



Affirmer les droits, le titre et la compétence des Premières Nations

DU 5 SEPTEMBRE

Le présent document vise à fournir une analyse technique pour aider les dirigeants des Premières Nations. Il ne s'agit pas d'un document de position de l'Assemblée des Premières Nations. Non destiné à être distribué, copié ou transféré à autrui.



Table des matières

Sommaire	1
Introduction.....	3
Annonc du premier ministre concernant le cadre de reconnaissance des droits.....	3
Objectif du présent document et rôle de l'APN	4
Documents de mobilisation du Canada.....	5
Les séances de mobilisation : « Ce que le Canada a entendu »	9
Comparution de la ministre Bennett devant le Comité permanent des Affaires autochtones et du Nord de la Chambre des communes	11
« Faire ce qu'il y a à faire » — une courte rétrospective sur le militantisme des Premières Nations et la réforme des politiques	13
Penner (1983).....	14
Les accords du lac Meech et de Charlottetown	15
Ententes d'autonomie gouvernementale (1975-1995)	15
Oka	16
RCAP	16
Loi sur la gouvernance des Premières Nations (LGPN).....	17
Reconnaissance et mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations (2005)	17
Obstacles chroniques et statu quo	19
Vérificatrice générale du Canada.....	19
Manque de services essentiels	20
Jurisprudence canadienne : une arme à double tranchant	22
Jurisprudence de l'article 35	22
La jurisprudence de l'arbre vivant	26
La « réconciliation » comme impératif du droit constitutionnel	27
Obligations du Canada de mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	29
Responsabilité du gouvernement par le biais d'autres instruments internationaux	31
Projet de loi C-262.....	33
Examen des lois et des politiques du Canada	34



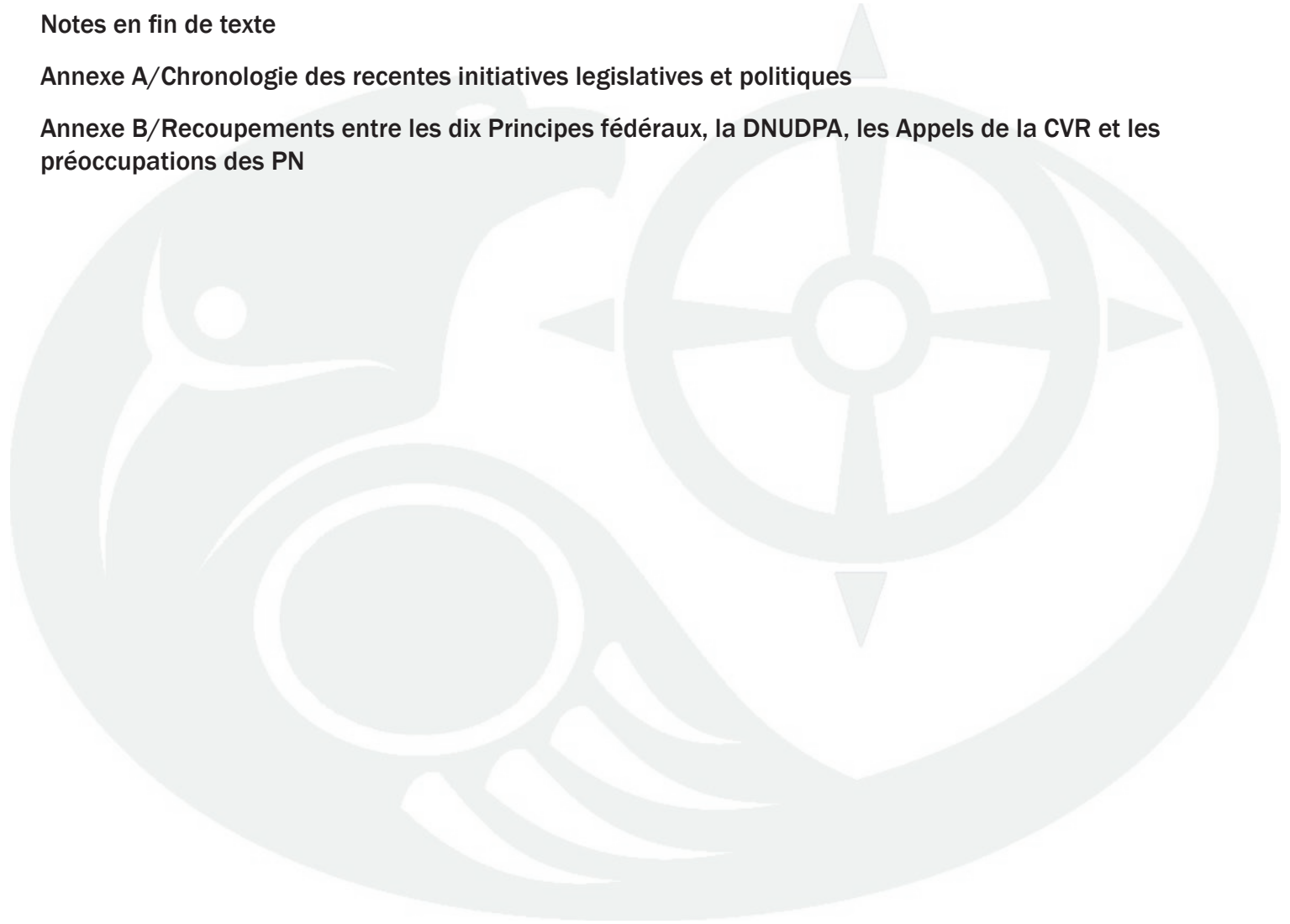
Dix principes pour aider le gouvernement fédéral à réaliser la réconciliation avec les peuples autochtones..... 35

Le processus de participation : « Un processus biaisé » 39

Notes en fin de texte

Annexe A/Chronologie des récentes initiatives législatives et politiques

Annexe B/Recoupements entre les dix Principes fédéraux, la DNUDPA, les Appels de la CVR et les préoccupations des PN





Sommaire

Après des décennies de militantisme par les Premières Nations pour la reconnaissance et l'affirmation des droits inhérents et des droits issus de traités, du titre et de la compétence des Premières Nations, le premier ministre du Canada a annoncé le 14 février 2018 l'intention de son gouvernement d'établir «en plein partenariat» avec les peuples autochtones, un Cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits des Autochtones. Selon les documents pour la mobilisation, le gouvernement envisage à la fois des changements législatifs et des changements de politique, et a indiqué son intention de soumettre un ensemble de propositions cet automne.

