour signaler bon nombre de choses héritées du colonialisme au Canada. Selon lui : « La bonne nouvelle, c'est que les Canadiens comprennent. Ils voient les inégalités. Ils n'en peuvent plus des excuses. Et cette impatience nous offre une rare et précieuse occasion d'agir. Nous avons maintenant l'occasion de parvenir à une véritable réconciliation [...] »³.

1 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, UNGAOR, 61^e sess, supp n° 49, A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007).

2 Ministre des Affaires autochtones et du Nord du Canada, Carolyn Bennett, « Announcement of Canada's Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » (allocution prononcée devant l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, à New York, le 10 mai 2016).

3 Allocution du premier ministre Justin Trudeau à la 72^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies (21 septembre 2017), en ligne : <<https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/discours/2017/09/21/allocution-du-premier-ministre-justin-trudeau-la-72e-session-de>>.

On pourrait voir la DNUDPA comme la continuation du statu quo, l'écartier d'un revers de main et penser qu'elle indique la perpétuation du processus actuel de médiation judiciairisé visant la réconciliation, mais ce n'est pas nécessairement le cas. En fait, cette interprétation concluant au statu quo est à l'évidence contredite par l'insistance du premier ministre Trudeau à affirmer que les normes de base de la DNUDPA ne sont pas que de simples aspirations, mais serviront à orienter le processus de réconciliation au Canada. Aux dires mêmes de Justin Trudeau, la DNUDPA, « [Ce] n'est pas une aspiration. C'est une voie à suivre »⁴. Et comme il l'a souligné dans son discours : « Nous avançons en terrain inconnu. Personne ne nous a précédés sur cette voie. Mais nous ne pouvons pas nous permettre d'attendre. Le moment est venu de faire notre propre chemin – ensemble. Le moment est venu de sortir des sentiers battus, de faire abstraction des limites imposées par de vieilles structures coloniales désuètes pour faire place à la nouveauté, à des structures qui respecteront le droit inhérent des Autochtones à s'autogouverner et à déterminer leur propre avenir »⁵.

On devrait y voir un signe clair que la terminologie du droit et des politiques en matière de réconciliation au Canada entre dans une période de changement rapide et radical. En réalité, le sens de cet apparent changement politique soulève une question, soit celle de savoir quelle mise en application de la DNUDPA est possible au Canada compte tenu de la Constitution canadienne actuelle. En ce moment, il semble y avoir deux approches possibles à cet égard. Le présent document vise à les décrire dans leurs grandes lignes et à examiner les présomptions qui les sous-tendent, de même qu'à étayer la prémisse selon laquelle la voie à suivre consiste à cesser de voir l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* comme un semblant de Charte établissant un ensemble de droits pour prendre conscience que, en raison même de sa nature, cet article est en fait une disposition relative aux compétences. En guise de conclusion, nous expliquerons en quoi l'approche axée sur une relation de nation à nation, dans le cadre du fédéralisme canadien, est une bien meilleure façon d'envisager l'avenir après 250 ans de rapports entre les Autochtones et la Couronne.

Le statu quo, ou la réconciliation selon l'arrêt *Sparrow*

Toujours dans son allocution de 2016 devant l'IPQA de l'ONU, la ministre Carolyn Bennett a déclaré que l'article 35 offrait un « cadre solide » et un « ensemble complet de droits » pour les Autochtones⁶. On pourrait en conclure que le cadre canadien actuel, basé sur l'arrêt *Sparrow*⁷ (y compris ses principes et éléments de doctrine sous-jacents, établis unilatéralement), sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et sur le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pourra être utilisé afin de restreindre l'application de la DNUDPA. Le cas échéant, il semble — du moins selon le gouvernement fédéral canadien — que l'ensemble des droits autochtones soit déjà complet et que la modification politique à faire soit tout au plus un léger déplacement du centre d'attention. Une telle approche se fonde sur l'interprétation actuelle de la Cour suprême du Canada (CSC) relativement au lien entre le paragraphe 35(1) et le paragraphe 91(24). Quelles sont les présuppositions qui sous-tendent l'approche actuelle de la CSC? Pour en avoir une vision claire, il convient d'examiner la première affaire dans laquelle la CSC a dû interpréter le paragraphe 35(1), soit *Sparrow*.

Dans l'arrêt *Sparrow*, le juge en chef, Brian Dickson, et le juge Gérard La Forest, de la CSC, ont reconnu que le paragraphe 35(1) ne faisait pas partie de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « Charte »)⁸ et, partant, ne contenait : « [...] aucune disposition explicite autorisant notre Cour ou

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 Bennett, *supra* note 2.

7 *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 [*Sparrow*].

8 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

n'importe quel autre tribunal à apprécier la légitimité d'une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux »⁹. Il est facile d'y voir une simple reconnaissance des bases de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cependant, si ces juges avaient arrêté là leur analyse, les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones ne pourraient pas être l'objet de violations unilatéralement justifiées. En d'autres termes, les droits autochtones n'auraient pas été interprétés comme formant un ensemble de droits conditionnels dans le cadre d'une relation sujets-souverain et ne pourraient pas faire l'objet de violations justifiées de façon unilatérale. Par conséquent, les droits visés par l'article 35 pourraient être repensés et considérés comme un ensemble de droits liés à la répartition des compétences et inscrits dans le cadre d'une relation de nation à nation.

Cependant, le juge en chef Dickson et le juge La Forest continuent leur exposé en affirmant que les droits prévus au paragraphe 35(1) « ne sont pas absolus » (par nature, ils ne sont pas liés à des questions de compétence) et que les pouvoirs législatifs conférés au gouvernement fédéral en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, eu égard aux « Indiens », « [...] doivent maintenant être rapprochés du paragraphe 35(1) »¹⁰. Ces juges poursuivent en déclarant : « Le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux »¹¹. Apparemment, ce raisonnement laisse croire que la Cour protège les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones contre des violations justifiées par l'interprétation traditionnelle du paragraphe 35(1) en tant que disposition semblable à la Charte et limitant les droits autochtones aux termes du paragraphe 91(24). Toutefois, ce n'est tout simplement pas le cas. En réalité, la Cour change l'interprétation du paragraphe 35(1) et, d'une disposition sur les questions de compétence relative à la répartition des pouvoirs au sein du fédéralisme canadien, ils en font un ensemble de droits comme ceux prévus par la Charte et dépendant de cette disposition. Bref, la Cour s'éloigne de la possibilité d'adopter le modèle d'une relation de nation à nation pour le fédéralisme canadien et préserve les droits fondés sur le modèle du rapport souverain-sujets. L'histoire sordide de ce modèle remonte jusqu'aux temps des vieilles lois colonialistes antérieures à la confédération canadienne, en commençant par la *Gradual Civilization Act* (loi pour encourager la civilisation graduelle des Indiens) de 1857¹² et en passant par l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages* de 1869¹³ puis par l'*Acte sur les Sauvages*¹⁴ de 1876, ainsi que par la fameuse et peu flatteuse phrase écrite en 1888 par Lord Watson et citée dans l'affaire *St Catharine's Milling*¹⁵, dans laquelle le droit de propriété des Autochtones fait l'objet d'une déclaration voulant que « le titre des Indiens ne faisait que le grever » [traduction libre].

Le raisonnement qui sous-tend le jugement rendu dans l'affaire *Sparrow* est profondément colonialiste. Examinons-le soigneusement : la CSC reconnaît que le paragraphe 35(1) ne fait pas partie de la Charte et n'est donc pas assujéti aux restrictions prévues à l'article 1 ou à l'article 33, mais son contenu au sujet des questions de compétence peut être nié grâce à l'interprétation unilatérale que fait la CSC du paragraphe 91(24). Le problème vient de ce que, dans cette logique, la réconciliation sur le plan constitutionnel dépend de la théorie selon laquelle le paragraphe 91(24) accorde un pouvoir illimité au gouvernement fédéral à l'égard des Indiens et de leurs terres. La Cour juge que ce paragraphe ne peut être soumis à aucun type d'enquête judiciaire et déclare simplement que : « dès le départ, on n'a jamais

9 *Sparrow*, supra note 7 à la p 1109.

10 *Ibid.*

11 *Ibid.*

12 *An Act to Encourage the Gradual Civilization of the Indian Tribes in this Province, and to mend the Laws respecting Indians (R-U)*, 1857, 20 Vict, c 26.

13 *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux* (31 Vict, c 42), CS 1869, c 6.

14 *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, CS 1876, c 18.

15 *St Catharine's Milling and Lumber Co c Q* [1888] UKPC 70, 14 App Cas 46 [*St Catharine's Milling*].

douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté »¹⁶. De plus, afin d'éliminer tout doute, la CSC cite la décision rendue dans l'affaire *Johnson c M'Intosh*¹⁷, la Proclamation royale de 1763¹⁸ et le jugement afférent à l'affaire *Calder c Procureur général de la Colombie-Britannique*¹⁹. Le fait que la Cour cite une décision du juge en chef John Marshall datant de 1823 est très éloquent, car cette décision fait figure de *locus classicus* (décision faisant autorité) relativement à doctrine de la découverte²⁰. La CSC se base donc sur la doctrine de la découverte, et cela est mis en évidence par son omission de citer le rejet de cette doctrine par le juge en chef Marshall lui-même, quelques années plus tard, soit en 1832, dans la décision liée à l'affaire *Worcester c Georgia*. Dans cette décision, ladite doctrine est décrite comme une « idée extravagante et absurde » [notre traduction]²¹.

La CSC ne remet pas en question la prémisse selon laquelle la Couronne a une souveraineté, un pouvoir législatif et un titre sous-jacent, et cela laisse croire à l'évidence que les Autochtones du Canada sont dans un rapport de sujets à souverain face à la Couronne, et ce, en raison d'une proclamation unilatérale de souveraineté par celle-ci, rien de plus. En interprétant le paragraphe 91(24) comme une disposition établissant le « pouvoir fédéral » sur « les Indiens et les terres réservées pour les Indiens », la Cour transforme comme par magie les Autochtones en sujets de la Couronne désormais assujettis à une disposition qui n'a aucunement contribué à éclaircir la législation relative à la question autochtone. Le seul fondement possible d'une telle interprétation réside dans l'ensemble des fictions européennes racistes et pernicieuses héritées du XIX^e siècle (doctrine de la découverte; concept de *terra nullius*; doctrine de la possession acquisitive et notion de droit divin, p. ex.). Il faut se rappeler que la CSC, avec l'arrêt *Sparrow*, a fait entrer le terme « réconciliation » dans la jurisprudence canadienne concernant les Autochtones. Mais qu'est-ce qui est réconcilié? On prend deux documents constitutionnels, adoptés à 115 ans d'intervalle, et, grâce aux mots magiques « on n'a jamais douté », on fait du paragraphe 91(24) une disposition consacrant le pouvoir fédéral sur les Autochtones et on transforme le paragraphe 35(1) en une disposition prévoyant un devoir paternaliste du gouvernement fédéral en vertu duquel les Autochtones sont l'objet de la gestion et de la médiation de la Couronne elle-même²². Ce raisonnement participe d'un modèle que, nous l'imaginons, Lord Watson reconnaîtrait immédiatement comme celui qui lui a servi pour qualifier les droits autochtones de simple fardeau, en particulier leur droit de propriété, au sujet duquel il dit : « le titre des Indiens ne faisait que le grever »²³. Voilà les assises de ce soi-disant ensemble complet de droits autochtones.

Étant donné ces bases précaires, qu'arriverait-il si la mise en application de la DNUDPA servait de prétexte au maintien du statu quo? Naturellement, toute réponse à cette question à ce stade serait pure spéculation, car on ne connaît pas encore l'approche législative que le gouvernement canadien

16 *Sparrow*, supra note 7 à la p 1103.

17 *Johnson c M'Intosh*, 21 É-U (8 Wheat) 543 (1823).

18 *Proclamation royale de 1763* (3 Geo III), texte reproduit dans LRC 1985, appendice II, n° 1.

19 *Calder et al c Attorney-General of British Columbia* [1973] RCS 313.

20 *Ibid.*, aux pp 320, 335, 346, 380-383, 387, 391-393, 416 et 423.

21 *Worcester c Georgia*, 31 US (6 Pet) 515 (1832) à la p 544.

22 Ryan Beaton a récemment écrit sur les ambiguïtés de notre jurisprudence qui découlent de l'utilisation par la CSC du droit fiduciaire dans ce domaine. Comme il le souligne fort justement : « Une ambiguïté et une tension ressortent de toute cette doctrine judiciaire et s'articulent autour d'elle, mais il reste la question de savoir si l'objectif est la réconciliation de divers systèmes juridiques et des différentes sociétés dans lesquelles ils sont ancrés; ou bien s'agit-il en fait d'une réconciliation au sein d'un système constitutionnel principalement fondé sur les proclamations unilatérales de souveraineté de la Couronne? La jurisprudence élaborée au cours des trois dernières décennies ne fournit pas de réponse claire et cohérente à cette question » [notre traduction]. Voir Ryan Beaton : « The Crown Fiduciary Duty at the Supreme Court of Canada: Reaching Across Nations, or Held within the Grip of the Crown? » dans Oonagh E Fitzgerald, Valerie Hughes et Mark Jewett, éd, *Réflexions sur le passé, le présent et l'avenir du Canada en matière de droit international* (Waterloo, Ontario, CIGI, 2018) à la p 161.

23 *St Catharine's Milling*, supra note 15.

choisira. Cependant, certains érudits ont déjà commencé à soulever des questions au sujet de la compatibilité entre les principes fondamentaux de la DNUDPA et la jurisprudence qui existe au Canada en matière autochtone. Leurs conclusions indiquent des problèmes importants à cet égard. L'exemple qui nous vient à l'esprit est celui des récentes observations de Dwight Newman et de Ken Coates au sujet de la compatibilité (ou de son absence) entre la jurisprudence relative à l'obligation de consulter et d'accommoder (OCA) qui existe au Canada, d'une part, et, d'autre part, le principe de consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC)²⁴. La principale préoccupation soulevée par ces deux auteurs tient au fait que l'OCA est bien adaptée quand il s'agit de droits avérés ou revendiqués (c.-à-d. des droits qui n'ont pas encore été établis par un tribunal au moyen des critères de l'arrêt *Van der Peet*²⁵), alors que, si le CPLCC est instauré comme nouvelle norme, l'OCA pourrait bien être employée uniquement dans le cas de droits prouvés ou établis.

Une seule chose est sûre : si le gouvernement canadien choisit l'approche du statu quo, la complexité opaque de la jurisprudence actuelle fondée sur le paragraphe 35(1) ne peut qu'augmenter. En ce moment, le soi-disant « ensemble complet de droits » se divise, en gros, dans les catégories suivantes : droits, titres, traités, ainsi qu'OCA. Chacune de ces catégories est marquée par des questions jurisprudentielles épineuses qui vont de la possibilité de droits commerciaux ou illimités (affaire *Ahousaht*²⁶) au problème de la compétence des provinces (affaire *Tsilhqot'in Nation*²⁷), en passant par l'interprétation des traités (affaires *Grassy Narrows*²⁸ et *Chief Mountain*²⁹) ainsi que par les effets cumulatifs et la délégation de pouvoir (affaires *Clyde River*³⁰ et *Chippewas of the Thames*³¹). Le traitement judiciaire des revendications en fonction du paragraphe 35(1) constitue un processus coûteux, complexe au plan procédural et incertain en ce qui concerne les résultats. Même dans les cas où le tribunal saisi semble rendre une décision claire, en réalité les résultats concrets de l'exécution de cette décision peuvent s'avérer marginaux (*Gladstone*³²) ou se faire sentir si tard que la valeur réelle de la démarche s'en trouve compromise (*Ktunaxa*³³). On voit difficilement à qui peut profiter un processus de règlement judiciaire qui prend des décennies à aboutir et à mettre fin à un conflit, et qui donne lieu à des décisions formant une jurisprudence si touffue et compliquée que la seule certitude qui s'en dégage, c'est la promesse que les litiges ultérieurs pourront être traités selon les nouveaux liens juridiques établis.

L'ensemble complet de droits dont il est ici question n'offre ni la clarté procédurale ni la certitude juridique que le gouvernement promet aux tiers qui présentent des propositions, pas plus qu'il ne sert les intérêts des peuples autochtones aux prises avec de graves problèmes environnementaux et socio-économiques. Les seuls vrais bénéficiaires du système byzantin actuel, basé sur des processus consultatifs multiniveaux, des protocoles d'entente secrets et la production de volumineux rapports spécialisés, ce sont les experts, les consultants et les avocats qui en sont les rouages. L'auteur ne soutient pas ici que les divers professionnels mis à contribution n'ont pas de rôle utile à jouer dans la solution au problème des rapports Autochtones-Couronne, car il fait lui-même partie de ces professionnels. Toutefois, puisqu'on peut démontrer que le processus en question ne permet pas d'atteindre les

24 Dwight Newman et Ken Coates, « Bill on implementing UNDRIP's simplistic and laden with circular tension », *The Hill Times* (14 décembre 2017), en ligne : <www.hilltimes.com/2017/12/14/bill-implementing-la-DNUDPA-simplistic-laden-circular-tensions/128903>.

25 *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507.

26 *Bande indienne et Nation Ahousaht c Canada (Procureur général)*, 2009 BCSC 1494.

27 *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique* [2014], 2 RCS 256.

28 *Première Nation de Grassy Narrows c Ontario (Ressources naturelles)*, [2014] 2 RCS 44.

29 *Sga'nism Sim'augit (Chief Mountain) c Canada (AG)*, 2013 BCCA 49.

30 *Clyde River (Hamlet) c Petroleum GeoServices Inc.*, [2017] 1 RCS 1069.

31 *Chippewas of the Thames First Nation c Enbridge Pipelines Inc.*, [2017] 1 RCS 1099.

32 *R c Gladstone*, [1996] 2 RCS 723.

33 *Nation Ktunaxa c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, [2017] 2 RCS 386.

objectifs les plus fondamentaux (clarté procédurale, certitude juridique et amélioration du quotidien des Autochtones), on peut l'estimer à peu près aussi productif qu'une expédition guidée par une carte vierge. Inutile de se demander si l'ensemble de droits est complet ou pas; ce n'est simplement pas le bon ensemble. La vraie voie vers la réconciliation — qui n'est pas circulaire — passe par une relation de nation à nation. Il ne s'agit pas seulement d'un changement de vocabulaire, mais aussi d'un changement de paradigme sur les plans juridique et politique. On passe de la notion de droits à celle de pouvoirs, et c'est précisément à cet égard que la DNUDPA et sa mise en application peuvent offrir une vraie voie d'avenir.

Fédéralisme : une relation de nation à nation

La première chose à souligner, c'est que la DNUDPA n'offre pas la possibilité d'adopter l'approche basée sur l'idée de « compétence inhérente » dans le cadre des rapports Autochtones-Couronne. Cette approche remonte à plus de 250 ans, au début du XVIII^e siècle et aux traités de paix et d'amitié, ainsi qu'à la Proclamation royale de 1763 et au traité de Fort Niagara de 1764³⁴ (on peut l'appeler « fédéralisme des traités » ou parler, comme John Borrows³⁵, de Constitution autochtone du Canada). Elle s'est prolongée au-delà de la Confédération, même si le modèle axé sur les droits prédomine depuis le milieu du XIX^e siècle. Le fédéralisme des traités persiste encore de nos jours, et on le retrouve dans cette pratique qui consiste à conclure des traités et à négocier des règlements. L'approche fondée sur la compétence ressort également d'un certain nombre de rapports gouvernementaux. Tout de suite après le rapatriement de la Constitution, en 1982, le rapport Penner (publié en 1983) présentait une recommandation selon laquelle la meilleure approche, pour aborder l'article 35, était d'estimer que le gouvernement fédéral devait investir les domaines de compétence prévus par le paragraphe 91(24) puis s'en retirer au profit des Autochtones, de manière à laisser place, en matière de compétence, à l'autonomie gouvernementale autochtone³⁶. Ce rapport indiquait aussi, et très clairement, que la solution fondée sur les droits et prévoyant un transfert de pouvoirs à des gouvernements autochtones similaires aux administrations municipales ne tenait « pas compte des origines et des droits des Premières Nations du Canada » [notre traduction]. De plus, le rapport nous avertissait, de façon prémonitoire, que de laisser la Cour suprême du Canada trancher n'était pas la meilleure solution, car une telle approche s'avérait complexe et incertaine³⁷.

La question de l'approche axée sur les droits et la compétence inhérents des Autochtones devait également être réglée dans le cadre des conférences constitutionnelles tenues après 1982. Cependant, les échecs des accords du lac Meech et de Charlottetown ont laissé ouvert le dossier de la Constitution canadienne, une question vigoureusement rappelée dans les recommandations faites dans le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA), paru en 1996, et aussi dans le sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation (CVR) et les Appels à l'action de celle-ci, publiés en 2015³⁸. Le principal point soulevé dans ce sommaire est que la DNUDPA ne prévoit pas la possibilité d'une approche fondée sur la compétence et les droits inhérents, mais offre plutôt des clés

34 *Traité de Fort Niagara* (1 août 1764).

35 Il existe une abondance d'excellents écrits savants sur les aspects historique et constitutionnel de cette question; voir John Borrows, *Freedom and Indigenous Constitutionalism* (Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2016); Colin G Calloway, *The Scratch of a Pen: 1763 and the Transformation of North America* (New York, Presses de l'Université d'Oxford, 2006); Brian Slattery, « The Royal Proclamation of 1763 and the Aboriginal Constitution », dans Terry Fenge et Jim Aldridge, dir, *Keeping Promises: The Royal Proclamation of 1763, Aboriginal Rights, and Treaties in Canada* (Montréal, Québec; Presses universitaires McGill-Queen's, 2015).

36 Chambres des Communes, Comité spécial sur l'autonomie gouvernementale des Indiens, *L'autonomie politique des Indiens au Canada* (Ottawa: ministère des Approvisionnements et services, 1983), paraphrase d'un passage de la p 46 de l'anglais.

37 *Ibid*, paraphrase de passages des pp 45-47 de l'anglais.

38 CVR, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir*, Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada (Winnipeg: CVR, 2015) [CVR, *Honorer la vérité*]; Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol 1 : *Un passé, un avenir*; deuxième partie : *Faux postulats et échec de la relation* (Ottawa: Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1996).

(outils) qui peuvent nous aider à voir plus clairement ce qui s'est passé au Canada au cours des 250 dernières années.

À l'évidence, la CVR soulève cette question dans son rapport final. Elle recommande que le Canada délaisse le vieux cadre de la relation souverain-sujets et adopte les normes internationales modernes établies dans la DNUDPA. La CVR rappelle avec vigueur que « La doctrine de la découverte et le concept associé de *terra nullius* étaient l'obligation qu'ont les peuples autochtones de prouver devant les tribunaux qu'ils occupaient ces terres avant l'arrivée des colonisateurs sinon leurs droits à la terre et aux ressources seront éteints par les processus contemporains d'établissement des traités et des revendications territoriales. Une telle obligation n'est cependant pas conforme au droit international et ne contribue pas à la réconciliation. De tels concepts constituent une pure expression des torts historiques causés et devraient donc être officiellement répudiés par tous les ordres du gouvernement canadien »³⁹.

