

---

Centre for International  
Governance Innovation

# Mise en application de la DNUDPA : Tisser des liens entre le droit autochtone et les lois internationales et nationales

---

RAPPORT SPÉCIAL



# Mise en application de la DNUDPA :

Tisser des liens entre le droit autochtone et  
les lois internationales et nationales



**RAPPORT SPÉCIAL**

---

## L'équipe du CIGI

### Haute direction

Président : Rohinton P. Medhora

Directrice, Finances : Shelley Boettger

Directrice, programme Recherche en droit international : Oonagh Fitzgerald

Directeur, programme Sécurité et politiques internationales : Fen Osler Hampson

Directrice, Ressources humaines : Susan Hirst

Directeur intérimaire, programme Économie mondiale : Paul Jenkins

Chef des opérations et avocat général : 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 au sujet des publications, écrivez-nous à : [publications@cigionline.org](mailto:publications@cigionline.org).

### Communications

Pour toute demande de renseignements de la part des médias : [communications@cigionline.org](mailto:communications@cigionline.org)..

### Image de la page couverture

*Natives Playing on the Land*, de Lawrence Paul Yuxweluptun

Conception, page couverture et pages intérieures : Sara Moore.

© Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale, 2017

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



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/](http://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 contenant 10 % de fibres recyclées après consommation et certifié selon les normes de l'organisme Forest Stewardship Council et du programme Sustainable Forestry Initiative.

« Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale » 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](http://www.cigionline.org)

---

## Table des matières

- 1 Introduction  
*Oonagh Fitzgerald et Risa Schwartz*
- 12 L'art de tisser des liens entre les droits fondamentaux des Autochtones et les lois des États-nations  
*James (Sa'ke'j) Youngblood Henderson*
- 22 Donner une nouvelle vie à la Constitution canadienne, qui est autochtone : deux défis à relever  
*John Borrows*
- 33 Au-delà de l'arrêt Van der Peet : intégrer le droit international, autochtone et constitutionnel  
*Brenda L. Gunn*
- 45 « Nous n'avons jamais été une simple affaire nationale » - la légitimité de l'État et la question autochtone  
*Joshua Nichols*
- 56 Systèmes juridiques autochtones, droit canadien et DNUDPA  
*Gordon Christie*
- 66 Comment mettre en application la DNUDPA sans créer une autre coquille vide  
*Jeffery G. Hewitt*
- 73 Intégrer l'incommensurable : les traditions juridiques autochtones et l'obligation de consulter  
*Sarah Morales*
- 91 La DNUDPA en tant que catalyseur de la mise en œuvre des droits ancestraux et issus de traités et de la réconciliation  
*Cheryl Knockwood*
- 99 Nos langues sont sacrées : les droits linguistiques des Autochtones au Canada  
*Lorena Sekwan Fontaine*
- 107 Reproductions - mentions d'auteur et information
- 109 Au sujet du PRDI
- 109 À propos du CIGI





# Introduction



## Oonagh Fitzgerald et Risa Schwartz

Au Canada, la mise en application de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA) offre la possibilité d'examiner et de redéfinir les liens entre les lois internationales, le droit établi par les peuples autochtones et les dispositions constitutionnelles canadiennes.

En mai 2016, Carolyn Bennett, ministre des Affaires autochtones et du Nord canadien, a fait devant l'Instance permanente sur les questions autochtones des Nations Unies un discours dans lequel elle approuvait officiellement la DNUDPA<sup>1</sup>—sans réserve, contrairement au gouvernement précédent, qui considérait la Déclaration idéaliste et non contraignante. Même si cette annonce n'a rien changé à la pertinence juridique de la DNUDPA au Canada, elle témoigne d'une volonté politique de mettre en œuvre les mesures d'application afférentes et indique que le Canada pourrait s'engager dans la voie d'une réconciliation avec les peuples autochtones de son territoire. Cette annonce a donc également soulevé des questions d'ordre juridique et stratégique quant à la façon dont le gouvernement fédéral entend adopter et appliquer cet instrument juridique non contraignant.

Le Canada adopte généralement, à l'égard des traités internationaux, une approche dualiste selon laquelle ces instruments représentent des engagements entre nations souveraines et n'ont pas automatiquement d'incidence sur les lois nationales canadiennes ni sur les droits de la personne au Canada. Conformément à cette approche, pour garantir que le droit international sera intégré aux lois nationales, il faut que l'assemblée législative

---

1 Ministre des Affaires autochtones et du Nord canadien, Carolyn Bennett, *Announcement of Canada's Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (annonce de l'appui du Canada à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, faite lors de la 15<sup>e</sup> session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones), 10 mai 2016; en ligne : <[www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-la-DNUDPA-minister-bennetts-speech/](http://www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-la-DNUDPA-minister-bennetts-speech/)>.

habilitée à gérer la question adopte une loi de mise en œuvre<sup>2</sup>. Le droit international coutumier, pratiqué par la communauté des nations et reconnue par elle comme ayant force exécutoire<sup>3</sup>, peut être intégré aux lois canadiennes grâce à des décisions de justice<sup>4</sup> rendues en common law. En ce qui concerne les obligations internationales en matière de droits de la personne, le Canada a l'habitude d'effectuer un examen gouvernemental interne de ses lois et politiques afin de déterminer si elles satisfont déjà aux normes internationales et, le cas échéant, de procéder à la ratification de l'instrument international. Cet examen juridique interne n'est pas présenté au Parlement ou aux assemblées législatives provinciales, pas plus qu'il n'est rendu public, et parfois il n'existe aucune loi de mise en œuvre comme telle, surtout lorsque les responsables concluent qu'une loi existante accorde des droits équivalents à ceux qui sont conférés par le traité à l'étude.

Dans le même ordre d'idées, le premier ministre Justin Trudeau a récemment annoncé que son gouvernement avait mis sur pied un Groupe de travail de ministres, qui « passera en revue les lois, politiques et pratiques opérationnelles pertinentes du gouvernement fédéral, pour veiller à ce que la Couronne : remplisse ses obligations constitutionnelles en matière de droits de la personne; remplisse ses obligations constitutionnelles en ce qui concerne les droits ancestraux et les droits issus de traités; respecte les normes internationales en matière de droits de la personne, y compris la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones; et appuie la mise en œuvre des appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation<sup>5</sup>. »

Après des années d'incertitude, il semble que la Cour suprême du Canada (CSC) accepte désormais l'idée selon laquelle la *Charte canadienne des droits et libertés* devrait faire état de toutes les obligations internationales contraignantes du Canada en matière de droits de la personne<sup>6</sup>. Il reste à voir si cette clarification influera sur la façon dont on interprétera l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* à la

2 Les tribunaux canadiens ont adopté une approche plus libérale en invoquant la présomption de conformité, afin d'élaborer des lois canadiennes respectant les valeurs et les principes qui régissent les obligations canadiennes en matière de droits de la personne. Voir : *R. c. Hape* [2007] 2 RCS 292, 2007 CSC 26, paragr. 53 [Hape]; en ligne : <<https://CSC-csc.lexum.com/CSC-csc/CSC-csc/fr/item/2364/index.do>>.

3 Comité international de la Croix-Rouge, « Customary IHL »; en ligne : <[https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_in\\_asofcuin](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_in_asofcuin)> : [TRADUCTION] « Il est généralement reconnu que l'existence d'une règle de droit international coutumier requiert deux éléments, à savoir la pratique des États (*usus*) et la conviction qu'une telle pratique est nécessaire, interdite ou autorisée selon la nature de la règle, sur le plan du droit (*opinio juris sive necessitatis*). Et comme l'a indiqué la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'affaire du Plateau continental (*Jamahiiriya arabe libyenne/Malte*), arrêt, 3 juin 1985, CIJ Recueil 1985, pp. 29 et 30, paragr. 27 : « Il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États ».

4 Dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 (en ligne : <https://CSC-csc.lexum.com/CSC-csc/CSC-csc/fr/item/1717/index.do>), la Cour suprême du Canada (CSC) devait déterminer si les obligations du Canada en vertu de la *Convention relative aux droits de l'enfant* pourraient avoir une incidence sur l'interprétation de la *Loi sur l'immigration*. Dans un jugement rendu à la majorité, la juge Claire L'Heureux-Dubé s'est appuyée sur les propos de Ruth Sullivan (paragr. 70) pour déclarer : « [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. » Dans *Hape* (*supra* note 2), la CSC indiquait que : « Les principes du droit international coutumier lient tous les États, sauf s'ils sont écartés par une autre coutume ou un traité international. [...] Ces principes doivent également être pris en compte pour déterminer la portée extraterritoriale de la *Charte*. » (paragr. 46); « Lorsque le libellé exprès de la *Charte* le permet, la détermination de la portée de celle-ci doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international. » (paragr. 56); « Si la dérogation n'est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law. » (paragr. 9).

5 Premier ministre du Canada, Communiqué, « Le premier ministre annonce le Groupe de travail de ministre chargé d'examiner les lois et les politiques liées aux Autochtones » (22 février 2017); en ligne : <<http://pm.gc.ca/fra/nouvelles/2017/02/22/premier-ministre-annonce-groupe-de-travail-de-ministres-charge-dexaminer-les>>.

6 Invoquant la jurisprudence en vertu de la *Charte*, le juge en chef de la CSC Bria Dickson, dans un avis divergent relatif à l'affaire *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 RCS 313, a indiqué au paragraphe 59 : « Je crois qu'il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifié[es] en matière de droits de la personne. » Il a fallu attendre 20 ans pour que la Cour accepte ce principe avec une certaine confiance. Dans *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 RCS 47, paragraphe 23 (citant *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Association c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, paragraphe 70), la CSC a indiqué qu'« il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne. »

lumière de la DNUDPA. En particulier, certaines questions demeurent à propos de la façon dont les droits énoncés dans la DNUDPA (par rapport aux droits établis dans un traité) vont influencer sur l'interprétation de ce même article 35, ainsi que de la *Charte*, et ce que cela signifiera à l'avenir pour les liens entre le droit international, le droit autochtone et le droit constitutionnel canadien. Dans une cause récente de la Cour fédérale<sup>7</sup>, la juge Cecily Strickland semble avoir accepté le principe selon lequel on pourrait utiliser le contexte factuel de la DNUDPA pour réinterpréter le droit national afin de favoriser une interprétation respectant les valeurs qu'expriment les lois internationales pertinentes. Mais elle n'était pas prête à réinterpréter les dispositions constitutionnelles, faisant une étrange distinction d'interprétation entre différentes parties de la Constitution. L'affaire a été tranchée avant que le gouvernement s'engage à mettre en application la DNUDPA conformément au droit constitutionnel canadien; on peut donc espérer que la jurisprudence évoluera à mesure que croîtra la reconnaissance de la DNUDPA.

La métaphore du tressage de liens entre les lois internationales et nationales, d'une part, et, d'autre part, le droit autochtone est née de discussions avec John Borrows, Brenda Gunn et Joshua Nichols, alors que nous étions assis sur la terrasse d'un café de l'Université de Victoria et que nous observions de jeunes tortues se prélassant au soleil à la fin du mois de mai. 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 juridiques.

Le Programme de recherche en droit international (PRDI) du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI) vise l'étude de questions importantes en matière de droit et de politiques de portée internationale qui ont un lien avec les droits des peuples autochtones. La publication de cette première série de textes marque le dixième anniversaire de l'adoption de la DNUDPA. Il se trouve que cette année coïncide aussi avec le 150<sup>e</sup> anniversaire du Canada, ce qui nous donne l'occasion tout à fait bienvenue de réfléchir au passé et de déterminer ce que l'avenir pourrait réserver à notre pays et à ses relations avec les Autochtones.

Pour mettre en œuvre ce projet de recherche, les responsables du PRDI ont organisé en décembre 2016 un symposium réunissant un groupe choisi de spécialistes du droit et de décideurs autochtones, qui s'est déroulé sous l'égide de l'Indigenous Peoples Law and Policy Program de l'University of Arizona, à Tucson (Arizona). Le CIGI a invité des chercheurs ainsi que des décideurs autochtones à étudier la mise en application de la DNUDPA et à faire part de leurs idées, de leur analyse et de leurs recommandations aux décideurs canadiens, en s'inspirant de la métaphore du tressage (qui fait allusion à l'intégration). Bon nombre des auteurs des textes ainsi regroupés ont intégré la métaphore à leur réflexion. Des étudiants de cycle supérieur du programme concerné de l'University of Arizona ont par ailleurs bénéficié de ces discussions.

La journée a débuté par un discours d'ouverture qui a donné un aperçu de la DNUDPA dans le contexte global des droits de la personne. Le discours mentionnait que, dans les années 1970, les traités existants qui portaient sur les droits de la personne n'avaient toujours aucun impact sur la vie des peuples autochtones. La DNUDPA s'appuie sur d'autres traités relatifs aux droits de la personne, et sur un

7 *Nunatukavut Community Council Inc c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 981, paragr. 101 à 106; en ligne : <<https://www.canlii.org/fr/ca/cfpi/doc/2015/2015cf981/2015cf981.html>>.



contexte plus large d'autodétermination que ce qu'on observe dans d'autres accords en la matière. Il faut que nous interprétions la DNUDPA en partie à la lumière de ces traités sur les droits de la personne. Une des différences majeures tient au fait que la DNUDPA s'inspire explicitement des traditions juridiques, des coutumes et des institutions des peuples autochtones eux-mêmes. Le préambule de la DNUDPA est édifiant, puisqu'il reconnaît que les peuples autochtones font partie de l'humanité de notre planète et jouissent de droits égaux, mais différents. La DNUDPA propose des orientations sur la façon dont les systèmes politiques dominants devraient établir avec les peuples autochtones des liens fondés sur la justice, l'égalité et la bonne foi.

Selon un des participants, des déclarations comme la DNUDPA ne sont pas exécutoires au regard du droit international, mais sont des instruments solennels et significatifs qui épousent des principes à la fois durables et très importants. Il pense donc qu'il faudrait accorder moins d'importance à la nature juridique de l'instrument et plus d'importance au contenu normatif des principes qu'il applique.

Quelqu'un a suggéré que la déclaration de la ministre Bennett s'engageant à intégrer la DNUDPA aux lois canadiennes ([TRADUCTION] « Nous avons l'intention d'adopter et de mettre en application la déclaration sans réserve, en conformité avec la Constitution canadienne<sup>8</sup> ») était considérée comme une simple reconnaissance du fait qu'aucun gouvernement canadien ne peut agir en dehors de la Constitution. On peut penser que, en faisant référence à la Constitution canadienne, la ministre Bennett admettait que la mise en application de la DNUDPA nécessiterait la prise de mesures par les provinces et les territoires, ainsi que par le gouvernement fédéral canadien. Rien ne permet de croire que l'imposition d'une quelconque obligation de mettre en application de la DNUDPA était sous-entendue.

À la suite du discours d'ouverture, les discussions de la journée se sont déroulées dans le cadre de trois séances de travail thématiques. Au début de la première séance [intitulée « Indigenous Peoples' Aspirations Regarding the Implementation of la DNUDPA » (Les aspirations des Autochtones à l'égard de la mise en application de la DNUDPA)], un participant a repris les propos de Sa'ke'j Henderson, selon lesquels le droit international est nécessaire parce que nous avons besoin d'un endroit où nous pouvons rêver, nous sentir libérés des problèmes nationaux et agir. Ce participant a dit espérer de tout cœur que les documents rédigés par les spécialistes autochtones à propos de la mise en application de la DNUDPA donneraient lieu à des interventions pertinentes d'un point de vue stratégique dans le contexte canadien, et auraient un impact ailleurs dans le monde. C'est quand nous sommes désespérés que nous avons vraiment des raisons d'espérer. Sa'ke'j Henderson a reconnu que l'intégration du droit international au Canada présentait d'énormes défis, ajoutant que nous devrions nous inspirer des règles édictées par les peuples autochtones —et pas seulement des lois nationales—pour déterminer le sens de la DNUDPA. La mise en application de la DNUDPA offre une occasion unique, mais s'accompagne d'une lourde responsabilité. Dans le même esprit, un autre participant a mentionné qu'il incombait aux spécialistes autochtones de poser un regard critique sur les deux sociétés (autochtone et non autochtone). Les spécialistes autochtones doivent être ouverts aux différents moyens qui les aideront à guérir leurs propres collectivités en tenant un discours honnête, sans que cela les expose aux genres d'observations biaisées que véhiculent parfois les médias et le gouvernement.

---

8 Ministre des Affaires autochtones et du Nord canadien, Carolyn Bennett, <sup>supra</sup> note 1.

Quelques participants ont discuté des préjudices subis par les Autochtones en raison de la doctrine de la découverte<sup>9</sup>. La jurisprudence constitutionnelle canadienne a été bâtie sur de mauvaises fondations, et c'est ce que met en lumière la DNUDPA. En annulant, très récemment, l'interdiction du suicide assisté, la CSC a reconnu qu'elle pouvait revoir certaines questions et parvenir à des conclusions différentes. Cela indique que l'on peut également reconsidérer la portée des droits ancestraux et issus de traités. De nombreux spécialistes s'entendent pour dire que la décision rendue dans l'affaire *R. c. Van der Peet*<sup>10</sup> doit être réexaminée, et qu'on pourrait peut-être commencer par la contester. Au lieu de considérer que les droits ancestraux sont figés dans le temps, l'opinion dissidente exprimée dans l'arrêt *Van der Peet* reconnaissait que les droits ancestraux doivent conserver une pertinence contemporaine, de sorte que les pratiques, coutumes et traditions puissent continuer à évoluer. Les droits ancestraux sont des droits inhérents des Autochtones, fondés sur leurs traditions juridiques. La CSC peut donc revoir les droits ancestraux et issus de traités à la lumière de la DNUDPA. D'ailleurs, cette déclaration commence en définissant les Autochtones comme des peuples, ce qui, d'emblée, oriente le débat.

Durant la deuxième séance de travail [intitulée « Challenges with Implementation » (Les défis posés par la mise en application)], les participants ont parlé des valeurs associées aux droits de la personne et aux droits ancestraux que véhicule la formulation de la DNUDPA. Quelqu'un a expliqué que cette formulation peut et devrait être utilisée dans un souci de décolonisation, car elle diffère du langage et des concepts des colons. La DNUDPA est un outil stratégique et linguistique, et le langage qu'elle emploie correspond beaucoup plus à la façon dont les Autochtones se perçoivent. Selon un participant, il faudrait choisir intelligemment les précédents juridiques, car les Autochtones devraient fonder leurs arguments sur un modèle inspiré par les droits de la personne. La manifestation contre le Dakota Access Pipeline, qui s'est déroulée dans la réserve Sioux de Standing Rock, a été considérée comme un exemple d'affirmation des droits de la personne sur le terrain, et l'on a constaté que ce genre d'intervention pouvait coûter très cher.

Selon certains participants, il se peut que les Autochtones ne soient pas prêts à discuter de la DNUDPA avec leur gouvernement tant qu'elle n'aura pas été mise en application, selon la tradition autochtone, au sein de leurs propres collectivités. Certains se demandent comment on pourrait rebâtir les institutions de gouvernance. Une partie de la solution pourrait consister à remobiliser les membres de la collectivité par le dialogue et l'éducation. Un participant a mentionné qu'il nous incombait à tous de mettre en application la DNUDPA à l'échelle nationale et internationale, et ce, dans l'esprit du droit autochtone.

D'après un autre participant, on pourrait renforcer la DNUDPA en accordant davantage de droits aux femmes autochtones. La formulation de certains des articles de la DNUDPA laisse croire que les femmes autochtones sont intrinsèquement vulnérables à la victimisation, notion qu'il faudrait contester vigoureusement. On doit reconnaître les lacunes stratégiques de la DNUDPA, aller de l'avant de manière constructive et remettre en question le rôle attribué aux femmes autochtones.

La dernière séance [intitulée « Ideas on Moving Forward with Implementation » (Idées sur la façon d'entreprendre la mise en application)], était axée sur la réconciliation grâce à la mise en application de la DNUDPA. Quelqu'un a fait remarquer que le concept d'obligation de consulter, issu du droit constitutionnel canadien, constitue un cadre législatif pour aborder toute violation des droits mais n'offre

9 La doctrine de la découverte nous vient des États-Unis [*Johnson v. McIntosh*, 21 US (8 Wheat) 543 (1823)], mais on la retrouve aussi en droit canadien [*St Catherine's Milling and Lumber Co c. R.* [1888] UKPC 70, 14 App, Cas 46]. En vertu de cette doctrine, lorsque les Européens ont « découvert » l'Amérique du Nord, cela leur a donné un droit absolu sur les terres de cette contrée. De ce fait, ils ont acquis selon eux la souveraineté, les pouvoirs législatifs et les titres sous-jacents sur ces terres, dont les Autochtones sont devenus de simples occupants, leur droit de posséder et d'utiliser ces terres pouvant être unilatéralement révoqué. Les bases de cette doctrine s'inspiraient de bulles papales datant du XV<sup>e</sup> siècle et conférant aux explorateurs chrétiens le droit de réclamer les terres qu'ils avaient découvertes au nom de leur monarque. Les habitants non chrétiens de ces terres étaient traités comme des « sauvages » et pouvaient être convertis ou tués.

10 [1996] 2 RCS 507.

aucune protection, alors que les nombreuses exigences de la DNUDPA applicables au « consentement préalable—donné librement et en connaissance de cause » en offrent une. En droit canadien, la consultation semble assimilée à un fardeau, mais elle devrait se traduire par une participation à la prise de décisions et par un vrai partenariat. La réconciliation doit s'appuyer sur le droit et les langues autochtones. Il faut considérer les croyances et les points de vue autochtones comme légitimes, et les respecter. C'est pourquoi la DNUDPA et le droit international constituent un « brin » de la « tresse », le droit constitutionnel national et le droit autochtone représentant les deux autres brins, et le but étant de « tisser serré » le fondement juridique de la réconciliation.

Un autre participant a rappelé au groupe à quel point les langues autochtones sont importantes pour la réconciliation. En cri, *pastamowin* signifie « qui enfreint la loi ». Une loi boiteuse est comme un verre qui a volé en éclats : il peut être recollé, mais n'aura plus jamais la même apparence. Il y a des lois boiteuses dans les États-nations, mais aussi chez les Autochtones. Comment peut-on réparer le verre brisé? Comment rétablir des liens qui bénéficieront aux collectivités? Comment celles-ci peuvent-elles rétablir un lien de confiance brisé? Les Autochtones essaient-ils de déterminer l'incidence qu'auront leurs actes au cours des sept prochaines générations? Le fait de parler sa propre langue permet vraiment de se défendre contre l'assimilation. Les colonisateurs ont compris que, s'ils confisquaient leur langue aux Autochtones, ils pourraient en faire un peuple dysfonctionnel, incapable d'interagir avec le reste du monde. En Nouvelle-Zélande, la langue maori était en voie de disparition dans les années 1960, mais elle est devenue un des principaux catalyseurs de l'autodétermination. Cependant, selon un autre participant, la langue ne suffit pas si toutes les institutions sont colonisées (par exemple, les Samis utilisent leur langue au sein d'un système de gouvernance occidental).

Au terme du symposium, les spécialistes du droit autochtone sont retournés à leurs travaux, inspirés par l'échange d'idées avec leurs pairs. La présente série d'articles reflète leurs recommandations sur la façon dont le Canada peut tisser des liens qui créeront un nouveau cadre juridique grâce à la mise en application de la DNUDPA, revitaliseront un processus de réconciliation qui était à l'arrêt et favoriseront une relation de nation à nation entre l'État canadien et les peuples autochtones.

**Sa'ke'j Henderson** lance la série avec un article sur les droits humains fondamentaux des peuples autochtones. Il croit que, pour instaurer un nouvel ordre humain, il faut reconnaître davantage les droits inhérents à la personne humaine, en faisant leur promotion, en les protégeant et en permettant aux Autochtones d'exercer leur droit de déterminer l'évolution de leur existence.

**John Borrows** présente deux théories importantes dans son article. Il affirme tout d'abord que la DNUDPA devrait inciter le Parlement du Canada et les tribunaux canadiens à rejeter les distinctions constitutionnelles fondées sur le moment de la revendication par rapport au contact avec les Blancs, à savoir si elle est antérieure ou postérieure, étant donné que cela met l'accent sur la notion de « peuples » et les droits qui leur sont reconnus, au lieu d'affirmer l'existence d'un droit précédant le contact avec les Européens ou l'arrivée de ces derniers. Tout d'abord, Borrows qualifie cette approche d'« originalisme constitutionnel » et estime qu'elle va à l'encontre du principe de « l'arbre vivant », sur lequel repose la jurisprudence canadienne. Ensuite, il affirme que la DNUDPA prône une reconnaissance et une application plus explicite du droit autochtone au sein des nations autochtones de l'ensemble du Canada. Il recommande aux gouvernements autochtones de mettre en application la DNUDPA conformément à leur propre vision du monde sur le plan juridique et culturel, afin de renforcer leur gouvernance et d'offrir une protection à leurs membres.

**Brenda L. Gunn** propose une voie à suivre pour la mise en application de la DNUDPA. Selon elle, il faut redéfinir la relation entre l'État canadien et les Autochtones en reconnaissant et en protégeant leurs droits ancestraux, dans l'esprit des traditions juridiques qui leurs sont propres. Parce que le Canada s'est engagé à mettre en application la DNUDPA, le moment est parfaitement choisi pour revoir la relation entre le gouvernement fédéral et les peuples autochtones, notamment la façon dont les droits ancestraux



sont définis et protégés. Il s'agit également d'une belle occasion de délaissier la vision d'un « élément fondamental et important de la culture distinctive », présentée par la CSC dans l'arrêt *Van der Peet*, et de trouver une définition plus adéquate de la portée du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

**Joshua Nichols** affirme que le Canada devrait profiter du processus de mise en application de la DNUDPA pour aborder les problèmes posés par le cadre juridique actuel, et éliminer la doctrine de la découverte en droit canadien. Selon lui, la DNUDPA offre au Canada la possibilité d'être un véritable chef de file mondial en matière de défense des droits autochtones ancestraux, mais seulement s'il met en application la Déclaration de façon totalement éclairée, ce qui lui permettra de revisiter l'histoire de la lutte des Autochtones pour leur autodétermination. C'est la seule façon dont le Canada pourra instaurer une véritable relation de nation à nation avec les peuples autochtones.

**Gordon Christie** croit que le véritable défi que devra relever le Canada pour mettre en application de la DNUDPA réside dans la reconnaissance et l'acceptation du pluralisme juridique évident que représentent le droit autochtone et le droit canadien. La mise en application de la DNUDPA peut permettre au Canada de collaborer avec les nations autochtones. M. Christie fait certaines recommandations au gouvernement canadien. Il précise que, si ce dernier les suit, le droit autochtone et le droit canadien seront interreliés et l'esprit des principes et des dispositions de la DNUDPA sera respecté.

**Jeffery G. Hewitt** explique pourquoi de nombreux Autochtones demeurent sceptiques à propos de l'intention du Canada de mettre en application la DNUDPA conformément à la Constitution canadienne. À son avis, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pourrait faire en sorte que le Canada atténue l'impact des droits énoncés dans la DNUDPA, par exemple le droit à l'autodétermination, le droit d'exprimer un consentement préalable librement et en connaissance de cause, ainsi que le droit visant les terres et les ressources. M. Hewitt craint que cette mise en application, dans l'esprit de la jurisprudence de common law découlant de l'article 35, ne fasse que maintenir le statu quo. Dans son article, il recommande le recours à d'autres outils que l'article 35 pour mettre en application la DNUDPA, lesquels représenteront une contribution constructive au débat canadien sur la réconciliation et favorisera une relation de nation à nation.

**Sarah Morales** décrit dans son article la façon dont on pourrait utiliser le consentement préalable donné librement et en connaissance de cause (CPLCC) pour tisser un lien entre l'obligation de consulter et les traditions juridiques autochtones, de manière à faciliter pour le Canada l'atteinte de l'objectif constitutionnel de réconciliation. M<sup>me</sup> Morales tente de déterminer pourquoi l'obligation de consulter et de prendre des mesures d'adaptation, reconnue à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n'a pas permis la réconciliation. Elle se demande également si le CPLCC pourrait servir de cadre à l'interprétation de l'obligation de consulter. Enfin, elle insiste sur l'importance des traditions juridiques autochtones dans l'exécution de cette obligation.

**Cheryl Knockwood** parle des espoirs de la nation mi'kmaq de l'est du Canada, qui souhaite une reconnaissance intégrale de son droit à l'autodétermination et de ses droits ancestraux et issus de traités grâce à la mise en application de la DNUDPA. Dans son article, elle donne des exemples du travail acharné que les collectivités mi'kmaq accomplissent pour insuffler l'esprit de la DNUDPA au sein de leurs collectivités.

**Lorena Sekwan Fontaine** traite de certains des défis que pourrait devoir relever le gouvernement canadien après l'annonce récente de son intention de préparer une loi sur les langues autochtones afin d'appuyer leur revitalisation. L'article de M<sup>me</sup> Fontaine arrive à point nommé : elle à donner un aperçu du droit coutumier autochtone en matière de langues autochtones, ainsi que des exemples de la façon dont divers pays ont mis en œuvre les droits linguistiques des Autochtones. M<sup>me</sup> Fontaine recommande la promotion de ces droits linguistiques, et son article devrait offrir aux législateurs canadiens une certaine acuité politique, à l'heure où le Canada s'est engagé à revitaliser les langues autochtones.

Comme directrice du Programme de recherche en droit international (PRDI) du CIGI, **Oonagh Fitzgerald** supervise une étude qui porte sur le droit économique international, le droit de propriété intellectuelle et l'innovation, ainsi que le droit autochtone. M<sup>me</sup> Fitzgerald a une longue expérience grâce 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 (avec spécialisation) de l'Université York, Oonagh Fitzgerald a obtenu son baccalauréat en droit de l'Osgoode Hall Law School et 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 M.B.A. de l'Université Queen's.

**Risa Schwartz** a rejoint le CIGI en avril 2016 comme chargée de recherche principale au sein du PRDI. À ce titre, elle a réalisé une analyse approfondie afin de déterminer si les accords internationaux en matière d'environnement pourraient donner lieu à l'obligation de consulter les Autochtones et de leur proposer des mesures d'adaptation, ainsi que de définir les conséquences pour les décideurs du Canada et d'autres pays, le cas échéant.

Auparavant, elle avait travaillé pour le Procureur général de l'Ontario en tant que conseillère juridique du ministère des Affaires autochtones et, avant cela, comme conseillère juridique auprès du ministère de l'Environnement de l'Ontario (maintenant appelé ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique). De 1998 à 2000, M<sup>me</sup> Schwartz a été l'avocate de la Division du commerce et de l'Environnement de l'Organisation mondiale du commerce à Genève. Elle possède un baccalauréat en droit de l'Osgoode Hall Law School et une maîtrise en droit de l'environnement et en droit international de la London School of Economics.











# L'art de tisser des liens entre les droits fondamentaux des Autochtones et les lois des États-nations



James (Sa'ke'j) Youngblood Henderson

En 1977, l'Ainé et guérisseur Phillip Deere (Nation Muskogee) a prononcé son discours « Longest Walk » à Washington D.C., où des centaines d'autres Autochtones s'étaient réunis après avoir traversé les États-Unis pour venir appuyer la souveraineté tribale et mener des discussions à la Maison-Blanche. À cette occasion, Phillip Deere a déclaré : [TRADUCTION] « Nous devons comprendre que nous sommes tous des êtres humains; c'est important d'être un être humain, et c'est important d'agir comme tel. Si vous n'agissez pas comme un être humain, il se peut fort bien que vous n'en soyez pas un<sup>1</sup>. » Selon M. Deere, nous devons impérativement respecter les lois naturelles de l'amour, de la paix et du respect, qui définissent l'humanité autochtone : [TRADUCTION] « La liberté à laquelle les Autochtones aspirent aujourd'hui est la liberté d'être qui ils sont. C'est leur droit. C'est pourquoi je dis aux Indiens "Vous ne pouvez être personne d'autre; on ne connaît pas d'échec dans la vie jusqu'au moment où l'on essaie d'être quelqu'un d'autre. Vous devez donc assumer ce que

<sup>1</sup> On trouve une version du discours de l'Ainé Deere en ligne : <<http://descendantofgods.tripod.com/id108.html>> [Deere, « Longest Walk »]. La réaffirmation des droits inhérents des Indiens a été formulée par le National Congress of American Indians dans la *Declaration of Indian Purpose* rédigée en 1961 par D'Arcy McNickle, de la réserve des Flathead; en ligne : <<http://www.declarationproject.org/?p=32>>. L'Ainé Deere et d'autres personnes ont également été influencés par George Manuel et l'ouvrage qu'il a publié avec Michael Posluns, intitulé *The Fourth World: An Indian Reality* [Toronto (Ont.), Collier-Macmillan Canada, 1974].



vous êtes<sup>2</sup>. » Il a également reconnu que : [TRADUCTION] « Nous devons connaître les deux modes de vie; ainsi, quel que soit notre niveau d'éducation, nous n'oublierons jamais qui nous sommes<sup>3</sup>. » Il a affirmé que les jeunes Indiens ne peuvent pas continuer à rester sur la touche. À ce moment-là, il m'a dit que notre prochain très long voyage nous ferait voler comme des aigles vers le nid des États-nations à Genève, afin d'y revendiquer pour tous les peuples autochtones l'humanité et la dignité qui leur ont été refusées aux États-Unis, au Canada et ailleurs dans le monde.

L'Aîné Deere et sa vision des droits de la personne nous ont guidés, moi et d'autres jeunes avocats et activistes autochtones, vers le système à plusieurs facettes des Nations Unies à Genève, Vienne et New York, et jusqu'au tribunal Russell à Rotterdam, afin de faciliter la négociation pour la reconnaissance, dans le droit international de l'humanité, de l'essence de notre personne et de nos droits humains, au profit des peuples autochtones et des États parties. Nous étions guidés par un vieil enseignement qui dit que les humains doivent déterminer ce qu'est leur vision. Cette quête d'une vision est difficile et requiert de nombreux sacrifices, mais les connaissances ainsi acquises offrent un énorme potentiel aux gens. Pour libérer le potentiel de cette vision bienheureuse, les gens doivent la mettre en pratique devant leurs proches parents. L'acte de concrétisation de la vision — par des discussions, des chants, des danses et des contes — renforce cette vision, qui fait partie intégrante des cycles rythmant notre existence. Cependant, en ne partageant pas cette vision, on ignore ses origines collectives et son but.

Notre volonté d'affirmer nos droits humains illustre la validité de ce vieil enseignement. Trois longues décennies plus tard, la vision de l'Aîné Deere et d'autres personnes est devenue partie intégrante de la loi des Nations Unies, dans : la *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants* (n° 169) de l'Organisation internationale du travail (1989)<sup>4</sup>; la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) (2007) (dans laquelle l'Assemblée générale de l'ONU reprenait la vision de M. Deere<sup>5</sup>); le document final issu de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones (2014)<sup>6</sup>; la Déclaration sur les droits des peuples autochtones de l'Organisation des États américains (2016)<sup>7</sup>. Nous avons démontré qu'ensemble, les Autochtones peuvent venir à bout de la complexité et créer un cadre pour les droits inhérents à la personne humaine, en cette époque extraordinaire.

En général, le concept des droits inhérents à la personne humaine est un tout nouveau cadre de référence dans l'histoire de la pensée et des traditions juridiques eurocentriques. Même si les théories des droits naturels et des droits civiques faisaient partie de la pensée juridique eurocentrique, ce n'est qu'après 1966 que les droits inhérents à la personne humaine ont commencé à remplacer, dans les traités des Nations Unies sur les droits de l'homme<sup>8</sup>, les modes de pensée politique utopiques à propos de l'État

2 Deere, « Longest Walk », *supra* note 1.

3 *Ibid.*

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 le 5 septembre 1991).

5 Résolution 295 de l'AG, documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies (UNGAOR), 61<sup>e</sup> session, Suppl. n° 49, Doc. de l'ONU A/Res/61/295, 46 ILM 1013 (2007).

6 *Document final de la séance plénière de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale connue comme la Conférence mondiale sur les peuples autochtones*, Rés. 69/2 de l'AG, 69<sup>e</sup> session, Doc. de l'ONU A/Res/69/2 (2014).

7 A/Res. 2888 (XLVI-0/16).

8 *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, Rés. 2200A de l'AG (XXI), 21 UNGAOR, Suppl. n° 16, p. 49, Doc. de l'ONU A/6316 (1966), 993 RTNU 3, Can TS 1976 No 46, 6 ILM 360 (entré en vigueur le 3 janvier 1976) [PIREDESC] (Le Canada a signé ce pacte le 19 août 1976); *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, Rés. 2200 de l'AG (XXI), 21 UNGAOR, Suppl. n° 16, p. 52, Doc. de l'ONU A/6316, 999 RTNU 171, Can TS 1876 n° 47 (entré en vigueur le 23 mars 1976) [PIRDGP] (Le Canada a signé ce pacte le 19 août 1976); *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, Rés. 2200A de l'AG (XXI), 21 UNGAOR, Suppl. n° 16, p. t 59, Doc. de l'ONU A/6316, 999 RTNU 302 (entré en vigueur le 23 mars 1976) [Protocole facultatif] (Le Canada a signé ce protocole le 19 août 1976).

et de la justice<sup>9</sup>. Selon Samuel Moyn, 1977 a été une année marquante pour les droits de la personne. C'est cette année-là que l'Ainé Deere et les délégations autochtones ont créé à Genève la Conférence des organisations non gouvernementales sur la discrimination contre les populations autochtones d'Amérique, qui permettait pour la première fois aux peuples autochtones et à leurs délégués aux Nations Unies de faire entendre leur voix. Cette conférence a lancé le processus de revendication des droits inhérents par les Autochtones, basés sur les connaissances et le droit autochtones. Elle a donné naissance à la diplomatie autochtone et aux experts du droit autochtone<sup>10</sup>.

Un des points de départ de l'application des droits de la personne est la nécessité de comprendre la tension extrême entre, d'une part, les droits inhérents à la personne humaine et, d'autre part, les traditions juridiques eurocentriques de l'ordre sacré et immanent et la volonté des souverains<sup>11</sup>. Les droits de la personne sont liés (sans toutefois en découler) à la vision eurocentrique de l'ordre immanent : un ordre inhérent ou moral faisant partie d'un plan à la fois intelligible et justifiable dérivé soit d'un ordre préexistant par nature, soit d'une révélation divine, soit d'une vie sociale ou culturelle créée de toutes pièces qui a produit des lois et des doctrines juridiques sacrées. Depuis des milliers d'années, les êtres humains considèrent que la nature et la société sont l'expression d'un ordre immanent ou sacré, autosuffisant (quand il n'est pas autogénéré) et indépendant de la volonté ou de la raison humaine. La découverte de cet ordre implicite a constitué l'essence du travail des juristes qui ont établi la doctrine juridique de l'ensemble de la pensée et de la jurisprudence eurocentriques. Cette quête a généré certains systèmes de connaissances qui ont permis de découvrir que la vie ou la société humaine pouvait être créée, modelée et ordonnée artificiellement par un dirigeant souverain ou une raison souveraine, plutôt que de composer avec l'harmonie cachée de la nature et de s'y soumettre. Ainsi, la recherche d'un ordre implicite a été supplantée par un ordre imposé. On a donc assimilé le droit à la volonté du souverain, et c'étaient les institutions législatives établies par celui-ci qui édictaient les lois. Le souverain ou l'État impose sa loi à la société et aux êtres humains afin d'instaurer un système juridique. La source de toutes les lois se trouve dans les décisions rendues par les institutions légitimées par la Constitution; le souverain ou l'État délègue tous les droits privés à ses sujets-citoyens. L'affirmation de l'existence de droits humains fondamentaux inviolables, qu'ils soient inhérents ou tirent leur origine ailleurs, devient l'antithèse de la volonté du souverain, même quand on considère que c'est le peuple qui est souverain.

Ces deux visions du droit —doctrines juridiques fondées sur l'ordre normatif latent et loi assimilée à la volonté du souverain—sont incompatibles. Leur interdépendance tient à la croyance, de part et d'autre, selon laquelle chacune est fondamentalement incomplète et dépend des croyances religieuses ou des règles de droit autochtones des peuples qui ont formé les collectivités et les sociétés<sup>12</sup>. La tradition juridique eurocentrique de l'ordre imposé par un souverain n'a jamais permis d'exclure le

---

9 Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2012; R. L. Barsh et J.Y. Henderson, *International Context of Crown-Aboriginal Treaties in Canada*; CD-ROM : *Pour sept générations : legs documentaire de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa (Ont.), Libraxis, 1997.

10 James Henderson [Sa'ke'í] Youngblood, *Indigenous Diplomacy and the Rights of Peoples: Achieving UN Recognition*, Saskatoon (Sask.), Purich Publishing, 2008.

11 Roberto M. Unger, *The Universal History of Legal Thought*; en ligne : <[www.robertounger.com/english/pdfs/UHLT.pdf](http://www.robertounger.com/english/pdfs/UHLT.pdf)>.

12 Voir : *ibid.*, p. 2 et 3; John Rawls, *The Law of Peoples*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1999; Findlay, L.M., « Always Indigenize! The Radical Humanities in the Postcolonial Canadian University », 2000, p. 31; Ariel: *A Review of International English Literature*, p. 307; H. Patrick Glenn, « Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions », 2005, p. 50, *Revue de droit de McGill*, 863.

droit immanent ou sacré, ou droit coutumier. Ces droits résiduels ont donné lieu à plusieurs révolutions ou transformations juridiques qui ont marqué cette tradition<sup>13</sup>.

