

Femmes autochtones et discrimination au canada : analyse du droit à la réparation des peuples autochtones à la lumière de la notion de fait internationalement illicite à caractère continu

Éloïse Décoste

Volume 35, Number 2, 2022

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1113513ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1113513ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Décoste, É. (2022). Femmes autochtones et discrimination au canada : analyse du droit à la réparation des peuples autochtones à la lumière de la notion de fait internationalement illicite à caractère continu. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 35(2), 195–232. <https://doi.org/10.7202/1113513ar>

Article abstract

For more than a century, the provisions of the *Indian Act* relating to eligibility for “Indian” status discriminated against Indigenous women. Under this legislative regime, when an Aboriginal woman married a non-Aboriginal man, she lost her “Indian” status, and the children born from this marriage were not entitled to it either. This was not the case, however, for indigenous men who, in similar circumstances, kept their status. However, without this status, these women were no longer formally perceived as Indigenous in the eyes of the Canadian state. As a result, they could no longer live in their community or participate in political and social life and were deprived of the opportunity to raise their children within their culture, language, and traditions. This exclusion contributed to the economic marginalization, social isolation, and devaluation of the lives of indigenous women.

FEMMES AUTOCHTONES ET DISCRIMINATION AU CANADA : ANALYSE DU DROIT À LA RÉPARATION DES PEUPLES AUTOCHTONES À LA LUMIÈRE DE LA NOTION DE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE À CARACTÈRE CONTINU

Éloïse Décoste*

Durant plus d'un siècle, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à l'admissibilité au statut « Indien » étaient discriminatoires envers les femmes autochtones. En vertu de ce régime législatif, lorsqu'une femme autochtone mariait un homme allochtone, elle perdait son statut « Indien » et les enfants issus de ce mariage n'y avaient pas droit non plus. Ce n'était pas le cas toutefois pour les hommes autochtones qui eux dans des circonstances semblables conservaient le leur. Or, sans statut, ces femmes n'étaient plus perçues formellement comme autochtones aux yeux de l'État canadien. Par conséquent, elles ne pouvaient plus vivre dans leur communauté, ni y participer à la vie politique et sociale, et se voyaient privées de la possibilité d'élever leurs enfants au sein de leur culture, de leur langue et de leurs traditions. Cette exclusion contribua à la marginalisation économique, à l'isolement social et à la dévalorisation de la vie des femmes autochtones.

For more than a century, the provisions of the *Indian Act* relating to eligibility for "Indian" status discriminated against Indigenous women. Under this legislative regime, when an Aboriginal woman married a non-Aboriginal man, she lost her "Indian" status, and the children born from this marriage were not entitled to it either. This was not the case, however, for indigenous men who, in similar circumstances, kept their status. However, without this status, these women were no longer formally perceived as Indigenous in the eyes of the Canadian state. As a result, they could no longer live in their community or participate in political and social life and were deprived of the opportunity to raise their children within their culture, language, and traditions. This exclusion contributed to the economic marginalization, social isolation, and devaluation of the lives of indigenous women.

Durante más de un siglo, las disposiciones de la *Ley Indígena* relativas a la elegibilidad para obtener la condición de "india" discriminaron a las mujeres indígenas. Según este régimen legislativo, cuando una mujer aborígen se casaba con un hombre no aborígen, perdía su condición de "india" y los hijos nacidos de ese matrimonio tampoco tenían derecho a ella. Este no fue el caso de los hombres indígenas que, en circunstancias similares, conservaron el suyo. Sin embargo, sin estatus, estas mujeres ya no eran percibidas formalmente como indígenas a los ojos del Estado canadiense. Como resultado, ya no podían vivir en su comunidad ni participar en la vida política y social, y se les privaba de la oportunidad de criar a sus hijos dentro de su cultura, idioma y tradiciones. Esta exclusión contribuyó a la marginación económica, el aislamiento social y la devaluación de la vida de las mujeres indígenas.

* Éloïse Ouellet-Décoste est doctorante en droit au département des sciences juridiques de l'UQAM et chargée de cours à la Clinique internationale de défense des droits humains de l'UQAM. Elle est détentrice d'un baccalauréat en sciences politiques et en environnement et d'un baccalauréat bijuridique de l'Université McGill ainsi que d'une maîtrise en droit de la *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*. .
Texte gagnant du Concours Jacques Yvan Morin 2022 de la Société québécoise de droit international.

Durant plus d'un siècle, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à l'admissibilité au statut « Indien »¹ étaient discriminatoires envers les femmes autochtones. En vertu de ce régime législatif, lorsqu'une femme autochtone mariait un homme allochtone, elle perdait son statut « Indien » et les enfants issus de ce mariage n'y avaient pas droit non plus. Ce n'était pas le cas toutefois pour les hommes autochtones qui, dans des circonstances semblables, conservaient le leur. Or, sans statut, ces femmes n'étaient plus perçues comme autochtones aux yeux de l'État. Par conséquent, elles ne pouvaient plus vivre dans leur communauté ni y participer à la vie politique et sociale, et se voyaient privées de la possibilité d'élever leurs enfants au sein de leur culture, de leur langue et de leurs traditions. Cette exclusion contribua à la marginalisation économique, à l'isolement social et à la dévalorisation de la vie des femmes autochtones.

En 1985, la *Loi sur les Indiens* fut modifiée pour éliminer certaines des dispositions explicitement discriminatoires². Dès lors, le libellé des nouvelles règles relatives à l'admissibilité au statut « Indien » fut neutre, du moins en apparence. Or, en ne restituant pas le statut aux femmes exclues par l'effet du mariage sur un pied d'égalité avec les hommes autochtones, le préjudice intergénérationnel découlant de l'opération de la loi fut maintenu³. Ces iniquités créées par les modifications législatives de 1985 eurent effet durant plus de trois décennies. Puis, en 2020, à la suite de l'adoption du *Projet de loi S-3*⁴, le ministre des Services aux Autochtones annonça que « toutes les iniquités fondées sur le sexe de l'article 6 de la *Loi sur les Indiens* ont été éliminées »⁵.

Par le présent article, je soutiendrai que, contrairement à la posture officielle du gouvernement, le Canada contrevient toujours à ses obligations internationales à l'égard des femmes autochtones et de leurs descendants. Pour étayer cette thèse, j'explorerai d'abord le contenu et la portée de l'obligation de réparation en vertu du droit international public. Je me tournerai ensuite vers les enjeux particuliers afférant à la réparation des droits des peuples autochtones, en particulier l'idée selon laquelle leurs revendications concernent des injustices dites « historiques ». Afin de contester ce postulat fondé sur une rupture fictive entre le passé et le présent, je proposerai une interprétation élargie de la portée de l'obligation étatique de réparation dans les États

¹ Le terme « Indien », bien qu'il soit historiquement erroné et qu'il ait une connotation négative, demeure encore aujourd'hui un terme juridique au Canada. Dans le présent article, ce terme n'est utilisé que pour faire référence à la catégorie juridique prévue en droit canadien. L'auteur tentera néanmoins de l'utiliser le moins possible et tient à s'excuser à l'avance pour l'inconfort que l'emploi de ce terme pourrait causer.

² *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, LC 1985 c 27.

³ Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, Groupe Communication Canada, *Un passé, un avenir*, vol 1, 1996) (présidents : Georges Erasmus et René Dussault) à la p 411 [RCAP].

⁴ *Loi modifiant la Loi sur les Indiens* pour donner suite à la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Descheneaux c Canada* (Procureur général), LC 2017 c 25 [*Projet de Loi S-3*]. Le *Projet de loi S-3* reçut la sanction royale le 12 décembre 2017, mais ne prit effet dans son entièreté que vingt mois plus tard : C.P. 2019-1163. Décret fixant au 15 août 2019 la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions de cette loi : TR/2019-85 (2019), *Gaz C*, II, (Volume 153, Numéro 17)

⁵ Canada, Services aux Autochtones, *Rapport au Parlement : Examen du Projet de Loi S-3*, Ottawa, Services aux Autochtones Canada, 2020 à la p 10.

marqués par le colonialisme de peuplement⁶, tel le Canada, en m'appuyant sur la notion de fait internationalement illicite à caractère continu. Finalement, j'illustrerai cette proposition en analysant la réponse de l'État canadien à la discrimination fondée sur le sexe dans la *Loi sur les Indiens*. Ce cas d'étude visera à démontrer qu'en l'absence de mesures de réparation adéquates, pleines et effectives, la réconciliation risque de n'être qu'une simple posture rhétorique, sans réelles retombées pour les peuples autochtones.

I. Le principe de la responsabilité internationale

A. L'obligation de réparation

Le principe de la responsabilité prévoit l'obligation de répondre de toutes violations du droit. Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité et entraîne une obligation de réparer le préjudice causé par ce fait. Il s'agit « [d']un principe du droit international, voire une conception générale du droit »⁷. En ce sens, la réparation est un complément indispensable des engagements internationaux, que cette obligation soit inscrite ou non dans la convention en cause⁸. Ainsi, la réparation est une obligation secondaire qui est enclenchée dès lors qu'il y a manquement à une obligation primaire, en l'occurrence un engagement international⁹.

Le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (ci-après « *Articles* ») élaboré par la Commission du droit international (ci-après « *Commission* »)¹⁰ codifie d'une part, les conditions générales

⁶ Le colonialisme de peuplement est une théorie politique popularisée par l'anthropologue australien Patrick Wolfe dans *Settler colonialism and the transformation of Anthropology: The politics and poetics of an ethnographic event* Londres ; New York, Cassel, 1999. Selon cette théorie, le colonialisme de peuplement est une forme distincte de colonialisme, émanant d'une formation sociale particulière. Ainsi, en vertu des postulats de celle-ci, les États marqués par le colonialisme de peuplement se caractérisent par (a) la nature structurelle (plutôt qu'évènementielle) de l'invasion des « colons » (*settler invasion*), (b) la permanence de l'occupation des « colons » et de l'affirmation de la souveraineté du colonisateur sur les territoires colonisés; (c) l'objectif ultime d'élimination des populations autochtones et de leurs revendications territoriales pour les remplacer par une société de « colons » incontestée. Voir Patrick Wolfe, « Settler colonialism and the elimination of the native » (2006) 8:4 *J Genocide Research* 387; Lorenzo Veracini, « Introducing settler colonial studies » (2011) 1 *Settler Colonial Studies* 1; Emma Battel Lowman et Adam J Barker, *Settler identity and colonialism in 21st century*, Canada Black Point, NS : Fernwood Publishing, 2015.

⁷ Affaire relative à l'usine de *Chorzow* (*Allemagne c Pologne*) (1928) CPJI (Série A) no 17 à la p 29 [*Chorzow*]. Plus récemment, dans l'affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c Nicaragua* (2001) Inter-Am Ct HR (sér C) n°79 au para 163, la Cour interaméricaine des droits de l'homme réitérait cette idée en ces termes : « c'est un principe du droit international que toute violation d'une obligation internationale qui a causé un dommage emporte l'obligation d'une réparation adéquate ».

⁸ « La réparation est le complément indispensable d'un manquement à l'application sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même » : *Chorzow*, *supra* note 7 à la p 29.

⁹ James Crawford, « The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A retrospect » (2002) 98:4 *Am J Int'l L* 874 à la p 876.

¹⁰ *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, AG NU, 56^e sess, Doc NU A/56/83 (2002), Rés AG 56/83.

selon lesquelles le droit international considère qu'un État est responsable d'actions ou omissions illicites¹¹ et d'autre part, les conséquences juridiques en découlant¹². Ce régime repose sur une distinction entre les règles primaires – soit le contenu des engagements des États issus du droit international positif, conventionnel et coutumier – et les règles secondaires c'est-à-dire, celles se rapportant à la qualification d'un comportement comme illicite, aux circonstances d'attribution ou d'exclusion de responsabilité à l'État en question et aux conséquences juridiques lui incombant¹³. Il est généralement admis que seules ces dernières relèvent du domaine de la responsabilité des États¹⁴.

En vertu de ces règles, la responsabilité internationale sera engagée dès lors qu'un État commet : (a) une action ou omission lui étant attribuable selon le droit international, laquelle (b) constitue une violation d'une obligation internationale¹⁵. Le cas échéant, les conséquences juridiques suivantes seront imposées à l'État : le maintien du devoir d'exécuter l'obligation violée¹⁶; la cessation du fait illicite (si celui-ci continue) et l'octroi d'assurances et de garanties de non-répétition¹⁷; et la réparation intégrale du préjudice causé¹⁸ sous la forme de restitution, si possible, ou, alternativement, d'indemnisation et de satisfaction¹⁹.

A priori, le régime de la responsabilité, à l'instar du droit international public, peut sembler ne concerner que les manquements à des obligations interétatiques²⁰. Or, l'avènement du régime international de protection des droits de la personne a profondément bouleversé le droit international en créant des obligations à l'égard des personnes sous la juridiction de l'État. Corolairement, les individus devinrent titulaires de droits en vertu du droit international qui historiquement ne leur conférait que la

¹¹ *Ibid*, Première partie.

¹² *Ibid*, Deuxième partie.

¹³ Cette séparation a été critiquée par plusieurs auteurs comme étant illusoire ou même déroutante : Crawford, *supra* note 9 à la p 874 ; Francioni soutient par ailleurs que cette distinction artificielle rend particulièrement difficile et problématique la régulation de la responsabilité internationale pour fait illicite à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, notamment quant aux droits humains, à l'autodétermination et à l'interdiction de l'usage de la force : Francesco Francioni, « Reparation for Indigenous Peoples : Is International Law Ready to Ensure Redress for Historical Injustices ? » dans Federico Lenzerini, dir, *Reparations for Indigenous Peoples : International and Comparative Perspectives*, New York, Oxford University Press, 2008, 27 à la p 29.

¹⁴ Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs » (2001) II (2) Annuaire de la Commission du droit international, aux pp 61-64 [CDI]

¹⁵ *Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite*, Commission du droit international, 56^e sess, Doc off AG NU, (2000), Supp no 10 A/56/10, c 1, art 2 [Articles].

¹⁶ *Ibid*, Deuxième partie, Chapitre premier, art 29.

¹⁷ *Ibid*, Deuxième partie, Chapitre premier art 30.

¹⁸ *Ibid*, Deuxième partie, Chapitre premier, art 31.

¹⁹ Selon les *Articles*, la restitution est la forme première de réparation due par l'État responsable, à moins que celle-ci ne soit (a) « matériellement impossible » ou qu'elle (b) « n'impose une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation ». Dans un tel cas, l'État responsable du fait internationalement illicite sera alors tenu d'indemniser le dommage causé. *Ibid*, Deuxième partie, Chapitre II, arts 35, 36.

²⁰ Francioni, *supra* note 13 à la p 29.

qualité d'objet²¹. Ainsi, il apparaît indéniable aujourd'hui qu'en cas de violations du droit international des droits humains le régime de la responsabilité de l'État s'applique également à l'égard des individus ou des groupes²². D'ailleurs, les articles stipulent qu'en cas de violation de traités multilatéraux, les obligations de l'État responsable peuvent être dues à l'égard de plusieurs États ou à la « communauté internationale dans son ensemble »²³. Ce choix de mots se distingue de l'expression « la communauté internationale des États » traditionnellement employée dans les instruments de droit international public²⁴. Par conséquent, il doit être compris comme étant inclusif des acteurs non étatiques²⁵.

De surcroît, les articles prévoient une distinction entre la notion d'« État lésé » et celle de « bénéficiaires de l'obligation violée »²⁶. Il en résulte que, lorsqu'il est question d'une violation d'un traité multilatéral de protection des droits de la personne, la responsabilité internationale de l'État en cause sera engagée envers les autres États membres audit traité ou même envers la communauté internationale dans son ensemble. Toutefois, l'État responsable sera tenu d'octroyer réparation aux individus sous son contrôle ayant subi un préjudice en raison de cette violation²⁷.

Dans l'avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, la Cour internationale de justice précisa que les obligations internationales de l'État comprennent l'octroi de mesures de réparation aux personnes physiques et morales ayant subi des dommages en raison de ses

²¹ *Ibid* à la p 31 ; Pierre d'Argent, « Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », (2005) 51 Ann français dr intl 27 à la p 28 ; Theo van Boven, « Victims' Rights to a Remedy and reparation; The New United Nations Principles and Guidelines », dans CF Ferstman et al, dir, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Koninklijke Bill News and views 2009, 19 à la p 21.

²² Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006 à la p 50; d'Argent, *supra* note 21 aux pp 43-44.

²³ « 1. Les obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation.
2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État. » *Articles, supra* note 15, Deuxième partie, Chapitre premier, art 33.

