

Mise en œuvre de la DNUDPA : réflexions sur le projet de loi C-262

Auteur : Nigel Bankes

Projet de loi commenté : [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](#)

Le présent billet contient des observations sur le projet de loi C-262 adopté par la Chambre des communes le 30 mai 2018. Le projet de loi est actuellement au Sénat et sera débattu au cours d'une session d'automne particulièrement chargée. Dans les lignes qui suivent, je m'inspire d'une présentation que j'ai livrée à la conférence [Indigenous Solutions to Environmental Problems](#) [en anglais], tenue au centre Banff, en Alberta, du 9 au 12 novembre 2018, sur le territoire la Première Nation de Stoney Nakoda, signataire du Traité n° 7.

La Partie I contient quelques observations préliminaires relatives à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ([Déclaration ou DNUDPA](#)). La Partie II décrit la route cahoteuse empruntée par le Canada jusqu'à l'adoption de la Déclaration. La Partie III étudie l'objet de la dernière étape de cette adoption, soit l'appui du gouvernement au projet de loi C-262 émanant du député Romeo Saganash.

Ma principale conclusion est que le projet de loi établit un juste équilibre entre une forme d'« application » immédiate de la Déclaration dans le droit canadien et la création d'un processus qui, au fil du temps, accentuera l'effet de la Déclaration dans l'ordre juridique canadien et, ce faisant, décolonisera le droit canadien et la pensée juridique canadienne. En considérant le projet de loi C-262 comme un texte équilibré, j'adopte un point de vue divergent de certains observateurs (voir, par exemple, le [texte](#) signé par Dwight Newman et Ken Coates) selon lesquels le projet de loi est trop simpliste et confèrera beaucoup de pouvoir aux tribunaux.

Partie I : La Déclaration

La Déclaration a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) le 13 septembre 2007 ([A/RES/61/295](#)). Il est possible de consulter le [résumé des observations](#) formulées par les États au cours du débat. Le processus de conception de la Déclaration a débuté beaucoup plus tôt, en 1985, avec les travaux du Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones, formé de cinq experts. Le Groupe de travail a achevé son travail de conception du texte en 1993, et c'est le Groupe de travail intergouvernemental sur la Déclaration qui a ensuite assumé la responsabilité de la rédaction. Ce second processus a été piloté par les États et non par des experts, mais avec une forte participation de représentants

autochtones. À la conclusion du processus mené par le Groupe de travail intergouvernemental, en 2005, à l'issue de 11 séances de négociation, le président a préparé un « texte de compromis », à soumettre au Conseil des droits de l'homme (CDH).

Ce texte a été adopté à l'issue d'un vote majoritaire du [CDH en juin 2006](#). Parmi les 47 membres du CDH, deux ont voté contre, soit le Canada et la Russie. Selon la procédure habituelle, le CDH aurait envoyé le texte adopté à l'AGNU, pour examen et adoption au cours de la même année (2006). Le texte a été soumis, mais un groupe d'États africains a demandé que la question soit reportée pour permettre de déterminer si le texte aurait pour effet d'accorder un droit de sécession inconditionnel à des groupes ethniques d'États africains (voir le [lien](#)) [en anglais]. L'AGNU a voté en faveur du report et l'Assemblée a été de nouveau saisie du texte en 2007, avec l'ajout de ce qui constitue maintenant l'Article 46(1) :

Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies, ni considérée comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoinrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant.

Le changement a été suffisant pour mener à l'adoption du texte par une majorité de 144 États, avec 4 États contre (Australie, Canada, Nouvelle-Zélande et États-Unis) et 11 abstentions (Azerbaïdjan, Bangladesh, Bhoutan, Burundi, Colombie, Géorgie, Kenya, Nigeria, Russie, Samoa et Ukraine). Depuis, les quatre États dissidents ont approuvé les modalités de la Déclaration, sous diverses réserves. La position du Canada est examinée ci-dessous.