Bien que les peuples autochtones ont au départ accueilli favorablement la déclaration du premier ministre, ils ont aussi formulé des réserves sur le manque de transparence du processus et l'absence d'obligation de rendre des comptes. Le gouvernement du Canada agira en effet seul de son côté et d'une manière qui n'est pas compatible avec des relations de nation à nation, de gouvernement à gouvernement. Carolyn Bennett, ministre des Relations Couronne-Autochtones et des Affaires du Nord, est à la tête de la mobilisation canadienne depuis février, mais les courts délais impartis et l'absence d'appui à une participation pleine et entière des Premières Nations a empêché ces dernières de parvenir à une compréhension commune de la situation.

L'Assemblée des Premières Nations a donc rédigé le présent document de référence dans le but d'aider les dirigeants à comprendre les enjeux. Nul n'est mieux sensibilisé que les dirigeants des Premières Nations aux efforts déployés ici et sur la scène internationale pour affirmer nos droits inhérents et droits issus de traités, notre titre et notre compétence, et nous apportons cette rétrospective. Les efforts menés par le gouvernement actuel représentent la plus récente initiative du Canada. Les résolutions 08/2018 et 39/2018 de l'APN confirment l'appui aux détenteurs de droits des Premières Nations pour qu'ils mènent les efforts et appellent le Canada à travailler en collaboration avec les Premières Nations avant d'adopter et de mettre en œuvre toute mesure législative ou administrative susceptible d'avoir une incidence sur les Premières Nations. Tout refus du Canada à cet égard est contraire à l'intention exprimée par le premier ministre le 14 février et toute mesure mise en œuvre ne serait pas conforme à un cadre de droit fondé sur la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*.

L'intention déclarée du Canada est de créer de nouvelles lois et politiques qui établiront «la reconnaissance et la mise en œuvre des droits comme la base de toutes les relations entre les peuples autochtones et le gouvernement fédéral à l'avenir». Le Canada reconnaîtrait les nations et collectifs en tant qu'«entités juridiques dans la loi fédérale», ce qui aurait pour effet de remplacer les dispositions portant sur la gouvernance contenues dans la *Loi sur les Indiens* et de renforcer son appui à l'autodétermination des peuples autochtones. Les documents pour la mobilisation soulèvent toutefois beaucoup plus de questions qu'ils ne fournissent de réponses et nécessitent des éclaircissements. Le Canada suggère de plus que la loi amène le gouvernement à respecter ses obligations à l'égard des peuples autochtones en mettant sur pied un organisme de surveillance qui remettrait directement au Parlement des rapports sur les actions ou inactions du gouvernement et qui appuierait la résolution des problèmes par une méthode indépendante de règlement des différends.



Le Canada a également l'intention d'établir une nouvelle politique de mise en œuvre des droits au moyen d'accords négociés. Les groupes qui souhaitent mettre sur pied des tables de négociation pourraient présenter à la ministre des Relations Couronne-Autochtones et des Affaires du Nord l'information voulue démontrant qu'ils représentent une nation ou un collectif autochtone titulaire de droits. Les détenteurs de droits qui participent déjà à des négociations ne seraient pas tenus de présenter une autre demande en vertu de la nouvelle politique. Les mandats déjà établis dans le cadre des tables de discussions exploratoires seraient maintenus et pourraient inclure les traités et les accords n'ayant pas valeur de traités, les accords progressifs, les accords sectoriels, les accords globaux et les accords sur la gouvernance. Des examens périodiques des accords favoriseraient leur évolution au fil du temps et l'aide financière accordée pour les négociations prendrait la forme d'ententes de contribution plutôt que de prêts.

Alors que le gouvernement du Canada travaille à l'élaboration du Cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits, le 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*, a été déposé du Parlement. Ce projet de loi appelle le gouvernement du Canada « en consultation et en collaboration » avec les peuples autochtones, à prendre « toutes les mesures nécessaires pour assurer l'harmonie des lois fédérales avec la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* ». Le projet de loi rejette la doctrine de la découverte et exige du gouvernement fédéral qu'il travaille avec les peuples autochtones à mettre sur pied un plan d'action national pour la mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies.

En 2016, le Canada a signifié son soutien total et sa détermination à mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies. L'adoption du projet de loi C-262 démontrera l'importance de cette détermination. Qui plus est, dans la mesure où la mobilisation en cours donne forme à la consultation du Canada sur la « mise en œuvre de mesures législatives ou administratives », le gouvernement doit faire preuve de respect envers les « institutions représentatives » des peuples autochtones et obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (article 19 de la Déclaration des Nations Unies).

La manière dont le gouvernement traite l'affirmation et la reconnaissance des droits présente de graves lacunes, et de nombreuses questions demeurent sans réponse. Même les dix « Principes régissant la relation du gouvernement du Canada avec les peuples autochtones » ont été établis et présentés sans que soit prise en compte une nouvelle relation de nation à nation.

Nous, dirigeants des Premières Nations, nous sommes rassemblés pour établir le dialogue et nous entendre sur la situation. Il est essentiel que le Canada s'engage à nouveau, à partir de maintenant, à travailler avec les peuples autochtones en tant que partenaires à part entière dans le cadre d'une véritable collaboration. Nous ne méritons rien de moins.



Introduction

Depuis des décennies, les Premières Nations se sont efforcées d'affirmer et d'exercer leurs droits issus de traités et leurs droits inhérents, leur titre et leur compétence. Nous avons œuvré ensemble à repousser les politiques assimilationnistes, dont font partie les pensionnats indiens et la *Loi sur les Indiens*. Le combat constant des Premières Nations sur le front des droits a mené à d'importantes victoires, notamment : la défaite du Livre blanc de 1969, la reconnaissance et l'affirmation constitutionnelles des droits des Autochtones et des droits issus de traités dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, une liste sans cesse croissante de victoires devant les tribunaux, l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* et la *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*.

