

MÉMOIRE SUR LE PROJET DE LOI C-262 PRÉSENTÉ AU COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES PEUPLES AUTOCHTONES

26 mai 2019

Par :

Dwight Newman, c.r.*

Professeur de droit et titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur les droits des Autochtones dans le droit constitutionnel et international

Université de la Saskatchewan, Saskatoon (Sask.)

(à titre personnel)

Le présent mémoire relatif au projet de loi C-262 fait suite à une invitation à comparaître transmise par le greffier du Comité. Malheureusement, il m'était impossible de comparaître à la date fixée et le greffier ne pouvait pas proposer un autre moment. Il semble que le Comité n'entende qu'un nombre restreint de témoins, ce qui est très regrettable, compte tenu des vastes répercussions potentielles de ce projet de loi et des problèmes importants associés à sa rédaction. Bien que ses objectifs soient louables et représentent une réponse importante aux normes établies dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA), en tant que loi canadienne potentielle, le projet de loi C-262 et ses implications soulèvent des problèmes considérables, qui doivent être étudiés attentivement et pourraient justifier des amendements à certains aspects du texte législatif.

Mémoire antérieur déposé au Comité de la Chambre des communes

J'ai été invité à témoigner devant le Comité permanent des affaires autochtones et du Nord de la Chambre des communes au cours de son examen du projet de loi C-262. Je vous renvoie au mémoire que j'avais déposé en prévision de mon allocution du 17 avril 2018, à

<https://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/INAN/Brief/BR9762671/br->

* Dwight Newman, c.r., détient un B. A. en économie (Regina), un doctorat en jurisprudence (Saskatchewan), une licence en droit civil ainsi qu'une maîtrise et un doctorat en philosophie de l'Université d'Oxford, où il a été boursier de la fondation Rhodes. Ancien greffier pour la juge en chef Lamer et le juge LeBel de la Cour suprême du Canada, il est membre du Barreau de la Saskatchewan et de l'Ontario. M. Newman est professeur de droit et titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur les droits des Autochtones dans le droit constitutionnel et international à l'Université de la Saskatchewan. Il est l'auteur d'une centaine d'articles et de chapitres ainsi que d'une douzaine de livres, qui ont été cités à tous les échelons du système judiciaire canadien. Ancien coprésident du groupe d'étude sur les droits des peuples autochtones de la Société américaine de droit international, il est membre du comité sur la mise en œuvre des droits des peuples autochtones de l'Association de droit international. M. Newman est rédacteur en chef d'un manuel à paraître intitulé *Edward Elgar Research Handbook on the International Law of Indigenous Rights*. Récemment, il a été professeur invité à l'Université Cambridge (bourse Herbert Smith Freehills), à l'Université de Montréal et à Princetown (bourse de recherche James Madison). Il est actuellement chercheur invité (bourse Trinity 2019) au programme sur les fondements du droit et le gouvernement constitutionnel de l'Université d'Oxford. Il a fourni des services juridiques à des communautés autochtones, à des entités gouvernementales et au secteur privé ainsi que des services consultatifs à des investisseurs internationaux dans le secteur des ressources. Ses observations sont livrées ici à titre personnel.

[external/NewmanDwight-9810797-f.pdf](#). Dans ce mémoire, j'expliquais que le projet de loi comportait des **incompatibilités internes**, tant dans les attentes exprimées dans différents articles qu'entre les versions anglaise et française du projet de loi. J'ai aussi discuté des **effets très imprévisibles** du projet de loi, notamment l'article 3, qui stipule que la DNUDPA « constitue un instrument universel garantissant les droits internationaux de la personne et trouve application au Canada ». Bien que des termes similaires puissent exister dans des préambules, je n'en trouve aucun précédent dans les articles applicables de lois antérieures, comme c'est le cas à l'article 3 du projet de loi C-262. L'idée que la DNUDPA « trouve application [immédiate] au Canada » crée de nombreuses incertitudes et soulève des questions quant à savoir si le projet de loi C-262 n'aurait pas pour effet immédiat d'invalider des parties d'autres lois canadiennes ou pourrait être limité dans ses aspirations par des lois adoptées ultérieurement. J'ai aussi souligné que, parce que la DNUDPA porte sur différents sujets, les effets du projet de loi C-262 auraient une large portée, qui rendrait même ses rares prescriptions législatives semblables à celles d'un **projet de loi omnibus** et justifierait son étude par différents comités dont le mandat pourrait être altéré. Tous ces points sont détaillés dans le mémoire présenté au Comité de la Chambre des communes, auquel je vous renvoie en complément des aspects que je vais maintenant aborder.

