

Interprétation excessive ou crainte fondée : pourquoi le gouvernement canadien rejette la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*

Guyanne Courchesne

Volume 40, numéro 1, 2010

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026993ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/1026993ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Courchesne, G. (2010). Interprétation excessive ou crainte fondée : pourquoi le gouvernement canadien rejette la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. *Revue générale de droit*, 40(1), 97–144.
<https://doi.org/10.7202/1026993ar>

Résumé de l'article

L'auteure entend évaluer la justesse de la position du gouvernement canadien à l'égard de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, sur la base du droit canadien, des obligations internationales du Canada, des dispositions de la Déclaration et des prétentions officielles du gouvernement récalcitrant. À la lumière de cette analyse, il apparaît que la mise en œuvre de certaines dispositions de la Déclaration pourrait être un défi pour le Canada. Toutefois, ce défi n'est ni insurmontable ni périlleux, étant donné la capacité évolutive du droit canadien, la volonté de la population à cet égard et la présence d'une disposition d'équilibre complète au sein de la Déclaration.

Interprétation excessive ou crainte fondée : pourquoi le gouvernement canadien rejette la *Déclaration des Nations Unies* sur les droits des peuples autochtones

GUYANNE COURCHESNE

Étudiante à la Section de droit civil, Faculté de droit,
Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

L'auteure entend évaluer la justesse de la position du gouvernement canadien à l'égard de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, sur la base du droit canadien, des obligations internationales du Canada, des dispositions de la Déclaration et des prétentions officielles du gouvernement récalcitrant. À la lumière de cette analyse, il apparaît que la mise en œuvre de certaines dispositions de la Déclaration pourrait être un défi pour le Canada. Toutefois, ce défi n'est ni insurmontable ni périlleux, étant donné la capacité évolutive du droit canadien, la volonté de la population à cet égard et la présence d'une disposition

ABSTRACT

The author intends to evaluate the 'correctness' of the Government of Canada's decision not to support the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, based on Canada's law and international obligations, an accurate understanding of the UN Declaration as an 'aspirational' document and official statements made by the Government of Canada. Despite the claims that sections of the UN Declaration may be challenging to implement, the author identifies that given the capacity of Canadian law to evolve, the will of the people to do so, and the assurance that Section 46 of the UN Declaration sufficiently protects the foundations of

*d'équilibre complète au sein
de la Déclaration.*

*Canadian Society, this
challenge is not
insurmountable.*

Mots-clés : *Droit
constitutionnel, droits
ancestraux, droits issus de
traités, obligation de
consultation, revendications
autochtones, droit
international des droits de
la personne, Déclaration sur
les droits des peuples
autochtones, droit à
l'autodétermination, droit à
la terre, principe du
consentement préalable, libre
et éclairé.*

Key-words : *Constitutional
law, aboriginal rights, treaty
rights, duty to consult,
aboriginal claims,
international human rights,
Declaration on the Rights of
Indigenous Peoples, self-
determination, land rights,
free, prior and informed
consent.*

SOMMAIRE

Introduction.....	99
I. Le Canada et les peuples autochtones : l'état des relations	103
A. Le droit canadien et la protection des droits des peuples autochtones	105
1. Le cadre général	105
2. Les composantes.....	107
a) Les droits ancestraux	107
(1) Le titre ancestral	107
(2) Droits reliés aux activités.....	108
b) Les droits issus de traités.....	110
c) L'obligation de consultation et d'accommodement..	111
B. Le gouvernement canadien et le règlement des revendica- tions autochtones	115
1. Les revendications globales	115
2. Les revendications particulières.....	117

II. Le Canada et la <i>Déclaration</i> les réels écarts	117
A. Le développement de la <i>Déclaration</i> de 1971 à 2007	119
B. La <i>Déclaration</i> et son contenu controversé	123
1. Les problématiques générales	123
2. Les problématiques spécifiques	127
a) Le droit à l'autodétermination	127
b) Le droit aux terres, territoires et ressources	130
(1) Le contexte	130
(2) Les dispositions pertinentes de la <i>Déclaration</i> ..	133
c) Le principe du consentement préalable, libre et éclairé	136
Conclusion	142

INTRODUCTION

Aboriginal rights from the beginning have been shaped by international concepts... More recently, emerging international norms have guided governments and courts grappling with aboriginal issues. Canada, as respected member of the international community, cannot ignore these new international norms any more than it could sidestep the colonial norms of the past. Whether we like it or not, aboriginal rights are an international matter.¹

1. L'oppression historique des peuples autochtones a laissé des traces : elle se traduit aujourd'hui par des iniquités alarmantes². Bien que décrit par son gouvernement comme « un pays prospère qui offre d'immenses possibilités économiques, sociales et culturelles et qui, en même temps, respecte et

1. Beverley MCLACHLIN, « Aboriginal Rights : International Perspective », Order of Canada Luncheon speech, Canadian Club of Vancouver, Vancouver, C.-B., 8 février 2002, tel que rapporté dans James HENDERSON, *Indigenous Diplomacy and the Rights of Peoples. Achieving UN Recognition*, coll. Purich's Aboriginal Issues Series, Saskatoon, Purich, 2008, p. 97.

2. James ANAYA, « Indian Givers : What Indigenous Peoples Have Contributed to International Rights Law », (2006) 22 *Wash. U. J. L. & Pol'y* 107.

protège les droits et libertés de chacun »³, le Canada est un tel théâtre d'iniquité pour les Autochtones. De nombreux organes onusiens ont ainsi constaté que les violations, par le Canada, des obligations internationales en matière de droits de la personne affectent particulièrement les Autochtones⁴.

2. À titre d'exemple, alors que le Canada se trouvait, en 2001, au 8^e rang du classement étatique basé sur l'indice du développement humain (IDH), un État hypothétique constitué des 1 172 790 Autochtones⁵ vivant sur le territoire canadien se serait classé au 32^e rang⁶. Plusieurs des logements qu'ils habitent sont surpeuplés et insalubres, alors que plus de la moitié sont contaminés par la moisissure⁷. Leur taux de tuberculose est de plus de six fois celui de la population canadienne⁸. Leur taux de suicide est aussi incomparable : chez les jeunes, il est jusqu'à sept fois supérieur à celui des

3. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « Notes pour le discours de l'honorable Chuck Strahl, c.p., député, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et interlocuteur fédéral auprès des Métis et des Indiens non inscrits à l'occasion du déjeuner de la mission permanente du Canada aux Nations Unies », New York (État de New York), 1^{er} mai 2008, [En ligne]. <http://www.aainc.gc.ca/ai/mr/spch/2008/may0108-fra.asp> (Page consultée le 23 septembre 2009).

4. « Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Canada », Doc. N.U. E/C.12/CAN/CO/4, E/C.12/CAN/CO/5 (22 mai 2006), [En ligne]. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/368b3c2ca5af4de4c12571ae0039e7f0/\\$FILE/G0642784.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/368b3c2ca5af4de4c12571ae0039e7f0/$FILE/G0642784.pdf) (Page consultée le 24 septembre 2009); « Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Canada », Doc. N.U. CERD/C/CAN/CO/18 (25 mai 2007), [En ligne]. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/421/70/PDF/G0742170.pdf?OpenElement> (Page consultée le 24 septembre 2009); « Observations finales du Comité des droits de l'homme. Canada », Doc. N.U. CCPR/C/CAN/CO/5 (20 avril 2006), [En ligne]. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/c80c2092096be2b9c12571640046c95d/\\$FILE/G0641363.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/c80c2092096be2b9c12571640046c95d/$FILE/G0641363.pdf) (Page consultée le 24 septembre 2009).

5. STATISTIQUE CANADA, « Peuples autochtones du Canada en 2006 : Inuits, Métis et Premières Nations, Recensement de 2006 », (janvier 2008), [En ligne]. <http://www12.statcan.gc.ca/francais/census06/analysis/aboriginal/pdf/97-558-XIF2006001.pdf> (Page consultée le 2 octobre 2009).

6. DÉPARTEMENT DES AFFAIRES SOCIALES ET ÉCONOMIQUES DES NATIONS UNIES, « State of the World's Indigenous Peoples », Doc. N.U. ST/ESA/328, décembre 2009, p. 23, [En ligne]. http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_web.pdf (Page consultée le 7 janvier 2010).

7. STATISTIQUE CANADA, « Peuple autochtone (aperçu) », (2008), [En ligne]. http://www41.statcan.ca/2008/10000/ceb10000_000_f.htm (Page consultée le 2 octobre 2009).

8. AGENCE DE LA SANTÉ PUBLIQUE DU CANADA, « La tuberculose au Canada 2008 — Prédifussion », [En ligne]. <http://www.phac-aspc.gc.ca/tbpc-latb/pubs/tbcan08pre/index-fra.php> (Page consultée le 15 février 2010).

non-autochtones, tout dépendant de la communauté⁹. Enfin, leur taux d'incarcération est près de neuf fois plus élevé que la moyenne nationale¹⁰.

3. La réalité des peuples autochtones, telle que reflétée par ces statistiques, explique leur lutte constante pour survivre. Elle justifie l'engagement de la communauté internationale, depuis maintenant plus de deux décennies, à élaborer un instrument international reconnaissant, promouvant et protégeant les droits de ces peuples. C'est ainsi que l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté, le 13 septembre 2007, la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*¹¹.

4. Il ne fait aucun doute que la *Déclaration*, contrairement à une convention, n'est pas en soi juridiquement contraignante¹². Elle a plutôt pour objet de guider les États dans leurs relations avec les peuples autochtones, dans le développement de leur droit interne et dans l'élaboration de politiques. Toutefois, quelques commentateurs sont d'avis que certaines dispositions de la *Déclaration*, celles faisant l'objet d'une pratique répandue et auxquelles les États se sentent liés, réaffirment le droit international coutumier en la matière¹³. D'ailleurs, en 2007, le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales

9. ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, « Fiche de renseignements. La réalité pour les Premières Nations du Canada », [En ligne]. http://www.afn.ca/article.asp?id=765#_ednref1 (Page consultée le 9 octobre 2009); UNICEF, « Supplément canadien au rapport *Les enfants dans le monde 2009. La santé des enfants autochtones : pour tous les enfants sans exception* », Toronto, 2009 [En ligne]. http://www.unicef.ca/portal/Secure/Community/508/WCM/HELP/take_action/Advocacy/R%C3%A9sum%C3%A9%20du%20rapport%20%20Pour%20tous%20les%20enfants,%20sans%20exception.pdf (Page consultée le 28 janvier 2010).

10. BUREAU DE L'ENQUÊTEUR CORRECTIONNEL DU CANADA (Michelle MANN), « De bonnes intentions, des résultats décevants : rapport d'étape sur les services correctionnels fédéraux pour Autochtones », 13 novembre 2009, [En ligne]. <http://www.oci-bec.gc.ca/rpt/oth-aut/oth-aut20091113-fra.aspx> (Page consultée le 14 novembre 2009).

11. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Doc. N.U. A/RES/61/295 (2 octobre 2007), (ci-après la *Déclaration*).

12. Megan DAVIS, « Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (2008) 9 *Melb. J. Int'l L.* 465-467.

13. James ANAYA, Siegfried WIESSNER, « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment », *Jurist Legal News and Research*, 3 octobre 2007, [En ligne]. <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php> (Page consultée le 23 octobre 2009).

des peuples autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, a déclaré que l'adoption de la *Déclaration* « donnera en outre un nouvel élan à la cristallisation du droit coutumier qui émerge à propos des droits des peuples autochtones au niveau international et, dans ce sens, elle devra motiver des réformes législatives et inspirer les décisions des tribunaux internes »¹⁴. Dans tous les cas, alors qu'il s'agit d'une résolution adoptée par 143 États membres des Nations Unies, le successeur de M. Stavenhagen, M. James Anaya, est d'avis que « la Déclaration engage l'Organisation des Nations Unies et ses États membres, eu égard aux obligations définies par la *Charte des Nations Unies* touchant la promotion et la protection des droits de l'homme sans discrimination d'aucune sorte »¹⁵.

5. Au Canada, la *Déclaration* a été favorablement accueillie, comme en témoigne la motion adoptée à cet effet le 8 avril 2008, par la Chambre des communes¹⁶. Pourtant, le gouvernement canadien a voté contre la *Déclaration* et continue de la discréditer¹⁷. Pourquoi? Selon les positions officielles du

14. CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, « Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen », Doc. N.U. A/HRC/4/32 (27 février 2007), par. 79.

15. CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, « Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, M. S. James Anaya », Doc. N.U. A/HRC/9/9 (11 août 2008), par. 41.

16. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Quatrième rapport du Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord*, 1^e sess., 39^e légis., novembre 2006; CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Troisième rapport du Comité permanent de la condition féminine*, 2^e sess., 39^e légis., février 2008; CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 39^e légis., 7 avril 2008, « Les comités de la Chambre. Condition féminine. Motion d'adoption », p. 4561-4584; CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 39^e légis., 8 avril 2008, « Les comités de la Chambre. Condition féminine. Motion d'adoption », p. 4655-4657.

17. Il importe de mentionner que depuis la rédaction de cet article, dans le cadre du discours du Trône présenté le 3 mars 2010, le gouvernement canadien a déclaré à l'égard de la *Déclaration* qu'il « prendra des mesures en vue d'appuyer ce document aspiratoire, dans le respect intégral de la Constitution et des lois du Canada »; GOUVERNEMENT DU CANADA, *LE DISCOURS DU TRÔNE*, Ottawa, 3 mars 2010, [En ligne]. <http://www.sft-ddt.gc.ca/fra/media.asp?id=1388> (Page consultée le 3 mars 2010). Il est pertinent de se demander de quelle façon se concrétisera cet appui dans la mesure où, jusqu'ici, le gouvernement canadien a justifié le rejet de la *Déclaration* par la prétention selon laquelle celle-ci n'est pas conforme à la Constitution du Canada et à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

gouvernement, la *Déclaration*, vague et ambiguë, va « au-delà » du droit canadien, en plus de ne pas respecter l'équilibre entre les droits des peuples autochtones et ceux des autres citoyens¹⁸. S'agit-il d'une interprétation excessive ou d'une crainte fondée?

6. Évaluer la justesse de la position canadienne requiert, au préalable, l'étude de l'état des relations entre le Canada et les peuples autochtones, soit tant des dispositions constitutionnelles telles qu'interprétées par la Cour suprême que des mesures prises par le gouvernement pour réaliser leur objet. Il s'agit ensuite, par une analyse sommaire des interprétations données aux dispositions controversées de la *Déclaration*, de déterminer les réels écarts entre la *Déclaration*, les obligations internationales du Canada, son droit interne ainsi que les prétentions officielles du gouvernement récalcitrant. Enfin, considérant les recommandations des instances internationales quant à la souscription canadienne à la *Déclaration* et les revendications des regroupements civils à l'échelle nationale, il ne reste qu'à se positionner à savoir si la *Déclaration* est destinée à mettre en péril les fondements de l'État ou si elle n'aspire pas plutôt, sur la base de ses valeurs les plus fondamentales, à assurer le bien-être de tous les Canadiens et Canadiennes, sans exception.

I. LE CANADA ET LES PEUPLES AUTOCHTONES : L'ÉTAT DES RELATIONS

7. Au fil de l'histoire, la nature changeante des relations entre les peuples autochtones et les autorités françaises, britanniques, puis canadiennes exerçant leur pouvoir sur le territoire reconnu comme étant celui du Canada s'explique en partie par l'évolution de la philosophie juridique sous-tendant

18. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « Déclaration de l'ambassadeur John McNee représentant permanent du Canada auprès des Nations Unies à la 61^e session de l'Assemblée générale sur la déclaration des droits des peuples autochtones », New York, le 13 septembre 2007, [En ligne]. <http://www.ainc-inac.gc.ca/ap/ia/stmt/2007/undir-fra.asp> (Page consultée le 23 septembre 2009); MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « Déclaration du nouveau gouvernement du Canada au sujet de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* », Ottawa, 12 septembre 2007, [En ligne]. <http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/mr/nr/s-d2007/2-2936-fra.asp> (Page consultée le 23 septembre 2009).

le droit international¹⁹. Des rapports d'égalité basés sur le droit des gens aux rapports de domination fondés sur la conception positiviste du droit voulant que celui-ci soit produit par et pour les États civilisés et justifiant la mise sous tutelle des « sauvages », les peuples autochtones se sont vu usurper leur souveraineté. Dès lors, en tant qu'objet de compétence du Parlement fédéral, leur vie, sous toutes ses facettes, est régie par la *Loi sur les Indiens*²⁰. Leurs droits fonciers sont éteints par la conclusion de traités moyennant une parcelle de territoire et une annuité dérisoire²¹. Leur mode de vie et leur culture sont mis en péril par une politique d'assimilation, celle-ci se réalisant notamment par l'instauration des pensionnats indiens²². Que d'exemples de mesures oppressives appliquées par le gouvernement canadien durant des décennies, voire des siècles.

8. Les relations entre le gouvernement canadien et les peuples autochtones se transforment profondément suivant la fin de la Deuxième Guerre mondiale²³. En effet, cette période marque la reconnaissance de droits aux individus, aux minorités et même aux peuples sur la scène internationale, droits par ailleurs opposables à l'État²⁴. Dans ce contexte, les peuples autochtones s'organisent en tant que communautés politiques vivantes, notamment par la création de l'Assemblée des Premières Nations, et font valoir leurs revendications contre l'État canadien. Ces revendications se font entendre avec un certain succès par la Cour suprême du Canada qui, dès les années 1970, développe sa jurisprudence en matière de droits des peuples autochtones. Celle-ci prend une

19. Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, coll. Droits, territoires, cultures, Bruxelles/Cowansville, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 2003, p. 29-103; Paul MCHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status and Self-Determination*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 289-293.

20. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.

21. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « Guide des traités », 2008, [En ligne]. <http://www.ainc-inac.gc.ca/al/hts/tgu/index-fra.asp> (Page consultée le 1^{er} mars 2010).

22. COMMISSION DE VÉRITÉ ET DE RÉCONCILIATION RELATIVE AUX PENSIONNATS CANADIENS, « Pensionnats canadiens. Commission de vérité et de réconciliation », [En ligne]. http://www.trc-cvr.ca/index_f.html (Page consultée le 28 septembre 2009).

23. S. GRAMMOND, précité, note 19, p. 105-142.

24. P. MCHUGH, précité, note 19, p. 289; J. ANAYA, précité, note 2, p. 107.

ampleur considérable suivant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁵ qui constitutionnalise les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones au Canada. Le gouvernement réagit rapidement en mettant en place un processus de négociation des revendications territoriales des peuples autochtones. Une ère nouvelle est entamée, celle de la reconnaissance tant judiciaire que politique de la nécessité d'aménager la coexistence, tout en respectant les aspirations et les droits de ces peuples²⁶.

A. LE DROIT CANADIEN ET LA PROTECTION DES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES

9. Plusieurs textes juridiques concernent plus ou moins directement les peuples autochtones au Canada. Nous ne nous attarderons pas sur la *Loi sur les Indiens* qui prévoit un régime quelque peu archaïque, véritable legs de l'approche paternaliste et assimilatrice. Nous allons plutôt étudier sommairement l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la disposition incontournable en matière de droits des peuples autochtones au Canada.

1. Le cadre général

10. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a pour but de concilier la préexistence des peuples autochtones avec la souveraineté de la Couronne²⁷. Par opposition aux droits prévus par la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁸, les droits qu'il protège sont des droits collectifs : ils appartiennent aux peuples autochtones et non à l'individu²⁹.

25. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), (ci-après *Loi constitutionnelle de 1982*).

26. Mark WALTERS, « Promise and Paradox: The Emergence of Indigenous Rights Law in Canada », dans Kent MCNEIL, Benjamin RICHARDSON, Shin IMAI, *Indigenous Peoples and the Law. Comparative and Critical Perspectives*, coll. Osgoode Readers, Oxford, Hart, 2009, p. 29-36.

27. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 24 et 31.

28. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, c. 11 (R.U.)) (ci-après la *Charte canadienne*).

29. S. GRAMMOND, précité, note 19, p. 189.

11. Contrairement à une croyance répandue, l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas créé de droits en faveur des peuples autochtones. Comme en fait état son libellé, cet article reconnaît et confirme des droits existants, tout en leur conférant une protection constitutionnelle. En vertu de cette protection, un droit visé par cet article n'est pas soumis, en principe, aux restrictions prévues par une loi ordinaire. Cependant, bien que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne fasse pas partie de la *Charte canadienne* et que, par conséquent, il ne soit pas assujéti à la clause restrictive de celle-ci, c'est-à-dire à son article premier, les droits qu'il consacre ne sont pas pour autant absolus³⁰. En effet, le gouvernement peut justifier une atteinte portée à ces droits par l'application du test de justification développé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sparrow*.

12. Pour ce faire, le gouvernement doit, dans un premier temps, démontrer qu'il poursuit un objectif régulier, impérieux et réel³¹. La conservation et la gestion des ressources naturelles, de même que l'équité sur le plan économique régional et le développement économique général en sont des exemples³². Dans un deuxième temps, l'État doit démontrer qu'en poursuivant cet objectif, il a agi honorablement, soit en conformité avec son obligation de fiduciaire³³. Pour satisfaire cette exigence, il doit baser sa preuve sur les trois critères suivants : la reconnaissance par le gouvernement de la priorité des droits des peuples autochtones, priorité qui est absolue s'il s'agit d'un droit exercé à des fins de subsistance; la consultation préalable et de bonne foi de la communauté autochtone concernée; et enfin, l'indemnisation³⁴.

13. Il convient maintenant de s'attarder aux catégories de droits constitutionnalisés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, c'est-à-dire les droits ancestraux, les droits issus de traités, ainsi que l'obligation de consultation et d'accommodement.

30. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, par. 61.

31. *Id.*, par. 71-73.

32. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 165; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 75.

33. *R. c. Sparrow*, précité, note 30, par. 75-78.

34. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 32, par. 168 et 169.

2. Les composantes

a) Les droits ancestraux

14. Les droits ancestraux protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* se divisent eux-mêmes en deux catégories : le titre ancestral et les droits reliés aux activités.

(1) Le titre ancestral

15. Le titre ancestral constitue le droit au territoire même³⁵. Il confère ainsi le droit d'occuper et d'utiliser de façon exclusive un territoire donné. Il se distingue du titre de propriété ordinaire pour plusieurs raisons ; il appartient à une collectivité ; il est inaliénable sauf à l'État ; il est issu d'une interaction entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants ; enfin, il est intrinsèquement limité afin que subsiste le lien particulier entre les peuples autochtones et un territoire donné. C'est donc à juste titre que la Cour suprême le qualifie de droit *sui generis*³⁶.

16. Afin d'obtenir un jugement le déclarant titulaire d'un titre ancestral sur un territoire donné, un groupe autochtone doit démontrer l'occupation exclusive de ce territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, ainsi qu'un lien de continuité au fil des ans³⁷. Le critère de l'occupation peut correspondre à la pratique suffisamment régulière d'une activité, par exemple la chasse, sur le territoire visé. Au contraire, une pratique saisonnière sera généralement jugée insuffisante pour satisfaire à ce critère et mènera plutôt à la reconnaissance d'un droit d'exercice d'une activité sur le territoire³⁸. Ce faisant, la tâche est d'autant plus ardue

35. *Id.*, par. 113-117, 125 et 140. Pour une analyse plus approfondie du titre ancestral, nous renvoyons le lecteur à l'article suivant : Ghislain OTIS, « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? », (2005) 46 *C. de D.* 795-845.

36. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 32, par. 111.

37. *Id.*, par. 143 et 144. Il est à noter qu'en ce qui concerne les territoires autrefois rattachés à la Nouvelle-France, la date charnière devrait être fixée, selon le professeur Otis, au moment de l'affirmation de la souveraineté française et non britannique : G. OTIS, précité, note 35, par. 58.

38. *R. c Marshall*; *R. c Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 58.

pour les peuples autochtones nomades ou semi-nomades désirant se faire reconnaître un titre ancestral. Comme le souligne la juge en chef McLachlin de la Cour suprême du Canada, il s'agit dans ces cas d'une question de fait qui dépend de l'ensemble des circonstances³⁹. Quant au critère d'exclusivité, il porte sur la capacité du peuple autochtone d'exercer, à la date charnière, un contrôle effectif sur le territoire et même d'exclure autrui. Dans tous les cas, le point de vue de la communauté autochtone doit être considéré⁴⁰.

17. Tel que déjà mentionné, le titre ancestral comporte une limite intrinsèque. Celle-ci réduit sensiblement sa portée, puisque « les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'ont les revendicateurs pour ces terres »⁴¹. Cette limitation fait en sorte qu'il n'est pas permis pour une communauté autochtone d'entreprendre un projet sur le territoire visé, si celui-ci rend par la suite impossible l'exercice de l'activité traditionnelle sur laquelle elle s'est fondée pour obtenir le titre⁴². Selon le professeur Otis, la limite intrinsèque du titre ancestral « paraît inspirée d'une conception traditionaliste et stéréotypée du foncier autochtone qui risque malheureusement d'hypothéquer la capacité des Autochtones de mettre en valeur leur territoire »⁴³.