C'est là un rejet évident de l'interprétation absolue du paragraphe 91(24) et du cadre de réconciliation fondée sur ce dernier, un rejet des fictions racistes relatives au droit international qui ont eu cours jusqu'à maintenant et continuent de justifier l'interprétation de l'ordre constitutionnel instauré au Canada. La CVR souligne également ce qui suit :

Loin de nous l'idée de proposer que la répudiation de la doctrine de la découverte entraîne l'invalidation de la souveraineté de la Couronne. Plutôt, la Commission accepte qu'il existe d'autres façons d'établir la validité de la souveraineté de la Couronne sans porter préjudice à l'important principe établi dans la Proclamation royale de 1763 selon lequel la souveraineté de la Couronne exige qu'elle reconnaisse le titre ancestral et qu'elle en tienne compte pour pouvoir l'améliorer. Il ne faut pas oublier que les termes de la Proclamation royale ont été expliqués et acceptés par les chefs autochtones lors de la négociation du Traité de Niagara de 1764⁴⁰.

Cela constitue un repositionnement et remet en question la légitimité de la souveraineté de la Couronne, fondée sur les fictions racistes de la doctrine de la découverte et du concept de *terra nullius*, pour souhaiter leur remplacement par des processus d'accords et de consentements mutuels qui ressortent de l'historique de la conclusion de traités. Nécessairement, cela représente aussi un changement pour les Autochtones, qui passent selon ce point de vue du statut de pupilles de la Couronne, soumis à son pouvoir souverain illimité, à celui de peuples ayant une relation de nation à nation avec la Couronne. Un tel changement pourrait nous amener à voir le Canada comme passant d'un État-nation unitaire ayant une notion rigide unilatérale de la souveraineté à un État fédéral engagé dans une relation de nation à nation et dont la conception de la souveraineté est et a toujours été *flexible et partagée* (malgré que la notion elle-même a été bafouée). Il est clair que le gouvernement canadien actuel fait des pas sur le chemin du passage d'une relation sujets-souverain à une relation de nation à nation dans le cadre de laquelle la compétence inhérente des Autochtones est reconnue⁴¹.

39 CVR, *Honorer la vérité*, supra note 38, vol 6, à la p 37.

40 *Ibid.*

41 L'interprétation des concepts connexes de relation de « nation à nation » et de « réconciliation » que nous présentons ici vient (entre autres) du document de John Borrows sur le constitutionnalisme autochtone, de l'ouvrage de Charles Taylor sur la diversité profonde, du travail de James Tully sur le constitutionnalisme de diversité ainsi que du texte de Sa'ke'j Henderson au sujet du fédéralisme des traités. Pour avoir une idée de la littérature afférente qui a servi à l'élaboration de notre propre point de vue de ces concepts et du lien entre eux, voir Charles Taylor, *Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism* (Montréal, Québec, Presses Universitaires McGill-Queen's, 1993); James Tully, « Consent, Hegemony, and Dissent in Treaty Negotiations », dans Jeremy Webber et Colin M Macleod, dir, *Between Consenting Peoples: Political Community and the Meaning of Consent* (Vancouver, Presses de l'Université de C-B, 2010); John Borrows, « Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-government », dans Michael Asch, dir, *Aboriginal and Treaty Rights in Canada* (Vancouver, Presses de l'Université de C-B, 2000); Russel Lawrence Barsh et James Youngblood Henderson, *The Road: Indian Tribes and Political Liberty* (Berkeley, CA, Presses de l'Université de Californie, 1980); Michael Asch, *On Being Here to Stay: Treaties and Aboriginal Rights in Canada* (Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2014).

Au sujet de l'auteur

Joshua Nichols est associé au Programme de recherche en droit international du CIGI. À ce titre, il explore les répercussions possibles de la mise en application de la DNUDPA sur le droit constitutionnel canadien. Dans le cadre de ses recherches, il consulte les Autochtones au moyen d'ateliers et d'autres mécanismes. Joshua a étudié, à l'Université de Victoria, les pratiques sages dans les économies communautaires autochtones. En outre, il a publié *The End(s) of Community: History, Sovereignty, and the Question of Law*, aux presses de l'Université Wilfrid-Laurier (2013). Il est également l'auteur d'un ouvrage devant être publié sous peu aux presses de l'Université de Toronto et dans lequel il analyse les fondements du droit autochtone. Joshua est titulaire d'un baccalauréat en sciences politiques et d'une maîtrise en sociologie de l'Université de l'Alberta, d'un doctorat en philosophie de l'Université de Toronto, du grade de J.D. de l'Université de la Colombie-Britannique et d'un doctorat en droit de l'Université de Victoria. Il fait partie de la Law Society of British Columbia ainsi que de l'Association du Barreau Autochtone du Canada, et enseigne à la Faculté de droit de l'Université de l'Alberta.



Distinction entre droits revendiqués et droits établis, et espoirs suscités par la DNUDPA



Robert Hamilton

La manière dont la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA)¹ sera mise en application au Canada, ainsi que la façon dont les normes qu'elle énonce — particulièrement en matière d'autodétermination et de consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC) — peuvent cadrer avec le droit canadien actuel soulèvent bien des controverses. Certaines déclarations du gouvernement fédéral du Canada laissent croire que la DNUDPA peut être mise en application dans le cadre du régime canadien actuel en matière de droits ancestraux des Autochtones, prévu à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*². Or, certaines discordances entre la DNUDPA et ce régime entraîne bien des difficultés³. Le présent article porte sur l'une des raisons pour lesquelles le fait de se fonder sur l'article 35 de la

1 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, Doc AGNU, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

2 Ministre des Affaires autochtones et du Nord, Carolyn Bennett, « Fully Adopting UNDRIP: Minister Bennett's Speech at the United Nations », *Northern Public Affairs* (11 mai 2016), en ligne : <www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-undrip-minister-bennetts-speech/>.

3 Ces discordances ont été signalées à la fois par ceux qui sont en faveur de la mise en application de la DNUDPA (voir par ex Brenda L Gunn, « Au-delà de l'arrêt *Van der Peet* : intégrer le droit international, autochtone et constitutionnel » dans Oonagh Fitzgerald et Risa Schwartz, dir, *Mise en application de la DNUDPA : Tisser des liens entre le droit autochtone et les lois internationales et nationales*, CIGI, rapport spécial, 31 mai 2017, aux pp 29-38) et par ceux qui sont contre [voir par ex Harry Swain et Jim Baillie, « The Trudeau government signs on to give Aboriginals veto rights nobody else has », *National Post* (26 janvier 2018)].

Constitution canadienne risque en réalité de retarder la mise en application de la DNUDPA, raison qui réside dans l'incompatibilité avec la DNUDPA des catégories des droits revendiqués et des droits établis, prévues dans le régime canadien actuel en matière de droits autochtones ancestraux. Le pouvoir que s'est arrogé la Cour suprême du Canada (CSC) de statuer unilatéralement au sujet des droits des peuples autochtones, tout en reconnaissant l'autorité en la matière affirmée par l'État canadien, entraîne une inégalité de pouvoir solidement ancrée qui sape toute mise en application efficace des normes établies dans la DNUDPA. Ces dernières favorisent un modèle de pluralisme juridique et de partage négocié des compétences auquel le régime canadien en matière de droits autochtones ancestraux peut difficilement s'adapter.

Dans le présent article, on explique d'abord pourquoi la distinction entre les droits revendiqués et les droits établis, en ce qui concerne les Autochtones, doit être revue à la lumière de l'éventuelle mise en application de la DNUDPA. On fait ensuite valoir que les dispositions de la DNUDPA relatives au CPLCC sont définies en fonction des pouvoirs des Autochtones en matière de gouvernance et que cela rend nécessaire une compréhension de la DNUDPA sous l'angle du pluralisme juridique. En conclusion, l'article présente des exemples de ce à quoi pourraient ressembler, au Canada, les relations entre les Autochtones et la Couronne une fois cette distinction éliminée du régime relatif aux droits ancestraux.

Distinction entre droits revendiqués et droits établis

Tant qu'un droit ancestral n'est pas mis en preuve devant un tribunal national, selon les normes établies par celui-ci, il demeure simplement un droit revendiqué et ne reçoit donc que la protection procédurale, soit le droit consultation, prévue par le droit interne canadien. Ce déséquilibre des pouvoirs, inhérent à l'actuel régime et issu de l'article 35 de la Constitution canadienne, est contraire aux normes de fond énoncées dans la DNUDPA. Dwight Newman a donné un aperçu des complications entraînées par la distinction entre les droits revendiqués et les droits établis pour la mise en application de la DNUDPA sur le plan du droit interne. Il recommande la prudence à cet égard parce que la DNUDPA n'a pas nécessairement une portée plus étendue que le droit interne canadien. Selon M. Newman, le consentement existe déjà en droit canadien depuis que les droits ancestraux ont été établis et que le régime de consultation et d'accommodements s'applique aussi aux droits revendiqués⁴. En outre, M. Newman signale que la définition juridique du consentement est différente de celle que l'on donne couramment à ce terme, ajoutant que le gouvernement fédéral s'est efforcé de le définir de manière étroite en vue de favoriser son obtention⁵. Selon le premier point de vue avancé par Dwight Newman, la norme relative au consentement prévue par la DNUDPA ne s'appliquerait pas aux droits revendiqués par les Autochtones, mais uniquement aux droits autochtones déjà établis en droit canadien⁶. Si l'on reconnaît que la norme du CPLCC énoncée dans la DNUDPA vise uniquement les droits établis, force est d'admettre également que cette norme ne peut pas être plus stricte que celle fixée en droit canadien, mais l'argument à double volet qui suit s'impose : d'une part, la notion de consentement existait déjà lorsque les droits autochtones ont été établis et, d'autre part, l'obligation de consulter s'applique et aux droits établis et aux droits revendiqués. Cet argument peut être analysé en tant que tel, mais aussi par l'examen des présuppositions sur lesquelles il se fonde.

Qu'en est-il du consentement en droit canadien? Dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in*, la Cour suprême du Canada (CSC) a conclu que, une fois établie l'existence du titre ancestral, l'État ne peut y porter atteinte

4 Dwight Newman, *Political Rhetoric Meets Legal Reality: How to Move Forward on Free, Prior, and Informed Consent in Canada* (Ottawa, Macdonald-Laurier Institute, 2017) à la p 14.

5 *Ibid.*

6 Nous parlons ici des droits prévus en droit interne. Le CPLCC s'applique incontestablement aux droits ancestraux reconnus en droit international : voir James Anaya, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya : Industries extractives et peuples autochtones*, CDHNU, 24^e sess, Doc NU A/HRC/24/41 (2013) à la p 10, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/152/50/pdf/G1315250.pdf?OpenElement>>.

que « si le groupe autochtone y consent ou si l'atteinte est justifiée par un objectif public réel et impérieux et si elle est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone »⁷. Dans l'arrêt *Nation haïda*, la CSC a déclaré ce qui suit : « Le "consentement" [...] n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là pas dans tous les cas »⁸. Les restrictions touchant le consentement en droit canadien sont importantes. Le consentement est requis uniquement lorsque les droits en cause sont établis. Les droits doivent être établis devant un tribunal pour que la norme relative au consentement puisse s'appliquer. De plus, le consentement pourrait ne pas être nécessaire « dans tous les cas » visant des droits établis, et il serait possible de porter atteinte à de tels droits, par exemple si la norme relative à la justification est respectée⁹.

Ces restrictions doivent être prises en compte pour situer le consentement visé à l'article 35 de la Constitution canadienne par rapport au CPLCC. À première vue, le CPLCC semble beaucoup plus strict que les normes juridiques canadiennes actuelles. En effet, l'opposition initiale manifestée quant à la DNUDPA par le Canada concernait ce qui, de l'avis de ce pays, constituait un pouvoir de veto prévu par la Déclaration¹⁰. Cette préoccupation a continué d'alimenter l'opposition à l'adoption de la DNUDPA¹¹. Dans une analyse de l'article 32 de la DNUDPA, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a conclu que le CPLCC offrait aux peuples autochtones un fondement pour rejeter les intrusions à grande échelle sur leurs territoires traditionnels (par des barrages hydroélectriques ou des mines de grandes dimensions, par exemple)¹². Dans un rapport traitant de la relation entre les peuples autochtones et les industries d'extraction, James Anaya a écrit qu'il existe une « règle générale selon laquelle aucune activité extractive ne devrait être menée sur les territoires des peuples autochtones sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause »¹³. Toutefois, il ajoute que la règle générale peut souffrir « certaines exceptions [...] dans des cas de figure très circonscrits »¹⁴. Ainsi, le CPLCC ne peut pas constituer une exigence absolue pour toutes les sortes d'intrusion¹⁵. Cette exception s'applique lorsqu'il « peut être établi avec certitude » que les activités d'extraction visées « n'auront pas d'incidence importante sur l'exercice, par ces peuples, de l'un quelconque de leurs droits fondamentaux en rapport avec les terres et les ressources qui se trouvent sur leurs territoires »¹⁶. Lorsque l'exercice d'un droit peut être restreint en l'absence du consentement du peuple autochtone, James Anaya soutient qu'il faut satisfaire à des « critères de nécessité et de proportionnalité » pour justifier l'intrusion¹⁷.

Cependant, malgré ces restrictions, la norme du CPLCC demeure plus stricte que celle relative au consentement prévue en droit canadien, et ce, pour deux raisons : premièrement, même si le principe du CPLCC incorpore un critère de pondération qui n'a pas pour effet de donner aux peuples autochtones le dernier mot sur l'ensemble des activités de développement se déroulant sur leurs territoires, cette restriction ne paraît pas s'appliquer aux intrusions graves¹⁸. En droit interne canadien, l'inverse est vrai : les intrusions graves sont précisément celles qui, selon les tribunaux, constituent une atteinte

10 Brenda L Gunn, « Overcoming Obstacles to Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Canada » (2013) 31:1 Windsor YB Access Just 147 à la p 151.

11 Voir Swain et Baillie, *supra* note 3.

12 L'affaire *Saramaka People c Suriname* (2007), Cour interaméricaine des droits de l'homme (Ser C) n° 82 au para 134, tel que cité dans Michael Coyle, « From Consultation to Consent: Squaring the Circle? » (2016) 67 UNB LJ 235 à la p 242.

13 Anaya, *supra* note 6 aux pp 9–10.

14 *Ibid* aux pp 11–12.

15 Coyle, *supra* note 12 à la p 238. Voir aussi Shin Imai, « Consult, Consent and Veto: International Norms and Canadian Treaties » dans Michael Coyle et John Borrows, dir, *The Right(s) Relationship: Reimagining the Implementation of Historical Treaties* (Toronto, University of Toronto Press, 2017) aux pp 370–408.

16 Anaya, *supra* note 6 à la p 11.

17 *Ibid*.

18 Imai, *supra* note 15 à la p 384.

susceptible de justification¹⁹. Deuxièmement, l'existence de droits prévus à l'article 35 de la Constitution canadienne est extrêmement difficile à mettre en preuve devant les tribunaux. Les poursuites judiciaires entraînent d'énormes coûts financiers et humains ainsi qu'une incertitude quant à l'issue du litige. C'est ce qu'a reconnu la Commission interaméricaine des droits de l'homme lorsqu'elle a déclaré que les peuples autochtones qui tentent de résoudre des litiges en matière de droits fonciers au Canada ne bénéficient d'aucune mesure de redressement efficace²⁰. Tant les poursuites judiciaires que la négociation de traités constituent des processus longs, coûteux et incertains. En droit canadien, le consentement comme norme n'existe donc en grande partie que de manière conceptuelle.

Lorsque des droits sont revendiqués, mais pas encore mis en preuve, le régime de consultation s'applique²¹. Jusqu'à présent, les tribunaux ont clairement établi que l'obligation de consulter ne nécessite pas le consentement des peuples autochtones²². La consultation « garantit un processus, et non un résultat précis »²³. Les exigences procédurales liées au régime de consultation n'ont pas pour objet de déterminer si les peuples autochtones veulent que les activités de développement aient lieu, mais plutôt d'obtenir des renseignements quant aux effets du projet proposé sur leurs droits revendiqués²⁴. Cette distinction entraîne des conséquences pratiques. Comme l'écrit Michael Coyle, « si, de bonne foi, [les parties] se trouvent en sérieux désaccord quant au poids des droits revendiqués par la communauté ou à la gravité des conséquences d'un projet, alors, de façon concrète, le processus de consultation échouera. Il échouera comme processus d'établissement d'un consensus, il échouera comme moyen fiable de faciliter la prise de décisions touchant les ressources des terres traditionnelles et il échouera comme processus visant à favoriser l'atteinte d'une réconciliation entre les peuples autochtones et l'État » [notre traduction]²⁵. C'est donc dire que l'obligation de consulter ne favorise la réconciliation entre l'État et les intérêts autochtones que dans une certaine mesure, puisqu'elle permet, en définitive, une action unilatérale en cas de désaccord. Reste à savoir si l'obligation de consulter protège davantage les droits autochtones que ne le fait la DNUDPA, compte tenu de la protection accordée par cette obligation à la fois aux droits revendiqués et aux droits établis. Pour répondre à cette question par l'affirmative, il faut souscrire à la proposition selon laquelle le CPLCC s'applique seulement à l'égard des droits établis.

Comme on peut le voir, il y a des raisons de mettre en doute la proposition voulant que les régimes actuels des droits ancestraux et de l'obligation de consulter prévoient des protections équivalentes à celles susceptibles d'être offertes par le régime de CPLCC prévu par la DNUDPA. Il s'agit toutefois d'un argument défendable. Si la mise en application de la DNUDPA doit se fonder sur l'article 35, selon l'interprétation actuellement donnée à cette disposition par les tribunaux, l'analyse de Dwight Newman pourrait bien se révéler prémonitoire. Le problème lié à cette façon de voir les choses tient au fait qu'elle s'appuie sur des hypothèses de base qui doivent être contestées pour que la DNUDPA puisse être mise en application. De prime abord, cette interprétation exclut une telle mise en application parce qu'elle

19 Dans *Delgamuukw*, par exemple, la CSC a précisé que « l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique » constituaient des objectifs législatifs impérieux susceptibles d'appuyer une atteinte justifiable : *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 au para 165 [*Delgamuukw*].

20 *Admissibility: Hul'qumi'num Treaty Group – Canada* (2009) Commission interaméricaine des droits de l'homme n° 105/09, en ligne : <www.sfu.ca/~palys/HulQumiNumPetitiontoIACHR.pdf>. Même si cette décision est antérieure à la reconnaissance du titre ancestral par la CSC dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in*, le raisonnement qui y est exposé semblerait toujours applicable, compte tenu du temps et des sommes considérables engagés dans le cadre de cette instance.

21 *Nation haïda*, *supra* note 8.

22 *Ibid* au para 48; *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge Inc*, 2017 CSC 41 au para 59; *Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54 aux para 80, 83, 119 [*Ktunaxa*].

23 *Ktunaxa*, *supra* note 22 au para 79.

24 Newman, *supra* note 4 à la p 9.

25 Coyle, *supra* note 12 à la p 238.

maintient le pouvoir de l'État d'évaluer unilatéralement la validité des droits ancestraux revendiqués et de déterminer, d'après cette évaluation, le degré de protection dont ces droits doivent bénéficier. On ne peut présumer que le CPLCC s'appliquera uniquement à l'égard de droits établis.

Chevauchement des régimes juridiques et mise en application *sui generis*

La distinction entre droits revendiqués et droits établis, actuellement utilisée en droit canadien pour définir le degré de protection dont bénéficient les droits ancestraux, est indéfendable à la lumière de la DNUDPA. Selon cette dernière, il faut cesser de présumer que l'État — ainsi que ses tribunaux — a le pouvoir de décider de façon unilatérale quels droits doivent être protégés et quels droits sont simplement revendiqués. Dans le cadre du régime canadien relatif aux droits ancestraux (élaboré en vertu de l'article 35 de la Constitution du Canada), on part de la prémisse selon laquelle la Couronne occupe une situation juridique supérieure à celle des peuples autochtones, situation qui lui permet d'agir unilatéralement face à toute opposition autochtone. La possibilité de définir les droits comme simplement revendiqués et, partant, ne bénéficiant que de la norme inférieure de la consultation, est un des moyens essentiels dont dispose la Couronne à ce chapitre. Mettre en application la DNUDPA signifie comprendre que, à certains égards importants, tant les droits des Autochtones que ceux de la Couronne sont des droits revendiqués²⁶; reconnaître cela place les peuples autochtones sur un pied d'égalité avec l'État au moment de définir leurs droits respectifs et remet en question le pouvoir unilatéral présumé de la Couronne, sur lequel se fonde l'élaboration du régime visé à l'article 35.

La relation entre le CPLCC et la gouvernance autochtone constitue un élément primordial à cet égard. Les dispositions de la DNUDPA concernant le CPLCC sont définies par rapport aux pouvoirs de gouvernance des peuples autochtones. Le rapport entre le consentement et la gouvernance est évoquée à l'article 32.1 de la DNUDPA : « Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources ». On l'aborde également à l'article 32.2 de celle-ci, qui est ainsi libellé : « Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause »²⁷. De plus, selon l'article 4 de la DNUDPA : « Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes »²⁸. Étant donné que ces dispositions reconnaissent à la fois les « institutions représentatives » des Autochtones, la nature ancestrale de ces institutions et la possibilité, pour ces dernières, d'établir les priorités en matière d'activités de développement, non seulement exigent-elles le consentement, mais elles ont également pour effet de protéger les droits ancestraux en matière de gouvernance et de reconnaître la compétence des peuples autochtones²⁹. En effet, les peuples qui s'autodéterminent et sont dotés d'institutions représentatives ont des règles de droit. La DNUDPA envisage donc les États comme des sphères pluralistes dotées de différents systèmes juridiques. En ce sens, la DNUDPA reconnaît la « vision d'un [...] pluralisme juridique »³⁰ d'une façon plus vigoureuse que le droit interne canadien a pu ou voulu le faire. Le CPLCC ne doit pas être appréhendé de manière

26 Il ne s'agit pas de mettre en doute la nature inhérente des droits ancestraux, mais uniquement de signaler que, du point de vue de la Couronne, ces droits inhérents sont des droits revendiqués tant qu'ils n'ont pas été établis.

27 DNUDPA, *supra* note 1.

28 *Ibid.*, art 4.

29 Walter R Echo-Hawk, *In the Light of Justice: The Rise of Human Rights in Native America and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Golden (Co), Fulcrum, 2013, aux pp 43-45.