Les Premières Nations examinent actuellement une récente initiative du gouvernement fédéral.

Le 14 février 2018, le premier ministre du Canada a annoncé **«que le gouvernement du Canada élaborera, en plein partenariat avec les Premières nations, les Inuits, et les Métis, un Cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits»**. Il a déclaré :

«Pendant trop longtemps, les peuples autochtones au Canada ont dû prouver que leurs droits existaient, et se battre pour que ces derniers soient reconnus et pleinement mis en œuvre. Afin de réellement renouveler la relation qu'entretient le Canada avec les peuples autochtones, le gouvernement du Canada doit établir la reconnaissance et la mise en œuvre des droits comme la base de toutes les relations entre les peuples autochtones et le gouvernement fédéral.

Le contenu de ce Cadre sera déterminé à l'aide d'un processus national de mobilisation, qui sera piloté par la ministre des Relations Couronne-Autochtones et des Affaires du Nord. Les discussions se poursuivront au cours du printemps, dans le but que le Cadre soit déposé en 2018 et mis en œuvre avant le mois d'octobre 2019.

Ces discussions permettront de définir le Cadre qui sera mis en place. Nous croyons cependant que, comme point de départ, il devrait comprendre de nouvelles lois et politiques qui établiront la reconnaissance et la mise en œuvre des droits comme la base de toutes les relations entre les peuples autochtones et le gouvernement fédéral à l'avenir. Le Cadre pourrait également prévoir de nouvelles mesures visant à appuyer la reconstruction des nations et des gouvernements autochtones ainsi qu'à faire avancer l'autodétermination des peuples autochtones, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Grâce à ce Cadre, nous jetterons les bases pour réaliser des changements réels et durables à l'égard des enjeux qui comptent le plus aux yeux des gens, notamment l'élimination des avis d'ébullition de l'eau à long terme, l'amélioration de l'éducation primaire et secondaire dans les réserves ainsi que l'adoption d'autres mesures pour faire avancer la réconciliation¹.»



Dans son communiqué, le gouvernement souligne que, en 1982, les droits des peuples autochtones ainsi que les droits issus de traités ont été reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais la tâche visant à définir ces droits n'a pas été entreprise² et qu'en plus des peuples autochtones, les gouvernements provinciaux et territoriaux ainsi que les membres de la société civile, le milieu des affaires et le grand public participeraient aux discussions.

Plus encore, ces activités de mobilisation porteraient également sur les nouveaux ministères appelés à remplacer le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, de même que sur le mandat de chaque ministre. Les commentaires reçus aideront le gouvernement du Canada «à mieux répondre aux priorités distinctes des Premières Nations, des Inuits et des Métis³».

Le gouvernement insère cette initiative dans la foulée des gestes de réconciliation manifestés par le Canada, dont la description inclut entre autres :

- L'appui sans réserve à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*;
- L'engagement à mettre en œuvre les 94 appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation;
- La création du Groupe de travail de ministres chargé d'examiner les lois et les politiques liées aux Autochtones;
- La publication des Principes régissant la relation du gouvernement du Canada avec les peuples autochtones;
- Les travaux accomplis dans le cadre des tables rondes sur la reconnaissance des droits et de l'autodétermination des Autochtones.

Selon le communiqué, un Cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits sans équivoque pour l'ensemble du gouvernement fédéral «permettra [...] de comprendre clairement et avec certitude les responsabilités du Canada quant au dialogue qu'il entretient avec les peuples autochtones dans le cadre d'un partenariat respectueux et coopératif d'un océan à l'autre⁴.»

Objectif du présent document et rôle de l'APN

Après l'annonce faite par le premier ministre, le chef national de l'Assemblée des Premières Nations Perry Bellegarde a publié un bulletin à l'intention des dirigeants des Premières Nations où il déclare que

[Traduction] «... la reconnaissance de nos droits, des traités, du titre et de la compétence est un combat de longue date des Premières nations, et il a souvent été proposé par le passé de régler la question par des mesures législatives, comme l'ont fait entre autres le Rapport Penner (1983) et le rapport final de Commission royale sur les peuples autochtones (1996).

Nos droits nous ont été refusés trop longtemps, ce qui a entraîné des conflits et des combats juridiques pour faire respecter nos droits inhérents, nos droits issus de traités, notre titre et notre compétence.



Bien que cette annonce exige une certaine prudence, elle offre tout de même une excellente occasion d'entrer dans une ère de reconnaissance et d'établir une nouvelle relation avec la Couronne en faisant de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* la base de notre reconnaissance. La reconnaissance et l'affirmation de nos droits mèneront directement à l'élimination de l'écart qui existe entre les peuples autochtones et les autres Canadiens. Nous devons parcourir ce chemin ensemble.

L'APN ne s'attend à rien de moins qu'à une mobilisation concrète et entière avec les Premières Nations, les dirigeants des Premières Nations, les Aînés, les jeunes et d'autres experts de la gouvernance, des droits, des traités, du titre et de la compétence⁵ ».

Les commentaires formulés sur les premiers efforts de mobilisation indiquent toutefois que les détenteurs de droits des Premières Nations ont des inquiétudes concernant le processus actuel, notamment quant à l'absence de reddition de comptes et de transparence étant donné que le gouvernement du Canada agit unilatéralement⁶.

Par les résolutions 08/2018 et 39/2018 de l'Assemblée des Premières Nations, les chefs réunis en assemblée ont confirmé leur appui aux détenteurs de droits des Premières Nations pour que ces derniers dirigent le processus et ont appelé le gouvernement du Canada à travailler avec les Premières Nations avant d'adopter et de mettre en œuvre des mesures législatives ou administratives qui concernent les Premières Nations. Ils ont également appelé le gouvernement du Canada à obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause puisque seules les Premières Nations peuvent déterminer la voie à suivre vers la décolonisation et la réconciliation. Le gouvernement fédéral n'a pas réagi.