Une analyse détaillée du préambule et des 46 articles de la Déclaration n'aurait pas sa place ici. Cependant, quatre observations préliminaires s'imposent. D'abord, en théorie, il est préférable d'envisager la Déclaration comme la traduction et l'application de règles générales et de principes de droit international en matière de droits de la personne (comme le droit à l'autodétermination, le droit à l'égalité, le droit à la protection contre toute discrimination et le droit à la culture) à la situation particulière des peuples autochtones. La Déclaration ne crée pas de nouveaux droits. Elle porte plutôt sur l'histoire particulière de la colonisation vécue par les peuples autochtones. Dans ce contexte, bon nombre des dispositions de la Déclaration représentent le droit international coutumier. Deuxièmement, la Déclaration est une déclaration, non un traité. Par conséquent, sur le plan du droit international, elle n'est exécutoire pour les États que dans la mesure où des dispositions particulières représentent effectivement le droit international coutumier, ce qui doit être établi article par article, sur la base d'une évaluation de la pratique des États et d'une opinion de droit. Troisièmement, sur le plan de la rédaction, une grande partie du texte de la Déclaration consiste en une déclaration d'un droit, avec responsabilité correspondante ou corrélative de l'État de prendre des mesures permettant une jouissance réelle de ce droit. Enfin, la Déclaration doit être lue dans son

intégralité, y compris l'Article 46. J'ai cité le paragraphe 1 de l'Article 46 ci-dessus. Le paragraphe 2, peut-être tout aussi important, indique que la Déclaration reconnaît les droits des peuples autochtones, mais pas aux dépens des droits d'autrui.

2. Dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés. L'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration est soumis uniquement aux restrictions prévues par la loi et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Toute restriction de cette nature sera non discriminatoire et strictement nécessaire à 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.

Partie II : Le cheminement du Canada vers l'adoption de la Déclaration

Le Canada a signalé un changement de position pour la première fois en novembre 2010, lorsque le [gouvernement Harper a approuvé la Déclaration](#), mais en précisant qu'il s'agissait d'un document d'aspirations, non juridiquement contraignant et non conforme au droit coutumier. Cependant, en 2016, la [ministre Carolyn Bennett a déclaré à l'Instance permanente sur les questions autochtones](#) que le Canada « [appuie] maintenant sans réserve la Déclaration » et que le gouvernement vise « rien de moins que l'adoption et l'application de la Déclaration, conformément à la Constitution canadienne ». Enfin, en novembre 2017, le gouvernement du Canada [a annoncé son appui](#) [article en anglais] à l'adoption du projet de loi C-262.

L'actuel gouvernement fédéral fait aussi référence à la Déclaration dans son [Aperçu d'un Cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits des peuples autochtones](#) et les [Principes régissant la relation du gouvernement du Canada avec les peuples autochtones](#), notamment le troisième principe, selon lequel :

La mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones nécessite des changements en profondeur en ce qui concerne la relation du gouvernement avec les peuples autochtones. La Déclaration des Nations Unies est un énoncé des droits collectifs et individuels qui sont nécessaires pour la survie, la dignité et le bien-être des peuples autochtones dans le monde entier et le gouvernement doit jouer un rôle actif afin de permettre l'exercice de ces droits. Le gouvernement respectera son engagement envers la mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies par un examen des lois et des politiques, et au moyen d'autres initiatives et mesures de collaboration. Cette approche cadre avec la Déclaration elle-même qui énonce qu'elle peut être mise en œuvre par les États au moyen de diverses mesures.

La mise en œuvre de la Déclaration est aussi conforme aux [appels à l'action](#) de la Commission de vérité et réconciliation :

43. Nous demandons aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux de même qu'aux administrations municipales d'adopter et de mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dans le cadre de la réconciliation.

44. Nous demandons au gouvernement du Canada d'élaborer un plan d'action et des stratégies de portée nationale de même que d'autres mesures concrètes pour atteindre les objectifs de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

Comme nous l'avons indiqué, le projet de loi C-262 a été déposé à la Chambre par le député du Nouveau Parti démocratique (NPD) Romeo Saganash, de la Nation crie du Nord du Québec, comme projet de loi d'initiative parlementaire. Il est peu courant que le gouvernement appuie un projet de loi de ce type, surtout s'il est présenté par un membre d'un parti d'opposition et s'il porte sur une question aussi importante en matière de politique publique. La présentation d'un projet de loi d'initiative parlementaire n'a pas les mêmes implications qu'une mesure parrainée par le gouvernement. D'abord, la période octroyée pour l'étude d'un projet de loi d'initiative parlementaire est limitée. Ensuite, il ne peut s'agir d'un projet de loi de finances, c'est-à-dire qu'il ne comporte pas d'affectation de fonds. Troisièmement, aucun ministre fédéral n'intervient directement pour parler du projet de loi ou répondre à des questions à son sujet. Enfin, le projet de loi n'est pas rédigé par l'équipe de rédaction du ministère de la Justice.