La DNUDPA marque la plus récente révolution de la pensée juridique. Les droits inhérents qu'elle énonce sont un reflet global de l'ordre implicite difficile à saisir qui est axé sur la vie et le comportement humains, et découle de la pensée et du droit autochtones. Dans l'histoire de la pensée juridique eurocentrique et des transformations qu'elle a subies, les droits inhérents à la personne humaine ont existé comme un « royaume de l'ombre », qui révélait et reflétait le concept du droit à la fois comme un ordre immanent et comme la volonté du souverain. Les tenants des deux concepts ont essayé de masquer ou de nier cet ordre implicite des droits inhérents à la personne humaine (qui est en train de prendre forme aujourd'hui), en affirmant que tous les droits sont dérivés d'actes positifs émanant de Dieu ou du souverain<sup>14</sup>. Le règlement, maintes fois tenté dans une perspective eurocentrique, de régler le conflit entre les droits inhérents à la personne humaine et le concept de la loi du souverain basé sur le contrôle social et la violence constitue une difficulté à la fois persistante et non résolue. En effet, le Canada a affirmé, durant les pourparlers constitutionnels des années 1980, que le droit à l'autodétermination défini dans les traités sur les droits de la personne<sup>15</sup> ne s'appliquait pas aux Indiens parce que ceux-ci n'étaient pas le bon type de personnes. Cela nous a incités à réclamer une déclaration sur les droits des peuples autochtones<sup>16</sup>.

Maintenant qu'il y a consensus mondial quant aux droits inhérents à la personne humaine, nous devons trouver un moyen d'intégrer les droits des peuples autochtones au tissu juridique national des États. Ce « tissage » s'apparentera davantage à des contrepoints musicaux qu'à des plans d'architecte. Le dilemme relatif à la façon d'assurer la mise en application des droits des peuples autochtones dans le cadre des lois de l'État-nation représente un défi à la fois important, urgent et redoutable, car ces droits posent problème selon les visions eurocentristes du droit, mais aussi de l'humanité et de la société. Car les droits des peuples autochtones minent et perturbent l'équilibre de la plupart des nations, des sociétés et des politiques, et cet équilibre (garanti par les institutions de l'État) semble approximatif, précaire et déficient. Le dossier des droits de la personne met en lumière les aspects les plus secrets des

13 Harold Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1983; Harold Berman, *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Revolution on the Western Legal Traditions*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2003 [Berman, *Law and Revolution II*]. Selon le professeur Berman, le mot « révolution » renvoie souvent à la Révolution française de 1789, lorsque le duc de Liancourt a annoncé la prise de la Bastille au roi Louis XVI à Versailles. « Mais c'est une révolte », s'était alors exclamé le roi. « Non, Sire, lui avait répondu de Liancourt, c'est une révolution. »; Berman, *Law and Revolution II*, p. 3. Révolutions nationales : réforme luthérienne (protestante) en Allemagne (1517-1648), révolution anglaise (1640-1689), révolution française (1789), révolution américaine (1776-1783) et révolutions russes (1905 et 1917).

14 Les groupes ont toujours existé, et revendiqué leurs droits par rapport à d'autres groupes. Le droit international eurocentrique a conféré aux États-nations un monopole sur les droits collectifs et régleme la conduite de ces États, même si ces derniers ont la possibilité de reconnaître les droits de certaines collectivités, comme celles des minorités et des Autochtones. L'autodétermination comme droit de la personne en juxtaposition de la « nation » et de l'« État » est une manifestation du concept eurocentrique en vertu duquel le souverain peut établir les droits et les titres dans la législation. En vertu du droit eurocentrique, le souverain peut établir ou reconnaître les collectivités d'individus, généralement qualifiés de groupes ethniques, linguistiques, religieux ou fondé sur le genre. Même si les travaux de nombreux théoriciens de l'eurocentrisme contiennent des références passagères aux droits collectifs, ils sont peu nombreux à en avoir fait l'analyse; Jeremy Waldron, « Taking Group Rights Carefully », in Grant Huscroft et Paul Pishworth (éd.), *Litigating Rights: Perspectives from Domestic and International Law*, Oxford, R.-U., Hart Publishing, 2002. La plupart ont évité ou refusé de parler de ces droits collectifs, choisissant de se concentrer sur les droits individuels; Cardinal, Linda, « Les droits collectifs au Canada. Étude critique et bibliographique », *The National Journal of Constitutional Law*, vol. 12, 2000, p. 165; Newman, Dwight G., « Collective Interests and Collective Rights », vol. 41, n° 1, *American Journal of Jurisprudence*, 2004, p. 127.

15 Le droit des Nations Unies stipule que le droit à l'autodétermination relève de la loi de l'État qui confère à un peuple le droit de déterminer son évolution politique, économique, sociale et culturelle; *Charte des Nations Unies*, 24 octobre 1945, 1 RTNU XVI, Can TS 1945 n° 7, art. 55; *PIRDCP*, supra note 8; *PIRDESC*, supra note 9. Comme l'indique le *Protocole facultatif* (supra note 8), l'État doit respecter le droit à l'autodétermination dans ses lois nationales ou provinciales pour être habilité à protéger son intégrité territoriale. Parallèlement à cela, dans le cadre de l'autodétermination externe, on reconnaît le droit des peuples colonisés à s'affranchir des puissances impériales qui continuent de les soumettre à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation; *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, 24 octobre 1970, Rés. 2625 de l'AG, UNGAOR, 25<sup>e</sup> session, A/RES/2625(XXV).

16 Voir : *Mikmaq Society c. Canada: The Right of Self-Determination and to be Involved in Public Affairs*; en ligne : Native Law Centre, University of Saskatchewan <[www.usask.ca/nativelaw/un-human-rights-first-nations/mikmaq-society-v.-canada.php](http://www.usask.ca/nativelaw/un-human-rights-first-nations/mikmaq-society-v.-canada.php)>.

visions autochtone et eurocentriste de l'humanité, et laisse sans réponse de nombreuses questions à propos de la primauté du droit dans le contexte de la formation de l'ordre social.

En revendiquant les droits des peuples autochtones aux Nations Unies, nous cherchions initialement à nous « décoloniser ». Nous voulions nous rappeler nos enseignements traditionnels à propos de la façon d'être humain et de la valeur de ces enseignements, plutôt que d'adhérer à la vision eurocentriste de l'humanité. Nous souhaitons affirmer nos droits en mettant nous-mêmes en pratique nos connaissances et nos lois ancestrales dans le cadre de notre vie et de nos luttes quotidiennes, grâce à la solidarité communautaire ou collective et aux sensibilités de chacun. Il reste difficile d'assumer la responsabilité de renouveler cet attachement à nos traditions juridiques, ce que la plupart des collectivités autochtones ont commencé à faire. Il nous incombe, en tant qu'Autochtones, d'être à la hauteur du statut d'êtres humains jouissant du droit à l'autodétermination énoncé dans la DNUDPA; c'est une nouvelle façon de réformer et de renforcer nos traditions et nos visions de l'humanité, et de créer un enseignement qui nous rendra meilleurs, individuellement et collectivement.

Un autre des objectifs visés consistait à faire reconnaître et respecter par les nations colonisatrices la notion autochtone d'humanité ainsi que les droits inhérents des Autochtones en matière d'autodétermination. Ce respect de nos droits doit non seulement favoriser une dignité et des échanges mutuels, mais également faire profiter les parties des connaissances de chacune acquises dans un contexte de diversité. Il se reflète en outre dans les articles de la DNUDPA, son article premier portant sur la confirmation des droits de la personne [droits de l'homme], et sa deuxième partie indiquant comment les États parties pourraient intégrer ces droits humains fondamentaux à leur constitution et à leurs lois. L'orientation générale de cette deuxième partie se trouve définie dans l'article 38 de la DNUDPA : « Les 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. »

Il n'existe aucun moyen évident de concilier chacun des droits inhérents des Autochtones avec le droit contemporain et la volonté de l'État souverain, même s'ils coexistent déjà dans les textes de la DNUDPA, de l'American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples et de divers autres actes et instruments. Un modèle positif a été proposé en 2008 quand la Chambre des communes du Canada a adopté une motion en faveur de la mise en application de la DNUDPA, recommandant au gouvernement canadien d'approuver cette déclaration adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 13 septembre 2007. Elle recommandait aussi au Parlement et au gouvernement du Canada de mettre en application l'intégralité des normes contenues de ce texte<sup>17</sup>.

Au-delà de la reconnaissance des États ayant approuvé la Déclaration et de leur respect de celle-ci, les Autochtones étaient loin d'être convaincus que les États colonisateurs et leurs institutions

---

17 Voir : Grand conseil des Cris, *Ottawa Adopts International Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*; en ligne : <[www.gcc.ca/newsarticle.php?id=133](http://www.gcc.ca/newsarticle.php?id=133)>.



feraient appliquer leurs droits inhérents<sup>18</sup>. Nous redoutons que ces États essaient de s'approprier nos droits humains fondamentaux ou de les diluer en s'efforçant de les faire appliquer. Les droits inhérents appartiennent au peuple et ne sont pas définis par la volonté du souverain, des États ou des gouvernements. Tous les aspects de nos droits humains fondamentaux font partie intégrante de nos divers systèmes de connaissances, de nos diverses langues et règles de droit; ils ne sont pas définis et contrôlés par les États conquérants artificiels ou leurs traditions juridiques eurocentriques fondées sur le droit civil ou la common law. Selon nous, aucun des droits fondamentaux accordés aux peuples autochtones dans les conventions et déclarations ne peut être délégué à quelque État que ce soit ni à ses institutions par voie de consultation et de coopération. L'État ne peut les reconnaître ni en faire la promotion qu'avec notre collaboration, dans le cadre de la pleine jouissance et de l'exercice de nos droits humains, afin de prévenir la violence ou la discrimination à notre endroit ou encore notre assimilation. Les Autochtones ont dénoncé le fait que l'État eurocentrique, qui use de la violence plutôt que de la persuasion pour imposer ses lois, et a essayé à maintes reprises d'adopter des lois non discriminatoires, n'ait pas réussi à modifier de façon significative la vision ou le comportement de ses citoyens, ni à protéger les peuples vulnérables.

Les Autochtones entrent dans le XXI<sup>e</sup> siècle forts de leur droit à l'autodétermination, mais il faut absolument restaurer le concept autochtone d'humanité et raviver une conscience qui permettra à tous les peuples d'améliorer leur situation et de retrouver leur dignité. La DNUDPA vise à renouveler les concepts autochtones d'humanité, de droit et de droits de la personne (collectivement et individuellement) afin que tous puissent vivre conformément à ces derniers. Un tel objectif élargit la portée des traités et des accords existants relatifs aux peuples autochtones, mais aussi la portée de leurs droits fondamentaux selon leurs savoirs, leurs systèmes juridiques et les nouveaux accords passés avec eux. Le Canada a affirmé qu'il ferait la promotion des droits inhérents énoncés dans la DNUDPA grâce à sa Constitution et aux droits qu'elle accorde aux Autochtones et qui sont énoncés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>19</sup>, ajoutant qu'ils ne leur seraient pas imposés. L'intégration aux lois

18 Au chapitre de la mise en application des traités sur les droits de la personne que le Canada a ratifiés, son bilan est lamentable; voir : Comité sénatorial permanent des droits de la personne, *Des promesses à tenir : Le respect des obligations du Canada en matière de droits de la personne – Rapport du Comité sénatorial permanent des droits de la personne*, décembre 2001; en ligne : <<https://sencanada.ca/content/sen/committee/371/huma/rep/rep02dec01-f.htm>>. Au Canada, la Constitution n'exige aucunement la participation du Parlement ou des assemblées législatives provinciales à la ratification ou à l'acceptation des obligations légales définies par les Nations Unies ou issues du droit international coutumier ou encore des traités ou déclarations des Nations Unies. Par contre, en vertu des conventions juridiques signées par le Canada et découlant de son statut colonial datant d'avant la réforme constitutionnelle de 1982, le Parlement doit promulguer les traités et déclarations des Nations Unies qu'il a ratifiés. L'approche colonialiste considérait que les déclarations et traités issus de la Société des Nations, puis des Nations Unies, n'étaient pas directement applicables par voie de ratification exécutive. En fait, les traités ratifiés par les hauts responsables du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux devaient être mis en application par le truchement des lois nationales pour être pleinement en vigueur. Or, ces déclarations et traités peuvent influencer sur l'interprétation que font les juristes des droits accordés par la loi ou la Constitution, et c'est effectivement ce qu'on observe; voir : *Suresh c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 RCS 3, paragr. 60. On peut contester la validité de cette convention coloniale à la lumière des réformes constitutionnelles et des principes de la justice fondamentale. La Cour suprême du Canada a reconnu que l'exercice des pouvoirs accordés par la Constitution canadienne rapatriée inclut le système mondial de règles et de principes qui reconnaissent le droit d'un peuple à l'autodétermination; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, paragr. 32, et 113 à 133. La résistance à la mise en application de ces obligations internationales (ratifiées de façon consensuelle par le Canada ou les provinces), ou l'omission de les mettre en application, fait de ces obligations de fausses promesses qui sont contraires à l'esprit des promesses consensuelles et des modalités des accords internationaux relatifs aux droits de la personne.

19 *Loi constitutionnelle de 1982*, (art. 35), qui est l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, chap. 11 (R.-U.), 1982.

canadiennes de ces droits inhérents, ou leur mise en application au Canada, se fera par des initiatives entreprises par des Autochtones canadiens dans leur optique d'une relation de nation à nation<sup>20</sup>.

Le principe consistant à faire appliquer les droits fondamentaux des peuples autochtones par le truchement de traités, d'accords, d'ententes constructives et de partenariats avec les États, en vue d'atteindre les objectifs de la DNUDPA, semble l'option idéale pour la plupart des Autochtones. L'esprit et l'objet des accords consensuels, qu'ils soient anciens ou récents, ont toujours été basés sur ces pouvoirs et ces droits inhérents, et l'on ne peut pas considérer qu'ils réduisent ou éliminent les pouvoirs et les droits fondamentaux des peuples autochtones. On peut restructurer suffisamment les ententes consensuelles passées avec l'État afin de garantir l'exercice des droits humains autochtones fondamentaux. Dans le contexte d'ententes globales axées sur le respect, il n'est aucunement nécessaire de prévoir un système juridique qui laisserait la place aux idées, désirs et intérêts antagonistes ou divergents d'autres groupes. En vertu de cette approche, il n'est pas nécessaire d'associer la reconnaissance de droits inhérents à la personne humaine à la volonté du souverain. Par contre, il faut une compréhension plus poussée de l'ordre supérieur et de la nature prophétique des traditions juridiques des Autochtones et de leur conscience, ainsi que de leur droit à l'autodétermination, ce qui est impossible au stade actuel de mon analyse.

La vision de l'Ainé Deere et des défenseurs des droits des Autochtones a été réaffirmée dans le monde entier grâce aux Nations Unies, et approuvée par les États parties. Il faut encore de nombreuses négociations entre les États et les peuples autochtones pour faire appliquer nos droits humains fondamentaux, dans le respect de nos choix et de nos traditions, et nous permettre de déterminer et d'alimenter nos propres vies et celles de nos générations futures. Ces négociations ne sont plus jugées impossibles; elles sont en fait plutôt inévitables. Les Autochtones savent qu'en essayant de vivre dans un esprit de coopération et de faire intégrer leurs droits humains aux lois nationales des États par l'élaboration et la mise en œuvre de stratégies, de mesures appropriées et de plans d'action nationaux, ils se retrouveront dans des conflits avec ces États et avec d'autres peuples. Néanmoins, ces conflits incessants donneront naissance à un nouvel ordre humain, fondé sur la promotion et la protection des droits humains fondamentaux des peuples autochtones, et sur l'exercice par ceux-ci de leur droit à déterminer le déroulement de leur vie. Ces conflits transformeront et décoloniseront les actuels systèmes de gouvernance et de justice, et donneront naissance à de nouvelles visions d'une justice systémique qui remplacera les injustices du système. Pour instaurer une justice systémique au sein des États, les peuples autochtones doivent s'assurer que l'espoir l'emportera sur les expériences passées, la créativité sur l'impossibilité, le constitutionnalisme sur la domination, la prophétie sur l'habitude, la bonté sur l'impersonnel, le lieu sur la durée, la solidarité sur l'individualisme, la sérénité sur la vulnérabilité, et l'amour et les relations empathiques sur tout le reste.

20 Déclaration du premier ministre Justin Trudeau; en ligne : <<http://pm.gc.ca/fr/lettre-de-mandat-de-la-ministre-des-affaires-autochtones-et-du-nord>>; 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 faite lors de la 15<sup>e</sup> session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, le 10 mai 2016; en ligne : <[www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-la-DNUDPA-minister-bennetts-speech/](http://www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-la-DNUDPA-minister-bennetts-speech/)>. Voir également : Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fr/1309374239861/1309374546142>) : « 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. 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. »

**James (Sa'ke') Youngblood Henderson** est chercheur universitaire au Native Law Centre of Canada de l'école de droit de l'University of Saskatchewan. Né en 1944, au sein du clan de l'Ours (Bear Clan) de la nation Chickasaw du peuple des Cheyennes, en Oklahoma. Il a épousé Marie Battiste, une enseignante mi'kmaq. En 1974, M. Henderson a obtenu un doctorat en droit de la Harvard Law School. Au plus fort du débat constitutionnel canadien (1978-1993), il était conseiller en matière constitutionnelle auprès de la Nation Mi'kmaw et de la Fraternité nationale des Indiens puis de l'Assemblée des Premières Nations (APN). Dans le domaine du droit constitutionnel, il n'a pas cessé d'écrire au sujet des droits ancestraux et issus de traités des Autochtones ainsi que du « fédéralisme des traités » ou « fédéralisme fondé sur les traités ». Avocat, James Sa'ke'j Henderson est reconnu comme spécialiste du droit international en matière de droits de la personne et comme sommité dans le domaine de la préservation du patrimoine, du savoir et du droit des Autochtones. Il a fait partie du comité consultatif attaché au ministre des Affaires étrangères et compté parmi les stratèges et experts-conseils ayant contribué à la rédaction des Principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones et de la DNUDPA. Enfin, en reconnaissance de ses réalisations, la Société royale du Canada a accueilli en son sein M. Henderson, en 2013.





PSA 1123





# Donner une nouvelle vie à la Constitution canadienne, qui est autochtone :

## deux défis à relever



**John Borrows**

On peut dire que la Constitution canadienne est autochtone, et ce, à au moins deux égards. Tout d'abord, elle n'est pas seulement le produit de son origine européenne, car ses racines coloniales ont servi de base, mais elle a été conçue ici, en Amérique du Nord, et s'est transformée en cours de route. En ce sens, elle est autochtone, c'est-à-dire élaborée ici, en terre autochtone, dans un contexte distinctement nord-américain. Ensuite, les bases sur lesquelles elle a été érigée viennent de peuples autochtones, qui ne sont pas européens. Notre Constitution découle des principes de gouvernance des Autochtones et de leur mode de vie. Vis-à-vis des actes posés par les puissances coloniales relativement à leurs terres, les peuples autochtones ont en alternance résisté, opté pour l'intégration ou l'assimilation, ou exprimé leur rejet. Cet état de fait a grandement influé sur le parcours constitutionnel global du Canada. Au cours de ce processus, les règles de droit autochtones ont gagné en importance comme source d'inspiration pour le droit canadien<sup>1</sup>. L'évolution de la reconnaissance et de la confirmation des droits ancestraux et issus de traités des Autochtones s'avèrent étroitement imbriquées avec les refus répétés des Autochtones. La Constitution canadienne est nourrie de cette tension : tel un arbre

---

<sup>1</sup> *Connolly c. Woolrich* (1867) 17 R.J.R.Q. 75 (Supreme Court Law Review, SCLR); *Johnstone* (en reprise d'instance pour *Woolrich*) c. *Connolly* (1869) 17 R.J.R.Q. 266 (Alta Q.B.)



vivant, elle a tour à tour été alimentée puis ralentie dans sa croissance par la présence des Autochtones dans toutes les régions du Canada<sup>2</sup>.

Malheureusement, la Cour suprême du Canada (CSC) a créé il y a plus de 20 ans une fiction selon laquelle les droits des Autochtones ne pouvaient être reconnus ni s'épanouir que s'ils dataient d'avant l'arrivée des Européens<sup>3</sup>. Cette fiction découle de l'arrêt *Van der Peet*, qui allait empêcher les Autochtones de réclamer des droits constitutionnels visant leurs us, coutumes et traditions nés après cette arrivée. L'évolution constitutionnelle du Canada en a été freinée, et les Autochtones n'ont pas réussi à convaincre les tribunaux ni les législateurs canadiens qu'ils avaient des droits constitutionnels protégés, par exemple le droit à l'autonomie gouvernementale, à l'éducation, aux soins de santé et à la justice. Partant, ils n'ont pas pu assumer la responsabilité qui leur revenait eu égard à leurs propres affaires. Parce que les peuples autochtones ont eu du mal à prouver que ces éléments faisaient déjà partie intégrante de leur culture avant les premiers contacts avec les Européens, ils ne sont pas en mesure d'exercer leurs droits et de les protéger contre l'ingérence de la Couronne et les restrictions imposées par cette dernière.

La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA)<sup>4</sup> devrait inciter le Parlement du Canada et les tribunaux canadiens à rejeter toute distinction basée sur le moment des affirmations de souveraineté par rapport aux premiers contacts avec les Européens<sup>5</sup>. L'application de la DNUDPA aux Autochtones ne repose pas sur les preuves de telles affirmations survenues avant l'arrivée des Européens ou avant les déclarations de souveraineté non autochtones<sup>6</sup>. Les droits énoncés dans la DNUDPA et applicables à tous les peuples tels que définis au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>7</sup> devraient être interprétés à la lumière du droit international et être considérés comme une catégorie politique<sup>8</sup>. Les droits dévolus aux peuples en vertu de la DNUDPA ont également une dimension universelle, et leur exercice ne dépend pas d'un événement indépendant de la volonté des Autochtones (par exemple le contact avec les Européens ou l'affirmation de souveraineté d'une puissance étrangère, des exigences qui se dégagent de la jurisprudence canadienne et posent problème). L'article 1 de la DNUDPA aborde éloquemment cette interprétation de vaste portée : « 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. »<sup>9</sup>

2 La mention la plus connue de la théorie selon laquelle la Constitution est organique comme un arbre vivant est liée à l'affaire *Edwards c. Canada (Procureur général)*, [1930] A.C. 124, c.-à-d. un appel. On trouve un historique de cette affaire dans : Sharpe, Robert et Patricia McMahon, *The Persons Case: The Origins and Legacy of the Fight for Legal Personhood* [Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 2007]. Cependant, il y a des références plus contemporaines à cette théorie dans : Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe [2004] 3 RCS 698, 20014 CSC 79, paragr. 22.

3 *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, paragr. 46 [*Van der Peet*].

4 La DNUDPA a été adoptée par les Nations Unies en 2007 : Rés. AG 295, UNGAOR, 61<sup>e</sup> session, Supp. n° 49, A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007).

5 Cette idée est expliquée plus avant dans l'article de John Borrows intitulée *Indigenous Law & Governance: Challenging Pre-Contact/Post-Contact Distinctions in Canadian Constitutional Law* (préparée pour la conférence Chevette-Marx de l'Université de Montréal, septembre 2016) [non publié].

6 On trouve des arguments étayant la thèse selon laquelle la DNUDPA représente une avancée dans le droit coutumier international en ce qui a trait aux peuples autochtones; voir : James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* (New York, NY, Oxford University Press, 1996).

7 La *Loi constitutionnelle de 1982* [paragr. 35(1)], qui est l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, chap. 11 (R.-U.), 1982.

8 Catherine Bell, « Métis Constitutional Rights in Paragraphe 35(1) » (1997), 36 *Alberta Law Review* 180 ([TRADUCTION] « Les droits dévolus aux peuples sont incertains car le terme "peuples" n'est pas défini en droit constitutionnel canadien et rares sont les avis juridiques canadiens donnés à ce sujet. Cependant, il s'agit d'un terme fréquemment employé dans les discours politiques prononcés à l'échelle internationale à l'époque où s'est négocié l'article 35 afin d'établir une distinction entre les populations autochtones colonisées et les États-nations, ainsi que les minorités ethniques formées d'immigrants au sein de ces États. », p. 185.

9 DNUDPA, *supra* note 4, art 1.



L'intégration de normes universelles relatives aux droits de la personne dans le cadre d'une reconnaissance du droit et de la gouvernance autochtones est un pas important à franchir dans la voie du rejet de toute distinction fondée sur le moment rapport au contact avec les Européens (avant ou après) telle qu'énoncée dans les affaires *Van der Peet* et *Pamajewon*<sup>10</sup> (qui abordent la question de savoir si le droit des peuples autochtones en matière de gouvernance découle d'une pratique inhérente à la culture autochtone et antérieure à l'arrivée des Européens).

L'affaire *Pamajewon*, dans laquelle la CSC a conclu — et cela pose problème — que les peuples autochtones n'avaient pas le « droit général de gérer l'utilisation des terres de leurs réserves » parce que les droits ancestraux, « y compris toute revendication du droit à l'autonomie gouvernementale, doivent être examinés à la lumière des circonstances propres à chaque affaire et, plus particulièrement, à la lumière de l'histoire et de la culture particulières du groupe autochtone qui revendique le droit. »<sup>11</sup> Comme il a été souligné, cette conception étroite de l'autonomie gouvernementale se fonde sur une décision rendue antérieurement par la CSC, dans l'affaire *R. c. Van der Peet*<sup>12</sup>. Étant donné que la Cour a jugé que la réglementation des jeux de hasard aux enjeux élevés, à l'étude dans l'affaire *Pamajewon*, ne faisaient pas partie intégrante de la culture distinctive des Ojibwés avant l'arrivée des Européens, la CSC a appliqué la jurisprudence issue de l'affaire *Van der Peet* et déterminé que le peuple ojibwé ne pouvait pas revendiquer des droits en matière d'autonomie gouvernementale relativement à une activité ayant cours sur leurs terres de nos jours<sup>13</sup>.

Le fait de restreindre les droits des peuples autochtones en fonction de critères historiques ou chronologiques empêche les Autochtones de se gouverner eux-mêmes dans le contexte actuel, car bien des volets de l'autonomie gouvernementale ne reposent pas sur des pratiques qui revêtaient une grande importance pour eux quand les Européens sont arrivés. Cette originalité constitutionnelle va à l'encontre de la jurisprudence basée sur la théorie de l'arbre vivant<sup>14</sup>. Arrêter toute évolution des droits des Autochtones au « moment magique » du contact avec les Européens<sup>15</sup> est contraire au cadre général instauré par la DNUDPA en matière de droits, comme on le constate à la lecture de l'article 1 de cette déclaration. À mon avis, la constitutionnalisation de la DNUDPA dans le contexte canadien devrait servir de levier pour remettre en question et abolir la jurisprudence de la CSC en la matière, qui repose sur des distinctions fondées sur le moment par rapport au premier contact avec les Européens (avant ou après).

Heureusement, le Canada s'est engagé à appliquer sa Constitution à la lumière des dispositions de la DNUDPA<sup>16</sup>. En 2010, il a adopté à l'appui de la DNUDPA un énoncé dans lequel il déclarait que, en appuyant la DNUDPA, le Canada réaffirmait « sa volonté de nouer avec les Inuits, les Premières nations et les Métis une relation fructueuse, constructive et fondée sur notre histoire commune, le respect et le désir de faire face à l'avenir ensemble, et ce, pour accroître le bien-être des Autochtones

---

10 *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 RCS 821, paragr.27.

11 *Ibid.*

12 *Van der Peet*, *supra* note 3, paragr.45 à 47.

13 On trouve une analyse critique des affaires *Van der Peet* et *Pamajewon* dans : Morse, Bradford W., « Permafrost Rights: Aboriginal Self-Government and the Supreme Court in *R. v. Pamajewon* », (1997) 42 R.D. McGill 1011; Borrows, John, « Frozen Rights in Canada: Constitutional Interpretation and the Trickster », (1997) 22 *American Indian Law Review* 37; Barsh, Russell et James Youngblood Henderson, « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Native Imperialism and Ropes of Sand » (1997) 42 R.D. McGill 993.

14 John Borrows, « (Ab)originalism and Canada's Constitution », *Supreme Court Law Review* (2012) 58 SCLR 352.

15 *Van der Peet*, *supra* note 3, paragr. 247.

16 *The Globe and Mail* a signalé que : [TRADUCTION] « [...] treize des 94 recommandations de la Commission de vérité et réconciliation évoquaient la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones – y, compris, naturellement, la recommandation selon laquelle le Canada devrait adopter et mettre pleinement en application la Déclaration elle-même. » Voir l'éditorial intitulé « Adopting UN Indigenous Rights Declaration Could Worsen Damaged Relationship », *The Globe and Mail* (19 juin 2015); en ligne : <[www.theglobeandmail.com/opinion/editorials/adoptin-un-indigenous-rights-declaration-may-only-make-damaged-relationship-worse/article25048043/](http://www.theglobeandmail.com/opinion/editorials/adoptin-un-indigenous-rights-declaration-may-only-make-damaged-relationship-worse/article25048043/)>.

canadiens<sup>17</sup> ». De plus, en 2016, la ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada, Carolyn Bennett, déclarait aux Nations Unies que : [TRADUCTION] « [grâce à] l'article 35 de sa Constitution, le Canada possède un cadre solide pour la protection des droits autochtones<sup>18</sup> ». Elle déclarait également : « Nous avons l'intention d'adopter et de mettre en œuvre la Déclaration sans réserve, en conformité avec la Constitution canadienne [...] En adoptant et en mettant en œuvre cette déclaration, nous sommes excités à l'idée de redonner vie à l'article 35 et de le reconnaître en tant que boîte pleine de droits pour les Autochtones du Canada<sup>19</sup> ». L'approche fondée sur la théorie de la « boîte pleine » à l'égard de l'article 35 devrait inciter les tribunaux et les gouvernements du Canada à rejeter les distinctions fondées sur le moment d'une revendication par rapport au contact avec les Européens dans la mise en œuvre des droits autochtones<sup>20</sup>.

La promesse de la ministre suivant laquelle le Canada allait adopter et mettre en application la DNUDPA dans le cadre constitutionnel met carrément la Couronne sur la sellette. Comme l'écrivait la CSC dans la décision qu'elle a rendue dans *R. c. Badger* : « [...] l'honneur de la Couronne est toujours en jeu quand elle transige avec les Indiens<sup>21</sup> ». L'engagement pris par la ministre Bennett quant à la mise en application de la DNUDPA afin de donner un nouveau souffle au paragraphe 35(1) doit amener la Couronne à tout mettre en œuvre pour honorer ses promesses<sup>22</sup>. Comme l'a écrit la CSC dans l'affaire *Haida* : « Dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, qu'il s'agisse de l'affirmation de sa souveraineté, du règlement de revendications ou de la mise en œuvre de traités, la Couronne doit agir honorablement. »<sup>23</sup> Toute promesse de mise en application la DNUDPA doit reposer sur une large interprétation des obligations constitutionnelles du Canada à l'égard des peuples autochtones canadiens et être remplie de manière diligente et en temps opportun<sup>24</sup>. Un défaut de faire progresser la mise en application de la DNUDPA dans cette optique représenterait pour les Autochtones un recul important dans les relations entre eux et la Couronne du Canada. Soulignons tout de même que si la promesse faite par la ministre n'était pas remplie, cela ne constituerait pas nécessairement en soi une violation du principe d'honneur de la Couronne (si cette dernière faisait diligence et que d'autres facteurs venaient empêcher que cette promesse soit remplie)<sup>25</sup>.

Le droit international joue un rôle au sein du système constitutionnel canadien, mais il devrait également en avoir un dans le cadre de la mise en application de la. Bien que les normes juridiques internationales ne soient pas contraignantes pour un pays tant que ce dernier n'a pas adopté de loi de

17 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 : < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142>>. De plus, le Canada a déclaré : « 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. » (*ibid.*).

18 Ministre des Affaires autochtones et du Nord Canada, Carolyn Bennett, annonce de l'appui du Canada à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (faite lors de la 15<sup>e</sup> session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, le 10 mai 2016); en ligne : <[www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-la-DNUDPA-minister-bennetts-speech/](http://www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-la-DNUDPA-minister-bennetts-speech/)>.

19 *Ibid.*

20 On trouve une analyse plus approfondie de la métaphore de la « boîte pleine » (« full box ») en matière de droits autochtones dans : Ardith Walkem et Bruce Halie, éditeurs, *Box of Treasures or Empty Box? Twenty Years of Section 35* (Penticton, C.-B., Theytus Books, 2003).

21 *R. c. Badger*, [1996] 1 RCS 771, paragr. 41.

22 Bi van Ert, « Three Good Reasons Why la DNUDPA Can't Be Law – and One Good Reason Why it Can » (janvier 2017), *The Advocate*, n° 29, p. 30 et 31.

23 *Haida Nation c. British Columbia* (ministère des Forêts de la C.-B.), [2004] 3 RCS 511, paragr. 17.

24 *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada* (Procureur général), 2013 CSC 14, paragr. 76 à 79, [2013] 1 RCS 623.

25 *Ibid.* (« Toutefois, une tendance persistante aux erreurs et à l'indifférence nuisant substantiellement à l'atteinte des objectifs d'une promesse solennelle peut emporter le manquement à l'obligation de la Couronne d'agir honorablement dans la mise en œuvre de sa promesse. L'honneur de la Couronne ne garantit pas non plus que les objectifs de la promesse se concrétiseront, des circonstances et des événements pouvant en empêcher la réalisation en dépit des efforts diligents de la Couronne », paragr. 82).

mise en œuvre afférente<sup>26</sup>, ces normes doivent tout de même être une source d'information pertinente pour l'interprétation des droits autochtones à l'échelle nationale dans ce pays<sup>27</sup>. Si la DNUDPA n'est pas, d'un point de vue technique, contraignante pour le Parlement canadien parce qu'il s'agit d'une déclaration<sup>28</sup>, elle doit quand même éclairer le pouvoir exécutif (la Couronne) du Canada quant à l'interprétation et à la mise en œuvre de la Constitution. Par exemple, la Couronne pourrait user de ses pouvoirs pour convaincre les tribunaux de carrément prendre en compte la DNUDPA dans leur examen des affaires relatives aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones, ainsi que de rejeter toute distinction fondée sur le moment par rapport à l'arrivée des Européens. La Couronne pourrait également faire de même dans le cadre de l'élaboration, de l'adoption et de la mise en œuvre de lois et de politiques visant à faire en sorte que la DNUDPA devienne la norme qui oriente ses actes, que ce soit à la Chambre des Communes, au Sénat, au Cabinet ou dans les ministères. Quand la Couronne aura embrassé plus intégralement toutes les dispositions de la DNUDPA, les distinctions fondées sur le moment par rapport au contact avec les Européens en matière de revendications autochtones seront écartées. Dans notre système fondé sur la tradition de Westminster, la Couronne exerce une influence marquée sur le Parlement. Un engagement ferme de la Couronne à agir pour mettre en application la DNUDPA aiderait à respecter le point de vue selon lequel, comme l'a écrit la CSC : « le législateur est présumé respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Il est donc préférable, dans la mesure du possible, de donner des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes<sup>29</sup>. »

Dans les éventualités exposées ci-dessus, par exemple, les articles 4 et de la DNUDPA remettent en question l'idée selon laquelle les Autochtones peuvent exercer leur droit à l'autonomie gouvernementale uniquement si ce droit ou pouvoir faisait déjà « partie intégrante de la culture autochtone avant l'arrivée des Européens ». Aux termes de 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<sup>30</sup>. » L'article 5 de la DNUDPA prévoit que : « 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, et socio-culturelle de l'État<sup>31</sup>. »

Ces articles de la DNUDPA vont à l'encontre de la vision étroite exprimée dans l'affaire *Pamajewon* et selon laquelle le droit des Autochtones à se gouverner eux-mêmes est, en raison de leur large conception de la gouvernance est large. L'auto-détermination en matière politique, juridique, sociale et culturelle est au cœur de la vision autochtone de la souveraineté. Conformément à cette nouvelle approche, le droit autochtone occupe une place plus importante dans le cadre de la Constitution canadienne.

26 *R. c. Sharpe*, [2001] 1 RCS 45, paragr.175 [Sharpe], en référence à la loi *Public Service Employee Relations Act (Alta)*, [1987] 1 RCS 313, p. 349 et 350, ainsi que *Baker c. Canada (ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817.

27 *Sharpe*, supra note 26.

28 Selon ce point de vue, le Parlement [« l'organe législatif »] est présumé agir conformément à ses obligations internationales et respecter les valeurs et principes du droit international en raison de la présomption de conformité, que les tribunaux ont maintes fois reconnue. Voir : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, paragr.53 et 54, [2007] 2 RCS 292. On trouve des raisons pour lesquelles la DNUDPA ne s'applique pas directement comme une loi au Canada dans *van Ert*, supra note 22.

29 *Sharpe*, supra note 26, où l'on cite Ruth Sullivan et Elmer A Driedger : *Driedger on the Construction of Statutes*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto (Ont.), Butterworths, 1994), p.330.

30 DNUDPA, supra note 4, art 4.

31 *Ibid.*, art. 5.



L'article 27 de la DNUDPA appuie cette conclusion car il reconnaît que le droit canadien doit intégrer le droit autochtone afin de lui donner effet et qu'il faut tenir compte de ce dernier dans la manière dont la Constitution confirmera les droits des Autochtones et permettra des décisions en ce sens. L'article 27 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<sup>32</sup>. »

En vertu de la norme établie dans l'article 27 de la DNUDPA, les États doivent reconnaître et appliquer le droit autochtone dans leur processus judiciaires. Le Canada a encore bien du pain sur la planche à cet égard, mais il a déjà reconnu implicitement que le droit autochtone est une assise pour la reconnaissance du titre ancestral des Autochtones dans le cadre de la Constitution, comme on a pu le constater dans le jugement relatif à l'affaire *Tsilhqot'in*<sup>33</sup>. Selon la jurisprudence qui en découle, les peuples autochtones ont déjà un droit ancestral sur les terres qui existait avant l'arrivée des Européens, existe toujours et constitue un élément important du critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral sur un territoire<sup>34</sup>. Comme je l'ai moi-même soutenu dans un autre écrit :

[TRADUCTION] « Les témoignages d'ainés tsilhqot'in ont démontré la continuité de l'occupation du territoire dans le mode de vie des Tsilhqot'in, une vie menée dans leur propre langue et selon leurs règles traditionnelles<sup>35</sup>. Le droit autochtone a joué un rôle clé dans la preuve d'une occupation suffisante pour fonder l'existence d'un titre ancestral à l'égard de ce dernier<sup>36</sup>. Et les règles de conduite des Tsilhqot'in ont été cruciales pour déterminer que ceux-ci ont occupé et occupent toujours le territoire dans la région visée [...]»<sup>37</sup>. [La] CSC affirme implicitement que les traditions juridiques autochtones peuvent donner lieu à des obligations exécutoires en droit canadien<sup>38</sup>. Soulignons que, s'agissant d'une société en tant que groupe, l'organisation en

32 *Ibid.*, art. 27 [italiques ajoutés].

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

34 La continuité de l'occupation par une société organisée était nécessaire pour établir un titre ancestral des Autochtones en cause à l'égard des terres visées; *ibid.*, paragr. 45, 46 et 57.

35 *Nation Tsilhqot'in c. British Columbia*, 2007 BCSC 1700, paragr. 149, 167, 176, 360, 362, 381, 397, 399 et 403, et 431 à 435.

36 *Ibid.* [TRADUCTION] « Les Tsilhqot'in avaient des lois, et celles dont on peut prouver l'existence semblent avoir été, d'une façon générale, semblables à celles d'autres groupes autochtones nord-américains [...] Des éléments probants étaient le [...] point de vue selon lequel les chefs possédaient certaines terres sur le territoire tsilhqot'in et qu'elles leur venaient d'une sorte de principe d'hérité. » [TRADUCTION] « Je suis moi aussi persuadé que, en étudiant l'histoire des Tsilhqot'in, on conclut que ces derniers considéraient les terres visées comme faisant partie de leur territoire. En outre, les Tsilhqot'in avaient un concept de territoire et de frontières propre à eux, même si celui-ci s'est modifié à la suite des mouvements de populations qu'ils ont connus jusqu'au milieu du XXIX<sup>e</sup> siècle », paragr. 429).

37 *Ibid.*, [TRADUCTION] « Parmi les récits et légendes contés à la cour par des aînés, on trouve : *tsilhqot'in : Lhin Desch'osh*, légende qui raconte comment la terre s'est transformée et les animaux sont devenus moins dangereux; *Ts'il?os et ?Eniyudl*; l'histoire du corbeau qui avait volé le soleil; l'histoire du corbeau qui avait volé le feu; l'histoire du garçon au saumon; l'histoire de la femme et de l'ours; l'histoire de la roche-femme; l'histoire de Qil'ax Xen, le garçon élevé par sa grand-mère; l'histoire de Guli la mouffette; l'histoire du frère et de la sœur; l'histoire du hibou, des deux sœurs, et des étoiles; et l'histoire de la grenouille qui avait volé un bébé. Cette liste est incomplète mais représente bien les légendes que j'ai entendues. Chacune véhicule un message sous-jacent ou une sorte de morale visant à éduquer et à informer les Tsilhqot'in quant à la façon de mener leur vie. "They set out the rules of conduct, a value system passed from generation to generation », paragr. 433 et 434 [italiques ajoutés]. Voir également : *ibid.* (« Various Tsilhqot'in elders testified about dechen ts' edilhtan (the laws of our ancestors) », paragr. 431).

38 Un point de vue semblable a été exposé dans Val Napoleon, *Tsilhqot'in Law of Consent* (en la possession de l'auteur). Voir également : Jeremy Webber, « The Public-Law Dimension of Indigenous Property Rights », in Nigel Bankes & Timo Koivurova, éd., *The Proposed Nordic Saami Convention: National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Oxford, R.-U., Hart (2013), p. 79.

société doit être considérée comme synonyme d'autonomie gouvernementale<sup>39</sup>. Lorsqu'une nation s'organise, au point de vue social, sur un territoire, qu'elle exerce sur lui un contrôle de par ses règles et qu'elle prend des décisions quant à son utilisation, à l'exclusion des autres sociétés, il nous faut conclure que cette nation se gouverne elle-même<sup>40</sup>. La gouvernance des peuples autochtones est un aspect important dans l'établissement d'un titre ancestral<sup>41</sup>.