L'Assemblée des Premières Nations a par conséquent décidé de tenir un forum d'une durée de deux jours pour faciliter le dialogue entre les détenteurs de droits des Premières Nations. Le présent document a été rédigé dans le but d'aider les dirigeants des Premières Nations et de servir de base à cet important dialogue. Il ne doit pas être vu comme une déclaration de principes de l'Assemblée des Premières Nations.

Documents de mobilisation du Canada

Pour faire suite à la déclaration du premier ministre de février 2018, le gouvernement a entrepris son propre processus de mobilisation sans engagement véritable de la part des peuples autochtones. Bien qu'au départ les Premières Nations se soient montrées favorables à la déclaration du premier ministre, le processus qui s'engage affiche des lacunes qui soulèvent de graves préoccupations et minent la confiance. Il semble en effet que l'intention du premier ministre quant à l'entière participation des Premières Nations soit restée lettre morte. Le gouvernement fédéral a désormais publié deux documents de mobilisation. Le premier « document de mobilisation » du 14 février 2018 décrivait le contenu possible d'un nouveau cadre sur les droits, et le deuxième, intitulé « Guide pour la mobilisation », publié le 21 mars 2018, posait un ensemble de questions sur les politiques et les lois, la reconstruction des nations, et la transformation ministérielle. En juillet 2018, le gouvernement fédéral a publié un autre document pour résumer ce que la ministre des Relations Couronne-Autochtones et des Affaires



du Nord avait entendu de février à juin 2018 pour décrire la reconnaissance et la mise en œuvre des droits des Autochtones. Le gouvernement indique qu'il a tenu 89 séances de mobilisation d'un océan à l'autre avec 1326 participants représentants des Premières Nations, des Inuits et des Métis, y compris 19 groupes d'Aînés, 646 femmes et 25 groupes de jeunes et d'étudiants. Selon les documents de mobilisation qu'il a publiés, le gouvernement du Canada envisage à la fois des changements de nature législative et de nature administrative. Il « vise à officialiser la reconnaissance et la mise en œuvre des droits des Autochtones par le moyen de nouvelles lois et politiques » et bien que les éléments législatifs et stratégiques de ce cadre seraient élaborés en fonction des résultats de la mobilisation, ces éléments pourraient :

Reconnaître et mettre en œuvre les droits

- a. Reconnaître que les peuples autochtones continuent d'avoir des droits inhérents et des droits issus de traités, tels qu'ils sont reconnus et affirmés dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, y compris le droit à l'autodétermination;
- b. Jeter les bases législatives de la reconnaissance des nations et des collectifs autochtones;
- c. Reconnaître que les nations et les collectifs autochtones pourraient devenir des personnes juridiques dans le cadre des lois fédérales;

Appuyer l'autonomie gouvernementale

- d. Reconnaître le droit à l'autonomie gouvernementale sur plan de la loi plutôt que sur le plan des politiques;
- e. Exiger du Canada qu'il participe aux négociations intergouvernementales afin de mettre en œuvre les compétences autochtones dans les faits là où les compétences provinciales et territoriales sont à prendre en considération;
- f. Reconnaître que la mise en œuvre des droits en appelle à l'honneur de la Couronne;
- g. Exiger du Canada qu'il négocie les éléments économiques et les questions de compétence des droits inhérents au territoire, ce qui pourrait inclure le titre. De tels arrangements pourraient inclure la cogestion, le partage des prises de décision, l'indemnisation, la restitution, les possibilités économiques et le partage des recettes
- h. Ajouter une clause universelle de non-dérogation à la *Loi d'interprétation* fédérale pour faire en sorte que toutes les lois soient interprétées en tenant compte de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

Exiger du gouvernement qu'il rende des comptes

- i. Établir des processus en vue de faire appliquer les compétences autochtones par l'entremise de négociations;
- j. Mettre sur pied un organisme de surveillance indépendant qui veillera à ce que le Canada s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités à l'égard de la mise en œuvre;
- k. Concevoir un mécanisme de règlement des différends chargé d'appuyer la résolution des questions relatives à la reconnaissance et à la mise en œuvre des droits des Autochtones.⁷



Les modifications à la politique qui sont envisagées pourraient :

- a. Remplacer certaines politiques, comme la Politique sur les revendications territoriales globales (1986) et la Politique sur le droit inhérent (1995), par des approches nouvelles et améliorées qui mettraient en œuvre les droits des Autochtones par l'entremise d'accords négociés. Les groupes autochtones qui souhaitent établir des tables de négociation pourraient présenter à la ministre des Relations Couronne-Autochtones et des Affaires du Nord l'information voulue démontrant qu'ils représentent une nation ou un collectif autochtone titulaire de droits.
- b. Conclure des accords négociés qui évoluent au fil du temps;
- c. Conclure des accords négociés en guise de remplacement d'une entente globale ou en prévision d'une entente globale;
- d. Accélérer le rythme des négociations;
- e. Viser à atteindre l'équité dans les résultats socioéconomiques⁸.

Les documents de mobilisation démontrent une incompréhension fondamentale de ce que signifient réellement les notions de titre inhérent, de compétence et de droit à l'autodétermination. L'un des documents les plus récents suggère que le projet de loi fédéral pourrait établir des processus visant à reconnaître et à **appliquer** les compétences autochtones. Le mot «appliquer» («give effect» dans la version anglaise) amoindrit, voire contredit, la notion de compétence **inhérente** des Premières Nations, c'est-à-dire une compétence préalable qui n'a pas à être validée par une loi fédérale pour être appliquée.