Le projet de loi C-262 a été déposé en 2016 et a franchi l'étape de la deuxième lecture en février 2018, pour être ensuite soumis au Comité permanent des affaires autochtones et du Nord. Le Comité a tenu des audiences sur le projet de loi de février à mai 2018 et a produit son rapport sans y apporter d'amendements. Le projet de loi a été adopté par la Chambre des communes le 30 mai 2018. Le projet de loi C-262 a été accepté par le Parti libéral, le NDP et d'autres petits partis, mais il a été rejeté par les conservateurs. Voir les [détails du vote](#).

Partie III : projet de loi C-262

Le projet de loi C-262 comprend un préambule de neuf paragraphes, six articles applicables (dont un article consacré au titre abrégé) et une annexe contenant la résolution adoptée par l'AGNU, elle-même accompagnée d'une annexe comprenant le texte de la Déclaration.

Je débiterai en répétant le titre long de la Loi : « Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ». Ce titre évoque davantage un programme d'action progressif qu'un texte à caractère déclaratoire. Je veux dire qu'il évoque un processus par lequel les lois du Canada seront rendues compatibles à la Déclaration.

J'estime que deux dispositions du Préambule sont importantes dans ce contexte. Dans le premier paragraphe, « le Parlement du Canada reconnaît que les principes établis dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones devraient être inscrits dans

les lois fédérales ». J'attire votre attention sur deux éléments de ce paragraphe. D'abord, il est de nature normative : « devraient être inscrits ». Ensuite, ce n'est pas le texte même de la Déclaration qui doit être inscrit, mais bien les « principes » qui y sont établis. Le septième paragraphe du Préambule évoque aussi l'idée que la Loi comporte un programme d'action. Selon cette disposition, « le Canada s'est engagé à prendre les mesures appropriées – législatives, politiques et administratives, entre autres – à l'échelle nationale et internationale, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, afin d'atteindre les objectifs énoncés dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et à s'assurer de son efficacité ». Ce qui paraît important ici est la référence à un processus consistant « à prendre les mesures appropriées » et à l'atteinte des « objectifs » de la Déclaration. Tout comme la référence aux « principes » au premier paragraphe du Préambule, les « objectifs » doivent renvoyer à autre chose que les dispositions mêmes de la Déclaration.

Passons maintenant aux dispositions d'application du projet de loi.

Après le titre agrégé (Loi relative à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones), qui omet l'objectif d'harmonisation, vient l'article 2, intitulé « Droits ancestraux ou issus de traités ». Le paragraphe 1 est une disposition courante des lois fédérales. Il confirme que la Loi ne vise pas à entraîner « la diminution ou l'extinction » des droits reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le second paragraphe est plus intéressant pour la question qui nous occupe, en affirmant que la Loi « n'a pas pour effet de retarder l'application en droit canadien de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ». Cela confirme que la Loi n'agit pas en vase clos et que d'autres processus normatifs peuvent intervenir dans « l'application en droit canadien de la Déclaration ». Je touche à certains de ces processus ci-dessous.

Les articles 3 à 6 forment le cœur du projet de loi. Alors que l'article 3 est plutôt déclaratoire, les articles 4 à 6 sont beaucoup plus prospectifs, axés sur les processus et les relations.

Article 3

L'article 3 est une déclaration relative à la portée juridique de la Déclaration, selon laquelle la Déclaration « constitue un instrument universel garantissant les droits internationaux de la personne et *trouve application au Canada* » [c'est nous qui soulignons]. Le texte français – « et trouve application au Canada » – ne fait pas référence à la loi ou *aux lois*. Cette disposition diffère sensiblement des autres dispositions de lois canadiennes portant sur la mise en œuvre d'une entente ou d'un engagement international. Mon analyse des lois fédérales montre que le Parlement a utilisé toutes sortes de termes pour signaler l'intention de mettre en œuvre une entente internationale dans le droit canadien. Cependant, la formulation la plus courante semble être : « La Convention est approuvée et a force de loi au Canada. » Cette formulation est utilisée, par exemple, dans les lois de mise en œuvre de conventions fiscales du Canada, mais

aussi dans la *Loi sur le transport aérien*, [L.R.C. 1985, ch. C-26](#) (mise en œuvre de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Varsovie, le 12 octobre 1929 et la Convention complémentaire) et la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, [L.C. 2001, ch. 6](#) (mise en œuvre, notamment, de la Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages, conclue à Athènes le 13 décembre 1974, et de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, conclue le 27 novembre 1992). La formulation la plus explicite et qui a les répercussions les plus fortes est peut-être la *Loi du traité des eaux limitrophes internationales*, [L.R.C. 1985, ch. I-17](#), qui met en œuvre le traité des eaux limitrophes du 11 janvier 1909. L'article 3 stipule que :

Les lois fédérales et provinciales sont modifiées de manière à d'une part, permettre, autoriser et sanctionner l'exécution des obligations contractées par Sa Majesté aux termes du traité, et, d'autre part, sanctionner et établir les différents droits, devoirs et incapacités imposés par le traité au Canada sur son territoire.