(2) Droits reliés aux activités

18. Une communauté autochtone peut également revendiquer, sous la catégorie des droits ancestraux, le droit d'exercer des activités par rapport ou non à un territoire donné⁴⁴. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Van der Peet*, a déterminé que pour obtenir la reconnaissance d'un droit relié à une activité, une communauté autochtone donnée doit démontrer que cette activité est « un élément d'une

39. *Id.*, par. 66.

40. *Id.*, par. 70.

41. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 32, par. 125.

42. *Id.*, par. 128. À titre d'exemple, le juge Lamer a mentionné qu'un groupe autochtone ayant démontré l'occupation d'un territoire par la pratique régulière de la chasse ne pourrait convertir celui-ci en une mine à ciel ouvert.

43. G. OTIS, précité, note 35, par. 111.

44. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 32, par. 138.

coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe »⁴⁵. Le droit revendiqué correspond donc à l'essence même de l'« autochtonie ». À cette fin, il faut considérer le point de vue des Autochtones, pertinent dans la mesure où il est compatible avec l'organisation juridique de l'État.

19. Conformément à la définition élaborée, l'activité doit être précoloniale. En fait, la date charnière pour déterminer l'existence d'un droit ancestral est le premier contact avec les Européens⁴⁶. L'exercice de l'activité n'est pas pour autant figé dans le temps : il est susceptible d'évoluer. Toutefois, l'activité en soi ne doit pas résulter de l'arrivée des Européens et de l'influence de leur culture⁴⁷. En outre, elle doit avoir une importance fondamentale pour la communauté, par opposition à une importance accessoire ou secondaire⁴⁸. Encore davantage, en tant que partie intégrante de la culture du groupe revendicateur, l'activité visée doit être distinctive, c'est-à-dire constituer un élément caractéristique de sa culture, sans pour autant être comparée, puis différenciée des autres cultures autochtones⁴⁹. La Cour suprême a précisé qu'il faut faire preuve de souplesse lorsqu'on entreprend l'analyse du critère de la culture distinctive et c'est pourquoi une pratique visant à assurer la survie peut être reconnue comme une partie intégrante de la culture distinctive d'un groupe autochtone donné⁵⁰.

20. En somme, la protection des droits ancestraux, bien que significative paraît avoir été élaborée par la Cour suprême du Canada à partir de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de façon à ne pas compromettre outre mesure les intérêts et les droits des personnes non autochtones, les activités nécessaires du gouvernement, ainsi que l'autorité institutionnelle même de la Cour, en raison des vives réactions que peuvent entraîner chez la société dominante une décision qui

45. *R. c. Van der Peet*, précité, note 27, par. 46, 49 et 51.

46. *Id.*, par. 60.

47. *Id.*, par. 73.

48. *Id.*, par. 55, 56 et 70.

49. *Id.*, par. 71.

50. *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 33, 35-41.

remet en question sa légitimité⁵¹. Ainsi s'expliquent, entre autres, l'adoption d'une interprétation ancrée dans le passé, l'élaboration de différentes catégories de droits ancestraux qui n'impliquent pas nécessairement le droit au territoire même et l'imposition d'une limite intrinsèque au titre ancestral qui pourrait être reconnu judiciairement mais qui, par ailleurs, ne l'a jamais encore été⁵². Comme le souligne le professeur Otis, « [q]ue les magistrats veuillent quitter l'avant-scène se conçoit aisément puisque le juste partage du pouvoir, de la richesse et de la légitimité historique entre les premiers peuples et la société issue de la colonisation sera ultimement l'affaire des élus »⁵³.

b) Les droits issus de traités

21. En plus des droits ancestraux, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitutionnalise les droits issus de traités. Au cours de l'histoire, il est généralement reconnu que trois types de traité ont été conclus entre les peuples autochtones et l'État canadien : les traités de paix, d'alliance et de commerce (de 1500 à 1800), les traités de cession territoriale (de 1850 à 1923), ainsi que les traités modernes (depuis 1975), c'est-à-dire les accords de revendications territoriales et d'autonomie gouvernementale⁵⁴.

22. Plus précisément, un traité constitue une entente conclue entre un peuple autochtone et l'État canadien en vertu de laquelle ils ont l'intention de créer des obligations réciproques et de s'y conformer solennellement⁵⁵. Quant au contenu du traité, il doit porter sur des droits collectifs et avoir un objet important⁵⁶. Il n'est toutefois pas essentiel qu'il

51. Kerry WILKINS, « Conclusion : Judicial Aesthetics and Aboriginal Claims », dans Kerry WILKINS (dir.), *Advancing Aboriginal Claims. Visions, Strategies, Direction*, coll. Purich's Aboriginal Issues Series, Saskatoon, Purich, 2004, p. 292-294.

52. Voir, entre autres : Gordon CHRISTIE, « Delgamuukw and the Protection of Aboriginal Land Interests », (2000-2001) 32 *R.D. Ottawa*, par. 9; Lisa DUFRAIMONT, « From Regulation to Recolonization : Justifiable Infringement of Aboriginal Rights and the Supreme Court of Canada », (2000) 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 1-30.

53. G. OTIS, précité, note 35, par. 130.

54. S. GRAMMOND, précité, note 19, p. 251-258.

55. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, par. 16-18, 45 et 56.

56. *Id.*, par. 21, 27, 32, 40, 43 et 56.

comporte une clause territoriale. Pour déterminer sa portée, il faut rechercher l'intention commune des parties, puis concilier leurs intérêts. Il importe de recourir non seulement au texte lui-même, mais également à l'étude du contexte historique par le biais de la preuve extrinsèque. D'ailleurs, les promesses verbales prouvées sont considérées comme étant partie intégrante du traité⁵⁷.

23. Il convient de mentionner que la *Charte canadienne* protège les droits issus de traités, comme tout autre droit garanti par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, contre des atteintes résultant de sa propre application. En effet, l'article 25 de la *Charte canadienne* vient contrecarrer une prétention à l'effet que les droits accordés aux peuples autochtones en vertu de traités, par exemple, constituent des avantages qui portent atteinte au droit à l'égalité prévu par l'article 15 de la *Charte canadienne*⁵⁸.

c) L'obligation de consultation et d'accommodement

24. Comme nous venons de le constater par l'étude des droits ancestraux et des droits issus de traités, un véritable processus de conciliation des intérêts sur le territoire canadien découle de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. S'appuyant sur le principe de l'honneur de la Couronne, ce processus constitutionnel impose au gouvernement canadien une obligation supplémentaire à celle de respecter les droits expressément mentionnés⁵⁹. En fait, dès que le gouvernement a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un droit ancestral ou issu d'un traité et qu'il envisage l'application de mesures susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur ce droit, il doit consulter la

57. *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, par. 24.

58. Il importe de mentionner que la teneur complète de l'article 25 de la *Charte canadienne* est encore incertaine. Voir, entre autres : Celeste HUTCHINSON, « Case Comment on *R. v. Kapp* : An Analytical Framework for Section 25 of the Charter », (2007) 52 *R.D. McGill* 173-190; *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, j. Bastarache, par. 73-110.

59. *Nation Haida c. Colombie-Britannique*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 14-16 et 38.

communauté autochtone visée et considérer ses intérêts⁶⁰. Pour ce faire, le gouvernement ne peut pas, dans la plupart des cas, s'en tenir à des avis publics ou à des séances ouvertes : il doit recourir à un processus de consultation distinct et direct⁶¹.

25. L'étendue de l'obligation de consultation dépend de la solidité de la preuve du droit revendiqué et de la gravité du préjudice envisagé suivant une atteinte⁶². Une grande place est donc laissée à l'interprétation quant aux mesures spécifiques requises dans un cas donné⁶³. À une extrémité du spectre, un avis suivi de la transmission d'informations et d'une discussion des questions soulevées suffisent⁶⁴. À l'autre extrémité du spectre, une consultation approfondie peut impliquer « la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision »⁶⁵. L'ancien juge en chef de la Cour suprême, le juge Lamer, a d'ailleurs mentionné, à l'égard de droits formellement reconnus, que « certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones »⁶⁶. Toutefois, cette même Cour a précisé maintes fois qu'il n'existe pas une obligation de s'entendre entre les parties ni un droit de veto en faveur des peuples autochtones⁶⁷. Comme le souligne le

60. *Id.*, par. 25, 32, 35-37; David MULLAN, « The Duty to Consult Aboriginal Peoples: The Canadian Example », (2009) 22 *C.J.A.L.P.* 107, p. 112. Pour une analyse plus approfondie de l'obligation de consultation, nous référons le lecteur à l'ouvrage suivant : Dwight NEWMAN, *The Duty to Consult. New Relationships with Aboriginal Peoples*, coll. Purich's Aboriginal Issues Series, Saskatoon, Purich, 2009.

61. D. MULLAN, précité, note 60, p. 117; *Première Nation crie Mikisew c. Canada*, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 64.

62. *Nation Haida c. Colombie-Britannique*, précité, note 59, par. 39-42.

63. D. NEWMAN, précité, note 60, p. 46.

64. *Nation Haida c. Colombie-Britannique*, précité, note 59, par. 43.

65. *Id.*, par. 44; *Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique*, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 29-32.

66. *Nation Haida c. Colombie-Britannique*, précité, note 59, par. 24; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 32, par. 168.

67. *Nation Haida c. Colombie-Britannique*, précité, note 59, par. 42-48; *Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique*, précité, note 65, par. 2.

juriste québécois Frédéric Desmarais, un tel façonnement de l'obligation de consultation s'explique par les caractéristiques particulières de l'économie canadienne :

En effet, l'économie canadienne étant fortement dépendante du secteur primaire et les territoires autochtones regorgeant de ressources naturelles, consacrer une obligation de moyens ne s'accompagnant d'aucun droit de veto participe d'une rationalité juridique favorisant la pérennité du secteur primaire au détriment de la pérennité d'une frange vulnérable de la population canadienne.⁶⁸

26. Dans les cas les plus sérieux, il n'en reste pas moins que le gouvernement peut devoir faire des concessions raisonnables afin de porter le moins possible atteinte aux droits des peuples autochtones⁶⁹. L'obligation de consultation entraîne alors une obligation d'accommoder et « exige de chaque partie qu'elle s'efforce de bonne foi à comprendre les préoccupations de l'autre et à y répondre »⁷⁰.

27. Si, suivant l'évaluation d'une plainte déposée par une communauté autochtone quant à l'insuffisance du processus de consultation ou d'accommodation, les tribunaux constatent la violation par le gouvernement de son obligation, les parties peuvent être enjointes de négocier. Le défaut par le gouvernement de respecter ses obligations constitutionnelles envers les peuples autochtones pourrait même entraîner l'annulation de la décision administrative ou de l'ordonnance du ministre responsable⁷¹. Le gouvernement a donc tout intérêt à ce que le processus soit mené de bonne foi.

28. Enfin, si l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* semblait prometteur pour les peuples autochtones au moment de son adoption, il est aujourd'hui source de déception en raison, notamment, de l'interprétation et de l'application qu'en ont faites les tribunaux. Comme le déclare le professeur Otis, « nous ne pouvons que conclure à l'existence

68. Frédéric DESMARAIS, « Le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones en droit international : la nécessaire redéfinition de son cadre conceptuel », (2006) 19 *R.Q.D.I.* n° 1, par. 109.

69. *Nation Haida c. Colombie-Britannique*, précité, note 59, par. 47-48; *Wii'litswx v. British Columbia*, [2008] 4 C.N.L.R. 315, par. 178 et 243.

70. *Nation Haida c. Colombie-Britannique*, précité, note 59, par. 49.