30 Gordon Christie, « Règles de droit autochtones, droit canadien et DNUDPA » dans Fitzgerald et Schwartz, *supra* note 3, à la p 57. L'auteur emploie l'expression « vision d'un fort pluralisme juridique ».

abstraite, mais plutôt comme une manifestation du droit à l'autodétermination³¹. Les dispositions de la DNUDPA en matière d'autodétermination et de CPLCC prévoient une compétence autochtone relativement aux terres et aux ressources autochtones, dans le cadre de laquelle les institutions politiques et juridiques autochtones participent intimement à la prise de décision visant les questions qui ont des répercussions pour les peuples autochtones. Cela n'est pas compatible avec l'obligation de mettre les droits en preuve devant les tribunaux nationaux pour que les normes de la DNUDPA reçoivent application.

Qu'arriverait-il si le pouvoir de décider unilatéralement que les droits en cause sont revendiqués ou établis était aboli? Affirmer que le simple fait de revendiquer des droits devrait permettre aux peuples autochtones d'établir des droits qui lient l'État canadien et entraînent des conséquences pour les citoyens ne ferait qu'inverser les difficultés actuelles. Si le problème tient à l'unilatéralisme, celui-ci peut difficilement servir de solution. En revanche, si aucune des parties ne peut unilatéralement définir ses droits et obligations envers l'autre, dans quelle situation se retrouvent ces parties? Dans le contexte de l'incertitude juridictionnelle liée au fait que chaque partie revendique l'autorité constitutionnelle, il est nécessaire d'en arriver à des règlements négociés³². Lorsqu'il y a revendication de droits, ceux-ci doivent faire l'objet de négociations entre les parties sans que l'une d'elles ait la possibilité de porter atteinte aux droits en cause ou d'obtenir un mandat judiciaire l'autorisant à agir unilatéralement après avoir satisfait à des exigences de nature procédurale conçues par les tribunaux. La mise en application du CPLCC ne se fonde pas sur l'exigence d'obtenir un consentement à l'égard de droits que des tribunaux de la puissance coloniale ont reconnu, mais plutôt sur l'exigence de régler le litige par la négociation. Quand de multiples formes de pouvoir juridique sont exercées dans un même espace, le pluralisme exige que le pouvoir fasse l'objet de négociation par voie de dialogue³³.

À moins de pouvoir remanier l'article 35 de sorte que l'unilatéralisme doctrinal qu'il prévoit soit éliminé, il convient de minimiser l'importance de cette disposition³⁴. Cela ne signifie pas pour autant que celle-ci, telle qu'elle est libellée en ce moment, ne peut pas servir à des fins stratégiques. Toutefois, la logique actuelle de l'article 35 pourrait ne pas se prêter ni aider à la mise en application de la DNUDPA. En dépit de l'accent qu'il met sur le fait d'encourager la négociation et de ses succès à contraindre les gouvernements récalcitrants à permettre aux peuples autochtones d'exprimer leur avis, cet article n'a pas réparti le pouvoir de négociation des parties de manière assez égale pour que la négociation puisse ouvrir la voie au consensus et à la réconciliation. Alors, même si l'affirmation selon laquelle la mise en application aurait pour effet de « démanteler l'approche soigneusement élaborée par nos tribunaux en matière de réconciliation » [notre traduction]³⁵ est exacte sur un plan, elle ne l'est pas sur un autre. Vu l'interprétation que lui donnent actuellement les tribunaux, l'article 35 présente une conception appauvrie de la réconciliation, à savoir qu'elle viserait à réconcilier les intérêts autochtones et la souveraineté fondamentale de la Couronne. Cette vision soutient l'unilatéralisme et échoue à établir un équilibre entre les intérêts des parties. À n'en pas douter, la DNUDPA s'oppose à cette approche de la réconciliation. Toutefois, envisagée sous un autre angle, la DNUDPA se prête bien mieux que l'article 35 à l'atteinte de l'objectif (souvent exposé par la CSC) de favoriser la négociation pour régler les revendications en suspens. La CSC a tenté d'encourager la négociation et de fixer des limites conceptuelles et pratiques à l'exercice, par la Couronne, de son pouvoir souverain³⁶. De ce fait, elle a

31 Gunn, *supra* note 10 à la p 153.

32 Christie, *supra* note 30.

33 *Ibid* à la p 58.

34 Comme l'écrit Jeffery G Hewitt, « la mise en application de la DNUDPA par le biais de l'article 35 offre au Canada de nouveaux moyens de limiter les droits des peuples autochtones » dans Fitzgerald et Schwartz, *supra* note 3, à la p 69.

35 Swain et Baillie, *supra* note 3.

36 Voir par ex Delgamuukw, *supra* note 19 au para 186; *Nation haïda*, *supra* note 8 au para 14.

sans nul doute beaucoup contribué à promouvoir les droits ancestraux. Or, c'est la doctrine même de la CSC qui semble maintenant l'empêcher de jeter les bases d'une relation de nation à nation avec les Autochtones, une relation fondée sur des droits et une compétence négociés. Tant que la doctrine liée à l'article 35 n'aura d'autre fondement que le pouvoir souverain unilatéral de la Couronne, les efforts appréciables de réconciliation déployés par la CSC envers les peuples autochtones ne pourront se concrétiser au moyen de cette disposition. La DNUDPA offre les bases d'un équilibre plus stable des intérêts en jeu. Contrairement à l'avis de ceux qui craignent que la DNUDPA accorde un pouvoir de veto aux peuples autochtones, la Déclaration ne cherche pas à remplacer une forme d'unilatéralisme par une autre. Comme l'énonce son préambule, la DNUDPA « encouragera des relations harmonieuses et de coopération entre les États et les peuples autochtones, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi »³⁷.

Ainsi, l'article 35 doit être écarté du processus. Heureusement, il existe de nombreux exemples de nations qui ne s'appuient pas sur une disposition telle que l'article 35 et dont on peut s'inspirer. Il suffit d'en mentionner deux. Il y a d'abord le cas de la Nation haïda, qui a eu recours au système judiciaire, mais a aussi emprunté d'autres voies. Le protocole de réconciliation signé par cette nation et la Colombie-Britannique reconnaît dans son préambule que les parties ont des visions différentes de leurs droits, de leurs obligations et du pouvoir souverain visant Haida Gwaii³⁸. Les conventions de ce genre sont un modèle pour l'élaboration d'un cadre de compétences partagées eu égard aux questions telles que l'héritage culturel et la cogestion de la faune, des terres et des ressources.

Les « parcs tribaux » sont un autre exemple. Ils correspondent à une forme *sui generis* de droit de propriété et de compétence revendiqués par les peuples autochtones. Il ne s'agit pas de parcs au sens courant du terme ni au sens juridique prévu en droit canadien, mais plutôt de territoires à l'égard desquels les peuples autochtones revendiquent le pouvoir et la compétence de gérer les terres qui y sont situées³⁹. Bien que certains de ces parcs ne soient pas reconnus en droit canadien, des gouvernements provinciaux ont conclu à leur égard des conventions de partage des compétences qui reconnaissent que certains parcs sont des territoires protégés conformément au droit autochtone⁴⁰.

Ces exemples sont pertinents dans le contexte de la mise en application de la DNUDPA parce que les peuples autochtones visés participent à un processus par lequel les obligations et les droits respectifs des parties sont négociés. Alors que selon l'actuel régime, lié à l'article 35, ce sont les tribunaux de l'État qui fixent les règles du jeu, les modalités qui serviront à déterminer les droits et obligations des parties dans des cas comme ces exemples font elles-mêmes l'objet de négociations. Les « relations harmonieuses et de coopération entre les États et les peuples autochtones » mentionnées dans le préambule de la DNUDPA doivent être établies en fonction de conditions définies d'un commun accord. C'est uniquement à ce prix que l'autodétermination et le CPLCC pourront être mis en application de manière efficace.

37 DNUDPA, *supra* note 1, préambule.

38 Voir « Protocole de réconciliation Kunst'aa Guu – Kunst'aayah 2009 », en ligne : Colombie-Britannique <www2.gov.bc.ca/gov/content/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations/first-nations-negotiations/first-nations-a-z-listing/haida-nation-council-of>.

39 Grant Murray et Leslie King, « First Nations Values in Protected Area Governance: Tla-o-qui-aht Tribal Parks and Pacific Rim National Park Reserve » (2012) 40:3 Human Ecology 385 à la p 389.

40 Le 29 mai 2008, le PL 38 – 2008 (projet de loi 38 – 2008, *Protected Areas of British Columbia (Conservancies and Parks) Amendment Act, 2008*, 4^e sess, 38^e parl, Colombie-Britannique, 2008) a établi le parc Duu Guusd dans l'archipel de Haida Gwaii. Le 17 décembre 2008, la province de la Colombie-Britannique a pris le décret n° 977/2008, qui portait ajout de 6 793 hectares au Duu Guusd et établissait les frontières modifiées de cette région, lesquelles englobent l'île Langara et un territoire situé dans le détroit de Rennell.

Au sujet de l'auteur

Robert Hamilton, professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Calgary, enseigne le droit foncier, le droit autochtone, ainsi que la recherche et la rédaction juridiques. Ses recherches portent sur les droits fonciers et issus de traités des Autochtones dans les provinces maritimes du Canada. Son travail concerne le droit, l'histoire du droit, les traditions juridiques autochtones et les perspectives théoriques du droit et de l'histoire. Robert a collaboré, dans le cadre de projets de recherche, avec le *National Consortium on Indigenous Economic Development* (de l'Université de Victoria), le Centre pour la conservation et le développement autochtones alternatifs, ainsi que les responsables du projet Les Débats de la Confédération. Il a par ailleurs travaillé avec des Premières Nations dans des dossiers relatifs à des revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale des Autochtones. Il a en outre publié des textes sur les droits fonciers et issus de traités des Autochtones dans les Maritimes canadiennes, de même que sur des questions plus vastes liées au droit autochtone. De plus, il a présenté le fruit de ses recherches à de nombreuses occasions. Titulaire d'un baccalauréat en philosophie de l'Université de St-Thomas, du grade de J.D. de l'école de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick et d'une maîtrise de l'école de droit Osgoode Hall Law School, Robert est candidat au doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Victoria.



Les dispositions 27 et 46(2) de la DNUDPA :

une voie hors du borbier créé par le critère de l'atteinte justifiable lié à l'article 35?



Ryan Beaton

Introduction

En mai 2016, la ministre des Affaires autochtones et du Nord, Carolyn Bennett, annonçait à la 15^e session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones (IPNUQA) que le Canada appuyait désormais sans restriction et totalement la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*¹ (la « DNUDPA »)². À cette occasion, M^{me} Bennett a précisé que le Canada avait l'intention d'adopter la DNUDPA et de la mettre en application conformément à la Constitution canadienne. Elle a également souligné la disposition qui résiderait au cœur de cette mise en application : « Dans la foulée de l'adoption et de la mise en œuvre de la DNUDPA, nous sommes heureux de redonner vie

1 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, Doc off AGNU, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

2 Ministre des Affaires autochtones et du Nord, Carolyn Bennett, « Announcement of Canada's Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » (allocution prononcée à la 15^e session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, le 10 mai 2016).

à l'article 35 et de reconnaître qu'il représente désormais un ensemble complet de droits garantis aux peuples autochtones du Canada » [notre traduction]³.

La ministre faisait référence à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴, lequel prévoit que : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés »⁵.

Les déclarations de la ministre suscitent à la fois l'espoir d'une revitalisation de l'article 35 et l'inquiétude de voir la DNUDPA interprétée à la lumière des principes élaborés par les tribunaux canadiens relativement à cet article, ou encore jugée superflue. Dans le présent article, nous aborderons cette grande interrogation, plus particulièrement en ce qui concerne son lien avec le paragraphe 46(2) de la DNUDPA, puis mettrons en évidence un élément important qui permettrait d'y répondre et est énoncé à l'article 27 de la DNUDPA.

Rappelons brièvement que le paragraphe 46(2) de la DNUDPA prévoit que des droits qui y sont garantis peuvent faire l'objet de restrictions justifiées. Or, l'obligation d'analyse du caractère justifié d'une restriction visant un droit énoncé à l'article 35 existe déjà au Canada; elle oblige ceux qui revendiquent un droit prévu par cet article à s'adresser aux tribunaux quand ils estiment que la Couronne y porte atteinte sans justification. De plus, la Couronne peut aller de l'avant malgré un désaccord sur la justification de la restriction; elle est alors soumise seulement à un examen subséquent par un tribunal, et ce, à la condition que les revendicateurs aient le temps, les ressources et la volonté d'exercer des recours judiciaires. Voilà qui contribue grandement au déséquilibre des pouvoirs de négociation entre la Couronne et les peuples autochtones qui prennent part aux consultations et aux négociations. Il serait très dommage – voire catastrophique – que le paragraphe 46(2) de la DNUDPA serve à confirmer le bien-fondé de cette modalité d'analyse du caractère justifié d'une restriction ainsi que de la procédure judiciaire qui existent actuellement.

En fait, une telle interprétation de le paragraphe 46(2) de la DNUDPA ne serait pas compatible avec d'autres dispositions de cette déclaration (ni avec l'esprit de cette dernière dans son ensemble). En effet, l'article 27 de la DNUDPA porte plus précisément que les États doivent établir « en concertation avec les peuples autochtones concernés » ce qui constitue « un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent » permettant de « reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources [...] et de statuer sur ces droits ». Le Canada est donc tenu à tout le moins, selon l'article 27 de la DNUDPA, de justifier *avant* son imposition toute restriction à un droit énoncé à l'article 35, et de le faire dans le cadre d'un processus instauré en concertation avec les peuples autochtones visés. Autrement dit, même si le paragraphe 46(2) de la DNUDPA laisse à l'État la possibilité de justifier une atteinte aux droits qu'elle protège, cette justification doit se faire conformément à, entre autres, l'article 27 de cette déclaration.

Dans les sections qui suivent, nous expliquerons plus en détail la question soulevée par le paragraphe 46(2) de la DNUDPA au regard du cadre d'analyse qui découle de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et existe déjà en droit canadien. Nous proposerons ensuite une marche à suivre pour les tribunaux et décrirons, dans leurs grandes lignes, les mesures que le Parlement et les assemblées législatives provinciales pourraient prendre afin de mettre en application l'article 27 de la DNUDPA à la lumière des règles de droit canadiennes, tout en transformant l'approche actuellement appliquée pour justifier une atteinte à des droits garantis par l'article 35.

3 *Ibid.*

4 *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, c 11, art 35.

5 *Ibid.*, art 35(1).

Le paragraphe 46(2) et l'analyse justificative appliquée à l'article 35

Le paragraphe 46(2) de la DNUDPA est libellé en partie comme suit : « L'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration est soumis uniquement aux restrictions prévues par la loi et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Toute restriction de cette nature sera non discriminatoire et strictement nécessaire à la seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique »⁶.

Les termes employés dans le paragraphe 46(2) s'apparentent à ceux de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, selon lequel des droits et libertés protégés par la *Charte* doivent être restreints « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁷. L'article premier de la *Charte* ne s'applique pas directement à l'article 35, car ce dernier ne fait pas partie de la *Charte*. Cependant, la Cour suprême du Canada (CSC) a statué qu'il fallait appliquer aux droits protégés à l'article 35 la nécessité d'une analyse justificative semblable à celle prévue par l'article premier de la *Charte*. La CSC a affirmé également que la Couronne avait la possibilité de justifier les mesures qu'elle prend et qui portent atteinte à ces droits. Selon la Cour suprême, l'analyse fondée sur l'article premier impose l'application d'un critère de l'atteinte minimale et de la proportionnalité lorsqu'il y a violation de droits énoncés à l'article 35. Ce double critère permet à la Couronne de justifier des atteintes à des droits autochtones ainsi que les effets préjudiciables potentiels des mesures envisagées sur ces droits⁸.

Nous estimons qu'il faut parler d'un élément préoccupant de le paragraphe 46(2) de la DNUDPA : peu importe l'interprétation qui sera donnée sur le fond à des notions comme le « consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause » figurant ailleurs dans la DNUDPA, cet article ouvre la porte à toute une série d'arguments qui reprendraient textuellement la démarche établie pour « justifier » des restrictions aux droits garantis à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Beaucoup de commentaires au sujet de la DNUDPA portent sur la définition du consentement. Or, il est tout aussi important d'aborder le processus qui servira à régler les désaccords entre l'État et les peuples autochtones quant à toute justification éventuelle d'une atteinte aux droits des Autochtones. Ces

6 DNUDPA, *supra* note 1 à l'article 46(2).

7 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), art 1. L'article premier de la *Charte* porte que : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Soulignons que l'article premier de la *Charte* parle donc de restrictions « raisonnables » apportées par « une règle de droit », tandis que l'article 46(2) de la DNUDPA dispose que « [les] restrictions [doivent être] prévues par la loi et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme » [nos italiques]. Cependant, la CSC a fait sienne la « présomption d'interprétation » suivant laquelle il faut présumer que « la Charte accorde une protection au moins aussi grande que les obligations internationales du Canada relatives aux droits de la personne »; voir *Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 RCS 386 au para 65. Cet arrêt porte à croire que l'article premier, tout comme l'article 46(2) de la DNUDPA, ne peut servir à justifier une restriction de droits qui est contraire aux obligations internationales du Canada en matière de droits humains. La question n'est pas approfondie ici, mais cela ne signifie pas que la mention expresse des obligations internationales faite à l'article 46(2) soit dénuée d'importance lorsqu'il s'agit de protéger des droits garantis par la DNUDPA dans certaines situations, notamment quand les droits énoncés à l'article 35 n'entrent pas en ligne de compte.

8 Voir par ex R c Sparrow, [1990] 1 RCS 1075 à la p 1109; *Tsilhqot'in Nation c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 RCS 256 [*Tsilhqot'in Nation*] aux para 76-88. Il existe une bonne dose d'incertitude dans la jurisprudence quant à ce qui constitue une atteinte plutôt qu'un « effet préjudiciable potentiel » relativement à un droit protégé à l'article 35. Il est vrai que les tribunaux ont conclu qu'une atteinte impose des obligations fiduciaires à la Couronne, alors qu'un effet préjudiciable potentiel s'assortit d'une obligation de consulter. Différentes conséquences juridiques peuvent s'ensuivre lorsqu'un tribunal statue que la Couronne a porté atteinte à des droits énoncés à l'article 35 mais pas que ses mesures sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits. Voir par ex la discussion au sujet des diverses répercussions juridiques qui figure dans l'arrêt *Mikisew Cree First Nation c Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40. Toutefois, soulignons encore que la distinction entre une atteinte et un effet préjudiciable n'est pas particulièrement claire. Pour les besoins du présent article, nous avons regroupé les atteintes et les effets préjudiciables potentiels.

aspects « procéduraux⁹ », qui sous-tendent le droit de donner son consentement préalable, libre et éclairé, ne reçoivent pas assez d'attention compte tenu de leur importance en pratique.

L'imposition judiciaire d'une démarche de justification semblable à ce qui se fait conformément à l'article premier de la *Charte* entraînerait la restriction la plus grave des droits garantis à l'article 35, c'est-à-dire la réalité « procédurale » suivante : la Couronne peut toujours donner suite à ses projets, même s'il y a désaccord entre elle et les titulaires de ces droits relativement au fait qu'elle a rempli ou non ses obligations constitutionnelles d'une manière justifiant l'atteinte aux droits ou les effets préjudiciables sur ces droits. Par conséquent, les personnes qui revendiquent des droits prévus à l'article 35 doivent nécessairement se tourner vers les tribunaux pour contester les mesures prises par la Couronne.

Cette caractéristique du cadre actuel d'application de l'article 35 aggrave énormément le déséquilibre des pouvoirs de négociation entre la Couronne et les nations autochtones, ce qui exacerbe la vulnérabilité des droits prévus à cet article. La Couronne envisage souvent des mesures qui peuvent restreindre des droits ancestraux ou issus de traités ou encore leur causer des effets préjudiciables. Très souvent, ces mesures visent le développement économique, par exemple l'extraction minière ou des activités connexes comme la délivrance de permis relatifs aux mines, au pétrole et au gaz, au bois d'œuvre, aux installations hydroélectriques, à la construction de routes et de chemins de fer, etc. Souvent, dans ces situations, les titulaires des droits et la Couronne ne s'entendent pas sur la constitutionnalité des restrictions ou des effets préjudiciables visant ces droits.

Selon le droit canadien actuel, la Couronne peut agir unilatéralement advenant un désaccord, et seul un tribunal peut examiner subséquemment les mesures proposées si les titulaires des droits menacés (ou d'autres tiers intéressés) ont le temps et les ressources nécessaires pour saisir les tribunaux et qu'ils sont prêts à le faire. Avant d'agir, la Couronne n'a aucune obligation préalable en droit de convaincre qui que ce soit (particulier, tribunal judiciaire ou administratif, ou bien entité autre qu'elle-même) qu'elle a respecté ses obligations constitutionnelles envers les personnes qui détiennent les droits ancestraux ou issus de traités qui sont restreints ou qui subissent des effets préjudiciables. Soyons clairs : la Couronne est tenue de respecter diverses obligations relativement à l'article 35, c'est-à-dire celles de consulter, de procéder à des accommodements et de mettre à contribution les titulaires des droits ancestraux ou issus de traités avant de prendre des mesures qui peuvent porter atteinte à des droits ou avoir des effets préjudiciables sur ces droits. Le problème, c'est qu'une fois que la Couronne s'est convaincue *elle-même* d'avoir respecté ses obligations, rien ne l'empêche légalement de donner suite à ses projets. Si les gens qui détiennent les droits (ou tout autre tiers intéressé) ne sont pas d'accord avec l'autoévaluation de la Couronne, c'est à eux de contester la situation devant les tribunaux. Comme nous l'expliquons plus bas, ce fardeau procédural s'applique à tous les droits garantis à l'article 35, y compris le titre ancestral.

Le fait que la Couronne puisse mettre en œuvre des mesures controversées impose une charge très lourde à ceux qui croient qu'elle contrevient à ses obligations constitutionnelles. C'est particulièrement le cas des peuples autochtones qui détiennent un titre sur des terres visées par des mesures de développement économique. Une Première Nation peut alors recevoir de la part de la Couronne des avis incessants approuvant diverses activités industrielles qui touchent le territoire de cette nation et ses droits protégés par l'article 35. Si la Première Nation estime que l'État contrevient à ses obligations constitutionnelles avec ces approbations, elle a un nombre très limité d'options juridiques et un très faible pouvoir de négociation puisque c'est elle, et non pas l'État, qui doit saisir les tribunaux, au cas par cas, lorsqu'elle souhaite que la question soit tranchée par un organe dont l'autorité est reconnue par la Couronne.

⁹ Nous mettons le terme « procéduraux » entre guillemets ici parce que le processus de règlement des différends au sujet du caractère justifiable des atteintes aux droits joue un rôle central quand il s'agit de déterminer la portée fondamentale de ces droits; le fondement de ceux-ci ne peut être isolé du processus établi afin de justifier les restrictions.