Ce contexte soulève au moins deux questions relatives à l'article 3 du projet de loi C-262. La première est celle de savoir si l'énoncé « trouve application au Canada » a pour but d'incorporer la Déclaration dans le droit canadien. La seconde question, dans le scénario d'une réponse négative à la première, est : quel est l'effet de cet énoncé si ce n'est d'incorporer la Déclaration dans le droit canadien? Quelle autre portée juridique peut-il avoir?

L'énoncé « trouve application au Canada » a-t-il pour but d'incorporer la Déclaration dans le droit canadien?

Je commencerai en précisant ce que j'entends par « incorporer la Déclaration dans le droit canadien ». À mon sens, cela signifie que la Déclaration aurait la même portée juridique qu'une loi fédérale ou un règlement et pourrait créer des droits et des obligations pour le gouvernement et les citoyens du Canada (selon les termes d'une disposition donnée). Elle pourrait aussi, dans un cas pertinent, donner lieu à une action qui pourrait être accueillie par les tribunaux. Je donne à cet énoncé le sens qu'entend le Parlement dans d'autres contextes lorsqu'il déclare que « la convention a force de loi au Canada ».

Cette définition d'incorporation me permet de conclure que l'énoncé « trouve application au Canada » ne peut, à lui seul, transformer la Déclaration en une loi canadienne ou l'incorporer dans le droit national. Cette conclusion s'appuie sur quatre motifs. D'abord, comme la Cour suprême du Canada l'a récemment affirmé, « l'incorporation par renvoi nécessite un libellé clair » (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, [2018 CSC 48](#), par. 51). Ensuite, on est en droit de s'attendre à ce que le Parlement connaisse les différents termes qui ont été utilisés dans d'autres lois fédérales pour donner force de loi à une entente internationale (ou même à un accord de revendication territoriale comme, par exemple, la *Loi concernant l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, [L.C. 1993, ch. 29](#), article 4).

Ces autres termes (comme ceux cités plus haut) sont beaucoup plus explicites quant à la portée juridique souhaitée que l'expression « trouve application au Canada ». Troisièmement, l'objet de la loi, vue dans son ensemble, y compris le Préambule et les dispositions axées sur les processus qui suivent l'article 3, est d'établir la Déclaration comme norme au regard de laquelle seront mesurées les lois canadiennes et de les rendre conformes à la Déclaration au cours d'une période donnée. L'objet du projet de loi n'est pas de faire de la Déclaration une loi à la date à laquelle le projet de loi lui-même aura force de loi. Sous un autre angle, nous pourrions dire que si l'article 3 signifiait l'incorporation immédiate de la Déclaration dans le droit canadien, l'analyse de conformité (article 4) et le plan d'action (article 5) n'auraient guère d'utilité. Quatrièmement, malgré ma piètre connaissance de la langue française, je dirai qu'étant donné que le texte français ne fait pas référence à la loi, il devient d'autant plus difficile de soutenir que le projet de loi incorpore la Déclaration dans le droit canadien.

Si l'énoncé « trouve application au Canada » ne sert pas à incorporer la Déclaration dans le droit canadien, quelle est donc sa portée juridique?

Je crois que le meilleur moyen de répondre à cette question est de se demander d'abord comment les cours et les tribunaux du Canada ont utilisé la Déclaration jusqu'à maintenant. Nous pourrions ensuite demander comment les mots « trouve application » peuvent changer ou clarifier les choses.

La Déclaration a été mentionnée dans plus de 50 affaires judiciaires et environ 15 décisions de tribunaux au Canada. Elle est aussi citée dans quatre lois : deux lois ontariennes, une loi fédérale et une loi manitobaine, la *Loi sur la réconciliation*, [C.P.L.M. c. R 30.5](#), qui demande au ministre responsable de concevoir une « stratégie visant la réconciliation » inspirée des appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation et des principes énoncés dans la Déclaration (voir aussi *Manitoba Metis Federation Inc. v. The Government of Manitoba et al.*, [2018 MBQB 131](#)) [en anglais]. La Déclaration est aussi citée dans le [projet de loi 51 – 2018, Environmental Assessment Act](#) [en anglais] de la Colombie-Britannique et dans le préambule du [projet de loi C-69](#), Loi édictant la Loi sur l'évaluation d'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, actuellement étudié par le Sénat [en deuxième lecture](#).