Les types d'effets sont hautement incertains, comme le mentionnent même les défenseurs du projet de loi sous sa forme actuelle

La DNUDPA aborde de nombreux sujets. Dans leurs observations, d'éminents partisans du projet de loi C-262 sous sa forme actuelle ont eux-mêmes clairement souligné les effets incertains importants du projet de loi dans ces nombreux domaines, notamment en ce qui concerne l'application de la DNUDPA au droit canadien et la question de savoir à qui le projet de loi est censé s'appliquer.

D'abord, pour déterminer si le projet de loi prévoit un processus graduel de mise en œuvre, au fil de nouvelles discussions, ou s'il signifie une prise d'effet immédiate de la DNUDPA au Canada, il importe de s'attarder à l'article 3 du projet de loi, qui stipule que le Parlement affirme que la DNUDPA « trouve application au Canada ». Bien que cet énoncé soit inédit dans un article applicable d'une loi, il est rédigé au temps présent, ce qui, au sens courant, signifie une forme d'effet immédiat sur le droit canadien. Il convient aussi de remarquer que le projet de loi C-262 fait suite à des projets de loi d'initiative parlementaire de sessions antérieures, dont il reprend la plupart des articles, en y ajoutant l'article 3. Outre des principes de base selon lesquels tous les termes d'une loi doivent être définis, l'historique de rédaction du projet de loi laisse entendre que l'article 3 n'a pas été ajouté pour rien.

Malgré le sens naturel de l'article 3, le sénateur Murray Sinclair a déclaré au Sénat que, s'il était adopté, le projet de loi n'aurait pas d'effets immédiats. Lors du débat en deuxième lecture, le 29 novembre 2018, le sénateur Sinclair a déclaré : « [Le] projet de loi ne dit pas avoir pour objectif la mise en œuvre de la déclaration. Il s'agit plutôt de demander au Canada d'analyser les lois en vigueur pour repérer celles qui ne sont pas

compatibles avec la déclaration. C'est le principal objectif du projet de loi. [...] Il m'apparaît improbable que le gouvernement du Canada se contente d'adopter une loi déclarant que la déclaration de l'ONU est maintenant une loi du Canada. Cela m'étonnerait, surtout parce que la déclaration a des incidences non seulement sur les lois fédérales, mais aussi sur les lois provinciales. Et chaque entité provinciale devra respecter les lois de la province. »

Si l'article 3 était absent du projet de loi, toutes ces déclarations cadreraient avec la lecture naturelle du projet de loi. Cependant, l'article 3 pourrait avoir un **effet bien différent de ce que laisse entendre le sénateur Sinclair**. En réalité, il est possible que, dans ses termes actuels, le projet de loi déborde largement les intentions que lui prête même un ardent partisan comme le sénateur Sinclair.

Ensuite, les déclarations du sénateur Sinclair évoquent déjà une autre complication. L'énoncé de l'article 3 selon lequel la DNUDPA « trouve application au Canada » pose problème quant aux applications qui touchent les provinces, ce qui laisse entrevoir des difficultés considérables sur le plan du fédéralisme. Il convient ici d'étudier attentivement certains éléments probants relatifs aux effets juridiques du projet de loi présentés au Comité de la Chambre des communes par certains professeurs de droit. Parmi ceux-ci, nombreux sont ceux qui n'entendaient pas faire valoir leurs prétendues compétences en droit dans leur témoignage, se contentant d'exposer certaines orientations générales au sujet du projet de loi. Mais d'autres ont présenté des observations de nature juridique plus spécifiques, dont le réputé professeur John Borrows. Deux aspects sont à souligner.

D'abord, dans sa déclaration liminaire au Comité le 3 mai 2018 – qu'on peut supposer avoir été soigneusement préparée, alors qu'on pourrait s'attendre à un témoignage moins précis au cours de la période des questions –, le professeur Borrows a déclaré « qu'une partie des principes de ce projet de loi sont des limites imposées au gouvernement autochtone et au gouvernement canadien. [...] [L]a DNUDPA ne s'appliquera pas qu'aux gouvernements canadiens. » La forme plurielle de « gouvernements » et de « gouvernements canadiens » est éloquente en ce qu'elle laisse entendre que le projet de loi ne s'applique pas au seul gouvernement fédéral – ce qui serait exprimé par le singulier –, mais aussi aux **gouvernements provinciaux**. Si c'est bien ce que voulait dire le professeur Borrows, le projet de loi pose des problèmes importants en matière de fédéralisme.