²⁴ Voir notamment : *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, article 53 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

²⁵ Francioni, *supra* note 13 à la p 30.

²⁶ « 1. [...]2. Tout État en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable :

a) [...] ; et

b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée. » : *Articles, supra* note 15, Troisième partie, Chapitre premier, art 48, alinéa 2.

²⁷ « Lorsqu'une obligation de réparation est due à un État, la réparation n'est pas nécessairement effectuée au bénéfice de cet État. Par exemple, la responsabilité d'un État peut être engagée pour la violation d'une obligation conventionnelle concernant la protection des droits de l'homme envers toutes les autres parties du traité en question, mais les individus concernés doivent être considérés comme les bénéficiaires ultimes et, en ce sens, comme les titulaires, des droits en question. » : CDI, *supra* note 14 à la p 252.

violations de divers instruments internationaux²⁸. Par cette conclusion, la Cour paraît reconnaître qu'une violation du droit international peut entraîner, dans cet ordre juridique, un droit individuel à la réparation²⁹. De façon similaire, dans *l'Affaire du Massacre de Plan de Sánchez*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après « Cour interaméricaine ») indiqua que l'obligation d'octroyer réparation aux individus concernés pour toute violation du droit international des droits humains constitue une norme coutumière au cœur du régime de la responsabilité de l'État³⁰. Cette interprétation a été réitérée par la Cour interaméricaine dans sa jurisprudence subséquente³¹.

En somme, bien qu'initialement, le droit international public – et donc, par corolaire, les règles relatives à la responsabilité de l'État – se préoccupait uniquement de la réparation entre les États, l'avènement du régime de protection des droits de la personne a étendu la portée de ce principe à la réparation des préjudices causés aux groupes ou aux individus du fait d'une action ou omission illicite de l'État. Par conséquent, en adhérant au régime international de protection des droits de la personne, les États, incluant le Canada, ont accepté d'être soumis à une obligation de réparation envers les autres États ainsi que les individus et les groupes, ou même des peuples, en cas de violation d'une obligation juridique issue du droit international.

B. Le droit à la réparation

Alors que les principes de la responsabilité internationale imposent une obligation de réparation aux États, le régime international de protection des droits de la personne prévoit, quant à lui, un droit à la réparation pour les victimes. Celui-ci est énoncé dans de nombreux instruments internationaux. À titre d'exemple, notons la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*³², ratifiée par le Canada en 1970, laquelle stipule à l'article 6 le droit à une voie de recours

²⁸ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] CIJ rec 136 aux pp196-198.

²⁹ d'Argent, *supra* note 21 aux pp 43-44 ; van Boven, *supra* note 21 aux pp 25-26.

³⁰ *Affaire du Massacre de Plan de Sánchez (Guatemala)* (Réparations) (2004), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 116 au para 52. Dans cette affaire, l'État guatémaltèque avait reconnu sa responsabilité internationale pour les violations de 10 articles de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123 (entrée en vigueur : 27 août 1979). Ainsi, quand vint le temps de statuer sur les réparations, la Cour interaméricaine analysa l'article 63 de cette *convention*, lequel impose une obligation de réparations aux États responsables de violations des droits et libertés y étant protégés. Elle conclut que cet article énonce « *a customary norm that constitutes one of the basic principles of contemporary international law on State responsibility* », de laquelle découle, pour l'État imputable, une obligation de faire cesser les conséquences du fait illicite et de réparer les dommages causés. Voir aussi : *Affaire du Massacre de Plan de Sánchez (Guatemala)* (Fonds) (2004), Inter-Am Ct HR (ser C) n° 105, aux paras 34 à 41.

³¹ Claudio Grossman, Agustina del Campo & Mina A Trudeau, *International law and reparations: the Inter-American system*, Atlanta, Clarity Press, Inc, 2018.

³² *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 décembre 1966, 999 RTNU 160, art 6, RT Can 1970 no 28, 5 ILM 350 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969, accession du Canada 14 octobre 1970) [*CERD*]

effective et à la réparation juste et adéquate pour les victimes de discrimination raciale.

De plus, certaines conventions ne prévoient que le droit à un recours utile, sans spécifier le droit à la réparation, tel le paragraphe 3 de l'article 2³³ du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³⁴, auquel le Canada a adhéré en 1976. Or, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a spécifié que le droit à la réparation constitue une partie intégrante du droit à un recours effectif³⁵.

Qui plus est, l'Assemblée générale des Nations unies a précisé en 2005 que le droit à la réparation est un élément constitutif de l'obligation juridique générale de respecter, de faire respecter et d'appliquer le droit international des droits humains³⁶. Ainsi, bien que certains instruments juridiques, tels que la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*³⁷, ne prévoient ni le droit à un recours efficace ni le droit à la réparation, tous les États membres – incluant le Canada qui l'a ratifiée en 1981 – sont considérés comme ayant accepté une obligation implicite de réparation. De façon analogue, bien que la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* soit silencieuse sur cette question, la Commission interaméricaine des droits de l'homme considère que les États membres de l'Organisation des États américains, ce qui inclut le Canada, ont l'obligation d'octroyer réparation lorsqu'ils contreviennent à un droit y étant stipulé³⁸.

³³ « Les États parties au présent Pacte s'engagent à :
Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ;
Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel ;
Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié » : *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 2, RT Can 1976 no 47, 6 ILM 368 (entrée en vigueur: 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976) [PIDCP].

³⁴ *Ibid.*

³⁵ « Le paragraphe 3 de l'article 2 exige que les États parties accordent réparation aux personnes dont les droits reconnus par le Pacte ont été violés. S'il n'est pas accordé réparation aux personnes dont les droits reconnus par le Pacte ont été violés, l'obligation d'offrir un recours utile, qui conditionne l'efficacité du paragraphe 3 de l'article 2, n'est pas remplie. Outre la réparation expressément prévue par le paragraphe 5 de l'article 9 et le paragraphe 6 de l'article 14, le Pacte implique de manière générale l'obligation d'accorder une réparation appropriée (...) » : Comité des droits de l'homme, *Observation générale No. 31 La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc off NU, 80^e sess, Doc NU HRI/GEN/1/Rev.7 (2004) au para 16.

³⁶ *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Rés AG 2005/147, 60^e sess, Doc off AG NU, Doc NU A/Res/60/147 (16 décembre 2005) [Principes fondamentaux].

³⁷ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de la discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 999 RTNU 1249, RT Can 1982 no 31, 19 ILM 33 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981, accession du Canada 10 décembre 1981) [CEDAW].

³⁸ À titre d'exemple, dans l'affaire *Suresh c Canada*, la Commission interaméricaine conclut que le Canada devait être tenu responsable de violations des articles II (droit à l'égalité devant la loi), XVIII (droit à la justice) et XXV (droit à la protection contre la détention arbitraire) de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* et ordonna, conséquemment, à l'État d'octroyer une réparation intégrale à

En définitive, le régime international de protection des droits de la personne confère un droit à la réparation à toutes les victimes de violations du droit international des droits humains. En contrepartie, les États ont un devoir d'octroyer réparation à ces dernières, devoir qui découle de leur obligation générale de respecter, faire respecter et appliquer le droit international des droits humains et, plus largement, du régime de la responsabilité de l'État³⁹.

C. La réparation des violations dites « flagrantes »

Bien que, en vertu du droit international, toutes les violations du droit international de protection des droits de la personne engendrent un droit à la réparation pour les victimes, il a été jugé nécessaire d'accorder une attention particulière à certains types de violations jugées flagrantes⁴⁰. Conséquemment, en 2005, l'Assemblée générale des Nations unies adopta les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire (ci-après « Principes »)⁴¹. Ce document vise à codifier la normativité existante, sans toutefois créer de nouvelles obligations juridiquement contraignantes pour les États⁴². Les principes et directives y étant énoncés sont destinés à servir d'outil pour les États dans l'élaboration et la mise en œuvre de politiques et programmes axés sur les victimes. Ils visent également à offrir à ces dernières un guide à l'appui de leurs revendications individuelles et collectives⁴³.

Toutefois, les Principes ne définissent pas ce qui constitue une violation flagrante du droit international des droits humains, à défaut de consensus à cet égard durant les négociations⁴⁴. Néanmoins, dans un premier rapport soumis à la Commission des droits de l'homme des Nations unies en 1993, le rapporteur spécial de la Sous-Commission sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités – organe mandaté d'entreprendre une étude sur le droit à la réparation pour les victimes de violations flagrantes des droits de la personne – affirma qu'une définition rigoureuse et exhaustive de ce concept n'était pas souhaitable, puisqu'elle risquerait de limiter indument le champ d'application de celui-ci. Cela dit, il opina qu'à tout le moins les violations suivantes devraient être considérées comme étant flagrantes :

Le génocide, l'esclavage et les pratiques esclavagistes, les exécutions sommaires et arbitraires, la torture et les traitements ou châtiments cruels, inhumains ou dégradants, les disparitions forcées, la détention arbitraire et prolongée, la déportation ou le transfert forcé de populations, la

la victime, incluant une indemnisation et des mesures de satisfaction : *Manickavasagam Suresh c Canada*, (2016) Inter-Am Comm HR, No. 8/16, Cas 11.661 (Fond), OEA/Ser.L/II.157.

³⁹ d'Argent, *supra* note 21 à la p 42.

⁴⁰ Van Boven, *supra* note 21 à la p 33 ; Shelton, *supra* note 22 à la p 389.

⁴¹ *Principes fondamentaux*, *supra* note 36.

⁴² Shelton, *supra* note 22 à la p 151.

⁴³ Van Boven, *supra* note 21 à la p 32.

⁴⁴ Federico Lenzerini, dir, *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, New York, Oxford University Press, 2008, à la p 4.

discrimination systématique fondée notamment sur la race ou le sexe⁴⁵.

Cette liste est non exhaustive et non contraignante. Néanmoins, les types de violations du droit international des droits humains y étant énoncés ont en commun qu'ils affectent le droit à la vie et à l'intégrité physique et morale des personnes, et qu'ils sont souvent commis à grande échelle⁴⁶. Par ailleurs, « en raison de leur gravité, [ces violations] constituent un affront à la dignité humaine »⁴⁷. En ce sens, elles peuvent également inclure des violations délibérées, systématiques et massives des droits économiques et sociaux⁴⁸.

En cas de violations flagrantes, le droit à la réparation comprend deux volets. D'une part, au niveau procédural, les victimes doivent avoir accès à la justice dans des conditions d'égalité et doivent pouvoir accéder aisément aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes de réparation⁴⁹. D'autre part, la réparation octroyée aux victimes doit être adéquate, effective et rapide, en plus d'être proportionnelle à la gravité du préjudice subi et adaptée aux circonstances⁵⁰. À cette fin, les mesures de réparation, collectives et individuelles, doivent prendre les formes suivantes : la restitution, l'indemnisation, la satisfaction, la réadaptation et les garanties de non-répétition⁵¹. Le recours à un large éventail de mesures de réparation vise à assurer la flexibilité nécessaire pour répondre aux besoins multiples des nombreuses victimes. De plus, agencer des mesures pécuniaires et symboliques sert à assurer une prise de conscience accrue du sort des victimes et à aider « à donner un sens aux événements douloureux du passé »⁵². Or, qu'en est-il des violations flagrantes survenues avant l'émergence du régime international de protection des droits de la personne ?

D. Les injustices historiques

Les faits survenus par le passé ayant causé des dommages à un groupe particulier sont d'ordinaire décrits comme étant des « injustices historiques »⁵³. Celles-ci se caractérisent généralement par le fait que les personnes ayant causé le préjudice de même que les victimes sont décédées, souvent depuis longtemps⁵⁴. Néanmoins,

⁴⁵ *Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Doc off CDD, 45^e sess, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1993/8 (993) au para 13.

⁴⁶ Van Boven, *supra* note 21 à la p 34; Lenzerini, *supra* note 44 à la p 4.

⁴⁷ *Principes fondamentaux*, *supra* note 36, Préambule.

⁴⁸ Van Boven, *supra* note 21 à la p 34.

⁴⁹ *Principes fondamentaux*, *supra* note 36, sections VII, VIII, X.

⁵⁰ *Ibid*, section IX.

⁵¹ *Ibid*.

⁵² Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, *Rapport sur les réparations pour les violations flagrantes des droits humains et les violations graves du droit international humanitaire*, Doc off AG NU, 69^e sess, Doc Nu A/69/518 (14 octobre 2014), aux paras 32-33.

⁵³ Shelton, *supra* note 22 aux pp 428-29.

⁵⁴ Nahshon Perez, *Freedom from Past Injustices: A critical evaluation of claims for inter-generational reparations*, Edinburgh University Press, 2012 à la p 2.

malgré le passage du temps, les dommages causés sont tels qu'ils continuent à avoir une importance sociale, notamment en raison de leur ampleur et de la persistance des conséquences du préjudice subi⁵⁵.

Au courant des dernières décennies, les revendications relatives à des injustices historiques se sont amplifiées. Elles sont aujourd'hui multiples et diverses. Dinah Shelton les classifie en cinq catégories, qui, sans être exhaustives, sont utiles pour comprendre l'ampleur du phénomène : les injustices à l'égard de certains groupes en période de guerre ; les lois et politiques discriminatoires visant certaines minorités ; la colonisation; l'esclavage transatlantique et la ségrégation raciale; les revendications des peuples autochtones⁵⁶.

En raison de la notoriété de ces faits historiques et de la disponibilité de preuves convaincantes, la question juridique principale n'est pas de démontrer que les événements eurent bel et bien lieu, mais plutôt de déterminer s'ils sont justiciables aujourd'hui. Comme le démontre Mayo Moran, initialement, le droit ne voyait pas ces revendications comme des problèmes juridiques, seulement des enjeux de nature morale, politique ou historique⁵⁷. Or, cette perception selon laquelle le passé est nécessairement au-delà de la portée du droit s'érode graduellement. Les procès de Nuremberg et de Tokyo ont introduit l'idée que la responsabilité juridique est une composante importante de la réponse aux grandes injustices de l'histoire⁵⁸. De plus, l'émergence de la justice transitionnelle⁵⁹ vers la fin des années 1980 a, quant à elle, élargi la notion de responsabilité juridique au-delà des procédures pénales en mettant en avant des mesures alternatives de justice et de réparation pour les victimes de violations flagrantes du droit international des droits humains et de violations graves du droit international humanitaire⁶⁰.

Ce nouvel intérêt pour la justice réparatrice suscita notamment le recours au

⁵⁵ *Ibid* à la p 2.

⁵⁶ *Ibid*.

⁵⁷ Mayo Moran, « The Problem of the Past: How Historic Wrongs Became Legal Problems » (2019) 69 UTLJ 421 à la p 421.

⁵⁸ *Ibid* à la p 426.

⁵⁹ La justice transitionnelle fut développée en réponse aux changements politiques en Amérique latine et en Europe de l'Est vers la fin des années quatre-vingt et le début des années quatre-vingt-dix. Alors que des régimes autoritaires s'effondraient sur les deux continents, un dilemme pratique se présenta : comment rendre justice aux victimes de violations des droits humains commises par l'ancien régime tout en garantissant la stabilité politique en cette période de transition ? C'est dans ce contexte que quatre processus politico-juridiques devinrent les pierres angulaires de la justice transitionnelle, soit les procédures pénales, les commissions de vérité, les mesures de réparation et les réformes législatives, politiques et judiciaires. Au fil des décennies, la justice transitionnelle s'imposa à titre de cadre normatif dominant et d'outil pratique d'intervention pour répondre aux violations flagrantes des droits humains et aux violations graves du droit international humanitaires dans une multitude de contextes, qui ne se limite plus uniquement aux transitions vers la démocratie. Voir : Paige Arthur, « How "Transitions" Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice » (2009) 31:2 Hum Rts Q 321; *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et de garanties de non-répétition*, Pablo de Grieff, AG NU 21^e sess, Doc ONU A/HRC/21/46 (9 août 2021); Jennifer Balint, Julie Evans et Nesam McMillan « Rethinking Transitional Justice, Redressing Indigenous Harm: A Conceptual Approach » (2014) 8 Int J Transitional Justice 194.

⁶⁰ Moran, *supra* note 57 à la p 426.

droit international devant des tribunaux domestiques pour tenter d'obtenir réparation pour des injustices historiques. Malgré les nombreux obstacles procéduraux et juridictionnels, dont l'épineuse question de la prescription et celle de l'intérêt pour agir, certaines de ces actions juridiques ont été fructueuses. Dans de tels cas, les instances judiciaires ont su démontrer une ouverture face aux injustices historiques, entre autres lorsque les cas devant elles concernent des violations graves et délibérées de droits fondamentaux et que la preuve est accablante, comme ce fut notamment le cas dans l'affaire *Mutua* portée devant les tribunaux anglais⁶¹.