Accords négociés

Le gouvernement fédéral affirme qu'il fait appel aux «tables de discussions exploratoires» pour améliorer son propre processus d'élaboration des politiques entourant le Cadre de reconnaissance des droits. Le gouvernement du Canada explique que depuis le début des «discussions sur la reconnaissance des droits et de l'autodétermination des peuples autochtones» en 2015, il examine comment les communautés concernées se représentent la notion d'autodétermination⁹. Ces «nations et collectifs autochtones» n'auraient pas à soumettre de demande pour que soit créée une nouvelle table de négociation, mais pourraient faire la transition vers la nouvelle politique si tel est leur souhait¹⁰. À l'avenir, les négociations entamées en vertu d'une nouvelle politique pourraient avoir lieu dans le cadre de mandats de négociation établis conjointement, généralisés à l'ensemble du gouvernement et ciblant divers types d'accords, comme les traités et les accords n'ayant pas valeur de traités, les accords sectoriels, les accords progressifs, les accords globaux et les accords sur la gouvernance. Les gouvernements provinciaux et territoriaux pourraient participer aux négociations lorsque les sujets à l'étude relèvent de leur compétence¹¹.

Le processus d'établissement de politiques régi par le gouvernement fédéral présente de graves lacunes.

Jusqu'à maintenant, le Canada a toujours exclu les Premières Nations du processus d'ébauche et maintient son intention de poursuivre de la sorte. Il s'agit là de la méthode classique qui consiste à tenter de régir et de contrôler les Premières Nations, et cette méthode n'est pas conforme aux exigences minimales de la



Déclaration des Nations Unies ni à notre statut de peuples et de nations. Jusqu'à maintenant, cette façon de faire a simplement permis aux élus de soumettre une version remâchée du statu quo qui contrevient à nos droits fondamentaux de peuples et de nations. Cette orientation est contraire à celle qu'ont choisie le premier ministre et ses collègues du Cabinet. Par exemple, dans ce qui revêt l'apparence d'une nouvelle mouture des droits « éventuels », le Canada affirme qu'il continuera à miser sur les accords négociés comme « feuille de route pour la mise en œuvre des droits » et que, par l'entremise de ces accords, il « reconnaîtra » d'entrée de jeu les droits inhérents et droits issus de traités reconnus par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. D'un commun accord, les « mécanismes juridiques » qui ont causé l'extinction des droits, seraient exclus des négociations. L'examen périodique des « accords évolutifs » tenant compte de l'évolution des accords au besoin et des approches souhaitées ou pratiques pourrait servir à reconnaître et mettre en œuvre les intérêts et les titres fonciers. Le financement destiné aux négociations concernant la transition vers de nouvelles approches serait versé sous forme de contributions et non de prêts¹².

Au sujet des changements de politiques sur la « mise en œuvre des traités, des accords et d'autres ententes », le texte du Document de mobilisation est édulcoré. Il ne mentionne aucunement le fait de donner force à l'esprit, à la lettre et à l'interprétation que donnent les Premières Nations au Traité. Le document indique que la nouvelle politique pourrait viser à mettre en œuvre des accords conformément à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, et au principe n° 5 des Principes régissant la relation du gouvernement du Canada avec les peuples autochtones, qui stipule que le gouvernement du Canada reconnaît que les traités, les ententes et les autres accords constructifs conclus entre les peuples autochtones et la Couronne sont des gestes de réconciliation fondés sur la reconnaissance et le respect mutuels. Cette nouvelle politique pourrait fonctionner en parallèle avec des mécanismes de règlement des différends et un organisme de surveillance indépendant afin de faciliter et de surveiller la mise en œuvre de tous les traités et accords. Des principes et des lignes directrices pourraient être inclus à l'appui des discussions sur l'interprétation et la mise en œuvre des traités et prévoir des mesures visant à reconnaître les bénéficiaires modernes des traités signés avant 1975¹³.

Enfin, au sujet des relations financières, le Canada se dit prêt à négocier des accords de transfert qui sont suffisants, prévisibles et soutenus de façon à assurer la capacité de gouverner efficacement et d'offrir des programmes et des services¹⁴.



Les séances de mobilisation : « Ce que le Canada a entendu »

Les séances de mobilisation dirigées par la ministre Bennett sont terminées, mais le ministère a toutefois laissé entendre qu'il accepterait les commentaires écrits sur les moyens d'aller de l'avant. Le ministère a reconnu que les lacunes du processus ont entraîné une participation inégale des Premières Nations, certaines ayant largement participé aux discussions et d'autres pas du tout¹⁵.

Dans le document intitulé « Ce que nous avons entendu jusqu'ici », le gouvernement prétend donner un « instantané » des commentaires entendus de février à juin 2018 et « vérifier [s'il a] compris les enjeux et les recommandations qui [lui] ont été présentés par les Premières Nations, les Inuits et les Métis titulaires de droits¹⁶. » Il est difficile de savoir dans quelle mesure les énoncés du rapport sont exhaustifs ou dans quelle mesure ils résument la situation, mais voici le sommaire :

Partie A : La réconciliation par la reconnaissance et la mise en œuvre des droits

(i) La reconnaissance des droits inhérents et issus de traités

- La relation entre le Canada et les peuples autochtones est définie par un déni des droits et une série d'affaires portées devant les tribunaux, où les nations autochtones doivent se battre pour faire reconnaître leurs droits
- Le processus de reconnaissance des droits doit tenir compte des différences qui existent entre les Premières Nations, les Inuits et les Métis ainsi que de la diversité au sein de ces groupes
- Toute reconnaissance des droits doit tenir compte de la nature inhérente de ces droits : cela signifie qu'il faut honorer les droits inhérents et issus de traités, y compris le titre, reconnaître le droit inhérent des nations à l'autonomie gouvernementale et respecter le fait que les nations autochtones existent depuis des temps immémoriaux
- Le respect des droits signifie aussi que le Canada doit rejeter la doctrine de *terra nullius* et la doctrine de la découverte
- Le Canada doit d'abord reconnaître que les droits fonciers, qui existent depuis toujours, et la mise en œuvre de ces droits signifient qu'il faut modifier les lois et les pratiques de tous les ordres de gouvernement
- Une loi sur la reconnaissance des droits doit orienter toutes les organisations gouvernementales dans la mise en œuvre de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*
- En tant que signataires d'un traité, nous avons droit au consentement préalable donné librement et en connaissance de cause
- Nous voulons plus que la simple reconnaissance de nos droits. Nous voulons que notre traité soit mis en œuvre et que notre langue soit respectée