## Mise en application de la DNUDPA dans les communautés autochtones

Par ailleurs, l'importance du droit autochtone dans les dossiers de gouvernance internationale doit également être reconnue dans le cadre de la Constitution canadienne, qui est d'inspiration autochtone, lors de la mise en application de la DNUDPA. L'article 18 de cette dernière est clair à cet égard : « Les peuples autochtones ont 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<sup>42</sup>. »

L'adoption de la DNUDPA ouvre la voie à une reconnaissance plus explicite et à une application du droit autochtone dans toutes les nations autochtones de toutes les régions du Canada. Dans la foulée de cette entreprise, les peuples autochtones eux-mêmes pourraient mettre en application la DNUDPA pour faire en sorte que leurs membres soient à la fois encouragés à l'autonomie et protégés par leurs gouvernements respectifs. À ce sujet, la DNUDPA serait mieux enchâssée dans le droit canadien si elle était intégrée à la Constitution canadienne qui est d'inspiration autochtone.

La DNUDPA est un instrument autochtone, créé en grande partie par des Autochtones car elle a fait l'objet de négociations pendant plus de 30 ans aux Nations Unies<sup>43</sup>. L'adoption à l'interne des principes énoncés dans la DNUDPA pourrait apporter un équilibre favorable important en matière de gouvernance autochtone eu égard aux distinctions fondées sur le moment par rapport au contact avec les Européens.

Les droits énoncés dans la DNUDPA devraient pouvoir être exercés par les nations autochtones autonomes de toutes les régions du Canada. Une fois adoptée la Déclaration, ces droits peuvent être interprétés conformément au système de justice traditionnel des Autochtones<sup>44</sup>, au sein d'assemblées d'arbitrage autochtones<sup>45</sup>. Bien que la DNUDPA vise à assurer une reconnaissance par les Nations Unies des droits des Autochtones vis-à-vis des États-nations, ses énoncés de vaste portée peuvent également être interprétés comme reconnaissant, affirmant et protégeant les droits humains des

---

39 Dans la décision concernant l'affaire *Delgamuukw c. British Columbia*, [1997] 3 RCSC 1010, au paragr. 159, le juge en chef Lamer soulignait que : « le fondement du "titre aborigène" a été décrit de façon succincte par le juge Judson, dans son jugement relatif à *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique* [1973] R.C.S. 313, où il a dit, à la p. 328 : « [...] reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. » [Italiques ajoutés].

40 La question des traditions juridiques contemporaines des Tsilhqot'in en matière de gouvernance est abordée dans : Friedland, Hadley, Jessica Asch, Maegan Hough, Renee McBeth et Al Hanna, de l'unité de recherche en droit autochtone de l'université de Victoria, *Tsilhqot'in Legal Traditions Report* (2014) [non publié; copie dans les archives de Val Napoleon et du gouvernement national tsilhqot'in]. On peut obtenir de la documentation sur le sujet auprès de l'Association du Barreau Autochtone du Canada; en ligne : <<http://indigenousbar.ca/indigenoulaw/>>.

41 John Borrows, « Aboriginal Title and Private Property » (2015) 71 SCLR 91, p. 109 [notes de bas de page de l'original].

42 DNUDPA, *supra* note 4, art. 18.

43 Lillian Aponte Miranda, « Indigenous Peoples as International Lawmakers » (2010) 32 U. Pa. J. Int'l L 210.

44 Cet argument a été exposé dans le contexte de la Charte, dans l'ouvrage de David Milward intitulé : *Aboriginal Justice and the Charter: Realizing a Culturally Sensitive Interpretation of Legal Rights in Canada* (Vancouver, C.-B., UBC Press, 2012).

45 Aux États-Unis, les cours tribales traitent généralement des affaires liées aux droits humains; voir *Santa Clara Pueblo v. Martinez*, 436 US 49, 98 Supreme Court 1670 (1978). Pour obtenir de plus amples renseignements au sujet de l'élaboration des théories en la matière au sein des cours tribales américaines, voir : Riley, Angela et Kristen Carpenter, « Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights » (2014) 102 California Law Review 173.

Autochtones à titre individuel dans leurs rapports avec leurs propres gouvernements<sup>46</sup>. Par exemple, conformément à l'article 1 de la DNUDPA, chaque Autochtone a des droits humains<sup>47</sup>. En effet, cette disposition porte que : « 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<sup>48</sup>. » Dans cette optique, ce ne serait pas aller à l'encontre de l'esprit de la DNUDPA que de reconnaître que les gouvernements autochtones ont des obligations à l'égard des personnes qui relèvent de leurs ressorts respectifs<sup>49</sup>. L'adoption de la DNUDPA par les Premières Nations, les Métis et les Inuits renforcerait ce point de vue. Ce serait toutefois tragique et ironique si les États-nations reconnaissaient et protégeaient les droits individuels des Autochtones, mais que les gouvernements autochtones ne faisaient pas de même<sup>50</sup>.

Il peut s'avérer instructif d'isoler les dispositions de la DNUDPA pouvant s'appliquer aux individus qui font partie d'une nation autochtone. Aux termes de la DNUDPA, les Autochtones doivent jouir des droits et libertés suivants : liberté de religion, de croyances et de pratiques spirituelles<sup>51</sup>; droit de parole et liberté d'expression<sup>52</sup>; liberté d'association<sup>53</sup> ; droit à la vie, à la liberté et à la sécurité<sup>54</sup>; droit de propriété<sup>55</sup>; droit à l'unité familiale<sup>56</sup>; droit d'être protégé contre toute discrimination de la part de leurs

46 DNUDPA, *supra* note 4 (« Considérant et réaffirmant que les autochtones sont admis à bénéficier sans aucune discrimination de tous les droits de l'homme reconnus en droit international, et que les peuples autochtones ont des droits collectifs qui sont indispensables à leur existence, à leur bien-être et à leur développement intégral en tant que peuples », préambule; « 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 », art. 1).

47 *Ibid.*, art 1.

48 *Ibid.*

49 En fait, conformément à l'article 35 de la DNUDPA, les pays du monde ont déclaré que : « Les peuples autochtones ont le droit de déterminer les responsabilités des individus envers leur communauté ». Si les droits n'entraînent pas nécessairement des obligations, de telles déclarations indiquent l'importance de relations saines avec les gouvernements autochtones.

50 Dans le préambule de la DNUDPA, on se félicite « du fait que les peuples autochtones s'organisent pour améliorer leur situation sur les plans politique, économique, social et culturel et mettre fin à toutes les formes de discrimination et d'oppression partout où elles se produisent. ». Les Autochtones prennent de plus en plus de mesures pour mettre fin à la discrimination au sein de leurs communautés, et cela cadre probablement avec les activités encouragées par la DNUDPA.

51 DNUDPA, *supra* note 4 (« Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer; et le droit au rapatriement de leurs restes humains. », paragr. 12[1]; « Les États veillent à permettre l'accès aux objets de culte et aux restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés », paragr. 12[2]). Voir également : *ibid.*, art. 25 et 36.

52 *Ibid.*, art. 31.

53 *Ibid.* (« 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. », art. 5).

54 *Ibid.* (« Les autochtones ont droit à la vie, à l'intégrité physique et mentale, à la liberté et à la sécurité de la personne », paragr. 7[1]).

55 *Ibid.* (« Les peuples autochtones ne peuvent être enlevés de force à leurs terres ou territoires. Aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans le consentement préalable – donné librement et en connaissance de cause – des peuples autochtones concernés et un accord sur une indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour. », art. 10). Voir également : *ibid.*, art. 26, 28, 29 et 30.

56 *Ibid.* (« Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts et ne font l'objet d'aucun acte de génocide ou autre acte de violence, y compris le transfert forcé d'enfants autochtones d'un groupe à un autre. », paragr. 7[2]).



gouvernements<sup>57</sup>; droits et devoirs liés à la citoyenneté<sup>58</sup>; droits linguistiques;<sup>59</sup>; droit à l'éducation<sup>60</sup> ainsi que droit à l'équité en matière d'emploi<sup>61</sup> et de procédures administratives (quant aux notifications, à la justice et aux audiences)<sup>62</sup>; le droit aux soins de santé<sup>63</sup>; et le droit à l'égalité des sexes<sup>64</sup>. Ces principes s'appliquent dans le respect des limites imposées par la loi et conformément au droit international<sup>65</sup>. Soulignons à nouveau que, s'il demeure important de reconnaître que ces dispositions ont été pensées par les Nations Unies comme devant s'appliquer aux États, rien ne justifie de restreindre leur portée à cet égard, à plus forte raison si les droits des Autochtones sont reconnus et confirmés sous l'angle de l'autodétermination<sup>66</sup>. Nous le répétons : un appui généralisé des peuples autochtones à la DNUDPA telle que formulée de même qu'à sa ratification, conjugué à l'acceptation maintenant unanime de ce document aux Nations Unies, témoigne du fait qu'on s'attend au respect des droits fondamentaux des Autochtones, non seulement ceux de leurs communautés mais aussi ceux de leurs membres en tant qu'individus.

## Conclusion

La mise en application de la DNUDPA par le gouvernement du Canada et par les dirigeants autochtones devrait, grâce aux engagements prévus par cette déclaration en matière d'auto-détermination, aider les tribunaux à écarter toute distinction fondée sur le moment d'une revendication par rapport au moment du contact avec les Européens en droit constitutionnel canadien. L'adhésion du Canada à la DNUDPA change fondamentalement le caractère du débat entourant le droit et la gouvernance autochtones<sup>67</sup>. Les décisions rendues dans les affaires *Van der Peet* et *Pamajewon* devraient être infirmées, et la doctrine *stare decisis* (« s'en tenir à ce qui a été décidé ») ne devrait pas avoir l'effet d'une camisole de force qui condamne le droit au statu quo<sup>68</sup>, en particulier lorsqu'un tel immobilisme continue d'ébranler la base de toute réconciliation constitutionnelle eu égard aux Autochtones<sup>69</sup>. De plus, ces derniers doivent faire cadrer leur droit avec les dispositions de la DNUDPA selon leurs propres modalités—et conformément à leur vision du monde, teintée par leur culture. Ainsi, la gouvernance autochtone s'en trouvera renforcée et les citoyens autochtones seront protégés contre leurs propres gouvernements dans une optique fondée à la base sur les régimes de réglementation et de résolution des conflits des peuples autochtones.

57 *Ibid.* [« Les autochtones, peuples et individus, sont libres et égaux à tous les autres et ont le droit de ne faire l'objet, dans l'exercice de leurs droits, d'aucune forme de discrimination fondée, en particulier, sur leur origine ou leur identité autochtones », art 2]. Voir également : *ibid.*, paragr. 15[2].

58 *Ibid.* [« Les autochtones, peuples et individus, ont le droit d'appartenir à une communauté ou à une nation autochtone, conformément aux traditions et coutumes de la communauté ou de la nation considérée. Aucune discrimination quelle qu'elle soit ne saurait résulter de l'exercice de ce droit », art. 9]. Voir également : *ibid.*, art. 33.

59 *Ibid.*, art. 13 et 16.

60 *Ibid.*, art. 14 et 21.

61 *Ibid.*, art. 17.

62 *Ibid.*, art. 17 à 19, 21 à 23, et 32.

63 *Ibid.*, art. 24.

64 *Ibid.*, art. 44.

65 *Ibid.*, art. 46 (une charte canadienne, art. 1, type de dispositions).

66 Voir : *Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones concernant les travaux de sa onzième session; en anglais seulement*, UNESCO, 45<sup>e</sup> session, doc. de l'ONU E/CN.4/Sub.2/1993/29 (1993) paragr. 189 à 191. Voir également : Pommersheim, Frank, *At the Crossroads: A New and Unfortunate Paradigm of Tribal Sovereignty* (2010), 55 *South Dakota Law Review* 48, p. 65 à 66; Tsosie, Rebecca, *Reconceptualizing Tribal Rights: Can Self-Determination Be Actualized Within the U.S. Constitutional Structure?* (2011), 15 *Lewis & Clark Law Review* 923.

67 *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, paragr. 43 [Carter], où est cité : *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 RCS 1101 [« Les juridictions inférieures peuvent réexaminer les précédents de tribunaux supérieurs dans deux situations : 1) lorsqu'une nouvelle question juridique se pose; 2) lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve « change radicalement la donne », paragr. 42].

68 *Carter*, *supra* note 67, paragr. 44.

69 Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* (2015); en ligne : <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2016/trc/IR4-7-2015-fra.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2016/trc/IR4-7-2015-fra.pdf)>.

**John Borrows** est associé principal de recherche du programme Recherche sur le droit international (PRDI) du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI) du CIGI. À ce titre, il fournit des conseils qui contribuent à orienter la recherche internationale menée par le CIGI en matière de droit autochtone. M. Borrows est également titulaire de la chaire canadienne de recherche en droit autochtone (*Canada Research Chair in Indigenous Law*) de la faculté de droit de l'université de Victoria, en Colombie-Britannique, ainsi que de la chaire Nexen en matière de leadership autochtone (*Chair in Indigenous Leadership*) du Banff Centre. Récipiendaire du Prix d'excellence décerné aux Autochtones en matière de droit et de justice, il est aussi récipiendaire d'un prix de la Fondation nationale des réalisations autochtones, de la Fondation Trudeau et de l'Académie des arts, des lettres et des sciences humaines de la Société royale du Canada, la plus haute distinction universitaire canadienne, et a reçu en 2012 le titre de Conseiller des Peuples autochtones conféré chaque année par l'Association du Barreau autochtone à un avocat autochtone qui « sert sa communauté [...] avec honneur et intégrité ». D'origine anishinabe-ojibwé, M. Borrows fait partie de la communauté Chippewas de Nawash de l'Ontario, au Canada.







# Au-delà de l'arrêt *Van der Peet* :

intégrer le droit international, le droit  
autochtone et le droit constitutionnel



**Brenda L. Gunn**

Avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les peuples autochtones avaient des formes de gouvernement et des systèmes de justice florissants. Aujourd'hui, après bien des années de militantisme autochtone de la part d'un certain nombre de regroupement, les États-Unis ont finalement reconnu que : [TRADUCTION] « les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples » et, partant, ils ont le droit d'être respectés dans leurs différences en tant que peuple<sup>1</sup>. Les peuples autochtones : [TRADUCTION] « contribuent à la diversité et à la richesse des civilisations et des cultures, qui font partie du patrimoine commun à l'humanité entière »<sup>2</sup>. Malheureusement, ces peuples ont subi les conséquences négatives de la colonisation<sup>3</sup>, notamment l'imposition d'un système de justice qui leur était étranger et a permis de saper la conservation de leurs traditions juridiques propres.

Les peuples autochtones se battent depuis longtemps contre les répercussions défavorables de la colonisation, tant sur le plan national qu'à l'échelle internationale, et qu'ils cherchent à protéger leurs droits fondamentaux dans le respect de leurs propres traditions juridiques. Malgré la protection accordée aux droits des peuples autochtones

1 Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rés. de l'AG 295, UNGAOR, 61<sup>e</sup> session, Supp. n° 49, Doc. de l'ONU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007), Préambule [DNUDPA].

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

par le paragraphe 35(1) de la Constitution canadienne de 1982, ce dernier n'a pas réussi à régler la question des séquelles laissées par le colonialisme, par exemple à assurer la reconnaissance du rôle des règles de droit autochtones dans la détermination des droits des Autochtones<sup>4</sup>. Bien des critiques ont été formulées à l'égard de cette disposition de la Constitution du Canada. Le présent article vient s'ajouter aux écrits sur le sujet, soutenant la thèse selon laquelle la mise en application de la DNUDPA représente une belle occasion d'aller au-delà des interprétations restreintes visant le paragraphe 35(1) et d'assurer une meilleure reconnaissance des droits des Autochtones à la lumière de leurs propres traditions juridiques. Ainsi, on y soutient que, en intégrant le droit international en matière de droit de la personne, le droit constitutionnel et le droit autochtone, on peut améliorer la protection des droits des peuples autochtones. Ce processus, qui fait appel à la DNUDPA pour préparer le terrain en vue de l'intégration du droit autochtone au régime juridique canadien en général, est crucial si l'on veut délaisser la relation colonialiste afin d'adopter une approche de nation à nation. De façon plus précise, il importe d'interpréter le paragraphe 35(1) de notre Constitution à la lumière de la DNUDPA parce que cette dernière fonde les droits des Autochtones sur leurs traditions juridiques propres.

## Les lacunes de l'article 35

Au début du processus de rapatriement de la Constitution canadienne, les peuples autochtones ont cru que la reconnaissance et la confirmation de leurs droits ancestraux et issus de traités transformerait leur relation avec la Couronne — qu'on allait en finir avec l'imposition d'un régime de droit par la puissance coloniale pour passer à une relation de nation à nation permettant un nouvel ordre où allaient cohabiter le droit autochtone et le droit canadien<sup>5</sup>. Dans la présente partie, nous abordons brièvement du fait que l'interprétation que fait la Cour suprême du Canada (CSC) du paragraphe 35(1) de la Constitution canadienne n'accorde pas une portée adéquate aux droits des Autochtones, en particulier parce qu'elle ne permet pas de comprendre ces droits à la lumière des traditions juridiques autochtones.

Quand les tribunaux ont été amenés pour la première fois à se pencher sur la portée du paragraphe 35(1) de la Constitution canadienne, il y a eu une belle occasion de définir les droits des Autochtones en fonction de leurs traditions juridiques et d'assurer leur protection contre un pouvoir gouvernemental illimité<sup>6</sup>. En fait, la CSC reconnaît que le paragraphe 35(1) : « [...] représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux [...] Il accorde également aux autochtones [sic] une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale<sup>7</sup>. ». Cette réflexion a amené le juge en chef Brian Dickson à conclure que, aux termes du paragraphe 35(1), le pouvoir conféré au gouvernement fédéral par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>8</sup> doit être concilié avec l'obligation fiduciaire fédérale<sup>9</sup>, qui aurait dû restreindre le pouvoir du gouvernement de limiter les droits des Autochtones reconnus par la Constitution. Toutefois, pour la Cour, cela voulait simplement dire que le gouvernement devait justifier toute ingérence dans les droits des Autochtones<sup>10</sup>. Après ce premier pas, la relation marquée par le colonialisme entre les peuples autochtones et la Couronne n'a pas été modifiée par le paragraphe 35(1) — le droit canadien l'emporte toujours sur les droits des Autochtones.

4 *Loi constitutionnelle de 1982*, qui est l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, chap. 11 (R.U.), 1982.

5 James (Sa'ke'j) Youngblood Henderson, *First Nations Jurisprudence and Aboriginal Rights* (Saskatoon, SK: Native Law Centre (2006), p. 34.

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

7 *Ibid.*

8 *Loi constitutionnelle de 1867*, chap. 3 (R.-U). 30 et 31, Vict., réimprimée dans RCS 1985, annexe II, n° 5.

9 *Sparrow*, supra note 6.

10 *Ibid.*

Les interprétations que le pouvoir judiciaire ont fait du paragraphe 35(1) ont donc continue de restreindre la portée de cette disposition et de permettre que les droits des Autochtones soient compris à la lumière des traditions juridiques autochtones. Dans l'affaire *Van der Peet*, le juge en chef Antonio Lamer a repris les principes sur lesquels reposait l'interprétation faite dans l'affaire *Sparrow*, notamment en adoptant une approche fondée sur l'objet de la loi, en confirmant la relation fiduciaire avec les Autochtones, donnant une interprétation généreuse et libérale, et affirmant que toute ambiguïté doit être résolue en faveur des droits des peuples autochtones<sup>11</sup>. Cependant, le juge Lamer a omis de baser son analyse sur ces principes. Or, le paragraphe 35(1) protège seulement les droits ancestraux visant une activité qui est un « élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question »<sup>12</sup>, on peut dire que l'approche du juge Lamer met l'accent sur la dimension autochtone eu égard aux droits des Autochtones, et se fonde en cela sur des stéréotypes et des idées préconçues au sujet de « l'indigénité », soit le caractère indigène (ou autochtone)<sup>13</sup>. Une telle approche nuit à la reconnaissance de l'égalité entre les peuples autochtones et tous les autres peuples, et elle vient donner une légitimité à la préséance du droit canadien sur le droit autochtone.

En déterminant la portée des droits énoncés au paragraphe 35(1), le juge en chef Lamer a mis en évidence un nouvel objet pour cette disposition : « Le paragraphe 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté » [...] [Les] Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté<sup>14</sup>. » Selon le juge en chef Lamer, le paragraphe 35(1) ne permet pas la prise en compte règles de droit autochtone quand on définit les droits ancestraux des Autochtones. Pour le juge Lamer, l'objet consiste à concilier la préexistence des sociétés autochtones préexistantes avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le Canada<sup>15</sup>. Le juge en chef Lamer cite la décision rendue dans l'affaire américaine *Johnson c. M'Intosh*<sup>16</sup>, laquelle appuie selon lui la portée qu'il donne aux droits énoncés à l'article 35 de la Constitution canadienne : « le titre aborigène est le droit que possèdent les peuples autochtones sur le territoire et qui découle de l'intersection de leur occupation préexistante de ce territoire et de l'affirmation par les diverses nations européennes de leur souveraineté sur celui-ci »<sup>17</sup>. Le juge en chef Lamer omet de mentionner que le juge américain Marshall a justifié sa décision par le principe selon lequel les tribus indiennes étaient : [TRADUCTION] « des sauvages dont l'occupation du sol consistait à faire la guerre »<sup>18</sup>. Le fait de fonder sa démarche sur ce qui est connu sous le nom de « trilogie Marshall », à savoir trois arrêts que la Cour suprême des États-Unis a rendus sous la présidence du juge John Marshall, sans prendre en compte ces principes en tant que point de départ amène le juge en chef Lamer à : [TRADUCTION] « adopter un langage et proposer des concepts qui semblent à première vue bien fondés mais se limitent en fait à formaliser le processus de colonisation<sup>19</sup>. » Tant que prévaudra l'approche adoptée par le juge en chef Lamer pour la définir les droits des Autochtones, le paragraphe 35(1) ne permettra pas qu'on se

11 R. c. *Van der Peet* [1996] 2 RCS 507, paragr. 22 à 25 [*Van der Peet*].

12 *Ibid.*, paragr. 46.

13 John Borrows, « The Trickster: Integral to a Distinctive Culture » (2005) 8:2 Const Forum 27, p. 28 et 29.

14 *Van der Peet*, *supra* note 11, paragr. 31.

15 *Ibid.*, paragr. 57.

16 *Johnson c. M'Intosh*, 21 US (8 Wheat) 543 (1823) [*Johnson*].

17 *Van der Peet*, *supra* note 11, paragr. 36.

18 *Johnson*, *supra* note 16.

19 D'arcy Vermette, « Dizzying Dialogue: Canadian Courts and the Continuing Justification of the Dispossession of Aboriginal People », (2011) 29:1 Windsor YB Access Just 54, p. 56.



penche sur les conséquences défavorables de la colonisation, notamment sur l'imposition d'un système juridique aux Autochtones.

Dans l'arrêt visant l'affaire *Van der Peet*, le juge en chef Lamer a souligné que, pour la détermination des droits des Autochtones, le critère selon lequel il faut pouvoir établir que les activités visées existaient avant l'arrivée des Européens ne peut pas s'appliquer aux Métis, qui forment l'un des premiers peuples du Canada et bénéficient d'une protection en vertu de notre Constitution<sup>20</sup>. La CSC a donc reconnu que ce critère ne peut pas s'appliquer de façon universelle à tous les peuples autochtones du Canada, bien qu'une seule disposition constitutionnelle protège les droits de tous ces peuples dans notre pays, et il s'agit d'une autre indication de la nature déficiente de l'analyse du juge en chef Lamer. Quand est venu le temps de définir l'étendue des droits des Métis, la CSC a créé, dans son jugement relatif à l'affaire *Van der Peet*, un critère pour adaptation à l'ethnogenèse des Métis, de création postérieure au contact avec les Européens<sup>21</sup>.

*R. c. Powley* constitue un autre exemple d'affaire où la Cour s'est placée dans une position où elle devait définir la notion de peuple autochtone (plus précisément les Métis, en l'occurrence) et a perpétué la relation colonialiste entre les Autochtones et l'État. La définition des droits des Métis est également ancrée dans l'idée rétrograde de l'indigénité, selon laquelle les Métis doivent pouvoir retracer leurs droits et leur identité avant l'arrivée des Européens mais avant l'affirmation de souveraineté du Canada<sup>22</sup>. Voilà un approche qui, cette fois encore, jouent contre la reconnaissance du droit des Métis à l'autodétermination, conformément à leurs traditions juridiques tout en donnant préséance au régime juridique canadien. Les traditions juridiques autochtones sont en partie reconnues dans la jurisprudence canadienne afférente au paragraphe 35(1) de la Constitution canadienne, mais la Cour ne les a pas acceptées entièrement en tant que fondement des droits des peuples autochtones qui sont protégés aux termes de ce paragraphe.

Récemment, le Canada s'est engagé à mettre pleinement en application la DNUDPA : [TRADUCTION] « Nous avons l'intention d'adopter et de mettre en œuvre la Déclaration sans réserve, en conformité avec la Constitution canadienne [...] En adoptant et en mettant en œuvre cette déclaration, nous sommes excités à l'idée de redonner vie à l'article 35 et de le reconnaître en tant que boîte pleine de droits pour les Autochtones » canadiens. Le Canada estime que ses obligations constitutionnels servent à assurer le respect de tous les principes de la Déclaration, notamment l'obtention d'un « consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause »<sup>23</sup>.

Pour assurer une mise en application intégrale de la DNUDPA, il faut repenser le critère permettant d'établir les droits des Autochtones et de justifier les violations de ces droits. Cette mise en application offre un cadre pour s'attaquer à l'absence flagrante de lien entre le droit canadien et le droit autochtone et pour délaïsser la relation colonialiste entre les Autochtones et l'État en vue d'instaurer un rapport de nation à nation. En effet, dans la DNUDPA on reconnaît que les droits des peuples autochtones doivent être reliés à leurs traditions juridiques propres.

## La DNUDPA

L'engagement du Canada à l'égard d'une pleine mise en application de la DNUDPA crée une autre occasion de réévaluer la relation entre la Couronne et les peuples autochtones, notamment la définition

20 *Van der Peet*, supra note 11, paragr. 66 et 67.

21 *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, paragr. 36 [2003] 2 RCS 207.

22 *Ibid.*, paragr. 37.

23 Ministre des Affaires autochtones et du Nord canadien, Carolyn Bennett, annonce de l'appui du Canada à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones faite lors de la 15<sup>e</sup> session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, le 10 mai 2016; en ligne : <[www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-DNUDPA-minister-bennetts-speech/](http://www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-DNUDPA-minister-bennetts-speech/)>.

et la protection des droits des Autochtones. Sur la scène internationale, la DNUDPA s'avère nécessaire en partie parce que les régimes juridiques qui régissent les droits de la personne n'assurent pas une protection adéquate des droits des Autochtones. Comme nous en traiteront dans la présente section, sur le plan national canadien la DNUDPA est nécessaire pour dépasser les interprétations de l'article 35 de la Constitution canadienne qui perpétuent une définition des droits des peuples autochtones fondée sur une approche colonialiste, car elle fonde ces droits sur les traditions juridiques des Autochtones.

Certains tenteront de limiter l'incidence de la DNUDPA en insistant sur le caractère non contraignant de cette déclaration. Si une telle déclaration ne crée pas directement, en soi, des obligations juridiques exécutoires pour les États parties, force est d'admettre que : [TRADUCTION] « un instrument non contraignant (“soft law”) ne peut pas être simplement écarté sous prétexte qu'il ne fait pas partie du droit (et appartient donc au “non-droit”, ou “non law”)<sup>24</sup> ». Selon les pratiques des Nations Unies : « une “déclaration” est un instrument solennel auquel on ne recourt qu'en de très rares occasions pour des questions d'importance majeure et durable, où l'on attend des membres qu'ils respectent au maximum les principes énoncés »<sup>25</sup>. On s'attend fortement à ce que les États mettent en application des droits énoncés dans la DNUDPA, et on voit cette dernière comme une obligation pour eux. En témoigne la quasi-unanimité en faveur de cet instrument<sup>26</sup>. Qui plus est, les États et les Nations Unies ont confirmé qu'ils s'engageaient à mettre en application la DNUDPA lors de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones, tenue en 2014, notamment en confirmant l'engagement suivant : « [...] nous concerter et de coopérer de bonne fois avec les peuples autochtones intéressés— par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives — avant d'adopter ou d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de les concerner, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause [...] »<sup>27</sup>. Une grande partie du débat sur le statut de cet instrument international sur le plan technique correspond à une manoeuvre politique visant à freiner la mise en application de la DNUDPA. Espérons que, maintenant que le Canada a fait connaître son appui inconditionnel à la DNUDPA, on pourra dépasser ces discussions et entreprendre la mise en application de la DNUDPA au Canada.

Dans le préambule de la DNUDPA, on retrace l'historique qui donne à cette déclaration sa capacité potentielle de résoudre l'absence de lien entre le droit canadien et celui des Autochtones aux fins de la définition des droits des peuples autochtones. La DNUDPA reconnaît l'humanité fondamentale des peuples autochtones : « *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<sup>28</sup> ». Conformément à la DNUDPA, on ne peut plus nier les droits humains fondamentaux des peuples autochtones en raison d'idées impérialistes ou racistes voulant que les Autochtones soient « des sauvages dont l'occupation du sol consistait à faire la guerre »<sup>29</sup> et découlant de théories telles que la doctrine de la découverte et celle de *terra nullius* (ou de « territoire sans maître »)<sup>30</sup>. Les Nations Unies

24 Mauro Barelli, « The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » (2009), 58 ICLQ 957, p. 959.

25 Conseil économique et social des Nations Unies, Commission des droits de l'homme, *Rapport au Conseil économique et social sur les travaux de la dix-huitième session de la Commission, tenue au siège de l'Organisation des Nations Unies, du 19 mars au 14 avril 1962*, inclusivement, UNESCO, 34<sup>e</sup> session, Doc. de l'ONU E/CN.4/832 (26 avril 1962), paragr. 105.

26 Siegfried Wiessner soutient qu'on est [TRADUCTION] « parvenus à un consensus mondial quant à la DNUDPA ». Wiessner, Siegfried « Re-Enchanting the World: Indigenous Peoples' Rights as Essential Parts of a Holistic Human Rights Regime » (2010) 15:1 UCLA J Intl L & Foreign Aff 239, p. 253.

27 Assemblée générale de l'ONU, *Document final de la réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale, dite Conférence mondiale sur les peuples autochtones*, rés. de l'AG 69/2, UNGAOR, 69<sup>e</sup> session, Doc. de l'ONU A/RES/69/2 (2014), paragr. 3 [Document final].

28 DNUDPA, *supra* note 1, Préambule [italiques figurant dans l'original].

29 Johnson, *supra* note 16.

30 DNUDPA, *supra* note 1, Préambule.

reconnaissent également que les peuples autochtones ont le droit d'être reconnus comme tels et qu'ils peuvent avoir besoin d'une protection spéciale pour pouvoir exercer leurs droits fondamentaux<sup>31</sup>. La DNUDPA confirme que la colonisation a eu lieu et que ses conséquences ont été défavorables pour les peuples autochtones, par exemple la dépossession de leurs terres et territoires et de leurs ressources<sup>32</sup>. En outre, on y reconnaît que la colonisation a entraîné la négation des droits fondamentaux des Autochtones.

La voie à suivre maintenant exige qu'on repense la relation entre les peuples autochtones et le Canada en reconnaissant et en protégeant leurs droits en fonction de leurs propres traditions juridiques. L'Assemblée générale des Nations Unies est : « Convaincue que la reconnaissance des droits des peuples autochtones dans la présente Déclaration 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 »<sup>33</sup>. L'un des principes fondamentaux prônés dans la DNUDPA réside dans la nécessité de délaisser la relation colonialiste grâce à laquelle le Canada peut exercer un contrôle sur tous les aspects de la vie des Autochtones et de leur quête d'autodétermination<sup>34</sup>. Il s'agit là d'un point important, car bien des Canadiens pensent que la reconnaissance de droits spéciaux pour les Autochtones des droits particuliers aura pour effet de démanteler le Canada. Dans la DNUDPA, on explique comment le déni des droits des Autochtones et l'instauration du droit colonialiste et des doctrines qui s'y rattachent ont causé les divisions qui existent aujourd'hui entre les Autochtones et les autres Canadiens<sup>35</sup>.

Enfin, les Nations Unies : « Proclame solennellement la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, dont le texte figure ci-après, qui constitue un idéal à atteindre dans un esprit de partenariat et de respect mutuel<sup>36</sup> ». Il s'agit d'un important rappel du fait que, pour assurer la réalisation des objectifs de la DNUDPA, il faut une collaboration entre les peuples autochtones et le Canada. Ni le gouvernement fédéral ni les gouvernements provinciaux ne peuvent mettre unilatéralement en application la DNUDPA. En fait, toute mesure unilatérale ne ferait que perpétuer le problème au sein du système actuel. Au lieu de cela, les peuples autochtones et les gouvernements du Canada doivent collaborer « un idéal à atteindre dans un esprit de partenariat et de respect mutuel<sup>37</sup> ».

L'un des aspects importants qui distinguent la DNUDPA, eu égard aux droits protégés par le paragraphe 35(1) de la Constitution canadienne et par la Déclaration, c'est qu'elle définit les droits des Autochtones en fonction des règles juridiques autochtones en tant qu'aspect essentiel de l'autodétermination des peuples autochtones. C'est une différence majeure entre la DNUDPA et le paragraphe 35(1) et sa définition des droits des Autochtones, qui rend légitime de définir ces droits conformément au droit canadien, comme nous l'avons expliqué ci-dessus. Bon nombre des droits énoncés dans la DNUDPA ont pour fondement le droit et les institutions juridiques des Autochtones, entre autres l'identification des

---

31 *Ibid.*, art. 1 et 2.

32 *Ibid.*, Préambule.

33 *Ibid.*, Préambule [italiques figurant dans l'original].

34 *Ibid.*, art 3.

35 *Ibid.*, Préambule.

36 *Ibid.*, Préambule [italiques figurant dans l'original].

37 *Ibid.*



violations de leurs droits culturels<sup>38</sup>, de leurs droits fonciers<sup>39</sup> et de leur droit de choisir les membres de leurs institutions<sup>40</sup>, et la Déclaration comporte de nombreuses références à leur consultation et à leur participation dans le cadre de la prise des décisions qui les touchent. Les voies de recours en ce qui a trait aux violations passées des droits des Autochtones doivent être déterminées en fonction du droit autochtone<sup>41</sup>, et toute consultation des peuples autochtones doit se faire conformément aux règles juridiques de ces derniers.

Les institutions juridiques autochtones sont également protégées en vertu de la DNUDPA<sup>42</sup>, notamment en tant que cadre adéquat pour l'expression ou l'exercice des droits en question. Dans l'article 5 de la Déclaration, on reconnaît explicitement que : « 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. ». L'envers de la médaille, en ce qui concerne la reconnaissance du rôle des institutions juridiques autochtones, c'est que les institutions juridiques canadiennes doivent faire preuve de retenue quand elles se penchent sur les droits des peuples autochtones. Or, c'est l'un des plus importants manques de la Cour suprême du Canada (CSC) dans les affaires touchant les droits des Autochtones examinées aux termes du paragraphe 35(1). Plutôt que de faire appel au droit canadien pour définir les droits des Autochtones, le Canada devrait simplement se baser sur le droit et les institutions juridiques des Autochtones pour définir et protéger les droits des peuples autochtones conformément à la DNUDPA.

La mise en application est cruciale pour donner effet à la DNUDPA et dépasser la relation colonialiste qui existe actuellement entre les Autochtones et le Canada. Pour l'assurer, le Canada doit modifier l'approche adoptée dans son droit constitutionnel pour définir les droits de peuples autochtones, de façon à assurer que cette définition se fait en fonction des traditions juridiques autochtones. Pour que ces traditions soient protégées en vertu du paragraphe 35(1) conformément à la DNUDPA, il faut que le droit autochtone soit continuellement reconnu comme la forme la plus élevée de droit en la matière dans notre pays.

38 *Ibid.*; l'article 11 prévoit ce qui suit :

11(1) Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le droit de conserver, de protéger et de développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et du spectacle et la littérature.

11(2) Les États doivent accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces – qui peuvent comprendre la restitution – mis au point en concertation avec les peuples autochtones, en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes.

39 *Ibid.*; le paragraphe 26(3) stipule que : « 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 ». *Ibid.*; l'article 27 prévoit 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 ».

40 *Ibid.*; le paragraphe 33(1) porte que : « Les peuples autochtones ont le droit de décider de leur propre identité ou appartenance conformément à leurs coutumes et traditions, sans préjudice du droit des autochtones d'obtenir, à titre individuel, la citoyenneté de l'État dans lequel ils vivent. » le paragraphe 33(2) stipule que : « Les peuples autochtones ont le droit de déterminer les structures de leurs institutions et d'en choisir les membres selon leurs propres procédures. »

41 *Ibid.*; l'article 40 porte que : « Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs. Toute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme. »

42 *Ibid.*, Préambule.

Les États se sont engagés à appuyer la mise en application de la DNUDPA ou à « atteindre les buts de la [...] Déclaration »<sup>43</sup> dans le document final adopté à l'issue de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones, en septembre 2015. On pourrait considérer que le Canada a rompu le consensus international vis-à-vis de la DNUDPA en exprimant ses préoccupations à l'égard du document final lors de cette conférence, il a maintenant exprimé son appui inconditionnel à la DNUDPA, mais la question demeure : comment le Canada s'y prendra-t-il pour mettre en application de la DNUDPA sur son territoire?

## La voie de l'avenir

La voie à suivre maintenant, pour passer de la relation colonialiste à un rapport de nation à nation, réside dans une collaboration visant l'atteinte des objectifs fixés dans la DNUDPA. Parmi les meilleures façons qui s'offrent au Canada pour y parvenir, on trouve une nouvelle interprétation de la protection offerte par le paragraphe 35(1) aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones, afin de se conformer à la DNUDPA. Il faudra pour cela dépasser l'interprétation donnée par la CSC dans l'affaire *Van der Peet* et veiller à ce que les droits des peuples autochtones soient définis en fonction des traditions juridiques propres aux Autochtones, conformément à la DNUDPA.

Récemment, la CSC a été confrontée à l'idée de réexaminer une question déjà réglée dans des affaires liées au suicide assisté et à la prostitution. Quand la Cour a dû se pencher sur la constitutionnalité des dispositions du Code criminel qui portent sur la prostitution, elle a statué que le réexamen d'une question est justifié lorsque : « la valeur précédente d'un jugement peut être remise en cause "lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou qu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne" »<sup>44</sup> Dans l'affaire *Carter*, la CSC a reconnu qu'elle avait déjà, dans l'affaire *Rodriguez*, confirmé l'interdiction complète visant l'aide médicale au suicide<sup>45</sup>. Après examen du débat sur la question qui fait rage actuellement sur le plan national et internationale ainsi que des diverses tentatives d'introduire des dispositions législatives en la matière, la Cour a conclu que ces discussions continuelles indiquent que la question est toujours d'actualité et que son réexamen s'impose<sup>46</sup>. À la lumière de ces critères, force est d'admettre que la DNUDPA représente un tel changement de perspective dans la reconnaissance des droits des peuples autochtones qu'il est justifié de délaissier l'analyse issue de l'affaire *Van der Peet* pour trouver une approche nouvelle et plus adéquate pour définir la portée du paragraphe 35(1).

Pour aller au-delà du critère de la « partie intégrante de la culture distinctive », il n'est pas nécessaire de délaissier l'ensemble de la jurisprudence existante. Il serait bon de donner plus d'importance aux analyses des juges Claire L'Heureux-Dubé et Beverley McLachlin (maintenant juge en chef) dans l'affaire *Van der Peet* car cela aiderait, en matière de droit, à faire la transition vers une reconnaissance des droits des Autochtones en tant que droits de la personne fondés sur les règles juridiques autochtones. Dans l'affaire *Van der Peet*, la juge L'Heureux-Dubé s'est montrée critique envers l'approche du juge en chef Lamer parce que : « une analyse fondée sur la dichotomie entre les coutumes, pratiques et traditions autochtones et non autochtones revient à définir la culture autochtone et les droits ancestraux comme étant ce qu'il en reste après qu'on en ait retranché les caractéristiques des cultures non autochtones »<sup>47</sup>. L'approche adoptée par la juge L'Heureux-Dubé mettait l'accent sur l'importance pour les Autochtones

43 Document final, *supra* note 27, paragr. 7.

44 *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, paragr. 44, [2013] 3 RCS 1101.

45 *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 RCS 519, cité dans *Carter v Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 [2015], 1 RCS 331 [Carter].

46 *Carter*, *supra* note 45, paragr. 6 à 10.

47 *Van der Peet*, *supra* note 11, paragr. 154.

de l'activité examinée, non sur l'activité elle-même<sup>48</sup>. Elle s'avère centrée sur la préservation des peuples autochtones et propose la protection de « toutes les coutumes, pratiques et traditions ayant un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones organisées »<sup>49</sup>. La juge L'Heureux-Dubé suggère même de protéger les coutumes, pratiques et traditions qui conserveraient « leur pertinence pour les sociétés autochtones qui vivent dans le monde d'aujourd'hui »<sup>50</sup>. L'approche de la juge McLachlin base la définition des droits des Autochtones sur l'existence d'un régime juridique antérieur ayant donné naissance à ces droits<sup>51</sup>. Entre ces deux approches, on trouve la reconnaissance du fait qu'il faut, dans le concept de « peuples autochtones », préserver la notion de « peuples » conformément aux traditions juridiques des Autochtones.