En pratique, donc, même des droits qui sont énoncés à l'article 35 et ont été confirmés peuvent subir une grave érosion avec le temps, à mesure que les projets de développement économique viennent empêcher qu'ils soient véritablement exercés¹⁰. En revanche, bon nombre de décisions judiciaires offrent des outils aux revendicateurs qui possèdent le temps et les ressources nécessaires à la contestation judiciaire et leur permettent ainsi de bloquer ou de beaucoup retarder les projets *après* leur approbation par la Couronne. Alors, bien des projets très publicisés qui suscitent l'intérêt de parties disposant de ressources considérables d'un côté comme de l'autre donneront lieu à des litiges longs et coûteux en raison du cadre d'analyse actuel lié à l'article 35. Cette situation n'est vraiment pas idéale pour qui que ce soit – ni les nations autochtones, ni la Couronne, ni les industries.

Proposition

La détermination du Canada à mettre en application tous les articles de la DNUDPA offre l'occasion de réexaminer le pouvoir de la Couronne d'agir unilatéralement en cas de désaccord sur le fait qu'elle ait, dans une situation donnée, satisfait ou non aux obligations qui lui sont imposées à l'article 35. Nous décrivons ici une étape supplémentaire simple, mais importante, qui est déjà implicite dans la jurisprudence de la CSC.

Nous proposons que, si la Couronne souhaite prendre des mesures susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, ou d'y porter atteinte et que les titulaires des droits estiment (contrairement à elle) que la Couronne ne respecte pas ses obligations constitutionnelles, le projet contesté soit retardé et arrêté tant que le conflit n'est pas résolu.

Il ne découle pas de notre proposition que les titulaires des droits auraient un droit de veto sur le projet; notre proposition n'est probablement même pas aussi stricte que le critère du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause qui est prévu par plusieurs dispositions de la DNUDPA. Comme nous l'expliquons plus bas, cette proposition serait néanmoins un pas dans cette direction et pourrait ouvrir la voie vers une mise en application intégrale de la DNUDPA. Au fond, notre proposition ferait simplement en sorte que, dorénavant, ce soit la Couronne qui doive *soit* obtenir le consentement véritable des titulaires des droits, *soit* prouver – avant d'aller de l'avant – qu'elle a rempli ses obligations constitutionnelles.

Cette proposition concorde bien avec les arrêts déterminants (et unanimes) rendus par la CSC dans les affaires *Nation haïda* et *Nation Tsilhqot'in*; elle en assurerait même une plus grande cohérence. Dans *Nation haïda*, la Cour suprême a affirmé que, dans le cas de droits protégés par l'article 35 qui *sont revendiqués mais non encore prouvés*, la Couronne peut agir même s'il y a désaccord sur le fait qu'elle ait ou non rempli son obligation de consultation et d'accommodement à propos de mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits revendiqués¹¹. On pourrait conclure, conclusion contestable, que la Cour sous-entendait par ces propos que la Couronne *n'aurait pas* le pouvoir d'agir unilatéralement quand un droit garanti à l'article 35 est établi. Dans l'arrêt *Tsilhqot'in Nation*, le plus haut tribunal canadien est allé plus loin et a souligné que les obligations de la Couronne étaient distinctes selon que les droits étaient établis ou qu'ils étaient revendiqués mais non encore prouvés. Néanmoins,

10 Un exemple a été présenté dans les médias récemment. En effet, dans une affaire, la Première Nation de Blueberry River a fait valoir que ses droits issus de traités avaient subi un préjudice irréparable en raison du développement économique intense sur son territoire. Un rapport datant de 2016 avait en effet souligné que, sur 73 % du territoire de la nation en question, tout lieu donné se trouvait à 250 mètres ou moins d'une perturbation industrielle; voir Yvette Brend, « Collision between Indigenous hunting and oil development rights set for legal showdown in B.C. court », CBC News (10 juin 2017), en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/bc-treaty-rights-law-blueberry-river-first-nation-oil-and-gas-development-court-1.4151779>.

11 *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 RCS 511 [*Nation haïda*] au para 45. Au sujet de droits revendiqués mais non encore prouvés, la Cour s'est exprimée comme suit : « Tant que la question n'est pas réglée, le principe de l'honneur de la Couronne commande que celle-ci mette en balance les intérêts de la société et ceux des peuples autochtones lorsqu'elle prend des décisions susceptibles d'entraîner des répercussions sur les revendications autochtones. Elle peut être appelée à prendre des décisions en cas de désaccord quant au caractère suffisant des mesures qu'elle adopte en réponse aux préoccupations exprimées par les Autochtones. »

elle n'a pas interdit expressément à l'État d'agir unilatéralement s'il y a mésentente relativement à des droits établis. Plus particulièrement, elle a déclaré ce qui suit :

« À l'étape de la revendication, avant que soit établie l'existence du titre ancestral, le gouvernement a une obligation de consulter de bonne foi le groupe en cause et, s'il y a lieu, d'accommoder ses intérêts. Alors que la validité de la revendication devient plus apparente, le niveau requis de consultation et d'accommodement augmente proportionnellement. Lorsqu'une revendication est particulièrement solide — par exemple, peu avant qu'un tribunal confirme l'existence du titre — il faut bien prendre soin de préserver l'intérêt autochtone en attendant le règlement définitif de la revendication. *Enfin, une fois l'existence du titre établie, le gouvernement ne peut réaliser, sur les terres grevées d'un titre ancestral, un projet d'aménagement auquel le groupe titulaire du titre n'a pas consenti à moins qu'il se soit acquitté de son obligation de consultation et que le projet d'aménagement soit justifié au sens de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982* »¹².

Dans *Nation Tsilhqot'in*, la Cour suprême ne règle aucunement le point de procédure crucial mis en lumière ici : la Couronne reste libre d'agir même en cas de désaccord sur le fait qu'elle a ou non rempli son obligation de consulter et sur sa capacité de justifier ou non les mesures proposées. Elle peut considérer elle-même que ses projets sont justifiés et, en se fondant sur cette autoévaluation, elle peut choisir d'aller de l'avant. Ceux qui détiennent le titre ancestral n'ont plus d'autre choix que de se tourner vers les tribunaux s'ils ont le temps, les ressources et le goût de le faire.

Il est dommage que la Cour suprême ne se soit pas attardée expressément sur ce point de procédure important dans les situations où est établie l'existence d'un titre ancestral ou de droits visés à l'article 35, plus généralement. Les distinctions que fait la Cour entre un droit revendiqué et un droit établi laissent croire que la Couronne ne devrait pas jouir du même pouvoir unilatéral dans le cas de droits dont l'existence est établie. Notre proposition consiste simplement à faire un pas de plus et à tirer une conclusion qui pourrait déjà être implicite dans la jurisprudence de la Cour suprême puis à obliger la Couronne à justifier, *avant* leur mise en œuvre, les projets qui porteraient atteinte à des droits garantis à l'article 35. Les tribunaux pourraient imposer cette exigence dès maintenant en tant que pas de plus dans l'évolution logique de l'interprétation de l'article 35¹³.

Évidemment, si seuls les tribunaux franchissaient ce pas, ils seraient toujours l'instance qui statue sur les justifications potentielles des atteintes aux droits garantis à l'article 35. Toutefois, il incomberait désormais à la Couronne de s'adresser à un tribunal pour justifier une violation de ces droits; elle aurait à faire approuver judiciairement les restrictions qu'elle propose au lieu que ce soit les titulaires des droits qui demandent aux tribunaux de refuser les justifications. Cette subtilité peut sembler négligeable, car après tout, si le Canada veut vraiment établir une relation de nation à nation avec les peuples autochtones et respecter les traités qu'il a conclus avec eux, il semble absurde – avec le recul – qu'une partie à un traité puisse unilatéralement envisager de briser ses promesses et demander à ses propres tribunaux de se prononcer sur le caractère justifié ou non de ses projets. Cependant, même s'il ne s'agit que d'un pas de plus dans une évolution logique, cela équilibrerait notablement les pouvoirs de négociation dans le cadre des consultations et des négociations entre peuples autochtones et Couronne, simplement en déplaçant le fardeau sur cette dernière, car la Couronne devrait alors soumettre sa justification à l'appareil judiciaire avant de pouvoir brimer des droits.

Certains diront que cette démarche créerait de graves engorgements de l'appareil judiciaire. En effet, chaque permis délivré par la Couronne afin d'autoriser des activités industrielles sur une terre visée

¹² *Nation Tsilhqot'in*, supra note 8 au para 91 [nos italiques].

¹³ C'est exactement ce point qui sera probablement présenté à la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire de la Première Nation de Blueberry River, relative à l'effet cumulatif des violations d'un traité, advenant que la poursuite se rende devant les tribunaux (voir Brend, supra note 10).

par un titre ancestral de même qu'une bonne partie des permis – si ce n'est la majorité – relatifs à des terres protégées par traité nécessiteraient le consentement des Autochtones visés ou l'examen de la justification avancée pour restreindre des droits avant que les activités puissent être enclenchées¹⁴. Il est impossible de nier ou de minimiser l'ampleur des conflits entre la Couronne et les peuples autochtones au sujet du contrôle à l'égard des terres et des ressources naturelles ou de leur utilisation. Cette cruelle réalité représente un vestige du colonialisme et témoigne de la persistance du problème. Comme nous l'expliquons plus haut, le cadre procédural actuel régissant l'examen du caractère justifié des restrictions aux droits énoncés à l'article 35 impose un fardeau extrêmement lourd aux titulaires des droits en permettant à la Couronne d'appliquer les mesures proposées même quand leur justification est mise en doute. Dans l'éventualité où notre proposition faisait déborder les tribunaux, cela ne ferait que rendre ce fardeau visible, ce qui inciterait les autorités fédérales et provinciales à collaborer avec les peuples autochtones pour trouver des solutions plus équilibrées et davantage axées sur la collaboration.

La solution la plus efficace serait que le Parlement et les assemblées législatives provinciales élaborent un cadre législatif (soit de leur propre initiative, soit en réponse à l'interprétation judiciaire de l'article 35 suivant les paramètres énoncés plus haut) destiné au règlement des désaccords entre des peuples autochtones et la Couronne sur la justification de restrictions aux droits. Ce cadre législatif devrait permettre à un organisme composé de représentants de l'État et des peuples autochtones de trouver des solutions, de négocier ou, au besoin, de rendre une décision quant au caractère justifié des atteintes possibles aux droits, avant que la Couronne puisse réaliser les mesures contestées. Peut-être que les organismes de cogestion déjà existants, dont il est question plus bas, pourraient servir de base – tant par leur forme que par leur conception – à ces organismes indépendants éventuels. Bien sûr, il reste à considérer bien des détails qui auront une grande importance et exigeront une certaine dose de souplesse et un processus d'essais-erreurs. Essentiellement, la proposition décrite ici implique que la Couronne doive présenter ses arguments à un organe indépendant *avant* de mettre en œuvre les mesures qu'elle propose et qui auraient une incidence sur des droits visés à l'article 35, et ce, contre la volonté des titulaires de ces droits.

En outre, il s'agit d'une étape prévue par l'article 27 de la DNUDPA, lequel porte que : « Les États mettront en place et appliqueront, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent prenant dûment en compte les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones, afin de reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement, et de statuer sur ces droits. Les peuples autochtones auront le droit de participer à ce processus. »

L'article 27 de la DNUDPA oblige donc la Couronne à consulter les peuples autochtones afin d'instaurer un processus – décrit dans cet article – qui pourrait relever d'un organe de cogestion, d'une table de réconciliation, d'un tribunal administratif indépendant ou de tout autre organisme auquel siègeraient des représentants des Autochtones et de la Couronne. Cette entité aurait le pouvoir de rendre une décision en cas de désaccord entre les titulaires de droits protégés à l'article 35 et l'État au sujet d'une activité proposée susceptible de restreindre ces droits ou d'avoir un effet préjudiciable sur eux. Pour simplifier, nous appellerons ces entités des « organismes de cogestion ».

14 Il y aurait sûrement des désaccords sur la question de savoir si certaines mesures de la Couronne ont même touché à des droits garantis à l'art 35 et, par conséquent, s'il y a eu une atteinte quelconque devant être justifiée. Toutefois, ce genre de conflit surgit déjà quand il faut déterminer si une mesure envisagée par la Couronne s'assortit d'une obligation de consulter. Les tribunaux sont en train de constituer une jurisprudence sur ces questions, et nous ne nous y attarderons pas.

Ces organismes de cogestion¹⁵ pourraient avoir le mandat d'interpréter et d'appliquer différentes règles de droit – les traditions juridiques autochtones, les lois fédérales et provinciales, mais aussi le droit international, dont la DNUDPA. Leur création à l'intérieur du cadre constitutionnel canadien actuel nécessitera un certain travail d'analyse, notamment en ce qui concerne les questions touchant les compétences relatives aux cours supérieures énoncées à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, toutes ces questions semblent gérables en soi.

Ces organismes de cogestion pourraient aussi commencer à étoffer les principes déjà énoncés dans la jurisprudence entourant l'article 35, particulièrement les décisions de la CSC, conformément aux règles juridiques autochtones ainsi qu'aux législations fédérales et provinciales. Par exemple, dans *Nation Tsilhqot'in*, la CSC a expliqué que les titulaires des droits ancestraux aussi bien que la Couronne ont l'obligation d'assurer la pérennité des terres visées par le titre ancestral¹⁶. Ce principe de pérennité devrait être développé dans le respect des traditions juridiques autochtones ainsi que des lois fédérales et provinciales. De plus, il pourrait peut-être contribuer à une redéfinition de la relation fiduciaire entre les Autochtones et la Couronne pour la transformer en partenariat d'égal à égal et mettre fin au modèle désuet et insultant fondé sur une relation de tutelle?

Si l'article 27 est mis en application d'une façon analogue à ce qui est proposé ici, les organismes de cogestion créés pourraient également jouer un rôle crucial en tant qu'institutions au moment de la mise en œuvre d'autres articles de la DNUDPA. Entre autres, ils pourraient servir à la discussion, à la négociation et à la prise de décisions, au besoin, en cas de conflit lié aux articles 26 et 28 à 32. Ces dispositions énoncent les principales protections visant les terres et les ressources autochtones, y compris le fait que « les peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources »¹⁷. Par ailleurs, il est clair que ces organismes de cogestion pourraient servir à l'application de l'article 37, en vertu duquel : « les peuples autochtones ont droit à ce que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des États ou leurs successeurs soient reconnus et effectivement appliqués, et à ce que les États honorent et respectent lesdits traités, accords et autres arrangements constructifs »¹⁸.

Finalement, la mise en application de l'article 27 de la DNUDPA suivant notre proposition favoriserait aussi la participation des Autochtones aux décisions qui les touchent et concernent leurs territoires et leurs ressources, ce qui contribuerait au respect des droits à l'autodétermination, à l'autonomie et à l'autonomie gouvernementale qui sont garantis aux Autochtones par les articles 3, 4, 18, 23, 38 et 40 de la DNUDPA.

Conclusion

En résumé, la mise en application adéquate de l'article 27 de la DNUDPA pourrait constituer un élément essentiel de la mise en œuvre d'une partie importante de cette déclaration. Comme nous l'expliquons plus haut, cet article joue en effet un rôle fondamental, étant donné le risque – soulevé par certains – que

15 Soulignons que la Cour suprême du Canada a statué récemment dans deux arrêts qu'un « organisme de réglementation fédéral indépendant » comme l'Office national de l'énergie (ONE) a le pouvoir de satisfaire à l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones, en raison de l'art 35, puis de décider si cette obligation a été satisfaite; voir *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, 2017 CSC 40 [Clyde River]; *Chippewas of the Thames First Nation c Enbridge Pipelines Inc*, 2017 CSC 41 [Chippewas]. Malheureusement, il ressort des arrêts *Clyde River* et *Chippewas* que la Couronne (par l'intermédiaire de l'ONE), à toutes fins pratiques, n'a qu'à se convaincre elle-même qu'elle a respecté ses obligations constitutionnelles avant de mettre en œuvre les mesures proposées. À cet égard, *Clyde River* et *Chippewas* consolident le problème créé par l'autoévaluation de la Couronne et que nous avons soulevé dans le présent article. Cette situation est incompatible avec l'esprit et la lettre de la DNUDPA, et avec ce que nous proposons. Les organes indépendants, par exemple les organismes de cogestion que nous recommandons, ne doivent pas être indépendants uniquement en apparence si l'objectif visé est qu'ils contribuent vraiment à assainir les relations entre la Couronne et les Autochtones.

16 *Nation Tsilhqot'in*, supra note 8 aux para 86, 105, 121.

17 DNUDPA, supra note 1, art 32(1).

18 *Ibid*, art 37(1).

le paragraphe 46(2) serve à maintenir le statu quo en ce qui a trait à l'évaluation du caractère justifié de restrictions visant des droits énoncés à l'article 35 de la Constitution canadienne. Cet article de la DNUDPA impose de surcroît des conditions importantes quant à la marche à suivre lorsqu'il s'agit de déterminer si la Couronne peut – comme elle l'affirme – justifier des atteintes aux droits ou bien lorsqu'il faut régler cette question de quelque autre manière. Ces conditions ne sont pas compatibles avec l'état actuel du droit au Canada, et ce, pour les raisons décrites dans le présent article. Par conséquent, la pleine conformité à l'article 27 de la DNUDPA devrait permettre d'écarter tout argument selon lequel le paragraphe 46(2) de cette déclaration rend le cadre actuel fondé sur l'article 35 conforme à l'ensemble de la DNUDPA.

Heureusement, le droit canadien actuel offre déjà une voie permettant la mise en application de l'article 27 de la DNUDPA. Le pas à franchir dans l'évolution du cadre existant eu égard à l'application de l'article 35 pourrait déplacer le fardeau vers la Couronne, qui serait alors tenue d'obtenir l'approbation *préalable* d'un tribunal quand des mesures qu'elle envisage peuvent porter atteinte à des droits protégés à l'article 35 et confirmés. Les tribunaux pourraient faire avancer la jurisprudence dans cette direction en s'appuyant sur des précédents, comme nous l'avons expliqué. Puis, de préférence sans attendre une directive judiciaire à cet égard, les autorités fédérales et provinciales pourraient instaurer un dialogue et un partenariat avec les peuples autochtones intéressés. Ensuite, conformément aux exigences énoncées à l'article 27 de la DNUDPA, les gouvernements pourraient mettre sur pied des organismes de cogestion chargés de régler les conflits relatifs aux atteintes à des droits protégés par l'article 35. On peut difficilement concevoir que la transition vers une véritable relation de nation à nation pour l'application des traités puisse éviter de franchir ce pas, qui est relativement modeste, mais somme toute déterminant.

À propos de l'auteur

Ryan Beaton est un juriste qui s'intéresse principalement au droit constitutionnel, au droit autochtone ainsi qu'aux droits territoriaux et à la philosophie juridique des Autochtones. Ses travaux portent sur les défis posés par l'évolution du titre ancestral par rapport aux notions traditionnelles de souveraineté d'État.

Ryan poursuit des études doctorales en droit à l'Université de Victoria en qualité de boursier de la Fondation Pierre-Elliott-Trudeau pour l'année 2017. Il mène aussi des recherches en histoire et en droit au sein d'une équipe qui prépare une revendication de titre ancestral. En 2014-2015, il était auxiliaire juridique de la juge en chef de la Cour suprême du Canada, Beverley McLachlin, et avait rempli la même fonction à la Cour d'appel de l'Ontario, l'année précédente. Il a reçu un J.D. de la faculté de droit de Harvard en 2013.

Ryan Beaton a obtenu son doctorat en philosophie de l'Université de Toronto en 2011. Sa thèse portait sur la sécularisation de la philosophie morale allemande dans les écrits de Kant, Schopenhauer et Nietzsche. Il est également titulaire d'une maîtrise en mathématiques, et sa thèse pour l'obtention de ce grade concernait l'interprétation ensembliste de l'arithmétique frégéenne.



Stratégie de mise en application de la DNUDPA

Éléments fondamentaux



Kerry Wilkins

Introduction

Pour que tous les objectifs qui y sont énoncés puissent être atteints, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (la « DNUDPA »)¹ doit régir de façon concrète les relations entre les peuples autochtones et les ordres de gouvernement canadiens, qu'il s'agisse du gouvernement fédéral ou bien des gouvernements provinciaux ou territoriaux. Les droits et obligations garantis par la DNUDPA doivent être d'application contraignante et, au Canada, cette application relève du droit canadien. En effet, la DNUDPA elle-même n'investit aucun organe international d'un pouvoir décisionnel pour les cas où un État partie enfreint les dispositions; elle enjoint plutôt les Parties de prendre les mesures adéquates pour son application².

Au Canada, l'application d'instruments internationaux comme la DNUDPA n'est pas automatique, et le gouvernement canadien a décrit la DNUDPA comme un engagement politique qui n'est pas légalement exécutoire³. La Cour suprême du Canada (CSC) a aussi

1 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, doc off AGNU, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA], en ligne : <www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf>.

2 *Ibid*, art 27, 38, 40.

3 Affaires autochtones et du Nord Canada, « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », en ligne : <www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374407406/1309374458958>.

conclu à maintes reprises que les instruments internationaux n'ont aucun effet en droit interne sauf en vertu de la loi canadienne afférente⁴ (ou, plus probablement, en vertu de traités valides conclus avec les peuples autochtones⁵). Autrement dit, la DNUDPA sera exécutoire au Canada seulement quand la Couronne et les assemblées législatives compétentes conviendront — dans un texte législatif, par voie de traité ou même par une modification constitutionnelle — d'être liées par cette déclaration. Entre-temps, la DNUDPA peut tout au plus influencer sur l'interprétation judiciaire de certaines lois canadiennes⁶.

Le gouvernement fédéral a exprimé publiquement son soutien entier et sans réserve à l'égard de la DNUDPA. Selon ses déclarations, il a l'intention « d'adopter et de mettre en œuvre la DNUDPA en conformité avec la Constitution canadienne » [notre traduction]⁷. Ce sont là de bonnes nouvelles. À ce jour, cependant, les efforts déployés par le gouvernement fédéral à cet égard se sont limités à l'expression d'un appui du caucus à l'égard d'un projet de loi émanant d'un député et concernant la DNUDPA⁸, projet qui a passé l'étape de la troisième lecture à la Chambre des communes le 30 mai 2018⁹, puis celle de la première lecture au Sénat le lendemain¹⁰. S'il est adopté, ce projet de loi confirmera que la DNUDPA « constitue un instrument universel garantissant les droits internationaux de la personne et trouve application au Canada » (art 3), énoncera l'engagement du gouvernement fédéral à prendre, « en consultation et en coopération avec les peuples autochtones du Canada », « toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les lois fédérales soient compatibles avec la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* » (art 4), ainsi que son engagement à élaborer et à mettre en œuvre « un plan d'action national afin d'atteindre les objectifs énoncés dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* » (art 5). Toujours s'il est adopté, ce projet de loi obligera par ailleurs le ministre fédéral compétent à remettre au Parlement, chaque année jusqu'en 2037, un rapport sur la mise en œuvre de ces mesures (art 6). Ces dispositions envisagent, voire exigent que la DNUDPA soit appliquée à l'échelle fédérale au Canada¹¹, mais même ceux qui accueillent favorablement le projet de loi estiment qu'il ne suffira pas à lui seul à rendre les dispositions de la DNUDPA exécutoires quand elles seront mises en œuvre¹².