Les causes ont porté sur un large éventail de questions, dont l'adoption, l'autonomie gouvernementale, le contrôle des fonds, le devoir de consultation, l'éducation, les traitements médicaux et la discrimination. Il ne conviendrait pas de détailler ces causes ici, mais j'estime que deux filières hiérarchiques peuvent être dégagées quant au recours à la Déclaration comme instrument normatif à prendre en compte dans l'interprétation de dispositions législatives ou constitutionnelles.

D'une part, une série de causes insiste sur le fait que la Déclaration est une simple déclaration et non un traité et que, bien qu'il ait appuyé la Déclaration, le Canada a déclaré qu'il s'agissait d'un

document énonçant des aspirations, qu'elle ne représentait pas le droit coutumier et que, par conséquent, elle ne devait pas servir de référence pour les tribunaux. L'exemple le plus éloquent de cette approche est peut-être l'arrêt rendu en 2014 par le juge en chef Hinkson dans la cause *Snuneymuxw First Nation v. Board of Education – School District #68*, [2014 BCSC 1173](#) [en anglais]. Dans cette cause, la Première Nation Snuneymuxw a contesté la validité de l'ordonnance d'un conseil scolaire exigeant la fermeture de certaines écoles, qui portait atteinte aux possibilités de s'instruire des élèves de la Première Nation. La cause portait dans une large mesure sur l'équité procédurale et le devoir de consultation, mais la Première Nation a aussi fait référence aux Articles 14, 18, 19 et 23 de la Déclaration. Cependant, le juge Hinkson (au paragraphe 59) a réfuté la pertinence de la Déclaration :

D'entrée de jeu, je dois déclarer que j'écarte la Déclaration invoquée par le requérant. Ni le gouvernement fédéral ni les tribunaux n'ont reconnu de portée juridique à ce document. Le Canada est signataire de la DNUDPA, mais il ne l'a pas ratifiée. En annonçant sa signature de la Déclaration, le gouvernement fédéral a déclaré que la Déclaration ne fait qu'énoncer des aspirations, qu'elle n'est pas un document contraignant, qu'elle ne reflète pas le droit international coutumier et ne modifie pas la législation nationale du Canada. Ce fait a été pris en compte par les tribunaux canadiens dans l'application de la Déclaration, tout comme le fait que le document est de nature trop générale pour véritablement guider les tribunaux [...] [TRADUCTION].

Ce point de vue est peut-être moins courant aujourd'hui. Cependant, dans un arrêt assez récent, *Ross River Dena Council v. Canada*, [2017 YKSC 59](#) [en anglais], la Cour suprême du Yukon a refusé de se référer à la Déclaration dans l'interprétation d'un document constitutionnel (en l'occurrence, le décret impérial de 1870 relatif à l'interprétation d'une disposition du décret de 1870 sur la terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest autorisant l'admission de la terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest dans le nouveau Dominion du Canada).

D'autre part, la Déclaration a déjà été adoptée dans une autre série de causes. Une des premières décisions, *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [\[2013\] 4 RCF 545](#), rendue par le juge MacTavish, démontre toute la place que peut prendre la Déclaration. Dans cette cause, le juge MacTavish a conclu que la Déclaration pouvait être invoquée pour trois raisons : (1) privilégier une interprétation particulière d'une loi qui soit plus conforme aux obligations internationales du Canada (en l'occurrence, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*), (2) éclairer l'approche contextuelle de l'interprétation des lois, et (3) dégager les valeurs et les principes qui devraient éclairer l'interprétation des lois. Voir aussi *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al c. Procureur général du Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2018 TCDP 4](#).

En résumé, nous pourrions dire que la jurisprudence ne fait pas encore consensus quant au poids normatif qui devrait être accordé à la Déclaration.

Sur cette toile de fond, nous pouvons maintenant revenir à la question des implications juridiques de l'énoncé « trouve application au Canada », à l'article 3.