Cela dit, la question de la réparation des injustices historiques demeure controversée. Certains auteurs y voient le risque d'ouvrir la porte à un déluge de demandes ingérables, voire injustes pour les générations d'aujourd'hui qui n'y sont pour rien⁶². D'autres affirment qu'au contraire la réparation est un prérequis à la guérison et la réconciliation⁶³, ou encore qu'il faille d'abord analyser la façon dont chaque régime de réparation est conçu avant de pouvoir statuer sur leur bien-fondé⁶⁴. Cela dit, peu importe la position défendue, un élément demeure : il existe des barrières juridiques considérables à l'obtention de mesures de réparation pour des injustices historiques.

Tout d'abord, il incombe de justifier pourquoi les sociétés d'aujourd'hui seraient tenues de réparer les injustices du passé auxquelles elles n'ont pas participé. Ensuite, il faut parvenir à expliquer pourquoi et comment les descendants des victimes des injustices historiques peuvent réclamer réparation, alors que le préjudice a été subi par leurs parents ou même leurs ancêtres. Finalement, il convient de déterminer ce qui peut compter comme une réparation juste et adéquate, ce qui soulève, de surcroît, la question de comment faire une telle détermination⁶⁵.

Les difficultés émergent du fait qu'il faille faire le lien entre le passé et le présent, tout en tentant de réparer ce qui est devenu irréparable en raison justement du passage du temps⁶⁶. Bien que ces obstacles ne puissent être ignorés, il importe aussi de

⁶¹ Cette affaire découlait de plaintes relatives aux actions brutales prises par le gouvernement britannique face à la rébellion *Mua Mua* au Kenya entre 1954 et 1956. Après deux décisions judiciaires en sa défaveur, l'État anglais accepta d'indemniser les victimes : *Mutua c Foreign & Commonwealth Office*, [2011] EWHC (QB) 1913 (eng) ; *Mutua c Foreign & Commonwealth Office*, [2012] EWHC (QB) 2678 (eng).

⁶² Michael R Marrus, « Official Apologies and the Quest for Historical Injustice » (2007) 6:1 *J Human Rights* 75; Jeremy Waldron, « Superseding Historical Injustices » (2014) 103:1 *Ethics* 4; David Frum, « The Impossibility of Reparations » *The Atlantic* (3 juin 2014), en ligne: <theatlantic.com/business/archive/2014/06/the-impossibility-of-reparations/372041/>; Perez, *supra* note 54.

⁶³ Rebecca Tsosie, « Acknowledging the Past to Heal the Future : The Role of Reparations for Native Nations » dans Jon Miller et Rahul Kumar, dir, *Reparations: Interdisciplinary Inquiries*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 43; Francioni, *supra* note 13; Mari Matsuda, « Looking to the bottom : Critical legal studies and reparations » dans Gary Peller, Kimberlé Crenshaw, Neil Gotanda et Kendall Thomas, dir, *Critical Race Theory : The Key Writings that Formed the Movement*, New York, The New Press, 1995, 63.

⁶⁴ Eric A Posner et Adrian Vermeule, « Reparations for slavery and other historical injustices » (2003) 103 *Colum L Rev* 689.

⁶⁵ Janna Thompson, « Coming to terms with the past in Australia » dans Jon Miller et Rahul Kumar, *Reparations: Interdisciplinary Inquiries*, New York, Oxford University Press, 2007, 69 à la p 69.

⁶⁶ Matsuda, *supra* note 63 aux pp 70-73.

considérer le fait que les générations d'aujourd'hui bénéficient des injustices du passé, lesquelles sous-tendent la construction de la société actuelle⁶⁷. Comprendre le passé à partir des pratiques et des relations intergénérationnelles qui forment les collectivités permet de mettre en lumière l'importance de la réparation pour établir des relations plus justes et promouvoir la réconciliation⁶⁸. En ce sens, la réparation se veut profondément transformatrice⁶⁹.

À ces défis s'ajoute le fait que de nombreuses injustices historiques constituaient des actes qui étaient conformes aux lois de l'époque, bien qu'elles soient maintenant perçues comme moralement répréhensibles et contraires aux standards contemporains du droit international des droits humains⁷⁰. L'exemple de l'esclavage transatlantique est évocateur à cet égard. En effet, bien qu'il ne fasse aucun doute aujourd'hui que l'esclavagisme est une pratique odieuse et répréhensible, en raison du fait que celle-ci était profondément imbriquée dans les systèmes juridiques, politiques et économiques durant des centaines d'années, plusieurs considèrent aujourd'hui que le préjudice causé est simplement trop complexe pour que l'on puisse y remédier⁷¹. Cela dit, il ne s'agit pas d'un obstacle insurmontable à la réparation. Un exemple notoire est la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*⁷², qui prévoit une indemnisation aux survivant.e.s, non seulement pour les actes illégaux subis dans les pensionnats, mais également pour les dommages systémiques légalisés⁷³.

⁶⁷ Shelton, *supra* note 22 aux pp 429-47.

⁶⁸ Thompson, *supra* note 65 aux pp 72-74.

⁶⁹ Matsuda, *supra* note 63 à la p 74.

⁷⁰ Moran, *supra* note 57 à la p 425.

⁷¹ « *All efforts to secure redress for historic wrongs raise difficult legal and political issues. As we have seen, the very nature of the claims means that they almost inevitably implicate key political and social institutions including government actors and even law itself. But the scale and nature of chattel slavery in the US magnifies these issues in a dramatic way. [...] Slavery was extensively regulated by law and enforced through the legal system. The Constitution itself made room for slavery. In short, the wrongs involved in slavery were massive and deeply interwoven into the very fabric of the American legal, political, and economic system for hundreds of years. Complicating this further, the formal institution of slavery ended over 150 years ago. We saw the challenges that courts in the residential school's context had addressing the difficult idea that the legal and political systems themselves were a central part of what was now considered a historic wrong. Seeking redress for the institution of chattel slavery greatly amplifies these difficulties. Some scholars, otherwise sympathetic to the idea of reparations, have wondered aloud if slavery is simply 'too big to remedy'. But I want to suggest that matters are more nuanced* »: Moran, *supra* note 57 aux pp 452-53.

⁷² *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*, 8 mai 2006, en ligne : <residentialschoolsettlement.ca/French/settlement.html>.

⁷³ Le système de pensionnat autochtone était non seulement autorisé et régi par la *Loi sur les Indiens*, mais constituait de surcroît un outil délibéré pour atteindre un objectif politique bien précis, l'assimilation des peuples autochtones. Néanmoins, la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* octroya une indemnisation à tout.e.s les survivant.e.s du système via les paiements d'expérience commune pour le fait d'avoir été retiré de force de sa famille pour être mis dans une institution visant l'assimilation, soit l'objectif même du système. De plus, la *Convention* prévoyait aussi une indemnisation des survivant.e.s victimes d'actes illégaux, tels des sévices physiques, abus sexuels et autres actes fautifs ayant causé de graves conséquences psychologiques subis dans ces pensionnats, par l'entremise du processus d'évaluation indépendant: Gouvernement du Canada, « *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* » en ligne : Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada www.rcaanc-cirnac.gc.ca. Voir aussi : Moran, *supra* note 57 aux pp 442-444.

Or, du point de vue du droit international, la responsabilité de l'État ne sera engagée que s'il y a eu un manquement à un engagement international⁷⁴. L'existence d'une telle obligation est un prérequis à la responsabilité internationale. Cependant, les traités internationaux de protection des droits de la personne sont considérés comme n'ayant qu'une portée prospective, c'est-à-dire qu'ils ne sont contraignants pour les États parties qu'à partir du moment de leur ratification. Par conséquent, le principe de l'intertemporalité constitue un obstacle juridique de taille aux revendications basées sur des injustices historiques⁷⁵. En quelque sorte, ce principe crée une coupure temporelle entre les faits des États avant l'émergence du droit international des droits humains et ceux survenus depuis cette période. En découle un droit de la responsabilité modulé par la période historique en cause. Seules les injustices historiques dont l'illégalité en vertu du droit international au moment des faits peut être démontrée pourront engager la responsabilité internationale de l'État⁷⁶, exception faite des faits illicites à caractère continu ou composite, tel qu'il sera discuté plus en détail ici-bas.

II. Réparation et colonialisme de peuplement

La réparation des injustices historiques demeure largement tributaire de la volonté politique et de l'acceptation d'un tel devoir par l'État⁷⁷. Considérant que l'État est généralement celui qui a perpétré les injustices à l'égard desquelles les peuples autochtones demandent réparation aujourd'hui, il existe un conflit d'intérêt bien réel quand vient le temps d'y répondre. Puisque l'État porte à la fois le chapeau de juge et d'accusé, il est particulièrement difficile de déterminer le standard de justice approprié, surtout lorsque les actions étatiques en cause étaient conformes aux lois de l'époque⁷⁸. Ceci est d'autant plus vrai étant donné que les conceptions autochtones de la justice peuvent différer considérablement de celles de l'État⁷⁹.

Conséquemment, le recours au droit international pour appuyer des demandes de réparation pour les préjudices causés par le colonialisme de peuplement permet de mitiger cette difficulté tout en apportant une assise juridique aux revendications autochtones⁸⁰. Cette dernière est essentielle afin d'éviter que l'octroi de mesures de réparation ne demeure tributaire de la volonté politique des autorités étatiques, laquelle

⁷⁴ « Le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit » : *Articles, supra* note 15, Première partie, Chapitre III, art 13.

⁷⁵ Shelton, *supra* note 22 aux pp 457-62.

⁷⁶ *Ibid* à la p 460.

⁷⁷ Dinah Shelton considère néanmoins que de nombreuses injustices historiques à l'égard des peuples autochtones étaient illégales au moment des faits en vertu du droit national ou international en vigueur, ce qui milite selon elle en faveur de l'octroi de mesures de réparation : Dinah Shelton, « Reparations for Indigenous Peoples : the Present Value of Past Wrongs » dans Federico Lenzerini, dir, *Reparations for Indigenous Peoples : International and Comparative Perspectives*, New York, Oxford University Press, 2008, 47 à la p 48.

⁷⁸ Meredith Gibbs, « Using restorative justice to resolve historical injustices of Indigenous peoples » (2009) 12:1 *Contemporary Justice Rev* 45 à la p 47.

⁷⁹ *Ibid*.

⁸⁰ *Ibid*.

est souvent manquante. Or, les revendications autochtones sont généralement décrites comme visant des « injustices historiques », ce qui les positionne au-delà de la portée du régime international de protection des droits de la personne. Toutefois, je crois que cette caractérisation est inexacte et ne prend pas adéquatement en compte le contexte particulier du colonialisme de peuplement. À mon avis, une meilleure conceptualisation des revendications autochtones est nécessaire.

A. Les particularités des revendications autochtones

Plusieurs éléments distinguent les revendications autochtones des autres types de demande de réparation pour des injustices dites historiques. Tout d'abord, l'article premier commun aux deux pactes des Nations unies relatifs aux droits de la personne adoptés en 1966 reconnaît le droit des peuples à l'autodétermination⁸¹. Considérant que les revendications autochtones émanent justement de « peuples », celles-ci ne peuvent être considérées comme étant de nature purement « privée »⁸². D'ailleurs, lorsque les peuples autochtones revendiquent des droits culturels et politiques, ils le font généralement à titre d'entité politique distincte. Ce n'est pas le cas de la plupart des autres groupes demandant réparation pour des injustices historiques⁸³. Cette posture politique particulière engendra d'ailleurs un mouvement de mobilisation globale qui s'échelonna sur plusieurs décennies et mena à la reconnaissance d'un statut particulier pour les peuples autochtones en droit international, lequel fut consacré par l'adoption de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* (ci-après « la *Déclaration* »)⁸⁴.

À cet égard, il est opportun de noter que la reconnaissance de ce statut particulier est accompagnée d'une normativité propre et évolutive, laquelle comprend un droit à la réparation spécifique pour les peuples autochtones. La *Déclaration* énonce notamment un droit général d'accès à des procédures justes et équitables pour le règlement de conflits et de différends, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour les violations des droits individuels et collectifs des peuples autochtones⁸⁵. À celui-ci

⁸¹ *PIDCP*, supra note 33; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3 (entrée en vigueur: 3 janvier 1976, adhésion du Canada: 19 mai 1976) [*PIDESC*].

⁸² Francioni supra note 13 à la p 28.

⁸³ Tsosie, supra note 63 à la p 44.

⁸⁴ En préambule, la *Déclaration* affirme 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 » : *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Doc off AG NU, 61^e sess, supp n°53, Doc NU A/61/53 (13 septembre 2007) [*UNDRIP*]. En ce sens, le statut particulier des peuples autochtones en droit international ne signifie pas qu'ils ne bénéficient pas des mêmes droits que tous les autres peuples reconnus par le droit international. Au contraire, un corpus normatif particulier a été développé et codifié dans la *Déclaration* afin répondre à leurs besoins et aspirations, en établissant « les normes minimales nécessaires à la "dignité, à la survie et au bien-être" des peuples autochtones » dans un contexte où ils « continuent de faire face à la dépossession de leurs terres et ressources, à la discrimination, à l'assimilation forcée et à d'autres violations de leurs droits humains » : Communiqué conjoint sur la mise en œuvre, Rés AG 61/295 (Annexe), 68^e sess, supp n°49, Doc NU A/61/49 (2007).

⁸⁵ *Ibid*, art 40.

s'ajoute des dispositions visant des droits spécifiques, soit un devoir de réparation incombant aux États en cas de violation du droit des peuples autochtones et des individus de ne pas subir s'assimilation forcée⁸⁶; dans l'éventualité d'une relocalisation consentie⁸⁷; à l'égard des biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels⁸⁸; ainsi que pour toute perte, confiscation, occupation, exploitation ou dégradation de leurs terres, territoires et ressources traditionnelles « sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause »⁸⁹.

Pour sa part, la *Convention (n° 169) relative aux peuples autochtones et tribunaux de l'Organisation internationale du travail* – le seul instrument juridique international contraignant traitant spécifiquement des droits des peuples autochtones – prévoit un droit à une indemnisation équitable pour tout dommage subi en raison d'activités de prospection minière ou d'exploitation des ressources sur les terres des peuples autochtones⁹⁰. Elle stipule également un droit à la réparation lorsque le déplacement des peuples autochtones des terres qu'ils occupent est jugé nécessaire et a été effectué « avec leur consentement, donné librement et en toute connaissance de cause »⁹¹.

Aux fins de la présente discussion, il est néanmoins important d'insister ici sur le fait que ces instruments juridiques ne prémunissent les peuples autochtones que contre les violations prospectives de leurs droits, sans offrir de remède quant aux nombreuses incidences passées où ceux-ci n'ont pas été respectés, encore moins pour les dommages leur ayant été infligés par le colonialisme de peuplement, tel le déni de leur souveraineté⁹². N'en demeure pas moins que l'existence de cette normativité relative au droit à la réparation propre aux peuples autochtones distingue ces derniers des autres groupes revendiquant des mesures réparatrices pour des injustices historiques.

D'ailleurs, plusieurs procédures spéciales du Conseil des droits de l'homme des Nations unies se sont penchées récemment sur la question de l'obligation de réparation des États pour leurs pratiques coloniales et au legs des violations flagrantes des droits de la personne en ayant résulté⁹³. Notamment, dans un rapport transmis à

⁸⁶ *Ibid*, art 8.

⁸⁷ *Ibid*, art 10.

⁸⁸ *Ibid*, art 11.

⁸⁹ *Ibid*, art 28.

⁹⁰ *Convention (no 169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, 72RTNU59 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991), art 15.

⁹¹ *Ibid*, art 16.

⁹² Claire Charters, « Reparations for Indigenous Peoples: Global International Instruments and Institutions » dans Federico Lenzerini, dir, *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 163 à la p 164.

⁹³ Voir notamment : Fabian Salvioli, Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, Rapport sur les mesures de justice transitionnelle et approches à adopter face aux legs des violations graves des droits humains et du droit international humanitaire commises dans les contexte coloniaux, Doc off AG NU, 76^e sess, point 75b, Doc NU A/76/180 (22 juillet 2021); Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, Rapport sur le droit à la terre tel que consacré par la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* : Une approche axée sur les droits de l'homme, Doc off AG NU, 45^e sess, points 3 et 5, Doc

l'Assemblée générale des Nations unies en juillet 2021, le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition insiste sur l'importance des mesures de réparation, incluant les garanties de non-répétition, pour renverser le legs des violations graves des droits des peuples autochtones commises dans les contextes coloniaux⁹⁴.