(ii) Appuyer l'autodétermination

- Les peuples autochtones ont besoin d'une stratégie pour renforcer ou reconstruire leurs systèmes de gouvernance en fonction de leurs propres valeurs, lois et traditions et définir eux-mêmes leurs nations, déterminer les critères propres à leur citoyenneté et exercer les compétences en matière de santé, d'éducation et de développement économique



- Les «traditions» juridiques des Autochtones sont multiples : nous ne formons pas qu'un seul peuple et il existe plusieurs traditions juridiques
- Il faut nous affranchir des structures de gouvernance dominées par les hommes de la *Loi sur les Indiens*
- Il faut établir une nouvelle relation financière : cette relation financière doit respecter les Autochtones en tant que propriétaires de leurs terres, de leurs ressources et de leurs eaux, et leur accorder le droit d'en tirer des retombées économiques
- Nous voulons un partage accru des recettes tirées de la mise en valeur des ressources et un contrôle accru sur les terres et les ressources
- Il faut éliminer la *Loi sur le transfert des ressources naturelles*

(iii) Tenir le gouvernement du Canada responsable

- Le Canada doit établir des mécanismes pour surveiller la façon dont le gouvernement respecte ses obligations — qui pourraient inclure un organisme indépendant auquel le gouvernement fédéral rendrait compte de ses actions ou de son inaction
- Le Canada devrait envisager l'établissement de mécanismes de règlement des différends en ce qui concerne les terres et la mise en œuvre des traités (p. ex., créer un commissaire aux traités au sein du Bureau du vérificateur général ou un organisme de surveillance relevant du Parlement)
- Établir un organisme indépendant fournissant des ressources pour la médiation et le règlement des différends
- De nombreux groupes ont manifesté la volonté de participer directement à l'élaboration du cadre, y compris à l'ébauche des instructions de rédaction pour la loi
- Des commentaires ont aussi été formulés à l'égard de l'élaboration trop précipitée du cadre ainsi que du besoin d'une mobilisation approfondie et importante

Partie B : La réconciliation et autres sujets

(i) Langue et culture

- Les participants ont exprimé un important besoin de changement de culture au sein des institutions et politiques canadiennes pour que les droits des peuples autochtones soient respectés. La Commission royale sur les peuples autochtones est un guide utile, et bon nombre des problèmes identifiés par la Commission subsistent
- Les participants ressentent le besoin urgent de récupérer leur langue

(ii) Enjeux sociaux

- Il existe un besoin urgent de s'attaquer aux enjeux sociaux et économiques quotidiens qui ont une incidence sur la vie des peuples autochtones
- Les peuples autochtones peuvent difficilement participer à des discussions complexes sur les droits des Autochtones quand ils sont préoccupés par les enjeux sociaux auxquels ils sont confrontés
- Les points de vue de la communauté LGBTQ2S devraient faire partie des discussions



(iii) Questions touchant les Autochtones en milieu urbain

- Une proportion importante d'Autochtones vivant dans des centres urbains sont souvent marginalisés et doivent conserver leurs droits s'ils quittent leurs communautés
- Les jeunes doivent avoir la possibilité de retourner dans leur collectivité et d'apprendre leur culture sur le territoire

(iv) Sensibilisation du public

- Tous les Canadiens vont devoir se mobiliser afin que la réconciliation progresse vraiment
- Le racisme persiste et les relations entre les Autochtones et la Couronne, dont celles qui découlent de traités anciens, sont mal enseignées dans les écoles
- La sensibilisation du public et l'information doivent faire partie du cadre sur la reconnaissance et la mise en œuvre

(v) Transformation ministérielle

- Les responsabilités du gouvernement sont mal définies et il est difficile de savoir où obtenir certains services
- Il y a un manque de représentation des Autochtones dans la fonction publique
- Il faut que les fonctionnaires soient sensibilisés à la culture autochtone et soient en mesure de s'exprimer en langues autochtones pour l'exercice d'activités gouvernementales¹⁷

Partie C : Prochaines étapes

Cette partie du rapport demeure muette sur ce que les Premières Nations ont pu dire au gouvernement au sujet des étapes à venir. Le rapport ne dit rien non plus sur la participation des provinces et territoires ou d'autres parties intéressées. Cette constatation étonne compte tenu de l'intention déclarée dès le début du processus d'étendre la consultation au plus grand nombre de participants. Le gouvernement sollicite plutôt les commentaires par l'entremise de son document intitulé « *Reconnaissance et mise en œuvre des droits des Autochtones : Guide pour la mobilisation* » et entend toujours proposer un ensemble de changements cet automne, y compris un nouveau projet de loi¹⁸.

Comparution de la ministre Bennett devant le Comité permanent des Affaires autochtones et du Nord de la Chambre des communes

Le 29 mai 2018, la ministre Bennett a comparu devant le Comité permanent des Affaires autochtones et du Nord de la Chambre des communes pour présenter le budget principal des dépenses de son ministère pour 2018-2019. Au cours de son témoignage, elle a répondu aux questions du Comité sur « l'initiative de reconnaissance des droits ». La ministre a déclaré que depuis 2015, 65 séances de discussion sur la reconnaissance des droits et l'autodétermination des Autochtones ont été entamées avec plus de 335 collectivités (bandes assujetties à la *Loi sur les Indiens* ou gouvernements métis), qui regroupent une population autochtone totale de plus de 753 000



personnes. Dans l'ensemble, 19 accords négociés ont été préparés conjointement et signés à l'issue de ces discussions. La ministre n'a toutefois pas fourni de détails¹⁹. Elle a de plus expliqué :

En passant d'une approche de déni des droits à une approche de reconnaissance des droits, nous... faisons ce qu'il y a à faire. Beaucoup de gens disent que ce dialogue aurait dû se faire il y a 150 ans, au sujet de la façon dont nous allons travailler ensemble. Beaucoup de gens pensent que ce dialogue aurait dû avoir lieu en 1982, lorsque les droits autochtones et les droits issus des traités ont été reconnus et enchâssés dans l'article 35. À cette époque, on a beaucoup travaillé sur les articles 1 à 34 de la Charte, afin de s'assurer que toutes les lois, politiques et pratiques du Canada étaient conformes à la Charte.