J'estime que si l'article 3 est promulgué, il sera impossible pour une cour ou un tribunal d'adopter l'approche nihiliste du juge Hinkson et de rejeter carrément la pertinence normative de la Déclaration. Si la Déclaration « trouve application », un tribunal pourra – ou plutôt *devra* – se référer à la Déclaration pour toutes les raisons citées par la juge MacTavish ainsi que dans des causes portant sur les lois, les règlements et les doctrines constitutionnelles. De plus, puisque l'article fait référence à la Déclaration dans son ensemble, je ne crois pas qu'il soit nécessaire pour un tribunal d'établir si une disposition particulière de la Déclaration représente le droit international coutumier. Il faut considérer qu'en promulguant ce texte, le Parlement approuve la pertinence ou l'applicabilité de toute la Déclaration, quel qu'en soit le statut en droit international.

Qu'est-ce que cela peut signifier concrètement? Voici trois usages possibles de la Déclaration auxquels nous pourrions nous attendre. D'abord, considérons les causes *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, [1996 CanLII 216 \(CSC\)](#) et *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 RCS 821, [1996 CanLII 161 \(CSC\)](#). Ne serait-il pas possible d'utiliser la Déclaration pour faire valoir que le critère de l'élément « faisant partie intégrante de la culture distinctive » avancé par la Cour représente une vision trop étroite des droits des peuples autochtones en tant que peuples ayant droit à l'autodétermination interne et à un degré d'autonomie (voir l'ensemble de la Déclaration et plus particulièrement les articles 3 et 4)?

Ensuite, si la Déclaration avait trouvé application dans le droit canadien lorsque, plus tôt cette année, l'arrêt *Mikisew Cree First Nation c. Canada* (Gouverneur général en conseil) [2018 CSC 40](#) a été prononcé, la Cour suprême aurait pu difficilement conclure, comme elle s'est empressée de le faire, que le devoir de consultation ne s'applique pas au processus parlementaire. Après tout, l'Article 19 de la Déclaration dispose de ce qui suit :

Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés — par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives — avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

Enfin, nous allons devoir trouver un moyen de rapprocher les interprétations actuelles du devoir de consultation et d'accommodement et l'obligation apparemment plus exigeante énoncée à l'article 32(2) de la Déclaration : « Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation

des ressources minérales, hydriques ou autres. » Cette difficulté a été largement débattue au cours des audiences du Comité, de nombreux témoins soulignant que le devoir d'obtenir un consentement préalable, libre et éclairé ne constituait pas l'équivalent juridique ou moral d'un veto. Une piste de solution possible, proposée par certains témoins entendus lors des audiences du Comité, est de rappeler le texte de l'Article 46(2) qui évoque, à l'instar de la Cour suprême dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 RCS 256, [2014 CSC 44](#), la nécessité d'appliquer une analyse de l'atteinte justifiable dans les situations où le consentement ne peut être obtenu. Cependant, un véritable effort de réconciliation exige que l'analyse de l'atteinte justifiable déborde la seule analyse de l'intérêt de la majorité (apparemment avalisée dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [\[1997\] 3 RCS 1010](#), [1997 CanLII 302 \(CSC\)](#) et *R. c. Gladstone*, [\[1996\] 2 RCS 723](#), [1996 CanLII 160 \(CSC\)](#), et doit puiser aux valeurs et aux lois de la Première Nation ou des autres collectivités autochtones concernées, comme l'a reconnu le juge en chef Finch dans *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, [2011 BCCA 247](#), aux paragraphes 141 à 150 (dans le contexte d'une interprétation appropriée du devoir de consultation).

Articles 4 à 6

Comme nous l'avons mentionné, les articles 4 et 5 sont beaucoup plus prospectifs et axés sur les processus que l'article 3. Les deux articles exigent que le gouvernement du Canada agisse « en consultation et en coopération avec les peuples autochtones ». L'article 4 stipule que le gouvernement du Canada, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, « prend toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les lois fédérales soient compatibles avec la Déclaration [...] ». Cette obligation concerne les lois et les règlements existants, mais doit aussi s'appliquer aux projets de loi et de règlement. Elle commande la décolonisation des lois et des règlements du Canada à l'échelle fédérale. L'entreprise est considérable et une réflexion approfondie sera nécessaire pour structurer un processus qui fasse réellement place à la consultation et à la coopération avec les peuples autochtones. Ce processus pourrait-il prendre la forme d'une commission de réforme du droit, composée de commissaires de différents horizons et chargés de diverses fonctions de représentation (et dotée d'un mandat pluriannuel pour réaliser sa mission)? Bien sûr, la structure du processus devra elle-même être établie « en consultation et en coopération » et, en fait, être définie conjointement, comme l'ont indiqué des témoins aux audiences du Comité permanent.