Ensuite, le professeur Borrows a parlé en termes plus tangibles des effets du projet de loi sur les gouvernements autochtones, laissant entendre que la mise en œuvre de la DNUDPA prévue par l'entremise du projet de loi aurait une incidence sur « la récente controverse dans la réserve de Kahnawà:ke, au Québec, concernant les lois sur les mariages “hors réserve” et la perte subséquente d'appartenance à la communauté ». Il déclare que la question serait réglée par l'article 9 de la DNUDPA, qui porte sur le droit d'appartenance de la personne. J'estime, respectueusement, que de citer un article de la DNUDPA, sans faire référence aux autres articles pertinents, laisse bien des gens croire que la mise en œuvre de la DNUDPA par le projet de loi C-262 aurait davantage de conséquences attrayantes qu'elle n'en aurait réellement. Puisque le projet de loi C-262

visé à mettre en œuvre la DNUDPA intégralement, il faut aussi tenir compte d'autres dispositions, comme l'article 33, qui indique que « [les] peuples autochtones ont le droit de décider de leur propre identité ou appartenance conformément à leurs coutumes et traditions [...] », et l'article 35, selon lequel « [les] peuples autochtones ont le droit de déterminer les responsabilités des individus envers leur communauté ». La DNUDPA peut avoir des **conséquences très différentes de celles évoquées par le professeur Borrows** sur la base d'un seul article.

J'ajouterai que j'apprécie grandement le fait que le professeur Borrows ait aussi discuté de l'article 46 de la DNUDPA, qui renferme des dispositions qui limitent les droits évoqués dans la DNUDPA. Cependant, bien que le professeur Borrows tente de montrer que la DNUDPA puisse faire l'objet d'une interprétation équilibrée (avec raison, à mon humble avis), son évocation de la clause limitative lui est relativement propre. En effet, bon nombre des écrits internationaux prestigieux consacrés à la DNUDPA ne mentionnent pas l'article 46 et font comme si la Déclaration ne contenait pas de clause limitative¹.

Conséquences majeures sur des questions pouvant entraîner des effets imprévus sur la réconciliation entre Autochtones et non-Autochtones au Canada

Au cours des 15 dernières années, les tribunaux canadiens ont constitué un ensemble de droit complexe sur le devoir de consulter les groupes autochtones dont les droits pourraient être touchés par une décision du gouvernement. Cette doctrine du devoir de consultation a déjà créé des surprises qui ont eu des conséquences importantes pour le Canada, comme certaines décisions de la Cour d'appel fédérale relatives à des oléoducs, qui ont annulé des certificats d'autorisation de projets après que des entreprises se furent engagées dans des processus réglementaires de plusieurs années et y eurent investi des centaines de millions de dollars. Divers articles de la DNUDPA font référence à l'obligation des États de consulter les peuples autochtones « afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause ». Si le projet de loi C-262 a pour effet la mise en œuvre directe de la DNUDPA, le Parlement doit connaître la signification de ces mots. Cependant, cet énoncé a fait l'objet de nombreuses interprétations en matière de droit international, de sorte que son adoption sous le régime législatif relève des tribunaux, qui doivent établir en quoi cet énoncé est susceptible d'altérer la doctrine de l'obligation de consulter, avec les conséquences que cela pourrait comporter pour les relations entre Canadiens autochtones et non autochtones. Même si le gouvernement canadien faisait connaître son interprétation, un

¹ Par exemple, le récent et très éminent commentaire d'Oxford sur la DNUDPA, publié en 2018, mentionne à peine l'article 46 (ce que je critique dans un compte rendu de livre à paraître dans l'*Annuaire canadien de droit international*). Cela est représentatif des nombreux auteurs qui écrivent sur la DNUDPA sans porter attention au texte holistique de l'instrument. Des juges de la Cour suprême de Nouvelle-Zélande ont cité la DNUDPA dans plusieurs causes, mais leurs déclarations à son sujet contiennent des erreurs techniques et n'évoquent pas les limites possibles des effets des articles dont ils discutent (ce que je critique dans un prochain article du *New Zealand Law Review*). Ni la plupart des chercheurs ni les juges qui font référence à la DNUDPA n'ont adopté d'approches qui renvoient à la clause limitative citée par le professeur Borrows afin de rendre le projet de loi C-262 plus attrayant et il n'est pas certain que les interprétations judiciaires en feront usage.

tel énoncé ne lierait pas les tribunaux qui auraient fait une lecture différente de la loi (et de la DNUDPA). Bien que le Canada puisse certainement se féliciter d'avoir établi un système de justice de grande qualité, compte tenu de la forme actuelle du projet de loi C-262 et des différentes interprétations possibles du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause mentionné dans la DNUDPA, **l'interprétation du consentement préalable par les tribunaux demeure exposée à des aléas porteurs de lourdes conséquences pour le Canada.**

