

**Mémoire écrit au Comité permanent des peuples autochtones  
présenté par M. Mauro Barelli (City University [Londres])**

**Objet : Projet de loi C-262 (Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones)**

**En accompagnement de la déclaration verbale du 29 mai 2019**

Je sou mets le présent mémoire afin de fournir quelques détails et citations supplémentaires à l'appui de ma déclaration verbale du 29 mai 2019.

J'ai noté que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (la Déclaration) constitue un instrument international des droits de la personne très influent qui énonce l'ensemble complet des droits et des principes applicables aux Autochtones en vertu du droit international. Le consensus mondial qui a entouré son adoption<sup>1</sup>, le cadre juridique robuste sur lequel l'instrument a été conçu et la grande participation des peuples autochtones à ce processus d'élaboration remarquablement long ont tous contribué à renforcer la légitimité et l'autorité de la Déclaration<sup>2</sup>. Compte tenu de ces caractéristiques importantes, les organes internationaux des droits de la personne<sup>3</sup> ainsi que les tribunaux régionaux et nationaux<sup>4</sup> continuent d'utiliser la

---

<sup>1</sup>Dans ce cas, le consensus doit être compris comme une « majorité écrasante » ou une « convergence de l'opinion internationale », et ne doit pas être confondu avec les circonstances dans lesquelles on ne demande aucun vote sur une résolution pour son adoption.

<sup>2</sup> M. BARELLI, 2009. « The Role of Soft Law in the International Legal System: the case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », *International and Comparative Law Quarterly*, 58(4), p. 957 à 983. Sur l'autorité et la légitimité de la Déclaration, voir aussi ANAYA, J. *Indigenous Peoples in International Law*. OUP, 2<sup>e</sup> éd., 2004, p. 65.

<sup>3</sup> Pour une analyse des pratiques pertinentes, voir BARELLI, M. *Seeking Justice in International Law: the Legal Significance and Implications of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Routledge, 2016, p. 60 à 63.

<sup>4</sup> Par exemple, *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Inter-American Court of Human Rights, (28 novembre 2007); *Case of the Kichwa Indigenous Peoples of Sarayaku v. Ecuador*, Inter-American Court of Human Rights (27 juin 2012); *African Commission on Human and Peoples' Rights (Ogiek Community of the Mau Forest) c. Republic of Kenya African Court on Human and Peoples' Rights* (26 mai 2017); Cour constitutionnelle

Déclaration comme point de référence pour définir la signification et la portée des droits des peuples autochtones. Dans ce contexte positif, les États se sont engagés à prendre des mesures précises pour atteindre les objectifs définis dans la Déclaration<sup>5</sup>. Une étude réalisée en 2017 par le Forum des Nations Unies sur les questions autochtones a donné un aperçu de la mise en œuvre de la Déclaration 10 ans après son adoption<sup>6</sup>. Tout en reconnaissant qu'il était possible et nécessaire d'en faire davantage, l'étude a souligné que d'importants développements constitutionnels et législatifs ont eu lieu dans plusieurs pays. En 2007, par exemple, la Bolivie a incorporé la Déclaration dans une loi nationale<sup>7</sup>. En outre, d'importantes réformes constitutionnelles ont été entreprises en Équateur, en Bolivie, au Costa Rica, au Mexique, au Nicaragua et au Kenya<sup>8</sup>, tandis que de nouvelles lois nationales ont été créées ou modifiées dans des pays tels que le Japon, le Congo, le Pérou et le Chili<sup>9</sup>. Une étude sur le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, réalisée en 2018 par le Mécanisme d'experts des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones a confirmé la tendance positive décrite ci-dessus en soulignant que « de nombreux États ont commencé à adopter des lois, des pratiques et des directives sur la consultation et l'obtention du consentement<sup>10</sup> ». La liste est assez longue<sup>11</sup>, mais l'un des développements les plus récents et

---

de Bolivie, cas 2003/2010-R du 25 octobre 2010; Cour suprême du Belize, Demande n° 394 de 2013, Décision du 3 avril 2014; et Cour constitutionnelle de Colombie, cas T-376/12 du 18 mai 2012

<sup>5</sup> Voir, par exemple, Assemblée générale, Document final de la réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale, dite Conférence mondiale sur les peuples autochtones, Doc. de l'ONU A/RES/69/2 (25 septembre 2014).