La CSC a reconnu le rôle permanent des traditions juridiques autochtones au Canada. Dans l'arrêt relatif à l'affaire *Mitchell*, le juge en chef McLachlin a signalé que « le principe de la continuité qui a régi l'absorption des lois et coutumes autochtones dans le nouveau régime juridique dès l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur la région »<sup>52</sup>. Chose importante à souligner : ce n'est pas une bonne chose que la common law du Canada prenne le pas sur le droit autochtone. Mieux vaut reconnaître qu'il est légitime, pour les peuples autochtones, de fonder leurs droits sur leurs traditions juridiques propres, comme le prône la DNUDPA. Selon cette déclaration, le rôle du droit canadien devrait se limiter à permettre la reconnaissance de ces traditions ou à leur ménager une place ou à créer des possibilités pour ce faire.

Ce serait un bon point de départ, pour ménager cette place, d'accepter que les discussions à ce sujet ne peuvent pas se faire sur la scène internationale, mais doivent être entreprises à l'échelle nationale et locale. Il se peut que les divers peuples autochtones du Canada aient des aspirations divergentes quant à la portée de leurs traditions juridiques au Canada, chacun pouvant avoir sa propre compréhension de ses droits et responsabilités, étant donné que les régimes juridiques autochtones varient d'une région canadienne à l'autre. Cependant, dans tout le centre du Canada, l'idée de faire une place aux traditions juridiques autochtones implique qu'il faut commencer à respecter l'esprit et la lettre d'origine des traités n° 1 à 11. Les possibilités soient infinies, mais nous présentons dans la partie qui suit quelques idées pour lancer les discussions.

Les instruments qui établissent des normes internationales en matière de droits de la personne, par exemple la DNUDPA, fournissent une orientation quant à la manière d'entamer le processus consistant à ménager un espace pour intégrer les traditions juridiques autochtones. Par exemple, l'un des aspects fondamentaux de la DNUDPA réside dans le droit des peuples autochtones à prendre part à la prise de décisions pouvant avoir une incidence sur leurs droits, et ce, conformément à leur propres traditions relatives à la prise de décision. Si le Canada commençait à respecter ce droit de participation à la prise de décision, un bien plus grand nombre de décisions (notamment en matière d'exploitation des ressources) tiendraient compte des règles de droit des Autochtones pour ce qui est des terres et des ressources.

Conformément à la DNUDPA, les peuples autochtones ont le droit de déterminer qui sont leurs membres. Au Canada, les gouvernements et les tribunaux doivent cesser d'intervenir à cet égard, étant entendu que les décisions de ces peuples à ce sujet font figure de normes en matière de droits fondamentaux. Les États et les peuples autochtones peuvent passer des accords reconnaissant le droit des Autochtones

48 *Ibid.*, paragr. 157.

49 *Ibid.*, paragr. 162.

50 *Ibid.*, paragr. 173.

51 *Ibid.*, paragr. 230.

52 *Mitchell c. Ministère du Revenu national*, 2001 CSC 33, paragr. 62, [2001] 1 RCS 911.



si l'on part de la prémisse d'exercer un contrôle sur le régime juridique en vigueur sur leurs territoires. Ainsi, il pourrait y avoir des ententes allant au-delà de la simple application du droit criminel canadien pour déboucher sur la reconnaissance du droit des peuples autochtones à appliquer leurs propres règles de droit criminel à l'intérieur de leurs territoires.

Les juges canadiens doivent reconnaître les limites de leur formation juridique et de leur capacité d'interpréter les traditions juridiques autochtones. Il faudrait qu'ils aient accès à une formation judiciaire pour pouvoir en apprendre davantage à ce sujet sur le terrain, au sein même des communautés autochtones, auprès des aînés autochtones. On pourrait également suggérer que le droit autochtone soit traité par les tribunaux canadiens comme un droit étranger, ce qui éviterait aux juges canadiens de devoir interpréter le droit autochtone<sup>53</sup>. Le Comité de liaison entre la Cour fédérale et le Barreau en droit des autochtones (de la Cour fédérale et de l'Association du Barreau autochtone) a élaboré des « Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des Autochtones », lesquelles abordent la question de la tradition orale autochtone et du rôle des aînés autochtones à cet égard, ainsi que différents aspects pratiques des actions en justice, des révisions judiciaires et des options en matière de règlement des différends<sup>54</sup>. Les avocats qui travaillent avec les peuples autochtones (soit dans le cadre de revendications en vertu du paragraphe 35(1) ou autrement) doivent comprendre que les traditions juridiques autochtones. En outre les gouvernements doivent apprendre à connaître ces traditions en envoyant des représentants assister aux cérémonies des communautés autochtones et parler à leurs aînés. Pour faciliter le processus d'apprentissage et d'application du droit autochtone, Val Napoleon et Hadley Friedland ont conçu une approche pour appliquer la démarche analytique et synthétique de la common law aux récits et légendes issues de la tradition orale autochtone<sup>55</sup>.

Au Canada, l'intégration des traditions juridiques doit permettre une évolution des systèmes ou régimes en question et non favoriser l'immobilisme. D'après John Borrows, « les traditions peuvent représenter une force positive dans nos collectivités si elles correspondent à des façon de faire dynamiques et modernes qui sont revues à mesure que nous apprenons à vivre ensemble »<sup>56</sup>. Dans l'exercice de redonner vie aux traditions juridiques autochtones, il faut faire attention de ne pas présenter sous un jour romantique le droit autochtone en accordant une importance exagérée aux idées traditionnelles d'égalité et prendre garde de ne pas cautionner des visions trop fondamentaliste des règles juridiques autochtones qui prétendent définir les traditions pures et vraies à cet égard<sup>57</sup>. Pour faire de l'espace aux traditions juridiques autochtones tout en leur permettant d'évoluer, il faut reconnaître que : [TRADUCTION] « les enseignements peuvent rester les mêmes, mais leur mise en application, voire leur interprétation doit évoluer avec le temps »<sup>58</sup>. Enfin, dans les cas où les traditions juridiques autochtones s'avèrent, d'un point de vue historiques, irréconciliables avec les normes internationales contemporaines en matière de droits de la personne, il faut assurer l'évolution continue de ces traditions.

Les normes internationales en matière de droit de la personne doivent continuer à orienter l'évolution du droit canadien comme du droit autochtone. Sur le plan général et à l'échelle nationale, la protection des droits des Autochtones conformément au paragraphe 35(1) doit continuer d'être guidée par le vaste

53 Karen Drake, « Decolonizing the Courtroom: A Trial Lawyer's Guide to Treating Indigenous Law as Law » (présenté au forum universitaire (Academics Forum) de l'Association du Barreau autochtone, à Vancouver, le 26 octobre 2016) [non publié; copie dans les archives de l'auteur].

54 Cour fédérale et Association du Barreau autochtone - Comité de liaison entre la Cour fédérale et le Barreau en droit des autochtones, « Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des Autochtones - avril 2016 »; en ligne : <[http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20\(Fr\).pdf](http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20(Fr).pdf)>.

55 Val Napoleon et Hadley Friedland, « An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions Through Stories » (2016) 61:4 McGill LJ 725, p. 725.

56 John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution* (Toronto, Ontario), University of Toronto Press, 2010), p. 8.

57 Emily Snyder, « Indigenous Feminist Legal Theory » (2014) 26 CJWL, p. 398.

58 Tracey Lindberg, « Critical Indigenous Legal Theory Part 1: The Dialogue Within » (2015) 27 CJWL 224, p. 232.

éventail d'instruments internationaux qui établissent les normes en matière de droits de la personne, pas uniquement par la DNUDPA, afin qu'on puisse donner à la portée de ces droits sa pleine ampleur. Parmi ces instruments, mentionnons la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>59</sup>; le Pacte international sur les droits civiques et politiques<sup>60</sup>; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>61</sup>; la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>62</sup>; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>63</sup>; la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>64</sup>; ainsi que la Convention relative aux droits des personnes handicapées<sup>65</sup>. Sur le plan local et au point de vue pratique, en ce qui touche la mise en œuvre, ces normes internationales d'ordre général doivent être mis en application conformément aux traditions juridiques autochtones. L'intégration du droit constitutionnel et des protections offertes par le paragraphe 35(1) au droit international en matière de droit de la personne et du droit autochtone peut nous permettre de revoir le rapport entre les Autochtones et la Couronne afin de le transformer en une relation de nation à nation.

Associée au sein du Programme de recherche en droit international (PRDI) du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI), **Brenda L. Gunn** est également professeure agrégée de la faculté de droit de l'Université du Manitoba (Robson Hall), où elle enseigne le droit constitutionnel, le droit international et la promotion des droits des peuples autochtones dans le cadre de ce dernier. Avant d'intégrer le corps professoral de l'Université du Manitoba, M<sup>me</sup> Gunn a travaillé dans un centre juridique communautaire à Rabinal, au Guatemala, dans le dossier d'un génocide dont a été saisie la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Brenda L. Gunn a aussi travaillé avec les Premières Nations relativement aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones au Manitoba, et elle a fourni une assistance technique dans le cadre du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones de l'ONU pour l'analyse visant la réaction à une enquête sur la mise en œuvre de la DNUDPPA et la rédaction d'un rapport résumant cette question. Fière Métisse, Brenda L. Gunn est reconnue comme auteure du principal guide canadien pour la compréhension et la mise en application de la DNUDPA. Titulaire d'un baccalauréat de l'Université du Manitoba et d'un diplôme de *juris doctor* de l'Université de Toronto, M<sup>me</sup> Gunn a obtenu sa maîtrise en droit et politique autochtones (*Indigenous peoples' law and policy*) de l'Université de l'Arizona, et elle est membre des barreaux de l'Ontario et du Manitoba.

59 21 décembre 1965, 660 RTNU 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969 et ratifié par le Canada le 14 octobre 1970).

60 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur le 23 mars 1976, adhésion du Canada le 19 mai 1976).

61 16 décembre 1966, 993 RTNU 3, 6 ILM 360 (entrée en vigueur le 3 janvier 1976).

62 18 décembre 1979, 1249 RTNU 13 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981).

63 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85 (entrée en vigueur le 26 juin 1987 et ratifié par le Canada le 24 juin 1987).

64 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, 28 ILM 1456 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990).

65 13 décembre 2006, 2515 RTNU 3 (entrée en vigueur le 3 mai 2008 et ratifié par le Canada le 11 mars 2010).



# « Nous n'avons jamais été une simple affaire nationale » -

la légitimité de l'État et la question autochtone



Joshua Nichols

Le gouvernement canadien s'interroge en ce moment sur ce qu'il doit faire pour mettre en application la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones<sup>1</sup> (DNUDPA). Il choisirait vraisemblablement d'adapter la DNUDPA au corpus juridique existant en ce qui concerne le titre autochtone et les droits ancestraux visés à l'article 25 de la *Charte*<sup>2</sup>, à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>3</sup> et au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>4</sup>. Bien que cette façon de procéder puisse effectivement sembler être la meilleure quand il s'agit d'intégrer une déclaration internationale au droit constitutionnel, elle n'est pas recommandée ici : les normes de la DNUDPA devraient plutôt servir à mettre au jour les problèmes liés au cadre actuel et permettre de changer les règles de droit applicables en éliminant la doctrine de la découverte du droit

1 Résolution 295 de l'AG, UNGAOR, 61<sup>e</sup> session, Supp. N° 49, Doc. de l'ONU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007); en ligne : <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_fr.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_fr.pdf)>.

2 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit l'annexe B de la *Loi sur le Canada de 1982*, chap. 11 (R.-U.).

3 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit l'annexe B de la *Loi sur le Canada de 1982*, chap. 11 (R.-U.).

4 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, chap. 3 (R.-U.), réimprimée dans LRC 1985, annexe II, n° 5.



canadien. Afin de comprendre pourquoi le contexte dans lequel existent actuellement le titre et les droits ancestraux des Autochtones soulèvent tant de problèmes, nous devons nous attarder à la lutte que mènent les peuples autochtones du Canada depuis 240 ans afin d'obtenir leur autodétermination. Nous aurons ainsi une perception différente de la nature de la relation constitutionnelle qui s'est établie entre la Couronne et les Autochtones. Une approche plus circonspecte et fondée sur une meilleure connaissance de l'histoire offrirait au gouvernement canadien une rare occasion : celle de devenir un véritable chef de file mondial en matière de droits autochtones. En utilisant la DNUDPA pour revitaliser les règles juridiques actuellement en vigueur et pour éliminer les obstacles à l'autodétermination, il lui est possible de bâtir véritablement une relation de nation à nation et de redémarrer le processus de réconciliation, qui se trouve à un point mort aujourd'hui.

La question de la mise en application de la DNUDPA est sans doute une première en droit canadien et, en conséquence, elle met en lumière le vaste territoire inexploré qui s'ouvre à nous en matière de réconciliation. Il est tentant de laisser notre regard errer vers l'horizon et d'essayer de tracer d'avance le chemin à prendre. Les mots du juge Ian Binnie, dans l'arrêt *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, nous donnent un aperçu de la manière dont les tribunaux s'orientent en ce moment : « L'avenir est plus important que le passé. Un canoteur qui souhaite avancer regarde devant lui, non derrière<sup>5</sup>. »

Ces commentaires décrivent ce qu'est devenue la réconciliation pour les tribunaux : ils en font en réalité une carte routière vierge pour l'avenir. Le gouvernement s'en sert pour choisir son itinéraire et semble vouloir suivre la même trajectoire qu'au cours des 150 dernières années et se donner ainsi un avenir qui pourrait finalement nier les réalités du passé. Cependant, il est risqué d'essayer de prédire l'avenir, qui reste plus souvent qu'autrement l'apanage des prophètes et des diseurs de bonne aventure. Si la route qui nous attend est peu intéressante, comment nous y retrouver? Comment pouvons-nous ramener la réconciliation sur la bonne voie?

Je répondrai que nous devons d'abord ne pas céder à la tentation de nous tourner aveuglément vers l'avenir, avec ses éternelles promesses d'une réconciliation *future*—dont la réalité dans le présent est toujours condamnée à celle du *statu quo*. Au nom d'une véritable réconciliation, nous devons donc définir ce qu'est la réconciliation en regardant derrière nous : nous avons besoin d'une réconciliation fondée sur la mémoire. Il s'ensuit que la mise en application de la DNUDPA ne peut être limitée à l'application abstraite et formelle d'un « cadre » constitutionnel national à une déclaration internationale. Cela reviendrait en effet simplement à utiliser un cadre pour déterminer le sens de l'autre, ce qui est aussi inutile que de superposer une chose à son ombre et de constater que les deux concordent<sup>6</sup>. Si la réconciliation doit redevenir réalité, la question de la mise en application doit prendre en considération d'abord le contexte du colonialisme de peuplement. Elle doit donc s'amorcer par une reconnaissance du fait que le lien entre la lutte pour l'autonomie gouvernementale des Autochtones et le droit international n'est absolument pas nouveau. Et le fait que la mise en application n'est pas uniquement un enjeu national : elle fait partie, comme l'affirme si justement Sa'ke'j Henderson, [TRADUCTION] « des aspects irrésolus de la décolonisation<sup>7</sup>. »

Dans mon examen portant sur la mise en application œuvre de la DNUDPA, je soulignerai les divers points de convergence et de chevauchements qui relie, d'une part, la lutte des Autochtones pour leur autonomie gouvernementale au Canada et, d'autre part, le projet international de décolonisation qui a

5 *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, paragr. 10, [2010] 3 RCS 103.

6 Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, 3<sup>e</sup> éd. [Oxford (R.-U.), Blackwell, 2001], paragr. 216.

7 James Sa'ke'j Youngblood Henderson, *Indigenous Diplomacy and the Rights of Peoples: Achieving UN Recognition* [Saskatoon (Sask.), Purich Publishing, 2008], p. 34.

débuté dans les années 1920. Il s'agit d'une ébauche très grossière et très limitée d'un vaste territoire<sup>8</sup>. Elle vise à montrer que le combat mené par les Autochtones pour leur autonomie gouvernementale n'a jamais été une simple question nationale. Elle montre également que les enjeux soulevés par la question autochtone ne sont pas limités à la réconciliation canadienne, mais qu'ils touchent l'avenir même de la souveraineté du peuple en tant que principe servant à légitimer l'organisation politique. À mon sens, pour discerner ces enjeux, nous devons rejeter la vision simpliste de l'historicisme qui sert de fondement au mythe de l'État unitaire et de son peuple unifié et singulier. Il faut accepter le fait que la revendication du titre et des droits ancestraux par les Autochtones *n'a jamais été simplement une affaire nationale*. La mise en application future de la DNUDPA ne ressemble donc pas à l'arrivée soudaine d'un étranger, car elle s'inscrit plutôt dans une tradition vieille de 240 ans : celle du constitutionnalisme et de la diplomatie autochtones.

## Les luttes internationales et infranationales pour la décolonisation

Il existe tout un ensemble de lignes qui se croisent et se chevauchent entre la lutte pour l'autonomie gouvernementale des Autochtones au Canada et le processus international de décolonisation. Les Six Nations qui ont présenté leurs arguments devant la Société des Nations dans les années 1920 (tactique aussi utilisée par les Maoris durant la même période) et l'affaire *Lovelace* dans les années 1970 montrent clairement que le droit international a toujours fait partie du dialogue au Canada<sup>9</sup>. Il a en effet été mêlé à chaque grande évolution de la politique canadienne relative aux Indiens, ce qui n'est pas surprenant. Après tout, les institutions juridiques internationales du XX<sup>e</sup> siècle ont été conçues pour restructurer le système colonial du siècle précédent<sup>10</sup>. Dès leur création, ces institutions ont offert des avenues par lesquelles tous les peuples colonisés (soumis autant à la colonisation interne qu'externe) pouvaient contester la légitimité du système mis en place par les puissances coloniales. Cela voulait dire que le langage et les pratiques de légitimation coloniale étaient à la fois contestés et confirmés sur la scène internationale et infranationale. Les arguments que les peuples autochtones du Canada ont fait valoir au cours des 240 dernières années (ce que James Tully appelle : [TRADUCTION] [l'] « argument de la souveraineté préalable et coexistante » et que bien des auteurs—suivant l'exemple de Russel Lawrence Barsh et Henderson—désignaient comme étant [TRADUCTION] le « fédéralisme de traité ») ont été appliqués au discours juridique international alors émergent<sup>11</sup>. Les Autochtones ont appliqué et adapté à l'échelle internationale les ressources historiques et contextuelles de l'argument fondé sur la souveraineté antérieure au concept de l'autodétermination (et coexistante). L'autodétermination a par conséquent toujours suivi une trajectoire non pas séparée, mais bien connexe et parallèle.

Ce constat saute aux yeux dès que nous commençons à examiner l'évolution de la lutte infranationale au Canada par rapport au développement du droit international. La deuxième vague de diplomatie autochtone internationale (par suite de l'échec de la Société des Nations) commence avec la montée des luttes pour les droits de l'homme sur la scène internationale dans les années 1960<sup>12</sup>. Au milieu de

8 Il serait plus approprié d'adopter une approche comparative et internationale. Il s'agirait d'abord d'explorer la question de l'autodétermination autochtone dans plusieurs contextes de colonisation de peuplement et d'analyser les liens entre ces ensembles de lois, de politiques, de pratiques et d'institutions (qui sont les rouages de la Couronne) et leur influence sur les institutions juridiques internationales du XX<sup>e</sup> siècle. À mon avis, ce n'est pas par hasard que le système de mandats instauré par la Société des Nations ressemble à ce point aux rouages de la Couronne qui l'ont précédé dans des dominions comme le Canada. Étant donné l'objet de ma présente enquête, ce projet élargi peut être vu seulement comme un sujet d'étude ultérieur.

9 Henderson, *supra* note 7, p. 24.

10 Voir : Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* [Cambridge (R.-U.), Cambridge University Press, 2005] et Marti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960* [Cambridge (R.-U.), Cambridge University Press, 2001].

11 James Tully, *Public Philosophy in a New Key*, vol. 1 [Cambridge (R.-U.), Cambridge University Press, 2008], p. 278 [Tully, *Public Philosophy*]; Russel Lawrence Barsh et James Youngblood Henderson, *The Road: Indian Tribes and Political Liberty* [Berkeley (Calif.), University of California Press, 1980].

12 Henderson, *Indigenous Diplomacy*, *supra* note 7, p. 24.

cette décennie, la Déclaration des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>13</sup> et, quelques années plus tard, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, ont donné une définition de la « discrimination raciale » qui a permis d'enlever toute légitimité à l'octroi de droits séparés à différents groupes raciaux<sup>14</sup>. Même si la Déclaration ne mentionnait pas les peuples autochtones, il était clair qu'elle pouvait servir à mettre fin aux droits issus de traités, et c'est précisément ce que le Livre blanc visait en 1969<sup>15</sup>. Cette évolution (non intentionnelle) contre les droits des peuples autochtones a été contrebalancée par les pactes en matière de droits de l'homme qui ont été élaborés en 1966 (le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques), puisque l'article premier des deux instruments affirme que « tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes<sup>16</sup>. » Ont suivi toute une vague d'efforts diplomatiques internationaux de la part des Autochtones. C'est grâce à cette concertation qu'en 1972 — une année avant l'arrêt *Calder* — la Sous-commission pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a nommé un rapporteur spécial chargé de mener une étude sur les problèmes de discrimination à l'encontre des populations autochtones<sup>17</sup>. En 1975, la Cour internationale de justice (CIJ) a publié son avis consultatif dans l'affaire du Sahara occidental<sup>18</sup>. Tully donne un résumé utile de l'avis :

[TRADUCTION]

[...] la CIJ a rejeté la doctrine de la découverte et affirmé que c'est seulement avec le consentement des habitants, au moyen d'un accord public, qu'un souverain étranger pouvait acquérir le droit d'entrer sur un territoire qui n'est pas un territoire sans maître (*terra nullius*). La Cour a précisé aussi que la structure et la forme de gouvernement en place ainsi que le fait qu'un peuple soit jugé moins civilisé ne constituent pas des critères valides quand il s'agit de déterminer si les habitants possèdent des droits, notamment le droit à l'autodétermination. La considération valide ici, c'est l'existence ou non d'une organisation sociale et politique<sup>19</sup>.

Cet avis portait un autre coup aux doctrines du XIX<sup>e</sup> siècle ayant légitimé les projets coloniaux européens. Ses ramifications n'ont pas été limitées (et c'est bien ainsi) aux populations qui avaient été soumises à une forme externe de colonisation : elle s'ajoutait à la tendance qui se dessinait à l'international concernant l'autodétermination des Autochtones. En 1977, par exemple, à la Conférence internationale des ONG sur la discrimination à l'égard des populations autochtones dans les Amériques, qui s'est déroulée à Genève, les leaders autochtones ont cherché à élaborer des normes en matière de droits de la personne qui seraient appropriées dans ce contexte. Cet effort diplomatique a donné lieu à la déclaration de principes pour la défense des nations et peuples autochtones de l'hémisphère

13 Déclaration pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Résolution 1904 de l'AG (XVIII), UNGAOR, 18<sup>e</sup> session, Doc. de l'ONU A/RES/18/1904 (20 novembre 1963).

14 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); en ligne : <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>>.

15 Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, *Politique indienne du gouvernement du Canada* (Livre blanc sur la politique indienne), Imprimeur de la Reine, n° au catalogue R32-2469 (Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1969).

16 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 993 UNTS 3, 6 ILM 360 (entré en vigueur le 3 janvier 1976); en ligne : <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 UNTS 171 (entrée en vigueur le 16 décembre 1976); en ligne : <<http://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>.

17 Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, José R. Martínez Cobo, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add. 4 (1987).

18 *Sahara occidental*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 12.

19 Tully, *Public Philosophy*, supra note 11, p. 281.

occidental<sup>20</sup>. Plus tard, en 1982, naissait le groupe de travail sur les populations autochtones, qui était intégré à la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de la Commission des droits de l'homme (de l'ONU). Il s'agissait du début d'un long et difficile processus qui a débouché sur la DNUDPA en 2007<sup>21</sup>. Bien que cet instrument marque une étape importante dans la lutte des Autochtones pour leur autodétermination, il présente certaines lacunes. Par exemple, comme le souligne Tully : [TRADUCTION] « Dans la Déclaration de 2007, la priorité qui transcende toutes les autres, soit la compétence exclusive de l'État et son intégrité territoriale, est reproduite plutôt que remise en question dans la façon dont la distinction entre l'autonomie interne et externe peut être interprétée<sup>22</sup>. » La principale question à trancher concerne le conflit entre l'intégrité territoriale (article 46) et l'autodétermination (articles 3 et 4)<sup>23</sup>. Ce conflit n'est pas nouveau, car il a exercé une influence sur le passage de la scène juridique infranationale à la scène internationale.

Le rejet de la question autochtone à la Société des Nations par les États issus de la colonisation et les puissances coloniales (au nom de l'intégrité territoriale) s'est transposé aux Nations Unies<sup>24</sup>, comme en témoigne la Déclaration des Nations Unies sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, qui a légitimé le démantèlement des projets de colonisation externe tout en excluant la colonisation interne<sup>25</sup>. Ce qu'on a appelé la « théorie de l'eau salée » a entraîné le déni du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Ce déni se justifiait encore une fois par le souci de protéger l'intégrité territoriale, approche intéressante pour les pays nouvellement indépendants qui avaient hérité des profondes fractures sociales et culturelles léguées par les puissances coloniales et qui s'inquiétaient des risques de divisions infranationales.

La structure de base de l'argument fondé sur l'intégrité nationale n'était d'aucune façon nouvelle pour les peuples autochtones : elle existe depuis la décision rendue en 1888 dans l'affaire *St. Catherine's Milling*, dans laquelle on affirme que les Autochtones (sans qu'ils y aient consenti) font déjà partie d'un État<sup>26</sup>. Comme par magie, les revendications des Autochtones à l'égard de leurs terres et les traités préexistants conclus de nation à nation ont été réduits à de simples cadeaux reçus de la Couronne impériale, dont le fardeau devait ensuite être porté par le dominion—fardeau qui pouvait être, comme nous le savons bien, abandonné unilatéralement ou, en fait, « éteint », pour reprendre la terminologie juridique. Cet argument magique camoufle ses hypothèses de base en se présentant comme une simple application des règles d'interprétation formelle des lois. C'est sur la base de cet argument que lord Watson peut interpréter le paragraphe 91(24) comme étant l'octroi complet et final d'un pouvoir unilatéral sur les Autochtones et leurs terres<sup>27</sup>. Ce qu'il met de côté (et doit toujours refuser), c'est

20 Déclaration de principes pour la défense des nations et peuples autochtones de l'hémisphère occidental, Doc. de l'ONU E/CN.4/Sub.2/476/Add.5, Annexe 4 (1981).

21 DNUDPA, *supra* note 1.

22 Tully, *Public Philosophy*, *supra* note 11, p. 285.

23 DNUDPA, *supra* note 1. Ce conflit surgit aussi nécessairement en ce qui a trait au « consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause », car la notion de consentement présuppose l'autonomie gouvernementale et la compétence à l'égard du territoire (art. 10, 11, 19, 28 et 29).

24 Il s'agit de l'affaire touchant le statut de la réserve des Six Nations que le chef Deskaheh (aussi connu sous les noms de Hi-wyi-iss et Levi General) a porté à l'attention de la Société des Nations en 1923. Voir : Deskaheh, « The Redman's Appeal for Justice », cité dans *Strange Visitors: Documents in Indigenous-Settler Relations in Canada from 1876*, Kevin D Smith, dir. [Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 2014], p. 143 à 148. Même s'il n'a pu obtenir d'audience formelle (à cause en grande partie des menaces britanniques), ses efforts ont soulevé énormément d'intérêt sur la scène internationale et ont incité le dominion du Canada à publier une réponse en bonne et due forme dans le journal officiel de la Société des Nations en 1924. Voir : « Appeal of the 'Six Nations' to the League » (1924), Société des Nations, *Journal officiel*, vol. 6, p. 829.

25 Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux, Résolution 1514 de l'Assemblée générale, UNGAOR, 15<sup>e</sup> session, Supp. N° 16, Doc. de l'ONU A/4684 (14 décembre 1960); en ligne : <<http://www.un.org/fr/decolonization/declaration.shtml>>. Voir également : Tully, *Public Philosophy*, *supra* note 11, p. 283.

26 *St. Catherine's Milling and Lumber Co c. R.* [1888] UKPC 70, 14 App Cas 46 [*St Catherine's Milling*, référence dans App Cas].

27 *Ibid.*, p. 59.



toute mention du contexte dans lequel s'inscrit cette disposition constitutionnelle. Pour que l'argument continue de servir de justification, il faut soit que la Couronne britannique puisse donner ce qu'elle ne possède pas, soit qu'elle puisse interpréter (unilatéralement) en sa faveur tous les accords préexistants. Une fois que ses fondements sont mis au jour, l'argument se résume finalement à la « loi du plus fort ». Cette absence de justification repose sur l'invention juridique pernicieuse et absurde qui est connue comme la « doctrine de la découverte » (et que j'appelle « logique de Barbe-Bleue »<sup>28</sup>) et sur des recours concertés à la violence (notamment le recours aux forces policières pour réprimer les Six Nations dans les années 1920 et l'emploi du pouvoir policier et militaire par le Canada en réponse à la résistance des Mohawks de Kanesatake, durant la Crise d'Oka en 1990<sup>29</sup>).

La nature inaltérable de cette réponse se reflète aussi dans la similarité entre les arguments avancés par le Canada contre les Six Nations dans les années 1920 et ceux qu'il a invoqués contre la nation Mi'kmaq dans les années 1980. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies avait accepté, en 1980, une plainte déposée par la nation Mi'kmaq au sujet d'atteintes à son droit à l'autodétermination. Tout juste un mois après que le Canada a été avisé de la plainte par le secrétaire général de l'ONU, la Sûreté du Québec (police provinciale) a effectué une descente sur la réserve Mi'kmaq de Listuguj. Le Canada a ensuite donné sa réponse officielle aux Mi'kmaq, et sa position était simple : [TRADUCTION] « l'autodétermination ne saurait être préjudiciable à l'unité nationale et à l'intégrité territoriale du Canada ». De plus, dans cette optique, les traités [TRADUCTION] « sont simplement considérés comme rien de plus que des contrats entre un souverain et un groupe de ses sujets<sup>30</sup>. » Autant les diverses réponses que leurs bases conceptuelles restent inchangées.

Les bases conceptuelles de cette position ont refait leur apparition en 1993, à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue à Vienne, en 1993, durant la rédaction de la Déclaration et dans le cadre du Programme d'action de Vienne<sup>31</sup>. Le Canada, de même que l'Indonésie et l'Inde, a adhéré au principe selon lequel les Autochtones devaient être décrits comme un seul peuple et non pas comme plusieurs peuples. Ce principe absurde se justifiait apparemment par le fait que l'emploi du terme au singulier servirait de frein formel à l'application de doctrines issues des droits de la personne afin que ces États puissent continuer de traiter les Autochtones comme une minorité<sup>32</sup>. Donc, le Canada a tout simplement soutenu, de façon continue, que les peuples autochtones ne peuvent aspirer à aucun autre statut que celui d'une minorité ou d'un mouvement sécessionniste. Le processus de réconciliation a été construit sur cette même base, et il a pour but de concilier le pouvoir unilatéral de la Couronne sur les peuples autochtones et leurs terres avec l'interprétation « large » du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les Autochtones ont toujours répliqué en rappelant à la Couronne les traités qu'elle avait signés avec eux et la relation de nation à nation reconnue dans la *Proclamation royale de 1763*<sup>33</sup>.

28 Joshua Nichols, *Reconciliation and the Foundation of Aboriginal Law in Canada* (DCL, University of Victoria, 2017), p. 18 : [TRADUCTION] « Il y a ici une certaine logique qui rappelle le conte de *Barbe-Bleue*. Un château s'ouvre à nous, lecteurs, et nous sommes invités à parcourir chacune des salles, sauf une. Cette salle est un secret ouvert. On nous dit simplement de ne pas utiliser notre clé pour y entrer. Une fois que nous avons violé cette interdiction et que nous sommes entrés dans la salle, nous en découvrons la réalité : elle sert à dissimuler la violence sans mesure ni proportion. Nous constatons aussi que la violence et la mort qu'elle cache (qui sont d'une certaine façon sans relief et banales, car il n'y a pas vraiment de magie en jeu) sont, du moins à mon sens, les fondements réels du château qui expliquent la couleur bizarre attribuée à son propriétaire. La porte à l'intérieur du château, pour rester dans mon analogie, c'est la « souveraineté ». Cette logique à la *Barbe-Bleue* se retrouve chez plusieurs philosophes politiques qui proposent un système de pensée afin d'expliquer les fondements du droit en décrivant un 'état naturel' (ou un autre secret ouvert) dans lequel les règles sont présentées, et cela s'avère paradoxal, comme si à la fois elles faisaient partie du reste du système mais en étaient exclues. »

29 Pour en savoir davantage sur la Crise d'Oka et son contexte, voir : Gerald R. Alfred, *Heeding the Voices of Our Ancestors: Kahnawake Mohawk Politics and the Rise of Native Nationalism* [Oxford (R.-U.), Oxford University Press, 1995], p. 93 à 114.

30 « Response of the Government of Canada respecting Communication submitted by Mr. Alexander Denny on behalf of the people of the Mi'kmaq tribal society on September 30, 1980 (date of initial letter) » [21 juillet 1981], p. 2 et 4; en ligne : <[www.usask.ca/nativelaw/unhrfn/mikmaqfiles/No4.pdf](http://www.usask.ca/nativelaw/unhrfn/mikmaqfiles/No4.pdf)>. Voir également : Henderson, *supra* note 7, p. 38 et 39.

31 Assemblée générale de l'ONU, *Déclaration et programme d'action de Vienne*, 12 juillet 1993, A/CONF.157/23.

32 Henderson, *supra* note 7, p. 53 et 122.

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

Ce contexte nous permet de circonscrire exactement ce qui est en jeu avec la mise en application de la DNUDPA. Il s'agit, tout simplement, du maintien de la souveraineté du peuple en tant que principe qui légitime l'organisation politique. Peut-être que certains lecteurs n'y verront là qu'une hyperbole, mais je leur demanderai alors de prendre un moment pour examiner la situation soigneusement. Le conflit entre l'intégrité territoriale et l'autodétermination est fondamental. C'est une chose que la question de l'autodétermination des Autochtones met en lumière clairement. Si le modèle westphalien de l'État doit être conservé, nous n'avons pas le choix que de refuser de reconnaître les peuples autochtones en tant que peuples. Ils ne doivent être rien de plus qu'une minorité au sein des États actuels<sup>34</sup>. Or, cette position s'assortit d'un coût élevé, car elle doit contourner la réalité historique, c'est-à-dire le fait que les Autochtones n'ont pas consenti à cette relation. Il faut donc simplement tracer une ligne qui interdit tout examen de la justification historique de la souveraineté ou bien demander aux tribunaux de réinterpréter chaque élément de preuve historique. Ces deux options reposent sur l'existence d'un pouvoir unilatéral envers les peuples autochtones, et ni l'une ni l'autre ne sont convaincantes. Elles constituent des tentatives de ruses et un refus de relever le défi de la réconciliation. Tully décrit les conséquences d'une telle stratégie : [TRADUCTION] « la défense *unilatérale* du statu quo, le changement constitutionnel unilatéral et la sécession unilatérale créent tous une injustice dans le sens qu'ils violent à l'égard des autres le principe même qui est invoqué pour justifier le geste qui est posé. En outre, ces gestes unilatéraux sont instables, car les marginalisés gardent rarement le silence longtemps. Toute la force de la société en place ou de l'État sécessionniste ne peut stabiliser réellement une situation injuste ni obtenir la reconnaissance nécessaire de la part des tiers, comme nous l'avons constaté dans bien des cas tragiques<sup>35</sup>. »

Les conséquences sont inévitables : soit que nous trouvons un moyen de nous légitimer par la ruse (et de dépendre alors la résistance comme une force sécessionniste), soit que nous renonçons à toute légitimité. D'une manière ou d'une autre, il est clair maintenant que le modèle westphalien de l'État fait face à un dilemme. Disons plus simplement que l'image du navire de la démocratie n'est plus acceptable. Clifford Geertz décrit comme suit la situation actuelle :

[TRADUCTION] La théorie diffusionniste, suivant laquelle le monde moderne a été créé en Europe du Nord et en Europe occidentale, puis qu'il s'est diffusé comme une tache d'huile sur le reste du monde, cache le fait que, au lieu de converger selon un modèle unique, ces entités appelées « pays » se sont donné un ordre nouveau, un ordre qui exerce de plus en plus de pression sur les notions européennes, de toute façon déjà instables, de ce qui constitue un pays et de ce qu'en sont les fondements. Les conséquences véritablement radicales de la décolonisation commencent tout juste à être reconnues. Pour le meilleur ou pour le pire, la dynamique de la création de nations en Occident n'est pas en train de se répéter. Il y a quelque chose de nouveau qui se produit<sup>36</sup>. »

Ce sont précisément les conséquences du processus de décolonisation qui sont en jeu dans la question de la mise en application de la DNUDPA. Si le gouvernement canadien maintient le cap à partir du statu quo et utilise son cadre actuel pour interpréter restrictivement le droit à l'autodétermination de manière à le faire concorder avec le modèle municipal décrit dans l'affaire *St. Catherine's Milling*, il ne

34 Les travaux de Will Kymlicka sur le sens du terme « minorité » se révèlent particulièrement utiles sur ce point, car le chercheur établit une distinction claire entre une « minorité ethnique » et une « minorité nationale ». Comme il le précise très bien, la revendication de base sous-tendant les droits liés à l'autonomie gouvernementale n'est pas simplement que certains groupes sont désavantagés au sein de la communauté politique (droits de représentation), ni que la communauté politique présente une diversité culturelle (droits polyethniques). Ce qui est revendiqué, c'est plutôt qu'il y a plus d'une communauté politique et que l'autorité de l'État ne peut être présumée avoir préséance sur l'autorité des communautés nationales constituantes. Si le pouvoir appartient au peuple dans une démocratie, alors les minorités nationales revendiquent l'existence de plus d'un peuple, où chacun a le droit de se gouverner lui-même. » Voir : Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* [Oxford (R.U.), Oxford University Press, 1995], p. 182.

35 Tully, *Public Philosophy*, supra note 11, p. 201 [italiques figurant dans l'original].

36 Clifford Geertz, *Available Light: Anthropological Reflections on Philosophical Topics* [Princeton (N.J.), Princeton University Press, 2000], p. 230 et 231.

pourra jamais atteindre son but : la réconciliation<sup>37</sup>. Comme Tully nous le rappelle : [TRADUCTION] « Si la Constitution ne s'appuie pas sur le consentement du peuple ou de ses représentants, ou encore s'il n'existe aucune procédure pour la modifier dans ce sens, alors on ne peut parler d'autonomie gouvernementale ni d'autodétermination, car ils sont gouvernés et leur existence est déterminée par un ensemble de lois qui leur sont imposées. Ni l'un ni l'autre n'est libre. Voilà le principe de la souveraineté du peuple grâce auquel les peuples et gouvernements modernes peuvent être considérés libres et légitimes<sup>38</sup>. »

En conséquence, les peuples autochtones seront finalement enfermés dans une prison constitutionnelle construite par les tribunaux et, quand ils demanderont pourquoi ils s'y retrouvent, on leur répondra que c'est pour concilier le pouvoir et le devoir. Toutefois, ce n'est pas la seule avenue qui s'offre. Il est également possible de profiter de la mise en application de la DNUDPA pour identifier les obstacles du passé puis les supprimer de la structure actuelle. Le Canada peut être un exemple du modèle d'État post-Westphalie, dont le point de départ est la pluralité ouverte et non la reconnaissance. Cette démarche permettra de remplacer le modèle unitaire du navire de la démocratie dans son voyage sans fin vers la réconciliation—qui n'a jamais été autre chose qu'un mécanisme théologique d'exclusion—au moyen du canot noir, immobile, porteur de la diversité<sup>39</sup>. Autrement dit, on peut saisir l'occasion de parvenir à la réconciliation avec les peuples autochtones et d'ainsi modeler les processus futurs d'autodétermination à l'interne.

**I** Joshua Nichols est associé au Programme de recherche en droit international du CIGI. À ce titre, il explorera les conséquences possibles de la mise en application de la DNUDPA sur le droit constitutionnel. Il consultera également les Autochtones au moyen d'ateliers et d'autres mécanismes dans le cadre de sa recherche.

Avant de devenir associé, M. Nichols a contribué aux travaux de recherche du CIGI sur le droit autochtone international. Il a étudié l'exercice de la sagesse dans les économies communautaires autochtones à l'Université de Victoria et est l'auteur de *The End(s) of Community: History, Sovereignty, and the Question of Law*, publié en 2013 par la Wilfrid Laurier University Press. Il a également rédigé un ouvrage qui sera publié sous peu par l'University of Toronto Press et dans lequel il analyse les fondements du droit autochtone.

Joshua Nichols a obtenu son baccalauréat en sciences politiques et une maîtrise en sociologie de l'Université de l'Alberta. Il est également titulaire 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. Enfin, il fait partie de la Law Society of British Columbia et de l'Association du Barreau Autochtone du Canada.

37 *St Catherine's Milling*, supra note 26.

38 Tully, *Public Philosophy*, supra note 11, p. 286.

39 Référence à la sculpture emblématique de Bill Reid *The Spirit of Haida Gwaii*, et plus particulièrement à l'interprétation qu'en fait James Tully. Comme celui-ci l'affirme : [TRADUCTION] « La réponse donnée par le canot noir est que, même si les passagers luttent et négocient pour obtenir la reconnaissance et le pouvoir, ils le font toujours en accord avec les trois conventions [la reconnaissance mutuelle, le consentement et la continuité]. Nous devons écouter la description de chaque membre de l'équipage et, de fait, nous interroger nous-mêmes, pour trouver de nouvelles descriptions acceptables pour tous qui vont aplanir les différences que nous voulons voir reconnaître par les autres. » Tully, James, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* [Cambridge (R.-U.), University Press, 1995], p. 111 et 212.