71. *Ibid.*; *Première Nation crie Mikisew c. Canada*, précité, note 61, par. 59.

d'une politique judiciaire ayant pour objet de renvoyer dans la sphère politique le règlement des revendications autochtones »⁷². C'est ainsi que, malgré l'espoir qu'a suscité la constitutionnalisation des droits des peuples autochtones au Canada, il y a un écart entre ce que le droit prévoit, ou même pourrait prévoir, et ce dont les faits témoignent. Cet écart a été constaté par le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, suivant sa mission au Canada en 2004 :

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* établit le cadre de base en vue d'assurer aux Autochtones la pleine jouissance de leurs droits ancestraux et de ceux qui sont issus de traités, mais l'interprétation de ces droits et les textes d'application sont loin d'avoir suivi. Il est possible que les Autochtones accèdent un jour à un niveau de vie matérielle correspondant à celui d'autres Canadiens, mais ce n'est qu'à l'intérieur de communautés et de nations reconstruites, dans la jouissance certaine de terres et de ressources suffisantes, qu'ils pourront pleinement exercer tous leurs droits humains [...].⁷³

29. Malgré tout, il convient de mentionner que, hors du champ des droits protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le deuxième paragraphe de l'article 15 de la Charte canadienne permet au gouvernement de mettre en œuvre des programmes spéciaux destinés à aider des groupes défavorisés, tels les peuples autochtones, à améliorer leur situation tout en étant prémuni, dans certains cas, contre des contestations relatives au premier paragraphe de cet article consacrant le droit à l'égalité⁷⁴. Vraisemblablement, le

72. G. OTIS, précité, note 35, par. 129.

73. CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, « Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen. Mission au Canada. », Doc. N.U. E/CN.4/2005/88/Add.3 (2 décembre 2004), p. 24.

74. *R. c. Kapp*, précité, note 58, par. 16. Il convient toutefois de souligner que la résolution de cette affaire, par la majorité de la Cour suprême, sur la base l'article 15 (2) de la *Charte canadienne*, disposition constitutionnelle permettant la discrimination positive, et non par le recours à l'article 25 de la *Charte canadienne* portant directement sur les droits des peuples autochtones, ne fait pas l'unanimité. À cet effet, voir entre autres : Sophia MOREAU, « *R. v. Kapp* : New Directions for Section 15 », (2008-2009) 40 R.D. Ottawa 283, par. 25-28.

système juridique canadien tente, dans son ensemble, d'établir un équilibre entre les droits des peuples autochtones et ceux des autres Canadiens.

B. LE GOUVERNEMENT CANADIEN ET LE RÈGLEMENT DES REVENDICATIONS AUTOCHTONES

30. Le gouvernement canadien travaille aussi directement à réaliser les objectifs de conciliation et de réconciliation. Pour ce faire, il a adopté une approche relationnelle⁷⁵. Cette alternative extrajudiciaire est primordiale pour les communautés autochtones dans la mesure où il leur est extrêmement difficile, par la voie judiciaire, de se voir reconnaître un titre ancestral sur leur territoire traditionnel en raison du lourd fardeau de preuve. L'approche relationnelle a mené concrètement au développement d'un processus de règlement des revendications qui se divise en deux catégories : les revendications globales et les revendications spécifiques⁷⁶.

1. Les revendications globales

31. Dans le cadre de l'application de la politique de règlement des revendications globales, une communauté autochtone peut présenter une revendication lorsqu'elle affirme toujours détenir un titre ancestral sur un territoire donné, titre qui n'a pas été éteint ni balisé par un traité⁷⁷. Après l'étude de cette revendication, les parties entament des négociations qui conduisent à la conclusion de traités permettant d'assurer la sécurité juridique du territoire et de favoriser le développement économique. Entamer un tel processus implique nécessairement, pour la communauté autochtone visée, l'abandon de certains droits ou encore la renonciation à d'autres revendications⁷⁸.

75. P. MCHUGH, précité, note 19, p. 539.

76. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « Règlement des revendications autochtones. Un guide pratique de l'expérience canadienne », 2003, [En ligne]. <http://www.ainc-inac.gc.ca/ap/ia/pubs/rul/rul-fra.pdf> (Page consultée le 9 octobre 2009), p. 12.

77. Jérémie GILBERT, *Indigenous Peoples Land Rights under International Law. From Victims to Actors*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2006, p. 273-275.

78. *Id.*, p. 276-277.

32. Les traités conclus dans le cadre du processus de règlement des revendications globales ont également pour but de mettre en œuvre le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu aux peuples autochtones⁷⁹. Le gouvernement canadien a notamment adopté une politique sur l'autonomie gouvernementale en 1995 et conclu, en 2005, un accord politique avec les Premières Nations portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre de leurs gouvernements⁸⁰. Il faut toutefois préciser que cet accord, dit l'*Accord de Kelowna*, ne jouit pas de l'appui du présent gouvernement qui, jugeant les objectifs trop vagues, n'a pas affecté les fonds publics nécessaires à sa réalisation⁸¹. En effet, puisque la loi de mise en œuvre de cet Accord est d'initiative privée⁸², elle ne contraint pas le gouvernement à déboursier de l'argent, suivant l'article 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸³. Tout de même, l'accord prévoit que le « titre aborigène ainsi que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale incluent le droit de prendre des décisions relatives aux terres et le droit de disposer de structures politiques pour prendre de telles décisions ». Il précise toutefois que les bénéficiaires de ces droits « s'engagent à respecter les droits de la personne et les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne applicables ». Par ailleurs, si les autorités autochtones restent assujetties aux paliers de gouvernement provincial et fédéral

79. Shin IMAI, « Indigenous Self-Determination and the State », dans Kent MCNEIL, Benjamin RICHARDSON, Shin IMAI, *Indigenous Peoples and the Law. Comparative and Critical Perspectives*, coll. Osgoode Readers Series, Oxford, Hart, 2009, p. 290-291, 295.

80. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « L'autonomie gouvernementale des Autochtones — L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie », 1995, [En ligne]. <http://www.ainc-inac.gc.ca/al/lde/ccl/pubs/sg/sg-fra.asp> (Page consultée le 23 septembre 2009); MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « Un accord politique entre les Premières Nations et la Couronne fédérale portant sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations », [En ligne]. <http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/mr/nr/m-a2005/02665afn-fra.asp> (Page consultée le 9 octobre 2009).

81. RADIO-CANADA, « Oui et non à Kelowna », 19 juin 2008, [En ligne]. http://www.radio-canada.ca/regions/colombie-britannique/2008/06/19/001-kelowna_n.shtml (Page consultée le 1^{er} mars 2010).

82. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de Kelowna*, L.C. 2008, c. 23.

83. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

dans le cadre de tels accords, un pouvoir législatif suprême, dans certains domaines, peut être négocié, tel que le prévoit par exemple l'*Accord Nishgas*⁸⁴.

2. Les revendications particulières

33. Pour répondre aux revendications des communautés autochtones qui ne peuvent pas participer au processus de règlement des revendications globales, il existe aussi un mécanisme de règlement des revendications dites particulières⁸⁵. Ce mécanisme est applicable aux communautés autochtones qui ont dans le passé renoncé à leurs droits aux termes d'un traité, mais qui invoquent, par ailleurs, que le gouvernement n'a pas respecté ses obligations. Si leur revendication est rejetée, les communautés autochtones peuvent avoir un recours auprès d'un organisme juridictionnel, soit le Tribunal des revendications particulières⁸⁶.

34. En conclusion, les branches législative, judiciaire et exécutive de l'État canadien ont contribué et contribuent toujours au développement des droits des peuples autochtones ainsi qu'à leur mise en œuvre. Toutefois, ces institutions sont intrinsèquement limitées par le fait qu'elles dérivent de l'ère coloniale et qu'il leur est impossible, dans une certaine mesure, de remettre en question les prémisses sur lesquelles repose leur existence⁸⁷. C'est pourquoi, alors que leurs contributions témoignent d'une volonté de réconciliation, elles semblent protéger de façon prépondérante les intérêts, surtout économiques, de l'État, prépondérance par ailleurs reflétée par la situation d'indigence des peuples autochtones.

II. LE CANADA ET LA DÉCLARATION : LES RÉELS ÉCARTS

35. Face aux limites inhérentes des systèmes juridiques et politiques nationaux, les peuples autochtones ne se sont pas

84. S. IMAI, précité, note 79, p. 295 et 312.

85. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, précité, note 76, p.14 et 15.

86. GREFFE DU TRIBUNAL DES REVENDICATIONS PARTICULIÈRES DU CANADA, 2009, [En ligne]. http://www.sct-trp.ca/abou/index_f.htm (Page consultée le 23 septembre 2009).

87. J. ANAYA, précité, note 2, p. 108.

contentés de faire valoir leurs revendications au sein de leur État respectif : ils se sont tournés vers la communauté internationale⁸⁸.

36. L'une des premières organisations internationales à se préoccuper des droits des peuples autochtones est l'Organisation internationale du travail (OIT), à l'origine de deux conventions particulières⁸⁹. La *Convention relative aux populations autochtones et tribales*⁹⁰, dite *Convention 107*, est d'abord adoptée en 1957. Elle constitue, en quelque sorte, une application spécifique des droits de la personne aux populations autochtones. Ne reconnaissant toutefois pas la valeur et l'importance de leur identité culturelle propre, la *Convention 107* repose sur une idéologie assimilatrice, soit celle de l'intégration progressive des populations visées à la société dominante⁹¹. Dans le contexte où, vers le milieu des années 1960, le pluralisme culturel est consacré en droit international, la *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux*⁹², dite *Convention 169*, est par la suite adoptée en 1989. Celle-ci délaisse l'idéologie assimilatrice pour la valorisation de l'identité autochtone⁹³. Pourtant, tant la *Convention 169* que la *Convention 107* sont ratifiées par une minorité d'États, le Canada n'étant pas partie à aucune d'entre elles.

37. Malgré tout, les conventions de l'OIT ont permis aux peuples autochtones de prendre pied dans le système international par le véhicule conceptuel et institutionnel que sont les droits de la personne⁹⁴. Ils bénéficient depuis d'une argumentation nouvelle et d'une légitimité jusqu'alors inégalée⁹⁵.

88. J. HENDERSON, précité, note 1, p. 9-103.

89. Ghislain OTIS, BJARNE MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 5.

90. *Convention relative aux populations autochtones et tribales* (C107), Organisation internationale du travail, 26 juin 1957, [En ligne]. <http://www.ilo.org/ilolex/french/convdsp1.htm> (Page consultée le 2 octobre 2009), (ci-après *Convention 107*)

91. G. OTIS, B. MELKEVIK, précité, note 89, p. 6 et 7.

92. *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux* (C169), Organisation internationale du travail, 27 juin 1989, [En ligne]. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C169> (Page consultée le 2 octobre 2009), (ci-après *Convention 169*).

93. G. OTIS, B. MELKEVIK, précité, note 89, p. 8.

94. P. MCHUGH, précité, note 19, p. 298-299.

95. G. OTIS, B. MELKEVIK, précité, note 89, p. 5-20; J. HENDERSON, précité, note 1, p. 34.

Cette légitimité est à l'origine de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, qualifiée par le professeur Mullan de plus récente progéniture de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁹⁶. Néanmoins, de l'avis de certains, suivant leurs développements, il pourrait s'agir plutôt d'une catégorie de droits *sui generis*⁹⁷.

A. LE DÉVELOPPEMENT DE LA DÉCLARATION DE 1971 À 2007

38. De la conception à l'adoption de la *Déclaration* par l'Assemblée générale des Nations Unies, les décennies se sont succédées, au grand dam des peuples autochtones. Comme nous le verrons, les positions figées des parties, comme si l'État souverain et l'« Autochtone » constituaient deux entités fondamentalement antagonistes, expliquent cette lente progression.

39. Tout a commencé en 1971, alors que la Sous-commission des Nations Unies sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités (la Sous-commission) charge le Rapporteur spécial José Martínez Cobo de mener une étude sur la discrimination à l'égard des peuples autochtones⁹⁸. Au cours de l'étude, qui a pris fin au début des années 1980, les représentants autochtones témoignent des mesures discriminatoires appliquées à leur égard au sein de leur État respectif. Les recommandations de l'étude mènent, en 1982, à la création par le Conseil économique et social des Nations Unies, du Groupe de travail sur les populations autochtones (GTPA), en tant qu'organe subsidiaire de la Sous-commission.

40. En 1985, le GTPA, formé de cinq experts indépendants, entreprend, conformément à son mandat, l'élaboration d'un instrument international établissant des normes minimales

96. D. MULLAN, précité, note 60, p. 108; *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc. N.U. A/RES/217 (10 décembre 1948), (ci-après la *Déclaration universelle*).

97. Jérémie GILBERT, « Indigenous Rights in the Making: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (2007) 14 *International Journal on Minority and Group Rights* 210; Benedict KINGSBURY, « Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous People's Claims in International and Comparative Law », (2001) 34 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 237.

98. M. DAVIS, précité, note 12, p. 442-444.

en matière de droits des peuples autochtones⁹⁹. Puisque les règles procédurales habituelles des organes onusiens sont spécialement aménagées au sein du GTPA, les représentants autochtones participent de façon active aux travaux¹⁰⁰. Les experts produisent ainsi un projet de déclaration, fruit de leur réflexion sur les expériences passées et présentes des peuples autochtones, ainsi que de leurs échanges avec ces derniers. Le *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones* est adopté par la Sous-commission en 1994, puis présenté à la Commission des droits de l'homme (la Commission) en 1995.