Si la DNUDPA « trouve application au Canada », il convient aussi de mentionner que certaines de ses dispositions peuvent avoir une large portée. Ses dispositions relatives aux droits fonciers autochtones diffèrent, par exemple, de la doctrine canadienne relative au titre ancestral. Certaines variations peuvent désavantager des communautés autochtones. Par exemple, bon nombre de chercheurs estiment que les tribunaux ont clairement établi que le titre ancestral comprend les droits d'exploitation du sous-sol². Selon la DNUDPA, les droits fonciers autochtones n'incluent généralement pas les droits d'exploitation du sous-sol³. D'autres observateurs peuvent déceler d'autres types de problèmes. Par exemple, certains pourront estimer que l'article 28 de la DNUDPA autorise **certains types de revendications de droits fonciers autochtones au regard de terres privées** que ne permet pas l'actuelle doctrine du titre ancestral. Je précise que je ne cite pas ces exemples dans un but alarmiste, mais simplement pour illustrer qu'une déclaration voulant que la DNUDPA trouve application au Canada incorpore par renvoi un instrument qui pourrait avoir des conséquences importantes inattendues dans divers domaines.

Amendements recommandés

L'article 3 crée plus de difficultés que tout autre article du projet de loi C-262. Alors que les autres renvoient au type de mise en œuvre graduelle de la DNUDPA décrit par le sénateur Sinclair, l'article 3 pourrait avoir des conséquences bien différentes, que ses observations ne laissent pas deviner. Par conséquent, le Sénat devrait étudier la possibilité de **retirer l'article 3 du projet de loi C-262**. Des termes semblables pourraient figurer au préambule et prendre la forme d'une clause comme « Attendu que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones guide l'interprétation du droit international en matière de droits de la personne dans le contexte des peuples autochtones du monde ». Laisser l'article 3 parmi les articles applicables crée un précédent et ouvre la porte à des risques juridiques considérables de tout ordre.

² Je ne suis pas d'accord et, contrairement à bien des chercheurs, j'estime que cette question n'est pas réglée dans le droit canadien, comme je l'explique dans *Mining Law of Canada* (LexisNexis, 2017).

³ Les dispositions sur les droits fonciers, qui se trouvent aux articles 25 à 28, sont bien analysées dans *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System* (Oxford University Press, 2016), du chercheur Mattias Ahren, membre du peuple sámi, qui montre clairement que ces articles supposent que la plupart des droits miniers sont vraisemblablement détenus par l'État, même dans les territoires autochtones. Pour diverses raisons que je n'exposerai pas en détail ici, je ne considère pas que le paragraphe 2(1) empêche automatiquement que la promulgation du projet de loi C-262 ait un effet préjudiciable sur la portée du titre ancestral.

Le Sénat pourrait aussi envisager des amendements visant à préciser que le projet de loi n'entraîne pas d'effets perturbateurs sur la jurisprudence relative à l'article 35. Par exemple, il pourrait ajouter un **paragraphe 2(2)** : « Il est entendu que la présente loi ne peut être interprétée comme entraînant l'accroissement ou l'élargissement des droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada qui sont reconnus et confirmés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. »

Si le Sénat détermine qu'une définition particulière du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause est celle qu'il considère comme implicite dans l'adoption de la DNUDPA au titre du projet de loi C-262, il pourrait aussi créer un article énonçant une **définition présumée du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause**.

Le Sénat devrait aussi demander aux avocats du ministère de la Justice d'examiner certaines des **incohérences linguistiques** du projet de loi C-262 dans sa forme actuelle. Les nombreux spécialistes de la rédaction législative embauchés par le gouvernement pourraient s'employer à améliorer le texte.

Le Comité devrait aussi solliciter le point de vue d'autres comités. Le projet de loi C-262 s'apparente à un projet de loi omnibus et le Comité ne peut à lui seul embrasser l'ensemble des perspectives. **Le projet de loi C-262 devrait aussi être analysé par d'autres comités.**

Dans l'ensemble, le projet de loi C-262 a des objectifs louables et permet d'espérer que la DNUDPA sera mise en œuvre au Canada selon un processus de négociation attentif au cours des prochaines années. Cependant, sous sa forme actuelle, le projet de loi comporte différents problèmes, crée inutilement de l'incertitude et n'est pas cohérent avec certaines déclarations prononcées en sa faveur. Le projet de loi C-262 pourrait être amélioré par des amendements judicieux.