Maintenant, nous travaillons à la reconnaissance et à la mise en œuvre des droits autochtones et des droits issus des traités en élaborant un dispositif juridique qui permettra aux communautés — quand elles en auront la capacité et la volonté, comme l'a dit la ministre de la Justice, — d'adhérer à un nouveau type de relation avec le Canada, ce que la Loi sur les Indiens ne leur offrait pas. [Ce sont les auteurs qui mettent en gras. À noter que les parties en gras ne figurent pas dans la traduction officielle des débats.]

Quant à l'incidence du projet de loi C-262²⁰ sur l'incidence sur le cadre de reconnaissance des droits, la ministre Bennett a affirmé :

[...] la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones doit servir de fondement au cadre législatif que nous sommes en train d'élaborer [...] nous devons nous doter de mécanismes qui nous permettront de respecter tous les articles de la Déclaration. D'aucuns prétendent que le volume 2 du rapport de la Commission royale recommande déjà toutes les mesures qu'il faut prendre, et que par conséquent, pourquoi ne pas les prendre tout de suite? Certaines recommandations du rapport de la Commission de vérité et réconciliation devront faire partie du cadre de reconnaissance, mais pour l'essentiel, il faut que les droits dont il est question à l'article 35 soient respectés de la façon dont la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones le stipule²¹.»

Un participant a ensuite demandé à la ministre Bennett de clarifier la définition de « consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause » retenue par le gouvernement, ce à quoi la ministre a répondu : « Nous avons toujours dit clairement que cette formule n'est pas un droit de veto et qu'un consensus n'est pas l'unanimité. »

Enfin, la ministre Bennett s'est fait demander de clarifier si le gouvernement ne consultait que les détenteurs de droits, à quoi elle a répondu :

« [...] nous avons dit clairement que cela ne concernait pas les organisations autochtones nationales. Nous avons rencontré les détenteurs de droits, les groupes qui sont visés par les traités et les chefs héréditaires, sans oublier les femmes et les jeunes. Nous essayons de remettre en valeur les pratiques et les coutumes juridiques autochtones, le rôle des femmes dans les communautés. Nous avons dit clairement que, pour mettre en place ce cadre de reconnaissance des droits, nous devons écouter les détenteurs de droits eux-mêmes. C'est ainsi que nous l'entendons. »



S'il est exact que les détenteurs de droits doivent être consultés, le gouvernement fédéral ressort trop souvent cet argument pour faire fi de l'APN et des processus nationaux lorsque les discussions à l'échelle nationale ne lui conviennent pas. Autrement dit, il se sert de l'argument des détenteurs de droits afin de diviser pour mieux régner.

Malheureusement, il n'y avait aucun représentant des Premières Nations présent lors des débats du Comité permanent de la Chambre des communes qui aurait pu mettre en perspective les observations de la ministre Bennett²². Le Comité a possiblement eu l'impression que les Premières Nations ont soit contribué à la conception, soit approuvé l'orientation que prend le gouvernement et que son cadre est fondé sur la Déclaration des Nations Unies. Or tel n'est pas le cas, comme nous l'expliquerons dans les paragraphes qui suivent.

« Faire ce qu'il y a à faire²³ » – une courte rétrospective sur le militantisme des Premières Nations et la réforme des politiques

La ministre Bennett a déclaré devant le Comité : « [en réalité, nous faisons le travail] qui aurait dû avoir lieu en 1982, lorsque les droits autochtones et les droits issus des traités ont été reconnus et enchâssés dans l'article 35²⁴. »

La ministre Bennett se serait exprimée en termes plus exacts si elle avait clairement dit que les Premières Nations cherchent à obtenir une reconnaissance véritable de leurs droits inhérents et issus des traités depuis aussi longtemps que le gouvernement s'efforce d'assimiler les Premières Nations et que le travail que souhaite accomplir le gouvernement actuel n'est que la plus récente incarnation de cet effort²⁵. Au cours de l'histoire récente, ce sont le militantisme et la résistance des Premières Nations qui ont poussé le gouvernement fédéral à abandonner le Livre blanc de 1969. Comme on se le rappellera, le Livre blanc proposait d'en finir avec les Indiens et le statut d'Indien. Il a exacerbé la résistance des Premières Nations de tout le pays et forcé le gouvernement à changer l'orientation de ses politiques. Ce militantisme a obligé le gouvernement à formuler la toute première politique moderne sur les revendications territoriales. Il a également obligé le gouvernement de l'époque à mettre sur pied un Comité mixte de la fraternité nationale des Indiens et du cabinet chargé de travailler à l'élaboration d'une politique sur les Premières Nations. Bien que les travaux de ce comité aient semblé prometteurs, l'initiative est tombée à l'eau en raison de l'intransigeance bureaucratique et du refus systématique du gouvernement de voir au-delà de la *Loi sur les Indiens*²⁶.

Les victoires des Premières Nations devant les tribunaux ont donné un nouvel élan au changement. Dans les années 1970, les Cris de la Baie-James ont réussi à obtenir une injonction visant l'interruption du projet hydroélectrique de la Baie-James. Et en 1973, dans la décision Calder, les juges de la Cour suprême du Canada reconnaissent le titre foncier autochtone de la nation Nisga'a de la Colombie-Britannique. La décision avait alors obligé le premier ministre Pierre Elliott Trudeau à reconnaître qu'il avait tort en ce qui concerne le titre autochtone. Le gouvernement fédéral a par la suite modifié ses politiques afin de reconnaître les « revendications globales ».



Avant 1982, Pierre Trudeau avait proposé de rapatrier la Constitution canadienne — l'Acte de l'Amérique du Nord britannique — qui jusque-là était restée entre les mains de l'Angleterre. Craignant un affaiblissement de leur relation avec la Couronne britannique et l'érosion de leurs droits, les Premières Nations ont intenté des actions en justice et fait des représentations devant le Parlement du Royaume-Uni pour stopper le rapatriement. La création du « Constitution Express » a exercé de nouvelles pressions sur les politiciens fédéraux et provinciaux et a fini par obliger les gouvernements à inclure l'article 35 dans la *Loi constitutionnelle de 1982* lors de son rapatriement au Canada.