En ce qui concerne les lois et les règlements futurs, les discussions du Comité ont porté sur le paragraphe 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice*, [L.R.C. 1985 ch. J-2](#) (voir aussi *Règlement d'examen de compatibilité avec la Charte canadienne des droits et libertés*, [DORS/85-781](#) et *Loi sur les textes réglementaires*, [L.R.C. 1985, ch. S-22](#), al. 3(2)c)). Cette disposition exige que le ministre de la Justice « examine, conformément aux règlements pris par le gouverneur en conseil, les règlements transmis au greffier du Conseil privé pour enregistrement, en application de la *Loi sur les textes réglementaires* ainsi que les projets ou propositions de loi soumis ou présentés à la Chambre des communes par un ministre fédéral, en vue de vérifier si l'une de

leurs dispositions est incompatible avec les fins et dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés, et fait rapport de toute incompatibilité à la Chambre des communes dans les meilleurs délais possible ». Bien que ce soit là un modèle potentiel, il ne prévoit pas de « consultation et coopération », du moins à première vue.

L'article 5 exige que le gouvernement du Canada mette en œuvre un plan d'action national, encore une fois en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, « afin d'atteindre les objectifs » énoncés dans la Déclaration. Cette exigence nécessitera aussi des efforts et des ressources considérables. Contrairement à l'article 4, qui requiert une analyse de cohérence, l'article 5 ne porte pas sur les lois du Canada. Il vise plus généralement à garantir que les objectifs de la Déclaration seront atteints. Les moyens de promouvoir les objectifs de la Déclaration pourront faire l'objet de bien des débats. Ce qui est sûr, c'est qu'un des principaux objectifs sera de veiller à ce que les peuples autochtones puissent réellement exercer leurs droits reconnus par la Déclaration. Je reviens à un point que j'ai soulevé plus tôt au sujet de la rédaction de la Déclaration. Je disais que bon nombre des dispositions de la Déclaration décrivent un droit, tout en énonçant ensuite les obligations corrélatives du Sénat en termes de mesures qu'il pourrait prendre pour assurer efficacement la pleine jouissance de ce droit. Cela pourrait constituer une avenue possible pour un « plan d'action ».

Enfin, l'article 6 exige que le ministre remette, à la Chambre et au Sénat, un rapport annuel sur l'exécution des obligations du gouvernement au titre des articles 4 et 5 pour chacune des 20 prochaines années, notamment les « mesures » mentionnées à l'article 4 et le plan d'action de l'article 5. Il s'agit bien sûr d'une mesure visant la transparence et la reddition de comptes, puisque les rapports déposés aux deux chambres pourront faire l'objet de questions et de discussions.

L'insistance sur la procédure, aux articles 4 et 5, et le mécanisme de responsabilité décrit à l'article 6, soulèvent la question de savoir si les obligations qui incombent au gouvernement du Canada et au ministre au titre de ces articles sont justiciables. À mon avis, l'article 3 est justiciable et les tribunaux vont devoir décider du sens de l'énoncé « trouve application au Canada ». Cette définition dictera inévitablement l'interprétation que feront les tribunaux de différentes dispositions de la Déclaration. Mais, comme je l'ai déjà indiqué, les articles 4 et 5, combinés à l'article 6, reposent sur une base différente et, à mon avis, au moins une partie des éléments de ces articles ne sera probablement pas justiciable. Par exemple, si une partie devait alléguer qu'un plan d'action national n'a pas permis d'atteindre les objectifs de la Déclaration, je doute qu'un tribunal entende la cause.

La référence la plus pertinente sur la justiciabilité dans ce contexte est la décision de la Cour fédérale dans la cause *Ami(e)s de la Terre c. Canada*, [2009] 3 RCF 201, [2008 CF 1183](#). Dans cette affaire, les *Ami(e)s de la Terre* ont sollicité un jugement déclaratoire et une injonction à l'endroit du Canada en lien avec certaines obligations découlant de la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto*, [L.C. 2007, ch. 30](#) (maintenant abrogée). Cette loi prend aussi sa source dans un projet

de loi d'initiative parlementaire. Elle imposait notamment au gouvernement l'obligation de préparer un plan annuel sur les changements climatiques décrivant les mesures qui seraient prises « afin d'assurer le respect des engagements du Canada » aux termes du Protocole de Kyoto (PK). Le plan devait être présenté à la Chambre des communes et soumis, pour avis, à la Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie (TREE). De plus, tous les deux ans, le commissaire à l'environnement et au développement durable devait faire rapport sur les plans. La TREE et le commissaire devaient commenter la progression vers les engagements pris au titre du PK. Le gouvernement de l'époque a dressé un plan, mais il établissait clairement qu'il n'entendait pas respecter ses engagements de KP. La première question que devait trancher la Cour était de savoir si l'engagement à produire un rapport qui « garantisse » la conformité au PK constituait une obligation dont on peut saisir les tribunaux.