<sup>6</sup> « Tenth anniversary of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: measures taken to implement the Declaration », Doc. de l'ONU E/C.19/2017/4 (7 février 2017).

<sup>7</sup> Loi nationale 3760 de l'état plurinational de Bolivie du 7 novembre 2007, modifiée par la Loi 3897 du 26 juin 2008.

<sup>8</sup> Voir respectivement les paragraphes 10, 11, 12, 13, 14 et 15 de l'étude, précités à la note 6.

<sup>9</sup> Voir respectivement les paragraphes 18, 19, 20, et 34, *Ibid.*

<sup>10</sup> « Free, prior and informed consent: a human rights-based approach Study of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples ». Doc. de l'ONU A/HRC/39/62 (18 août 2018).

<sup>11</sup> Voir paragraphes 58 et 59.

potentiellement les plus pertinents est l'introduction au Costa Rica d'un mécanisme de consultation des peuples autochtones qui, conformément à la Déclaration, reconnaît pleinement le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLE)<sup>12</sup>. S'appuyant sur ces développements importants, le Canada agit certainement de la bonne manière en s'engageant, par ce projet de loi, à mettre en œuvre les dispositions de la Déclaration et, ce faisant, pourrait servir de modèle à d'autres États.

Dans ma déclaration verbale, j'ai également fait spécifiquement référence à la question du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, en particulier en ce qui concerne les projets ayant une incidence sur les terres des peuples autochtones. J'ai expliqué que ni la Déclaration ni les organismes internationaux et régionaux des droits de la personne n'ont défini le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, comme supposant un droit de veto. Un exemple peut aider à illustrer davantage mon propos. Comme on le sait, les cinq membres permanents du Conseil de sécurité de l'ONU disposent du « droit de veto ». Cela signifie que, si l'un d'entre eux vote négativement sur une résolution de fond, celle-ci ne peut être approuvée<sup>13</sup>, et ce, indépendamment du contenu et du contexte de la résolution. Par conséquent, l'exercice du droit de veto ne peut être remis en question ni faire l'objet d'un quelconque examen légal. La Déclaration ne confère pas aux peuples autochtones un droit de ce genre. On y envisage plutôt le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, comme un principe fondamental qui renforce les droits des peuples

---

<sup>12</sup> Decreto núm. 40932-MP-MJP que establece el Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas (6 mars 2018).

<sup>13</sup> Article 27 de la *Charte des Nations Unies*.

autochtones en ce qui a trait à la consultation et à la participation, deux droits vitaux qui, à leur tour, doivent être situés dans le contexte plus large du droit des peuples autochtones à l'autodétermination (garanti à l'article 3 de la Déclaration). Dans cette perspective, il est possible de mieux cerner le sens et la portée du paragraphe 32(2) de la Déclaration, qui établit 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. Le libellé et l'historique rédactionnel de cette disposition suggèrent que le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, doit être abordé avec une certaine souplesse<sup>14</sup>. La pratique des organes des Nations Unies chargés des droits de la personne, tels que le Comité des droits de l'homme<sup>15</sup>, les cours régionales des droits de la personne telles que la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>16</sup>, et plusieurs cours suprêmes et cours constitutionnelles, par exemple en Bolivie, au Belize et en Colombie, confirment cela<sup>17</sup>. En examinant la question de la portée des droits des peuples autochtones à la participation et à la consultation, tous ces organes ont souscrit à l'opinion selon laquelle le degré de participation des peuples autochtones aux processus décisionnels qui les concernent dépend de la nature et du contenu des droits et des activités visées<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup>Dans la version originale du paragraphe 32(2), on demandait, plus simplement, que les États obtiennent le consentement des peuples autochtones avant d'envisager des mesures ayant des incidences sur leurs terres. L'objection des États à cette formulation a conduit à l'adoption de la formulation actuelle de l'article de l'obligation de « consulter pour obtenir ». Dans le même temps, les propositions avancées par plusieurs États visant à affirmer une obligation générique et faible de « solliciter » le consentement des peuples autochtones ont également été rejetées. Pour une discussion plus approfondie, voir M. BARELLI, « Free, Prior and Informed Consent in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », dans J. HOHMANN et M. WELLER (éditeurs), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples : A Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 2018.

<sup>15</sup> Voir, par exemple, *Poma Poma c. Peru*, Comité des droits de l'homme, Doc. de l'ONU CCPR/C/95/D/1457/2006.