# Règles de droit autochtones, droit canadien et DNUDPA



Gordon Christie

Le terme « droit autochtone » ne fait pas seulement référence à des systèmes de règles ou de préceptes, mais également au pouvoir des communautés et nations autochtones de définir leur propre interprétation du droit et de décider de la forme particulière que peuvent prendre leurs systèmes juridiques et du contenu qu'ils peuvent avoir. Dans le présent article, nous nous centrerons sur l'existence d'un droit des Autochtones vis-à-vis de leurs terres et leurs eaux traditionnelles. Le droit autochtone est lié au pouvoir qu'ont les communautés autochtones de prendre, à l'égard de terres et d'eaux données, des décisions qui ont force exécutoire et lient toutes les parties intéressées eu égard à la façon de considérer ces terres et ces eaux. Ce pouvoir vise aussi la manière dont les gens qui vivent sur les terres en question sont vus, de même que, notamment, la vision qu'ont ces gens de leur rapport à la terre, à la base, en ce qui touche leurs droits et pouvoirs ainsi que l'exploitation des terres ou encore la question des responsabilités et de l'intendance.

Par conséquent, la question qui s'impose est la suivante : comment les autorités canadiennes peuvent-elles réagir aux défis posés par la mise en application de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA)<sup>1</sup> en tenant compte de l'existence de droits juridiques et politiques autochtones à l'égard des territoires autochtones. Pour employer la métaphore du « tressage » (ou de l'intégration) de règles ou systèmes de droit différents, prenons l'image de brins distincts (ou d'autorités distinctes) — soit la Couronne et les nombreuses communautés autochtones — dont chacune jouit d'un pouvoir sur un territoire commun et chacune a possibilité de contribuer à la création d'une « tresse » commune en apportant son propre « brin »

<sup>1</sup> Résolution 295 de l'AG, UNGAOR, 61<sup>e</sup> session, Supp. N° 49, Doc. de l'ONU, A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007): en ligne : <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_fr.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_fr.pdf)>.



(ou droit), toutes devant collaborer pour déterminer, en se fondant sur le droit international en guise d'orientation, comment le droit de l'État et le droit autochtone peuvent s'imbriquer afin de créer une « tresse » unique et solide (ou un droit unique bien défini).

Pour les besoins de l'exercice, imaginons l'État canadien et ses tribunaux participant à l'imbrication (l'intégration) de ces systèmes de droit comme (on peut l'imaginer) quelqu'un s'emploierait à confectionner, à partir des matériaux qu'il a sous la main, une seule tresse (un seul droit). Il faudrait commencer par aborder la notion selon laquelle l'État peut exercer un contrôle sur le droit autochtone<sup>2</sup>. Or, imaginer que l'État exerce ce contrôle suppose qu'on voit le droit autochtone comme un ramassis d'éléments disparates qui forment au mieux un ensemble de règles et de principes, ce qui aurait assurément pour effet de nous faire écarter le droit autochtone. Il ne peut y avoir de droit autochtone que s'il y a des autorités juridiques et politiques autochtones reconnues, des entités qui peuvent déterminer la nature et le fonctionnement des systèmes de droit en question. Éliminer la possibilité de reconnaître l'existence de telles autorités ou entités ainsi que leur pouvoir ou autorité à l'égard de leurs règles de droit et leurs politiques, c'est entrer de plain-pied dans un monde où le projet colonialiste acquiert sa pleine ampleur.

En fait, le défi qui se pose est passablement plus grand que ce que certains veulent bien croire. Bien que les autorités canadiennes puissent penser que la tâche à accomplir ne consiste qu'à déterminer comment elles mettront en application la DNUDPA (peut-être en tenant compte de l'« avis » des dirigeants autochtones), le vrai défi (tel qu'il apparaît si on prend au sérieux la DNUDPA et les systèmes juridiques autochtones) est de reconnaître et accepter l'existence d'un pluralisme juridique et de partir de là pour s'attaquer à la tâche.

Les recommandations formulées dans le présent article tiennent compte des dispositions de la DNUDPA et de ses principes sous-jacents, car cet instrument traite clairement de l'idée selon laquelle les Autochtones ont les pouvoirs juridiques et politiques requis pour étayer cette vision d'un fort pluralisme juridique<sup>3</sup>. Si l'on envisage le défi à relever comme un exercice de « tressage » (ou d'intégration) devant être mené à bien au Canada par la Couronne et les peuples autochtones, au fur et à mesure de leurs discussions à titre de partenaires sur la manière de collaborer pour mettre en application la DNUDPA, cet instrument doit devenir en soi un point de discussion en tant qu'élément à l'appui de l'idée suivant laquelle l'exercice doit être effectué dans une telle optique<sup>4</sup>. D'aucuns pourraient affirmer que la raison pour laquelle nous abordons la question avec cette métaphore du tissage ou tressage de plusieurs

2 Il faut également imaginer que la Couronne exerce un contrôle sur le droit international, mais seulement en ce sens qu'elle a tout le loisir de décider des aspects de ce droit elle mettra en application à l'échelle nationale, ce qui témoignerait de la façon dont l'État et ses tribunaux voient le droit international.

3 DNUDPA, *supra* note 1, art. 18 et 34, et paragr. 20(1), fait notamment référence à cette autorité ou ce pouvoir :

article 18 : Les peuples autochtones ont 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.

Paragraphe 20(1) : Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de développer leurs systèmes ou institutions politiques, économiques et sociaux, de disposer en toute sécurité de leurs propres moyens de subsistance et de développement et de se livrer librement à toutes leurs activités économiques, traditionnelles et autres.

Article 34: Les peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles et leurs coutumes, spiritualité, traditions, procédures ou pratiques particulières et, lorsqu'ils existent, leurs systèmes ou coutumes juridiques, en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme. [Italiques ajoutés]

4 Par exemple, dans le préambule de la DNUDPA, on reconnaît « la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones, qui découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire et de leur philosophie, en particulier leurs droits à leurs terres, territoires et ressources », alors qu'aux articles 18 et 19, on affirme que « Les peuples autochtones ont 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 » et qu'il faut que « 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 ». *Ibid.*, Préambule, art. 18 et 19.



systèmes juridiques, c'est que nous acceptons l'esprit et la lettre de la DNUDPA dans leur ensemble. Si l'État est sérieux relativement à ses déclarations sur la mise en application de la DNUDPA, il verra, lui aussi, que la voie de la sagesse quant à la façon d'aborder cette tâche réside dans un véritable esprit de collaboration.

On doit donc commencer par le commencement, plusieurs parties étant intéressées et ayant autorité sur le même territoire. Dans un tel contexte, comment le « tressage » (ou l'intégration) des différents droits peut-il s'effectuer? Pour que soient reconnue et acceptée une forme bien établie de pluralisme juridique, il faut un dialogue sur les questions en jeu. En effet, chaque partie détentrice de pouvoirs juridiques et politiques doit être *convaincue* qu'elle doit agir car, en théorie, aucune d'entre elles ne détient le pouvoir de contraindre l'autre ou les autres<sup>5</sup>. Beaucoup de chose dépendrait donc de la manière se dérouleraient dont les discussions entre la Couronne et les communautés autochtones. Néanmoins, il existe des facteurs historiques et socio-politiques susceptibles de déterminer certaines conditions et témoignant d'enjeux que la Couronne doit régler afin de permettre un dialogue fructueux. Ces facteurs nous indiquent où l'État doit concentrer ses énergies dans l'immédiat (à l'heure où l'on se dirige vers un monde où un dialogue fructueux peut avoir lieu).

Parmi les principales questions auxquelles l'État doit accorder de l'attention, mentionnons le colonialisme (et ses séquelles toujours vivantes)<sup>6</sup>. On ne peut raisonnablement pas s'attendre à ce qu'un dialogue productif ait lieu entre la Couronne et les communautés autochtones au sujet de la DNUDPA sans d'abord se pencher sur la lourde et problématique chape laissée par un siècle et demi de colonisation. Les pouvoirs juridiques et politiques des Autochtones ont été sans cesse attaqués depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. En outre, tout indique (ce qui est inquiétant) que la Couronne persiste dans la même optique, pensant qu'elle peut continuer à aller de l'avant alors que les effets de ces attaques demeurent entiers et ne sont pas résolus. On peut même dire que les attaques se poursuivent, car la

5 Cela fait contraste avec la plupart des processus de cogestion et de planification territoriale que nous avons pu observer au cours des dernières décennies. Dans la plupart des cas, c'est la Couronne qui a fixé les modalités du « dialogue » qui allait suivre, permettant des discussions uniquement au sujet de certains aspects. Bien sûr, il existe des exceptions dignes de mention telles que le protocole d'entente *Kunst'aa guu - Kunst'aayah*, intervenu en 2009 entre la Nation haïda et le gouvernement de la Colombie-Britannique, et dont le préambule joue un rôle clé car il établit l'interprétation à donner à la situation quant aux questions de compétence et de propriété eu égard aux terres haïdas. Ces derniers affirment que : [TRADUCTION] « Haida Gwaii, y compris ses eaux et ses ressources, est une terre haïda assujettie aux droits, à la souveraineté, à la propriété, à la compétence et au titre collectif de la Nation haïda qui gèrera Haida Gwaii selon ses lois, politiques, coutumes et traditions propres ». De son côté, la Colombie-Britannique estime qu'il s'agit d'une [TRADUCTION] « terre de la Couronne assujettie à certains droits ou intérêts privés, à la souveraineté de sa Majesté la Reine ainsi qu'à la compétence législative du Parlement du Canada et de l'Assemblée législative de la province de Colombie-Britannique ». Essentiellement, les deux parties à ce protocole s'accordent pour dire qu'elles ne sont pas d'accord quant à ces questions fondamentales et comptent, à partir de là, commencer à déployer des efforts pour parvenir à des accords en matière de planification territoriale et de questions connexes. Ce n'est pas un processus qu'on peut observer dans la plupart des autres relations entre la Couronne et les peuples autochtones. Voir : « *Kunst'aa guu - Kunst'aayah Reconciliation Protocol* » (2009); en ligne : Council of the Haida Nation, <[http://www.haidanation.ca/wp-content/uploads/2017/03/Kunstaaguu\\_Kunstaayah\\_Agreement.pdf](http://www.haidanation.ca/wp-content/uploads/2017/03/Kunstaaguu_Kunstaayah_Agreement.pdf)>.

6 La DNUDPA est en grande partie formulée à la lumière de l'histoire du colonialisme et des conséquences de ce dernier sur la capacité des peuples autochtones à exercer leur souveraineté sur leurs terres et leurs eaux. Par exemple, ses articles 25 et 26 abordent les droits que les communautés autochtones ont en ce qui a trait à leurs territoires traditionnels et des difficultés qu'elles éprouvent leurs efforts pour assumer pleinement leurs responsabilités à cet égard, tandis que son paragraphe 20(2) et son article 28 parlent d'une « indemnisation juste et équitable » pour les torts subis par les Autochtones tout au long de l'histoire. *DNUDPA*, supra note 1;

Article 25 : 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.

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 20(2) : Les peuples autochtones privés de leurs moyens de subsistance et de développement ont droit à une indemnisation juste et équitable.

Paragraphe 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.

Couronne agit avec agressivité, comme si elle était la seule autorité à avoir une souveraineté sur le Canada, dont l'intégralité est aussi un territoire autochtone.

Les rares aspects pour lesquels les pouvoirs juridiques et politiques des peuples autochtones peuvent s'exercer dans le contexte de la relation entre la Couronne et les Autochtones doivent être soigneusement examinés, car plus cet exercice apparaît comme important et intégral, plus on constate qu'il découle d'une résistance constante de la part des nations autochtones. Il suffit de gratter un peu pour découvrir que des ressources et de l'énergie, à la faveur de circonstances fortuites, le tout au service du long, continu et difficile combat des Autochtones pour se tenir debout devant la puissance de la Couronne et face à l'intimidation et aux pressions exercées par elle.

Dans le sommaire de son rapport final, la Commission de vérité et réconciliation a souligné la tension sous-jacente qui a donné lieu à cette lutte, qui paraît sans fin : « Ce qui est clair pour la présente Commission, c'est que les peuples autochtones et l'État ont des opinions très différentes et divergentes sur la définition de la réconciliation et la meilleure façon d'y arriver. Le gouvernement du Canada semble croire que la réconciliation signifie que les peuples autochtones acceptent la réalité et la validité de la souveraineté de l'État et de la suprématie du Parlement afin que le gouvernement puisse faire son travail. Quant aux peuples autochtones, ils considèrent la réconciliation comme une occasion d'affirmer leur propre souveraineté et de revenir aux aspirations d'un « partenariat », tel qu'ils le percevaient après la Confédération<sup>7</sup>. »

Vingt ans plus tôt, la même tension sous-jacente était signalée par les membres de la Commission royale sur les peuples autochtones : « Jusqu'ici, les gouvernements ont toujours refusé de reconnaître la continuité des nations autochtones et la nécessité d'enfin les décoloniser. En actes, sinon en paroles, les gouvernements continuent à empêcher les nations autochtones d'assumer les pouvoirs qui leur permettraient de structurer leurs propres institutions et d'élaborer leurs propres solutions aux problèmes sociaux, économiques et politiques. En fait, c'est ce refus qui empêche tout progrès<sup>8</sup>. »

Il y a au moins trois activités que la Couronne peut entreprendre au cours des prochaines années (et décennies), et chacune d'entre elles viendrait réparer un peu des torts infligés aux communautés et nations autochtones, en particulier la capacité de pleinement assumer leurs responsabilités à l'égard des terres et des eaux auxquelles leur vie est liée depuis des générations.

## Activités de la Couronne à l'interne

Dans l'immédiat, la Couronne doit se centrer sur le règlement des questions internes qui l'intéressent. Deux questions requièrent son attention, l'une étant qu'il faut assurer une collaboration étroite et fructueuse entre la Couronne et les peuples autochtones dans les dossiers touchant leurs terres et leur eaux, et l'autre, qu'il faut un changement radical pour qu'on s'engage dans la voie envisagée, dans le cadre d'un pluralisme juridique bien ancré.

Pour collaborer avec l'autorité représentée par la Couronne relativement à leurs territoires traditionnels, les communautés autochtones devront pour la plupart entamer un dialogue avec le gouvernement fédéral et avec l'administration provinciale ou territoriale qui a le plus grand pouvoir de décision quant

7 Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* (2015), p. 241; en ligne : <[http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French\\_Exec\\_Summary\\_web\\_revised.pdf](http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French_Exec_Summary_web_revised.pdf)>.

8 Canada, Affaires autochtones et du Nord Canada, *Points saillants du Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996) [Commission royale]; en ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100014597/1100100014637>>.

à leurs terres et à leurs eaux traditionnelles. Dans les affaires *Tsilhqot'in Nation*<sup>9</sup> et *Grassy Narrows*<sup>10</sup>, la Cour suprême du Canada (CSC) a souligné le changement récent qui correspond à un accent accru mis sur le « fédéralisme coopératif », en particulier dans le cadre de la relation entre la Couronne et les Autochtones. Sur le plan historique, la coopération fédérale-provinciale en matière de questions autochtones s'avère absente ou ponctuelle, et elle s'est généralement manifestée quand on visait à débiliter encore davantage le pouvoir juridique et politique indépendant des Autochtones. Une grande partie des efforts doivent servir à déterminer comment le fédéralisme peut être adapté compte tenu de la nécessité de collaborer dans un univers fondé sur un pluralisme juridique bien ancré. À cet égard, le fardeau incombe à la Couronne, qui doit commencer à agir sur-le-champ dans une optique de fédéralisme coopératif afin que nous entrions dans un monde nouveau où les deux niveaux de l'autorité de la Couronne collaborent afin d'atteindre l'objectif ultime d'assurer une relations coopérative avec les dirigeants autochtones.

Toujours à l'interne, la deuxième intervention doit avoir comme objectif d'adapter la culture en insufflant une nouvelle vie au gouvernement fédéral et aux administrations provinciales. Il faut mettre l'accent sur l'acceptation du fait qu'un pluralisme juridique solide s'impose et qu'il faut délaissier l'attitude actuelle qui consiste à ignorer (ou à nier) le pouvoir juridique et politique des Autochtones, ou à essayer de dompter ces pouvoirs en l'intégrant à la sphère des pouvoirs de l'État. L'adaptation de la culture nécessite plusieurs actes inter-reliés, car la nouvelle culture doit s'instaurer dans tous les ordres de gouvernement, à tous les échelons. Le changement doit se faire du haut vers le bas, et les échelons gouvernementaux les plus élevés — le premier ministre, le Cabinet, les ministres ainsi que les sous-ministres et autres hauts fonctionnaires — doivent montrer la voie, peut-être au moyen de dispositions législatives ou de proclamations (bien que les actes du pouvoir exécutif semblent suffisants dans ce contexte, tant sur le plan fédéral qu'à l'échelle provinciale ou territoriale).

De concert avec les dirigeants des plus hauts niveaux gouvernementaux, il faut s'assurer que les efforts en matière d'éducation et la formation sont déployés dans tous les ordres de gouvernement, à tous les échelons. L'histoire du colonialisme — et plus précisément, dans le cadre du présent article, l'histoire des efforts de la Couronne pour supprimer et abolir les pouvoirs juridiques et politiques indépendants des Autochtones sur leurs terres et leurs eaux — devrait être enseignée à tous les acteurs gouvernementaux, et il faudrait des discussions sur les théories relatives à l'exercice légitime du pouvoir dans une démocratie libérale. Ainsi, on pourrait mettre en lumière le problème fondamental auquel la Couronne se heurte dans ses tentatives pour exercer sa souveraineté sur le territoire géographique du Canada. Il faudrait également faire comprendre à tous les intervenants gouvernementaux qu'un pluralisme juridique bien enraciné n'est pas un but à atteindre, mais plutôt une réalité qui a toujours existé sur notre territoire de terres et d'eaux.

## Activités de la Couronne à l'externe

La deuxième série d'activités à entreprendre réside dans les interactions de la Couronne avec les communautés et nations autochtones. Il faut faire très attention et tenir pleinement compte du fait que la Couronne a toujours été le protagoniste principal dans sa relation avec les peuples autochtones. D'énormes problèmes — dont certains semblent insoluble — accablent les communautés et nations autochtones au moment même où l'on tente d'assurer le maintien, le renforcement et l'exercice de leurs pouvoirs juridiques et politiques. La raison principale de tous les combats autochtones réside dans l'histoire du colonialisme de la Couronne et de ses effets néfastes.

<sup>9</sup> *Tsilhqot'in Nation c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44.

<sup>10</sup> *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, [2014] 2 RCS 447.

Il n'est pas difficile d'imaginer le premier pas que doit faire la Couronne, même si la mise en œuvre intégrale peut représenter un défi de taille. Quoi qu'il en soit, la Couronne doit mettre un terme à ses activités agressives et délaissier les diverses techniques qu'elle a utilisées au fil du temps pour miner et éliminer l'autorité juridique et politiques des peuples autochtones. Au cours des dernières décennies, ces techniques ou activités sont devenues dissimulées, car l'ère des activités coloniales ouvertement déclarées est maintenant révolue. Il faut mettre un terme à la sélection de représentants choisis (des personnes qui appuient les positions gouvernementales) au sein de communautés autochtones déchirées, comme interlocuteurs privilégiés à financer et à installer dans des postes de pouvoir. De plus, toute autre activité annexe visant à disloquer davantage ces communautés et à accentuer les divisions qu'on y trouve déjà doit également cesser.

Outre ces pas que doit franchir la Couronne, l'un des défis qu'elle doit relever a trait à la réparation des torts causés aux Autochtones. La Couronne ne peut pas simplement s'efforcer de réparer les fractures provoquées ni de rassembler de nouveau les membres de ces communautés; ces tâches incombent aux Autochtones eux-mêmes. Cependant, dans bien des cas, les communautés ou nations autochtones ne peuvent pas faire d'avancées substantielles sans que cessent les activités destructrices de la Couronne. Cette dernière doit non seulement renoncer à ces agissements et y mettre fin, il lui faut également faire deux choses. Tout d'abord, elle doit écouter les communautés autochtones et intervenir quand son aide est requise (et quand elle est pertinente, ce qui serait vraisemblablement difficile à déterminer lorsque la communauté en question est depuis des générations habituée à subir les assauts de la Couronne). En second lieu, la Couronne doit contribuer à créer les conditions favorables à une guérison interne de ces communautés. Des ressources peuvent être fournies pour ce faire, des processus de renforcement des capacités peuvent être soutenus (de même que soigneusement planifiés et gérés), et des conseillers disposés à collaborer avec les communautés autochtones pourraient sillonner le pays afin de fournir une orientation externe aux dites communautés. Nous ne pouvons insister suffisamment sur le caractère délicat de toutes ces questions, étant donné l'histoire d'ingérence qui a marqué à jamais les rapports entre les Autochtones et la Couronne.

## Sensibilisation

Enfin, l'État et ses institutions ont beaucoup à faire pour sensibiliser le grand public canadien en la matière<sup>11</sup>. Essentiellement, cela voudrait dire travailler au sein des structures d'enseignement existantes au pays (ce qui, encore une fois, rendrait nécessaire dans bien des cas un solide fédéralisme coopératif). La Couronne devrait également faire appel à différents outils qui s'offrent à elle — financement de médias publics pour promouvoir les programmes traitant de l'histoire du colonialisme et des conséquences de ce dernier sur les pouvoirs juridiques et politiques des Autochtones; financement de projets de recherche visant à améliorer notre compréhension collective de l'histoire des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones ainsi que de questions connexes.

Si les activités de sensibilisation destinées à faire connaître la vérité en ce qui concerne la genèse du Canada et son histoire trouble pourraient grandement contribuer à assainir la situation afin qu'un pluralisme juridique fort puisse s'épanouir, il faut également concentrer les efforts sur une mise au jour de la vérité quant aux défis devant être relevés par le pays, tant les populations autochtones que les collectivités non autochtones. Actuellement, les enjeux les plus urgents sont mondiaux de par leur

11 Cette sensibilisation ou éducation du public a été recommandée dans le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 8 (« On nous a souvent répété, au cours de nos travaux, que la plupart des Canadiens connaissaient mal la réalité et moins encore l'histoire des autochtones. L'information fournie par les programmes scolaires est limitée. Les données diffusées dans les médias sont souvent incomplètes. Peu de gouvernements, d'organismes et d'organisations oeuvrent en vue de sensibiliser leurs membres, leurs employés et leurs collègues aux questions autochtones. [...] L'information constitue une partie de la réponse à ce problème. Nous recommandons un certain nombre de mesures à prendre pour accroître et améliorer la qualité de l'information au sujet des autochtones et de leurs préoccupations [...] Nous invitons les Canadiens à participer à une vaste campagne novatrice visant à sensibiliser la population. »)



nature, mais comme pour toute question de portée mondiale, l'attitude des instances décisionnelles régionales revêt une importance primordiale. La Couronne devrait accorder de l'attention au vaste problème environnemental que nous sommes apparemment décidés à léguer à nos enfants et à nos petits-enfants. Le fait d'évoluer dans un contexte où le pluralisme juridique bien enraciné est bien accepté pourrait permettre à tous d'avancer vers des solutions à ces problèmes. À mesure que se prendront des décisions multipartites difficiles au sujet des terres et des eaux communes, il serait bon de placer les responsabilités en matière d'intendance au cœur des discussions afin qu'elles supplantent la course frénétique à l'exploitation des ressources et l'accumulation capitaliste de biens, qui sont la seule et unique source de toutes ces menaces qui pèsent sur l'ensemble de notre planète au point de vue écologique.

N'oublions pas que ces efforts ne doivent pas englober uniquement des questions d'apparence dans le cadre des processus d'évaluation environnementale existants, selon la perspective ou les connaissances autochtones. Pour qu'un « tressage » adéquat puisse s'effectuer, tous les ordres juridiques doivent être réformés de bas en haut. Les nouveaux systèmes doivent intégrer les principes et les valeurs capables de nous éloigner tous des politiques et modèles du néo-libéralisme, qui sont devenus la source de ce qu'on veut faire passer pour le droit environnemental et la gestion des ressources naturelles.

L'auteur du présent article en a pleinement conscience : il est peu probable que la Couronne envisage sérieusement d'entreprendre l'intégration des deux types de droit dont il est ici question, et ce, en conformité avec les principes sous-jacents de la DNUDPA et dans l'optique d'un pluralisme juridique bien ancré. Toutefois, la Couronne doit tout de même opérer des changements si l'on veut pouvoir imaginer un monde où le droit autochtone et le droit canadien sont reliés conformément aux dispositions de la DNUDPA et aux principes qui la sous-tendent. Partir de la prémisse selon laquelle la Couronne peut exercer un contrôle sur le droit autochtone serait contraire à la réalité du monde d'aujourd'hui et indiquerait que l'État tente de poursuivre ses activités colonialistes.

**Gordon Christie** a enseigné dans les facultés de droit, départements de philosophie et programmes d'études autochtones de diverses universités, au Canada et aux États-Unis. Actuellement professeur à l'école de droit Peter A. Allard de l'Université de la Colombie-Britannique, il centre son enseignement sur des points de droit qui touchent les Autochtones, notamment les questions juridiques, la doctrine et le droit de la responsabilité civile délictuelle eu égard aux peuples autochtones, autant de sujets qui, outre les grands dossiers juridiques autochtones, constituent ses domaines de recherche de prédilection. Il a par ailleurs publié un certain nombre d'articles sur des questions juridiques relatives aux les Autochtones, par exemple : « 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). Gordon Christie est d'origine inupiat et inuvialuit.











# Comment mettre en application la DNUDPA sans créer une autre coquille vide



Jeffery G. Hewitt

De 2007 à sa défaite électorale en 2015, le gouvernement conservateur du Canada de Stephen Harper a obstinément refusé d'adopter et de mettre en application la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA<sup>1</sup>), qu'il considérait en fait comme un document de par nature basé sur des aspirations. Inversement, en 2016, le gouvernement libéral de Justin Trudeau a fait part de son intention d'adopter et de mettre en application la DNUDPA conformément à la Constitution canadienne<sup>2</sup>. Est-ce que cela marque un changement radical dans les relations entre le Canada et les peuples autochtones, ou simplement un « enrobage constitutionnel » libéral des prises de position conservatrices?

## Conduite du Canada sur la scène internationale à propos des peuples autochtones

Parce que la DNUDPA est une déclaration internationale, elle n'est pas contraignante pour les tribunaux canadiens. Cela fait longtemps que le Canada omet d'appliquer les textes non contraignants provenant des Nations Unies qui portent sur les peuples

1 Rés. 295 de l'AG, UNGAOR, 61<sup>e</sup> Session, Suppl. n° 49, Doc. de l'ONU A/RES/61/295, 46 ILM 1013, 2007.

2 Ministre des Affaires autochtones et du Nord canadien, Carolyn Bennett, annonce de l'appui du Canada à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones faite lors de la 15<sup>e</sup> session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, le 10 mai 2016; en ligne : Northern Public Affairs <[www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-undrip-minister-bennetts-speech/](http://www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-undrip-minister-bennetts-speech/)>.

autochtones. Rappelons-nous qu'en 2004, le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, Rodolfo Stavenhagen, est venu au Canada, où il a déclaré qu'il existait [TRADUCTION] « des écarts inacceptables entre les Canadiens [autochtones] et le reste de la population en ce qui concerne la réussite scolaire, l'emploi et l'accès aux services sociaux de base<sup>3</sup>. » Même si diverses recommandations figuraient dans le rapport de M. Stavenhagen, aucune n'a été mise en œuvre, comme en a témoigné un rapport de suivi de 2013. En 2013, le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones James Anaya a déclaré que le Canada vivait une crise en ce qui concerne les peuples autochtones<sup>4</sup>. Il a rappelé les graves préoccupations exprimées dix ans auparavant par M. Stavenhagen, ajoutant que les violations commises contre les Autochtones pouvaient se traduire par le non-respect des droits ancestraux et issus de traités, la violence impunie contre les femmes et les jeunes filles autochtones, et les lacunes relatives aux soins de santé, au logement, à l'éducation, à la salubrité de l'eau potable, et au bien-être et à la protection des enfants autochtones<sup>5</sup>. Dans son rapport de 2013, M. Anaya se disait particulièrement préoccupé par le fait que le Canada ne mène pas assez de consultations appropriées auprès des Autochtones afin d'obtenir leur consentement préalable donné librement et en connaissance de cause — surtout en ce qui concerne l'extraction des ressources —, comme l'exige la DNUDPA<sup>6</sup>.

À la suite de l'élection des Libéraux en novembre 2015, le premier ministre Justin Trudeau a envoyé à la ministre des Affaires autochtones et du Nord une lettre de mandat<sup>7</sup> qui définissait 13 priorités pour son ministère, notamment : la mise en application de la DNUDPA; un examen des lois et politiques relatives à l'obligation de consultation et d'accommodement de la Couronne, qui intègre les peuples autochtones au processus d'examen; la modification de la législation sur l'évaluation environnementale, afin de mieux intégrer les Autochtones au processus, ainsi qu'à l'examen et à la surveillance de l'exploitation des principales ressources au Canada.

Malheureusement, en novembre 2016, le premier ministre a annoncé l'approbation d'oléoducs destinés à transporter des combustibles fossiles des provinces de l'Ouest canadien vers divers endroits du continent<sup>8</sup>, sans avoir passé en revue les lois et les politiques liées à la consultation des peuples autochtones, et sans apporter d'améliorations à la législation sur l'évaluation environnementale, ce qui nécessiterait une consultation des Autochtones. Cette attitude conforte les préoccupations exprimées par M. Anaya en 2013 à propos de l'absence de consultations et de consentement. En bref, le Canada continue à ignorer les préoccupations internationales relatives aux peuples autochtones en dépit du changement de gouvernement. Son intention de mettre en application la DNUDPA aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>9</sup> pourrait ouvrir la porte à une violation de l'article 10 (qui interdit le déplacement des Autochtones sans leur consentement préalable donné librement et en connaissance de cause), malgré les appels de la communauté internationale pour que des changements constructifs soient apportés.

3 Paul Joffe, « UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Not Merely 'Aspirational' », 22 juin 2013; en ligne : <<http://rights.info.yorku.ca/files/2013/06/UN-Decl-Not-merely-aspirational-June-22-13.pdf>>.

4 James Anaya, *Statement Upon Conclusion of the Visit to Canada*, 15 octobre 2013; en ligne : <<http://unsr.jamesanaya.org/statements/statement-upon-conclusion-of-the-visit-to-canada>>.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 Justin Trudeau, premier ministre du Canada, *Lettre de mandat de la ministre des Affaires autochtones et du Nord*; en ligne : <<http://pm.gc.ca/fra/lettre-de-mandat-de-la-ministre-des-affaires-autochtones-et-du-nord>>.

8 Minsky, Amy. « Fact Check: Did Justin Trudeau Break Promises Approving Pipelines? », *Global News*, 30 novembre 2016; en ligne : <<http://globalnews.ca/news/3097871/fact-check-justin-trudeau-break-promise-approving-pipelines/>>.

9 *Loi constitutionnelle de 1982*, soit l'annexe B de la *Loi sur le Canada de 1982*, chap. 11 (R.-U.).

## Violation de la DNUDPA lié à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982

L'article 35 fait partie de la Constitution canadienne, qui comprend la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>10</sup>. L'article 1 de la *Charte* « 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. » Dans l'arrêt de 1986 *R. c. Oakes*<sup>11</sup> (*Oakes*) (affaire qui remettait en question certaines dispositions de la *Loi sur les stupéfiants*<sup>12</sup> qui créaient une inversion de la charge de la preuve, obligeant les accusés à prouver leur innocence), la Cour suprême du Canada (CSC) a rejeté l'inversion du fardeau de la preuve, qualifiée d'inconstitutionnelle dans des limites qui ne sont pas raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'arrêt *Oakes* a établi le critère pour déterminer si le gouvernement peut justifier les infractions à la *Charte* et limiter de ce fait les droits et libertés des Canadiens.

Quatre ans plus tard, en interprétant pour la première fois la signification de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la CSC a rendu son jugement dans l'arrêt *R. c. Sparrow*<sup>13</sup> (*Sparrow*) (contestation d'un règlement sur les permis de pêche qui limitait les droits des Autochtones à des permis de pêche « de subsistance »). Dans *Sparrow*, la Cour a imposé une inversion du fardeau de la preuve aux demandeurs autochtones et établi un critère juridique permettant de porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités. En d'autres termes, elle a appliqué le principe d'inversion du fardeau de la preuve qu'elle avait rejeté dans son arrêt *Oakes* en vertu de la *Charte*. Ce principe de l'équilibre des droits, qui a été établi et affirmé dans la formulation de l'article 1 de la *Charte*, ne s'applique pas à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ne devrait pas y avoir été intégré. Résultat : alors qu'un fardeau inversé va à l'encontre des principes d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article 1 de la *Charte*, de tels principes sont mis de côté lorsque les demandeurs autochtones sont assujettis au droit canadien. *Sparrow* a imposé des limites très lourdes (qui demeurent aujourd'hui) aux droits ancestraux et issus de traités, en faveur d'une théorie colonialiste supposant que les peuples autochtones ont été conquis, et donc soumis à la souveraineté de la Couronne<sup>14</sup>. Cette subjugation des Autochtones permet d'utiliser l'article 35 comme véhicule constitutionnel pour enfreindre les droits ancestraux et issus de traités, et justifier les intentions de la Couronne d'abolir ces droits.

Mais examinons la formulation du paragraphe 35(1), qui porte ce qui suit : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. » L'article 35 ne fait pas mention des « limites raisonnables », contrairement à l'article 1 de la *Charte*. L'interprétation large et libérale que fait la CSC de l'article 1 dans *Oakes* est favorable à la protection des droits individuels et impose à la Couronne le fardeau de justifier ses actions. Par ailleurs, le libellé positif de l'article 35 a donné lieu à une interprétation restrictive et limitée de la Constitution, qui a placé le fardeau de la preuve d'un droit ancestral ou issu de traités sur le demandeur autochtone, tout en protégeant le contrôle que s'arrogeait la Couronne sur les peuples autochtones. Compte tenu de ce traitement insatisfaisant de l'article 35, est-il raisonnable d'attendre des tribunaux qu'ils interprètent mieux la DNUDPA?

Les arrêts *Oakes* et *Sparrow* sont similaires dans leur façon d'étudier le manquement à un droit énoncé dans la *Charte* et à un droit ancestral ou issu de traités, respectivement. En vertu de ces deux arrêts, la Couronne doit viser un objectif à la fois important et urgent, à savoir limiter un droit, mais, selon

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

11 [1986] 1 RSC 103.

12 *Loi sur les stupéfiants*, chap. N1, RSC 1970,

13 [1990] 1 RCS 1075.

14 John Borrows, « With or Without You: First Nations Law (in Canada) », 1996, 41, *McGill Law Journal*, 629.

*Sparrow*, la Couronne pourrait être libérée de l'obligation de justifier davantage ses actions si elle peut démontrer que le droit ancestral a été préalablement aboli. Les deux arrêts nécessitent une connexion rationnelle, une atteinte minimale et une proportionnalité.

À maints égards, l'arrêt *Sparrow* définit l'article 35 et, plus largement, les moyens par lesquels le Canada va s'engager dans une relation avec les Autochtones — exclusivement aux conditions du Canada, ce qui favorise ce dernier. Cela fait partie des moyens par lesquels le Canada continue d'utiliser le droit canadien pour lubrifier le mécanisme qui alimente la théorie colonialiste et entretient le mythe juridique en vigueur depuis longtemps au Canada : celui d'une souveraineté sur les terres, les ressources et les peuples autochtones. Ainsi, 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. Il ne s'agit pas d'offrir une « boîte pleine » de droits (*a full box of rights*<sup>15</sup>) aux Autochtones, comme l'a déclaré sans détour la ministre canadienne des Affaires autochtones; cela pourrait plutôt être vu comme un accès absolu du Canada aux terres et aux ressources des Autochtones.

En appliquant le critère de l'arrêt *Sparrow*, le Canada se libère de l'obligation d'une adoption constructive de la DNUDPA, ce qui lui permet de rester campé sur sa position juridique selon laquelle l'article 35 est une coquille vide<sup>16</sup>. Le non-respect et l'abolition des droits vont à l'encontre des dispositions de la DNUDPA. L'article 35 autorise potentiellement la Couronne à outrepasser les droits des peuples autochtones énoncés dans la DNUDPA — comme le droit à l'autodétermination, le droit à un consentement préalable donné librement et en connaissance de cause et le contrôle des terres<sup>17</sup>. Il y a donc lieu de s'inquiéter et de se demander si la position actuelle du Canada contribue à des relations de nation à nation, ou si elle ne fait que maintenir le statu quo et si elle limite un peu plus un dialogue national sur la réconciliation déjà tendu. Mais il n'existe aucun autre moyen que l'article 35 pour mettre en application la DNUDPA de façon suffisamment constructive pour contribuer au dialogue canadien sur la réconciliation et promouvoir la relation de nation à nation.

## S'appuyer sur la DNUDPA pour établir un lien avec les traditions juridiques autochtones

Le Canada dispose de diverses méthodes de mise en application; il peut notamment adopter l'intégralité de la DNUDPA sous la forme d'une loi habilitante. Dans pareil cas, le contenu de la DNUDPA pourrait être peaufiné et mis en application sans les restrictions prévues à l'article 35, Cela permettrait d'appliquer concrètement les principes de chaque article en plaçant les Autochtones et le Canada sur un pied d'égalité.

Dans un certain nombre d'articles — mais sans doute plus directement dans l'article 5 — la DNUDPA laisse la place au droit autochtone. Elle affirme la nécessité de créer des institutions appuyant l'infrastructure sociale, politique et juridique des peuples autochtones. En outre, la Commission de vérité et réconciliation du Canada a appelé à l'inclusion du droit autochtone et à la création d'institutions juridiques autochtones<sup>18</sup>. Ainsi, au lieu de recourir à l'article 35 et aux limites potentielles qu'il impose, le Canada pourrait décider de financer de nouvelles institutions basées sur les systèmes

15 Bennett, *supra* note 2.

16 Pour en savoir plus : John Borrows, « Frozen Rights in Canada: Constitutional Interpretation and the Trickster », vol. 22, n° 1, *American Indian Law Review*, p. 37, et Douglas Sanders, « The Supreme Court of Canada and the 'Legal and Political Struggle' Over Indigenous Rights », 1990, vol. 22, n° 3, *Canadian Ethnic Studies*, p. 122.

17 DNUDPA, *supra* note 1, articles 3, 10 et 26.

18 Commission de vérité et réconciliation du Canada, Appels à l'actions to Action, Winnipeg (Man.), Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015, recommandation 50; en ligne : <[http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Calls\\_to\\_Action\\_French.pdf](http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Calls_to_Action_French.pdf)>.



de droit autochtones<sup>19</sup> et s'assurer que ces institutions sont tenues d'interpréter la DNUDPA en dehors des limites de l'article 35.

La façon dont le gouvernement Trudeau interprète la DNUDPA par le biais de l'article 35 est totalement différente de la résistance qui caractérisait le gouvernement Harper. Mais il existe de nombreux moyens de résister. Parfois, ce qui peut avoir l'air d'un changement n'est en fait qu'une forme de résistance vue sous un nouvel angle. Si le gouvernement n'accorde pas une attention particulière à la mise en application de la DNUDPA par le biais de l'article 35, la DNUDPA pourrait bien devenir une autre coquille vide qui n'inclut pas les systèmes de droit autochtones.

## Recommandations

On peut raisonnablement craindre que la mise en application de la DNUDPA par le biais de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* finisse par limiter l'impact potentiel de la Déclaration. Il ne faut pas oublier que le Canada a ignoré pendant longtemps les préoccupations internationales relatives aux peuples autochtones, et que les tribunaux canadiens ont instauré une jurisprudence liée à l'article 35, qui autorise le non-respect des droits ancestraux et issus de traités. On n'est peut-être pas très loin d'une atteinte aux droits énoncés dans la DNUDPA. En 1990, dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême a inversé de fardeau de la preuve en ce qui concerne un droit garanti par l'article 35, imposant ce fardeau au demandeur autochtone, alors qu'elle avait elle-même rejeté cette inversion du fardeau de la preuve dans la décision relative à la *Charte* rendue quatre ans auparavant dans l'arrêt *Oakes*. L'article 35 ne fait pas partie de la *Charte*, mais il ne contient pas non plus d'éléments limitatifs comme l'article 1 de la *Charte*. En fait, il reconnaît et affirme les droits ancestraux et issus de traités. Si l'on filtre la DNUDPA par le biais de l'article 35, cela voudra dire qu'il incombera aux demandeurs autochtones de prouver la signification de chaque article de la Déclaration, tout en autorisant la Couronne à porter atteinte à leurs droits. Au lieu de célébrer la mise en application de la DNUDPA, le Canada doit faire preuve de vigilance s'il tient à s'appuyer sur l'article 35 à cette fin. La mise en application de la DNUDPA par le biais de l'article 35 n'est pas inévitable. Le Canada dispose de certaines options. Par exemple :

Il devrait revoir sa position à propos de la mise en application de la DNUDPA par le biais de l'article 35, qui, à la lumière de la jurisprudence, crée des limites et favorise le maintien du statu quo de l'époque coloniale.

Le Canada devrait adopter une loi reprenant chaque article de la DNUDPA afin d'intégrer pleinement celle-ci au droit canadien, ce qui alimenterait le dialogue sur la réconciliation entre le Canada et les Autochtones, dans le cadre d'une relation de nation à nation. En outre, la loi canadienne confirmant l'adoption de la DNUDPA aurait force exécutoire pour les tribunaux canadiens, sans nécessairement les obliger à interpréter cette loi dans le strict contexte de l'article 35.