De plus, de nombreuses demandes de réparations émises par des peuples autochtones s'appuient sur des instruments juridiques anciens, tels des traités historiques conclus entre les nations autochtones et les puissances coloniales⁹⁵. De façon corolaire, les revendications autochtones visent souvent la restitution de terres, en raison de leur relation particulière avec leurs territoires ancestraux et de la dépossession qu'ils ont vécue au cours du processus de colonisation. En contraste, la plupart des revendications relatives aux autres types d'injustices dites historiques insistent plutôt sur l'indemnisation des dommages subis⁹⁶.

Finalement, les revendications autochtones d'aujourd'hui sont généralement à la fois historiques et contemporaines. En effet, le colonialisme de peuplement est la cause sous-jacente des nombreux enjeux actuels affectant les peuples autochtones. Un exemple éloquent de cette réalité est l'échec de l'État canadien de protéger adéquatement les femmes et les filles autochtones contre toutes les formes de violence⁹⁷. Au courant de deux dernières décennies, de nombreux rapports préparés par des instances internationales et étatiques de même que par la société civile ont fait état de l'ampleur de cette crise.

NU A/HRC/45/38 (15 juillet 2020) ; Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et d'intolérance raciale, Rapport sur les réparations dues au titre de la discrimination raciale qui trouve son origine dans l'esclavage et le colonialisme, Doc off AG NU, 74^e sess, point 70b), Doc NU A/74/321 (21 août 2019) ; Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, Action menée aux fins de la mise en œuvre de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* : reconnaissance, réparation et réconciliation, Doc off AG NU, 12^e, point 8, Doc NU A/HRC/EMRIP/2019/Rev.1 (2 septembre 2019).

⁹⁴ Salvioli, *supra* note 93.

⁹⁵ Par exemple, la Couronne britannique conclut onze traités avec de nombreuses Premières Nations entre 1871 et 1921 afin de permettre l'expansion de la colonisation vers l'ouest par l'obtention de territoires. Ces traités sont aujourd'hui l'objet de disputes entre l'État et les Premières Nations concernées, en raison notamment d'interprétation distincts de concepts clés tels la propriété, d'erreurs de traduction et d'une mise en œuvre inadéquates de la part des autorités étatiques. Voir notamment : Chris Allard, « Relations between Canada and First Nations in the West (1867–1900) : The Numbered Treaties, Indian Act, and Loss of Aboriginal Autonomy » (2015) 4 HPS Journal 1; Jill StGermain, *Indian Treaty-Making Policy in the United States and Canada, 1867–1877*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2001.

⁹⁶ Francioni, *supra* note 13 à la p 28.

⁹⁷ Voir notamment : Canada: Stolen Sisters : *A Human Rights Response to Discrimination and Violence against Indigenous Women in Canada*, Amnesty international, 2004; Colombie Britannique: Missing Women Commission of Inquiry, *Forsaken: Nobodies: How and Why We Failed the Missing and Murdered Women*, vol 2B Victoria et Vancouver, Colombie Britannique 2012; Human Rights Watch, *Those who take us away: Abusive Policing and Failures in Protection of Indigenous Women and Girls in Northern British Columbia*, Canada New York, HRW, 2013 [HRW]; Royal Canadian Mounted Police, *Missing and Murdered Aboriginal Women: A National Operational Overview* (Ottawa: RCMP, 2014) [RCMP]; Canada, *Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, Réclamer notre pouvoir et notre place: Rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, en ligne: <miwg-ffada.ca/> (Commissaire en chef: Marion Buller).

Parmi ceux-ci, le rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme sur la situation des femmes autochtones en Colombie-Britannique détaille les nombreux manquements de l'État canadien quant à ses obligations émanant du droit international de protection des droits humains. En effet, la Commission identifie à la fois le défaut de l'État de garantir les droits à la non-discrimination, à la non-violence et à l'égalité des femmes et des filles autochtones, et de remplir son obligation positive de faire preuve de diligence raisonnable en prenant les mesures nécessaires pour prévenir, sanctionner et remédier à ces violations. Puis, la Commission conclut que les violations d'aujourd'hui ne peuvent être expliquées sans porter un regard sur le passé et comprendre l'historique de colonisation et les politiques mises en place au fil de l'histoire canadienne ayant vulnérabilisé les femmes et les filles autochtones au Canada⁹⁸.

De façon similaire, en 2019, la Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics au Québec (ci-après « Commission Viens ») conclut ce qui suit dans son rapport final : « au terme de l'exercice, il me semble impossible de nier la discrimination systémique dont sont victimes les membres des Premières Nations et les Inuits dans leurs relations avec les services publics ayant fait l'objet de l'enquête »⁹⁹. Pour expliquer ce constat, la Commission Viens identifie en tête de liste, parmi une série de facteurs, l'héritage colonialiste, qui place encore aujourd'hui les membres des peuples autochtones et leurs communautés « dans des situations de grande vulnérabilité culturelle, relationnelle, sociale et économique », laquelle est manifeste dans « l'écart important qui les sépare du reste de la population en matière de conditions de vie et de conditions de santé »¹⁰⁰.

Bref, les peuples autochtones n'ont pas souffert d'injustices à un moment précis dans l'histoire, mais ils ont plutôt subi un flot constant et persistant d'injustices dès les premiers jours de la colonisation jusqu'à l'époque actuelle. Dans l'ensemble, il est donc indéniable que les revendications des peuples autochtones pour obtenir réparation se distinguent à plusieurs égards des autres types de demandes pour des injustices dites historiques. Non seulement sont-elles distinctes, mais elles peuvent difficilement être décrites comme uniquement historiques, compte tenu de leur caractère continu qui se manifeste aujourd'hui par des violations contemporaines.

B. Le fait internationalement illicite à caractère continu

Comme discuté ci-haut, une action ou omission attribuable à l'État n'engendrerait sa responsabilité internationale que si celle-ci constituait, au moment des faits, une violation d'une obligation internationale¹⁰¹. L'origine ou la nature de cette

⁹⁸ OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Missing and Murdered Indigenous Women in British Columbia, Canada*, OEA/Ser.L/V/II/Doc. 30/14, rev 1 (2014).

⁹⁹ Québec, Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics, *Rapport Synthèse : Écoute, Réconciliation et Progrès* (2019) (Président : Jacques Viens) à la p 11 [Commission Viens].

¹⁰⁰ *Ibid* à la p 12.

¹⁰¹ *Articles, supra* note 15, Première partie, Chapitre premier, art 2.

obligation internationale n'importe pas, que celle-ci soit coutumière, conventionnelle, émanant des principes généraux du droit ou même d'un acte unilatéral de l'État¹⁰². Il s'agit d'ailleurs de l'une des particularités du régime international de la responsabilité de l'État qui, contrairement à d'autres systèmes juridiques, ne fait pas de distinction entre la responsabilité contractuelle et délictuelle¹⁰³. Peu importe la source de l'obligation, le régime opère de la même façon. L'élément déterminant est plutôt le moment où l'obligation internationale en cause est entrée en vigueur à l'égard de l'État visé, puisque « le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit »¹⁰⁴.

En d'autres mots, « pour que la responsabilité d'un État soit engagée [...] [il faut que] la violation ait lieu au moment où l'État était lié par l'obligation »¹⁰⁵. Ce principe de l'intertemporalité est d'application générale et vise à offrir une garantie aux États que le droit international ne sera pas appliqué de façon rétroactive¹⁰⁶. Il découle de considérations élémentaires d'équité. Celles-ci stipulent que tous ceux et celles qui sont assujettis à la loi devraient avoir la possibilité de connaître le contenu des règles de droit afin de pouvoir s'appuyer sur celles-ci pour dicter leurs actions. Conséquemment, il est généralement considéré injuste d'imposer de nouvelles normes de conduites après les faits et de juger les actions préalables à ces normes en fonction de celles-ci¹⁰⁷. Ce principe est applicable a priori à l'égard de toutes les obligations internationales, incluant celles acceptées comme étant des normes de *jus cogens*¹⁰⁸.

Cela dit, encore faut-il déterminer comment les obligations internationales des États s'inscrivent dans le temps. Les articles apportent des précisions à cet égard en distinguant deux catégories de fait illicite : les violations achevées et celles qui ont un caractère continu¹⁰⁹. Pour déterminer si le fait illicite en question entre dans la première ou la seconde catégorie, il faut considérer à la fois l'obligation primaire et les

¹⁰² CDI, *supra* note 14 à la p 133.

¹⁰³ *Ibid* à la p 134.

¹⁰⁴ *Articles, supra* note 15, Première partie, Chapitre III, art 13.

¹⁰⁵ CDI, *supra* note 14 à la p 140.

¹⁰⁶ *Ibid* à la p 141.

¹⁰⁷ Shelton, *supra* note 77 à la p 68.

¹⁰⁸ CDI, *supra* note 14 à la p 143. Francesco Francioni soutient néanmoins que le principe de l'intertemporalité ne devrait pas couvrir les cas de violations les plus fragrances des droits humains et du droit international humanitaire, même en l'absence d'instruments internationaux en vigueur au moment des faits, puisque ceci équivaldrait à dire que les actes de génocide, de déportation de masse et de privation des moyens de subsistance des peuples autochtones étaient légaux au moment de leur commission, une position difficilement défendable eu égard aux principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations selon lui : Francioni, *supra* note 13 à la p 43.

¹⁰⁹ « 1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.

2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale ;

3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné se produit au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation » : *Articles, supra* note 15, Première partie, Chapitre III, art 14.

circonstances de l'espèce¹¹⁰. Toutefois, « un fait illicite [n'aura] pas un caractère continu simplement parce que ses effets ou ses conséquences s'étendent dans le temps »¹¹¹. C'est la violation comme telle qui doit être continue.

En appliquant la notion de fait illicite à caractère continu, des instances internationales ont établi leur compétence *ratione temporis* dans des affaires portant sur des faits survenus avant la ratification par l'État visé du traité de protection des droits de la personne en cause. Un exemple notoire est le cas des disparitions forcées ou involontaires¹¹². La Cour interaméricaine des droits de l'homme a notamment jugé que, lorsqu'une personne est victime de disparition forcée avant l'adhésion par l'État en question de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*¹¹³ (ou de l'acceptation de sa compétence), ce dernier pourra néanmoins engager sa responsabilité internationale si le sort de la personne disparue n'est toujours pas connu à la suite de la ratification (ou de l'acceptation de la compétence de la Cour)¹¹⁴. Autrement dit, la violation des droits de la personne résultant de la disparition forcée ou involontaire continue tant et aussi longtemps que l'affaire n'est pas résolue¹¹⁵. Le cas échéant, une instance judiciaire peut se considérer compétente *ratione temporis* pour les violations qui continuent après la date de la ratification.

Cette même logique peut être applicable à nombre d'autres types de violations. Par exemple, dans ses commentaires sur l'article 14, la Commission de droit international a expliqué que « la question de savoir si une expropriation est un fait illicite "achevé" ou continu dépend, dans une certaine mesure, du contenu de la règle primaire censée avoir été violée ». Ainsi, les expropriations conformes à la loi en vigueur au moment des faits constitueront un fait achevé, alors que celles contraires au droit, soit en présence d'une occupation de facto, rampante ou déguisée, pourront donner lieu à un fait illicite continu¹¹⁶.

¹¹⁰ CDI, *supra* note 14 à la p 147.

¹¹¹ *Ibid* à la p 148.

¹¹² L'article 8 de la *Convention internationale pour la protection de toutes personnes contre les disparitions forcées*, prévoit clairement le caractère continu de ce type de violation : 2716 RTNU 48088 (entrée en vigueur : 23 décembre 2010).

¹¹³ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123 (entrée en vigueur : 27 août 1979).

¹¹⁴ « *The Court considers Mr. Nicholas Blake's disappearance as marking the beginning of a continuing situation and will decide about the actions and effects subsequent to the date on which Guatemala accepted the competence of the Court* » : *Blake c Guatemala* (1998) Inter-Am. Ct HR (Sér C), n° 36, para 67.

¹¹⁵ « *Les États parties à la présente Convention s'engagent à adopter, dans le respect de leurs procédures constitutionnelles, les mesures législatives nécessaires pour qualifier le délit de disparition forcée des personnes et pour le sanctionner d'une peine appropriée, proportionnelle à son extrême gravité. Ce délit est considéré comme continu ou permanent tant que la destination de la victime ou le lieu où elle se trouve n'ont pas été déterminés.* » [Emphase ajoutée] : *Convention interaméricaine sur les disparitions forcées de personne*, Belém do Pará, Brésil, 9 juin 1994, lors de la vingt-quatrième session ordinaire de l'Assemblée générale (entrée en vigueur : 28 mars 1996), art III.

¹¹⁶ Dans *Papamichalopoulos c Grèce* (1993), 260-B CEDH (Sér A), la Cour européenne des droits de l'homme conclut à une violation continue du droit à la jouissance paisible d'un bien saisi sans expropriation formelle environ huit ans avant que la Grèce ne reconnaisse sa compétence; Similairement, dans *Loizidou c Turquie* (1996), 1996-VI CEDH (Sér A) 2216, la Cour européenne des droits de l'homme

À mon avis, une logique analogue s'impose quant à une portion importante des revendications autochtones visant des allégations de dépossession territoriale effectuées par les puissances colonisatrices en contravention des traités signés avec les peuples autochtones ou encore sur la base de doctrines juridiques, telles la *terra nullius*¹¹⁷ et la doctrine de la découverte¹¹⁸, lesquelles ont été subséquemment invalidées. Notons à cet égard que la Cour suprême du Canada a conclu que la doctrine de la *terra nullius* ne s'est jamais appliquée au Canada¹¹⁹. Par ailleurs, la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, adoptée par le Parlement en 2021 à titre de véhicule de mise en œuvre de la *Déclaration*, affirme notamment que « les doctrines de la découverte et de *terra nullius*, sont racistes, scientifiquement fausses, juridiquement sans valeur, moralement condamnables et socialement injustes »¹²⁰. Par conséquent, de telles dépossession territoriale des peuples autochtones pourraient aussi constituer une violation à caractère continu, tant et aussi longtemps qu'il n'y a pas eu cessation.

Qui plus est, la distinction entre les violations achevées et celles qui sont continues, est particulièrement pertinente en ce qui a trait aux violations des droits culturels et politiques. Dans l'affaire *Lovelace c Canada*, le Comité des droits de l'homme des Nations unies estima qu'il était compétent pour examiner la plainte de Sandra Lovelace, bien que celle-ci eût perdu son statut « Indien » en raison de son mariage à un non-autochtone avant la ratification par le Canada du *Pacte international*

a jugé que l'expropriation d'un bien en vertu de la Constitution de la République turque de Chypre-Nord de 1985, laquelle est considérée sans effet juridique en droit international, était illicite, de telle sorte que le refus persistant de l'État d'accès à son bien par la requérante constituait une violation continue qui s'était poursuivie après l'acceptation de la compétence de la Cour par la Turquie en 1990.

¹¹⁷ Dans l'avis consultatif sur le Sahara Occidental, la Cour internationale de justice expliqua que l'expression *terra nullius* était un terme juridique développé pour permettre l'acquisition de la souveraineté par l'occupation d'un territoire considéré « sans maître ». Or, la Cour nota que cette doctrine fut utilisée par les puissances coloniales pour justifier l'imposition de leur souveraineté sur des territoires occupés par des peuples ayant une organisation sociale et politique bien établie. La Cour estima ainsi que ces territoires ne pouvaient être considérés comme *terra nullius*. Par conséquent, elle conclut que la souveraineté à l'égard de ces territoires ne pouvait s'acquérir unilatéralement par l'occupation : Sahara occidental, Avis consultatif, [1975] CIJ rec 12 à la p 39.

¹¹⁸ La doctrine de la découverte a souvent été employée pour justifier l'appropriation de territoires occupés par des peuples autochtones et la subjugation de ceux-ci par les puissances coloniales. Reposant sur la prétendue supériorité raciale des Européens chrétiens et issue de bulles pontificales de l'époque dite des « grandes découvertes » de l'Europe, elle est aujourd'hui considérée par la communauté internationale comme étant « scientifiquement fausse, juridiquement sans valeur, moralement condamnable et socialement injuste » : UNDRIP, *supra* note 84, préambule alinéa. En 2014, dans un rapport se penchant sur cette doctrine, l'Instance permanente sur les questions autochtones concluait que « la doctrine de la découverte est importante pour le monde, à cause non seulement des exactions commises par le passé mais encore de ses conséquences de grande portée qui se font encore sentir aujourd'hui » et appelait à la mise en place de procédures et mécanismes de réparation aux niveaux international, régional et national pour enclencher des processus nécessaires de décolonisation : Instance permanente sur les questions autochtones, Étude des effets de la doctrine de la découverte sur les peuples autochtones, y compris les mécanismes, procédures et instruments de réparation, Doc off CES NU, 2014, Doc NU E/C.19/2014/3aux paras 32 à 38.