- 4 *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 aux para 69, 79 [Baker]; *Capital Cities Comm. c C.R.T.C.*, [1978] 2 RCS 141 aux pp 172-173; *Francis c The Queen*, [1956] RCS 618 à la p 621.
- 5 La *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, c 11, qui est la « loi suprême du Canada » [ibid, art 52(1)], confirme « les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada » [ibid, art 35(1)], y compris « les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis » [ibid, art 35(3)].
- 6 Toutes choses étant égales par ailleurs, les tribunaux doivent présumer que les lois internes sont conformes aux normes internationales reconnues : *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40 au para 30, [2001] 2 RCS 241; *Baker*, supra note 4 aux para 70-71; *R c Hape*, 2007 CSC 26 au para 53, [2007] 2 RCS 292.
- 7 *Ministre des Affaires autochtones et du Nord, Carolyn Bennett*, « Fully Adopting UNDRIP: Minister Bennett's Speech at the United Nations », *Northern Public Affairs* (11 mai 2016), en ligne : <www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-undrip-minister-bennetts-speech/>.
- 8 *PL C-262, Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1^{re} sess, 42^e parl, 2016 (adopté par la Chambre des communes le 30 mai 2018), en ligne : <www.parl.ca/DocumentViewer/fr/42-1/projet-loi/C-262/troisieme-lecture>.
- 9 *Débats de la Chambre des communes*, 42^e parl, 1^{re} sess, n^o 304 (30 mai 2018), 1555, en ligne : <www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/chambre/seance-304/debats>. Les députés libéraux, néodémocrates et verts ont appuyé la motion; les députés conservateurs s'y sont opposés : ibid.
- 10 Voir *Débats du Sénat*, 42^e lég, 1^{re} sess, n^o 212 (31 mai 2018), en ligne : <https://sencanada.ca/fr/content/sen/chamber/421/debates/212db_2018-05-31-?language=e>.
- 11 Ceci étant dit, il n'est absolument pas clair dans quelle mesure ces obligations seraient contraignantes ou, le cas échéant, quels seraient les recours si elles ne sont pas respectées.
- 12 À la deuxième lecture du *PL C-262*, ni son parrain, *Romeo Saganash* (NPD, Abitibi-Baie-James-Nunavik-Eeyou), ni la députée libérale *Yvonne Jones* (Labrador, secrétaire parlementaire de la ministre des Affaires autochtones et du Nord), qui a prononcé le discours de réponse, n'ont affirmé que ce projet de loi permettrait de mettre en application la DNUDPA au Canada; voir *Débats de la Chambre des communes*, 42^e parl, 1^{re} sess, n^o 245 (5 décembre 2017) aux pp 1745-1815, en ligne : <www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/chambre/seance-245/debats>; *Débats de la Chambre des communes*, 42^e parl, 1^{re} sess, n^o 245 (5 décembre 2017) aux pp 1805-15, en ligne : <www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/chambre/seance-245/debats>, respectivement. Selon *Mme Jones*, de fait, « une seule mesure ne peut pas venir à bout d'un tel chantier », c'est-à-dire la mise en œuvre complète de la DNUDPA (ibid à la p 1810).

Par conséquent, on attend toujours la mise en œuvre de la DNUDPA au Canada, et rien ne garantit non plus que le processus aboutira : il comporte des risques politiques énormes pour la Couronne aussi bien que pour les leaders autochtones. Les libéraux de Justin Trudeau sont d'avis que la DNUDPA constitue leur legs et que son processus n'a pas été enclenché pour obtenir un gain politique à court terme, mais plutôt parce que c'est « la chose à faire ». Les probabilités qu'elle coûte des votes aux libéraux et des dons à leur parti ou quelle favorise leur réélection prochaine sont à peu près égales¹³, et le gouvernement le sait. La DNUDPA modifiera en profondeur la gouvernance de la société et des entreprises non autochtones, particulièrement en ce qui concerne l'énergie et les ressources. Des changements de cette ampleur, généralement, ne sont pas bien accueillis par l'ensemble de la société. Du point de vue du gouvernement fédéral, alors, il sera primordial que la mise en application de la DNUDPA s'effectue avec douceur et méthode, qu'elle contribue à améliorer la vie des Autochtones sans créer trop d'inconvénients pour les autres, qu'elle n'entraîne pas de surprises déplaisantes et, en bout de ligne, ce qui n'est pas un détail négligeable, qu'elle ne coûte pas trop cher. Le gouvernement fédéral cherchera certainement à déterminer avec certitude ce qui se produira après la mise en œuvre et voudra éviter les conséquences alarmantes. Il est toujours possible que le gouvernement parvienne à la conclusion — peut-être avec des regrets réels — que la mise en œuvre de la DNUDPA (comme la réforme électorale¹⁴) nécessite tout simplement trop de travail ou s'avère trop onéreuse, du moins dans un avenir prévisible.

Pour les peuples autochtones qui estiment capitale que la mise en œuvre de la DNUDPA, les enjeux sont tout aussi considérables. Au mieux, les Autochtones auront une seule occasion réelle de pouvoir contraindre la Couronne à s'y conformer en tous points. Il est extrêmement important que la mise en application du document atteigne les résultats escomptés pour les peuples autochtones, car ils devront vivre longtemps dans le monde qui en sera issu. D'un point de vue stratégique, par contre, il est tout aussi primordial que les Autochtones prennent garde de ne fournir au gouvernement fédéral aucun prétexte pour retarder ou abandonner la mise en œuvre de la DNUDPA.

Nous décrivons ici les mesures qui doivent être prises, en fonction du droit canadien non autochtone, en vue de donner à la DNUDPA une force contraignante envers la Couronne. Nous n'avons ni l'autorisation ni l'expertise voulues pour discuter de la DNUDPA à la lumière du droit autochtone. Le présent article met plutôt en lumière quatre questions qui, à toute le moins, doivent être résolues pour que la DNUDPA puisse être intégrée au droit canadien de façon générale. Ce sont les suivantes : préciser d'abord à quels peuples autochtones, à quelles terres et à quelles eaux cette déclaration s'appliquera; choisir un mécanisme de mise en œuvre parmi les mécanismes imparfaits qui existent; clarifier les responsabilités qui seront confiées à la Couronne par la suite; obtenir la participation renouvelée et constructive des Autochtones à ces égards. Mentionnons que ce dernier point pourrait bien être une condition préalable au succès¹⁵.

13 Dans le cadre d'un sondage Angus Reid effectué auprès des Canadiens, seuls 34 % des répondants trouvaient que les communautés autochtones devraient tenter d'obtenir plus d'indépendance et un meilleur contrôle de leurs affaires. En outre, ils étaient 66 % à croire que les Autochtones devraient être assujettis aux mêmes règles et systèmes que les autres Canadiens, et 53 % à estimer que les Autochtones ne devraient pas avoir de statut spécial : Aaron Hutchins, « First Nations: New Solitudes », *Maclean's* (1^{er} juillet 2018) 28 aux pp 29, 31.

14 Voir par ex Laura Stone, « Trudeau abandons electoral reform, breaking key campaign promise », *The Globe and Mail* (1^{er} février 2017), en ligne : <www.theglobeandmail.com/news/politics/trudeau-abandons-electoral-reform/article33855925/>.

15 Il ne suffit pas, à cette fin, de simplement souligner l'excellent travail déjà accompli — par la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA) et la Commission de vérité et réconciliation (CVR), par exemple — pour décrire le triste sort réservé aux peuples autochtones dans ce qui est maintenant le Canada et réclamer les changements nécessaires. De telles études n'ont pas été entreprises, compte tenu de la mise en application éventuelle de la DNUDPA et il ne s'agit pas d'exposer le point de vue de populations autochtones précises. Il serait parfaitement approprié pour les peuples autochtones désireux de le faire d'adhérer aux recommandations de la CRPA ou aux appels à l'action de la CVR qui sont pertinents, mais il ne convient pas pour le Canada de seulement présumer, en l'absence d'une telle adhésion, que les propositions des deux commissions, présentées à des époques différentes et selon des mandats distincts, offrent des réponses déterminantes aux questions. Les présomptions du gouvernement fédéral au sujet des peuples autochtones n'ont généralement pas été bien avisées.

Qui?

Outre les articles 6, 22 et 43 de la DNUDPA, qui font mention uniquement des « autochtones » ou encore des « peuples autochtones », et les articles 41, 42 et 46, qui concernent les institutions et les procédures, chacune des dispositions de la DNUDPA énonce les droits dont bénéficient les « peuples autochtones » ou les obligations des États envers les « peuples autochtones ». Cette déclaration ne précise nulle part ce qui définit le caractère « autochtone » ou ce qu'est un « peuple »¹⁶. La réponse à ces questions — c'est-à-dire l'identification des titulaires des droits et des bénéficiaires des obligations — constitue une étape cruciale de la mise en œuvre de la DNUDPA. Toute omission à cet égard risque d'entraîner des litiges néfastes et de causer des mauvaises surprises.

Étant donné les revers qu'il a essuyés récemment au sujet des règles servant à la détermination du statut d'Indien¹⁷, le Canada pourrait fort bien être heureux de ne plus avoir à décider — ou du moins de ne plus avoir à le faire unilatéralement — qui est un Indien ou quel élément confère à une personne un caractère autochtone, à la condition qu'il ne soit pas tenu responsable des répercussions quand les peuples autochtones prennent cette décision eux-mêmes¹⁸. Il sera encore plus difficile de savoir comment — et avec quel degré de précision — définir chacun des « peuples »¹⁹ autochtones, autrement dit ceux qui sont investis des droits énoncés dans la DNUDPA. Aucun gouvernement canadien non autochtone sensé ne mettrait la DNUDPA en application sans avoir d'abord déterminé les entités qui sont censées jouir du droit à l'autodétermination (art 3) et celles dont il devra obtenir le « consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause » avant « d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de [les] concerner » (art 19), de stocker ou de décharger des matières dangereuses sur leurs terres ou territoires [art 29(2)] ou d'approuver « tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires ou d'autres ressources » [art 32(2)].

Cette définition comporte des ramifications opérationnelles de taille, notamment la prolifération de « bandes » constituées par le gouvernement fédéral. Celle-ci, qui a fait l'affaire de ce dernier pendant des décennies, risque de ne pas convenir aussi bien à l'intérieur d'un régime qui confère aux peuples autochtones des droits forts en ce qui concerne leur consentement éclairé ou le droit à l'autodétermination. Les politiciens et fonctionnaires non autochtones considèrent déjà que les coûts sont lourds quand il s'agit de régler les questions liées aux compétences, aux transferts financiers et à la prestation de services essentiels en concertation avec une seule entité fédérale et 13 gouvernements provinciaux ou territoriaux. L'ajout de plus de 600 communautés des réserves autochtones exerçant leur droit à l'autodétermination ainsi que de plusieurs groupes de Métis et d'Inuits aggraverait les inconvénients administratifs de façon exponentielle pour toutes les parties. Le Canada pourrait donc faire bon accueil, après la mise en œuvre de la DNUDPA, à des mesures semblables à ce que recommandait la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA), soit de

16 Étant donné la diversité des peuples autochtones dans le monde ainsi que la multitude de situations dans lesquelles ils se retrouvent (voir DNUDPA, *supra* note 1, préambule, attendu n° 23), un tel silence est compréhensible.

17 Aussi bien *McIvor c Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153, 91 BCLR (4^e) 1 que *Descheneaux c Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 3555, [2016] 2 CNLR 175 exigeaient des modifications aux règles de la *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c 1-5, art 6, 11 concernant la détermination du statut d'Indien et l'appartenance à une bande afin de corriger la discrimination injustifiée fondée sur le sexe, qui est contraire à l'art 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, c 11 [Charte]. Ces modifications, apportées par la *Loi sur l'Équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, LC 2010, c 18, art 2-3 et la *Loi modifiant la Loi sur les Indiens pour donner suite à la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire Descheneaux c Canada (Procureur général)*, LC 2017, c 25, art 1-3 [Loi modifiant la Loi sur les Indiens], ont rendu ces régimes presque inextricablement compliqués, en tout cas suffisamment pour que la loi de 2017 oblige le gouvernement fédéral à consulter les Premières Nations et d'autres parties intéressées par, notamment, le « rôle continu de l'administration fédérale dans la détermination du statut d'Indien et de l'appartenance à une bande » [Loi modifiant la Loi sur les Indiens, *ibid*, art 11(1)(f)].

18 Voir généralement la section du présent article intitulée « Et ensuite? ».

19 Dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, la CSC a reconnu que « le sens du mot 'peuple' reste assez incertain » en droit international (*ibid* au para 123). Elle a ajouté qu'un peuple « peut s'entendre d'une partie seulement de la population d'un État existant » (*ibid* au para 124) et « ne vise pas nécessairement l'entière population d'un État »; elle a toutefois refusé d'être plus précise ou de déterminer s'il existe même un « peuple » québécois (*ibid* au para 125).

reconnaître les droits à l'autodétermination des nations autochtones, dont le nombre se situerait entre 50 et 80 (au plus)²⁰, ou même à la suggestion formulée par Roger Gibbins plusieurs années avant la CRPA, c'est-à-dire « envisager à tout le moins un gouvernement indien de portée provinciale doté du pouvoir de faire respecter ses décisions à l'égard des bandes ou des communautés qui relèvent de lui » [notre traduction]²¹.

Même dans un tel contexte, seuls les Autochtones peuvent s'occuper de cette question de manière crédible, car l'expertise qui existe au sujet de la constitution, de la reconnaissance et de la dénomination de peuples autochtones distincts appartient depuis toujours aux aînés et aux leaders autochtones. Il serait tout à fait incompatible avec l'esprit de la DNUDPA — et totalement stupide — pour le Canada de présumer encore une fois, comme il l'a si souvent fait auparavant, que c'est à lui de décider unilatéralement de la dénomination des peuples autochtones.

Les Autochtones se retrouvent donc avec tout un défi à relever : celui de décider comment se reconstituer après des générations d'une malheureuse fragmentation coloniale. Les conséquences politiques de cette reconstitution sont multiples, mais il n'existe aucune autre solution évidente et crédible. La plus grande contribution que peuvent faire les gouvernements non autochtones, c'est d'offrir un soutien financier suffisant pour que la tâche puisse être menée à bien puis d'en attendre patiemment l'issue²². Une excellente façon de vérifier concrètement à quel point le Canada est sérieux dans sa détermination à mettre en application la DNUDPA serait de présenter au gouvernement fédéral une proposition préparée avec soin (par un groupe représentatif des peuples des Premières Nations, d'Indiens inscrits, des Métis et des Inuits) en vue d'obtenir un financement adéquat pour mener jusqu'au bout ce travail extrêmement ardu dans un délai déterminé, mais raisonnable.

Où?

Pas moins de neuf articles de la DNUDPA touchent aux droits qui concernent les terres, l'eau, les territoires ou les ressources des peuples autochtones²³. Ces droits, une fois pleinement protégés, pourront être exercés dans l'ensemble du Canada. Par contre, il faudra à cette fin les recenser puis les attribuer aux territoires visés et déterminer l'emplacement de ces territoires. Par souci de prudence, les gouvernements non autochtones semblent peu susceptibles de s'astreindre au régime rigoureux de la DNUDPA en matière de droits territoriaux sans savoir d'abord à qui appartiennent ou appartenaient traditionnellement les terrains, les eaux et les ressources, ou sans savoir comment le déterminer. Il n'est absolument pas question que la Couronne se prononce là-dessus en posant des hypothèses ou en jouant aux devinettes, et elle ne peut surtout pas le faire unilatéralement. L'enjeu, pour tous, est simplement trop grave. Les traités ainsi que les revendications territoriales globales et les revendications de droits fonciers issus de traité qui ont déjà été présentées, et même certaines décisions judiciaires, peuvent contenir des pistes de solutions utiles pour délimiter les territoires autochtones traditionnels, mais

20 CRPA, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, volume 2 : Une relation à redéfinir* (Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996) aux pp 177–84. Selon la CRPA, l'exercice des droits à l'autodétermination repose sur plusieurs conditions : le groupe autochtone doit d'abord être conscient de son unité sociale et historique, ensuite, il doit avoir une certaine importance numérique pour pouvoir assumer les pouvoirs et les responsabilités qui sous-tendent l'autodétermination et, enfin, il doit constituer la population prédominante dans un territoire donné (*ibid.*).

21 Roger Gibbins, « Citizenship, Political and Intergovernmental Problems with Indian Self-Government » dans J Rick Ponting, dir, *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization* (Toronto, McClelland and Stewart, 1986) 369 à la p 372.

22 La CRPA recommandait par exemple que le gouvernement fédéral « mette en place un processus neutre et transparent pour l'identification des groupes autochtones pouvant exercer le droit à l'autodétermination en tant que nations »; CRPA, *supra* note 20 à la p 250 (recommandation 2.3.3).

23 DNUDPA, *supra* note 1, art 8(2)(b) (droit d'obtenir réparation en cas de dépossession), 10 (protection en cas de réinstallation de force), 25 (droit de conserver et de renforcer les liens spirituels avec les terres et les eaux puis d'assumer leurs responsabilités à l'égard des générations futures), 26 (droit à la reconnaissance de l'État à l'égard des terres, territoires et ressources traditionnels), 27 (création d'un « processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent » afin de statuer sur les droits territoriaux des Autochtones), 28 (droit de restitution ou d'indemnisation pour les terres confisquées, exploitées ou dégradées sans leur consentement), 29 (droit à la préservation et à la protection de leur environnement), 30 (interdiction de toute activité militaire sur les terres traditionnelles), 32(2) (protection contre toute forme de mise en valeur ou d'exploitation des ressources sans le consentement des Autochtones).

chacun est survenu à des moments différents et dans un but différent de ce que vise la DNUDPA. Il peut donc y avoir une incompatibilité avec la définition collective des peuples autochtones effectuée pour les besoins de l'application de la DNUDPA.

Par conséquent, il serait valable stratégiquement que les peuples autochtones prennent en charge cet élément crucial de la détermination des territoires, et ils devraient alors procéder avec transparence, estimer la durée probable du processus et chercher le soutien dont ils peuvent avoir besoin de la part de la Couronne. Ce sont eux les mieux placés pour déterminer quelles sont leurs terres et leurs eaux traditionnelles. Ils sont les porteurs des récits, des histoires orales ainsi que des connaissances traditionnelles et locales constituant les fondements de leur attachement à leurs territoires ancestraux respectifs. Dans cette tâche, les gouvernements non autochtones ont le devoir en tout premier lieu d'écouter et d'apprendre puis de mettre à la disposition des Autochtones le temps et les ressources nécessaires pour la mener à terme.

Il est presque certain que l'issue de cette tâche engendrera de la controverse : certains des territoires et des eaux peuvent se trouver à l'intérieur des territoires traditionnels de plus d'un peuple autochtone²⁴. Le cas échéant, les gouvernements, en vertu de la DNUDPA, devront obtenir le consentement de chacun, ce qui pourrait compliquer le tout²⁵. Il sera encore plus fréquent, et plus difficile, de faire face aux contestations portant sur les mérites relatifs de revendications concurrentes présentées par les non-Autochtones à l'égard de certains de ces territoires et ressources, y compris vraisemblablement celles qui découlent des dispositions de cession figurant dans les versions anglaises des traités²⁶. Ce genre de conflit devra évidemment être résolu; l'article 27 de la DNUDPA exige la mise en place d'un processus impartial servant à statuer sur les revendications territoriales autochtones. Toutefois, en déterminant au début du processus de mise en application de la DNUDPA les ressources, les eaux et les territoires qui sont en jeu, les parties pourront savoir quels endroits sont visés et déterminer l'ampleur des contestations éventuelles. Il leur sera ainsi possible d'y répondre intelligemment et en concertation. Il n'est tout simplement pas possible de faire comme si la question territoriale n'existait pas.

Comment?

Depuis son adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2007, la DNUDPA offre aux peuples autochtones un ensemble de normes qu'ils peuvent utiliser s'ils estiment que c'est approprié, selon leurs propres lois, dans leurs relations les uns avec les autres. En se servant eux-mêmes de la DNUDPA, les Autochtones peuvent montrer qu'ils s'engagent à en appliquer les principes. Comme nous l'avons mentionné plus haut²⁷, cependant, la DNUDPA aura un effet contraignant ou limitatif sur la conduite de la Couronne à la seule et unique condition que les autorités législatives non autochtones s'assurent qu'elle est intégrée au droit interne. Le Canada pourrait procéder unilatéralement à cette fin, mais les hypothèses unilatérales fédérales sont, répétons-le, peu susceptibles de donner les meilleurs résultats. Pour porter fruit, la mise en œuvre de la DNUDPA nécessite notamment une compréhension approfondie

24 Dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 [Delgamuukw], la CSC mentionne l'existence possible d'un titre ancestral conjoint lorsque plus d'une collectivité autochtone occupait les terres à l'époque pertinente, à l'exclusion de toutes les autres (*ibid* au para 158 des motifs du juge Lamer et au para 196 des motifs du juge La Forest).

25 Une affaire récente concernait un projet de développement dans une région du sud-est de la Colombie-Britannique que les Shuswap et les Ktunaxa avaient utilisée traditionnellement. Après consultation, les Shuswap ont accepté le projet en raison des avantages qu'ils pouvaient en tirer, mais les Ktunaxa s'y sont opposés vigoureusement. Voir *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forest, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 RCS 386.

26 Il est utile de ne pas oublier ici, tout d'abord, que les octrois aux colons, par les provinces, d'intérêts en fief simple sur des biens-fonds ne peut suffire à éteindre le titre ancestral à l'égard de ces terres parce que le droit de propriété de la Couronne provinciale est subordonné à tout intérêt autochtone préexistant (*Delgamuukw*, *supra* note 24 au para 175), et aussi que certains droits garantis par la DNUDPA (art 25 et 28) sont rattachés aux territoires et ressources que les peuples autochtones « possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis », peu importe apparemment l'identité du propriétaire actuel.

27 Voir *supra* notes 2-6 et le texte afférent.

de ce que les Autochtones du Canada d'aujourd'hui attendent du document et de ce qui constitue pour eux une application contraignante à l'endroit des gouvernements non autochtones. Afin d'encourager ce dialogue, nous abordons dans la prochaine section certaines options possibles pour la mise en œuvre de la DNUDPA.

Si l'objectif visé est la mise en application de la DNUDPA conformément au droit canadien, au moins trois questions méritent qu'on s'y attarde : le rythme et l'ampleur de la mise en œuvre; les moyens qui serviront à intégrer la DNUDPA au droit canadien, ainsi que le choix du mécanisme d'application.