<sup>16</sup> Voir, par exemple, *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Inter-American Court of Human Rights (28 novembre 2007).

<sup>17</sup> Cour constitutionnelle de Bolivie, cas 2003/2010-R du 25 octobre 2010; Cour suprême du Belize, demande n° 394 de 2013, Décision du 3 avril 2014; et Cour constitutionnelle de Colombie, cas T-129 du 3 mars 2011.

<sup>18</sup> Pour une analyse plus détaillée, voir BARELLI M., *Free, Prior and Informed Consent*, précité à la note 14.

Cette interprétation du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, également confirmée par le rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones<sup>19</sup> et le Mécanisme d'experts des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones<sup>20</sup>, prévoit que : premièrement, les consultations devraient toujours viser à obtenir le consentement; deuxièmement, les peuples autochtones devraient toujours avoir une chance réaliste d'influer sur les résultats des consultations pertinentes; troisièmement, lorsque l'action envisagée par les États menace de porter *gravement* atteinte à l'exercice de leurs droits *fondamentaux*, les peuples autochtones devraient pouvoir refuser leur consentement. À ce moment-là, les gouvernements peuvent encore envisager la possibilité d'aller de l'avant avec leur plan sans le consentement du groupe touché. Reflétant un principe bien établi du droit international en matière de droits de la personne, au paragraphe 2 de l'article 46, la Déclaration permet aux États d'imposer des limitations à l'exercice des droits qui y sont reconnus. Cela s'appliquerait évidemment aussi au consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. Les conditions pour le faire légalement, cependant, sont assez strictes, car toute restriction doit respecter des critères rigoureux de nécessité et de proportionnalité. En fait, le paragraphe 46(2) affirme en outre qu'une restriction de cette nature doit être « non discriminatoire et strictement nécessaire à seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique ». En outre, le paragraphe 46(3) exige que toutes les dispositions de la Déclaration soient interprétées « conformément aux principes de justice, de

---

<sup>19</sup> Voir, par exemple, ANAYA, James. *Extractive Industries and Indigenous Peoples, Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples*, Doc. de l'ONU A/HRC/24/41 (2013).

<sup>20</sup> « Free, prior and informed consent: a human rights-based approach Study of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous ». Doc. de l'ONU A/HRC/39/62 (18 août 2018).

démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi ». Lorsqu'on applique les paragraphes 46(2) et (3), il est également crucial de tenir compte à la fois du point de vue du gouvernement et de celui des membres de la communauté autochtone. Comme je l'ai mentionné dans ma déclaration verbale, la Cour suprême du Canada a déjà approuvé dans une large mesure cette approche, souple et validée à l'échelle internationale, de consultation et de consentement dans la décision de 2014 concernant la Nation Tsilhqot'in<sup>21</sup>. Dans cette affaire, sans mentionner expressément le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, la Cour s'est orientée vers une interprétation plus ferme et axée sur le consentement de l'obligation de consulter, qui est essentiellement conforme au modèle du CPLE fondé sur la Déclaration. Il est révélateur qu'un passage de la décision encourage explicitement le gouvernement, que ce soit avant ou après une déclaration de titre ancestral, à obtenir le consentement des groupes autochtones intéressés avant de procéder à l'utilisation ou à l'exploitation de leurs terres<sup>22</sup>.

Le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, représente une norme juridique internationale que les États doivent adopter pour s'acquitter de leurs obligations internationales envers les peuples autochtones. Les droits des peuples autochtones à l'autodétermination, à la propriété et au contrôle de leurs terres et à la participation aux processus décisionnels qui les concernent ne peuvent fonctionner correctement sans la reconnaissance du consentement

---

<sup>21</sup> *Tsilhqot'in Nation c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44.

<sup>22</sup> « Les gouvernements et particuliers qui proposent d'utiliser ou d'exploiter la terre, que ce soit avant ou après une déclaration de titre ancestral, peuvent éviter d'être accusés de porter atteinte aux droits ou de manquer à l'obligation de consulter adéquatement le groupe par l'obtention du consentement du groupe autochtone en question. », par. 97.

préalable, donné librement et en connaissance de cause. L'approbation d'un tel consentement est donc nécessaire pour marquer un véritable engagement à respecter pleinement les droits fondamentaux des peuples autochtones.