¹¹⁹ *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 RCS 256 au para 69.

¹²⁰ *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, LC 2021, c 14, 9^e alinéa du préambule.

*relatif aux droits civils et politiques*¹²¹. Pour justifier cette posture, le Comité s'appuya sur la notion de fait illicite continu et l'appliqua à l'article 27 du *Pacte*¹²², lequel garantit les droits culturels des personnes appartenant à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique¹²³. Il conclut ainsi à l'existence d'une violation continue du *Pacte* du fait que la perte du statut « Indien » empêchait Sandra Lovelace d'appartenir à sa communauté, d'y vivre et ainsi d'avoir accès à sa culture et sa langue autochtone¹²⁴. Par conséquent, il ressort de ces conclusions que lorsqu'une violation a un caractère continu, « un comportement qui a commencé à un moment donné dans le passé et qui constituait (ou, si la règle primaire pertinente avait été en vigueur pour l'État à l'époque, aurait constitué) une violation à cette date peut se poursuivre et donner naissance à un fait illicite continu dans le présent »¹²⁵.

C. Le colonialisme de peuplement : continu et composite

Le colonialisme de peuplement se caractérise par sa « logique d'élimination », laquelle vise à assurer le remplacement permanent des peuples autochtones pour faire place à une société coloniale incontestée¹²⁶. Pour construire cette société dominante sur les territoires des peuples autochtones autrefois libres, l'État colonial doit parvenir à les faire disparaître en tant qu'entités politiques distinctes, puisque leurs revendications pour le respect de leur souveraineté sont incompatibles avec le projet colonial¹²⁷. En ce sens, le colonialisme de peuplement doit être compris comme un « génocide structurel »¹²⁸ visant la dissolution des sociétés autochtones par un processus continu conçu pour les déposséder de leur souveraineté, de leurs territoires et de leurs identités culturelles et politiques distinctes¹²⁹. Cette dépossession n'est pas qu'historique,

¹²¹ *PIDCP*, *supra* note 33.

¹²² « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue » : *ibid*, art 27.

¹²³ *Sandra Lovelace c Canada*, Communication No. R.6/24 (29 décembre 1977) Doc NU Supp. No. 40 (A/36/40) 166 (1981), aux paras 10-11.

¹²⁴ *Ibid* au para 15.

¹²⁵ CDI, *supra* note 14 à la p 151.

¹²⁶ Wolfe, « Settler colonialism and the elimination of the native », *supra* note 6. Voir aussi : Wolfe, *Settler colonialism*, *supra* note 6; Veracini, *supra* note 6; Emma Battel Lowman et Adam J Barker, *supra* note 6.

¹²⁷ James Tully, « The struggles of Indigenous peoples for and of freedom » dans Duncan Ivison, Paul Patton et Will Sanders, dir, *Political Theory and the rights of Indigenous peoples*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 36 aux pp 39-40.

¹²⁸ L'expression « génocide structurelle » a été mise de l'avant par l'anthropologue australien Patrick Wolfe afin de décrire les spécificités du colonialisme de peuplement et la logique de l'élimination, sans minimiser l'impact de recourir au terme génocide en le qualifiant. Selon lui, cette expression évite de créer une hiérarchie entre les victimes de génocide et met en évidence la persistance des structures du colonialisme de peuplement. Wolfe suggère que l'assimilation pratiquée par les États coloniaux constitue l'une des deux alternatives restantes lorsque l'expulsion n'est pas possible ; l'autre option étant les massacres comme lors de l'Holocauste : Wolfe, « Settler colonialism and the elimination of the native », *supra* note 6 à la p 403.

¹²⁹ *Ibid*. Voir aussi : Linda Tuhiwai Smith, *Decolonizing Methodologies: Research and Indigenous Peoples*, Dunedin, University of Otago Press, 1999, 28; Tully, *supra* note 127 aux pp 39-40.

puisqu'elle perdure au sein même de l'architecture de l'État, étant reproduite par l'opération de ses structures et de ses pratiques¹³⁰.

Au Canada, la confédération de 1867 modifia drastiquement la relation entre les peuples autochtones et la Couronne. Adoptée unilatéralement par l'État, la Constitution du Dominion du Canada stipule que « les Indiens et les terres réservées pour les Indiens » relèvent de l'autorité législative exclusive du parlement¹³¹. En vertu de cette dernière, le parlement adopta en 1876 la *Loi sur les Indiens*, laquelle accorde à l'État de vastes pouvoirs quant aux structures politiques, aux modes de gouvernances, à l'administration des terres et à l'éducation des peuples autochtones¹³². L'objectif de cette loi était non-équivoque dès son adoption, comme l'affirma au parlement le Premier ministre de l'époque en 1887 : « *the great aim of our legislation has been to do away with the tribe system and assimilate the Indian people in all respects with the inhabitants of the Dominion* »¹³³. Bien que les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones aient été enchâssés dans la constitution en 1982¹³⁴ et que la *Loi sur les Indiens* ait été modifiée à plusieurs reprises au courant du dernier siècle et demi, cette structure constitutionnelle et législative sous-jacente demeure en vigueur au Canada encore aujourd'hui.

De façon analogue aux disparitions forcées ou aux expropriations illicites, les violations des droits des peuples autochtones en contexte colonial demeureront irrésolues tant et aussi longtemps que le colonialisme de peuplement continuera d'être reproduit par les structures de l'État. Ainsi, caractériser les revendications autochtones comme ne visant que des « injustices historiques » occulte la véritable nature du préjudice causé par le colonialisme de peuplement en plus de restreindre indument la portée de l'obligation de réparation incombant à l'État canadien. En ce sens, concevoir les revendications autochtones comme visant des violations à caractère continu semble plus adéquat.

D'ailleurs, la plupart (sinon la totalité) de ces revendications ne visent pas exclusivement une injustice historique fixée dans le temps. Au contraire, elles portent plutôt sur des injustices dont la source est historique, mais dont les effets délétères continuent dans le temps et constituent eux-mêmes des violations de leurs droits. Ces revendications visent notamment les conséquences de la doctrine de la découverte qui, encore aujourd'hui, sont bien tangibles et se manifestent par « la dépossession continue de leurs terres, territoires et ressources, la suppression massive de leurs institutions politiques et juridiques, les pratiques discriminatoires visant à détruire leurs cultures [et] le défaut, à ce jour, de respect des traités, accords et autres arrangements » conclues

¹³⁰ Wolfe, *supra* note 6; Veracini, *supra* note 6 ; Emma Battel Lowman et Adam J Barker, *supra* note 6.

¹³¹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91(24), reproduit dans LRC 1985, ann II, no 5.

¹³² *Loi sur les Indiens*, *supra* note 2.

¹³³ Sessional papers, vol. 20b, Session of the 6th Parliament of the Dominion of Canada, 1887, 37.

¹³⁴ *Droits des peuples autochtones du Canada*, art 35, Partie II de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

par le passé¹³⁵.

En ce sens, analyser les revendications autochtones à partir de la notion de fait internationalement illicite à caractère continu permet de prendre en compte le contexte particulier du colonialisme de peuplement. Autrement dit, le fait que les comportements étatiques à la base des revendications autochtones aient commencé avant l'émergence du régime international de protection des droits de la personne n'est pas suffisant pour faire de ces violations des « injustices historiques ». Dès lors que ces comportements se poursuivent dans le temps jusqu'à l'époque contemporaine, ils engendrent nécessairement une obligation de réparation pour l'État canadien. À cet égard, il est opportun de noter que, dans son rapport final, l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées (ci-après « ENFFADA ») conclut à l'existence d'un génocide commis par le Canada envers les peuples autochtones et, conséquemment, d'une obligation de cessation et de réparation lui incombant¹³⁶.

Qui plus est, l'ENFFADA affirme que ce génocide constitue un fait internationalement illicite composite¹³⁷. Selon la Commission du droit international, le fait internationalement illicite composite est « la violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite »¹³⁸. Ainsi, la responsabilité internationale de l'État canadien résulterait de ses manquements « à ses obligations internationales par l'entremise d'une série d'actions et d'omissions prises dans leur ensemble, et ce manquement se poursuivra tant et aussi longtemps que des actes de génocide se produisent et que des politiques visant à la destruction soient maintenues »¹³⁹.

Cette notion introduit une nuance supplémentaire quant à la distinction entre un fait illicite achevé et continu abordée précédemment. « Les faits composites donnent lieu à des violations à caractère continu, qui s'étendent sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série de faits qui constitue le comportement illicite »¹⁴⁰. Parmi les exemples cités dans les commentaires sur les articles, notons entre autres les obligations concernant le génocide, l'apartheid ou les crimes contre l'humanité ainsi que les actes systématiques de discrimination raciale¹⁴¹. Selon la Commission, le génocide constitue généralement un fait illicite composite puisque l'entité responsable doit avoir adopté une politique ou un comportement systématique, de telle sorte qu'il n'y aura génocide que s'il y a accumulation des actes interdits en présence du *mens rea* spécifique requis¹⁴².

¹³⁵ Instance permanente sur les questions autochtones, Étude des effets de la doctrine de la découverte sur les peuples autochtones, y compris les mécanismes, procédures et instruments de réparation, Doc off CES NU, 2014, Doc NU E/C.19/2014/3, au para 12.

¹³⁶ Canada, Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Une analyse juridique du génocide*, Rapport supplémentaire, en ligne : <mmiwg-ffada.ca/final-report/> (Présidente : Marion Bullet) à la p 29 [ENFFADA].

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Articles, supra* note 15, Première Partie, Chapitre III, art 15.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ CDI, *supra* note 14 à la p 154.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid* à la p 155.

En terme temporel, le fait composite est considéré comme ayant lieu au « moment où se produit la dernière action ou omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite, sans être nécessairement la dernière de la série »¹⁴³. La responsabilité internationale de l'État sera alors engagée à partir du moment de la première des actions ou omissions de la série ayant eu lieu après la naissance de l'obligation primaire pour l'État en question. Ces actions ou omissions peuvent, quant à elles, être des faits illicites achevés ou continus. D'ailleurs, la Commission considère que les faits composites sont particulièrement susceptibles de donner lieu à des violations continues¹⁴⁴.

Bien que l'ENFFADA n'y fasse pas référence explicitement, il appert de son analyse que le génocide commis par le Canada est un fait internationalement illicite composite dont le caractère est continu. En effet, elle conclut que la série d'actions et d'omissions de l'État est non seulement persistante dans le temps, mais débute bien avant que le Canada ne ratifie la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* en 1952¹⁴⁵. En ce sens, le colonialisme de peuplement, qui, comme démontré ci-haut, doit être compris comme étant un « génocide structurel »¹⁴⁶, constitue dans son ensemble un fait internationalement illicite composite à caractère continu. En effet, celui-ci s'opère par une série d'actions et d'omissions de l'État articulée dans les politiques coloniales visant l'assimilation des peuples autochtones afin de les faire disparaître à titre d'entités politiques distinctes. Ce processus, qui a persisté à travers les époques jusqu'à la période contemporaine, est maintenu encore aujourd'hui par les structures étatiques. Qui plus est, nombreuses de ces politiques présentent individuellement remplissent, quant à elles, les critères d'une violation à caractère continu au sens du droit international. À cet égard, la discrimination envers les femmes autochtones dans la *Loi sur les Indiens* fait figure d'exemple éloquent.

III. Loi sur les Indiens et discrimination fondée sur le sexe

Pendant près de 150 ans, les dispositions de la *Loi sur les Indiens*¹⁴⁷ (et de ses textes prédécesseurs¹⁴⁸) relatives à l'admissibilité au statut « Indien » étaient

¹⁴³ *Ibid* à la p 157.

¹⁴⁴ *Ibid* à la p 156.

¹⁴⁵ ENFFADA, *supra* note 136 à la p 10.

¹⁴⁶ *Ibid* à la p 5.

¹⁴⁷ *Loi sur les Indiens*, *supra* note 2.

¹⁴⁸ Dès 1857, l'Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette Province, et pour amender les lois relatives aux Sauvages (sc 1857, c. 26) prévoyait que les femmes autochtones étaient automatiquement émancipées avec leur mari, si celui-ci le choisissait. Puis, en 1869, l'Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte (sc 1869, c 6, 32-33 Vict.) ajouta l'exclusion des femmes autochtones par le mariage. L'article 6 se lisait comme suit : « toute femme Sauvage qui se mariera à un autre qu'un Sauvage, cessera d'être une Sauvage dans le sens du présent acte, et les enfants issus de ce mariage ne seront pas non plus considérés comme Sauvages dans le sens du présent acte; [...] » Lors de l'adoption de la *Loi sur les Indiens* en 1876, cette politique d'exclusion des femmes autochtones et de leurs enfants par le mariage fut reprise. L'article 3 de la première mouture de l'Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages (aujourd'hui, la *Loi sur les Indiens*), adoptée en 1876 (sc 1876,

discriminatoires envers les femmes autochtones. Plus qu'une simple expression des valeurs patriarcales et sexistes de l'époque, cette politique d'exclusion des femmes autochtones par le mariage visait à consolider le projet colonial. Comprendre ce lien historique entre le colonialisme de peuplement et la discrimination fondée sur le sexe est fondamental pour saisir l'ampleur du préjudice causé par cette politique et pour pouvoir définir adéquatement la portée de l'obligation de réparation de l'État à l'égard des femmes autochtones.

A. Survol historique

La première version de la *Loi sur les Indiens* fut adoptée en 1876¹⁴⁹. Fruit de la consolidation de lois coloniales, elle avait comme objectif premier de soumettre toutes les nations autochtones – avec lesquelles la Couronne entretenait des rapports distincts – à une relation unique et profondément paternaliste avec l'État canadien¹⁵⁰. Aux fins de la réalisation du projet colonial, la Loi donna des pouvoirs étendus à l'État, par lesquels celui-ci imposa une structure politique, un contrôle des terres et un modèle « d'éducation »¹⁵¹ allant à l'encontre des pratiques culturelles, des ordres juridiques et du modèle traditionnel de gouvernance des peuples autochtones¹⁵². Un élément central de la Loi, qui est toujours en vigueur aujourd'hui, est la détermination unilatérale par l'État de qui est « Indien » aux yeux de la loi. Ainsi, le Canada s'accorda le pouvoir de « créer » et d'« éliminer » des « Indiens » à sa guise, dans le but d'affaiblir les droits

c18, 39 Vict.), définissait comme suit le terme « Sauvage » : « Premièrement. – Tout individu du sexe masculin et de sang sauvage, réputé appartenir à une bande particulière ; Secondement. – Tout enfant de tel individu ; Troisièmement – Toute femme qui est ou a été légalement mariée à tel individu ; » en plus d'ajouter ceci au paragraphe (c) « Pourvu que toute femme Sauvage qui se mariera à un autre qu'un Sauvage ou un Sauvage sans traités, cessera d'être une Sauvage dans le sens du présent acte ».

¹⁴⁹ *Loi sur les Indiens*, *supra* note 2.

¹⁵⁰ « *Our Indian legislation generally rests on the principle, that the aborigines are to be kept in a condition of tutelage and treated as wards or children of the State...[T]he true interests of the aborigines and of the State alike require that every effort should be made to aid the Red man in lifting himself out of his condition of tutelage and dependence, and that is clearly our wisdom and our duty, through education and every other means, to prepare him for a higher civilization by encouraging him to assume the privileges and responsibilities of full citizenship* » : Canada, Department of Interior, « Annual Report for the Year Ended 30th June, 1876 » dans *Sessional Papers*, vol 7, no 11, (1877) à la p xiv.