Rythme et ampleur

De bonnes raisons justifient d'envisager de donner une force contraignante à l'ensemble de la DNUDPA dans tout le Canada, et au même moment. L'uniformité d'application réduit en effet le risque d'incohérence, de comportements stratégiques, de comparaisons injustes et de concurrence inutile qui pourrait surgir dans le cas d'une mise en œuvre graduelle. Le Canada affiche toutefois une grande diversité, c'est bien connu, et les maux qui affligent les peuples autochtones sont tous aussi variés. Choisir de différer l'intégration de la DNUDPA au Canada tant que chacune des différences pertinentes n'a pas été reconnue et fait l'objet d'accommodements pourrait, au pire, être vu comme une manœuvre dilatoire. Entre-temps, la DNUDPA resterait au mieux, pour les gouvernements non autochtones, un engagement politique et un outil d'interprétation pouvant être utilisé par les tribunaux²⁸.

D'autres démarches sont possibles : mettre en œuvre dans tout le Canada les dispositions de la DNUDPA qui sont les plus faciles ou les plus importantes, puis profiter de cette expérience au fur et à mesure que les autres articles sont mis en application progressivement; adopter par étapes la totalité ou une partie de la DNUDPA pour une collectivité ou une province à la fois (en tirant aussi toutes les leçons nécessaires); mettre la DNUDPA à la disposition des peuples autochtones exclusivement sur une base volontaire — à l'instar de certains textes législatifs fédéraux récents²⁹.

Mécanismes de mise en œuvre

Il existe trois avenues pour donner pleinement force de loi à la DNUDPA en droit canadien : l'enchâsser dans la Constitution, conclure des traités ou adopter une loi.

Toute modification constitutionnelle exige au moins, à l'intérieur d'une période de trois ans, l'approbation des deux chambres du Parlement et des assemblées législatives de sept provinces représentant au moins 50 % de la population canadienne³⁰. Même s'il est tentant d'envisager d'intégrer à la Constitution canadienne les droits et les obligations énoncés dans la DNUDPA, les probabilités qu'un gouvernement non autochtone pense aujourd'hui sérieusement à proposer une telle modification semblent très minces, particulièrement sans le soutien concerté des électeurs non autochtones³¹.

Dans la mesure où il entre dans la définition d'un « accord sur des revendications territoriales » mentionné à l'article 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*³², un traité conclu avec les peuples autochtones aux fins de l'application de la DNUDPA donnerait naissance à des droits issus de traités : il s'agit de droits constitutionnels

28 Voir *supra* notes 3, 6 et le texte afférent.

29 Voir par ex la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, LC 1999, c 24 et la *Loi sur la gestion financière des premières nations*, LC 2005, c 9.

30 *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 5, art 38(1), 39(2).

31 Voir Hutchins, *supra* note 13.

32 L'art 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 5, reconnaît et confirme seulement les droits ancestraux et issus de traités « existants », c'est-à-dire ceux qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de cette disposition, en 1982 : *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 à la p 1091. L'art 35(3) crée une exception à l'égard de droits « issus d'accords sur des revendications territoriales » qui sont « susceptibles d'être ainsi acquis » (*Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 5, art 35). Les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur ce qui déterminera si un texte postérieur à 1982 est considéré ou non comme un accord sur des revendications territoriales.

des signataires protégés à l'article 35(1)³³ de toute atteinte fédérale ou provinciale injustifiée³⁴, peu importe que la province ait participé ou non à sa négociation³⁵. Les traités pourraient offrir une option intéressante dans le cas d'une mise en œuvre à la pièce ou graduelle de la DNUDPA; les calendriers de mise en application pourrait ainsi être adaptés à la situation de chaque partie à un accord donné. Cette solution serait de toute évidence probablement la plus facile à appliquer dans les parties du Canada qui ne sont pas déjà assujetties à des traités en vigueur qui contiennent des dispositions contestées en matière de cession des terres. Même alors, rappelons que les traités modernes ont généralement nécessité des années, voire des décennies, de négociations très coûteuses. Un traité à l'échelle canadienne visant tous les peuples autochtones du Canada n'est pas impossible, mais il s'agirait d'une première dans l'histoire³⁶.

Une loi fédérale, en revanche, peut être édictée assez rapidement et s'applique en général à la grandeur du pays. Nous savons maintenant que « tous les peuples autochtones » sont des « Indiens » relevant de la compétence législative fédérale³⁷; le Parlement possède donc le pouvoir constitutionnel d'adopter des lois pour mettre la DNUDPA en œuvre d'un océan à l'autre. Toutefois, même alors, des contraintes importantes existent.

Tout d'abord, les droits garantis dans la DNUDPA, advenant l'intégration du document en tant que loi canadienne, n'obtiendraient qu'un statut légal et non constitutionnel. Par conséquent, la *Charte* s'appliquera presque certainement à l'exercice de tout pouvoir présumé découler de ce texte de loi. À ce titre, ils peuvent être abrogés à tout moment. En plus, selon les règles habituelles d'interprétation législative, n'importe quelle loi fédérale (ou provinciale) plus récente ou plus précise aura préséance, toutes choses étant par ailleurs égales³⁸, sur des dispositions générales fédérales (ou provinciales) antérieures en cas de conflit. Il s'ensuit que, même s'ils ne sont pas abrogés, les textes législatifs fédéraux intégrant les droits énoncés dans la DNUDPA seraient susceptibles d'être érodés peu à peu par des lois subséquentes³⁹.

33 La DNUDPA elle-même ne pourrait-elle pas être vue comme un traité donnant lieu à des droits qui, en droit canadien, méritent une protection constitutionnelle? Selon les normes actuelles : « ce qui caractérise un traité c'est l'intention de créer des obligations, la présence d'obligations mutuellement exécutoires et d'un certain élément de solennité » entre les parties : R c Sioui, [1990] 1 RCS 1025 à la p 1044. Comme le gouvernement fédéral n'a donné son approbation sans réserve à la DNUDPA qu'après 1982, la *Déclaration* devra pouvoir être assimilée à un « accord sur des revendications territoriales » pour l'application de l'art 35(3) : *supra* note 32.

34 Voir par ex R c Badger, [1996] 1 RCS 771 (justification d'atteintes à des droits issus de traités par le gouvernement fédéral); *Première nation de Grassy Narrows c Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48 au para 53, [2014] 2 RCS 447 [Grassy Narrows] (justification d'atteintes à des droits issus de traités par le gouvernement provincial).

35 *Grassy Narrows*, *supra* note 34 aux para 32-35, 50, 51.

36 Il y avait 24 différentes nations autochtones provenant de diverses régions géographiques qui ont participé aux réunions décrites aux fins de la négociation du Traité de Niagara de 1764, qui intégrait dans un accord consensuel les dispositions applicables de la Proclamation royale de 1763 et étendait la portée du wampum à deux voies. Voir par ex John Borrows, « Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government » dans Michael Asch, dir, *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equity, and Respect for Difference* (Vancouver, UBC Press, 1997) 155. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, le Traité de Niagara « a permis d'établir des relations amicales avec de nombreuses Premières nations qui avaient appuyé les Français durant la guerre. Il a également énoncé par voie de traité la relation de nation à nation entre les Premières nations et la Couronne britannique ainsi que les droits des Autochtones sur leurs terres et le processus à suivre quand des terres ont été cédées » [notre traduction] : *Chippewas of Sarnia Band v Canada (AG)* (2000), 51 OR (3d) 641 (CA) au para 56. Nous ne connaissons pas d'autre traité plus inclusif parmi ceux conclus par la Couronne avec les peuples autochtones. Mentionnons que les traités visant un plus petit nombre de communautés autochtones situées à proximité les unes des autres sont bien plus courants.

37 *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 et 31 Vict, c 3, réimprimée dans RSC 1985, annexe II, n° 5, art 91(24); *Daniels c Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12 au para 46, [2016] 1 RCS 99.

38 Il est possible de rédiger une loi de manière à lui donner préséance sur d'autres textes législatifs subséquents. Voici ce qu'énonce l'art 47(2) du Code des droits de la personne de l'Ontario, LRO 1990, c H.19, par exemple : « Lorsqu'une disposition d'une loi ou d'un règlement se présente comme exigeant ou autorisant une conduite qui constitue une infraction à la partie I, la présente loi s'applique et prévaut, à moins que la loi ou le règlement visé ne précise expressément qu'il s'applique malgré la présente loi. »

39 Si le projet de loi C-262, *supra* note 8, entre en vigueur, il peut contraindre le gouvernement du Canada à harmoniser les lois fédérales avec la DNUDPA (voir *supra* notes 8-12 et le texte afférent), mais il ne contraint pas le Parlement.

Ensuite, une loi fédérale n'oblige pas la Couronne à moins de le préciser ou sauf si cette loi est privée de tout effet advenant que la Couronne ne soit pas liée⁴⁰. Une loi canadienne ne peut donc pas donner une force contraignante à des obligations énoncées en toutes lettres dans la DNUDPA⁴¹ à moins de préciser qu'elle lie la Couronne fédérale.

En dernier lieu, il ne faut pas oublier les provinces. En effet, certains sujets visés par la DNUDPA — comme les pratiques au travail⁴², l'éducation⁴³, les professions de la santé⁴⁴ et l'extraction des ressources naturelles⁴⁵ — entrent, par présomption en droit canadien, dans le champ de compétences des provinces, pas dans celui du gouvernement fédéral⁴⁶. Une loi fédérale valide peut lier les Couronnes provinciales⁴⁷, mais une province qui n'y consent pas peut très bien contester les dispositions de la loi fédérale qui semblent empiéter sur ses compétences exclusives. Certaines provinces insisteront peut-être aussi sur le fait que la DNUDPA, qui ne mentionne aucunement les entités infranationales, ne les concerne pas. Il existe des doctrines constitutionnelles validant la position fédérale dans l'éventualité de tels litiges⁴⁸, mais l'issue d'un recours devant les tribunaux n'est jamais garantie.

Il est clair que chacune des diverses méthodes de mise en œuvre présentent des forces et des lacunes qui leur sont propres. S'ils comprennent les différences entre chacun des mécanismes, les peuples autochtones pourront mieux déterminer lequel convient à leurs besoins.

Application de la loi

À moins d'indication contraire, il incomberait aux tribunaux canadiens d'imposer aux gouvernements non autochtones le respect des droits et obligations énoncés dans la DNUDPA. Or, il peut très bien être impossible (sans modification constitutionnelle) d'empêcher l'appareil judiciaire canadien d'exercer un rôle de surveillance à l'égard des décisions d'appliquer ou non la DNUDPA⁴⁹. Cependant, il reste possible d'envisager d'autres formes appropriées de règlement des conflits, par exemple des ententes qui misent sur l'autorité et sur l'expertise des Autochtones et des non-Autochtones. La DNUDPA elle-même exige la prise en compte du droit autochtone dans certaines circonstances⁵⁰, de sorte que les mécanismes d'application au Canada devraient au moins prévoir l'intégration des règles de droit autochtones, la

40 *Loi d'interprétation*, LRC 1985, c 1-21, art 17; *Canada (Procureur général) c Thouin*, 2017 CSC 46 aux para 1, 19-21, [2017] 2 RCS 184.

41 DNUDPA, *supra* note 1, arts 8(2), 11(2), 12(2), 13(2), 14(3), 15(2), 16(2), 17(2), 19, 22(2), 26(3), 27, 29(2-3), 30(2), 32(2-3), 36(2), 38, 40.

42 *Ibid*, art 17.

43 *Ibid*, art 14.

44 *Ibid*, art 24.

45 *Ibid*, art 32.

46 Le Canada n'acquiert pas le pouvoir de légiférer sur une question qui relève par ailleurs de la compétence provinciale exclusive en ratifiant un instrument international qui porte sur cette question. Par conséquent, il peut mettre en œuvre à l'échelle nationale uniquement les aspects de l'accord international qui entrent dans son champ de compétences législatives : *Canada (AG) c Ontario (AG)*, [1937] AC 326 (CP).

47 *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c Commission canadienne des transports*, [1978] 1 RCS 61 à la p 72, juge Laskin au nom de la majorité; *The Queen c Board of Transport Commissioners*, [1968] RCS 118 à la p 124.

48 En vertu de ce qu'on appelle la doctrine des « pouvoirs accessoires », une disposition d'une loi fédérale (ou provinciale) qui serait invalide, considérée isolément, peut être considérée légitime si elle est suffisamment intégrée à un système fédéral (ou provincial) qui est valide. Le critère permettant de déterminer si l'intégration est suffisante dépend de la gravité de l'empiètement sur la compétence législative exclusive de l'autre ordre de gouvernement. Quand l'empiètement est moins grave, l'existence d'un « lien rationnel et fonctionnel » avec le système suffira. S'il est grave, les dispositions contestées doivent être « nécessairement accessoires » au système en question. Voir *General Motors of Canada Limited c City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641 aux pp 665-72; *Bande Kitkatla c Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31 aux para 56-58, [2002] 2 RCS 146; *Québec (Procureur général) c Lacombe*, 2010 CSC 38 aux para 32-46, [2010] 2 RCS 453.

49 Voir par ex *Crevier c P.G. (Québec)*, [1981] 2 RCS 220.

50 DNUDPA, *supra* note 1, arts 11(2) (réparation lorsque des biens ont été pris sans le consentement des Autochtones ou en violation de leurs lois), 27 (obligation de tenir compte des lois autochtones lorsqu'il faut reconnaître les droits des peuples autochtones en ce concerne leurs terres puis statuer sur ces droits), 40 (obligation de prendre dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones pour le règlement des conflits avec les États et d'autres parties).

preuve de leur existence et leur prise en considération. Les peuples autochtones se trouvent dans une situation idéale pour proposer des options valables à cette fin.

Et ensuite?

La DNUDPA impose effectivement aux États certaines obligations expresses⁵¹, mais elle leur enjoint aussi à laisser la place aux peuples autochtones pour qu'ils puissent recourir à leurs propres mécanismes. Le droit à l'autodétermination (art 3 et 4) est l'indice le plus clair à cet égard, quoique ce ne soit pas le seul⁵². Que se passera-t-il toutefois si l'utilisation des mécanismes autochtones ne donne pas les résultats prévus? Supposons, par exemple, qu'une communauté autochtone exerçant son droit à l'autodétermination subit une perte financière grave en raison d'un investissement malheureux ou mal avisé ou encore que certains de ses membres se sentent marginalisés par des leaders malhonnêtes. Quelle autorité et quelle responsabilité détiendrait alors la Couronne pour limiter les dégâts?

Le succès de la mise en œuvre de la DNUDPA pourrait dépendre de la réponse à cette question. Pour la Couronne, le pire cauchemar consisterait à garder une responsabilité en cas de dommages semblables, sans posséder une forme de contrôle quelconque permettant de les prévenir ou de les limiter⁵³. La CSC a statué par exemple que le Couronne fédérale, en tant que fiduciaire, ne peut transférer aux Premières nations des biens dont elle assure la gestion en leur nom, cédant ainsi son contrôle et sa responsabilité à l'égard des biens, à moins qu'elle soit « convaincue que l'opération sert au mieux les intérêts des bandes »⁵⁴. Les souhaits de la Première nation ne suffisent donc pas à justifier le transfert. Comment appliquer ce principe une fois la DNUDPA mise en application?

Prenons un autre exemple. La DNUDPA accorde aux peuples autochtones le droit de jouir pleinement de l'ensemble des droits de la personne reconnus en droit international (art 1) et garantit tous les droits qu'elle reconnaît « à tous les autochtones, hommes et femmes » (art 44). La conformité à la DNUDPA exige le respect de ces dispositions. Au début des années 1990, quand l'enchâssement des droits inhérents à l'autonomie gouvernementale des Autochtones dans la Constitution faisait l'objet de pourparlers sérieux, plusieurs commentateurs autochtones ont exhorté le gouvernement fédéral à ne pas abandonner les femmes autochtones en les soumettant à l'autorité majoritairement masculine des leaders des collectivités⁵⁵. L'Association des femmes autochtones du Canada s'est alors adressée aux tribunaux dans une affaire célèbre pour s'assurer que la *Charte* permette de surveiller l'exercice du droit constitutionnel à l'autonomie gouvernementale⁵⁶, car elle s'inquiétait du sort réservé aux femmes autochtones si ce n'était pas le cas.

Quelle devrait être la réaction des gouvernements non autochtones si des craintes similaires étaient exprimées durant la mise en œuvre de la DNUDPA? Selon l'article 46(2), l'exercice des droits énoncés « est soumis uniquement aux restrictions prévues par la loi et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme »; en outre, « toute restriction de cette nature [...] sera strictement nécessaire

51 Voir *supra* note 41 et le texte afférent.

52 Voir par ex DNUDPA, *supra* note 1, arts 5, 11-14, 16, 23-25, 31-36.

53 « Si des groupes autochtones souhaitent le maintien de certaines obligations de la Couronne à leur égard, leurs compétences et leurs pouvoirs en matière d'autonomie gouvernementale seront de ce fait limités. [...] Rien ne justifie que le gouvernement doive conserver des obligations de fiduciaire relativement à des questions à l'égard desquelles il a cédé son pouvoir de contrôle, pouvoir qui sera désormais exercé par l'institution autochtone ou le gouvernement visé » : *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, à la p 12, en ligne : <www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031843/1539869205136#obfid>.

54 *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c Canada*, 2009 CSC 9 au para 152, [2009] 1 RCS 222. La Cour suprême a ajouté que la Couronne pourrait exiger d'être libérée de toute responsabilité future avant de procéder à un tel transfert (*ibid* aux para 180-81).

55 Voir par ex Thomas Isaac et Mary Sue Maloughney, « Dually Disadvantaged and Historically Forgotten? Aboriginal Women and the Inherent Right of Aboriginal Self-Government » (1992) 21 *Manitoba LJ* 453; Joyce Green, « Constitutionalizing the Patriarchy: Aboriginal Women and Aboriginal Government » (1993) 4 *Forum Const* 112; Emma LaRocque, « Re-examining Culturally Appropriate Models in Criminal Justice Applications » dans Asch, *supra* note 36 aux pp 75-96.

56 *Association des femmes autochtones du Canada c Canada*, [1994] 3 RCS 627.

à seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique ». Cependant, qui devrait décider si une restriction satisfait à ces critères sévères ou qui peut les imposer? Et quelles sont les conséquences si les gouvernements non autochtones décidaient de ne pas les imposer?

Il existe plusieurs réponses possibles à ces questions, et elles auront toutes des répercussions différentes, une fois que la DNUDPA sera mise en œuvre. La mise en application de la DNUDPA nécessitera une certitude et un consensus raisonnables entre la Couronne et les peuples autochtones quant à la meilleure façon de résoudre ces questions. Il faudra ensuite demander aux peuples autochtones de clarifier leurs attentes face à la Couronne lorsque surgira une situation qui n'est pas visée par une obligation expressément énoncée dans la DNUDPA, quand celle-ci sera mise en œuvre, et amorcer une discussion à ce sujet. En prévoyant la nécessité de tels éclaircissements et en étant prêts à les donner de manière proactive, les Autochtones témoigneront de leur engagement à l'égard de la mise en œuvre de la DNUDPA et d'une atténuation, voire d'une élimination, de tout obstacle possible à sa pleine réalisation.

Conclusion

La mise en application de la DNUDPA au Canada alimente les espoirs et les rêves des peuples autochtones d'ici depuis au moins 2007, année de l'adoption de cette déclaration. Il existe enfin une possibilité réelle que ces espoirs et ces rêves se concrétisent. Personne ne sait encore quand l'occasion se présentera de nouveau — ou même s'il s'agit de la dernière chance — advenant que les efforts actuels de mise en œuvre par le fédéral échouent.

Dans le présent article, nous avons tenté de décrire comment tirer le meilleur parti de la situation actuelle et signalé quatre questions importantes qui doivent être résolues pour que la DNUDPA soit mise en application avec succès : l'identification et la dénomination au Canada des peuples autochtones qui seront titulaires et bénéficiaires des droits et obligations énoncés dans la DNUDPA; la délimitation des espaces territoriaux traditionnels de chacun de ces peuples visés par le régime foncier créé par la DNUDPA; l'examen des moyens par lesquels la DNUDPA pourrait être exécutoire pour la Couronne devant les tribunaux canadiens; l'examen des pouvoirs et responsabilités que devraient conserver les gouvernements non autochtones lorsque la DNUDPA aura été mise en œuvre et garantira des droits solides à l'autodétermination aux peuples autochtones. On a encouragé les partisans autochtones de la mise en application de la DNUDPA à aborder ces questions au plus tôt et de façon proactive. Au moins deux de ces questions — décrites ici dans les sections intitulées « Qui? » et « Où? » — exigent que les leaders autochtones prennent part aux solutions. S'ils prennent l'initiative, ils en obtiendront des avantages stratégiques, car cela témoignera, par exemple, de l'engagement des peuples autochtones à mettre en œuvre la DNUDPA ainsi qu'à faciliter le processus, à contribuer à la formulation des objectifs et à enlever au Canada certains des prétextes ou excuses qu'il pourrait invoquer afin de retarder ou de freiner l'application de la DNUDPA s'il agissait seul. L'engagement proactif des Autochtones envers la mise en œuvre de la DNUDPA donne donc au Canada et aux autres gouvernements non autochtones la preuve de leurs propres intentions en ce sens. Au strict minimum, il permet d'assurer que les points de vue autochtones sont à l'avant-plan des délibérations relatives à la DNUDPA.

À propos de l'auteur

Kerry Wilkins, anciennement avocat au sein du gouvernement, est professeur auxiliaire à la faculté de droit de l'Université de Toronto. Il a révisé une série d'essais, et a rédigé et publié un ouvrage de doctrine ainsi que plusieurs articles sur le droit canadien touchant les peuples autochtones. Il donne des conférences sur invitation et soumet des articles pour publication quand il estime avoir son mot à dire. Parfois, l'avenir lui donne raison.



Conflit ou complémentarité avec les systèmes nationaux?

DNUDPA, droit autochtone et avenir des normes internationales au Canada



Joshua Nichols et Robert Hamilton

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA)¹ offre la possibilité d'instaurer de nouvelles façons de comprendre les obligations des États en vertu du droit international, d'une part, et, d'autre part, des cadres juridiques nationaux régissant les relations entre l'État et les peuples autochtones. La mise en application du *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique* (« Protocole de Nagoya »)², adopté en 2010 en tant qu'accord complémentaire à la

1 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, UNGAOR, 61^e session, supp n° 49, A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

2 *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique de 1992*, 29 octobre 2010 (Montréal, Qc, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2012) (entrée en vigueur : 12 octobre 2014) [Protocole de Nagoya]; en ligne : <www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-fr.pdf>.

Convention sur la diversité biologique (CDB) de 1992³, est un exemple éloquent du potentiel de la DNUDPA à ces deux égards. Le Canada n'a ni adopté ni ratifié le Protocole de Nagoya; les tensions engendrées par son adoption possible et celles qui découlent de ce protocole lui-même montrent bien comment la mise en application de la DNUDPA peut, dans un contexte colonialiste, façonner les interactions entre les régimes nationaux et les instruments internationaux en ce qui concerne les Autochtones.