41. Subséquemment, la Commission met sur pied le Groupe de travail des Nations Unies sur le Projet de Déclaration (GTPD), présidé par le rapporteur Luis Enrique Chavez¹⁰¹. Plusieurs États, y compris le Canada, désirent apporter rapidement des modifications au *Projet de Déclaration* au sein du GTPD. En fait, ils sont d'avis que le texte du GTPA, tel qu'adopté par la Sous-commission, est conçu « par et pour » les peuples autochtones et ne prend pas suffisamment en considération leurs propres préoccupations¹⁰². Toutefois, les modifications ne sont pas apportées rapidement.

42. La lenteur des travaux au sein du GTPD est en grande partie attribuable à l'attitude des participants¹⁰³. D'un côté, plusieurs membres du caucus autochtone demandent l'adoption intégrale et immédiate du *Projet de Déclaration* par la Commission, sans négociation. Cette position de principe repose sur leur attachement au texte initial auquel ils ont contribué activement. Elle fonde la crainte que l'acceptation d'une seule modification ouvre la porte à la négociation de l'ensemble de l'œuvre. Évidemment, certains États perçoivent bien mal cette position, qui n'est pas portée vers la recherche

99. *Id.*, p. 444-446.

100. Robert COULTER, « Using International Human Rights Mechanisms to Promote and Protect Rights of Indian Nations and Tribes in the United States : An Overview », (2007) 31 *Am. Indian L. Rev.* 576 et 577.

101. M. DAVIS, précité, note 12, p. 446-447.

102. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « Position du Canada : Projet de déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », rév. 2009, [En ligne]. <http://www.ainc-inac.gc.ca/ap/ia/pubs/ddr/ddr-fra.asp> (Page consultée le 23 septembre 2009), p. 2.

103. M. DAVIS, précité, note 12, p. 449-453.

d'un compromis. Pourtant, les États qui ont échoué en leur sein même à honorer promesses et traités pouvaient s'attendre à une telle attitude à leur égard, alors qu'ils sont à la source même de la méfiance des peuples autochtones envers l'« État ».

43. D'un autre côté, l'attitude de certains États est aussi fortement critiquée lors du processus d'élaboration par les groupes autochtones. Entre autres, le CANZUS, groupe formé du Canada, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et des États-Unis, s'objecte de façon persistante aux clauses portant notamment sur le droit aux terres. Le Canada préside même, dès l'année 2000, des rencontres consultatives informelles et parallèles à la conférence multilatérale¹⁰⁴. Il souhaite ainsi favoriser une meilleure compréhension de ses préoccupations et élaborer des libellés alternatifs à des dispositions problématiques du *Projet de Déclaration*. Or, ce manque de transparence ne fait qu'accroître la méfiance des représentants autochtones.

44. C'est finalement l'achèvement de la *Décennie internationale des peuples autochtones* (de 1995 à 2004)¹⁰⁵ et la crainte que le Conseil des droits de l'homme, supplantant la Commission, ne renouvelle pas le mandat du GTPD en raison du peu de progrès réalisé, qui permettent le commencement de véritables négociations sur le remaniement du *Projet de Déclaration*¹⁰⁶. Ces négociations se déroulent dans un tout nouveau cadre, soit l'éclatement des rencontres plénières en petits groupes de travail qui se concentrent sur quelques articles en particulier. Cela conduit à la rédaction par le président-rapporteur du GTPD d'un texte compromissoire qui n'a pas fait l'objet d'un débat général, comme le dénonce le gouvernement canadien¹⁰⁷. Ce texte est tout de même adopté, en 2006,

104. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, précité, note 102.

105. B. Denis MARANTZ, Maivan Clech LÂM, *Peuples ou populations. Égalité, autonomie et autodétermination : les enjeux de la Décennie internationale des populations autochtones*, coll. Essais sur les droits et le développement démocratique n° 5, Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 1996, p. 35-40.

106. M. DAVIS, précité, note 12, p. 453 et 454.

107. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, précité, note 102.

par le Conseil des droits de l'homme selon le résultat suivant : 30 voix pour, 2 contre (Canada et Fédération de Russie) et 12 abstentions¹⁰⁸.

45. Puis, le texte est transféré à l'Assemblée générale, sous la recommandation du Conseil des droits de l'homme, pour un vote immédiat¹⁰⁹. Cependant, lors de l'analyse préalable du texte par la Commission sociale, humanitaire et culturelle de l'Assemblée générale, une demande d'ajournement de la décision, présentée par la Namibie et soutenue par les États africains ainsi que le CANZUS, est adoptée par la majorité des participants¹¹⁰. Si l'expression des inquiétudes portant sur les dispositions les plus controversées de la *Déclaration* n'est pas surprenante en ce qui concerne le CANZUS, il en est autrement pour celle des États africains. En fait, l'« Afrique » se trouve à imposer un délai supplémentaire à l'adoption finale de la *Déclaration*, alors qu'elle n'a pas véritablement participé auparavant à son élaboration. C'est alors que la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples produit un avis faisant état des préoccupations africaines¹¹¹. Cet avis conduit à un ajout au préambule de la *Déclaration* quant à la reconnaissance que « la situation des peuples autochtones n'est pas la même selon les régions et les pays, et qu'il faut tenir compte de l'importance des particularités nationales ou régionales, ainsi que de la variété des contextes historiques et culturels ». Une fois l'Afrique rassurée, l'Assemblée générale procède à l'adoption par votation et non par consensus, le 13 septembre 2007, de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*¹¹². Les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Canada votent contre.

46. Il est à noter qu'à la suite de l'abolition du GTPD, les peuples autochtones n'ont pas perdu leur voix au sein des Nations Unies. En effet, en 2000, l'Instance permanente sur

108. M. DAVIS, précité, note 12, p. 456.

109. *Ibid.*

110. Siegfried WIESSNER, « Indigenous Sovereignty : A Reassessment in Light of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (2008) 41 *Vand. J. Transnat'l L.* 1159-1161.

111. M. DAVIS, précité, note 12, p. 457 et 458.

112. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, précitée, note 11.

les questions autochtones est mise sur pied par le Conseil économique et social¹¹³. Principal organe consultatif des Nations Unies pour la promotion de la *Déclaration*, elle vise notamment l'étude des façons pour les États de la mettre en œuvre et le suivi de la pratique de ces derniers.

B. LA DÉCLARATION ET SON CONTENU CONTROVERSÉ

47. La longueur des travaux qui ont mené à l'élaboration de la *Déclaration*, ainsi que son adoption au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies par votation démontrent le caractère controversé de cet instrument international relatif aux droits des peuples autochtones. La controverse repose à la fois sur des problématiques générales et sur des dispositions spécifiques liées à des questions aussi litigieuses que le partage du territoire.

1. Les problématiques générales

48. Les États récalcitrants partagent deux inquiétudes qui se rapportent à l'ensemble de la *Déclaration*. D'une part, les dispositions de la *Déclaration* sont formulées de façon générale, généralité sur laquelle se fonde le Canada pour discréditer la *Déclaration*¹¹⁴. Toutefois, l'objet véritable de celle-ci ne permet pas de retenir cette caractéristique pour la reprocher. En effet, il est indéniable que tout instrument international relatif aux droits de la personne doit être susceptible de pouvoir s'adapter aux situations prévisibles et imprévisibles, présentes et futures¹¹⁵. Plus spécifiquement, quant à la *Déclaration*, l'article 43, prévoit que « [l]es droits reconnus dans la présente Déclaration constituent les normes minimales nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des

113. R. COULTER, précité, note 100, p. 578 et 579; M. DAVIS, précité, note 12, p. 455.

114. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, précité, note 102.

115. ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, « Patterns of Deception : Canada's Failure to Uphold the Honour of the Crown. A Commentary on the Government of Canada's Paper : "Canada's Position : United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples—June 29, 2006" », novembre 2006, p. 4 et 20.

peuples autochtones du monde »¹¹⁶. Le préambule énonce expressément que ces normes minimales ont été rédigées de façon à considérer que « la situation des peuples autochtones n'est pas la même selon les régions et les pays, qu'il faut tenir compte de l'importance des particularités nationales ou régionales, ainsi que de la variété de contextes historiques et culturels »¹¹⁷. Inévitablement, puisque la *Déclaration* a vocation à s'appliquer universellement dans le temps et dans l'espace, elle ne peut guère refléter les approches, particularités ou priorités d'un État donné¹¹⁸. Il revient à celui-ci, au stade de la mise en œuvre, de prendre en considération son propre contexte.

49. D'autre part, la reconnaissance de droits collectifs et spécifiques aux peuples autochtones semble être perçue comme une menace aux droits individuels fondamentaux, ainsi qu'à la recherche d'un équilibre entre les droits des peuples autochtones et ceux des autres citoyens¹¹⁹. Or, la *Déclaration* n'est pas un instrument isolé : elle est partie intégrante d'un large système qu'est celui des droits de la personne¹²⁰. Ce système lui confère une grande légitimité, il va sans dire, mais il la contient et la limite également.

50. En outre, la *Déclaration* reconnaît elle-même l'importance de la recherche d'un équilibre. Il convient de mentionner, à cet égard, son article premier qui énonce que les

116. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, précitée, note 11, art. 43.

117. *Id.*, préambule, par. 23.

118. ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, précité, note 115, p. 4 et 5.

119. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, précité, note 102. Il est possible de se demander si cette crainte du gouvernement canadien à l'égard des droits collectifs ne remet pas en cause, plus généralement, le fait même de reconnaître des droits aux minorités et de les accommoder. Par exemple, les droits reconnus aux minorités linguistiques par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 23 de la *Charte canadienne* peuvent être considérés comme une forme de droits collectifs. Voir, entre autres : François BOILEAU, « L'égalité réelle du français et de l'anglais via le développement des communautés », dans André BRAËN, Pierre FOUCHER, Yves LE BOUTHILLIER, *Languages, Constitutionalism and Minorities. Langues, constitutionalisme et minorités*, Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2006, p. 612; Pierre NOREAU, « Constitutionalisme et communautés linguistiques : une synthèse possible pour un avenir incertain », dans A. BRAËN, P. FOUCHER, Y. LE BOUTHILLIER, *id.*, p. 721.

120. Alexandra XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, coll. Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 108.

peuples autochtones ont le droit « de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹²¹. Encore plus éloquent est l'article 46 de la *Déclaration*. Nous partageons l'opinion de l'honorable Anita Neville, députée à la Chambre des communes du Canada, à l'effet que cet article constitue « l'une des dispositions d'équilibre les plus complètes à avoir jamais été intégrée à un document international concernant les droits de la personne »¹²². En effet, son deuxième paragraphe prévoit qu'il est possible de restreindre par la loi l'exercice des droits prévus par la *Déclaration* « à la seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique »¹²³. Son troisième paragraphe ajoute que les dispositions « seront interprétées conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi »¹²⁴. Vraisemblablement, à la lumière de cette présentation sommaire de l'article 46 de la *Déclaration*, il est difficile de comprendre la position du gouvernement canadien selon laquelle « le texte n'est pas équilibré »¹²⁵ ou, plus spécifiquement, qu'il « ne permet pas d'établir un juste équilibre entre les droits des Autochtones et ceux des autres Canadiens »¹²⁶.

51. Un parallèle entre l'article 46 de la *Déclaration* et l'état du droit canadien est ici des plus pertinents. D'entrée de jeu,

121. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, précitée, note 11, art. 1.

122. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Troisième rapport du Comité permanent de la condition féminine, 2^e sess., 39^e légis., février 2008; CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 39^e légis., 7 avril 2008, « Les comités de la Chambre. Condition féminine. Motion d'adoption », p. 4566.

123. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, précitée, note 11, art. 46 (2).

124. *Id.*, art. 43 (3).

125. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « Document de mise à jour : *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* », 2008, [En ligne]. <http://www.ainc-inac.gc.ca/ap/ia/pubs/updir/updir-fra.asp> (Page consultée le 23 septembre 2009).

126. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « Fiche d'information : Position du Canada à l'égard de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », 2008, [En ligne]. <http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/mr/is/un-indig-rts-fra.asp> (Page consultée le 23 septembre 2009).

il faut mentionner que ce parallèle ne doit pas se rapporter à l'article premier de la *Charte canadienne*. En effet, faut-il le rappeler, cette disposition de la *Charte canadienne* ne s'applique pas aux droits des peuples autochtones garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisque ce dernier article n'est pas compris dans la *Charte canadienne*. De ce fait, l'affirmation du gouvernement canadien à l'effet que l'article 46 de la *Déclaration* n'offre pas autant de flexibilité ou encore pourrait être interprété comme une restriction de l'article premier de la *Charte canadienne* semble superflue¹²⁷. Néanmoins, les droits confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne sont pas pour autant des droits absolus. Comme nous l'avons abordé précédemment, la Cour suprême du Canada, soucieuse de concilier les intérêts divergents, a dégagé dans sa jurisprudence un test implicite de justification d'une atteinte portée par le gouvernement canadien aux droits collectifs des peuples autochtones. Il est ainsi possible de justifier une telle atteinte dans l'intérêt de la société majoritaire lorsque les conditions exposées sont rencontrées¹²⁸.

52. Par ailleurs, à l'égard de la *Charte canadienne*, le parallèle pertinent recherché avec la *Déclaration* se rapporte plutôt à l'article 25. Celui-ci déclare que les droits individuels garantis par la *Charte canadienne* ne peuvent pas porter atteinte aux droits des peuples autochtones qui sont reconnus par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le droit canadien prévoit ainsi que les droits collectifs et spécifiques aux peuples autochtones peuvent primer, dans certaines circonstances, sur un droit individuel aussi fondamental que le droit à l'égalité, par exemple, d'un individu non autochtone¹²⁹. Bref, tout comme le droit canadien, la *Déclaration* consacre des droits collectifs non absolus et cherche à équilibrer ceux-ci avec les droits individuels ou plus généralement, avec ceux de la société majoritaire.

127. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, précité, note 102.

128. *Supra*, par. 11 et 12.

129. *Supra*, notes 57 et 73.

2. Les problématiques spécifiques

53. L'application contextuelle et équilibrée de la *Déclaration* ne permet cependant pas de résoudre l'ensemble des problématiques. Certaines des dispositions de la *Déclaration* portent plus spécifiquement sur des sujets très sensibles pour les États, tels le droit à l'autodétermination, le droit aux terres, territoires et ressources, ainsi que le principe du consentement préalable, libre et éclairé. Il convient de les aborder tour à tour.

a) Le droit à l'autodétermination

54. Pour les peuples autochtones, le droit à l'autodétermination est la pierre angulaire de la *Déclaration*, alors qu'il constitue un pré-requis à la jouissance des autres droits¹³⁰.

55. Si, dès la fin des années 1990, le Comité des droits de l'homme et le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels ont reconnu aux Autochtones le statut de peuples titulaires du droit à l'autodétermination, la controverse à cet égard ne s'est pas pour autant dissipée¹³¹. En fait, le droit à l'autodétermination, norme de *jus cogens*¹³², est encore associé par plusieurs à la décolonisation et représente ainsi une menace de déstabilisation pour l'État¹³³.

56. Pourtant, le droit à l'autodétermination ne constitue pas, au sens de la *Déclaration*, un droit à la sécession : le premier paragraphe de l'article 46 réaffirme l'intégrité territoriale et l'unité politique de l'État souverain. Ce droit est-il alors vide de sens en dehors du contexte colonial et des visées indépendantistes ? Répondre par l'affirmative à cette question reviendrait à adopter une interprétation excessivement restrictive d'un droit compris dans le régime des droits

130. M. DAVIS, précité, note 12, p. 458-461.

131. P. MCHUGH, précité, note 19, p. 303-304; Claire CHARTERS, « Indigenous Peoples and International Law and Policy », dans Kent MCNEIL, Benjamin RICHARDSON, Shin IMAI, *Indigenous Peoples and the Law. Comparative and Critical Perspectives*, coll. Osgoode Readers Series, Oxford, Hart, 2009, p. 177.

132. James ANAYA, *International Law and Indigenous Peoples*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 97.

133. M. DAVIS, précité, note 12, p. 458.

fondamentaux¹³⁴. Alors qu'il ne fait plus de doute que les peuples autochtones jouissent du droit à l'autodétermination, il est nécessaire d'en élargir la conception primaire¹³⁵.

57. Rapportons-nous alors au texte. L'article 3 de la *Déclaration* prévoit que « [l]es peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel »¹³⁶. Ce libellé, reprenant essentiellement l'article premier des *Pactes internationaux*¹³⁷, semble indiquer que le droit à l'autodétermination chapeaute plusieurs droits à la fois. Cette approche, qui tend à maximiser la portée du droit à l'autodétermination, peut contribuer, tout comme l'approche restrictive, à le vider de son sens. Comme le souligne Xanthaki, le droit à l'autodétermination, droit *sui generis* reconnu aux peuples autochtones, ne peut pas servir à accommoder toutes les revendications¹³⁸. Une portée raisonnable de ce droit place la politique en son cœur.

58. Ainsi, pour les peuples autochtones, le droit à l'autodétermination comprend à la base le droit d'identifier leurs membres, tel que le prévoient les articles 9 (appartenance à une communauté ou à une nation) et 33 (choix de leur identité) de la *Déclaration*.

59. Puis, le droit à l'autodétermination constitue principalement un droit à la gouvernance démocratique, c'est-à-dire un droit qui permet à un peuple donné de participer à l'exercice du pouvoir et de choisir ainsi sa destinée¹³⁹. En ce sens, il s'apparente au droit plus général à la participation politique prévu par l'article 21 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁴⁰ et l'article 25 du *Pacte international relatif aux*

134. J. ANAYA, précité, note 132, p. 100; A. XANTHAKI, précité, note 120, p. 146.

135. C. CHARTERS, précité, note 131, p. 164.

136. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, précitée, note 11, art. 3.

137. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Doc. N.U. A/RES/2200 (16 décembre 1966), art. 1; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Doc. N.U. A/RES/2200 (16 décembre 1966), art. 1.

138. A. XANTHAKI, précité, note 120, p. 174 et 175.

139. G. OTIS, B. MELKEVIK, précité, note 89, p. 18-34; M. DAVIS, précité, note 12, p. 459-460.

140. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, précitée, note 96, art. 21.

*droits civils et politiques*¹⁴¹. Plus spécifiquement en matière autochtone, il permet aux peuples de décider dans quelle mesure ils veulent interagir avec la population majoritaire et ses institutions¹⁴². Sous cet angle, l'article 3 de la *Déclaration* doit être lu conjointement avec l'article 5 qui reconnaît le « droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État »¹⁴³, et avec l'article 18, qui déclare le « droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis »¹⁴⁴.

60. De façon complémentaire, le droit à l'autodétermination englobe le droit à l'autonomie gouvernementale. L'article 4 de la *Déclaration* précise à cet effet que « [l]es peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes »¹⁴⁵. Cet article est directement lié à l'article 34 portant sur le « droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles »¹⁴⁶. Évidemment, il revient aux peuples autochtones de décider par quels moyens ils veulent exercer ce droit¹⁴⁷. Ainsi, de l'autonomie gouvernementale proprement dite à l'autonomie d'administration ou à une forme de cogestion, l'intensité du droit peut varier.

61. Au Canada, bien que l'autonomie gouvernementale soit reconnue et négociée¹⁴⁸, l'article 4 de la *Déclaration* pose problème aux autorités étatiques dans la mesure où, entre autres, il ne prévoit pas la suprématie du droit fédéral ou

141. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, précité, note 137, art. 25.

142. S. IMAI, précité, note 79, p. 292.

143. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, précitée, note 11, art. 5.

144. *Id.*, art. 18.

145. *Id.*, art. 4.

146. *Id.*, art. 34.

147. S. IMAI, précité, note 79, p. 292-306.

148. *Supra*, par. 32.

provincial d'importance fondamentale sur celui pouvant être créé par les gouvernements autochtones¹⁴⁹. Pourtant, la coexistence des règles juridiques adoptées par les différents paliers de gouvernements au sein de l'État canadien ne peut pas faire l'objet d'une décision unilatérale du gouvernement fédéral sans compromettre l'esprit et la lettre de la *Déclaration*. Bien au contraire, cette décision doit être négociée conformément à l'article 38 de la *Déclaration* énonçant que « [l]es États prennent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, les mesures appropriées, y compris législatives, pour atteindre les buts de la présente *Déclaration* »¹⁵⁰. En cas d'impasse, l'article 40 prévoit « le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties »¹⁵¹.

62. En somme, les peuples autochtones se voient reconnaître un droit à l'autodétermination, qui sans comprendre un droit à la sécession, n'est pas limité à l'autonomie gouvernementale¹⁵². Une appréciation de l'ensemble des dispositions de la *Déclaration* relatives au droit à l'autodétermination est susceptible de faciliter l'établissement d'arrangements spéciaux dans le but de considérer davantage l'existence des peuples autochtones au sein de l'État canadien.

b) Le droit aux terres, territoires et ressources

(1) Le contexte

63. La reconnaissance du droit à l'autodétermination aux peuples autochtones implique la protection de leurs droits relatifs aux terres, territoires et ressources. En effet, les peuples autochtones entretiennent une relation particulière avec la terre, relation qui les différencie des minorités et sur

149. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, précité, note 102.

150. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, précitée, note 11, art. 38.

151. *Id.*, art. 40.

152. Alexandra XANTHAKI, « Indigenous Rights in International Law Over the Last 10 Years and Future Developments », (2009) 10 *Melb. J. Int'l L.* 30; J. GILBERT, précité, note 97, p. 220.

laquelle repose leur développement culturel¹⁵³. La survivance culturelle de ces derniers justifie la protection de ce droit¹⁵⁴. La *Déclaration* reflète ce constat, particulièrement aux articles 8 (génocide culturel), 12 (accès aux sites religieux et culturels) et 25 (liens spirituels avec la terre).

64. Bien que le droit aux terres, territoires et ressources reconnu aux peuples autochtones puisse être envisagé en tant que droit culturel, il ne se limite pas à ce cadre sur la scène internationale. Avant d'être consacré en soi dans la *Déclaration*, il a été communément rattaché au droit à la propriété reconnu comme un droit fondamental de la personne¹⁵⁵. Ainsi, la Commission internationale de juristes dans ses commentaires concernant l'article 17 de la *Déclaration universelle*, lequel énonce que « toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété » et, ce faisant, « nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété »¹⁵⁶, a indiqué que cet article devrait protéger les droits des peuples autochtones¹⁵⁷.

65. Globalement, la reconnaissance du droit à la propriété comme droit fondamental s'explique par l'interrelation entre celui-ci et le droit à la subsistance ou même le droit à la vie¹⁵⁸. En raison de cette interrelation, le droit des peuples autochtones à leurs terres, reconnu par divers instruments internationaux, potentiellement la *Déclaration universelle* et assurément la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, comprend le droit d'utiliser les ressources qui se trouvent sur leurs terres afin d'assurer un standard de vie minimal¹⁵⁹.

153. Frédéric DEROCHÉ, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre. Un questionnement de l'ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 37-44; J. GILBERT, précité, note 97, p. 223; P. MCHUGH, précité, note 19, p. 305.

154. F. DEROCHÉ, précité, note 151, p. 271-273; J. GILBERT, précité, note 77, p. 115, 128, 134 et 138.

155. J. GILBERT, précité, note 77, p. 87.

156. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, précitée, note 96, art. 17.

157. J. GILBERT, précité, note 77, p. 96.

158. *Id.*, p. 117, 121 et 127; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, précité, note 137, art. 1 (2).

159. J. GILBERT, précité, note 77, p. 139.

66. Dans le même sens, la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*¹⁶⁰, instrument auquel le Canada a adhéré en tant que membre de l'Organisation des États américains, prévoit à son article 23 que « toute personne a droit à la propriété privée pour satisfaire aux nécessités essentielles d'une vie décente, qui contribue à maintenir sa dignité et celle de son foyer ». Puisque, dans la perspective particulière des droits des peuples autochtones, ce droit est équivalent au droit à leurs terres, la Commission interaméricaine des droits de l'homme et la Cour interaméricaine du même nom ont reconnu que la jouissance en toute égalité de ce droit implique la reconnaissance des régimes fonciers traditionnels des peuples autochtones, rendant du même coup le système des droits de l'homme véritablement universel en la matière¹⁶¹.

67. Par exemple, dans l'affaire *Awas Tingni*, la Cour interaméricaine accepte la conclusion de la Commission interaméricaine à l'effet que le gouvernement nicaraguayen a violé le droit à la propriété de la communauté autochtone Awas Tingni, en accordant la concession d'une licence d'exploitation forestière à une compagnie étrangère sur le territoire traditionnel de la communauté, malgré leur désaccord¹⁶². Encore davantage, la Commission interaméricaine a argumenté devant la Cour, sans que celle-ci ne se prononce à ce sujet, que le droit des peuples autochtones aux terres, territoires et ressources fait partie du droit international coutumier¹⁶³.