¹⁵¹ C'est notamment par la *Loi sur les Indiens* que l'État imposa le système de pensionnat autochtone, connu aujourd'hui pour les nombreux abus commis à l'égard des enfants autochtones forcés de les fréquenter. Dans les mots de la Commission vérité et réconciliation du Canada : « Pendant la majeure partie de son existence, le système des pensionnats du Canada destiné aux enfants autochtones était un système d'éducation en apparence seulement. Les Pensionnats avaient pour but de séparer les enfants autochtones de leur famille afin de limiter et d'affaiblir les liens familiaux et culturels et d'endoctriner les enfants pour qu'ils adhèrent à une nouvelle culture, à savoir la culture dominante sur le plan juridique de la société canadienne euro-chrétienne [...]. Ces écoles ont exercé leurs activités pendant plus de 100 ans, de sorte que plusieurs générations successives d'enfants des mêmes collectivités et familles ont eu à les fréquenter. [...] Des enfants ont subi des sévices, physiques et sexuels, et sont décédés dans ces écoles dans des proportions qui n'auraient jamais été tolérées dans aucun autre système scolaire du pays ou de la planète » : Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final*, Winnipeg, Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015, Préface.

¹⁵² RCAP, *supra* note 3 à la p 171.

des peuples autochtones et de renforcer la main mise étatique sur leurs territoires¹⁵³.

La Loi sur les Indiens a été modifiée à plusieurs reprises au fil des décennies, mais l'exclusion des femmes autochtones par l'effet du mariage en demeura un pilier durant plus d'un siècle. Notamment, en 1951, alors qu'émergeait le régime international de protection des droits de la personne, la *Loi sur les Indiens* fut considérablement réformée. Certaines de ses restrictions les plus oppressives, telle l'interdiction de pratiques culturelles comme les *potlatch*¹⁵⁴, furent supprimées¹⁵⁵. Un système d'enregistrement centralisé fut également instauré afin de faciliter l'inscription de toutes les personnes ayant le statut « Indien » en vertu de la Loi sur une seule et même liste. L'introduction de ce système d'enregistrement eut pour effet de renforcer l'exclusion des femmes autochtones et de leurs descendants.

Jusqu'aux amendements de 1951, les femmes autochtones qui perdaient leur statut pouvaient néanmoins conserver un certain lien avec leur communauté, bien qu'officieux, par ce qui était appelé le « coupon rouge », une pièce d'identité non officielle émise par certaines agences du Ministère des Affaires indiennes et donnant à leur détentrice le droit à une part des sommes payables aux termes d'un traité¹⁵⁶. Toutefois, à compter de la réforme de 1951, en plus de perdre leur statut « Indien » une fois mariées, les femmes exclues étaient « émancipées »¹⁵⁷.

Les conséquences étaient graves et immédiates. Elles n'étaient plus « Indiennes » aux yeux de la loi, perdaient tout lien avec leur communauté, ne pouvaient pas posséder de biens sur la réserve ni même en hériter de leurs parents, devaient se départir de toutes les terres qu'elles occupaient et quitter la réserve. Elles perdaient ainsi accès aux services culturels et sociaux offerts dans leur communauté et ne pouvaient plus participer à sa vie politique et sociale. En cas d'échec de leur mariage ou d'un veuvage, elles ne pouvaient pas retourner dans leur communauté, au risque d'expulsion. Les effets de la discrimination les suivaient même après leur mort, car à défaut d'avoir le statut « Indien », ces femmes ne pouvaient pas être enterrées parmi leurs ancêtres dans le cimetière de leur communauté¹⁵⁸.

En substance, l'émancipation équivalait à un « bannissement légal »¹⁵⁹. Une fois que ces femmes perdaient leur statut et devaient quitter leur communauté, tous

¹⁵³ Audra Simpson, *Mohawk Interruptus: Political Life across the Borders of Settler States*, Durham, Duke University Press, 2014, à la p 12.

¹⁵⁴ Le potlatch est une cérémonie pratiquée par les peuples autochtones de la côte ouest de ce qui est connu aujourd'hui comme étant l'Amérique du Nord. Elle est au cœur de la structure de gouvernance, de l'ordre social et des traditions sociales et culturelles des peuples qui la pratiquent. En 1884, le gouvernement fédéral bannit les potlatches et criminalisa la participation, parce que la pratique était jugée contraire aux objectifs de christianisation, et d'assimilation des peuples autochtones : RCAP, *supra* note 3 aux pp 73-76 et 169.

¹⁵⁵ *Ibid* aux pp 283-85.

¹⁵⁶ RCAP, *supra* note 3 à la p 277.

¹⁵⁷ *Ibid*.

¹⁵⁸ Kathleen Jamieson, *Indian Women and the Law in Canada: Citizens Minus*, Canadian Advisory Council on the Status of Women and Indian Rights for Indian Women, Ottawa, Minister of Supply and Services Canada, 1978 à la p 78.

¹⁵⁹ RCAP, *supra* note 3 à la p 278.

leurs descendants devinrent également inadmissibles au statut « Indien ». Considérant que les générations subséquentes furent également aliénées de leur autochtonie, « *the scale of cultural genocide caused by gender discrimination becomes massive* »¹⁶⁰.

Ce régime renforcé d'exclusion des femmes autochtones est resté en vigueur jusqu'en 1985. *La Loi sur les Indiens* fut alors modifiée pour éliminer la discrimination explicite fondée sur le sexe. Cette modification législative fut le résultat de facteurs concomitants, dont la ratification par le Canada de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹⁶¹ en 1981 et l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶² l'année suivante, laquelle enchâssa le droit à l'égalité dans la constitution canadienne. Mais surtout, la Loi fut amendée après plus de deux décennies de militantisme politique et juridique des femmes autochtones, autant à l'échelle nationale qu'internationale¹⁶³, dont la plainte déposée par Sandra Lovelace au Comité des droits de l'homme des Nations unies abordée précédemment¹⁶⁴.

Le *Projet de loi C-31*, adopté en 1985, avait comme objectif d'éliminer certains aspects discriminatoires de la *Loi*. Or, les modifications apportées eurent également pour effet d'en maintenir les effets discriminatoires. Plutôt que de rétablir le

¹⁶⁰ Bonita Lawrence, « Gender, Race and the Regulation of Native Identity in Canada and the US: An Overview » (2003) 18:2 *Hypatia* 3 à la p 5.

¹⁶¹ *CEDAW*, *supra* note 37.

¹⁶² *Charte canadienne des droits et libertés*, art 15, Partie I de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

¹⁶³ Sur le plan politique, les femmes autochtones se mobilisèrent pour demander des « droits indiens pour les femmes indiennes ». Cette campagne populaire menée par des militantes telle Mary Two-Axe Early a été menée dès 1967. Parmi leurs nombreuses actions, elles soumièrent un mémoire à la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada et prirent parole publiquement lors de la conférence de l'Année internationale de la femme au Mexique en 1975 : Janet Silman, *Enough Is Enough: Aboriginal Women Speak Out*, Toronto, Women's Press, 1987; Jamieson, *supra* note 158. Leur activisme mena à l'adoption d'une recommandation sur l'élimination de la discrimination sexospécifique dans la *Loi sur les Indiens* dans le rapport final de la Commission Bird en 1970 : Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada, *Rapport final*, Ottawa, Bureau du Conseil Privé, 1970 à la p 238 (Présidente : Florence Bird). Sur le plan juridique, deux femmes autochtones ayant perdu leur statut par le mariage, Jeanne Corbiere Lavell et Yvonne Bedard, se sont battues devant les tribunaux domestiques. La première perdit en première instance, mais gagna en appel : Procureur general du Canada *c Lavell*, [1971] FC 347, 22 DLR (3d) 188. La seconde gagna en première instance : *Bedard c Isacc et al*, [1972] 2 OR 391, 25 DLR (3d) 551. Les deux affaires furent entendues conjointement par la Cour suprême du Canada qui conclut, en 1974, que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne protégeait que l'égalité de traitement dans la mise en œuvre et l'application des lois du Canada, et qu'aucune inégalité de la sorte n'était en cause en l'espèce : Procureur general du Canada *c Lavell*, [1974] SCR 1349 à la p. 1372-1373, 38 DLR (3d) 481.

¹⁶⁴ À la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lavell*, Sandra Lovelace Nicholas, une femme Wolastoqiyik de la Première Nation Tobique, déposa une plainte au Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Ayant perdu son statut par le mariage, Sandra Lovelace Nicholas ne put retourner vivre dans sa communauté à la suite de sa séparation et ses enfants ne purent accéder aux services culturels et sociaux offerts par celle-ci. Elle alléguait que le Canada contrevenait à ses obligations en vertu du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 33. Le Comité conclut que, par le fait d'empêcher Sandra Lovelace Nicholas de retourner vivre dans sa communauté, la *Loi sur les Indiens* interférait avec son droit d'avoir accès à sa culture et sa langue, à titre de membre d'une minorité ethnique, une contravention non justifiée à l'article 27 du *Pacte* : *Sandra Lovelace c Canada*, *supra* note 123.

statut des femmes autochtones exclues par l'effet du mariage sur un pied d'égalité avec les hommes autochtones, une distinction fut maintenue dans la loi par des dispositions d'apparence neutres. En effet, les femmes autochtones exclues par le mariage furent réinscrites au registre « Indien » sous l'alinéa 6(1)(c) de la *Loi sur les Indiens*, alors que leurs enfants le furent sous le paragraphe 6(2). Pour leur part, ceux et celles qui avaient le statut au moment des modifications législatives – ceci inclut les hommes autochtones ayant marié des femmes allochtones ainsi que ces femmes et leurs enfants - ont été enregistrés sous l'alinéa 6(1)(a). Bien que cette différence puisse sembler être une simple formalité juridique, elle eut pour effet de stigmatiser davantage les femmes réinscrites¹⁶⁵. En vertu de la nouvelle règle de la « coupure de la deuxième génération » - laquelle prévoit qu'après deux générations consécutives dont un seul parent a le statut, la troisième génération n'est pas admissible à l'inscription au registre « Indien »¹⁶⁶ - celles-ci de même que leurs descendants se sont retrouvés avec une capacité amoindrie de transmettre le statut¹⁶⁷. Ainsi, les effets sexospécifiques de la *Loi* furent maintenus.

Il fallut 35 années additionnelles de militantisme et de contestations judiciaires avant que ces dispositions discriminatoires soient finalement supprimées de la *Loi sur les Indiens*. Durant cette période, le Canada s'est battu avec acharnement pour maintenir en place son régime discriminatoire. Ce fut notamment le cas en 2010, alors que la *Loi* fut jugée contraire à la disposition sur l'égalité de la *Charte canadienne*¹⁶⁸. Subséquemment, le *Projet de loi C-31*¹⁶⁹ fut délibérément conçu pour ne

¹⁶⁵ Bernard Duhaime et Josée-Anne Riverin, « Double Discrimination and Equality Rights of Indigenous Women in Quebec » (2011) 65:3 U Miami L Rev 903 à la p 913.

¹⁶⁶ L'article 6 de la *Loi sur les Indiens* énonce les règles d'admissibilité au statut « Indien ». Depuis 1985, celui-ci est divisé en deux paragraphes. Ceux et celles dont les deux parents ont le statut « Indien » sont inscrits au registre sous le paragraphe 6(1). Lorsqu'un seul parent est inscrit sous le paragraphe 6(1), ses enfants seront inscrits sous le paragraphe 6(2). Ceci signifie que ceux-ci ne pourront pas transmettre leur statut à leurs enfants, à moins que l'autre parent ait également le statut « Indien » : Assembly of First Nations, « Fact-sheet: Second-generation cut-off rule », en ligne: AFN <afn.ca/wp-content/uploads/2020/01/06-19-02-06-AFN-Fact-Sheet-Second-Generation-cut-off-final-revised.pdf>. Ainsi, alors que jusqu'en 1985, il suffisait d'avoir un parent (masculin) autochtone pour être admissible au statut, depuis le *Projet de loi C-31*, « the two-parent rule [...] compels an Indian Act family modelled after the monogamous patriarchal Victorian family, with two status Indian parents and no crossing of race lines in the production of offspring. » : Mary Eberts, « Victoria's Secret: How to make a population of prey » dans Joyce Green, dir, *Indivisible: Indigenous Human Rights Halifax*, Fernwood Publishing, 2014, 144 à la p 156.

¹⁶⁷ En étant réinscrits sous le paragraphe 6(2), les enfants des femmes exclues par le mariage se sont retrouvés avec un « demi-statut » en ce que celui-ci ne peut être transmis à la génération suivante que si l'autre parent a aussi le statut « Indien ». Pourtant, les enfants des hommes autochtones ayant mariés des allochtones, en étant inscrits sous l'article 6(1)(a) étaient considérés par la *Loi* comme ayant deux parents avec le statut et donc peuvent transmettre celui-ci à leurs enfants, peu importe le statut de leur conjoint ou conjointe : Duhaime et Riverin, *supra* note 165 à la p 913.

¹⁶⁸ En 2007, l'avocate et militante Dr. Sharon McIvor de la Nation Nlaka'pamuk et son fils, Jacob Grismer, intentèrent une poursuite civile alléguant que la *Loi sur les Indiens* était toujours discriminatoire puisqu'elle empêchait les femmes réinscrites de transmettre leur statut à leurs petits-enfants sur un pied d'égalité avec les hommes autochtones dans une position similaire. McIvor avait perdu son statut par le mariage avant 1985 et fut réinscrite en vertu du *Projet de loi C-31*. Son fils, né avant 1985, fut alors enregistré sous le paragraphe 6(2), de telle sorte que ses enfants, nés d'une union avec une personne sans statut, n'eurent pas le droit d'être inscrits au registre : *McIvor c Canada* (Registrar of Indian and Northern Affairs), 2009 BCCA 153, 306 DLR (4th) 193.

¹⁶⁹ *Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, LC 2010, c 18.

modifier la *Loi* qu'à l'égard du cas spécifique en cause devant les tribunaux, plutôt que de répondre adéquatement et de façon globale aux inégalités fondées sur le sexe toujours présentes¹⁷⁰. La plaignante dans cette affaire, insatisfaite de la réponse gouvernementale, se tourna d'ailleurs vers le Comité des droits de l'homme des Nations unies, qui conclut une seconde fois que le Canada contrevenait au *Pacte* international relatif aux droits civils et politiques¹⁷¹.

En 2015, la *Loi* fut une fois de plus jugée discriminatoire¹⁷², ce qui mena à l'adoption du *Projet de loi S-3*¹⁷³, lequel entra en vigueur dans son entièreté en 2019¹⁷⁴. Depuis, le gouvernement canadien considère que la discrimination fondée sur le sexe a été éliminée de la *Loi sur les Indiens*¹⁷⁵. Cette conclusion vient 40 ans après que le Comité des droits de l'homme des Nations unies l'a jugé contraire au *Pacte* international relatif aux droits civils et politiques¹⁷⁶. Cette affirmation a toutefois été critiquée et l'approche privilégiée par le gouvernement fédéral - soit « d'apporte[r] des modifications de formes restreintes à la *Loi* sur les Indiens en réponse aux décisions des tribunaux »¹⁷⁷ - a été jugée inadéquate pour corriger de façon proactive et globale l'ensemble des iniquités qui y persistent¹⁷⁸.

¹⁷⁰ Eberts, *supra* note 166166 à la p 157. Voir aussi: Gwen Brodsky « McIvor v. Canada: Legislated Patriarchy Meets Aboriginal Women's Equality rights » dans Joyce Green, dir, *Indivisible: Indigenous Human Rights*, Halifax, Fernwood Publishing, 2014; Mary Eberts, « Case comment: McIvor: Justice Delayed – Again » (2010) 8 *Indigenous LJ* 15, 41.

¹⁷¹ *Sharon McIvor and Jacob Grismer v. Canada*, Communication No. R.2020/2010 (24 novembre 2010), Doc NU CCPR/C/124/D/2020/2010 (2019).

¹⁷² *Descheneaux c Canada* (Procureur Général), 2015 QCCS 3555, [2016] 2 CNLR 175.

¹⁷³ *Projet de loi S-3*, *supra* note 4.

¹⁷⁴ La mise en oeuvre du *Projet de loi S-3* s'est déroulée en deux phases. Premièrement, certaines modifications à la *Loi sur les Indiens* sont entrées en vigueur immédiatement après l'adoption du projet de loi. Ces modifications ont essentiellement corrigé les iniquités identifiées par la Cour supérieure du Québec dans les deux cas au cœur de l'affaire Descheneaux, *supra* note 172. Puis, entre 2018 et 2019, le gouvernement fédéral a entrepris ce qu'il a appelé le Processus de collaboration sur l'inscription des Indiens, l'appartenance à une bande et la citoyenneté des Premières. En juin 2019, dans son rapport au Parlement, le gouvernement indiqua que la consultation avait fait apparaître un accord général pour la suppression de la règle de la limite de 1951 : Canada, Rapport au Parlement : Processus de collaboration sur l'inscription des Indiens, l'appartenance à une bande et la citoyenneté des Premières, Ottawa, Relations Couronne Autochtones, 2019. Par conséquent, le 15 août 2019, le *Projet de loi S-3* entra pleinement en vigueur et l'abrogation de tous les alinéas du paragraphes 6(1)(c) pour les remplacer par une nouvelle version de 6(1)(a). La règle de la coupure de la deuxième génération a néanmoins été conservée.