Dans sa réponse en première instance, le juge Barnes a souligné que, dans un régime constitutionnel de séparation des pouvoirs, la question au cœur de la justiciabilité était de savoir s'il convenait, en l'espèce, que la Cour s'interpose dans les activités de la branche exécutive du gouvernement. Dans certains cas, la législation montre la volonté du Parlement de se réserver le rôle d'exécution. Plusieurs indicateurs démontraient que c'était le cas en l'espèce. Bien que le défaut de produire un rapport ait pu être justiciable, le contenu du rapport ne l'était pas, puisque bon nombre des questions que le rapport devait aborder n'auraient pu faire l'objet d'une évaluation juridique. Le juge Barnes a conclu que, bien que certaines questions aient pu être justiciables, les tribunaux n'ont pas à faire le tri entre les éléments justiciables et ceux qui ne le sont pas. De plus, la structure générale de la loi ainsi que ses exigences de déclaration et d'évaluation montrent clairement qu'en l'espèce, l'intention du législateur était d'établir une responsabilité devant le public et devant le Parlement. Dans ses motifs énoncés de vive voix, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel en invoquant essentiellement les motifs énoncés par le juge Barnes [*Ami(e)s de la terre – Friends of the Earth c. Canada (Environnement)*, [2009 CAF 297](#)].

J'estime que plusieurs raisons portent à croire qu'un tribunal en arriverait aux mêmes conclusions quant aux obligations émanant des articles 4 et 5 du projet de loi C-262. À première vue, la plus manifeste, peut-être, est l'article 6 du projet de loi, qui entend établir une responsabilité devant le Parlement quant aux obligations de réaliser une analyse de conformité et de concevoir un plan d'action national, dans la mesure où le ministre doit faire rapport à la Chambre des communes et au Sénat sur la mise en œuvre des mesures prévues à l'article 4 et du plan mentionné à l'article 5.

Conclusion

Globalement, j'estime que le projet de loi C-262 établit un juste équilibre entre l'essence et le processus et qu'à ce titre, il constituera un apport mesuré à la discussion et aux actions nécessaires à la réconciliation. Sur le fond (p. ex. la portée juridique à accorder à la Déclaration),

le texte (article 3) manque de solidité. Si mon interprétation est exacte, la Loi ne conférera pas à la Déclaration force de loi, mais elle servira à garantir que la Déclaration peut et doit être utilisée par les cours et les tribunaux pour interpréter et clarifier les lois, les règlements et la doctrine constitutionnelle. Sur le plan du processus, les articles 4, 5 et 6 portent la promesse d'un changement systémique et systématique. La réalisation de cette promesse dépendra en large part de l'évolution des deux processus (analyse de conformité et plan d'action) et de la mesure dans laquelle les ressources nécessaires à la mise en œuvre seront fournies. Il sera aussi important de comprendre comment les processus envisagés dans le projet de loi C-262 vont s'arrimer aux propres initiatives du gouvernement mentionnées plus haut (voir les documents Aperçu et Principes).

Bien sûr, le projet de loi C-262 porte principalement sur les lois et les règlements fédéraux. Il reste à voir comment les provinces et les territoires vont répondre au défi posé par la Commission de vérité et réconciliation.

Merci à mes collègues Robert Hamilton, Sharon Mascher, Martin Olszynski et David Wright pour leurs observations pertinentes sur une version antérieure du présent billet.

Le présent billet peut être cité comme suit : Nigel Bankes, "Implementing UNDRIP: some reflections on Bill C-262" (November 27, 2018) : ABlawg, http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2018/11/Blog_NB_Bill_C-262_Legislative_Implementation_of_UNDRIP_November2018.pdf

Pour s'inscrire à ABlawg par courriel ou fil RSS, rendez-vous à <http://ablawg.ca>.

Suivez-nous sur Twitter [@ABlawg](https://twitter.com/ABlawg).