68. Ainsi, par un jeu d'interprétation, en vertu du droit international coutumier, de la *Déclaration universelle* et de la

160. ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*, 1948, [En ligne]. <http://www.cidh.org/Basicos/French/b.declaration.htm> (Page consultée le 28 octobre 2009), (ci-après *Déclaration américaine*).

161. J. ANAYA, précité, note 132, p. 142; Brenda GUNN, « Protecting Indigenous Peoples' Lands: Making Room for the Application of Indigenous Peoples' Laws Within the Canadian Legal System », (2007) 6 *Indigenous L.J.* 63-64; Richard LILLICH, Hurst HANNUM, James ANAYA, Dinah SHELTON, *International Human Rights. Problems of Law, Policy and Practice*, 4^e éd., New York, Aspens, 2006, p. 164-183; J. GILBERT, précité, note 77, p. 140.

162. J. ANAYA, précité, note 132, p. 145-148, 266-271.

163. COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire de la communauté Mayagna (Sumo) Awa Tingni c. Nicaragua*, jugement du 31 août 2001, séries C n° 79, par. 140 (d), [En ligne]. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf (Page consultée le 28 octobre 2009).

Déclaration américaine, le Canada doit garantir aux peuples autochtones leur droit aux terres, territoires et ressources. À cet égard, la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* se démarque par le fait qu'elle est explicite sur cette obligation, bien que son contenu reste, il faut l'avouer, quelque peu vague¹⁶⁴.

(2) Les dispositions pertinentes de la *Déclaration*

69. La *Déclaration* consacre à son article 26 « le droit aux terres, territoires et ressources que [les peuples autochtones] possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis »¹⁶⁵. Puisque, dans bien des cas, les peuples autochtones ont été dépossédés de leurs terres, elle reconnaît à l'article 28, un « droit à réparation par le biais, notamment, de la restitution »¹⁶⁶, pour la toute première fois¹⁶⁷. Elle comprend aussi, par le biais de l'article 32, un droit de gestion et d'utilisation des terres, territoires et ressources sur lesquels les peuples autochtones détiennent des droits en vertu des articles 26 ou 28. Enfin, elle prévoit, à l'article 27, la mise en place au sein des États d'un processus particulier pour la reconnaissance de l'ensemble de ces droits.

70. De l'avis du Canada, la généralité de ces dispositions fait en sorte que la *Déclaration* est susceptible de multiples interprétations qui pourraient ne pas considérer les différentes catégories de droits reconnus aux peuples autochtones au pays, les différents régimes législatifs qui s'appliquent aux terres visées, ainsi que les différents intérêts en jeu¹⁶⁸. Or, selon cette position, la précision serait essentielle en raison de l'impact possible, sur les régimes de propriété foncière, des revendications de vastes droits sur les territoires traditionnellement occupés par les peuples autochtones, même si ces droits ont été éteints ou valablement cédés. La précision se justifierait aussi en raison des conséquences possibles sur le

164. A. XANTHAKI, précité, note 152, p. 31.

165. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, précitée, note 11, art. 26

166. *Id.*, art. 28.

167. A. XANTHAKI, précité, note 120, p. 118.

168. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, précité, note 102.

développement économique de la reconnaissance d'un droit de gestion absolu en faveur des peuples autochtones des ressources naturelles se trouvant sur leurs terres. Enfin, le gouvernement craint que la mise en place, en vertu de l'article 27, d'un mécanisme d'arbitrage pour reconnaître et statuer sur l'ensemble de ces droits exclue l'approche favorisée jusqu'ici, soit la négociation¹⁶⁹. Abordons ces craintes tour à tour.

71. Tout d'abord, comme il a été mentionné en introduction de la présente section, l'application de l'ensemble des dispositions controversées de la *Déclaration* ne peut pas se faire, en vertu de l'article 46, sans tenir compte des droits d'autrui et des exigences d'une société démocratique¹⁷⁰. Le contenu de ce dernier article s'oppose également à l'interprétation selon laquelle la *Déclaration*, un instrument aspiratoire et non contraignant, puisse avoir un effet rétroactif ayant pour conséquence de faire ressusciter des droits éteints ou valablement cédés. Après tout, l'un des objectifs fondamentaux de la *Déclaration* est d'encourager « des relations harmonieuses et de coopération entre les États et les peuples autochtones »¹⁷¹, et non pas de déstabiliser l'ordre étatique outre mesure.

72. Quant à la généralité des dispositions, elle est nécessaire, comme nous l'avons déjà souligné, à l'application universelle de la *Déclaration*¹⁷². Ainsi, il reviendrait à dénaturer cet instrument international que d'y inclure une spécificité canadienne en matière de catégorisation des droits des peuples autochtones, du titre ancestral aux droits reliés aux activités. De la même manière, il est impossible d'y prévoir les différents régimes législatifs applicables sur le territoire d'un État donné. D'ailleurs, aucun instrument international consacrant le droit à la propriété, notamment la *Déclaration américaine*, ne le prévoit. Il en est de même pour l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pourtant, cela n'a pas empêché la Cour suprême du Canada de déterminer la nature et l'étendue des droits des peuples autochtones relatifs aux

169. *Id.*, p. 8.

170. *Supra*, par. 50.

171. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, pré-citée, note 11, préambule, par. 18.

172. *Supra*, par. 48.

territoires¹⁷³. Dans tous les cas, la « généralité » de la *Déclaration* lui donne toute la flexibilité requise pour s'appliquer de façon contextuelle.

73. Quant à l'inquiétude reliée à l'impact possible sur les régimes de propriété foncière des revendications de vastes droits de propriété sur les territoires traditionnellement occupés par les peuples autochtones, il est opportun de souligner que le critère de l'occupation traditionnelle, au cœur de la controverse¹⁷⁴, est requis tant dans le processus de revendications territoriales auquel participe le gouvernement canadien que dans la démonstration de l'existence d'un titre ancestral devant la Cour suprême du Canada¹⁷⁵.

74. Néanmoins, les inquiétudes du Canada relatives aux nombreuses revendications qui pourraient découler de l'intégration en droit canadien d'un droit à la restitution semblent raisonnables¹⁷⁶. Il faut toutefois se rapporter à l'objectif fondamental de la *Déclaration*, qui est de favoriser une véritable consultation ainsi que la coopération entre les peuples autochtones et les autorités étatiques. Conforme à cet objectif, l'article 28 de la *Déclaration* ne restreint pas le droit à la réparation à celui à la restitution : il reconnaît le recours à des alternatives, notamment la compensation et d'autres formes négociées de réparation. Autrement dit, la dépossession passée requiert aujourd'hui une réparation qui, lorsque possible, prend la forme d'une restitution. Dans tous les cas, si des droits de « propriété » sont réclamés, dans le cadre de l'application de la *Déclaration* ou sur une toute autre base juridique, l'efficacité de la réclamation dépendra de la présentation d'une preuve solide, comme l'exige déjà la Cour suprême du Canada.

75. Puis, concernant la reconnaissance des droits des peuples autochtones et leur mise œuvre, l'article 27 de la *Déclaration* n'exclut pas la négociation, processus relationnel

173. *Supra*, par. 14-20.

174. J. GILBERT, précité, note 97, p. 227.

175. *Supra*, par. 16; ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, précité, note 115, p. 38 et 39.

176. Viniyanka PRASAD, « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Flexible Approach to Addressing the Unique Needs of Varying Populations », (2008-2009) 9 *Chi. J. Int'l L.* 316.

préalable, en pratique, aux procédures juridictionnelles¹⁷⁷. Cette interprétation est confirmée par le préambule de la *Déclaration*, qui énonce que « les traités, accords et autres arrangements constructifs, ainsi que les relations qu'ils représentent, sont la base d'un partenariat renforcé entre les peuples autochtones et les États »¹⁷⁸. Un tel partenariat implique le recours aux négociations. Seulement, lorsque les négociations ne peuvent pas aboutir, l'accès à l'arbitrage ou à tout autre mode juridictionnel de règlement des différends est requis.

76. En somme, le droit aux terres, territoires et ressources, alors qu'il a été régulièrement rattaché au droit à la protection de la diversité culturelle, au droit à la propriété et au droit à la subsistance, est consacré en soi par la *Déclaration*. Ce droit, comme tout autre, doit s'articuler de façon à ce que sa mise en œuvre soit viable dans les sociétés démocratiques contemporaines, alors que tel est le fondement même des inquiétudes des gouvernements étatiques. La *Déclaration*, prise dans son ensemble, semble être en mesure de permettre cette viabilité.

c) Le principe du consentement préalable, libre et éclairé

77. Le principe du consentement préalable, libre et éclairé est inextricablement lié à la reconnaissance du droit aux terres, territoires et ressources, ainsi qu'au droit à l'autodétermination qui permet aux peuples autochtones de participer au processus décisionnel concernant leur développement politique, économique, social et culturel¹⁷⁹. Ce principe se retrouve notamment aux articles 19, 28 et 32 de la *Déclaration*.

78. Le principe qui met sur un pied d'égalité l'État et les peuples autochtones dans des matières qui concernent ou affectent ces derniers n'est pas une innovation : l'adoption de la *Déclaration* a consolidé le principe dans l'ordre juridique

177. ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, précité, note 115, p. 40 et 41.

178. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, précitée, note 11, préambule, par. 15.

179. J. GILBERT, précité, note 77, p. 219; F. DESMARAIS, précité, note 68, par. 3.

international¹⁸⁰. Sous une forme primaire, tout d'abord, le deuxième paragraphe de l'article 6 de la *Convention* 169 prévoyait déjà que « les consultations effectuées en application de la présente convention doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées »¹⁸¹. Puis, de façon plus exhaustive, la Commission interaméricaine a interprété les articles 18 et 23 de la *Déclaration américaine*, instrument auquel le Canada a adhéré en tant que membre de l'Organisation des États américains, comme incorporant la notion de consentement éclairé. Tel que l'écrit la Commission interaméricaine :

As the Commission has previously noted, Articles XVIII and XXIII of the American Declaration specially oblige a member state to ensure that any determination of the extent to which indigenous claimants maintain interests in the lands to which they have traditionally held title and have occupied and used is based upon a process of fully informed consent on the part of the indigenous community as a whole.¹⁸²

79. Pour le gouvernement canadien, le principe du consentement préalable, libre et éclairé est une source d'inquiétude pour deux raisons principales. En premier lieu, il l'interprète comme constituant un droit de veto général accordé aux peuples autochtones sur des aspects importants de la vie de l'État et qui concernent l'ensemble de la population, par exemple les projets d'exploitation des ressources naturelles¹⁸³. Du même coup, toujours selon cette interprétation, le principe imposerait au gouvernement l'obligation d'obtenir préalablement le consentement des peuples autochtones pour

180. F. DESMARAIS, précité, note 68, par. 4 et 69.

181. *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux* (C169), précitée, note 92, art. 6.

182. COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire des communautés autochtones Maya du district de Toledo c. Belize*, affaire n° 12.053, rapport n° 40/04, OEA/SER.L/V/II.122 doc. Rev.1, par. 142, [En ligne]. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004eng/Belize.12053eng.htm> (Page consultée le 28 octobre 2009).

183. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, précité, note 102; F. DESMARAIS, précité, note 68, par. 19.

mettre de l'avant presque toutes les actions gouvernementales susceptibles de les affecter.

80. Il faut bien se garder, toutefois, d'adopter une interprétation « absolue » du principe. La différence entre le libellé initial des articles de la *Déclaration* contenant le principe et celui adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies indique d'ailleurs clairement la volonté générale de ne pas en faire un principe absolu. Par exemple, dans le texte initial, soit celui du projet de 1994, l'article 30, devenu l'article 32, prévoyait que les peuples autochtones ont « notamment le droit d'exiger que les États obtiennent leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres, territoires et autres ressources [...] »¹⁸⁴. L'article 32 énonce maintenant que les États « consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi [...] en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources »¹⁸⁵. Si le consentement est le but à atteindre, il ne semble plus, à la lumière de cette modération du texte¹⁸⁶, être l'objet d'une obligation de résultat, mais davantage un objectif à « obtenir ». Dans tous les cas, faut-il le rappeler, les droits prévus par la *Déclaration* ne sont pas absolus. L'article 46 de la *Déclaration* prévoit que les droits garantis doivent être interprétés conformément aux exigences d'une société démocratique et, notamment, au principe de bonne gouvernance, en plus d'être assujettis à la possibilité d'une restriction¹⁸⁷.