¹⁷⁵ Canada, *Rapport au Parlement : Examen du Projet de Loi S-3*, Ottawa, Services aux Autochtones, Décembre 2020 à la p 17.

¹⁷⁶ *Sandra Lovelace v. Canada*, *supra* note 123.

¹⁷⁷ Comité sénatorial permanent des peuples autochtones, *C'est assez ! Finissons-en avec la discrimination quant à l'inscription au registre des Indiens*, Ottawa, Sénat, Juin 2022, à la p 40.

¹⁷⁸ Dans son rapport provisoire sur son étude des modifications législatives de 2017 et de leur mise en œuvre par Services aux Autochtones Canada, le Comité sénatorial permanent des peuples autochtones conclut que des iniquités persistent dans les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à l'inscription en raison notamment de l'effet de la règle de l'exclusion après la deuxième génération, de la date limite de 1985 et des distinctions fondées sur l'âge et le statut marital s'y afférant, des règles relatives à la paternité non déclarée ou inconnue ainsi que de la question non résolue des répercussions de l'émancipation : *ibid* aux pp 22-34. Voir aussi: Sandra M Lovelace Nicholas et Brian Francis, « First Nations women, children

B. Discrimination et colonialisme

L'importance de la discrimination envers les femmes autochtones pour la réalisation du projet colonial permet de comprendre pourquoi le Canada s'est battu pendant des décennies pour maintenir en place un régime discriminatoire, malgré les critiques répétées aux niveaux national et international. La discrimination fondée sur le sexe dans la *Loi sur les Indiens* était indéniablement le reflet des valeurs patriarcales de la société eurocanadienne de l'époque. Or, il s'agissait aussi d'une arme de choix pour accélérer le processus d'assimilation des peuples autochtones. Selon Kathleen Jamieson, dès la confédération en 1867, la *Loi sur les Indiens* avait trois fonctions principales : (1) assimiler les peuples autochtones et leurs territoires dans la société coloniale dominante; (2) assurer une « meilleure gestion » des affaires autochtones, incluant les terres, pour contrôler les coûts et les ressources; (3) promouvoir une définition restrictive de qui se qualifie comme « Indien » aux yeux de l'État¹⁷⁹. Le rôle des femmes autochtones en tant que donneuses de vie ainsi que leur capacité à produire des générations futures et à assurer la pérennité de leur peuple menaçaient l'ensemble du projet colonial¹⁸⁰. Conséquemment, non seulement la *Loi sur les Indiens* a été conçue avec l'objectif de réduire graduellement le nombre d'« Indiens », qui constituaient un fardeau aux yeux de l'État, mais la discrimination y ayant été inscrite visait également à compromettre la transmission identitaire et culturelle intergénérationnelle. À cette fin, la *Loi* imposa un modèle victorien de relation entre les sexes, positionnant l'homme comme le patriarce et la femme comme une épouse dépendante et obéissante ; un modèle étranger aux structures familiales et aux modes de gouvernances autochtones¹⁸¹. Désormais, soit les femmes autochtones épousaient un homme « Indien » et pouvaient demeurer dans leur réserve en tant qu'union conventionnelle, soit elles épousaient un homme allochtone et devaient le suivre hors réserve comme une bonne épouse obéissante. Ce modèle, reposant sur des valeurs socioculturelles répondant aux besoins de la société coloniale organisée autour de l'agriculture, avait pour but d'accélérer l'assimilation des autochtones¹⁸². Afin d'établir ce système dans les communautés autochtones, il était indispensable d'introduire la notion de propriété privée et des règles d'héritage par la lignée masculine, ce qui nécessitait le contrôle et la répression de la sexualité des femmes autochtones¹⁸³. L'idéal de la féminité projeté sur les sociétés autochtones servait à imposer un contraste entre le « sauvage » et la civilité. La dichotomie patriarcale victorienne de la vierge contre la putain, associée aux idéologies racistes défendant la supériorité européenne, conduisit à la construction

deserve federal action to address ongoing Indian Act discrimination », *Charlottetown Guardian*, 15 juillet 2022.

¹⁷⁹ Jamieson, *supra* note 158 à la p 28.

¹⁸⁰ D Meme Lavell-Harvard et Jennifer Brant, dir, *Forever Loved: Exposing the Hidden Crisis of Missing and Murdered Indigenous Women and Girls in Canada*, Bradford, Demeter Press, 2016 à la p 3. Voir aussi: Andrea Smith, *Conquest: Sexual violence and American Indian Genocide* Durham, Duke University Press, 2015.

¹⁸¹ Eberts, *supra* note 166.

¹⁸² Jamieson, *supra* note 158 à la p 13.

¹⁸³ *Ibid* à la p 20.

de l'imagerie binaire opposant la « sauvagesse noble » – à savoir la princesse virginale, naturellement innocente et encline à la christianisation – et la « sauvagesse ignoble » — celle qui mène une vie brutale, transgresse les normes chrétiennes « civilisées », a soif de sang et de vengeance, et est sexuellement libertine¹⁸⁴. Les stéréotypes utilisés pour justifier cette politique d'exclusion par l'effet du mariage eurent ultimement des conséquences néfastes pour l'ensemble des femmes autochtones. Comme l'explique Mary Eberts, « *the Act's definition of 'Indian' is conditioned by the reduction of Indigenous women's identity to primarily, if not exclusively, that of ungovernable sexual beings, appropriately treated as 'sub-humans'* »¹⁸⁵. Les stéréotypes ancrés dans la *Loi* ont non seulement alimenté la dévalorisation de la vie et de la position sociale des femmes autochtones, mais les valeurs patriarcales ont graduellement imprégné leurs communautés, renforçant ainsi leur marginalisation économique et sociale¹⁸⁶. Encore aujourd'hui, les conséquences découlant de cette politique discriminatoire sont bien réelles, comme en témoigne notamment la tragédie nationale des femmes et des filles autochtones disparues et assassinées. À ce jour, les femmes autochtones sont huit fois plus à risque d'être assassinées que les femmes allochtones¹⁸⁷. L'historique de discrimination fondée sur le sexe, débutant dès la colonisation et continuant par l'entremise de la *Loi sur les Indiens*, a jeté les bases de cette violence disproportionnée qui afflige aujourd'hui les femmes autochtones dans l'ensemble Canada¹⁸⁸. Selon la Commission interaméricaine des droits de l'homme, cet historique a créé des circonstances qui contribuent aux risques accrus de violence auxquels celles-ci sont confrontées aujourd'hui, en raison de la marginalisation économique, l'isolement social et les traumatismes psychologiques¹⁸⁹. De surcroît, la Commission conclut que les stéréotypes de genre fomentés par les politiques et les pratiques étatiques ont causé et exacerbé la vulnérabilité des femmes autochtones à de multiples formes de violence tout en minant la réponse de l'État¹⁹⁰. De façon similaire, l'ENFFADA conclut que la cause sous-jacente de la violence actuelle envers les femmes autochtones est le colonialisme, lequel a été perpétué historiquement et est

¹⁸⁴ Winona Stevenson, « Colonialism and First Nations Women in Canada » in Martin J Cannon et Lina Sunseri, dir, *Racism, Colonialism and Indigeneity in Canada: A Reader*, Toronto, Oxford University Press, 201144 aux pp 45–48. Voir aussi: Janice Acoose, *Iskwekak Kah'ki yaw ni Wahkomakanak: Neither Indian Princess Nor Easy Squaws*, Toronto: Women's Press, 1995; Sherry L Smith, « Beyond the Princess and Squaw: Army Officers' Perceptions of Indian Women » dans Susan Armitage et Elizabeth Jameson, dir, *The Women's West*, Norman, University of Oklahoma Press, 1987; David D Smits, « The "Squaw Drudge": A prime Index of Savagism » (1982) 29:4 *Ethnohistory* 281.

¹⁸⁵ Eberts, *supra* note 166 à la p 145.

¹⁸⁶ Pour une discussion plus approfondie sur l'intériorisation des valeurs patriarcales et l'adoption de politiques et de pratiques coloniales par les communautés autochtones, et comment ceci a conduit à la réticence et, même parfois, au refus des dirigeants et des institutions autochtones de lutter contre la discrimination et la violence envers les femmes autochtones, voir : Rauna Kuokkanen, « Gendered violence and politics in Indigenous communities: The cases of aboriginal people in Canada and the Sami in Scandinavia » (2015) 17:2 *Intl Feminist J of Politics* 271.

¹⁸⁷ Déclaration de James Anaya, « Statement upon conclusion of the visit to Canada by the United Nations Special Rapporteur on the rights of Indigenous peoples » (15 octobre 2013), en ligne : *Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme* <ohchr.org/en/statements/2013/10/statement-upon-conclusion-visit-canada-united-nations-special-rapporteur-rights>.

¹⁸⁸ OEA, *supra* note 98 au para 93.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid* aux para 95-101.

maintenu en place encore aujourd'hui par des structures, des politiques et des pratiques étatiques visant l'assimilation des peuples autochtones¹⁹¹. En somme, l'introduction d'une hiérarchie sociale basée sur le genre dans les sociétés autochtones par l'entremise des règles portant sur la transmission du statut « Indien » n'était pas seulement un moyen de contrôle patriarcal, mais également un outil de colonialisme. Non seulement les femmes autochtones étaient considérées inférieures, mais elles étaient aussi perçues comme une menace pour le projet colonial. Les expulser de leurs nations et les remplacer par des femmes allochtones constituait une stratégie étatique visant à ébranler les structures politiques, culturelles et sociétales autochtones, au profit de l'idéologie eurochrétienne coloniale. De même, dépeindre les femmes autochtones comme hypersexuelles contribua à justifier le contrôle de leur vie domestique par l'imposition du modèle patriarcal de la maternité, qui à son tour a servi le projet colonial. En ce sens, je suis d'avis que la discrimination contre les femmes autochtones inscrite dans la *Loi sur les Indiens* constitue une partie intégrante du tissu social au Canada et ainsi affecte encore aujourd'hui toutes les femmes autochtones, qu'elles aient été exclues par le mariage ou non. Par conséquent, compte tenu de l'ampleur du préjudice causé par cette politique, la portée de l'obligation de réparation de l'État à l'égard des femmes autochtones doit être définie en prenant en compte le contexte particulier du colonialisme de peuplement.

C. La réparation

Le gouvernement canadien considère aujourd'hui que toutes les iniquités fondées sur le sexe ont été retirées de la *Loi sur les Indiens*. Mais qu'en est-il de l'obligation de réparation de l'État ? À ce jour, la seule forme de réparation octroyée par le Canada est la restitution juridique du statut aux femmes et à leurs descendants exclus par l'opération discriminatoire de la loi. Aucune autre forme de réparation ne semble avoir été envisagée. Or, compte tenu de l'ampleur des violations des droits de la personne découlant de la discrimination dans la loi, il est évident que la simple restitution du statut ne constitue pas une réparation adéquate, pleine et effective au sens du droit international. En effet, dans une décision rendue en janvier 2019, le Comité des droits de l'homme des Nations unies rappela que le principe d'égalité interdit autant la discrimination en droit que de fait¹⁹². Par conséquent, afin de remplir son obligation

¹⁹¹ « La tendance importante, persistante et délibérée qui consiste à violer les droits de la personne et les droits des Autochtones, et à y porter atteinte, de manière systémique et en se fondant sur la race ou le genre. Cette tendance s'est perpétuée historiquement et est maintenue en place encore aujourd'hui par l'État canadien dans le but de retirer aux peuples autochtones leurs terres, leurs structures sociales et leurs pouvoirs de gouverner, et d'éradiquer leur existence en tant que Nations, communautés, familles ou personnes. Elle constitue la cause des disparitions, des meurtres et de la violence dont les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQA autochtones font l'objet, et représente un génocide. Ce colonialisme, cette discrimination et ce génocide expliquent les taux élevés de violence contre les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQA autochtones. » : Canada, *Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, Rapport final*, vol 1b, en ligne : <mmiwg-ffada.ca/final-report/> (Présidente : Marion Bullet) à la p 196.

¹⁹² *Sharon McIvor and Jacob Grismer v. Canada*, *supra* note 171 au para 7.11.

¹⁹² *Ibid* au para 9.

d'accorder une réparation intégrale, il recommanda au Canada : (1) d'amender la *Loi* pour éliminer toutes formes de traitement différentiel basé sur le sexe; (2) de « prendre des mesures pour mettre fin à la discrimination qui persiste dans les communautés des Premières Nations et résulte de la discrimination fondée sur le sexe inscrite dans la *Loi sur les Indiens* »; et (3) d'adopter des mesures pour éviter que de telles violations se reproduisent¹⁹³. Qui plus est, en 2022, la Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes des Nations unies conclut que le Canada contrevient toujours à son obligation de réparation, puisque l'État n'a toujours pas réparé de façon adéquate et effective le préjudice intergénérationnel causé par le régime législatif discriminatoire qu'il a maintenu pendant plus de 150 ans¹⁹⁴. La première recommandation du Comité des droits de l'homme a effectivement été réalisée par la mise en œuvre du *Projet de loi S-3*, du moins partiellement¹⁹⁵. Toutefois, le gouvernement ne semble pas vouloir agir ni sur le second, ni sur le troisième point, ni sur le préjudice intergénérationnel, puisqu'aucune mesure n'a été annoncée à ces égards. D'ailleurs, devant le Comité, le Canada a maintenu ne pas être responsable des effets de cette discrimination sur les relations sociales et culturelles au sein des communautés autochtones. Cet argument a par la suite été rejeté par le Comité¹⁹⁶. Ce dernier rappela que les obligations positives de l'État en vertu de l'article 27 du *Pacte* incluent le devoir de protéger les membres de minorités contre les actes commis par de tierces personnes se trouvant sur son territoire¹⁹⁷. Il est important de rappeler ici qu'il est question de violations flagrantes des droits de la personne des femmes autochtones et de leurs descendants. En fait, ceci est vrai en raison de l'ampleur et la durée des violations de même que du fait qu'elles compromettent le droit à l'intégrité physique et morale et qu'elles constituent un affront à la dignité humaine. D'ailleurs, le Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la

¹⁹³ *Ibid* au para 9.

¹⁹⁴ *Jeremy Eugene Matson v. Canada*, Communication No 68/2014 (18 octobre 2013) Doc NU CEDAW/C/81/D/68/2014 (3 mars 2022).

¹⁹⁵ Les femmes autochtones qui furent émancipées de force, car leur mari l'a été, soit par choix, soit parce que c'était légalement obligatoire, demeurent pour leur part inscrite sous un alinéa distinct, soit 6(1)(d) de la *Loi sur les Indiens*, et par conséquent, continuent d'avoir une capacité amoindrie de transmission intergénérationnelle du statut : *Loi sur les Indiens*, L.R.C 1985, c 1-5. Un autre enjeu aux effets sexospécifiques est la présomption ajoutée en 1985 selon laquelle, lorsque le père est inconnu ou non déclaré, celui-ci est considéré allochtone. Cette présomption a un effet sur la transmission intergénérationnelle, puisque l'enfant sera inscrit sous 6(2) si la mère a le statut 6(1) ou n'aura pas le droit à l'inscription si la mère a le statut 6(2). Cette présomption impose un fardeau aux femmes autochtones qui se voient placées face à un dilemme. D'une part, elles peuvent choisir de ne pas inscrire le père sur l'acte de naissance, au risque de ne pouvoir inscrire leur enfant ou de voir leurs petits-enfants exclus du statut. D'autre part, elles peuvent décider d'inscrire le père pour éviter ce risque, malgré les raisons qui l'ont poussé initialement à ne pas vouloir déclarer la paternité, incluant la violence conjugale, le viol ou les situations où le père est connu mais refuse de reconnaître l'enfant. En somme, cette présomption a été décriée comme étant néfaste aux droits des femmes autochtones. La présomption a été amoindrie à la suite de l'affaire *Gehl c Canada* (procureur général) 2017 ONCA 319. Néanmoins, elle demeure prévue par la *Loi sur les Indiens* et engendre toujours son lot de conséquences pour les femmes autochtones, bien que le fardeau de preuve ait été assoupli : Gouvernement du Canada, Ascendance inconnue ou non déclarée » en ligne : Services aux autochtones Canada <sac-isc.gc.ca/fra/1516895024877/1572460772889>.