L'adoption d'une loi distincte d'adoption de la DNUDPA serait positive pour le cadre juridique de la reconnaissance du droit autochtone par le biais des articles de la DNUDPA et des appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation, en vue de la création d'institutions juridiques autochtones

---

<sup>19</sup> Pour en savoir plus sur les règles de droit autochtones, voir : Val Napoleon, « Thinking about Indigenous Legal Orders », in René Provost et Colleen Sheppard (éd.), *Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism*, Dordrecht, Pays-Bas, Springer, 2013, p. 229.

**Jeffery G. Hewitt** (qui est Cri) enseigne en tant que professeur agrégé à la faculté de droit de l'Université de Windsor. Ses recherches portent sur les systèmes de droit et la gouvernance des Autochtones, le droit constitutionnel et le droit administratif, l'art et le droit, les droits de la personne et les recours et le droit des affaires, ainsi que le droit de la santé et les peuples autochtones. Il enseigne le droit constitutionnel, l'accès à la justice et le cours intitulé « Indigenous Peoples, art + law ». Il est titulaire d'un baccalauréat et d'une maîtrise en droit de l'Osgoode Hall Law School et a été admis au Barreau de l'Ontario en 1998. Il a été professeur invité et membre auxiliaire du corps professoral à l'Osgoode Hall Law School et à la faculté de droit de l'Université de Toronto. En 2015, M. Hewitt a reçu la Bourse Charles D. Gonthier de l'Institut canadien d'administration de la justice; il a aussi reçu la bourse McMurtry 2013-2014 de l'Osgoode Hall Law School, où il a étudié le lien entre l'art et le droit autochtones. Il a été président de l'Association du Barreau Autochtone du Canada et avocat général de la Première Nation Rama pendant 14 ans; durant cette période, le bureau de l'avocat général a reçu en 2011 le Prix de la responsabilité sociale pour son travail avec les Aînés et les jeunes de la Première Nation.



# Intégrer l'incommensurable :

## les traditions juridiques autochtones et l'obligation de consulter



**Sarah Morales**

Le 10 mai 2016, la ministre fédérale des Affaires autochtones et du Nord, Carolyn Bennett, a annoncé la plus récente position adoptée par le Canada en ce qui concerne la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA)<sup>1</sup>. Elle a confirmé que le Canada appuyait désormais la Déclaration sans réserve, de façon pleine et entière, et qu'il avait l'intention de l'adopter et de la mettre en application conformément à la Constitution canadienne. Devant l'Instance permanente sur les questions autochtones des Nations Unies, elle a reconnu que [TRADUCTION] : « Le Canada possède une longue tradition de multilatéralisme et de respect pour les valeurs que sont l'internationalisme et le pluralisme<sup>2</sup>. » Toujours selon la ministre : [TRADUCTION] : « Le Canada, grâce à l'article 35 de sa Constitution, s'est doté d'une structure solide qui permet de protéger les droits autochtones, et nous sommes convaincus que les obligations constitutionnelles de notre pays lui donnent l'occasion de se conformer à l'ensemble des principes qui sous-tendent la Déclaration, y compris la notion du "consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause" (CPDLCC, ou FPIC en anglais). À notre avis, les

1 Résolution 295 de l'AG, Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies (UNGAOR), 61<sup>e</sup> session, Supp. N° 49, Doc. de l'ONU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

2 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 faite lors de la 15<sup>e</sup> session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, le 10 mai 2016; en ligne : <[www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-undrip-minister-bennetts-speech/](http://www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-undrip-minister-bennetts-speech/)>.



traités et les accords modernes d'autonomie gouvernementale constituent la meilleure expression du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause par les différents partenaires<sup>3</sup>. » Certains peuples autochtones mettront peut-être en doute cette interprétation du consentement en question<sup>4</sup>.

Au cours de la dernière décennie, le gouvernement fédéral a maintes fois approuvé de gros projets de mise en valeur de ressources — notamment le projet d'expansion Trans Mountain (souvent désigné comme l'oléoduc Kinder Morgan), l'oléoduc Northern Gateway et le barrage du site C en Colombie-Britannique — malgré les objections des communautés autochtones, dont bon nombre sont engagées à l'heure actuelle dans des négociations relatives aux traités modernes et à l'autonomie gouvernementale ou bien ont déjà établi avec l'État canadien des relations fondées sur un traité<sup>5</sup>. L'approbation de ces projets n'a pas été bien accueillie par les Autochtones : ceux-ci font valoir que leurs droits ancestraux et le titre ancestral visant les terres en question, censés être protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>6</sup>, sont violés par ces projets de mise en valeur. Comme l'a précisé le chef Ian Campbell, de la Nation Squamish, [TRADUCTION] : « il faut envoyer un message clair et ferme à Ottawa et à Victoria, pour leur faire savoir qu'ils ne peuvent pas traiter cavalièrement les droits et le titre ancestral, car cette époque est bel et bien révolue<sup>7</sup>. » S'inspirant de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministère des Forêts)*<sup>8</sup>, le chef Campbell et d'autres leaders autochtones expriment leurs frustrations devant le fait que, comme l'a souligné le plus haut tribunal du Canada, la Couronne, « si elle entend agir honorablement, ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité<sup>9</sup>. »

En outre, les peuples autochtones estiment qu'on ne les consulte pas adéquatement durant ce genre de processus décisionnel. Ils trouvent que leurs propres règles ou leurs propres processus décisionnels ne sont pas pris en considération ni mis à contribution dans le cadre de ces mécanismes. La chef Maureen Thomas, de la Nation Tsleil-Waututh, a émis le commentaire suivant au sujet de la consultation relative au projet d'expansion Trans Mountain : [TRADUCTION] « La consultation du fédéral était malheureusement déficiente. Les renseignements économiques n'étaient plus à jour; les risques de déversement de pétrole et les effets sur la santé du projet étaient gravement sous-évalués. Nous avons effectué une évaluation indépendante et pris une décision suivant les règles de la Nation Tseil-Waututh. Nous ne donnons pas notre consentement au projet d'oléoduc Kinder Morgan sur notre territoire. Nous demandons à la Cour d'annuler la décision du cabinet fédéral d'approuver ce projet<sup>10</sup>. »

La CSC a déclaré que « la doctrine des droits ancestraux existe et qu'elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les

3 *Ibid.*

4 Voir : Christopher Alcantara, « To Treaty or Not to Treaty? Aboriginal Peoples and Comprehensive Land Claims Negotiations in Canada » (2007) 38:2 *Publius: J Federalism* 343; Day, Richard et Tonio Sadik, « The BC Land Question, Liberal Multiculturalism and the Spectre of Aboriginal Nationhood » (été 2002) 134 *BC Studs* 5; Sarah Morales, « (Re)Defining 'Good Faith' through *Snuw'uyulh* » dans Borrows, John et Michael Coyle, dir., *The Right Relationship: Reimagining the Implementation of Historical Treaties* [Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 2017].

5 Par exemple, bon nombre de premières nations Salish du littoral, dont la Nation Squamish et la Première Nation Tsleil-Waututh, s'opposent activement au projet d'expansion Trans Mountain. La Treaty 8 Tribal Association, en particulier les Premières Nations de Prophet River et de West Moberly, défendent actuellement devant différents tribunaux du Canada leurs droits issus de traités et s'opposent au barrage du site C.

6 *Loi constitutionnelle de 1982*, soit l'annexe B de la *Loi sur le Canada de 1982*, chap. 11 (R.-U.), 1982, art. 35 [*Loi constitutionnelle de 1982*].

7 « Advisory: New Legal Challenges Against the Kinder Morgan Pipeline from First Nations » *Tsleil-Waututh Nation Sacred Trust Initiative* (17 janvier 2017); en ligne : <<http://blog.twnsacredtrust.ca/blog/update-new-legal-challenges-against-the-kinder-morgan-pipeline-from-first-nations>> [TWN, « Advisory »].

8 [2004] 3 RCS 511, paragr. 27 [*Nation haïda*].

9 *Ibid.*

10 TWN, « Advisory », *supra* note 7.

peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles<sup>11</sup>. » Cependant, en dépit de cette affirmation, on ne reconnaît pas que les traditions juridiques autochtones<sup>12</sup> constituent la source de ces droits<sup>13</sup> et, par conséquent, les règles et processus juridiques propres aux peuples autochtones n'ont pas joué un rôle déterminant dans la définition et l'interprétation des droits énoncés au paragraphe 35(1), notamment l'obligation de consulter. Cette erreur a eu un effet défavorable sur la réconciliation<sup>14</sup> qui, selon la Cour suprême, est un des objectifs primordiaux de la reconnaissance des droits ancestraux et du titre ancestral dans la Constitution.

Dans le présent article, nous abordons la manière dont le cadre sous-jacent du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, dans sa forme reconnue par la DNUDPA, pourrait servir à tisser ou à imbriquer l'une dans l'autre l'obligation de consulter et les traditions juridiques autochtones en vue de rapprocher le Canada de son objectif constitutionnel ultime, soit la réconciliation. Nous examinerons d'abord l'obligation de consulter et de procéder à des accommodements, reconnue à l'article 35, puis nous traiterons des raisons expliquant pourquoi elle n'a pas permis de réconcilier les peuples autochtones et l'État canadien. Ensuite, la doctrine du CPDLCC, énoncée dans la DNUDPA, sera examinée en tant que paramètre utile pour interpréter l'obligation de consulter. En dernier lieu, nous évaluerons l'importance des traditions juridiques autochtones dans l'évolution de l'obligation de consulter et nous nous demanderons si la DNUDPA pourrait servir à faire en sorte que ces traditions juridiques soient intégrées à l'article 35 de la Constitution canadienne.

## Obstacle à la réconciliation : problèmes liés à la mise en œuvre de l'obligation de consulter

En 2004 et 2005, la CSC a rendu une série d'arrêts<sup>15</sup> qui ont amorcé une évolution : dorénavant, la Cour s'attarderait non plus à des droits constitutionnels statiques (où elle devait déterminer si un intérêt ou une activité en particulier pouvaient être assimilés ou non à un titre ancestral existant visé au paragraphe 35(1)) mais s'appuierait sur un « procéduralisme » dynamique, nouvelle approche qui permet de reconnaître des droits et intérêts ancestraux revendiqués par les Autochtones et de les protéger contre la prise unilatérale de mesures par la Couronne, même avant que leur existence ait été prouvée devant un tribunal<sup>16</sup>. Bien que le droit de consulter ait été reconnu dans la jurisprudence antérieure<sup>17</sup>, la Cour avait limité auparavant sa discussion aux exigences relatives à l'atteinte aux droits ancestraux

11 R c. *Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, paragr. 30 [*Van der Peet*].

12 [TRADUCTION] « Une tradition juridique, c'est un ensemble d'attitudes bien enracinées et conditionnées par l'histoire en ce qui concerne la nature du droit, son rôle dans la société et l'appareil politique, et en matière d'organisation et de fonctionnement d'un système juridique et eu égard aux façons dont le droit est ou devrait être construit, appliqué, étudié, perfectionné et enseigné. » Voir : J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2e éd. [Stanford (Calif.), Stanford University Press, 1996], p. 11. Cette expression désigne dans le présent article non seulement les règles autochtones, mais aussi les systèmes juridiques, les méthodes et les principes autochtones quant au rôle des règles de droit dans les sociétés autochtones.

13 Ghislain Otis, « Constitutional Recognition of Aboriginal and Treaty Rights: A New Framework for Managing Legal Pluralism in Canada? » (2014) 46:3 J Leg Pluralism & Unofficial L 320, p. 322.

14 *Van der Peet*, supra note 11, p. 548 et 551.

15 *Nation haïda*, supra note 8; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 RCS 550; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 RCS 388 [*Mikisew*].

16 Kaitlin Ritchie, « Issues Associated with the Implementation of the Duty to Consult and Accommodate Aboriginal Peoples: Threatening the Goals of Reconciliation and Meaningful Consultation » (2013) 36 UBC L Rev 397, p. 398.

17 Voir p. ex. : R c. *Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075, p. 1119, 70 DLR (4th) 385 [*Sparrow*, référence dans le RCS]; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010, paragr. 168, 153 DLR (4<sup>e</sup>) 193 [*Delgamuukw*, référence dans le RCS].

établis<sup>18</sup>. C'est seulement avec l'arrêt *Nation haïda* que les principes fondateurs de l'obligation ont été expliqués et que le cadre de consultation a été tracé<sup>19</sup>.

Dans *Nation haïda*, la CSC a expliqué que l'obligation de consulter et de procéder à des accommodements prend naissance lorsque la Couronne a ou devrait avoir connaissance de l'existence établie ou revendiquée de droits visés à l'article 35 et que ces droits sont susceptibles d'être touchés par la décision ou la mesure envisagée par la Couronne<sup>20</sup>. Cependant, le degré de consultation requis dépend de la solidité de la revendication des droits ou du titre ainsi que de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur ces droits ou ce titre<sup>21</sup>. L'obligation peut être décrite comme un continuum, qui va de l'exigence de donner des préavis et de communiquer des renseignements quand il s'agit d'atteintes mineures jusqu'au cas où il y a un risque élevé nécessitant « une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable<sup>22</sup>. » La Cour suprême a toutefois précisé que, dans toutes les circonstances, peu importe le degré de consultation nécessaire, celle-ci doit être effectuée de bonne foi et dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des Autochtones qui sont exprimées<sup>23</sup> et a souligné qu'« il n'y a pas obligation de parvenir à une entente mais plutôt de procéder à de véritables consultations<sup>24</sup>. » L'obligation de consulter s'applique aussi dans le contexte des droits issus de traités, mais le contenu et la portée de la consultation peut se situer à l'extrémité la moins exigeante du continuum, car le traité lui-même est le fruit d'une négociation<sup>25</sup>.

Il est vrai que le cadre décrit ci-dessus n'offre sans doute pas une grande certitude en ce qui a trait au processus de consultation; dans *Nation haïda*, la juge en chef Beverley McLachlin s'est exprimée sur la nature de ce qui constitue une négociation et une consultation véritables. Tout d'abord, une consultation véritable suppose que la Couronne ne se livre à aucune « manœuvre malhonnête » et qu'elle agit « de bonne foi<sup>26</sup>. » Dans son sens le plus fondamental, cela signifie que la Couronne doit agir avec équité dans ses négociations avec les peuples autochtones et veiller, dans toute la mesure du possible, à ce que les négociations soit le résultat d'un dialogue équilibré et équitable<sup>27</sup>. Ce processus repose sur le principe de l'honneur de la Couronne, d'où découle l'obligation de consulter<sup>28</sup>, laquelle exige de la Couronne qu'elle agisse honorablement dans tous ses rapports avec les peuples autochtones.

Deuxièmement, dans une consultation véritable, les négociations s'enclenchent dès le début du processus, c'est-à-dire à l'étape de la planification stratégique, parce que les décisions prises alors « risquent d'avoir des conséquences graves sur un droit ou titre ancestral<sup>29</sup>. Dans *Nation haïda*, la Cour suprême a déterminé que l'obligation de consulter entraine en jeu dans le cas du transfert possible de concessions de fermes forestières qui auraient permis la coupe de vieilles forêts situées sur le territoire traditionnel de la Nation haïda. Dans d'autres affaires relatives à l'obligation de consulter, d'autres décisions stratégiques de haut niveau ont fait entrer en jeu l'obligation de consulter, par exemple

18 Sparrow, *supra* note 17, p. 1111.

19 Voir : *Nation haïda*, *supra* note 8.

20 *Ibid.*, paragr. 35.

21 *Ibid.*, paragr. 39.

22 *Ibid.*, paragr. 43 et 44.

23 *Ibid.*, paragr. 42.

24 *Ibid.*, [italiques ajoutés].

25 Mikisew, *supra* note 15, paragr. 63 et 64.

26 *Nation haïda*, *supra* note 8, paragr. 41 et 42.

27 Ritchie, *supra* note 16, p. 399.

28 *Nation haïda*, *supra* note 8, paragr. 16.

29 *Ibid.*, paragr. 76.

l'approbation d'un plan de gestion forestière de plusieurs années visant un secteur géographique étendu<sup>30</sup> et la mise en place d'un processus relatif à un gazoduc d'envergure<sup>31</sup>.

En dernier lieu, selon l'arrêt *Nation haïda*, des consultations véritables pourraient amener la Couronne « à modifier la mesure envisagée en fonction des renseignements obtenus lors des consultations<sup>32</sup>. » Les tribunaux ont précisé cette exigence en déclarant que la Couronne doit, notamment, prendre au sérieux les intérêts et les préoccupations exprimés par le groupe autochtone qui est touché, de manière à s'assurer qu'il en est tenu compte et, si possible, à faire en sorte qu'ils sont intégrés au plan d'action envisagé<sup>33</sup>.

Malgré ces lignes directrices et ces garanties, bon nombre de peuples autochtones continuent d'exprimer leurs frustrations face aux consultations qui ont lieu au Canada, particulièrement celles qui touchent l'industrie des ressources (comme en font foi les commentaires des chefs cités dans l'introduction du présent article). Bien que la Cour suprême ait déclaré expressément dans *Nation haïda* que l'objectif de l'obligation de consulter est de concilier les rapports « entre la Couronne et les Autochtones »<sup>34</sup>, il semble que cette doctrine n'ait pas encore mené à ce résultat. Dans le présent article, nous affirmons que cet échec découle du déséquilibre des pouvoirs inhérent au cadre en place et le fait que les processus de consultation négligent de tenir compte adéquatement des traditions juridiques autochtones et de les mettre à contribution.

Le déséquilibre des pouvoirs inhérent au cadre sous-tendant l'obligation de consulter est évident quand on analyse les propos de la Cour suprême dans l'arrêt *Nation haïda* relativement au droit de veto. En effet, l'obligation de consulter n'accorde pas aux peuples autochtones la possibilité de rejeter la mesure de la Couronne qui risque de porter préjudice à leurs droits et intérêts. Comme l'a exprimé la CSC : « Ce processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive. Le 'consentement' [...] n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là pas dans tous les cas<sup>35</sup>. » Dans l'affaire *Mikisew*, qui portait sur des droits issus de traités, la Cour suprême mentionne la possibilité d'exercer un droit de veto dans des circonstances où une communauté autochtone se trouverait « sans aucun droit réel de chasse<sup>36</sup> »; cependant, il était clair à ses yeux que, à part dans cette situation particulière, l'obligation de consulter ne confère pas aux peuples autochtones la capacité de stopper ou de prévenir une mesure précise de la Couronne<sup>37</sup>. Il s'ensuit donc qu'il y a un processus de négociation où une partie, la Couronne, a le pouvoir de rejeter directement les initiatives des Autochtones sans que ceux-ci possèdent le pouvoir de faire la même chose face aux initiatives de la Couronne.

Même si une notion de consentement qui ne s'assortit pas d'un droit de veto est préjudiciable en soi dans une relation axée sur la réconciliation, ce préjudice s'aggrave encore du fait que la Cour reconnaît que l'obligation de consulter n'inclut pas celle de s'entendre : « il n'y a pas obligation de parvenir à

30 *Klahoose First Nation c. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 CNLR 110.

31 *Canada (Environnement) c. Première Nation Déné Tha'*, 2008 CAF 20, 35 CELR (3<sup>e</sup>) 1.

32 *Nation haïda*, supra note 8, paragr. 46.

33 *Halfway River First Nation c. British Columbia (Minister of Forests)* (1999), 178 DLR (4<sup>e</sup>) 666, 64 BCLR (3d) 206 (CA), conf. (1997), 39 BCLR (3d) 227 (CS).

34 *Nation haïda*, supra note 8, paragr. 14.

35 *Ibid.*, paragr. 48.

36 *Mikisew*, supra note 15, paragr. 48.

37 *Nation haïda*, supra note 8, paragr. 48.



une entente mais plutôt de procéder à de véritables consultations<sup>38</sup>. » La Couronne pourrait donc donner suite à ses projets, en l'absence d'une entente, si elle le souhaite. Comme nous le voyons dans la dernière partie du présent article, la possibilité qu'un processus reposant sur la bonne foi ne soit pas tenu de déboucher sur une entente est incompatible avec plusieurs principes juridiques autochtones.

En dernier lieu, la Cour suprême n'a pas écarté toute possibilité pour la Couronne de négocier serré : « Les manœuvres malhonnêtes sont interdites [...] Toutefois, le seul fait de négocier de façon serrée ne porte pas atteinte au droit des Autochtones d'être consultés<sup>39</sup>. » Compte tenu des facteurs précités ainsi que de la grande disparité des ressources dont dispose la Couronne par rapport aux nations autochtones, la possibilité de négocier serré crée un déséquilibre important des pouvoirs qui a le potentiel de nuire grandement à l'atteinte de l'objectif de réconciliation.

La réconciliation devient aussi difficile lorsque les notions, les principes et les règles autochtones en ce qui concerne le processus décisionnel ne sont pas intégrées au cadre de consultation. Plutôt que de laisser une place aux concepts autochtones en matière de mobilisation, de négociation et de prise de décisions, la Cour a imposé des obligations aux participants autochtones compte tenu de son propre cadre juridique. Ainsi, les demandeurs autochtones « ne doivent pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne devraient pas non plus défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions ou d'agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s'entendre<sup>40</sup>. » Cette obligation laisse croire non seulement que la Cour s'attend à ce que les peuples autochtones coopèrent et donnent leur accord, mais aussi que les positions avancées par les peuples autochtones, qui reposent sur leurs propres traditions juridiques, seront considérées illégales si elles empêchent le gouvernement de prendre des décisions. Par conséquent, il n'est pas difficile de voir pourquoi l'obligation de consulter n'a pas mené à une plus grande réconciliation au Canada. Dans la prochaine section, nous nous demanderons si les principes du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause énoncés dans la DNUDPA peuvent aider à corriger la situation.

## Comment les principes liés au CPDLCC et énoncés dans la DNUDPA peuvent-ils donner un sens véritable à l'obligation de consulter?

Comme nous l'avons vu plus haut, le gouvernement du Canada a exprimé récemment son engagement à mettre la DNUDPA en application dans le cadre du processus qu'il a enclenché afin de bâtir une relation de nation à nation avec ses peuples autochtones. Cet engagement est important, puisque le Canada a été un des quatre pays qui ont voté contre l'adoption de la DNUDPA le 13 septembre 2007. Même lorsque le gouvernement a changé de position et appuyé la Déclaration en novembre 2010, il l'a fait avec réserve, soulignant que la Déclaration « ne constitue pas une expression du droit international coutumier et ne modifie pas les lois canadiennes » et manifesté son opposition à la majorité des principaux droits énoncés dans la DNUDPA, y compris le « consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause lorsqu'interprété comme un droit de veto<sup>41</sup>. » Malgré que la ministre Bennett ait limité la portée de son annonce en précisant que l'article 35 offrait un cadre solide<sup>42</sup> pour la mise en application de la DNUDPA, y compris le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, il est important de se demander si ce dernier peut prendre forme concrètement grâce à l'article 35 de la Constitution.

38 *Ibid.*, paragr. 42.

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 Affaires autochtones et du Nord Canada, « Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones » (30 juillet 2012); en ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142>>.

42 Éditeur en ligne, *supra* note 2.

### Le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause découlant du droit à l'autodétermination

Une des grandes inquiétudes qui perdurent chez les peuples autochtones du Canada tient au fait que le gouvernement continue de prendre des décisions qui ont une incidence sur leur vie sans qu'ils aient pu ou pas du tout voix au chapitre. Or « pour que les peuples autochtones aient accès à l'ensemble des droits de l'homme, il faut nécessairement qu'ils puissent participer aux décisions concernant tous les aspects de leur vie<sup>43</sup>. » Le droit de participer à la prise de décisions découle du droit à l'autodétermination, lequel est considéré comme un des principes fondateurs des droits des peuples autochtones et le principe directeur central de la DNUDPA<sup>44</sup>. Par conséquent, bon nombre des dispositions de la DNUDPA ont trait au droit des peuples autochtones de participer aux processus décisionnels et soulignent l'importance de ce principe. Ce sont les articles 3 à 5, 10 à 12, 14, 15, 17 à 19, 22, 23, 26 à 28, 30 à 32, 36, 38, 40 et 41<sup>45</sup>.

Le droit à l'autodétermination est clairement énoncé à l'article premier du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>46</sup> et dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui énoncent tous deux ce qui suit : « Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel<sup>47</sup>. » La DNUDPA reprend des termes analogues : « 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<sup>48</sup>. » Il est donc clairement établi en droit international que les Autochtones, en tant que peuples, jouissent du droit à l'autodétermination<sup>49</sup>. Il serait possible de faire valoir également que, pour prendre tout son sens, le droit à l'autodétermination comprend l'autodétermination économique, ce qui suppose en bout de ligne le contrôle sur les ressources, les terres et les territoires traditionnels<sup>50</sup>. Les peuples autochtones, logiquement, devraient avoir le droit d'être informés de certains projets de mise en valeur prévus sur leurs terres qui ont une incidence sur leurs ressources et sur leur façon de vivre ainsi que le droit d'être impliqués dans ces projets et d'y consentir ou non<sup>51</sup>.

Cette interprétation, où le droit au CPDLCC découle de la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination, pourrait grandement influencer sur le sens donné à l'obligation de consulter en droit canadien<sup>52</sup>. Comme

43 Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, *Rapport d'étape sur l'Étude sur les peuples autochtones et le droit de participer aux décisions*, UNGAOR, 15e session, doc. de l'ONU A/HRC/15/35 (23 août 2010), paragr. 2.

44 Bartolome Clavero, « The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies » (2005) 22 *Ariz J Intl & Comp L* 41, p. 42.

45 DNUDPA, *supra* note 1.

46 19 décembre 1966, 999 UNTS 171, article premier (entré en vigueur le 23 mars 1976).

47 16 décembre 1966, 993 UNTS 3, 6 ILM 360, article premier (entré en vigueur le 3 janvier 1976).

48 DNUDPA, *supra* note 1, art. 3.

49 Ce point est important parce que la DNUDPA peut être vue comme une codification ou un reflet du droit international coutumier. Voir : S James Anaya, *International Human Rights and Indigenous Peoples* [New York (New York), Aspen Publishers, 2009]. Par conséquent, elle peut être appliquée par les tribunaux canadiens sans nécessiter l'adoption d'un texte législatif, sauf s'il existe un conflit évident avec le droit codifié et la common law, ce qui n'est probablement pas le cas ici. Voir : Maxwell Cohen et Ann F Bayefsky, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and International Law » (1983) 61 *R du B can.* 265, p. 275.

50 Conseil économique et social des Nations Unies, *Prévention de la discrimination et protection des peuples autochtones – Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles : Rapport final de la Rapporteuse spéciale, Erica-Irene A Daes*, UNESCOR, 56e session, Doc. de l'ONU E/CN.4/Sub.2/2004/30 (13 juillet 2004), paragr. 17.

51 *Ibid.*, p. 10.

52 Il est bien établi dans la jurisprudence canadienne que « [l]es principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que ces obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la Charte. » *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alberta)*, [1987] 1 RCS 313, 51 *Alta LR* (2d) 97. Voir William A Schabas et Stéphane Beaulac, *International Human Rights and Canadian Law: Legal Commitment, Implementation and the Charter* [Toronto (Ont.), Thomson Carswell, 2007], p. 84 à 102. Un argument semblable pourrait être avancé, soit que ces obligations internationales devraient être considérées pertinentes et déterminantes quand il s'agit d'interpréter l'article 35 de la Constitution.

nous l'avons déjà mentionné, même si la réconciliation constitue un objectif primordial de l'obligation de consulter, force est de constater que le principe n'a pas évolué de manière à tenir compte du droit à l'autodétermination<sup>53</sup>. Il présume plutôt de la souveraineté de la Couronne et tente de rapprocher les intérêts des Autochtones et les intérêts de l'État dans la mise en valeur des ressources. C'est d'autant plus évident à la lecture des arrêts de la Cour suprême sur le consentement, car la Cour y énonce clairement que le consentement ne comprend pas le droit de refuser et que les Autochtones « ne doivent pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne devraient pas non plus défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions ou d'agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s'entendre<sup>54</sup>. » La reconnaissance du droit d'être consulté, interprété comme étant un droit suprême à l'autodétermination, pourrait grandement faire avancer le Canada vers son objectif de réconciliation.

### Quand les peuples autochtones peuvent-ils invoquer le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause?

La DNUDPA offre également une certaine orientation quant aux circonstances dans lesquelles une communauté autochtone peut revendiquer le droit d'être consultée. Comme nous l'avons précisé plus haut, la CSC a déterminé que l'obligation de consulter et de procéder à des accommodements peut être imposée quand la Couronne sait ou devrait savoir que des droits énoncés à l'article 35 sont établis ou revendiqués et que la mesure où la décision qu'elle envisage sont susceptibles d'avoir un effet sur ces droits<sup>55</sup>. Le droit au CPDLCC est énoncé dans bon nombre des articles de la DNUDPA et entre en jeu avant l'approbation d'un projet qui a une incidence sur les terres ou les territoires ou encore sur les ressources d'un peuple autochtone<sup>56</sup>; avant la prise de terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient<sup>57</sup>; avant le stockage ou la décharge de matières dangereuses sur les terres ou territoires d'un peuple autochtone<sup>58</sup>; avant la prise de biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels<sup>59</sup>.

Bien qu'il semble à première vue que les normes sous-tendant la DNUDPA aient été prises en considération par la Cour suprême dans *Nation haïda*, ces normes doivent être examinées de concert avec le droit à la propriété protégé par le droit international des droits de la personne. L'Instance permanente sur les questions autochtones des Nations Unies a déclaré que « [l]a terre est en effet l'élément sur lequel reposent la vie et la culture des peuples autochtones partout dans le monde [...] La survie des cultures spécifiques propres aux peuples autochtones dépend du libre accès de ces peuples aux terres, territoires et ressources naturelles et du respect de leurs droits en la matière<sup>60</sup>. » Il s'agit d'un droit essentiel pour la préservation des autres droits de la personne, notamment le droit à l'autodétermination ou le droit à la culture. Certains pourraient mettre en doute l'utilité de s'appuyer sur un droit à la propriété énoncé dans un instrument international dans le contexte juridique canadien, compte tenu que ni la

53 Voir : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, paragr. 126, où la Cour suprême s'est exprimée comme suit : « Les sources reconnues du droit international établissent que le droit d'un peuple à disposer de lui-même est normalement réalisé par voie d'autodétermination interne – à savoir la poursuite par ce peuple de son développement politique, économique, social et culturel dans le cadre d'un État existant. » [Soulignement figurant dans l'original]. Ces propos portent à croire que l'autodétermination économique, bien qu'elle ait été reconnue antérieurement par la Cour suprême comme faisant partie du droit à l'autodétermination en droit canadien, ne l'a pas été dans la jurisprudence de la Cour sur l'obligation de consulter.

54 *Nation haïda*, supra note 8, paragr. 42.

55 *Ibid.*, paragr. 35.

56 DNUDPA, supra note 1, paragr. 32(2).

57 *Ibid.*, art. 28.

58 *Ibid.*, paragr. 29(2).

59 *Ibid.*, paragr. 11(2).

60 Conseil économique et social des Nations Unies, *Instance permanente sur les questions autochtones, Rapport sur les travaux de sa sixième session (14-25 mai 2007)*, UNESCOR, Supp. N° 23 », paragr. 5.

Constitution<sup>61</sup> ni la *Charte*<sup>62</sup> ne protègent de droit à la propriété en général, mais l'existence du titre ancestral a été reconnue et confirmée à la lumière du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>63</sup> par la CSC dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>64</sup>. Par conséquent, les nations autochtones dont le titre ancestral est reconnu, comme la Nation Tsilhqot'in, possèdent des droits protégés par la *Constitution* à l'égard de certaines terres<sup>65</sup>. Ce sont des droits de large portée, dont les suivants : le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive<sup>66</sup>. » Le droit international des droits de la personne est utile également pour définir et clarifier ces droits de même que les mesures de réparation<sup>67</sup> possibles en cas d'atteinte à ces droits.

Le Système interaméricain des droits de la personne a donné lieu à une jurisprudence complexe sur les questions de fond concernant les droits des peuples autochtones à la lumière de la DNUDPA. Plus particulièrement, il a reconnu les droits collectifs des Autochtones sur les terres, les ressources naturelles utilisées suivant les traditions autochtones qui se trouvent sur les territoires autochtones tout comme, en bout de ligne, le droit au CPDLCC relativement à tout projet de mise en valeur d'envergure qui a une incidence sur leur survie en tant que peuples autochtones. Cette jurisprudence s'articule autour du droit à la propriété et du droit à la culture, conformément à la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme<sup>68</sup> (la « Déclaration américaine ») et à la Convention américaine relative aux droits de l'homme<sup>69</sup> (la « Convention américaine »). N'oublions pas que, même si la Déclaration américaine n'est pas un document contraignant sur le plan juridique, elle est interprétée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme et les tribunaux comme une source d'obligations juridiques internationales pour les États membres de l'Organisation des États américains, dont le Canada. En revanche, la Convention américaine a une valeur juridique, mais le Canada n'y est pas partie.

L'affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua* est la première décision opposable à l'échelle internationale dans laquelle on a reconnu que le droit à la propriété, en droit international des droits de la personne, englobait le droit à la propriété commune des peuples autochtones<sup>70</sup>. La Cour a ordonné au Nicaragua d'adopter les mesures législatives nationales nécessaires pour créer un mécanisme efficace permettant l'attribution des titres de propriété des communautés autochtones ainsi que la délimitation et la démarcation afférentes, conformément à leurs droits, valeurs et principes coutumiers<sup>71</sup>. Elle a également déclaré que le pays, tant et aussi longtemps que la délimitation et l'attribution des titres relativement aux terres de la communauté Awas Tingni n'étaient pas conclues,

61 John Borrows, « Aboriginal Title and Private Property » (2015) 71 SCLR Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference 91, p. 93 [Borrows, « Aboriginal Title »]. Voir également : Richard Bauman, « Property Rights in the Canadian Constitutional Context » (1992) 8 SAJHR 344.

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

63 *Loi constitutionnelle de 1982*, supra note 6.

64 [2014] 2 RCS 257, [2014] SCJ N° 44 (QL) [*Nation Tsilhqot'in*].

65 Borrows, « Aboriginal Title », supra note 61.

66 *Nation Tsilhqot'in*, supra note 64, paragr. 73, cité dans Borrows, « Aboriginal Title », supra note 61.

67 *Nation Tsilhqot'in*, supra note 64, paragr. 89 et 90. Les réparations possibles sont « une injonction, des dommages-intérêts ou une ordonnance enjoignant la tenue de consultations ou la prise de mesures d'accommodement » (paragr. 89).

68 OEA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, OR OEA/Ser.L/V/1.4 Rev 9 (31 janvier 2003), 43 AJIL Supp. 133 (1949).

69 OEA, Conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'homme, *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, OAS TS N° 36, 1144 UNTS 123 (1969).

70 [2001], *Merits, Reparations and Costs*, Cour interaméricaine des droits de l'homme (Ser C) N° 79, paragr. 140 à 155 [*Awas Tingni c. Nicaragua*].

71 *Ibid.*, paragr. 148.



devait empêcher les mandataires de l'État et de tierces parties d'agir d'une manière préjudiciable à l'utilisation, par les membres de cette communauté, de la propriété où ils vivent et exercent leurs activités, à la valeur de cette propriété pour eux ou à la jouissance qu'ils en tirent<sup>72</sup>. Par conséquent, cet arrêt déterminant a confirmé le droit des peuples autochtones sur leurs terres et ressources sans ingérence de la part de l'État et a également imposé une obligation positive à celui-ci d'empêcher l'ingérence de tierces parties<sup>73</sup>. Cette décision va plus loin que les exigences formulées par la CSC dans *Nation haïda*, étant donné qu'elle oblige l'État à reconnaître les droits coutumiers autochtones conformément aux traditions juridiques des peuples autochtones eux-mêmes et exige que l'État protège ces droits avant qu'ils soient reconnus.

L'affaire *Saramaka People c. Suriname*<sup>74</sup> dépasse également les exigences de la CSC dans *Nation haïda*. Elle portait expressément sur le droit des peuples autochtones au CPDLCC et concernait le fait que le Suriname avait accordé à des sociétés privées des concessions visant des ressources situées sur les territoires du peuple Saramaka sans avoir consulté ce dernier ni obtenu son consentement. En s'appuyant sur les articles 10 (réinstallation) et 29 (disposition de matières dangereuses) de la DNUDPA, la Cour interaméricaine a jugé que des mesures qui ont une incidence importante possible sur le bien-être physique et/ou culturel de base d'une communauté autochtone ne devraient pas être autorisées sans le consentement de la collectivité<sup>75</sup>. Selon cette interprétation, le droit au CPDLCC pourrait être invoqué dès qu'une activité risque d'avoir une incidence importante sur le bien-être physique ou culturel d'une communauté autochtone, ce qui est beaucoup plus large que les droits mentionnés dans *Nation haïda*.

#### Teneur du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause

Même si une analyse approfondie de l'historique et de la portée des principes sous-tendant le CPDLCC dépasse le propos du présent article, nous en donnerons un aperçu afin de pouvoir le comparer à l'obligation de consulter. Il ne faut pas oublier qu'il n'y a pas de « formule unique applicable en tous lieux et en toutes circonstances pour la consultation des autochtones<sup>76</sup>. »

Selon l'ancien Rapporteur spécial des Nations Unies, James Anaya, l'obligation de consulter directement les peuples autochtones, au moyen de « procédures de consultation particulières », entre en jeu seulement quand une décision de l'État risque d'avoir sur les peuples autochtones des effets que ne ressentiront pas les autres membres de la société<sup>77</sup>. Ce qui ne signifie pas que l'obligation de consulter et les principes du CPDLCC se limitent aux circonstances où une mesure envisagée aura ou pourrait avoir une incidence sur un droit ou un titre déjà reconnu. Le CPDLCC est plutôt nécessaire quand la mesure étatique touche des terres que les peuples autochtones « occupent ou utilisent d'une autre manière, qu'ils détiennent un titre de propriété sur ces terres ou non<sup>78</sup>. » En effet, il est reconnu que l'obligation de consulter, « qui est en équation avec le droit à l'autodétermination et les principes de la démocratie », prend naissance chaque fois que les intérêts propres aux Autochtones sont en jeu, même lorsqu'ils ne correspondent pas à un droit foncier reconnu ou à quelque autre titre<sup>79</sup>.

72 *Ibid.*, paragr. 164.

73 S. James Anaya, *Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources* (2005) 22 *Ariz J Intl & Comp L* 7, p. 16.

74 (2007), *Preliminary Objections, Merits, Reparations & Costs*, Cour interaméricaine des droits de l'homme (Ser C) N° 174 [*Saramaka*].

75 *Ibid.*

76 S. James Anaya, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, Rés. 6/12 du CDH, CDHNU, 12<sup>e</sup> session, Doc. de l'ONU A/HRC/12/34 (2009), paragr. 37 [*Anaya, Promotion et protection*].

77 *Ibid.*, paragr. 42.

78 *Ibid.*, paragr. 44.

79 *Ibid.*

La procédure de consultation et l'objet qu'elle poursuit dépendent aussi de la nature du droit ou de l'intérêt des Autochtones qui est en jeu et des effets prévisibles de la décision envisagée<sup>80</sup>. La DNUDPA établit qu'en général, les consultations doivent se faire « de bonne foi » avec les peuples autochtones et « afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause<sup>81</sup>. » James Anaya a souligné l'importance d'adhérer à ces processus fondés sur la bonne foi des parties de manière à créer un climat de confiance qui favorise un dialogue productif<sup>82</sup>. La première étape consiste souvent à faire en sorte que la procédure de consultation soit elle-même fixée par consensus<sup>83</sup>. En outre, les États doivent s'assurer de fournir aux peuples autochtones des moyens financiers et techniques et l'aide dont ils ont besoin sous d'autres formes, afin de pallier le déséquilibre des pouvoirs, mais sans faire de cette assistance un bras de levier pour faire pression sur les Autochtones ou influencer sur leurs positions de négociation<sup>84</sup>.

Le CPDLCC repose aussi sur une procédure de consultation où les institutions représentatives et décisionnelles autochtones sont pleinement respectées<sup>85</sup>. Selon James Anaya, les Autochtones peuvent aussi avoir à développer ou réformer leurs propres institutions, selon leurs propres structures de décision, pour définir les instances représentatives qui faciliteront les consultations<sup>86</sup>. Il a souligné que « les consultations ralentissent et deviennent confuses quand les [A]utochtones ne précisent pas leur mécanisme de représentation » et qu'« il n'est pas inutile de rappeler à cet égard que la Déclaration veut que les institutions autochtones fonctionnent 'en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme'<sup>87</sup>. »

Pour que les peuples autochtones puissent prendre une décision libre et éclairée, il faut que les populations concernées disposent d'informations complètes et objectives sur tous les aspects de la réalisation d'un projet qui les concernent, notamment les effets du projet sur leur mode de vie et leur milieu<sup>88</sup>. Il est indispensable que l'État procède à des études d'impact environnemental et social puis qu'il en présente les résultats aux Autochtones concernés dès le début de la consultation afin qu'ils aient assez de temps pour « en comprendre les résultats, présenter leurs observations et recevoir les réponses aux préoccupations qu'ils pourraient exprimer<sup>89</sup>. » Ces études devraient être objectives et l'État devrait veiller à cette objectivité en les soumettant à un examen indépendant ou bien en exigeant qu'elles s'effectuent hors du contrôle des promoteurs des projets d'extraction<sup>90</sup>. En outre, une consultation de bonne foi orientée sur le consensus, dans le contexte de projets d'extraction, ne doit pas seulement porter sur les mesures susceptibles d'atténuer ou de compenser les effets négatifs du projet : elle doit aussi s'intéresser aux moyens d'en partager équitablement les bénéfices en « véritables partenaires<sup>91</sup>. »

80 *Ibid.*, paragr. 46.

81 DNUDPA, *supra* note 1, art. 19.

82 Anaya, *Promotion et protection*, *supra* note 76, paragr. 50. Il y souligne que la création d'un climat de confiance est particulièrement important dans les relations avec les Autochtones, qui éprouvent une certaine méfiance envers les institutions de l'État et un sentiment de marginalisation dus à une réalité historique de colonisation.