81. En deuxième lieu, le gouvernement souligne que le droit canadien ne reconnaît pas un droit de veto, même sporadique,

184. COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, *Questions relatives aux populations autochtones. Droits de l'homme et questions autochtones. Rapport du groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme en date du 3 mars 1995 sur sa onzième session*, Doc. NU. E/CN.4/2006/79 (22 mars 2006), p. 46 (nos italiques).

185. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, précitée, note 11, art. 32 (nos italiques).

186. D. NEWMAN, précité, note 60, p. 85.

187. *Supra*, par. 50; ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, précité, note 115, p. 52-54.

aux peuples autochtones¹⁸⁸. Cette affirmation se doit, tout d'abord, d'être nuancée par l'ouverture créée par l'ancien juge Lamer de la Cour suprême quant à l'obligation possible d'obtenir le consentement dans certaines circonstances¹⁸⁹. Malgré tout, les prétentions et les inquiétudes des autorités canadiennes s'expliquent du fait que, bien que le principe du consentement préalable, libre et éclairé s'apparente à l'obligation de consultation développée par la Cour suprême du Canada, la relation entre les deux concepts n'est pas encore clairement établie et peut donner lieu à plusieurs interprétations, comme le souligne le professeur Newman¹⁹⁰.

82. Il n'en reste pas moins qu'interpréter le concept canadien comme un critère moins exigeant que ce que prévoit la *Déclaration* peut être justifié. D'une part, l'obligation de consultation a pour fondement le principe de l'honneur de la Couronne, qui lui-même présuppose l'affirmation de la souveraineté canadienne sur les peuples autochtones. D'autre part, le Canada, sous la base de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n'a reconnu officiellement qu'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale aux peuples autochtones, par opposition au droit plus complet à l'autodétermination¹⁹¹. Alors que la reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones fait presque consensus sur la scène internationale et que la nécessité d'obtenir le consentement de ces peuples sur certaines questions les concernant découlent de la jouissance de ce droit, le droit canadien est appelé à évoluer. Par ailleurs, selon Desmarais, auteur québécois qui avançait en 2006 que la reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones, pré-requis au principe du consentement préalable, libre et éclairé, était quasi illusoire, même sur la scène internationale, « le recours à des dispositions constitutionnelles ou législatives internes, s'inspirant des développements

188. *Nation Haida c. Colombie-Britannique*, précité, note 59, par. 42; *Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique*, précité, note 65, par. 2.

189. *Supra*, par. 25.

190. D. NEWMAN, précité, note 60, p. 86.

191. *Supra*, par. 32.

en droit international en la matière, constitue le moyen à privilégier pour mettre en œuvre le principe »¹⁹².

83. En somme, nous croyons, malgré tout, qu'une certaine équivalence fonctionnelle semble se dégager entre la pratique canadienne liée à l'obligation de consultation et le principe du consentement préalable, libre et éclairé, ou du moins certainement une équivalence idéologique. D'autres préféreront insister sur le fait que le droit canadien ne reconnaît pas actuellement une obligation générale pour le gouvernement de *chercher* à obtenir le consentement des peuples autochtones lorsqu'il met de l'avant un projet affectant leurs terres, territoires ou autres ressources, mais seulement une obligation de consulter et, dans certains cas, d'accommoder. Dans l'éventualité où il décide de souscrire à la *Déclaration*, le gouvernement canadien pourrait peut-être opter pour l'élaboration d'une déclaration d'interprétation du principe du consentement préalable, libre et éclairé.

84. Dans l'ensemble, il y a décidément de réels écarts entre une interprétation raisonnable de la *Déclaration* et la position du gouvernement canadien, ainsi que, dans une moindre mesure, entre la *Déclaration* et le droit canadien. En effet, bien que la *Déclaration* bénéficie de la flexibilité requise pour s'harmoniser avec les spécificités de chaque État et pour considérer les intérêts des autres citoyens, ses dispositions controversées mettent, dans une certaine mesure, au défi les structures politico-juridiques du Canada.

85. Cependant, il ne convient pas d'accorder une importance prépondérante aux écarts possibles entre la *Déclaration* et le droit canadien pour deux raisons. Premièrement, il est légitime de permettre au droit international des droits de la personne de progresser et d'être ainsi en partie visionnaires, dans cette quête inéluctable de justice et de bien-être universels. Dans le cas contraire, en 1948, la *Déclaration universelle* n'aurait jamais été adoptée¹⁹³. C'est d'ailleurs pourquoi la Cour interaméricaine a affirmé que les normes du droit international des droits de la personne ont une signification indépendante de celle donnée par le droit interne des États :

192. F. DESMARAIS, précité, note 68, par. 4.

193. J. HENDERSON, précité, note 1, p. 68.

The terms of an international human rights treaty have an autonomous meaning, for which reason they cannot be made equivalent to the meaning given to them in domestic law. Furthermore, such human rights treaties are live instruments whose interpretation must adapt to the evolution of the times and, specifically, to current living conditions.¹⁹⁴

86. Deuxièmement, le droit canadien est susceptible d'évoluer pour atteindre les buts fixés par la *Déclaration*. Tel un « arbre vivant », la constitution canadienne est destinée à se développer pour tendre vers l'idéal de justice¹⁹⁵. Déjà, en 1996, une telle évolution du droit canadien en matière autochtone était recommandée par la Commission royale sur les peuples autochtones, qui indiquait que « [nous] ne pouvons pas continuer à nous faire les champions des droits de la personne dans le tiers monde, tout en conservant chez nous des relents du régime colonial »¹⁹⁶. Une douzaine d'années plus tard, tant la motion adoptée à la Chambre des communes favorable à l'adhésion de la *Déclaration*, que les revendications de plusieurs groupes de la société civile démontrent la volonté de la majorité de la population canadienne de se conformer aux recommandations de la Commission et de prendre les moyens pour tendre vers les objectifs inscrits dans la *Déclaration*¹⁹⁷.

194. COUR INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire de la communauté Mayagna (Sumo) Awa Tingni c. Nicaragua*, précité, note 163, par. 146.

195. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 52.

196. COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, vol. 1, 3^e partie, conclusions, [En ligne]. http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071115211319/http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sg/sgmm_f.html (Page consultée le 23 septembre 2009).

197. COLLECTIF D'AUTEURS, « Lettre à Stephen Harper. Le Canada doit signer la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* », *Le Devoir*, (15 septembre 2009) [En ligne]. <http://www.ledevoir.com/2009/09/15/267021.html> (Page consultée le 23 septembre 2009); COLLECTIF D'AUTEURS, « Opinion. *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* — Un instrument incontournable pour l'harmonie », *Le Devoir*, (19 mai 2009) [En ligne]. <http://www.ledevoir.com/2009/05/19/251022.html> (Page consultée le 23 septembre 2009); COLLECTIF D'AUTEURS, « Le Canada doit mettre en application ce nouvel instrument de défense des droits humains », *Amnistie internationale*, section canadienne francophone, [En ligne]. http://www.amnistie.ca/images/stories/section_nouvelles/un_declaration-lecanada-doitmettreenapplication.pdf (Page consultée le 23 septembre 2009).

CONCLUSION

87. La protection des droits des peuples autochtones au sein de l'État canadien est prévue principalement par la *Loi constitutionnelle de 1982*, plus précisément par son article 35 et, dans une moindre mesure, par la *Charte canadienne des droits et libertés* qui y est intégrée. Cette protection se réalise tant à travers l'interprétation et l'application qu'en font les tribunaux, que par les mécanismes mis en place par le gouvernement pour la mettre en œuvre. Néanmoins, ce système ne parvient pas dans les faits à assurer aux peuples autochtones le minimum nécessaire pour assurer leur survie, leur dignité et leur bien-être. C'est pourquoi le Groupe de travail sur l'examen périodique universel, établi par le Conseil des droits de l'homme, a recommandé récemment la souscription canadienne à la *Déclaration*, comme premier pas vers un engagement réitéré de prendre des mesures concrètes pour améliorer le sort de ces peuples¹⁹⁸.

88. Il est vrai que la réalisation des droits consacrés par la *Déclaration* peut être un défi pour le Canada. Toutefois, ce défi n'est ni insurmontable, étant donné la capacité évolutive du droit canadien et la volonté de la population à cet égard, ni périlleux pour les fondements de la société canadienne, en raison principalement du rôle joué par l'article 46 de la *Déclaration*. Le rejet par le gouvernement canadien de cet instrument international semble donc se fonder sur des interprétations généralement excessives suscitant des craintes, en majeure partie, non fondées.

89. Deux ans après l'adoption de la *Déclaration*, les interprétations alarmistes n'ont pas été confirmées. Alors que ce constat a amené l'Australie, en avril 2009, à changer de position à l'égard de la *Déclaration*, le Canada pourrait devenir sous peu son unique opposant¹⁹⁹. Plus encore, des juridictions nationales ont déjà recours à la *Déclaration* pour interpréter

198. CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, «Examen périodique universel. Canada.» Doc. N.U. A/HRC/11/17 (29 mai 2009), [En ligne]. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/135/71/PDF/G0913571.pdf?OpenElement> (Page consultée le 9 octobre 2009).

199. UN NEWS CENTER, «Experts Hail Australia's Backing of UN Declaration of Indigenous Peoples' Rights», 3 avril 2009, [En ligne]. <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=30382> (Page consultée le 24 septembre 2009).

leurs dispositions constitutionnelles. Par exemple, la Cour suprême du Belize, dans le cadre de la décision *Cal c. Procureur général du Belize*, a supporté, entre autres, sur la base des articles 26 et 42 de la *Déclaration* son interprétation généreuse donnée aux dispositions constitutionnelles en matière de droits fondamentaux de la personne ainsi que les conclusions qui en découlent relatives à l'obligation du gouvernement bélizien de respecter les droits des peuples autochtones sur leurs terres²⁰⁰. Cette décision concernait plus précisément l'octroi par le gouvernement de concessions à des fins d'exploitation pétrolière sur le territoire des communautés autochtones Mayas, malgré leur vive opposition.

90. Véritablement, la souscription à la *Déclaration* par le Canada est possible, revendiquée et recommandée. Cependant, il y a un écart entre ce que le droit international requiert des États et ce que ces derniers font réellement²⁰¹. En fait, le pouvoir reste entre les mains de l'État, comme le constate Kymlicka en ces mots : « Indigenous peoples may get moral victories from international law, but the real power remains vested in the hands of sovereign States, who can (and do) ignore international norms with impunity »²⁰².

91. Malgré tout, le travail acharné des peuples autochtones n'a pas été fait en vain pour plusieurs raisons. D'une part, la *Déclaration* peut servir de guide interprétatif non seulement pour l'interprétation du droit interne, mais pour l'application spécifique d'instruments internationaux universels aux peuples autochtones²⁰³. D'autre part, en plus de consacrer leur propre voix sur la scène internationale, ces peuples ont contribué, comme le souligne Anaya, au régime international des droits de la personne²⁰⁴. Pour ne mentionner qu'un

200. James ANAYA, Maia CAMPBELL, « The Case of the Maya Villages of Belize : Reversing the Trend of Government Neglect to Secure Indigenous Land Rights », (2008) 8 *Hum. Rts. L. Rev.* 377, p. 390-399; Saia MOHAMED, « Introductory Note to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and *Call v. Attorney General*, Supreme Court of Belize », (2007) 46 *Int'l Legal Materials* 1008.

201. P. MCHUGH, précité, note 19, p. 312.

202. Wil KIMLICKA, « Theorizing Indigenous Rights », (1999) 49 *University of Toronto Law Journal* 293.

203. G. OTIS, B. MELKEVIK, précité, note 89, p. 3-5; J. HENDERSON, précité, note 1, p. 65.

204. J. ANAYA, précité, note 2.

exemple, les peuples autochtones ont participé de façon unique à l'accroissement de l'influence au sein du système juridique international des acteurs non étatiques, alors qu'ils se sont impliqués activement dans l'élaboration d'un instrument international dont ils sont les bénéficiaires. Mais surtout, en affirmant leur présence sur la scène internationale pour faire reconnaître et respecter leurs droits, les peuples autochtones ont contribué à l'établissement de normes qui s'élèvent contre les forces qui les ont opprimés. Cette contribution, ancrée dans l'aspiration ultime d'un monde plus juste, ne peut qu'être bénéfique pour toute l'humanité.

Guyanne Courchesne
Étudiante à la Section de droit civil
Faculté de droit
Université d'Ottawa
Téléphone : 514 952-2476
gcour074@uottawa.ca

Note de l'auteure : L'auteure désire remercier M^e Robert Dufresne et M^e Sophie Thériault, professeurs à la Section de droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa, sans qui la publication de cet article ne se serait jamais concrétisée.