Le présent article est centré sur les incohérences entre les normes internationales relatives au consentement (notamment celles énoncées dans la DNUDPA) et le cadre national de consultation du Canada, qui permet toujours à la Couronne de faire passer avant les intérêts autochtones une souveraineté déclarée de façon unilatérale. En outre, ces incohérences ressortent clairement du Protocole de Nagoya, lequel prône le respect des normes établies dans la DNUDPA tout en accordant la prépondérance aux normes juridiques nationales. Un examen des effets possibles de la mise en œuvre du Protocole de Nagoya au Canada met en évidence ce type de complications. À notre avis, les structures juridiques idéales pour appuyer le Protocole de Nagoya entrent en conflit avec les lois et les règles juridiques préexistantes des Autochtones, elles-mêmes souvent en conflit profond avec les régimes juridiques nationaux. Dans le présent article, nous voulons d'abord mettre en lumière les tensions entre le système de droit autochtone au Canada et les normes juridiques internationales fondées sur le consentement qui sont en train de voir le jour. En second lieu, nous avançons que la mise en application de la DNUDPA est une bonne occasion d'aborder ces tensions. En effet, la DNUDPA offre la possibilité d'instaurer un système d'accès et de partage des avantages (APA) tel que celui envisagé dans le Protocole de Nagoya, un système prévoyant un équilibre entre les droits à l'autodétermination et au consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC) et l'intégrité du territoire canadien. Nos reconnaissons qu'un ensemble de règles de droit strictement international est pertinent, tout comme le sont les traditions juridiques autochtones. Cependant, il faut discuter de la mesure dans laquelle notre cadre national canadien actuel est compatible avec le droit international, et de la difficulté que pourrait poser le respect des normes internationales si les instruments internationaux continuent d'accorder la prédominance aux régimes juridiques nationaux.

Les droits autochtones en droit international

Comme nous le mentionnons ailleurs dans le présent rapport, la DNUDPA reconnaît divers droits aux peuples autochtones, notamment (fait plus important) le droit à l'autodétermination et à un régime de consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC). La DNUDPA constitue la plus importante et la plus complète énonciation des droits des peuples autochtones à l'échelle internationale, car elle table sur des droits déjà reconnus en droit international, conformément à des instruments comme la Convention 169 de l'Organisation mondiale du travail⁴. Et soulignons que le Protocole de Nagoya vise à fournir un cadre juridique transparent assurant un partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques (RG) et des connaissances traditionnelles (CT) associées à ces ressources. En d'autres termes, il s'agit d'établir un mécanisme destiné à garantir l'accès et le partage des avantages (APA), et un tel mécanisme faisait partie des trois objectifs de la CDB⁵. Outre les RG visées par la CDB, le Protocole de Nagoya protège également l'utilisation des CT autochtones associées aux RG. Le but premier de ce protocole est d'établir des règles et procédures claires et contraignantes applicables à l'obtention du CPLCC, ainsi que des conditions

3 *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 UNTS 79, 31 ILM 818 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993) [CDB].

4 *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants* (27 juin 1989) (OIT N° 169), 72 Bulletin officiel de l'OIT n° 59, 28 ILM 1382 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991). Voir par ex Jérémie Gilbert, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors* (New York, Transnational, 2006).

5 Les deux autres sont « la conservation de la diversité biologique » et « l'utilisation durable de ses éléments », CDB, *supra* note 3.

convenues par les parties relativement à l'utilisation des RG et des CT associées⁶. Dans le Protocole de Nagoya, l'importance des droits des peuples autochtones en ces matières est reconnue. On y affirme, dans le préambule : « qu'aucune disposition du [présent] Protocole ne peut être interprétée comme entraînant la diminution ou l'extinction de droits que les communautés autochtones et locales ont déjà »⁷. Le Protocole de Nagoya se fonde sur la DNUDPA, particulièrement en ce qui concerne l'objectif consistant à « s'assurer que le consentement préalable donné en connaissance de cause ou l'accord et la participation des communautés autochtones et locales sont obtenus »⁸. De plus, dans le Protocole, on souligne l'importance de la DNUDPA⁹ et déclare que l'application dudit protocole doit se faire « dans un esprit de complémentarité réciproque avec les autres instruments internationaux pertinents »¹⁰. Ainsi, outre une reconnaissance du fait que les peuples autochtones comptent parmi les propriétaires des RG, le Protocole de Nagoya implique que les normes de la DNUDPA en matière de consentement sont adoptées.

Cependant, il y a une certaine contradiction dans l'approche préconisée par le Protocole de Nagoya en matière de droits autochtones, car la norme fondée sur le consentement ainsi que la reconnaissance des droits autochtones sont établies de deux façons. Premièrement, le Protocole reconnaît les « droits souverains [d'un pays partie] sur ses ressources naturelles ». Or, comme nous en discutons plus loin, l'interprétation nationale du terme « droits souverains » peut restreindre les droits des Autochtones. Deuxièmement, en vertu du Protocole, les droits en question doivent être interprétés « conformément [au] droit interne » de chaque pays partie. En effet, l'article 6(2) du Protocole se lit comme suit : « Conformément à son droit interne, chaque Partie prend [...] les mesures nécessaires pour s'assurer que le consentement préalable donné en connaissance de cause ou l'accord et la participation des communautés autochtones et locales sont obtenus pour l'accès aux ressources génétiques »¹¹ (RG). Les articles 7 et 12 du Protocole circonscrivent de la même manière les connaissances traditionnelles (CT) et les règles de droit autochtones, respectivement¹². Cette subordination au droit national risque de miner les principes mêmes qui sont énoncés dans la DNUDPA en matière de consentement si les régimes juridiques nationaux ne répondent pas aux exigences liées à la norme relative au consentement du Protocole de Nagoya. Cela met en lumière une contradiction inhérente au Protocole : celui-ci reconnaît la DNUDPA, d'un côté, mais semble de l'autre donner priorité aux normes nationales des Parties, moins strictes. On peut soutenir, comme nous le ferons, que toute mise en œuvre de la DNUDPA digne de ce nom nécessite une modification des régimes nationaux, de façon à ce que ces derniers puissent s'adapter aux exigences nationales plus strictes dont il est question. Cela offrirait une avenue possible quant à l'abolition de cette contradiction inhérente au Protocole de Nagoya et des contradictions entre le droit national des pays parties et le droit international relativement aux Autochtones.

Les CT et les droits relatifs aux RG en droit canadien

Au Canada, le cadre constitutionnel écrit, en ce qui concerne les Autochtones, consiste en deux dispositions constitutionnelles. Tout d'abord, il y a le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère au gouvernement fédéral un pouvoir dans ses rapports avec les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Au fil des ans, ces dispositions ont constamment été interprétées comme

6 Protocole de Nagoya, *supra* note 2, arts 6, 7, 12. Voir aussi Maria Yolanda Teran, «The Nagoya Protocol and Indigenous Peoples» (2016) 7:2 Intl Indigenous Pol J 1.

7 Protocole de Nagoya, *supra* note 2, Préambule.

8 *Ibid*, art 6(2).

9 *Ibid*, Préambule.

10 *Ibid*, art 4(3)

11 *Ibid*, art 6(2) [nos italiques].

12 *Ibid*, arts 7, 12.

donnant au gouvernement canadien une autorité ou une compétence à l'égard des Autochtones. Ensuite, il y a l'article 35, de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel prévoit, au paragraphe (1), que : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ». Le sens de cette disposition constitutionnelle fait l'objet de contestations judiciaires depuis presque 30 ans et a donné naissance à une jurisprudence compliquée et contestée. Signalons que le droit canadien ne reconnaît aux Autochtones aucun droit constitutionnel relatif aux RG ou associé aux CT¹³.

Sauf si une solution politique est trouvée — nous en discutons plus avant ci-dessous — toute tentative pour que les droits en matière de RG ou de CT soient reconnus devra être soumise au processus de règlement des litiges établi conformément au paragraphe 35(1). Les cadres actuels applicables aux droits et titres autochtones, de même que l'obligation de consulter et d'accommoder (OCA), joueraient un rôle important dans ce contexte. Par exemple, une nation autochtone pourrait tenter de faire reconnaître un nouveau droit en matière de RG ou encore revendiquer un droit à l'égard de telles ressources par un processus conventionnel de revendication de droits — en faisant valoir des droits exclusifs d'utilisation et d'occupation fondés sur un titre ancestral autochtone, entre autres. Dans les deux cas, le conflit entre une activité gouvernementale et le droit revendiqué pourrait fort probablement déclencher une procédure liée à l'obligation de consulter.

Compte tenu de la jurisprudence actuelle, il est difficile de faire reconnaître un nouveau droit en vertu de l'article 35. Selon l'analyse faite dans l'affaire *Van der Peet*, pour être protégée une activité doit faire « partie intégrante de la culture distinctive » du groupe autochtone en question au moment du premier contact avec les Européens¹⁴. Cela suppose qu'il faut rassembler de nombreux éléments de preuve historique démontrant que non seulement l'activité en question — disons l'exploitation d'une ressource donnée — était pratiquée, mais aussi qu'elle correspond à une utilisation qui « faisait de la société ce qu'elle était »¹⁵. Ce critère est ensuite conjugué à ce qu'on appelle l'étape de la « qualification » dans le cadre de l'analyse. À cette étape, le tribunal qualifie la revendication afin de déterminer exactement quel est le droit revendiqué, et la preuve de l'existence d'activités historiques de plus en plus précises est demandée pour que soit accordée la reconnaissance. Dans un tel contexte, toute revendication visant des RG se retrouve face à un obstacle de taille. Par exemple, dans le cadre d'une revendication d'autonomie gouvernementale, cette étape d'analyse a été utilisée pour restreindre la nature de la revendication et permettre qu'on exige une preuve non pas de gouvernance comme telle, mais bien de gouvernance relativement à un aspect précis, par exemple les jeux à mise élevée¹⁶. Cette exigence entraîne un lourd fardeau de la preuve, car cette dernière est presque impossible à faire. Une telle approche judiciaire pourrait empêcher la reconnaissance d'un droit à l'égard des RG.

13 Nous reconnaissons que les CT sont à certains égards protégées au Canada. Toutefois, ce qui fait très certainement l'objet d'une protection, c'est le rôle des CT dans le cadre des processus décisionnels. On peut trouver mention de ce rôle dans plusieurs régimes de réglementation. Comme le souligne David Laidlaw : « Les lois qui font référence aux CTA [connaissances traditionnelles autochtones] touchent plusieurs domaines : protection de l'environnement; évaluation environnementale; aires de conservation visant les océans, les terres et les zones marines; espèces sauvages; conservation des forêts; protection des espèces (y compris les oiseaux migrateurs); droits de superficie et droits relatifs à l'eau dans le Nord; planification foncière dans le nord de l'Ontario, le Nunavut et l'est du Manitoba; évacuation des déchets radioactifs; ainsi que plans de conservation du gibier en vertu des ententes modernes sur les revendications territoriales auxquelles sont parties les gouvernements de la Colombie-Britannique et du Canada » [notre traduction]; David Laidlaw, « Aboriginal Traditional Knowledge in the Courtroom » dans Allan E Ingleson, éd, *Environment in the Courtroom* (Calgary: University of Calgary Press, 2018). Le projet de loi C-69, ainsi que les modifications à diverses lois importantes en matière environnementale, comporte des mentions des CT; et dans son préambule, on veut intégrer les connaissances scientifiques à la notion de « connaissances traditionnelles » des peuples autochtones; projet de loi 69, *Loi édictant la Loi sur l'évaluation d'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 1^{re} sess, 42^e parl, 2018 (dans sa version adoptée par la Chambre des communes le 20 juin 2018). Pour une analyse détaillée, voir David V Wright, « Indigenous Engagement and Consideration in the Newly Proposed Impact Assessment Act: The Fog Persists » [27 février 2018], *AbLawg.ca* (blog), en ligne : <<https://ablawg.ca/2018/02/27/indigenous-engagement-and-consideration-in-the-newly-proposed-impact-assessment-act-the-fog-persists/>>.

14 R c *Van der Peet* [1996] 2 RCS 507, 1996 CanLII 216 (CSC) aux para 45, 67.

15 *Ibid* para 55.

16 R c *Pamajewon* [1996], 2 RCS 821, 1996 CanLII 161 aux para 26-27.

L'obligation de consulter et d'accommoder (OCA) offre ce qui semble à première vue une approche plus favorable. Elle assure une protection procédurale non seulement pour les droits établis mais également pour les droits *revendiqués*. Bien que cette voie ait à ce jour été employée seulement pour des droits revendiqués, mais reconnus dans d'autres contextes (par exemple, dans des affaires concernant la chasse, la pêche ou des droits de propriété), en principe rien n'empêche les Autochtones d'affirmer que la consultation est une chose qui leur est due en raison d'un nouveau droit revendiqué¹⁷. Nul doute que l'OCA a beaucoup servi les intérêts des Autochtones. Elle entraîne une exigence constitutionnelle selon laquelle les gouvernements doivent les consulter et, dans certains cas, les accommoder, et ce, non seulement lorsque des droits reconnus au paragraphe 35(1) peuvent être violés, mais aussi quand il peut y avoir des atteintes à des droits *revendiqués*¹⁸, des droits ancestraux¹⁹ ou des droits issus de traités²⁰. Cette situation a entraîné une transformation, et grâce à l'OCA les peuples autochtones peuvent maintenant faire entendre leur point de vue relativement à des projets de développement auxquels, dans des circonstances antérieures à l'OCA, ils n'auraient pu s'opposer que par une action directe ou bien en revendiquant des droits par l'introduction d'une instance.

Cependant, la structure du régime en matière d'OCA laisse croire que cette voie peut, elle aussi, assurer des protections moindres que celles auxquelles peuvent aspirer les Autochtones. Comme, s'agissant des normes internationales, la tendance est maintenant au consentement, les revendications de longue date des peuples autochtones visant le droit de déterminer ce qui arrivera sur leurs territoires traditionnels font l'objet d'un nouveau langage — celui de l'autodétermination et du CPLCC. Cette nouvelle approche entraîne une tension par rapport au cadre lié à l'OCA. Selon ce dernier, les tribunaux déterminent, en fonction d'un spectre progressif, l'importance des droits revendiqués, puis définissent ensuite le degré de consultation qui convient en l'occurrence (du simple avis à la prise de mesures d'accommodement), avant de décider si les consultations menées ont été adéquates. Les résultats de ce processus sont imprévisibles et finissent toujours par jouer en faveur de la Couronne, car le dernier mot revient à celle-ci pourvu que certains critères procéduraux soient remplis. Comme l'a établi à maintes reprises la Cour suprême du Canada (CSC), l'obligation de consulter ne confère pas aux peuples autochtones un droit de veto; elle correspond plutôt pour eux à un « droit à un processus, et non à un résultat particulier »²¹. Une notion sous-tend le régime relatif à l'OCA, et c'est l'idée suivant laquelle la Couronne peut agir unilatéralement au nom de l'intérêt du public, en dépit de l'opposition autochtone. Cette prémisse sous-jacente soulève la question de savoir si le régime actuel en matière d'OCA incite suffisamment les gouvernements à s'asseoir à la table de négociation avec les Autochtones afin de régler des revendications dans l'optique que semblent adopter les tribunaux. Cette question devrait susciter des doutes²². En effet, si elle offre une protection procédurale pour les droits revendiqués et une surveillance judiciaire du pouvoir discrétionnaire d'agir de la Couronne, l'approche de l'OCA cadre mal avec la compréhension autochtone des normes internationales et la compétence inhérente des peuples autochtones.

Cet agencement boiteux met en évidence les prémisses de base de l'article 35 de la Constitution et du régime de l'OCA, à savoir que : premièrement, les peuples autochtones se trouvent dans une relation

17 Voir par ex *Première Nation Ka'a'Gee Tu c Canada (Procureur général)*, 2007 CF 763, 2007 Carswell Nat 2067 [« *Haida* teaches that the Aboriginal group need not prove that an asserted right exists before the obligation is triggered » (« L'arrêt *Nation haïda* nous enseigne que le groupe autochtone concerné n'a pas à faire la preuve qu'un droit revendiqué existait avant que l'obligation soit déclenchée » [notre traduction]), au para 102].

18 *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministère des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511 [*Nation haïda*].

19 *Première Nation Taku River Tlingit c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 RCS 550.

20 Pour une discussion sur les droits historiques issus de traités, voir *Première Nation crie Mikisew c Canada (ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 RCS 388; pour une discussion sur les droits modernes, voir *Beckman c Première Nation Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 RCS 103.

21 Voir *Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, au para 83.

22 Nous avons élaboré ailleurs au sujet de ces questions — voir Robert Hamilton et Joshua Nichols, « Reassessing the Reconciliation Basket: *Ktunaxa Nation* and the Foundation of the Duty to Consult » (2019) [à venir].

sujets-souverain à l'égard de la Couronne et, deuxièmement, leurs revendications ne peuvent être reconnues que dans un contexte fondé sur l'opposition droits-devoirs, qui est ce qu'on connaît. La déclaration unilatérale de souveraineté de la Couronne pourrait avoir donné lieu à des pouvoirs juridiques étayant les présuppositions de la Couronne, mais uniquement si les Européens avaient apporté en Amérique du Nord un régime de droit supérieur aux systèmes déjà existants sur ce continent ou s'ils avaient trouvé un endroit dépourvu de tout système de droit²³. En d'autres termes, le régime de l'OCA ouvre la porte à une participation autochtone, mais il se fonde sur une logique fondée uniquement sur la doctrine de la découverte et celle de la *terra nullius* (territoire sans maître). Bien qu'il atténue quelque peu les aspects néfastes de ces doctrines, le régime d'OCA intègre des notions qui laissent croire à la supériorité des régimes juridiques européens, se basant ainsi sur une idéologie raciste et une fiction juridique aux effets pernicieux qui créent une situation largement considérée comme illégitime.

La Cour suprême du Canada (CSC) paraît consciente de cela. Ainsi, dans l'affaire *Nation haïda*, elle a pris le parti (inhabituel pour elle) de remettre en question la souveraineté de la Couronne en la qualifiant de souveraineté *de facto*²⁴. À l'évidence, cette qualification vise à établir une distinction entre souveraineté *de facto* et souveraineté *de jure* (c'est-à-dire souveraineté « de fait » et souveraineté « en droit »). Cela semble sous-entendre que la Couronne n'a pas vraiment de souveraineté juridique, mais pour parvenir à une telle conclusion il faut reconnaître que les prétentions de la Couronne à l'égard d'une souveraineté juridique basée sur la théorie de la découverte ne suffisent pas, en soi, pour établir une véritable souveraineté juridique. Toutefois, comme Ryan Beaton le signale très utilement, la Cour a une position habituelle qui apparemment repose sur une logique, et il s'agit pour elle, semble-t-il, de légitimer la souveraineté de la Couronne par une posture judiciaire généralisée. Ryan appelle ce phénomène la « souveraineté construite par les tribunaux » [notre traduction]²⁵. Même si ce phénomène peut être compris, la question de la légitimité demeure. Un tribunal canadien qui confirme la compétence de l'État doit également reconnaître les effets continus de la doctrine de la découverte mais, ce faisant, il minerait sa légitimité constitutionnelle autoproclamée.

Cette situation montre qu'il y a un coût à garder un modèle basé sur le rapport souverain-sujets en ce qui concerne des droits éventuels. Le processus actuel permet aux tribunaux de déterminer quels droits il faut protéger et dans quels cas il doit y avoir accommodement. Cette logique pousse la Couronne à adopter une stratégie de litige continu, vu que les gouvernements hésitent généralement à laisser aller plus que ce que les tribunaux exigent d'eux. Le problème, c'est que le régime de l'OCA n'offre aucune assurance et incite peu la Couronne à négocier avec les Autochtones. Dans bien des cas, les peuples autochtones ne trouvent pas le processus juste et équitable, et ne sont donc pas poussés à accepter les décisions qui se prennent. Parfois, l'OCA a du succès, mais, d'autres fois, ce système procédural expansionniste de légitimation s'avère être rien de plus qu'une recette permettant de prolonger un conflit entre les parties, ce qui crée un climat d'incertitude.

À son tour, cette incertitude a un effet direct sur tout système d'accès et de partage des avantages (APA), car il faudrait qu'un tel système offre aux parties une clarté procédurale et une certitude juridique pour être considéré comme un moyen légitime de résoudre les problèmes liés aux RG. La situation est telle que les revendications relatives aux RG pourraient donner lieu à un litige dans le cadre même de l'OCA quand les droits autochtones sont en jeu dans un contexte national canadien. Comme nous le mentionnons ci-dessus, le régime de l'OCA est bien mal adapté à la tâche, et ce, pour deux raisons. Premièrement, si on enchâssait la protection des CT et des RG dans une loi, dans la perspective actuellement reconnue des droits protégés par le paragraphe 35(1) (titre, droits de récolte, etc., p. ex.), les droits autochtones afférents seraient assujettis à des normes en matière de consultation qui

23 Voir John Borrows, « The Durability of Terra Nullius: *Tsilhqot'in Nation v British Columbia* » (2015) 48:3 UBC L Rev 701.

24 *Nation haïda*, supra note 18.

25 Ryan Beaton, « De facto and de jure Crown sovereignty: Reconciliation and Legitimation at the Supreme Court of Canada » [ébauche non publiée].

pourraient bien être moindres que les normes internationales en la matière et offrir peu de certitude. Deuxièmement, l'élargissement de l'application de l'OCA à de nouveaux droits (les RG ne figurent pas dans une des catégories de droits reconnus à ce jour) demeure, au mieux, une spéculation. Une analyse spectrale poserait, on le suppose, toute revendication touchant ces nouveaux droits comme ayant peu de chance de succès et, partant, indiquerait que le strict minimum en matière de consultation (un avis, par exemple) est nécessaire.

Peut-on modifier le système canadien en matière de droits autochtones, de façon à régler ces problèmes? L'une des réponses possibles est l'affirmative, mais pour répondre ainsi il faudrait apporter un changement fondamental au cadre de l'OCA, de manière à prendre en compte les aspirations des Autochtones à plus d'autodétermination et à plus de motivation de la part des gouvernements nationaux à l'égard de la négociation avec les peuples autochtones de la question de la compétence. Dans cette optique, l'idée serait de délaisser le modèle des rapports souverain-sujets et des *droits* éventuels, et de le remplacer par une relation de nation à nation dans le cadre de laquelle la *compétence* serait négociée. À notre avis, cela est nécessaire pour que la DNUDPA soit véritablement mise en œuvre au Canada et que le régime national soit rendu conforme aux normes internationales.