83 *Ibid.*, paragr. 51.

84 *Ibid.*

85 DNUDPA, *supra* note 1, art. 19.

86 Anaya, *Promotion et protection*, *supra* note 76, paragr. 52.

87 *Ibid.*

88 *Ibid.*, paragr. 53.

89 *Ibid.*

90 S. James Anaya, *Industries extractives et peuples autochtones*, Rés 6/12 et 15/14 du CDH, CDHNU, 24<sup>e</sup> session, Doc. de l'ONU A/HRC/24/41 (2013), paragr. 65 [Anaya, *Industries extractives*].

91 Anaya, *Promotion et protection*, *supra* note 76, paragr. 37.

« Il faudrait tenir des consultations et parvenir à un accord avec les peuples autochtones avant que l'État ait autorisé ou qu'une entreprise ait commencé ou se soit engagée à entreprendre des activités liées à un projet se déroulant sur un territoire autochtone, y compris dans les zones dont l'utilisation est ou non exclusivement réservée aux peuples autochtones<sup>92</sup> ». Par conséquent, il se peut que les consultations et l'obtention du consentement doivent intervenir aux différentes étapes d'un projet, depuis la phase de prospection jusqu'à la production et à la fermeture du projet<sup>93</sup>.

En lien avec les énoncés ci-dessus au sujet du calendrier de consultation, le CPDLCC exige la mise en place garantie de mécanismes de règlement des différends efficaces qui peuvent entrer en jeu sur toute la durée de vie du projet, dont les impacts après sa clôture. Si l'exploitant est une société privée, celle-ci doit établir des procédures de règlement des différends « qui complètent les voies de recours fournies par l'État<sup>94</sup>. » « Ces procédures devraient être conçues et mises en œuvre *en respectant pleinement les systèmes de justice et de règlement des différends des peuples autochtones*<sup>95</sup>. » Le CPDLCC sert non seulement à établir des procédures de consultation et de négociation qui doivent être suivies, mais à rendre aussi obligatoires la reconnaissance et le respect de ces procédures<sup>96</sup>.

Conformément à ces descriptions, le CPDLCC permet d'intégrer des garanties au processus de consultation et reconnaît l'autorité des Autochtones tout au long de la prise de décisions. Voilà qui est très différent de l'approche canadienne, où ce qui importe, c'est d'évaluer la solidité du droit revendiqué et le degré d'atteinte à ce droit et non pas la teneur du droit lui-même. Cette ambiguïté pourrait certainement être une des raisons expliquant que les processus de consultation se retrouvent encore en aussi grand nombre devant les tribunaux canadiens. Si le Canada est sérieux dans son engagement à mettre en application la DNUDPA, les principes du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause devraient servir à interpréter l'obligation de consulter et à donner un nouveau sens aux structures décisionnelles.

### Veto ou consentement?

Étant donné que l'obligation d'obtenir un consentement implique le respect du droit de refus, une des questions litigieuses soulevées par le Canada au sujet de la DNUDPA tournait autour de la notion de veto. Le Canada s'opposait en effet à l'inclusion du CPDLCC à la Déclaration parce que le principe pouvait être interprété comme un veto à l'égard des projets de mise en valeur et d'autres décisions prises dans l'intérêt public en général<sup>97</sup>.

Bien que l'obligation d'obtenir le consentement des peuples autochtones avant de lancer des projets de mise en valeur sur leurs territoires soit protégé à l'intérieur du cadre normatif des droits des peuples autochtones, les opinions divergent à l'heure actuelle au sein du régime des droits de la personne quant aux situations dans lesquelles naît cette obligation<sup>98</sup>. Certains feraient valoir que les peuples

92 Anaya, *Industries extractives*, supra note 90, paragr. 67.

93 *Ibid.*

94 *Ibid.*, paragr. 78.

95 *Ibid.*, [italiques ajoutés].

96 Jérémie Gilbert et Cathal Doyle, « A New Dawn over the Land: Shedding Light on Collective Ownership and Consent », dans Stephen Allen et Alexandra Xanthaki, dir., *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* [Oxford (R.-U.), Hart Publishing, 2011]. Voir également : *Awás Tingni c. Nicaragua*, supra note 70; *Saramaka*, supra note 74; *Dann c. US* (2002), Commission interaméricaine des droits de l'homme, N° 11.140, Report No 75/02, OEA/Ser.L/V/II.117/doc 5; *Maya Indigenous Communities of the Toledo Dist c. Belize* (2004), Commission interaméricaine des droits de l'homme, N° 12.053, Report N°. 40/04, OEA/Ser.L/V/II.122/doc 5/rev 1; *Kichwa People of Sarayaka and its members c. Ecuador* (2010), Commission interaméricaine des droits de l'homme, N° 12.465, Demande à la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

97 Gloria Galloway, « Canada drops opposition to UN indigenous rights declaration », *The Globe & Mail* (9 mai 2016); en ligne : <[www.theglobeandmail.com/news/politics/canada-drops-objector-status-on-un-indigenous-rights-declaration/article29946223/](http://www.theglobeandmail.com/news/politics/canada-drops-objector-status-on-un-indigenous-rights-declaration/article29946223/)>.

98 Gilbert et Doyle, supra note 96, p. 316 et 317.

autochtones ont le droit de refuser tout projet ou toute activité touchant leurs terres, leurs territoires, leurs ressources ou leur bien-être, alors que d'autres sont d'avis que le droit de veto n'entrerait en jeu que dans le cas où l'impact sur les droits à la propriété des peuples autochtones est profond ou majeur ou encore si leur survie physique ou culturelle est menacée<sup>99</sup>. Selon la première approche, le consentement est reconnu faire partie intégrante du droit à l'autodétermination, tandis que, dans la seconde, la portée de l'obligation d'obtenir un consentement dépend de l'ampleur des effets de l'activité prévue. Comme nous l'avons expliqué dans la section précédente, l'obtention du consentement des Autochtones devrait être un objectif de la consultation dès que des intérêts propres à un peuple autochtone sont touchés par une mesure envisagée. À notre avis, cette règle ne donne pas un droit de veto aux peuples autochtones, car « elle ne fait que fixer la nécessité d'organiser la consultation de telle façon que tout soit fait pour obtenir le consensus de toutes les parties<sup>100</sup>. »

James Anaya explique que, dans le cas où un projet ou une décision a des effets « directs et sensibles » sur la vie ou les territoires des Autochtones, « il est presque certain que la décision ne doit pas être prise sans le consentement des intéressés<sup>101</sup>. » Dans certains contextes, « cette éventualité peut se renforcer jusqu'à devenir une interdiction de lancer la mesure ou d'entreprendre le projet » si les Autochtones n'y consentent pas<sup>102</sup>. L'article 10 et le paragraphe 29(2) de la DNUDPA reconnaissent deux situations où l'État est tenu d'obtenir le consentement des peuples autochtones, en sus de l'obligation de procéder à des consultations qui ont pour but d'obtenir ce consentement. Il s'agit notamment du cas où un groupe doit être réinstallé en quittant ses terres traditionnelles et de celui où une matière dangereuse est stockée ou déchargée sur un territoire autochtone<sup>103</sup>.

Que le consentement des Autochtones soit ou non une obligation stricte, comme nous l'avons vu ci-dessus, la DNUDPA et d'autres textes obligent les États à négocier de bonne foi en vue de parvenir à une entente ou d'obtenir un consentement<sup>104</sup>. Cependant, quand un État détermine qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement des Autochtones et choisit de donner suite à un projet en l'absence de consentement, « il est néanmoins tenu de respecter et de protéger les droits de ces peuples; il doit aussi veiller à ce que les autres garanties applicables soient mises en œuvre, notamment les mesures visant à réduire ou à compenser les restrictions des droits, grâce à des études d'impact, à des mesures d'atténuation, à des indemnisations et à un partage des avantages<sup>105</sup>. » L'efficacité de ces mesures et les consultations auxquelles elles auront donné lieu entreront également en ligne de compte au moment où il faut déterminer la proportionnalité d'une restriction imposée aux droits des peuples autochtones<sup>106</sup>. Toute décision prise par un État d'entamer ou d'autoriser l'exécution d'un projet d'extraction sans le consentement des peuples autochtones concernés devrait être soumise à l'examen d'une autorité judiciaire impartiale<sup>107</sup>. Cet examen devrait être conforme aux normes internationales applicables dans le domaine des droits des peuples autochtones, et permettre de déterminer, de façon indépendante, si l'État s'est acquitté ou non de son obligation de justifier toute restriction des droits visés<sup>108</sup>.

99 *Ibid.*, p. 317.

100 Anaya, *Promotion et protection*, supra note 76, paragr. 48.

101 *Ibid.*, paragr. 47.

102 *Ibid.*

103 DNUDPA, supra note 1, art. 10 et paragr. 29(2).

104 *Ibid.*, art. 19, paragr. 32(2).

105 Anaya, *Industries extractives*, supra note 90, paragr. 38.

106 *Ibid.*

107 *Ibid.*, paragr. 39.

108 *Ibid.*



Afin de déterminer comment la DNUDPA et les règles de droit international en matière de droits de la personne devraient être utilisées pour fixer la notion de consentement en droit canadien, il est aussi important de se tourner vers les précédents judiciaires canadiens. La CSC a clarifié dans l'arrêt *Delgamuukw* le fait que « [d]ans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation » et pourrait même « exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone »<sup>109</sup>. Cette interprétation a été confirmée récemment dans l'arrêt *Tsilhqot'in Nation*<sup>110</sup> rendu en 2014, où a été reconnu le droit de veto relativement aux territoires visés par le titre ancestral. Ces deux affaires, lues de concert avec le droit international des droits de la personne, viennent confirmer qu'une définition adéquate du CPDLCC, dans le cadre constitutionnel canadien, comporte le droit de refus, du moins dans certaines circonstances.

### Importance des traditions juridiques autochtones dans la mise en œuvre de l'obligation de consulter

Comme le reconnaît la DNUDPA, le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause est essentiel pour donner forme au droit à l'autodétermination. Par conséquent, si ce consentement sert à concrétiser le droit à l'autodétermination, alors ce droit lui-même doit être interprété de manière à ce qu'il soit possible d'y intégrer les règles et les pratiques autochtones en matière de prise de décisions et de règlement des différends. Autrement, on en viendrait à reconnaître un droit procédural qui a pour effet de limiter le droit fondamental à l'autodétermination — ce qu'on reproche parfois à la jurisprudence actuelle relative à l'article 35 portant sur l'obligation de consulter et de procéder à des accommodements.

Le gouvernement libéral du Canada a déclaré publiquement qu'il est déterminé à rebâtir sur de nouvelles bases sa relation avec les peuples autochtones du Canada. Cependant, afin de donner forme à cette relation de nation à nation, le Canada doit reconnaître les peuples autochtones en tant que porteurs de traditions juridiques solidement établies. Ces règles de droit et systèmes juridiques pourraient influencer non seulement sur les pratiques décisionnelles internes mêmes des peuples autochtones mais aussi sur les pratiques externes de l'État canadien.

Les articles 18 et 19 de la DNUDPA énoncent expressément que les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions conformément à leurs propres traditions juridiques. En conséquence, si le Canada veut mettre en application la DNUDPA véritablement, il doit intégrer les règles et les pratiques autochtones à la création du processus même, ce qui exigera nécessairement différents processus en fonction des différents peuples autochtones; toutefois, le résultat sera plus susceptible de donner lieu à une véritable réconciliation.

Les peuples autochtones ont élaboré il y a des temps immémoriaux des systèmes servant à préserver et à encadrer leurs relations. Vivant dans des collectivités et des nations indépendantes partout au pays, ils ont élaboré des normes et des pratiques pour régir leurs interactions sociales, gérer les territoires, réglementer les échanges, régler les différends et régir les relations entre les différentes nations<sup>111</sup>. Les diverses normes et pratiques ont donné naissance au fil du temps à des traditions de droit très développés qui ont guidé les sociétés autochtones pendant des siècles en ce qui concerne la gouvernance des collectivités, l'environnement et les relations entre les gens. Transmises de génération en génération grâce à des histoires, à des chansons, à des cérémonies et à des pratiques, ces traditions

109 *Delgamuukw*, supra note 17, paragr. 168.

110 *Nation Tsilhqot'in*, supra note 64.

111 Commission du droit du Canada, *La justice en soi : les traditions juridiques autochtones* [Ottawa (Ont.), Commission du droit du Canada, 2006], p. 1.

juridiques guident encore aujourd'hui de nombreuses collectivités dans la gestion de leurs activités<sup>112</sup>. Cependant, à l'heure actuelle, ces traditions possèdent un statut indéterminé pour certaines institutions canadiennes. Le passé de déni de notre pays a fait en sorte que nous n'avons pas reconnu que les peuples autochtones ont mis en place des systèmes juridiques qui ont régi et régissent encore notre vie aujourd'hui<sup>113</sup>.

Dans mon travail auprès de ma collectivité de Salish du littoral, les Hul'qumi'num Mustimuhw<sup>114</sup> (le peuple Hul'qumi'num), je dois comprendre certains de nos processus décisionnels qui peuvent se révéler utiles pour déterminer ce que signifie le CPDLCC à la lumière de nos règles de droit. Bien qu'une discussion approfondie de cette question échappe à la portée du présent article, il y a lieu d'examiner certains exemples relatifs au principe du consentement.

Dans le cadre de mes recherches sur le règlement des différends au sein des Salish du littoral, l'importance du consensus m'a été soulignée à maintes reprises par les Aînés<sup>115</sup>. [TRADUCTION] « Les leaders de différentes collectivités se rassemblaient et, peu importe le temps nécessaire, un jour, deux jours ou trois, ils délibéraient puis prenaient une décision. Ils décidaient qu'on pouvait s'en aller, et alors ma collectivité s'en allait. Puis quelqu'un se portait volontaire en disant 'je vais y aller'... mais les leaders délibéraient et les membres des collectivités étaient alors rassemblés. Voilà de quoi je parle — la réconciliation<sup>116</sup>.

Un ancien Aîné de la Nation Stz'uminus, Willie Seymour, a décrit une des premières fois où il a été témoin d'un tel événement :

[TRADUCTION]

Il y a un autre événement dont je me souviens clairement. J'étais encore un petit garçon, et il y avait un problème au sein de la collectivité qui devait être réglé sur-le-champ.

Toutes les grandes maisons se trouvaient sur la côte à Kulleet Bay, et il y avait un endroit avec un rocher en surplomb, et mon grand-père s'y est rendu.

Je me souviens que c'était l'été, et quelqu'un était en train de lui parler; peu de temps après mon grand-père a saisi son tambour. Il avait un gros tambour — un tambour à main.

Nous avons marché jusqu'à la grande maison, nous avons déverrouillé et ouvert les portes, et quelqu'un l'a vu marcher. Je ne me rappelle pas qui c'était, mais la personne est venue et a allumé le feu tout de suite. Mon grand-père frappait sur son tambour. Il a frappé pendant peut-être cinq minutes pour que toute la collectivité puisse l'entendre. Ensuite, après encore cinq minutes, il a de nouveau frappé sur son tambour, et ça, c'était l'appel pour que tout le monde vienne; ça disait qu'il fallait régler quelque chose. Et si c'était une affaire urgente, il frappait sur son tambour une troisième fois.

Les gens arrivaient rapidement, « nous devons discuter de ce qui se passe ». Chaque famille apportait quelque chose. Les femmes se rendaient à la cuisine, elles se mettaient à faire à

112 *Ibid.*

113 Voir : John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution* [Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 2012].

114 Hul'qumi'num Mustimuhw désigne les cinq collectivités Salish du littoral qui forment le groupe visé par le traité Hul'qumi'num. Il s'agit de la bande des Cowichan, de la Première Nation de Halalt, des bandes de Penelakut, de la Première Nation du lac Cowichan et de la Première Nation de Lyackson.

115 Sarah Morales, *Snuw'uyulh: Fostering an Understanding of the Hul'qumi'num Legal Tradition* (thèse de doctorat, Université de Victoria, 2014) [document non publié], p. 304 [Morales, *Snuw'uyulh*].

116 Entretien avec Willie Seymour (23 juin 2010) dans Morales, *Snuw'uyulh*, *supra* note 115.

manger, pendant que les hommes se plaçaient à l'autre bout et discutaient de ce qui devait être réglé.

Quand la table était prête, les hommes continuaient leur discussion en mangeant. Puis quand les femmes avaient fini de tout ramasser, elles venaient les rejoindre et étaient invitées à poursuivre la discussion. Le processus était ouvert et impliquait parfois les femmes s'il était question d'un conflit entre un mari et sa femme, ou peu importe.

Personne ne s'en allait jusqu'à ce qu'on trouve une solution satisfaisante. Il arrivait que la discussion se poursuive jusqu'aux petites heures du matin. Une fois qu'il était rendu très tard, la discussion s'arrêtait, et on mangeait encore.

Si quelqu'un était absent, on envoyait un des jeunes hommes. Il y avait des sentiers entre les villages, alors on envoyait un coureur de Kulleet Bay à Shellbeach, de Kulleet Bay à Nelson Point — afin de convoquer les personnes qui avaient des connaissances sur l'objet de la discussion ou qui pouvaient contribuer à une solution quelconque.

Ils interrogeaient tout le monde, ils interrogeaient chaque personne : « *nil ow' sthuthi' ni' 'utun shqualuwun.* » Ce qui veut dire « Est-ce que tu es d'accord, toi, personnellement? Est-ce que notre décision est la bonne? Est-elle acceptable? » On faisait le tour pour poser la question à chacun puis on disait : « *tun' ni' 'utunu 'il kwet ch* » — c'est-à-dire « à partir de maintenant, cette question est réglée ». Puis on nommait quelques Aînés qui devaient rencontrer les personnes impliquées<sup>117</sup>.

Même s'il était reconnu que l'atteinte de ce genre de consensus pouvait parfois être difficile et longue, le processus était valorisé parce qu'il favorisait l'harmonie et les relations au sein des collectivités et entre elles aussi<sup>118</sup>. Le dialogue entre des individus et le fait de prendre le temps d'écouter et de comprendre la position de chacun permet non seulement de parvenir à une même compréhension des enjeux (ce qui peut à son tour accélérer la résolution du problème) mais aussi de mettre en place un respect mutuel et d'instaurer des liens entre les parties prenantes.

Cependant, bien que l'atteinte d'un consensus constitue véritablement l'objectif suprême des pratiques de règlement des différends, il est reconnu que le consensus sera parfois tout simplement impossible<sup>119</sup>. Il est tributaire en effet des parties en cause et de l'enjeu; par conséquent, bon nombre des pratiques des Salish du littoral en la matière permettent la nomination d'un décideur final au besoin. Il peut s'agir d'un Aîné, d'un leader respecté de la collectivité, ou d'un chef et d'un conseil<sup>120</sup>.

Cette définition du consensus peut éclairer la notion du CPDLCC : elle montre que ce droit suppose plus que l'exercice d'un veto et englobe les perspectives autochtones relativement à la légitimité, à l'équité et au respect. Ces considérations doivent être prises en compte dans les efforts déployés en vue de mettre en application la DNUDPA en toute efficacité.

## Conclusion

La DNUDPA établit le cadre normatif régissant l'engagement entre le Canada et ses peuples autochtones. Si elle est mise en application de bonne foi, dans le but de réaliser son objectif suprême, c'est-à-dire l'autodétermination des Autochtones, elle permettra de régler les déséquilibres historiques des

---

117 *Ibid.*

118 Morales, *Snuw'uyulh*, supra note 115, p. 270.

119 *Ibid.*, p. 304.

120 *Ibid.*

pouvoirs qui ont mené à la dépossession territoriale et à l'exploitation des ressources dans l'illégalité. La DNUDPA offre la possibilité de consolider les liens entre le Canada et ses peuples autochtones au moment où ils travaillent ensemble à la réconciliation nationale.

Toutefois, la mise en application impliquera que soient tissés soigneusement les nombreux fils du droit canadien, du droit international et des traditions juridiques autochtones. Même si ces trois systèmes de droit contiennent des principes et des processus relatifs à la prise de décisions, ils peuvent à l'occasion devenir incommensurables. Le cas échéant, il sera important de retourner à l'objectif suprême de ce droit — l'autodétermination des Autochtones — afin de choisir la meilleure voie pour progresser. La DNUDPA offre un cadre utile pour surmonter ces obstacles et consolider les liens entre les Autochtones et la souveraineté canadienne.

### **Note au sujet de l'auteure**

Je salue ceux qui m'ont enseigné, mes Aînés, et je les remercie de m'avoir fait cadeau de leur temps et d'avoir accepté de me faire part de leurs connaissances et de leur sagesse.

Membre de la bande des Cowichan, Sarah Morales appartient à la Nation 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 d'Ottawa, elle enseigne le droit de la responsabilité civile délictuelle, le droit autochtone, les traditions juridiques autochtones et le droit international des droits de la personne, particulièrement en ce qui concerne les Autochtones. Ses travaux de recherche portent essentiellement sur les traditions juridiques autochtones, plus précisément celles des Salish du littoral, sur le droit autochtone et les droits de la personne. Elle se consacre à la reconnaissance des traditions juridiques autochtones et à leur conciliation avec les traditions juridiques de common law et de droit civil du Canada. En plus de ses activités universitaires, Sarah travaille activement auprès des nations et des ONG autochtones du Canada par l'intermédiaire de ses travaux sur l'établissement des nations, la reconnaissance des droits inhérents et le droit international en matière de droits de la personne. Sa recherche au sein des communautés autochtones a donné lieu à l'élaboration de politiques et procédures qui reflètent les règles de droit et les systèmes juridiques des collectivités qui les utilisent.





# La DNUDPA comme catalyseur de la mise en œuvre des droits ancestraux et issus de traités et de la réconciliation



**Cheryl Knockwood**

Pendant des décennies, les nations autochtones de toute la planète ont travaillé à l'élaboration de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones<sup>1</sup> (DNUDPA) et milité pour son adoption. La rédaction de chacun des 46 articles de la Déclaration a nécessité des années avant que le document soit finalement adopté à l'Assemblée générale des Nations Unies, le 13 septembre 2007<sup>2</sup>.

Les Autochtones avaient grand espoir que l'adoption de la DNUDPA mènerait à la reconnaissance d'un grand nombre de leurs droits, notamment le droit à l'autodétermination (articles 3 et 4), le droit de posséder et de contrôler leurs terres et les ressources sur leurs territoires traditionnels (article 26) et le droit d'établir et de contrôler leurs propres structures scolaires et leur culture (article 14) à l'intérieur des

1 Résolution 295 de l'AG, Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies (UNGAOR), 61<sup>e</sup> session, Supp. N° 49, Doc. de l'ONU A/RES/61/295, 46 ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

2 Lillian Aponte Miranda, « Indigenous Peoples as International Lawmakers » (2010) 32 U Pa J Intl L 210.

États. En outre, les nations autochtones espéraient que les États les consulteraient et coopéreraient avec elles de bonne foi afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (article 32) à l'égard de tout projet touchant les terres et les ressources situées sur les territoires traditionnels autochtones.

Près de dix années se sont écoulées depuis l'adoption de la DNUDPA par les Nations Unies en 2007. Le Canada n'a adhéré à la Déclaration qu'en 2010 et l'a adoptée en 2016. La ministre des Affaires autochtones et du Nord, Carolyn Bennett, a déclaré que la mise en application de la DNUDPA visait à corriger des torts causés au fil des siècles et a souligné que des changements fondamentaux s'imposaient<sup>3</sup>.

En juillet 2016, la ministre de la Justice du Canada, Jody Wilson-Raybould, a affirmé à l'Assemblée des Premières nations que l'adoption pleine et entière de la DNUDPA en droit canadien n'était « pas pratique ». Selon la ministre, « des travaux difficiles » devront être entrepris par les Autochtones pour mettre la Déclaration en application dans les collectivités des Premières nations. Elle a précisé aussi que le gouvernement canadien avait besoin que les nations autochtones fassent connaître leurs idées au sujet des lois et des politiques qui pourraient un jour éliminer des textes législatifs comme la *Loi sur les Indiens*<sup>4</sup>.

Pour les nations autochtones, l'adoption de la DNUDPA se traduit par la mise en œuvre de l'autodétermination et des droits ancestraux et issus de traités. Certains, comme les Mi'kmaq, déploient d'énormes efforts depuis même avant la Confédération en vue de faire reconnaître leurs droits et de les mettre en œuvre. Pour le peuple Mi'kmaq, les négociations de traités ont en effet débuté dans les années 1700<sup>5</sup> et, depuis ce temps, les Mi'kmaq militent, négocient et s'adressent aux tribunaux pour faire respecter leurs droits. Ils sont prêts à continuer pour veiller à ce que la DNUDPA soit reconnue et mise en application au Canada.

Dans les 150 années qui ont suivi la Confédération canadienne, la nation mi'kmaq s'est transformée : auparavant indépendante, autosuffisante et de gouvernance autonome, elle est devenue une nation soumise à des lois et politiques visant à la déposséder de ses terres dans le but de l'éliminer et de l'assimiler. Elle a donc dû attendre que le Canada lui-même reconnaisse ses obligations légales et éthiques. Malheureusement, le Canada a souvent négligé de respecter ses obligations envers les Mi'kmaq, dont les droits ancestraux et issus de traités n'ont jamais été pleinement mis en œuvre, tandis que leurs droits sur les terres ont été carrément ignorés.

Cependant, la DNUDPA fait briller une lueur d'espoir pour la nation mi'kmaq : il est à espérer que la mise en application de la Déclaration par le Canada fera en sorte que la relation entre ce dernier et les Mi'kmaq et d'autres peuples autochtones puisse véritablement atteindre la réconciliation. Il n'est pas inévitable que le chemin pour y parvenir soit difficile : il suffit que le Canada s'acquitte de ses obligations légales et éthiques envers le peuple mi'kmaq.

Je vais donner quelques exemples de ce qu'a accompli la nation mi'kmaq après la Confédération au sujet de la reconnaissance de ses droits et de la mise en application de la DNUDPA. Ensuite, je m'attarderai à ce que font deux collectivités mi'kmaq – Membertou et Elsipogtog—depuis quelques années afin de mettre la DNUDPA en œuvre.

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 faite lors de la 15<sup>e</sup> session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, le 10 mai 2016; en ligne : <[www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-undrip-minister-bennetts-speech/](http://www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-undrip-minister-bennetts-speech/)>.

4 APTN National News, « Justice Minister Jody Wilson-Raybould says adopting UNDRIP into Canadian law 'unworkable' » *APTN National News* (12 juillet 2016); en ligne : <<http://aptnnews.ca/2016/07/12/justice-minister-jody-wilson-raybould-says-adopting-undrip-into-canadian-law-unworkable/>>.

5 C'est en 1725 qu'ont été signés les premiers traités entre les Mi'kmaq et la Couronne britannique avant la Confédération.

Espérons que la DNUDPA sera un catalyseur de changement et que le gouvernement du Canada prendra des mesures concrètes à l'égard des droits ancestraux et issus de traités des Mi'kmaq, puis qu'il reconnaîtra et respectera ces droits. C'est l'effet qu'a eu la Déclaration sur certaines collectivités mi'kmaq, qui ont insisté sur la nécessité d'obtenir leur consentement dans le cadre de mégaprojets qui avaient des retombées sur leurs terres et dans l'élaboration de leurs règles de droit.

## L'espoir des collectivités mi'kmaq

Mi'kma'ki, le territoire traditionnel de la nation mi'kmaq, englobe ce que nous connaissons maintenant comme étant la Nouvelle-Écosse, l'Île-du-Prince-Édouard, Terre-Neuve, la Gaspésie, la partie orientale du Nouveau-Brunswick et certaines parties du Maine. Le titre Mi'kmaq sur ce territoire traditionnel n'a jamais été cédé par traité ni par aucun texte législatif ou instrument juridique.

Les traités qui ont été signés entre les Mi'kmaq et la Couronne britannique de 1725 à 1779 visaient à établir une relation basée sur la paix et l'amitié, non pas à céder des parties du territoire mi'kmaq. Les Mi'kmaq n'ont jamais cédé leur titre ancestral et le Canada n'a jamais non plus éteint le titre des Mi'kmaq sur leur territoire.

Pendant des siècles, les Mi'kmaq ont réclamé le respect de leurs droits issus de traités, au moyen de lettres envoyées à la Couronne britannique afin de lui rappeler les promesses qui avaient été faites au moment de la signature. Une lettre écrite en 1841 par le chef Mi'kmaq Pemmeenauweet à la reine Victoria illustre tristement les conditions pitoyables dans lesquelles vivaient les Mi'kmaq à l'époque où les traités n'étaient pas reconnus : [TRADUCTION] « Aucun territoire de chasse, aucun castor, aucune loutre, rien. Les Indiens sont pauvres—pauvres pour toujours. Pas de magasin, pas de coffre, pas de vêtements. Toutes ces forêts étaient à nous avant. Elles appartenaient à nos Pères. Maintenant, nous ne pouvons plus couper un arbre pour chauffer notre wigwam l'hiver à moins qu'un Homme Blanc le permette. Les Mi'kmaq ne reçoivent plus de présents, seulement une petite couverture par famille<sup>6</sup>. »

Des Mi'kmaq se sont tournés à titre personnel vers les tribunaux pour faire reconnaître légalement leurs droits ancestraux et leurs droits issus de traités, mais les résultats ont été mitigés. Gabriel Sylliboy a perdu en 1929<sup>7</sup>, comme Martin Francis en 1969<sup>8</sup>. Malgré une défaite devant les juridictions inférieures, James Matthew Simon en 1985<sup>9</sup> et Donald Marshall Jr. en 1999<sup>10</sup> ont finalement obtenu la reconnaissance de leurs droits issus de traités devant la Cour suprême du Canada (CSC).

En 1926, le Grand Chef Mi'kmaq Gabriel Sylliboy<sup>11</sup> a été déclaré coupable d'avoir eu des peaux en sa possession (rat musqué et renard), contrairement à la *Nova Scotia Lands and Forests Act, 1926*. Pour sa défense, le Grand Chef Sylliboy faisait valoir qu'il avait le droit de chasser et de pêcher en tout temps en vertu d'un droit issu du Traité de 1752. La Cour suprême a conclu que le Grand Chef Sylliboy ne pouvait bénéficier du traité en question parce qu'il venait du Cap-Breton. Elle désigne ensuite les Mi'kmaq comme des « sauvages » : « Toutefois les Indiens n'ont jamais été considérés comme une puissance indépendante. Une nation civilisée qui découvre la première un pays peuplé de gens non civilisés ou

6 Lettre du chef Mi'kmaq Pemmeenauweet à la reine Victoria, 1841; en ligne : *JohnWood1946* <<https://johnwood1946.wordpress.com/2011/07/08/letter-of-mi%e2%80%99kmaq%e2%80%99-chief-pemmeenauweet-to-queen-victoria-1841/>>.

7 *R. c. Sylliboy*, [1929] 1 DLR 307, 1928 CanLII 352 (CSNÉ) [*Sylliboy*, référence des DLR].

8 *R. c. Francis (1969)*, 10 DLR (3d) 189, 1969 CanLII 848 (CANB) [*Francis*, référence des DLR].

9 *Simon c. La Reine*, [1985] 2 RCS 387 [*Simon*].

10 *R. c. Marshall*, [1999] 3 RCS 456 [*Marshall*].

11 Le nom du Grand Chef Gabriel Sylliboy a été orthographié « Syliboy » dans cet arrêt.



de sauvages considère ce pays comme le sien jusqu'à ce qu'il soit cédé par traité à une autre nation civilisée. Les droits de souveraineté et même de propriété des sauvages n'ont jamais été reconnus<sup>12</sup>. »

Le 22 septembre 1966, Martin Francis pêchait le saumon avec un filet dans la rivière Richibouctou. Il a été accusé d'avoir pêché sans permis, ce qui est contraire à la réglementation du Nouveau-Brunswick en matière de pêche. Francis s'est défendu en invoquant un droit issu d'un traité, celui de pêcher, et a cité trois traités Mi'kmaq, datés du 15 décembre 1725, du 22 novembre 1752 et du 22 septembre 1779.

Adoptant une interprétation très restreinte des « bandes » de la nation mi'maq auxquelles les traités de 1725 à 1752 s'appliquaient, la Cour suprême a déclaré Francis coupable et a statué qu'il n'avait pas prouvé qu'il faisait partie de cette bande<sup>13</sup>. Bien que la Cour ait jugé que Francis était visé par le Traité de 1779, elle a conclu que ce dernier ne conférait pas de droits de chasse et de pêche<sup>14</sup>.

Indépendamment de ces défaites coûteuses et de ces énormes dépenses<sup>15</sup> engagées dans le système judiciaire canadien, les Mi'kmaq n'ont jamais perdu espoir et sont demeurés convaincus que les traités qu'ils avaient signés étaient valides et qu'ils seraient reconnus et mis en application par le Canada. L'optimisme de la nation mi'kmaq a été finalement récompensé quand, en 1985, pour la première fois au Canada, la CSC a conclu dans l'arrêt *Simon*<sup>16</sup> que le Traité de 1752 était valide.

En 1999, dans l'affaire *Marshall*<sup>17</sup>, la CSC a tranché en faveur des droits issus de traités des Mi'kmaq, Maliseet et Passamaquoddy. Elle a reconnu les droits issus de traités de ces trois nations leur permettant de pêcher en vue de se procurer une subsistance convenable. Malheureusement, il n'y a aucune collectivité mi'kmaq qui se livre à la pêche commerciale fondée sur un traité. Bon nombre des collectivités mi'kmaq pêchent plutôt sur une base commerciale en vertu d'ententes provisoires négociées par le ministère des Pêches et Océans peu de temps après la victoire des Mi'kmaq dans l'arrêt *Marshall*<sup>18</sup>. Le Canada a donné au ministère des Affaires autochtones et du Nord le mandat de négocier des droits de pêche issus de traités avec les Mi'kmaq, mais ce n'est pas encore devenu réalité<sup>19</sup>.

À l'heure actuelle, le processus de reconnaissance des droits ancestraux et issus de traités, qui se déroule principalement devant les tribunaux, coûte cher en temps et en ressources<sup>20</sup>. Quand la nation mi'kmaq gagne à la Cour suprême, rien ne garantit la mise en œuvre des droits, comme nous l'avons appris avec l'arrêt *Marshall*. Cependant, les Mi'kmaq croient que le Canada, depuis qu'il s'est engagé à mettre la DNUDPA en œuvre, va consacrer moins de temps et d'argent à s'opposer à eux sur la scène judiciaire et passera plus de temps à reconnaître et à mettre en œuvre les droits ancestraux et les droits issus de traités.

12 *Syliboy*, supra note 7, p. 313.

13 Le terme « bandes » est issu de la *Loi sur les Indiens de 1876*. Les Mi'kmaq ne vivaient pas dans des entités ressemblant aux « bandes » créées par cette loi avant l'arrivée des Européens ni durant la période où les traités ont été signés.

14 *Francis*, supra note 8, p. 194.

15 Yamri Taddese, « Feds pouring big money into aboriginal litigation », *The Law Times* (11 mars 2013); en ligne : <[www.lawtimesnews.com/20131113587/headline-news/feds-pouring-big-money-into-aboriginal-litigation](http://www.lawtimesnews.com/20131113587/headline-news/feds-pouring-big-money-into-aboriginal-litigation)>. Cet article met en lumière les dépenses engagées par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien.

16 *Simon*, supra note 9.

17 *Marshall*, supra note 10.

18 Parlement du Canada, « La décision Marshall et les pêches de l'Atlantique » (20 septembre 2001); en ligne : <<https://lop.parl.ca/content/lop/ResearchPublications/tips/tip63-f.htm>>.

19 Atlantic Policy Congress of First Nations Chiefs, « Marshall 10 Years Later: Atlantic and Gaspé First Nations Participation in Fisheries » (septembre 2009); en ligne : <[www.apcnc.ca/images/uploads/Post\\_Marshall\\_report\\_10\\_years.pdf](http://www.apcnc.ca/images/uploads/Post_Marshall_report_10_years.pdf)>.

20 Kent McNeil, « Stop wasting money fighting aboriginals », *The National Post* (21 octobre 2015); en ligne : <<http://news.nationalpost.com/full-comment/kent-mcneil-stop-wasting-money-fighting-aboriginals>>.

Dans les prochains paragraphes, je vais raconter l'histoire de certaines collectivités mi'kmaq qui mettent en application actuellement la DNUDPA. Tout d'abord, je parlerai de la lutte qu'a menée Elsipogtog au nom du principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. Ensuite, je décrirai comment la collectivité de Membertou a décidé d'inclure la DNUDPA dans l'élaboration de ses règles de droit.

## Les Elsipogtog, la fracturation hydraulique et l'absence de consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause

En 2013, la collectivité Mi'kmaq d'Elsipogtog a défié la province du Nouveau-Brunswick relativement à un projet d'exploration de gaz de schiste qui devait se dérouler à l'intérieur du territoire traditionnel mi'kmaq. La collectivité s'inquiétait des répercussions possibles sur son utilisation actuelle et future des terres.

Les groupes mi'kmaq de la Première Nation Elsipogtog, au Nouveau-Brunswick<sup>21</sup>, se sont unis contre une société pétrolière et gazière basée à Houston (Texas), Southwestern Energy (SWN). Le gouvernement de la province, dirigé par le parti progressiste conservateur, avait permis à SWN de mener des travaux d'exploration de gaz de schiste à l'intérieur du territoire traditionnel du district Sikniktuk de la nation mi'kmaq. Or cette permission avait été accordée par le gouvernement provincial sans consultation adéquate ni véritable des groupes mi'kmaq les plus touchés par les travaux d'exploration.

Préoccupés par les effets de l'exploration, les chefs mi'kmaq et les membres de la collectivité de la Première Nation Elsipogtog s'opposaient vigoureusement à la fracturation hydraulique et rejetaient toute exploration de gaz de schiste au sein de leur territoire traditionnel<sup>22</sup>. Bon nombre de gens dans la collectivité étaient d'avis que leur consentement préalable, donné librement et en connaissance n'avait jamais été sollicité et, donc, qu'il n'avait pas été accordé. En tant que gardiens de leur territoire traditionnel, les Mi'kmaq du district de Sikniktuk se sont installés sur leurs terres et ont refusé l'accès aux employés de SWN. Le Chef Aaron Sock d'Elsipogtog a délivré un avis d'éviction à SWN<sup>23</sup>. En conséquence, de nombreux Mi'kmaq qui s'étaient joints à la Première Nation Elsipogtog dans son opposition aux projets de SWN ont lancé un mouvement de manifestation en vue de stopper l'entreprise.

Le 3 octobre 2013, la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a accordé une injonction à SWN afin de mettre un terme aux manifestations<sup>24</sup>. Toutefois, les responsables mi'kmaq ont tenu bon et, le 17 octobre 2013, la GRC a dû intervenir pour faire appliquer l'injonction<sup>25</sup>. Des Aînés, des femmes et des enfants ont été aspergés de gaz-poivre, et plus de 40 responsables mi'kmaq ont été arrêtés. Des images montrant la force excessive utilisée contre les Mi'kmaq ont été captées sur vidéo et partagées à l'échelle internationale sur les réseaux sociaux.

Le 6 décembre 2013, SWN a annoncé qu'elle cessait toute exploration pendant un an<sup>26</sup>. Puis, le 18 décembre 2014, le nouveau premier ministre du Nouveau-Brunswick, Brian Gallant, a imposé un

21 Collectivité de la Première Nation possédant la plus vaste population au Nouveau-Brunswick, située dans le comté de Kent.

22 Vidya Kauri, « Elsipogtog man determined to stop fracking », *National Observer* (3 mars 2015); en ligne : <[www.nationalobserver.com/2015/02/13/news/elsipogtog-man-determined-stop-fracking](http://www.nationalobserver.com/2015/02/13/news/elsipogtog-man-determined-stop-fracking)>.

23 CBC News, « First Nations chief issues eviction notice to SWN Resources », *CBC News* (1<sup>er</sup> octobre 2013); en ligne : <[www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/first-nations-chief-issues-eviction-notice-to-swn-resources-1.1874870](http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/first-nations-chief-issues-eviction-notice-to-swn-resources-1.1874870)>.

24 CBC News, « Court orders end to shale gas barricades on Route 134 », *CBC News* (3 octobre 2013); en ligne : <[www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/court-orders-end-to-shale-gas-barricades-on-route-134-1.1894789](http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/court-orders-end-to-shale-gas-barricades-on-route-134-1.1894789)>.

25 Melanie Patten, « Elsipogtog First Nation Sees Violence As RCMP Moves To End Protest », *Huff Post Politics Canada* (17 octobre 2013); en ligne : <[www.huffingtonpost.ca/2013/10/17/elsipogtog-photos-rcmp-protest-violence\\_n\\_4114506.html](http://www.huffingtonpost.ca/2013/10/17/elsipogtog-photos-rcmp-protest-violence_n_4114506.html)>.

26 APTN National News, « SWN ending exploration work in NB, will be back in 2015: Elsipogtog War Chief Levi », *APTN National News* (6 décembre 2013); en ligne : <<http://aptnews.ca/2013/12/06/swn-ending-exploration-work-nb-back-2015-war-chief-levi/>>.

moratoire sur l'exploration par fracturation hydraulique jusqu'à ce qu'une longue série de conditions soient remplies. En tête de la liste : l'obligation de consulter les peuples autochtones<sup>27</sup>. Le 27 mai 2016, la province a fait savoir qu'elle interdisait la fracturation hydraulique indéfiniment<sup>28</sup>.

Malgré des efforts énormes visant à les écarter pour que le gouvernement puisse permettre à des entreprises de mettre en valeur les terres et ressources qui appartiennent aux Mi'kmaq, le peuple d'Elsipogtog n'a jamais cédé aux pressions : les gens se sont unis avec des collectivités voisines de Richibouctou et de Rexton pour protéger les terres afin qu'elles puissent servir aux générations actuelles et futures.