¹⁹⁶ *Sharon McIvor and Jacob Grismer v. Canada*, *supra* note 171 au para 7.9-7.10.

¹⁹⁷ Comité des droits de l'homme, *Observation générale No. 23 L'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Doc off NU, 50^e sess, Doc NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994) au para 6.1.

lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de l'époque inclut dans la liste des violations qui sont nécessairement flagrantes la discrimination systématique fondée sur le sexe¹⁹⁸. Par conséquent, je suis d'avis que le contenu de l'obligation de réparation de l'État canadien doit être défini en fonction des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire¹⁹⁹. Le Canada a donc le devoir d'octroyer aux femmes autochtones une réparation adéquate, effective et prompte, qui est proportionnelle à la gravité de la violation et adaptée aux circonstances. À cette fin, les mesures de réparation doivent prendre des formes diverses, à la fois collectives et individuelles, et inclure des mesures de restitution, d'indemnisation, de satisfaction et de réadaptation de même que des garanties de non-répétition²⁰⁰. Qui plus est, analyser la question de l'obligation de réparation à partir de la notion de fait internationalement illicite à caractère continu semble inévitable et nécessaire. Il s'agit de l'approche retenue, à juste titre, par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire Lovelace, puis dans l'affaire McIvor. En effet, il est impossible ici de séparer la discrimination contemporaine des injustices historiques. Établir une distinction entre la situation des femmes exclues avant l'adhésion du Canada au régime de protection des droits de la personne et celles des femmes qui le furent après serait nécessairement artificiel, puisqu'elles ont toutes été soumises à la même politique discriminatoire. De plus, une telle distinction occulterait la véritable nature du préjudice causé, c'est-à-dire l'attaque portée au statut social des femmes autochtones au sein de leur communauté par les politiques visant à accomplir le projet colonial. Comme l'a reconnu le Comité des droits de l'homme, en raison de leur exclusion, les femmes autochtones ont été victimes d'une panoplie de violations de leurs droits, et ce, durant des décennies, soit jusqu'à leur réinscription au registre « Indien » sur un pied d'égalité avec les hommes autochtones en 2019. De surcroît, le Canada a manqué à son obligation positive de diligence en n'abordant pas pendant des décennies la discrimination qui persiste au sein des communautés autochtones en raison des iniquités inscrites dans la *Loi*. En somme, ce qui caractérise les violations dont ont été victimes les femmes autochtones en raison de la discrimination dans la *Loi sur les Indiens* est la continuité. Comprendre le contexte particulier du colonialisme de peuplement et son lien historique avec la discrimination des femmes autochtones est donc nécessaire pour définir adéquatement le préjudice causé par le Canada aux femmes autochtones. La notion de fait illicite à caractère continu permet cette réalisation. Face à un préjudice d'une telle ampleur, les mesures de réparation, pour être adéquates et effectives, doivent nécessairement viser à remédier à la marginalisation économique, sociale, politique et culturelle des femmes autochtones et les conséquences que les stéréotypes sexistes et racistes cultivés par l'État ont eues sur elles. À cette fin, ces réparations doivent inclure des mesures collectives et individuelles capables de renverser le legs du passé. En ce sens, tracer une ligne artificielle entre les femmes ayant été victimes d'une « injustice historique »

¹⁹⁸ *Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Doc off CDD, 45^e sess, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1993/8 (2 juillet 1993) au para 13.

¹⁹⁹ *Principes fondamentaux*, *supra* note 36.

²⁰⁰ *Ibid.*

et celles victimes d'une violation contemporaine de leurs droits, alors qu'elles ont toutes été soumises à la même loi discriminatoire et aux mêmes violations en découlant, seraient non seulement injustes, mais constituerait, de surcroît, un véritable obstacle à la visée transformatrice des mesures de réparation pour des violations flagrantes de la sorte. Bref, à la lumière de ce qui précède, il ne fait aucun doute que le Canada contrevient toujours à ses obligations internationales relatives à la réparation pour les violations persistantes, flagrantes et à caractère continu des droits des femmes autochtones. Comme l'affirme le Comité sénatorial permanent des peuples autochtones dans son rapport provisoire sur la discrimination dans la *Loi sur les Indiens*, « [l]a réparation est un élément fondamental de la réconciliation, car elle favorise la guérison des femmes autochtones et de leurs enfants ainsi que la sensibilisation de tous les Canadiens à l'égard de cette injustice persistante qui fait partie de notre histoire commune »²⁰¹. Dans de telles circonstances, la restitution juridique ne peut être suffisante, à défaut de l'accompagner de mesures pécuniaires, symboliques et structurelles visant, dans la mesure du possible, à « effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »²⁰². Premièrement, aucune indemnisation n'a été octroyée aux femmes exclues par l'effet de la *Loi sur les Indiens*. D'ailleurs, les *projets de loi C-31, C-3 et S-3* contiennent des dispositions d'exonération de responsabilité, empêchant tout recours contre l'État pour réclamer une compensation²⁰³. Or, il appert ici que celles-ci ont été l'objet de dommages systémiques légalisés, comme l'ont été les survivants des pensionnats autochtones²⁰⁴. La simple restitution juridique du statut « Indien » des décennies après leur exclusion ne peut constituer une réparation entière dans les circonstances, compte tenu de l'ampleur du préjudice infligé. Par conséquent, l'indemnisation est nécessaire pour assurer une réparation adéquate. De plus, le Canada n'a pas indemnisé ceux et celles qui ont été exclus des programmes et bénéficiaires²⁰⁵ auxquels ils auraient eu droit, n'eût été fait que l'État a maintenu un régime discriminatoire durant des décennies après les amendements de 1985. Pourtant, plusieurs d'entre eux et elles ont souffert un préjudice matériel indéniable : notamment, le remboursement des services de santé non assurés²⁰⁶ (ce qui peut représenter des

²⁰¹ Comité sénatorial permanent des peuples autochtones, *supra* note 177 la p 36.

²⁰² *Chorzow*, *supra* note 7 à la p 7.

²⁰³ *Projet de loi S-3*, *supra* note 4, arts 10-10.1 ; *Projet de loi C-3*, *supra* note 169, art 9 ; *Projet de loi C-31*, *supra* note 2, art 22.

²⁰⁴ Voir ci-dessus, n 151.

²⁰⁵ Les personnes ayant le statut « Indien » sont admissibles à différents services dispensés par le gouvernement fédéral, incluant des programmes sociaux financés par le Ministère des services aux Autochtones du Canada dans les communautés des Premières Nations et en milieux urbains. Ils bénéficient aussi de certaines exemptions fiscales et d'exonérations d'impôts prévues par la *Loi sur les Indiens* de même que de l'admissibilité à une couverture pour des prestations de santé qui ne sont pas couverts pour les citoyens autochtones : Services aux Autochtones Canada « Avantages et droits pour les Autochtones », en ligne : Gouvernement du Canada <canada.ca/fr/services/autochtones/avantages-et-droits-pour-les-autochtones.html>.

²⁰⁶ Le programme des services de santé non assurés offre une couverture pour certains produits et les services médicaux qui ne sont pas couverts par l'assurance-maladie. Cette couverture inclut notamment les soins de la vue et dentaires, l'équipement et les fournitures médicales, les médicaments et le transport pour raison médicale. Seules les personnes inscrites au registre « Indien », leurs enfants de moins de 18 mois et les Inuit reconnu par une organisation Inuite de revendication territoriale sont admissibles à cette

sommes considérables pour ceux et celles souffrant de problèmes de santé nécessitant des soins, des services et de l'équipement particuliers au-delà de ce qui est couvert par l'assurance maladie). Deuxièmement, le Canada n'a jamais reconnu tout le préjudice causé aux femmes autochtones en raison des dispositions discriminatoires de la *Loi sur les Indiens*. Les mesures symboliques de satisfaction sont particulièrement importantes à l'égard des violations des droits des peuples autochtones, puisque le colonialisme de peuplement vise la destruction de l'identité et de construction sociopolitique collective, créant des dommages qui se reproduisent de façon intergénérationnelle²⁰⁷. Considérant la centralité de la marginalisation des femmes autochtones au projet colonial, la présentation d'excuses officielles de l'État aux femmes autochtones me semble essentielle afin de permettre aux nations autochtones de continuer leur existence collective. Le Comité sénatorial permanent des peuples autochtones a d'ailleurs recommandé récemment que « des excuses officielles soient présentées et que des initiatives de commémoration soient lancées pour rendre hommage aux personnes qui se sont battues pour mettre fin au caractère discriminatoire des dispositions relatives à l'inscription »²⁰⁸. En l'absence de reconnaissance du préjudice infligé, l'État contrevient à son devoir d'assumer publiquement sa responsabilité pour l'ampleur et le caractère délibéré des violations des droits des femmes autochtones, ce qui a pour effet de perpétuer son legs sexospécifique²⁰⁹. Troisièmement, dans l'affaire *McIvor*, le Comité des droits de l'homme des Nations unies observait en 2019 que des femmes autochtones exclues en raison de la discrimination fondée sur le sexe dans la *Loi sur les Indiens* et leurs descendants sont stigmatisés au sein de leur communauté, même une fois réinscrits, car ils ne sont pas considérés comme de « vrais Indiens ». Cette stigmatisation les prive notamment de la pleine possibilité de participer à la vie culturelle et aux activités traditionnelles de leur communauté, telles la chasse et la pêche²¹⁰. Un des moteurs de cette stigmatisation au sein des communautés autochtones est le défaut du Canada de leur accorder un financement et les ressources adéquates (incluant des terres) afin de palier à l'augmentation du nombre de leurs membres inscrits résultant des modifications législatives. Ce sous-financement empêche la réadaptation des communautés en maintenant bien vives les cicatrices causées par les dispositions discriminatoires dans la *Loi*. Le défaut d'agir ici est certainement contraire

couverture : Services aux Autochtones Canada, « Services de santé non assurés pour les Premières Nations et les Inuits », en ligne : Gouvernement du Canada <sac-isc.gc.ca/fra/1572537161086/1572537234517>.

²⁰⁷ Federico Lenzerini, « Reparations, Restitution and Redress: Articles 8(2), 11(2), 20(2) and 28 » dans Jessie Hohmann et Marc Weller, dir, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 573 à la p 576.

²⁰⁸ Comité sénatorial permanent des peuples autochtones, *supra* note 177, à la p 37.

²⁰⁹ Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, *Rapport sur les excuses pour les violations flagrantes des droits de la personne et les violations graves du droit international humanitaire*, Doc off AG NU, 74^e sess, Doc NU A/74/147 (2019) au para 51.

²¹⁰ « La distinction qui est établie de longue date dans la [*Loi sur les Indiens*] entre les personnes de la lignée paternelle, dont le statut est reconnu, et les personnes de la lignée maternelle, a contribué à stigmatiser ces dernières et (...) cette stigmatisation se perpétue du fait du statut juridique différent conféré aux personnes de la lignée maternelle par la loi telle que modifiée » : *Sharon McIvor and Jacob Grismer c Canada*, *supra* note 171 au para 7.8.

au devoir étatique d'assurer la réadaptation individuelle et collective²¹¹. Finalement, l'existence même du régime de la *Loi sur les Indiens* constitue une violation des droits des peuples autochtones, tels qu'énoncés dans la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*²¹². Avec l'adoption du *Projet de loi C-15*, lequel reçut la sanction royale le 21 juin 2021, l'État s'est engagé à mettre en œuvre la *Déclaration*²¹³. Or, le Canada semble considérer clos le dossier de la discrimination basée sur le sexe dans la *Loi sur les Indiens*, bien qu'il contrevienne toujours à son obligation de réparation envers les femmes autochtones et leurs descendants. Ainsi, dans l'éventualité où l'État décide de se retirer de l'administration de l'identité pour enfin reconnaître le droit à l'autodétermination des peuples autochtones, de sérieuses questions se posent quant à la possibilité réelle de guérir les cicatrices causées par 150 ans de discrimination et ainsi d'éviter que son legs ne se perpétue. Le défaut de mettre en œuvre des garanties de non-répétition ne fait qu'exacerber ce risque.

Le Canada répète que le renouvellement de la relation avec les peuples autochtones est prioritaire. Mais que peut apporter la réconciliation dans un contexte où l'État contrevient toujours à ses obligations en vertu du régime international de protection des droits de la personne ? En l'absence de mesures de réparation adéquates, pleines et effectives, la réconciliation risque de n'être qu'une simple posture rhétorique, sans réelles retombées pour les peuples autochtones. Pire encore, elle risque de créer un mythe selon lequel les injustices du passé ont été réglées, alors que, dans les faits, elle ne fera que consolider davantage le colonialisme de peuplement au sein de l'État canadien, plutôt que de créer des conditions propices à la décolonisation. En vertu du droit international, il est bien établi que les États ont une obligation de réparation dès lors qu'ils contreviennent à un engagement international. Lorsque cette obligation violée émane du régime international de protection des droits de la personne, la responsabilité de l'État est engagée envers la communauté internationale dans son ensemble et engendre un droit à la réparation des victimes, droit qui est compris dans l'obligation générale des États de respecter, faire respecter et appliquer le droit international des droits humains. Par ailleurs, en cas de violations flagrantes des droits de la personne, la mise en œuvre du droit à la réparation comporte une série de prérequis, procéduraux et substantifs, visant à remédier, dans la mesure du possible, aux conséquences de cette violation pour les victimes, à prévenir que de telles violations surviennent à l'avenir et à promouvoir la réconciliation²¹⁴. La question devient alors de

²¹¹ Voir notamment : Comité sénatorial permanent des peuples autochtones, *supra* note 177, aux pp 37-39.

²¹² UNDRIP, *supra* note 84.

²¹³ *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, LC 2021, c 14.

²¹⁴ « *The purpose of reparation is generally understood to re-establish the situation that existed before the harm occurred. It can also serve as a measure to end ongoing breaches and to deter future ones, as a vehicle for reconciliation or to restore relations between the violator and injured parties, as well as a basis to repair and rehabilitate physical and psychological integrity and dignity* » : Carla Ferstman, « *Reparations* » dans Oxford Bibliographies, 2017.

déterminer comment s'articule l'obligation étatique de réparation quant aux revendications des peuples autochtones pour les dommages causés par le colonialisme de peuplement. Alors qu'il ne fait aucun doute que les peuples autochtones ont été victimes de violations flagrantes de leurs droits de la personne, leurs revendications sont généralement décrites comme étant des « injustices historiques ». Selon cette conceptualisation, elles sont considérées comme étant au-delà de la portée des obligations internationales de l'État en vertu du régime de protection des droits de la personne en raison du principe de non-rétroactivité des traités. Sans assise juridique, la reconnaissance de telles injustices dites « historiques » et la mise en œuvre de mesures de réparation demeurent largement tributaires de la volonté politique des autorités étatiques, laquelle est souvent déficiente. Or, cette caractérisation des revendications autochtones est inexacte. Comme le démontre l'exemple de la discrimination envers les femmes autochtones, ce qui caractérise le préjudice historique envers les peuples autochtones est que ceux-ci se perpétuent dans le temps et persistent sous la forme de violations contemporaines de droits de la personne. Cette réalité s'explique par l'opération du colonialisme de peuplement qui, à titre de structure génocidaire, est la fondation sur laquelle l'architecture et les pratiques de l'État reposent. Ainsi, comprendre ce contexte particulier est nécessaire pour délimiter adéquatement l'étendue du préjudice causé aux peuples autochtones par les politiques et les pratiques étatiques visant à accomplir le projet colonial. Celui-ci se révèle alors comme étant bien plus que simplement historique et plutôt défini par son caractère continu. La réponse de l'État à la discrimination envers les femmes autochtones est un exemple éloquent de la tendance des instances judiciaires et politiques de sous-estimer l'ampleur des dommages causés par les violations des droits des peuples autochtones²¹⁵. Cette tendance est notamment explicable par cette rupture fictive créée entre le passé et le présent pour les fins de l'octroi de réparation, soutenu par l'idée que les revendications autochtones concernent des « injustices historiques » qui elles sont au-delà de la portée de l'obligation étatique de réparation. Toutes mesures de réparation deviennent alors tributaires de la volonté politique, voire une manifestation de la « générosité » de l'État. Par conséquent, aborder la question de la réparation par le prisme du fait internationalement illicite à caractère continu permet non seulement d'identifier une assise juridique pour les revendications autochtones, mais également d'apporter la profondeur contextuelle nécessaire pour définir ce que constitue une réparation adéquate, pleine et effective face au colonialisme de peuplement.

²¹⁵ Kent Roach, *Remedies for Human Rights Violations: A Two-Track Approach to Supra-National and National Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021 à la p 457.