DNUDPA et cadre pour une relation de nation à nation aux fins des négociations

Le cadre actuel, fondé sur l'article 35, repose sur la prémisse selon laquelle les peuples autochtones sont des sujets de la Couronne et, à ce titre, peuvent revendiquer seulement un ensemble de droits résiduels. Cette optique semble cadrer avec le discours ambiant sur le consentement et les ententes sur lequel s'appuient les démocraties libérales (lesquelles regroupent pêle-mêle les différents individus et groupes d'un territoire donné en un curieux amalgame appelé « le peuple »). C'est là l'image de la composition d'un État qui doit éclairer le tribunal dans des affaires qui se répètent, en raison de sa préoccupation de ne pas accorder aux peuples autochtones un droit de veto. En d'autres termes, la crainte de voir les Autochtones jouir d'un droit de veto a créé une bête noire issue de la présomption suivant laquelle l'État-nation est le seul modèle d'association politique possible. Toutefois, cette perspective pose problème en ce sens que, comme le souligne Stephen Tierney : « les présomptions erronées quant à la nature unitaire de ce qui est appelé “ le peuple ” peuvent donner lieu à des modèles constitutionnels incapables de répondre aux divers besoins politiques de différents *peuples* au sein de l'État » [notre traduction]²⁶. L'analyse de Tierney met au jour une hypothèse relativement à la structure de base de l'État, qu'on peut considérer comme responsable d'une grande partie du conflit avec les peuples autochtones. D'après la vision unique généralisée, tout se passe comme si la seule forme d'État possible était l'État-nation. Une fois implantée, cette vision incite à vouloir, de façon compulsive, faire en sorte que les peuples autochtones adhèrent au modèle souverain-sujets.

Dans les pays colonisés, le problème est que l'écart entre le modèle de l'État-nation, idéal pour les démocraties libérales, et la réalité historique du colonialisme ne peut pas être comblé. Il n'y a pas de cas plausible de peuple autochtone consentant à une relation souverains-sujets qui ait été rapporté. En reconnaissant le droit à l'autodétermination des Autochtones et les principes du CPLCC, et en revoyant le rôle des peuples autochtones en tant qu'acteurs sur la scène internationale, la DNUDPA remet en question ces rapports juridiques²⁷. Cependant, on peut se demander si le système national canadien peut être réformé de manière à prendre en compte les droits fondamentaux prévus par la DNUDPA, résorbant ainsi les tensions qui ressortent de documents tels que le Protocole de Nagoya. À notre avis, le pas le plus important à franchir pour donner effet au pluralisme juridique envisagé par la DNUDPA est de s'assurer que les revendications contestées entre les parties intéressées font l'objet de

26 Stephen Tierney, *Constitutional Law and National Pluralism* (Oxford, R-U, Oxford University Press, 2004), à la p 13.

27 Voir par ex Matthew Gonnella, « If You Are Not at the Table, Then You Are Probably on the Menu: Indigenous Peoples' Participatory Status at the United Nations » (2018) 41 *Suffolk Transnat'l L Rev* 145.

négociations²⁸. Les tribunaux canadiens peuvent favoriser cette démarche en veillant à ce que la doctrine qu'ils contribuent à créer oblige à des solutions négociées. La Cour suprême du Canada (CSC) a souvent affirmé que la négociation est le but ultime, mais sa présomption en faveur de la souveraineté légitime de l'État et du modèle souverain-sujets comme seule option possible mine toute tentative d'atteindre ce but. Ce dernier deviendrait la réalité si, à la place, la CSC suivait son propre raisonnement, celui qu'elle a énoncé dans l'affaire *Renvoi à la sécession du Québec* (et qui l'amène à reconnaître les limites de sa compétence tout en offrant aux parties de négocier dans le cadre d'une procédure judiciaire afin de régler leur différend et de parvenir à des solutions négociées reflétant le droit à l'autodétermination de chaque partie)²⁹. Une telle position mènerait en fin de compte à la création d'une certitude juridique, tout en comblant l'écart entre les obligations internationales du Canada et son droit interne national.

La Cour doit donc modifier son interprétation de la Constitution canadienne, car elle ne peut plus la fonder sur le paragraphe 35(1) ni sur le modèle d'une compétence fédérale unilatéralement établie basée sur le paragraphe 91(24), ni sur une déclaration généralisée selon laquelle la Couronne (et ses diverses ramifications) possède une souveraineté. Il faut plutôt limiter la portée du paragraphe 91(24) et le voir comme une disposition qui énonce le pouvoir fédéral de négocier avec les peuples autochtones. Cela veut aussi dire que le paragraphe 35(1) doit être interprété comme une disposition relative aux questions de compétence. Le paragraphe 35(1) ne fait pas partie de Charte et, partant, ne doit pas être interprété comme établissant un ensemble de droits pouvant être restreints en vertu de l'article 1 ou de l'article 33. Cette interprétation est celle de ce qu'on connaît comme le troisième ordre de gouvernement, un modèle négocié par les leaders autochtones dans le cadre de l'Accord de Charlottetown de 1992³⁰. Ce modèle revient à l'abolition d'un ensemble de normes juridiques internationales et de ses éléments sous-jacents (doctrine de la découverte, concept de *terra nullius*, notion de droit divin et autres concepts du genre, notamment), ainsi qu'à son remplacement par un ensemble basé sur la prémisse du consentement.

Une telle modification de l'interprétation de la Constitution changerait également le cadre lié à l'OCA. En effet, cela implique que la Cour ne pourrait plus décider unilatéralement quand une violation de droits autochtones par la Couronne est justifiée. Dans cette optique, l'OAC serait aboli et remplacé par l'obligation de négocier dans la mesure de la compétence réelle. La négociation obligatoire fondée sur la compétence suppose l'abolition du pouvoir discrétionnaire en tant que base des déclarations unilatérales, ainsi qu'une révision de la façon de voir les revendications, qui deviendraient des questions constitutionnelles. L'obligation de consulter deviendrait donc une obligation de négocier³¹. Un tel modèle tableerait sur les points forts du modèle de l'OCA, qui pourrait encore permettre de répondre aux questions de compétence proclamée et, partant, pourrait de manière rapide et souple être utile dans les cas de conflits. Toutefois, les recours possibles se limiteraient au recours à la négociation de bonne foi entre les parties, et à la foi dans celle-ci. Le pouvoir de négociation serait réparti plus également entre les parties, ce qui créerait une tendance aux règlements négociés, plutôt qu'à un recours au cadre actuel. Bien qu'une nouvelle interprétation de la Constitution puisse sembler un défi de taille, il faut souligner que les règlements constitutionnels négociés sont déjà chose courante au Canada. Les ententes qui en découlent ne sont pas toutes empreintes des relents néfastes de la notion unilatérale de pouvoir souverain; au contraire, beaucoup représentent le type de compétence négociée prônée dans le présent

28 Pour une discussion sur le pluralisme juridique, voir Gordon Christie, « Système juridique autochtone, droit canadien et DNUDPA », dans Oonagh Fitzgerald et Risa Schwartz, dir, *Mise en application de la DNUDPA : Tisser des liens entre le droit autochtone et les lois nationales et internationales*, CIGI, Rapport spécial, 31 mai 2017, à la p 56.

29 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217.

30 C'est connu : l'Accord de Charlottetown a été rejeté dans le cadre d'un référendum. Voir Philip Resnick, « The Crisis of Multi-National Federations: Post-Charlottetown Reflections » (1994) 1 Rev Const Stud 189.

31 Nous élaborons au sujet de l'obligation de négocier dans Hamilton et Nichols, *supra* note 22.

document. Nous voulons proposer une avenue pouvant faire en sorte que la doctrine juridique favorise de plus fréquentes solutions du genre, déjà examinées dans certains contextes.

Conclusion

En somme, les tensions qui ressortent du Protocole de Nagoya, lequel est un appel en faveur du modèle fondé sur le consentement mais prône la conformité au régime de droit nationaux, sapent toute tentative de mettre en œuvre la vision fondamentale sous-jacente de ce protocole. Soulignons que, par contraste, la vision décolonisée du régime constitutionnel canadien que nous avons énoncée offre un contexte juridique complémentaire favorable à un système d'accès et de partage des avantages (APA). Et elle le fait en précisant l'identité des principaux intéressés, créant ainsi la possibilité d'instaurer des procédures claires et une certitude juridique fiable. La mise en application de la DNUDPA peut orienter les modifications requises en droit canadien pour favoriser de tels changements. Il y aura des défis semblables à relever dans d'autres territoires, en particulier ceux des pays colonisés. La tâche de redéfinir le rôle des peuples autochtones dans l'organisation constitutionnelle des démocraties libérales fédérées pourrait devoir suivre la même logique que celle énoncée ici.

Au sujet des auteurs

Joshua Nichols est associé au Programme de recherche en droit international (PRDI) du CIGI. À ce titre, il explore les possibles répercussions de la mise en application de la DNUDPA sur le droit constitutionnel canadien. Par ailleurs, dans le cadre de ses recherches, il consulte les Autochtones au moyen d'ateliers et d'autres mécanismes. Auparavant, il a étudié l'exercice de la sagesse dans les économies communautaires autochtones à l'Université de Victoria et publié *The End(s) of Community: History, Sovereignty, and the Question of Law*, paru aux presses de l'Université Wilfrid-Laurier (2013). Il est aussi l'auteur d'un ouvrage devant être publié sous peu par les presses de l'Université de Toronto, dans lequel il analyse les fondements du droit autochtone.

Joshua est titulaire d'un baccalauréat en sciences politiques et d'une maîtrise en sociologie de l'Université de l'Alberta, d'un doctorat en philosophie de l'Université de Toronto, du grade de J.D. de l'Université de la Colombie-Britannique et d'un doctorat en droit de l'Université de Victoria. Il fait partie de la Law Society of British Columbia et de l'Association du Barreau Autochtone du Canada, et enseigne à la Faculté de droit de l'Université de l'Alberta.

Robert Hamilton, professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Calgary, enseigne le droit foncier, le droit autochtone, ainsi que la recherche et la rédaction juridiques. Ses recherches portent sur les droits fonciers et issus de traités des Autochtones dans les provinces maritimes du Canada. Son travail concerne le droit, l'histoire du droit, les traditions juridiques autochtones et les perspectives théoriques du droit et de l'histoire. Robert a collaboré, dans le cadre de projets de recherche, avec le *National Consortium on Indigenous Economic Development* (de l'Université de Victoria), le Centre pour la conservation et le développement autochtones alternatifs, ainsi que les responsables du projet Les Débats de la Confédération. Il a par ailleurs travaillé avec des Premières Nations dans des dossiers relatifs à des revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale des Autochtones. Il a en outre publié des textes sur les droits fonciers et issus de traités des Autochtones dans les Maritimes canadiennes, de même que sur des questions plus vastes liées au droit autochtone. De plus, il a présenté le fruit de ses recherches à de nombreuses occasions. Titulaire d'un baccalauréat en philosophie de l'Université de St-Thomas, du grade de J.D. de l'école de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick et d'une maîtrise de l'école de droit Osgoode Hall Law School, Robert est candidat au doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Victoria.

Reproductions : mentions d'artiste et information

Page couverture

Healing
Jim Logan
2017, 30 po x 40 po, acrylique sur toile
Gracieuseté de l'artiste

8 *Kes' gory, Trapper's Festival Series*
Alex Janvier
1993, 29 po x 20 po, acrylique sur toile
Gracieuseté de la Janvier Gallery

16 *Offerings for Genebek Ziibiing*
Christi Belcourt
2014, 122 cm x 91 cm, acrylique sur toile
Gracieuseté de l'artiste

24 *Elusive Sedna*
Ningiukulu Teevee
2013, 76 cm x 62 cm, gravure sur pierre et pochoir
Gracieuseté de Dorset Fine Arts

33 *Yunhe'uwe nén Ohnékanus/ Water Is Life*
Aura (Monique Bedard)
2016, illustration numérique
Gracieuseté de l'artiste

42 *Ravens at Play above Turtle Island*
Frederick McDonald
2017, acrylique sur toile
Gracieuseté de l'artiste

52 *Offerings to Save the World*
Christi Belcourt
2017, 55,25 po x 72 po, acrylique sur toile
Gracieuseté de l'artiste

62 *Amanda Polchies, Water Protector, October 17, 2013*
Ossie Michelin
Gracieuseté d'Ossie Michelin et du réseau APTN

72 *Caribou Woman*
Arnaqu Ashevak
2000, 87,4 cm x 51,1 cm, lithographie
Gracieuseté de Dorset Fine Arts

- 84 *Ravens Touch the Spirit World*
Frederick McDonald
2017, acrylique sur toile
Gracieuseté de l'artiste
- 95 *The Daddies*
Kent Monkman
2016, 60 po x 112,5 po, acrylique sur toile
Gracieuseté de l'artiste
- 102 *A Boy with His Dog (détail)*
Jim Logan
2015, 36 po x 36 po, acrylique sur toile
Gracieuseté de l'artiste
- 110 *Paul First Nation—2005 Wabamum Clean-up Site of a 700,000-litre Oil Spill (détail)*
Tanya Harnett
2011, 167 cm x 112 cm, impression numérique sur papier de chiffon
Gracieuseté de l'artiste
- 121 *Bringing Light*
Rande Cook
2010, 30 po x 22 po, gouache sur papier
Gracieuseté de l'artiste
- 133 *Confluence*
Rod Smith (Galuyagmi)
2015, 20 po x 16 po, acrylique sur carton
Gracieuseté de l'artiste

Pages titre

Sweetgrass
Peter Pomart
2017, photographie
Gracieuseté de l'artiste

Au sujet du PRDI

Le Programme de recherche en droit international (PRDI) du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI) vise la réalisation d'études pluridisciplinaires intégrées et donne aux spécialistes du droit des milieux universitaire, gouvernemental et privé, ainsi qu'aux étudiants du Canada et de l'étranger, la possibilité de contribuer à l'évolution du droit international.

Le PRDI se veut un modèle mondial dans le domaine de la recherche internationale en droit, et son influence dans des dossiers internationaux importants a été reconnue. Sa mission consiste à relier les connaissances, les politiques et la pratique afin de contribuer au cadre juridique international — les règles de droit mondialisées — pour soutenir la gouvernance internationale de l'avenir. Il repose sur la prémisse selon laquelle l'amélioration de la gouvernance mondiale (notamment un cadre juridique international renforcé) peut améliorer la vie des gens partout sur la planète, assurer une prospérité accrue et une meilleure durabilité planétaire, atténuer les inégalités ainsi que favoriser la protection des droits de la personne et un monde plus sûr.

Le PRDI se centre sur les volets du droit international qui revêtent le plus d'importance pour l'innovation, la prospérité et la durabilité à l'échelle de la planète : droit économique international, droit international de la propriété intellectuelle et droit international de l'environnement. Dans le cadre des recherches menées sous les auspices du PRDI, une attention particulière est portée aux interactions naissantes entre le droit international et le droit transnational, le droit autochtone et le droit constitutionnel.

About the ILRP

The International Law Research Program (ILRP) at CIGI is an integrated multidisciplinary research program that provides leading academics, government and private sector legal experts, as well as students from Canada and abroad, with the opportunity to contribute to advancements in international law.

The ILRP strives to be the world's leading international law research program, with recognized impact on how international law is brought to bear on significant global issues. The program's mission is to connect knowledge, policy and practice to build the international law framework — the globalized rule of law — to support international governance of the future. Its founding belief is that better international governance, including a strengthened international law framework, can improve the lives of people everywhere, increase prosperity, ensure global sustainability, address inequality, safeguard human rights and promote a more secure world.

The ILRP focuses on the areas of international law that are most important to global innovation, prosperity and sustainability: international economic law, international intellectual property law and international environmental law. In its research, the ILRP is attentive to the emerging interactions among international and transnational law, Indigenous law and constitutional law.

À propos du CIGI

Au Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI), nous formons un groupe de réflexion indépendant et non partisan doté d'un point de vue objectif et unique de portée mondiale. Nos recherches, nos avis et nos interventions publiques ont des effets réels sur le monde d'aujourd'hui car ils apportent de la clarté et une réflexion novatrice pour l'élaboration des politiques à l'échelle internationale. En raison des travaux accomplis en collaboration et en partenariat avec des pairs et des spécialistes interdisciplinaires des plus compétents, nous sommes devenus une référence grâce à l'influence de nos recherches et à la fiabilité de nos analyses.

Nos programmes de recherche ont trait à la gouvernance dans les domaines suivants : l'économie mondiale, la sécurité et les politiques mondiales, et le droit international, et nous les exécutons avec la collaboration de nombreux partenaires stratégiques et le soutien des gouvernements du Canada et de l'Ontario ainsi que du fondateur du CIGI, Jim Balsillie.

About CIGI

We are the Centre for International Governance Innovation: an independent, non-partisan think tank with an objective and uniquely global perspective. Our research, opinions and public voice make a difference in today's world by bringing clarity and innovative thinking to global policy making. By working across disciplines and in partnership with the best peers and experts, we are the benchmark for influential research and trusted analysis.

Our research programs focus on governance of the global economy, global security and politics, and international law in collaboration with a range of strategic partners and support from the Government of Canada, the Government of Ontario, as well as founder Jim Balsillie.

Au sujet du Wiyasiwewin Mikiwahp Native Law Centre

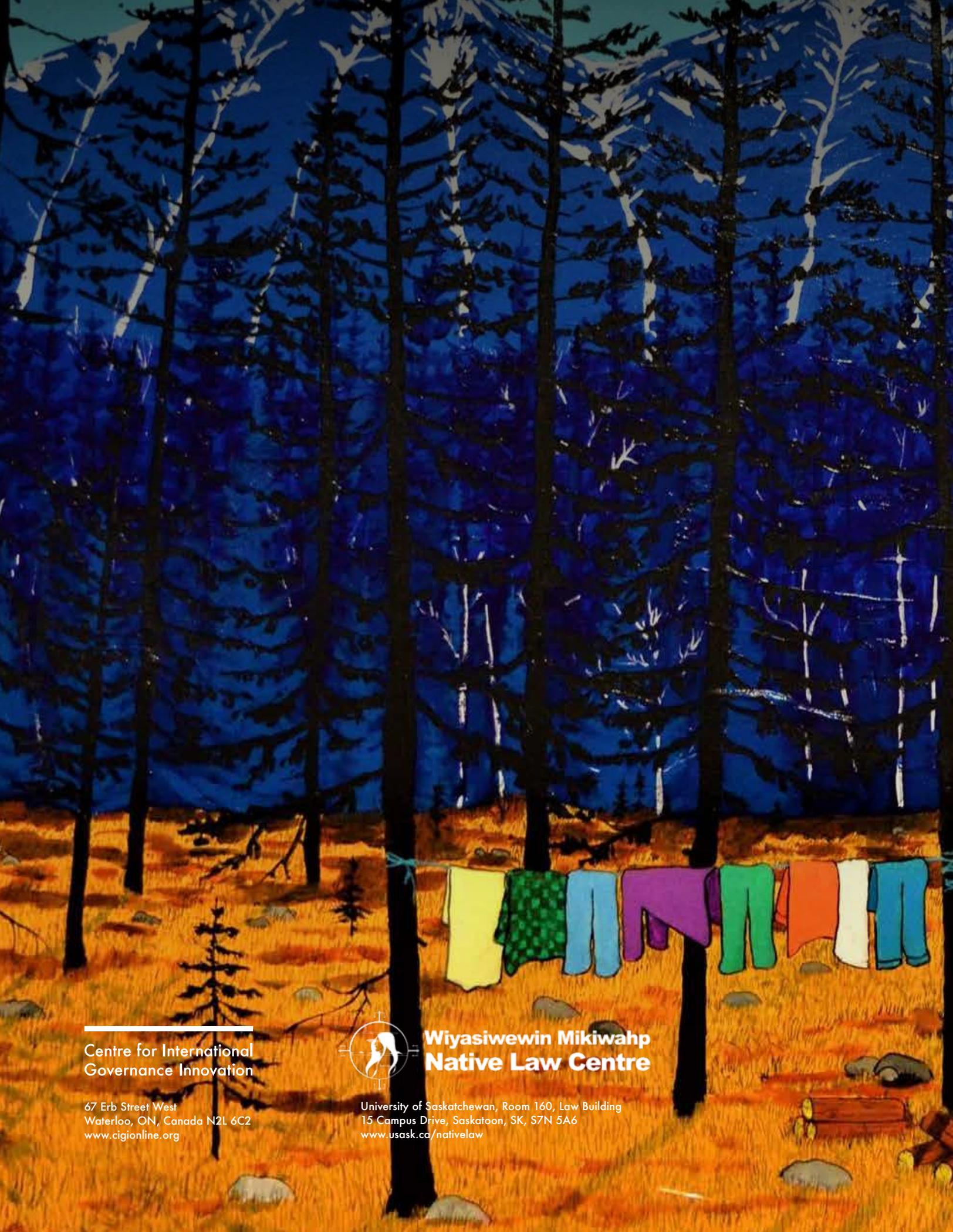
Le Wiyasiwewin Mikiwahp Native Law Centre (centre pour le droit autochtone) de l'Université de la Saskatchewan a été fondé en 1975, par le D^r Roger C. Carter. Grâce à son engagement à l'égard des questions autochtones et de la justice sociale pour les Autochtones, M. Carter a convaincu l'Université de la Saskatchewan de la nécessité de créer un centre pour faciliter l'accès des Autochtones à l'éducation en matière juridique, promouvoir le perfectionnement du droit et des systèmes juridiques au Canada, de façon à favoriser davantage l'épanouissement des peuples et des communautés autochtones, et diffuser de l'information relative aux Autochtones et au droit. Initialement fondé dans le cadre d'un projet spécial autonome au sein de l'Université de la Saskatchewan, le centre est ensuite devenu un département de l'école de droit de cet établissement, en 1984.

Depuis ses débuts, le Native Law Centre (NLC) encourage l'innovation dans les secteurs de l'enseignement, de la recherche et des publications. Il mise toujours sur cet aspect et reste attentif aux défis que doivent relever les Autochtones au Canada et dans le monde. Ainsi, le centre veut continuer à offrir des programmes, des stratégies et des solutions qui non seulement sont pertinents en matière de bourses mais également revêtent un côté pratique et visionnaire dans leur mise en application, de sorte que les droits des Autochtones soient protégés par la loi.

Les objectifs du NLC sont les suivants :

- assurer et promouvoir l'accès des Autochtones à des études juridiques de première qualité pour les Autochtones de toutes les régions du Canada, et pouvoir présenter sur la scène internationale des exemples probants d'Autochtones ayant une formation juridique;
- réaliser et favoriser des recherches en droit et des études juridiques interdisciplinaires sur les questions autochtones à l'échelle nationale et internationale;
- publier des ouvrages de référence et des écrits savants dans le domaine juridique au sujet d'une vaste gamme de questions de droit autochtone et de dossiers interdisciplinaires d'intérêt pour les Autochtones;
- tenir lieu de ressource spécialisée pour les dossiers juridiques concernant les Autochtones;
- favoriser la création de liens et d'une collaboration à l'échelle nationale et internationale pour permettre un enrichissement mutuel et un travail conjoint relativement aux questions autochtones.

Le NLC bénéficie du soutien des fondations de droit de la Saskatchewan, de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, du Manitoba, de l'Ontario et des Territoires du Nord-Ouest.



Centre for International
Governance Innovation

67 Erb Street West
Waterloo, ON, Canada N2L 6C2
www.cigionline.org



**Wiyasiwewin Mikiwahp
Native Law Centre**

University of Saskatchewan, Room 160, Law Building
15 Campus Drive, Saskatoon, SK, S7N 5A6
www.usask.ca/nativelaw