## Membertou et l'autodétermination

Membertou<sup>29</sup> est une collectivité mi'kmaq qui a intégré à une de ses règles de droit les dispositions de la DNUDPA en ce qui a trait aux terres, aux territoires et aux ressources. Le 30 avril 2016, les membres ont édicté la *Membertou Family Homes Law*<sup>30</sup>. Le comité de gouvernance de Membertou, qui a rédigé la loi, s'est assuré que la DNUDPA y était mentionnée et qu'elle y recevait toute son importance. Par exemple, les trois articles du préambule de la loi sont libellés comme suit :

[TRADUCTION]

B. La collectivité de Membertou possède un droit non éteint à l'autodétermination, confirmé par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, qui comprend le droit de se gouverner elle-même, ses membres et ses terres;

C. La collectivité de Membertou possède un droit non éteint et inhérent à l'autodétermination qui émane de son peuple, de sa culture, de sa langue, de ses terres et de ses droits ancestraux et issus de traités, lesquels sont reconnus à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

D. La collectivité de Membertou, a compétence, en tant qu'aspect de son droit non éteint et inhérent à l'autodétermination, pour créer des règles visant le règlement des différends relatifs aux domiciles familiaux et aux biens fonciers situés sur les terres de Membertou qui surgissent après la rupture d'un mariage ou d'une relation de fait<sup>31</sup>.

La collectivité de Membertou est en train d'élaborer aussi un code foncier qui reconnaîtra la compétence de la Première Nation Membertou sur ses terres, l'eau et les ressources. Le code adoptera les termes en matière d'autodétermination qui sont utilisés dans la DNUDPA, qui ressemblent à ceux qu'on retrouve dans la *Membertou Family Homes Law*. Il sera soumis à un vote de ratification par la collectivité dans un avenir proche. Comme la collectivité d'Elsipogtog, les Membertou font les « durs travaux » nécessaires pour mettre en application la DNUDPA.

27 CBC News, « Shale gas moratorium details unveiled by Brian Gallant: Five conditions will need to be met before government lifts moratorium on all forms of fracking », *CBC News* (18 décembre 2014); en ligne : <[www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/shale-gas-moratorium-details-unveiled-by-brian-gallant-1.2877440](http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/shale-gas-moratorium-details-unveiled-by-brian-gallant-1.2877440)>.

28 Shawn McCarthy, « New Brunswick extends fracking ban indefinitely », *The Globe and Mail* (27 mai 2016); en ligne : <[www.theglobeandmail.com/report-on-business/industry-news/energy-and-resources/new-brunswick-extends-fracking-ban-indefinitely/article30191515/](http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/industry-news/energy-and-resources/new-brunswick-extends-fracking-ban-indefinitely/article30191515/)>.

29 Collectivité mi'kmaq située sur l'île du Cap-Breton, en Nouvelle-Écosse.

30 *Membertou Family Homes Law 2016*, *First Nations Gazette*; en ligne : <[http://sp.fng.ca/fngweb/26\\_MPR\\_law\\_2016.pdf](http://sp.fng.ca/fngweb/26_MPR_law_2016.pdf)>.

31 *Ibid.*, art. B, C et D du préambule.

## Conclusion

Les Mi'kmaq militent pour la reconnaissance de leurs droits ancestraux et issus de traités depuis près de 300 ans. Ils ont pleinement conscience du travail qu'ils doivent accomplir pour veiller à ce que le Canada remplisse ses obligations légales. N'eut été des efforts de toutes les nations autochtones du monde, la DNUDPA n'existerait pas : elle est un symbole de ce qui peut être réalisé quand les peuples autochtones et les États nations collaborent à l'échelle internationale à l'intérieur des Nations Unies pour s'assurer que nos droits sont respectés et que notre voix est entendue. La DNUDPA est un autre outil que les Mi'kmaq peuvent utiliser pour faire reconnaître leurs droits constitutionnels et internationaux.

L'adoption de la DNUDPA par le Canada est jugée extrêmement importante pour la nation mi'kmaq. La Déclaration repose en effet sur une reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones à l'autodétermination et de tout ce qui en découle.

Bien que la nation mi'kmaq ait franchi des étapes importantes, le gouvernement du Canada doit abattre encore bien du travail ardu pour mettre la DNUDPA en œuvre. Ce qui est nécessaire, d'abord, c'est que le Canada cesse de s'opposer devant les tribunaux aux particuliers mi'kmaq qui exercent leurs droits ancestraux et issus de traités. Le Canada doit reconnaître l'ensemble des traités en vigueur signés avec les Mi'kmaq et d'autres nations autochtones du Canada et leur donner tout leur sens. Le Canada doit s'assurer que les lois, les politiques et les ressources financières soient en place pour inclure les Autochtones dans les discussions entourant chacun des projets susceptibles d'être réalisés sur leurs territoires traditionnels.

Nous espérons que la mise en application se traduira par une baisse du nombre de luttes judiciaires longues et coûteuses nécessaires pour faire reconnaître des droits ancestraux et issus de traités. Nous espérons que l'adoption de la DNUDPA va faire en sorte que les provinces canadiennes impliqueront dans l'ensemble du processus d'examen et de prise de décisions les nations autochtones qui subissent les effets des projets de mise en valeur sur leurs territoires traditionnels. Nous espérons que le Canada ne tardera plus à respecter la nation mi'kmaq, le droit inhérent des Mi'kmaq à l'autodétermination, le droit de bénéficier du titre ancestral et le droit de gérer les terres et les ressources. En bout de ligne, si ces espoirs deviennent réalité, comment ne peuvent-ils pas mener à la réconciliation?

**Cheryl Knockwood** est L'nu et fière d'appartenir à nation mi'kmaq. Elle a grandi dans le district Siksiktuk de Mi'kma'ki et habite actuellement dans le district Unama'ki de Mi'kma'ki avec sa conjointe Candice et leur famille. Cheryl a reçu son B.A. (avec honneurs) en anthropologie de l'Université du Nouveau-Brunswick. Elle a ensuite obtenu un baccalauréat en droit de l'Université de la Colombie-Britannique puis une maîtrise spécialisée en droit et politiques autochtones de l'Université de l'Arizona.

Pendant 13 ans, Cheryl Knockwood a exercé les fonctions d'analyste principale des politiques à l'Atlantic Policy Congress of First Nations Chiefs, où elle donnait des conseils stratégiques dans des domaines comme la pêche, l'environnement, l'éducation visée par traité et le développement économique aux chefs et aux collectivités mi'kmaq, maliseet et passamaquoddy. Elle a intégré le barreau de la Nouvelle-Écosse en 2009, devenant ainsi la première femme avocate de langue Mi'kmaq de la province. En 2015, elle a été nommée à la Commission des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse, où elle siège toujours. Depuis 2010, elle est coordonnatrice de la gouvernance pour Membertou, en Nouvelle-Écosse, où elle mobilise la collectivité dans la rédaction de dispositions législatives sur les terres et la citoyenneté. M<sup>me</sup> Knockwood donne à l'occasion des cours à l'Université du Cap-Breton sur les droits ancestraux et issus de traités, sur la gouvernance et le développement économique autochtone.







# Nos langues sont sacrées :

## les droits linguistiques des Autochtones au Canada



### Lorena Sekwan Fontaine

Les langues autochtones sont les plus anciennes du Canada. Riche et variée, leur histoire est étroitement liée à la terre, aux plantes et aux créatures vivantes. Un important volet de l'histoire de notre pays est lié aux concepts linguistiques autochtones qui ont évolué à mesure que la relation entre les peuples et la terre se développait. Le droit autochtone et le droit international reconnaissent l'importance de ces langues, en plus des droits linguistiques des peuples autochtones dans des domaines comme l'éducation, les services gouvernementaux et la traduction des lois. Le Canada n'a pas mis en œuvre ces droits linguistiques dans le cadre de ses lois nationales.

En décembre 2016, le premier ministre Trudeau a annoncé que le gouvernement fédéral allait déposer un projet de loi sur les langues autochtones afin d'appuyer la revitalisation de celles-ci. Le défi que doit relever le Canada consiste à déterminer comment il intégrera le droit international et le droit autochtone à ses lois. Il devra également tenir compte de divers autres facteurs tels que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) au moment de proposer des lois<sup>1</sup>.

La DNUDPA reconnaît aux Autochtones des droits linguistiques dans divers domaines, comme le droit de transmettre leur langue aux générations futures (article 13), le droit d'établir leurs propres établissements scolaires dispensant l'enseignement dans leur

<sup>1</sup> Rés. 295 de l'AG, UNGAOR, 61<sup>e</sup> session, Suppl. n° 49, Doc. de l'ONU A/RES/61/295, 46 ILM 1013, 2007.

propre langue (article 14) et le droit d'être entendus et compris dans leur langue dans divers contextes privés et publics. Les spécialistes des droits de la personne à l'échelle internationale reconnaissent également que les droits linguistiques des Autochtones constituent un droit à l'autodétermination et à l'intégrité culturelle<sup>2</sup>.

Récemment, la Commission de vérité et réconciliation (CVR) du Canada a demandé aux gouvernements d'utiliser la DNUDPA comme cadre de réconciliation (appels à l'action 43 et 44 de la CVR)<sup>3</sup>. La CVR a également demandé au gouvernement fédéral de reconnaître que les droits ancestraux énoncés au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>4</sup> comprennent les droits linguistiques des Autochtones (appel à l'action 13 de la CVR).

Les dirigeants autochtones appuient actuellement la CVR, mais essaient aussi de promouvoir les droits linguistiques des Autochtones dans divers contextes (particulièrement dans le domaine de l'éducation) depuis les années 1970<sup>5</sup>. À la lumière des discussions relatives à ces droits linguistiques, le présent article vise à passer en revue le droit coutumier autochtone relatif aux langues autochtones et aux droits de la personne à l'échelle internationale, et la façon dont certains autres pays ont fait appliquer les droits linguistiques des Autochtones. Elle recommande également la promotion de ces droits dans les projets de loi fédéraux.

## Droit coutumier autochtone

Les droits linguistiques de base des Autochtones sont dérivés du droit coutumier autochtone, qui reconnaît la langue comme un droit sacré et inaliénable. Par exemple, pour les Algonquins, selon l'histoire de la création, la langue est un des dons sacrés du Créateur au peuple. Plus précisément, la langue est un don reçu du monde spirituel, durant une période sacrée décrite comme celle qui précède le début des temps.

Selon l'histoire de la création, avant que nous voyagions du monde spirituel au monde physique, le Créateur nous parle, nous prépare à la vie dans le monde physique et nous donne des orientations. Ces instructions, dit-on, sont données dans nos langues ancestrales<sup>6</sup>. Cela démontre non seulement que la langue est sacrée, mais aussi qu'elle constitue un élément crucial de notre lien avec le monde

---

2 James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, New York (New York), Oxford University Press, 2004; Tove Skutnabb-Kangas, *Linguistic Genocide in Education—or Worldwide Diversity and Human Rights?*, Mahwah (New Jersey), Lawrence Erlbaum, 2000; Robert Dunbar et Tove Skutnabb-Kangas, *Forms of Education of Indigenous Children as Crimes Against Humanity?*, 2008, document spécialisé à l'intention de l'Instance permanente sur les questions autochtones des Nations Unies [Dunbar et Skutnabb-Kangas, *Forms of Education*]; Tove Skutnabb-Kangas et Robert Dunbar, *Indigenous Children's Education as Linguistic Genocide and a Crime Against Humanity? A Global View*, 2010, 1, Gáldu Čála – revue sur les droits des peuples autochtones [Skutnabb-Kangas et Dunbar, *Indigenous Children's Education*].

3 Voici une des conclusions de la CVR : « Si la préservation des langues autochtones ne devient pas une priorité tant pour les gouvernements que pour les communautés autochtones, ce que les pensionnats n'ont pas réussi à accomplir se réalisera par un processus de négligence systématique. », CVR, *Pensionnats du Canada : Les séquelles – Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, vol. 5, Montréal (Qc) et Kingston (Ont.), McGill-Queen's University Press, 2015, p. 6.

4 *Loi constitutionnelle de 1982*, qui est l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, chap. 11 (R.-U.), 1982, paragr. 35(1).

5 Les dirigeants autochtones prônent l'enseignement des langues autochtones depuis les années 1970 dans les rapports suivants : Fraternité des Indiens du Manitoba/Assemblée des Chefs du Manitoba, *Wahbung: Our Tomorrows*, Manitoba, Fraternité des Indiens du Manitoba, 1971; Fraternité nationale des Indiens (maintenant Assemblée des Premières Nations du Canada), *Maîtrise indienne de l'éducation indienne*, 1972, déclaration de principe présentée au ministre des Affaires autochtones et du Nord canadien; Assemblée des Premières Nations, *Tradition et éducation : vers une vision de notre avenir, Déclaration sur la compétence des Premières Nations en matière d'éducation*, Ottawa (Ont.), APN, 1988; Assemblée des Premières Nations, *Vers la justice linguistique pour les Premières Nations*, Ottawa (Ont.), APN, 1991; Assemblée des Premières Nations, *Principes pour la revitalisation des langues des Premières Nations*, Ottawa (Ont.), APN, Langues et alphabétisation des Premières Nations, 1992; Assemblée des Premières Nations, *Stratégie nationale pour les langues des Premières Nations et Loi constituant la Fondation des langues autochtones*, Ottawa (Ont.), APN, 2000; Assemblée des Premières Nations, *Mémoire déposée par l'Assemblée des Premières Nations devant le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies*, Ottawa (Ont.), APN, 2012, 61<sup>e</sup> session, 27 septembre 2012, Assemblée des Nations Unies, Genève.

6 Harold Cardinal et Walter Hildebrandt, *Treaty Elders of Saskatchewan: Our Dream Is that Our Peoples Will One Day Be Clearly Recognized as Nations*, Calgary (Alb.), University of Calgary Press, 2000, p. 30.

spirituel. La langue représente donc plus que des mots et un mode d'expression; c'est un don et une responsabilité reçus du Créateur et destinés à nous enseigner les principes de l'existence<sup>7</sup>.

Les langues autochtones sont également façonnées par un certain nombre d'éléments tels que comme la géographie et l'expérience, lesquels génèrent des pratiques culturelles, des besoins et des systèmes de communication qui évoluent avec le temps<sup>8</sup>. En témoignent, par exemple, les nombreuses langues autochtones parlées dans différentes régions d'Amérique du Nord, au sein des familles et des collectivités, et les dialectes composant les familles de langues. La langue est essentielle à la création des peuples autochtones. En plus des points de vue qui font de la langue un élément sacré, il existe des principes ancrés dans la langue elle-même.

Les termes de droit coutumier cri comme *iyiniw miyikowisowina*<sup>9</sup> (qui veut dire « ce qui est donné au peuple ») et *iyiniw saweyihtakosiwin* (« les dons sacrés au peuple ») sont dérivés du lien unique qu'entretiennent les peuples avec le Créateur<sup>10</sup>. Ces principes cris sont issus du droit coutumier autochtone, qui reconnaît que les langues sont sacrées<sup>11</sup>.

On attribue également le statut constitutionnel des langues autochtones aux coutumes inter-sociétales qui régissaient initialement les relations entre les Européens et les peuples autochtones<sup>12</sup>. Ces coutumes seraient principalement issues du droit coutumier autochtone. À cette époque, au fil du temps, les échanges de communications se multipliaient de diverses façons, dans des domaines comme les pratiques commerciales, les négociations politiques et de traités, et les relations diplomatiques. Quand les Européens rencontraient les Autochtones, on avait besoin non seulement d'interprètes, mais aussi de protocoles de communication. Avec le temps, on a commencé à voir apparaître des pratiques linguistiques coutumières entre Européens et peuples autochtones, qui régissaient les échanges de communications<sup>13</sup>. Elles ont donné naissance à des lois inter-sociétales qui ont par la suite réglementé les pratiques linguistiques au Canada.

Aujourd'hui, les pratiques linguistiques se traduisent par le droit de conserver et de développer des langues, ce qui inclut la mise sur pied des institutions éducatives et culturelles nécessaires au maintien de ces langues<sup>14</sup>. Par ailleurs, il peut être important pour le droit à l'autonomie gouvernementale d'adopter des lois linguistiques parallèlement à l'enseignement des langues<sup>15</sup>. De plus, les droits linguistiques relèvent du « droit à l'intégrité culturelle », en vertu de normes internationales et nationales plus récentes. Les Autochtones considèrent que la langue fait partie intégrante de leur capacité à exprimer, protéger et transmettre leur culture<sup>16</sup>.

## Approches internationales

7 *Ibid.*, Groupe de travail sur les langues et les cultures autochtones, *Le début d'un temps nouveau : Premier rapport en vue d'une stratégie de revitalisation des langues et des cultures des Premières nations, des Inuits et des Métis*, Ottawa (Ont.), ministère du Patrimoine canadien, 2005, p. 93.

8 Edward Benton-Banai, *The Mishomis Book: The Voice of the Ojibway*, Minneapolis (Minnesota), University of Minnesota Press, 2010.

9 Il s'agit de termes du dialecte des Cris des plaines.

10 Cardinal et Hildebrandt, *supra* note 6, p. 10.

11 Cardinal et Hildebrandt, *supra* note 6.

12 Brian Slattery, « Aboriginal Language Rights », in David Schneiderman (éd.), *Langue et État : droit, politique et identité*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1991, 119 [Slattery, « Aboriginal Language Rights »].

13 *Ibid.*

14 Brian Slattery, « A Taxonomy of Aboriginal Rights », in Hamar Foster, Heather Raven et Jeremy Webber (éd.), *Let Right Be Done: Aboriginal Title, the Calder Case, and the Future of Aboriginal Rights*, Vancouver, UBC Press, 2007, 111, p. 119 [Slattery, « Taxonomy of Aboriginal Rights »].

15 Slattery, « Taxonomy of Aboriginal Rights », *supra* note 14.

16 *Ibid.*, p. 119.



La communauté internationale a établi que le fait que les systèmes d'éducation, anciens et actuels, enseignent aux enfants autochtones dans la langue dominante — au détriment de leur langue ancestrale — constitue un « linguicide<sup>17</sup> ». Des études ont par ailleurs démontré que les méthodes les plus efficaces pour que les gens parlent une langue couramment sont les programmes d'immersion<sup>18</sup>.

Certains programmes d'enseignement des langues autochtones ont été mis en œuvre en Bolivie, en Nouvelle-Zélande, en Norvège, en Finlande et aux États-Unis<sup>19</sup>. Un certain nombre de pays ont adopté des lois reconnaissant les droits linguistiques des Autochtones dans divers domaines.

### Bolivie

La Constitution bolivienne fait de 36 langues autochtones, ainsi que de l'espagnol, les langues officielles du pays<sup>20</sup>. Elle exige en outre des représentants du gouvernement qu'ils utilisent au moins deux langues officielles, dont l'espagnol<sup>21</sup>. En 1994, on a mis en œuvre une réforme de l'éducation, qui a créé un enseignement bilingue interculturel pour les enfants autochtones<sup>22</sup>. Les réformes de l'éducation comprennent l'inclusion d'un programme d'étude basé sur les connaissances, les valeurs et les cultures des peuples autochtones de Bolivie. Par ailleurs, on intègre les méthodes d'enseignement autochtones à l'enseignement des langues autochtones<sup>23</sup>. Ces dernières années, le statut social et politique des langues autochtones a été renforcé par les changements apportés aux lois et à l'éducation<sup>24</sup>.

### Nouvelle-Zélande

En vertu de la *Maori Language Act 1987*, le maori est la langue officielle de la Nouvelle-Zélande<sup>25</sup>. Le Waitangi Tribunal a jugé que le maori était un trésor national (*taonga*) que la Couronne doit protéger<sup>26</sup>. Cette loi a également créé la Te Taura I Te Reo Maori (Commission sur la langue maori) chargée [TRADUCTION] « de promouvoir le maori et, en particulier, son utilisation comme langue vivante et comme moyen de communication ordinaire<sup>27</sup>. » En raison des travaux de la commission, un grand nombre de Maoris ont pu apprendre leur langue et en être fiers.

17 Skutnabb-Kangas, *supra* note 2; Dunbar et Skutnabb-Kangas, « Forms of Education », *supra* note 2; Skutnabb-Kangas et Dunbar, « Indigenous Children's Education », *supra* note 2; Andrea Bear Nicholas, « Linguicide: Submersion Education and the Killing of Languages in Canada », *Briarpatch* (mars-avril 2011), p. 4.

18 Marka-Liisa Olthuis, Suvi Kivelä et Tove Skutnabb-Kangas, *Revitalising Indigenous Language: How to Recreate a Lost Generation*, Bristol, R.-U., Multilingual Matters, 2013; Jim Cummins, « Total Immersion or Bilingual Education? Findings of International Research on Promoting Immigrant Children's Achievement in the Primary School », in J. Ramseger et M. Wagener (éd.), *Chancenungleichheit in der grundschule: Ursachen und wege aus der krise*, Wiesbaden, Allemagne, CS Verlag fur Sozialwissenschaften, 2008, p. 44; Haley De Korne, « Indigenous Language Education Policy: Supporting Community-Controlled Immersion in Canada and the United States », 2008, vol. 9, n° 2, *Language Policy*, p. 115; Jon Reyhner, « Indigenous Language Immersion Schools for Strong Indigenous Identities », 2010, vol. 7, n° 2, *Heritage Language Journal*, p. 138.

19 Même si les droits linguistiques des Autochtones ont été reconnus comme un droit à l'éducation dans un certain nombre de pays, la législation n'est pas parfaite. Le présent article ne se veut pas une critique de la législation; toutefois, les défis que doivent relever les Autochtones pour promouvoir leur langue devraient être pris en compte lors de l'élaboration des lois canadiennes.

20 *Constitucion Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, 2009, disposition 5.I.

21 *Ibid.*, disposition 5.II.

22 Bolivie. *Ley de reforma Educativa, 1994, Ley 1565*; Rosaleen Howard, « Language, Signs, and the Performance of Power: The Discursive Struggle over Decolonization in the Bolivia of Evo Morales », 2010, vol. 37, n° 3, *Latin American Perspectives*, p. 176.

23 Sonia Comboni Salinas et José Manuel Juárez Núñez. « Education, Culture and Indigenous Rights: The Case of Educational Reform in Bolivia », 2000, vol. 30, n° 1, *Quarterly Review of Comparative Education*, 105, p. 110.

24 *Ibid.*, p. 108.

25 *Maori Language Act 1987* (Nouvelle-Zélande), 1987/176 [*Maori Language Act*].

26 L'article 2 du *Treaty of Waitangi* (1840) garanti aux tribus Māori hapu le contrôle et la jouissance de ces ressources, ainsi que le *taonga*, c'est-à-dire leur volonté de conserver la langue. La préservation d'une base de ressources, le rétablissement de l'autogestion des tribus et la protection active de *taonga*, à la fois matérielle et culturelle, sont des éléments nécessaires de la politique de la Couronne reconnaissant *rangatiratanga*.

27 *Maori Language Act, supra* note 26, alinéa 7b).

## États-Unis

En 1978, l'Assemblée législative d'Hawaï a reconnu l'hawaïen comme langue officielle, ce qui a donné naissance à un programme de revitalisation de la langue. Dix ans plus tard, un sénateur hawaïen a déposé un projet de loi au Congrès, qui a conduit à l'adoption de la *Native American Languages Act* en octobre 1990<sup>28</sup>. Cette loi reconnaît que les États-Unis doivent collaborer avec les Amérindiens afin de préserver les langues autochtones. Elle établit par ailleurs une politique fédérale visant à préserver, protéger et promouvoir le droit et la liberté des Amérindiens d'utiliser, de pratiquer et de développer les langues amérindiennes, et à encourager et appuyer l'utilisation de ces langues comme moyen d'instruction<sup>29</sup>.

## Norvège, Finlande et Suède

Dans les années 1980, tous les pays scandinaves ont adopté des lois garantissant et réglementant le droit d'utiliser le lapon (ou langue sami). La Norvège a adopté la première loi sur le lapon en 1990<sup>30</sup>. En 1991, la Finlande a adopté une loi relative à l'utilisation du lapon devant les autorités<sup>31</sup>, tandis que la Suède, de son côté, a adopté des règlements portant sur l'utilisation du lapon. Ces trois pays ont élu directement un parlement lapon.

## Groenland

Les Autochtones vivant sur le territoire danois du Groenland ont également réalisé des gains importants en matière de droits linguistiques. En 1979, la *Loi d'autonomie du Groenland* a reconnu le groenlandais comme langue officielle du pays<sup>32</sup>. Depuis, le groenlandais est devenu la langue d'enseignement dans les écoles. La plupart des habitants du Groenland reconnaissent que les enfants de parents danois vivant au Groenland devraient apprendre le groenlandais<sup>33</sup>.

## Canada

Le gouvernement fédéral s'est engagé à gérer les droits ancestraux dans le cadre d'une relation de nation à nation au Canada<sup>34</sup>. Le ministère des Affaires autochtones et du Nord et le ministère de la Justice se sont engagés à mettre en application la DNUDPA conformément aux principes du consentement préalable donné librement et en connaissance de cause<sup>35</sup>. Tandis que le gouvernement fédéral détermine de quelle façon il va s'acquitter de ses responsabilités internationales et nationales en matière de langues autochtones, d'autres intervenants clés, un peu partout au pays, élaborent des stratégies de revitalisation des langues autochtones.

28 *Native American Languages Act of 1990*, Public Law N° 101-477, 104 Stat. 1152.

29 *Ibid.*

30 *Språkløven*, 1990, Norvège.

31 *Laki saamen kielen käyttämisestä viranomaisissa (kumottu)* [Loi sur l'usage de la langue same devant les autorités] (516/1991), Finlande (abrogée).

32 *Loi sur l'autonomie du Groenland*, N° 577, 29 novembre 1978, paragr. 9(1).

33 Vikør, Lars S. *The Nordic Languages: Their Status and Interrelations*, Oslo, Norvège, Novus Press, 1993, p. 110.

34 Premier ministre Justin Trudeau, « Lettre de mandat de la ministre des Affaires autochtones et du Nord, 2015; en ligne : <<http://pm.gc.ca/fra/lettre-de-mandat-de-la-ministre-des-affaires-autochtones-et-du-nord>>: « Aucune relation n'est plus importante pour moi et pour le Canada que la relation avec les peuples autochtones. Il est temps de renouveler la relation de nation à nation avec les peuples autochtones pour qu'elle soit fondée sur la reconnaissance des droits, le respect, la collaboration et le partenariat. »

35 Éditeur en ligne, « Justice Minister Jody Wilson-Raybould's Opening Address at UN Permanent Forum on Indigenous Issues » (allocution d'ouverture de la ministre de la Justice du Canada, Jody Wilson-Raybould, devant l'Instance permanente sur les questions autochtones des Nations Unies, le 9 mai 2016, *Northern Public Affairs*); en ligne : <[www.northernpublicaffairs.ca/index/justice-minister-jody-wilson-rayboulds-opening-address-at-un-permanent-forum-on-indigenous-issues/](http://www.northernpublicaffairs.ca/index/justice-minister-jody-wilson-rayboulds-opening-address-at-un-permanent-forum-on-indigenous-issues/)>; Éditeur en ligne, « Canada and UNDRIP: Indigenous Leaders Respond to the Announcement », *Northern Public Affairs* (11 mai 2016); en ligne : <[www.northernpublicaffairs.ca/index/canada-UNDRIP-indigenous-leaders-respond-to-announcement/](http://www.northernpublicaffairs.ca/index/canada-UNDRIP-indigenous-leaders-respond-to-announcement/)>.

Deux récentes activités de portée nationale ont donné lieu à des recommandations portant sur la promotion des droits linguistiques des Autochtones au Canada. Des spécialistes autochtones et non autochtones se sont réunis à Toronto afin de discuter des appels à l'action de la CVR relatifs aux langues autochtones<sup>36</sup>. Par la suite, on a engagé un dialogue national à Victoria avec des experts des langues autochtones de tout le pays, qui ont étudié diverses approches de la revitalisation des langues au Canada<sup>37</sup>. Les participants à ces deux rencontres ont recommandé la mise en application des appels à l'action de la CVR, ainsi que de la DNUDPA.

En plus de ces importantes contributions, des discussions engagées à l'échelle communautaire ont révélé que les programmes d'immersion et de formation des enseignants étaient essentiels aux activités de revitalisation linguistique. Certains des obstacles ont été attribués au manque de financement garanti ou de soutien institutionnel. Par ailleurs, on observe des problèmes de champ de compétences parmi les ministères en ce qui concerne les langues et l'éducation des Autochtones. Patrimoine canadien est responsable du financement de l'Initiative des langues autochtones, et Affaires autochtones et du Nord, du financement de l'éducation autochtone. Le gouvernement fédéral a indiqué que les deux ministères travailleraient ensemble à la promotion des langues autochtones<sup>38</sup>.

Le Canada dispose de certaines lois et de certains modèles éducatifs nationaux dont il peut s'inspirer. L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît le droit d'utiliser la langue de la minorité<sup>39</sup>. Ainsi, les Canadiens ont le droit d'envoyer leurs enfants dans une école utilisant leur langue maternelle, que ce soit le français ou l'anglais. Les programmes d'immersion en langue française favorisent le bilinguisme chez les enfants qui n'ont aucun droit constitutionnel à une éducation en français (quand leur langue maternelle n'est pas le français), et offrent un modèle qu'on pourrait appliquer à l'enseignement des langues autochtones.

---

36 La rencontre, qui a eu lieu au Collège universitaire Glendon de l'Université York, était parrainée par l'École supérieure d'affaires publiques et internationales et le Centre de recherche sur le contact des langues et des cultures. Le rapport a été distribué à l'échelle du Canada. De plus, on a publié en novembre 2016 la Déclaration de Glendon sur la vérité et la réconciliation et sur une politique sur les langues autochtones; en ligne : <<http://www.glendon.yorku.ca/crlcc/wp-content/uploads/sites/106/Declaration-French.pdf>>.

37 Le dialogue national a été organisé par le First Peoples' Cultural Council on Indigenous Languages en juin 2016. Le rapport portait sur quatre éléments : droits linguistiques; lois et politiques : revitalisation communautaire; éducation; stratégies urbaines. Il a été présenté au ministère du Patrimoine canadien et à l'Assemblée des Premières Nations : *Indigenous Languages Recognition, Preservation and Revitalization*, 30 septembre 2016; en ligne : <[www.fpcc.ca/files/PDF/General/FPCC\\_\\_National\\_Dialogue\\_Session\\_Report\\_Final.pdf](http://www.fpcc.ca/files/PDF/General/FPCC__National_Dialogue_Session_Report_Final.pdf)>.

38 Premier ministre Justin Trudeau, « Lettre de mandat de la ministre du Patrimoine canadien, 2015; en ligne : <http://pm.gc.ca/fra/lettre-de-mandat-de-la-ministre-du-patrimoine-canadien> : « Travailler en collaboration avec la ministre des Affaires autochtones et du Nord afin de fournir de nouveaux fonds aux Premières Nations pour promouvoir, préserver et protéger leurs langues et leurs cultures. »

39 *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit l'annexe B de la *Loi sur le Canada de 1982*, chap. 11 (R.-U.), 1982, art. 23 : « 23(1) Les citoyens canadiens : a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident, b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province, ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue. »

Certaines langues autochtones se sont également vu accorder un statut régional quasi-constitutionnel dans les Territoires du Nord-Ouest, au Nunavut, au Yukon et au Manitoba<sup>40</sup>. Le problème tient au fait que la loi ne garantit pas les ressources nécessaires à la revitalisation et au maintien des langues autochtones<sup>41</sup>.

## Recommandations

- Sous réserve d'autres consultations auprès des Autochtones, il est recommandé au gouvernement fédéral d'agir comme suit :
- Faire appliquer les droits linguistiques des Autochtones conformément aux principes du droit coutumier autochtone, à la DNUDPA et aux appels à l'action de la CVR relatifs aux langues autochtones.
- Reconnaître officiellement que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* stipule que le droit coutumier autochtone confère aux Autochtones le droit de transmettre leur langue de génération en génération.
- Donner effet au droit coutumier autochtone et aux droits linguistiques inter-sociétaux garantis par la Constitution, en adoptant des lois qui accordent aux parents autochtones le droit d'éduquer leurs enfants dans la langue de leurs ancêtres, grâce à des cours de langue ou à des programmes d'immersion offerts dans les écoles des réserves et à l'extérieur des réserves, aux frais du gouvernement fédéral.
- Autoriser le financement fédéral de cette éducation par l'entremise de Patrimoine canadien, comme c'est actuellement le cas pour l'éducation dans la langue de la minorité, en vertu de l'article 23 de la *Charte*<sup>42</sup>.
- Prendre des dispositions juridiques relatives au financement avec les gouvernements provinciaux et territoriaux, afin de garantir que cette éducation sera accessible aux parents dont les enfants ne vivent pas dans la réserve.
- Créer un institut national de l'éducation en langue autochtone, qui aura pour mandat :
  - de recueillir et de diffuser l'information relative à l'enseignement des langues autochtones, que ce soit au Canada ou ailleurs;

40 En 1984, la *Loi sur les langues officielles* des Territoires du Nord-Ouest (L.R.T.N.-O. 1988, chap. 0-1, art. 4) reconnaissait neuf langues autochtones comme des langues officielles. En 2008, le Nunavut a adopté la *Loi sur les langues officielles* (L.Nun. 2008, chap. 10) et, l'année suivante, a déposé le projet de loi intitulé *Loi sur la protection de la langue inuit* (L.Nun. 2008, chap. 17). Au Yukon, les langues autochtones se sont vu accorder le statut de langues officielles du territoire dans la *Loi sur les langues* [LRY 2002, chap. 133, paragr. 1(3) et 3(1)]. Au Manitoba, la *Loi sur la reconnaissance des langues autochtones* (C.P.L.M., c. A1.5) reconnaît l'importance des sept langues autochtones.

41 Lors d'une discussion relative à un projet de loi sur les langues autochtones, le sénateur Murray Sinclair a dit qu'à part l'Initiative des langues autochtones de Patrimoine canadien, les seuls programmes significatifs de préservation des langues sont les Accords de coopération Canada-Territoires pour les langues autochtones, dotés d'un budget de 4,1 millions de dollars, qui appuient les services offerts en langue autochtone par le gouvernement territorial, ainsi que les projets communautaires, au Nunavut et dans les Territoires du Nord-Ouest. Au Yukon, les projets de revitalisation et de préservation des langues sont appuyés par des accords de transfert, et dix des onze Premières Nations jouissant de l'autonomie gouvernementale au Yukon y sont admissibles. En comparaison, le Programme des langues officielles du Canada (pour le français et l'anglais) s'est vu allouer 353,3 millions de dollars en 2012-2013, 348,2 millions en 2013-2014 et 348,2 millions en 2014-2015. Dans son mot de conclusion, le sénateur Sinclair a indiqué qu'il avait certaines inquiétudes à propos du projet de loi sur les langues autochtones, mais a précisé ceci : « Je suis toutefois d'accord pour dire que nous devons l'envoyer au comité pour voir si les membres du comité appuieront les amendements que je vais proposer pour renforcer le texte afin qu'il réponde à l'appel à l'action de la Commission de vérité et réconciliation et soit conforme aux principes de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. ». Projet de loi S-212, *Loi visant la promotion des langues autochtones au Canada*, Deuxième lecture, *Débats du Sénat*, 42<sup>e</sup> Législature, 1<sup>re</sup> Session, Numéro 73 (17 novembre 2016), p. 1510 (l'honorable Murray Sinclair).

42 Prenez note que l'Initiative des langues autochtones de Patrimoine canadien ne prévoit actuellement aucun financement pour l'élaboration d'un programme d'études agréé. Voir : « Dépenses admissibles » sur le site Web de l'Initiative; en ligne : <<http://canada.pch.gc.ca/fra/1476991063660/1476991166929#a6>>.



- de mener des études sur l'enseignement des langues autochtones et d'en publier les résultats;
- de fournir des renseignements aux parents et aux collectivités autochtones à propos de la façon dont les langues autochtones sont actuellement enseignées, des lieux d'enseignement et de la façon de créer de nouveaux établissements ou de nouvelles possibilités d'apprentissage des langues autochtones ou d'enseignement en langue autochtone;
- d'aider les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux qui doivent offrir une éducation en langue autochtone;
- de former et de certifier les enseignants et leurs assistants afin qu'ils puissent enseigner en langue autochtone.

### Note sur l'auteur

La section Recommandations du présent article a été préparée avec David G. Leitch.

**Lorena Sekwan Fontaine** (LL.B., LL.M.) est une Crie-Anishinabe de la Première Nation Sagkeeng du Manitoba. Elle est professeure agrégée au département d'études autochtones de l'Université de Winnipeg et prépare un doctorat à l'Université du Manitoba. Sa recherche porte sur les droits linguistiques des Autochtones au Canada. Actuellement, M<sup>me</sup> Fontaine est membre du Comité des droits à l'égalité du Programme de contestation judiciaire du Canada, et rédactrice pour *ab-Original: Journal of Indigenous Studies and First Nations' and First Peoples' Cultures*, Penn State University Press.

Depuis 2003, M<sup>me</sup> Fontaine défend les droits des survivants des pensionnats autochtones, ainsi que de leurs enfants. Elle s'est exprimée lors d'événements nationaux et a rédigé des articles en Australie et au Canada à propos des problèmes des pensionnats. En 2003, M<sup>me</sup> Fontaine a fait partie d'un groupe de travail sur la question et a participé à la rédaction du rapport à l'Assemblée des Premières Nations consacré au plan canadien de résolution du différend portant sur les dédommagements aux personnes victimes d'agressions dans les pensionnats indiens. Elle a également été, au sein du cabinet d'avocats torontois Thomson Rogers, consultante juridique des demandeurs dans le cadre du recours collectif Baxter contre les pensionnats. Elle a également représenté le Mother of Red Nations Women's Council au Manitoba, à propos de questions liées à un préjudice culturel. Enfin, elle a participé au projet de narration numérique à propos du patrimoine intergénérationnel des pensionnats. Ce projet a été mis en œuvre à l'échelle du Canada et des États-Unis et en Islande.

---

## Reproductions - mentions d'auteur et information

- Page couverture**      *Natives Playing on the Land*  
Lawrence Paul Yuxweluptun  
2015, 270 × 180 cm; acrylique sur toile  
Collection Bailey; gracieuseté de l'artiste et de Macaulay & Co. Fine Art
- vi**                              *Indian World My Home and Native Land*  
Lawrence Paul Yuxweluptun  
2012, 304 × 213 cm; acrylique sur toile  
Gracieuseté de l'artiste et de Macaulay & Co. Fine Art; auteur de la photo : Barb Choit
- 8-9**                              *The One Percent*  
Lawrence Paul Yuxweluptun  
2015, 84 po x 60 po; acrylique sur toile  
Collection privée; gracieuseté de l'artiste et de Macaulay & Co. Fine Art; auteur de la photo : Barb Choit
- 18-19**                              *The Masterpiece*  
Norval Morrisseau  
1982, 64 p x 112 po; acrylique sur toile  
Gracieuseté de Coghlan Art Gallery
- 28**                                *The Grand Entrance*  
Daphne Odjig  
1989, 122 × 102 cm; acrylique sur toile  
Gracieuseté de Stan Somerville
- 38**                                *The Subjugation of Truth*  
Kent Monkman  
2016, 72 po x 51 po; acrylique sur toile  
Gracieuseté de Kent Monkman Studio
- 46-47**                              *Reincarceration*  
Kent Monkman  
2013, 48 po x 68 po; acrylique sur toile  
Collection Glenbow; acheté grâce à des fonds du Historic Resources Fund, 2014
- 54-55**                              *Shaman Talking To The Animals*  
Norval Morrisseau  
1990, 48 po x 96 po; acrylique sur toile  
Gracieuseté de Coghlan Art Gallery

- 62 *Lake Nipigon*  
Shaun Hedican  
2016, 48 po x 24 po; acrylique sur toile  
Gracieuseté de l'artiste
- 80 *The Direction of Land Claim Negotiations*  
Lawrence Paul Yuxweluptun  
2013, 72" x 68", acrylique sur toile  
Gracieuseté de l'artiste et de Macaulay & Co. Fine  
Art; auteur de la photo : Barb Choit
- 88 *New Beginnings*  
Christi Belcourt et Isaac Murdoch  
2015, 48 po x 72 po; acrylique sur toile  
Gracieuseté de l'artiste et du Wabano Center for Aboriginal Health
- Pages titre *Sweetgrass*, de Peter Pomart  
2017, photographie gracieusement offerte par 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 chefs de file de la recherche universitaire et de l'expertise juridique privée, ainsi qu'aux étudiants de premier plan du Canada et de l'étranger, la possibilité de contribuer à l'évolution du droit international.

Le PRDI se veut un modèle dans le domaine de la recherche internationale en droit, et son influence dans des dossiers internationaux importants a été reconnue. Ce programme s'assortit d'une mission qui consiste à relier les connaissances, les politiques et la pratique afin de tableer sur le cadre juridique international — les règles de droit mondialisées — pour appuyer la gouvernance internationale de l'avenir. Il repose sur la prémisse suivant laquelle l'amélioration de cette gouvernance, notamment un cadre juridique international renforcé, peut améliorer la vie des gens partout sur la planète en assurant une prospérité accrue, une meilleure durabilité, le règlement des inégalités, 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 planétaire. Il s'agit du droit économique international, du droit international de la propriété intellectuelle et du droit international de l'environnement. Dans le cadre des recherches menées sous les auspices du PRDI, une attention particulière est portée aux interactions émergentes entre le droit transnational, le droit autochtone et le droit constitutionnel.

---

## À propos du CIGI

Au Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI), nous formons un groupe de réflexion indépendant et non partisan qui formule des points de vue objectifs dont la portée est notamment mondiale. Nos recherches, nos avis et l'opinion publique ont des effets réels sur le monde d'aujourd'hui en apportant autant de clarté qu'une réflexion novatrice dans 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.