L'article 35 stipule :

Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Des tentatives de clarification de cet article, et plus particulièrement des notions de droit inhérent et d'autonomie gouvernementale, ont eu lieu à l'occasion de conférences sur la Constitution entre 1983 et 1987. Les discussions ont eu pour effet de rehausser l'image des droits autochtones et des droits issus de traités de même que celle des droits inhérents et de l'autonomie gouvernementale. Elles ont aussi permis de clarifier l'application des droits à l'égalité et d'inclure les traités modernes à l'article 35. Cependant, il n'y a encore jamais eu d'entente au sujet de l'autonomie gouvernementale²⁷.

Le Comité spécial de la Chambre des communes sur l'autonomie indienne mis sur pied en 1982 avait pour mandat d'examiner des questions légales et institutionnelles concernant la gouvernance des bandes indiennes et de présenter ses recommandations au Parlement. Le Comité a publié son rapport en 1983. Connu sous le titre de **Rapport Penner**, ce document représente un des moments décisifs de la mobilisation parlementaire à l'égard du processus d'élaboration de politiques sur les Premières Nations. Le Comité Penner a pris part à d'importantes consultations avec les Premières Nations de tout le pays et une partie importante de ses recommandations ont finalement obtenu l'appui de tous les partis. Le Comité recommandait entre autres que le gouvernement fédéral reconnaisse les Premières Nations en tant qu'ordre de gouvernement distinct et légal et qu'il donne suite aux processus menant à l'autonomie gouvernementale. Le Rapport Penner penchait nettement en faveur de discussions constitutionnelles menant à la réforme, mais jusqu'à ce que ces discussions aient lieu, le Comité recommandait que le gouvernement soumette un projet de loi autorisant immédiatement « la plus grande autonomie gouvernementale possible ». Les auteurs proposaient d'intégrer l'autonomie gouvernementale à la Constitution et de soumettre un projet de loi sur la reconnaissance, rédigé en collaboration avec les Premières Nations.

Le Rapport Penner a été très bien accueilli par les Premières Nations. Le ministère des Affaires indiennes lui a toutefois réservé un accueil mitigé. En 1984, le ministère des Affaires indiennes a remis sa réponse au Rapport Penner en reconnaissant d'abord que les « communautés indiennes » jouissaient historiquement de l'autonomie gouvernementale et que toute incorporation et clarification de l'autonomie gouvernementale dans la Constitution devrait se faire en consultation avec les provinces. Le ministère a néanmoins consenti à déposer un projet de loi visant à établir un cadre de travail pour les Premières Nations indiennes qui souhaiteraient jouir de l'autonomie gouvernementale et exercer leurs droits sur leurs propres territoires d'une façon que n'autorise pas la *Loi sur les Indiens*. Le 27 juin 1984, le projet de loi C-52, intitulé *Loi concernant l'autonomie gouvernementale des nations*



indiennes, était déposé au Parlement. Ce projet de loi tenait fort peu compte des recommandations du rapport Penner et n'a pas dépassé l'étape de la première lecture²⁸.

Les accords du lac Meech et de Charlottetown

Entre 1983 et 1987, quatre conférences constitutionnelles ont eu lieu afin de mieux définir l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La première conférence comprenait l'engagement d'inclure les Autochtones dans les conférences portant sur leurs droits. Dans les conférences qui ont suivi, les parties n'ont pas réussi à trouver un accord. Par la suite, les Autochtones ont été exclus des négociations constitutionnelles qui ont abouti à l'Accord du lac Meech en 1987. Cela a provoqué de fortes protestations et contribué à l'échec de l'Accord en 1990. Après de nombreuses négociations, toutes les parties ont convenu, dans le cadre de l'Accord de Charlottetown de 1992, de modifier la Constitution, notamment de reconnaître l'autonomie gouvernementale des Autochtones, mais cet accord a été rejeté lors d'un référendum national²⁹.

Avec peu de perspectives de changement constitutionnel, le gouvernement a conservé les pouvoirs législatifs que lui conférait le paragraphe 91(24), tout en adoptant une approche politique révisée. En 1986, il a révisé la Politique sur les revendications territoriales globales de manière à inclure la possibilité de négocier une autonomie gouvernementale élargie. En 1995, une plus grande acceptation politique du concept d'autonomie gouvernementale a amené le gouvernement fédéral à reconnaître le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des Autochtones comme un droit existant en vertu de l'article 35 de la nouvelle Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Si la politique affirmait reconnaître les droits inhérents, leur reconnaissance était subordonnée à des négociations. En vertu de cette politique, les droits à l'autonomie gouvernementale négociés pourraient être protégés par l'article 35 en tant que droits issus de traités dans le cadre de nouveaux traités, d'accords de revendications territoriales globales ou d'ajouts à des traités existants. Cette approche a eu pour effet très concret de ne pas être une politique de reconnaissance des droits, mais plutôt d'évitement de droits. Les ententes négociées en vertu de la Politique sur le droit inhérent mettent de côté tout débat juridique en faveur d'arrangements pratiques pour exiger que l'autonomie gouvernementale soit exercée dans le cadre de la Constitution canadienne existante, ce qui signifie que les lois d'importance fédérale et provinciale primordiales prévaudraient et que les lois fédérales, provinciales, territoriales et autochtones doivent fonctionner en harmonie³⁰.

De nombreuses années de négociation ont produit relativement peu d'arrangements d'autonomie gouvernementale entre 1975 et 1995 :

- Les Cris, les Naskapis et les Inuits du Nord du Québec en vertu de la Convention de la Baie-James et du Nord québécois de 1975, de la Convention du Nord-Est québécois de 1978 et de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* légiférée³¹;
- La bande indienne sehelte de la Colombie-Britannique en vertu de la *Loi de 1986 sur l'autonomie gouvernementale* et la Constitution de la bande indienne sehelte³²; et
- Sept Premières Nations du Yukon, en vertu d'une entente-cadre de 1993³³ dans laquelle les aspects relatifs aux revendications territoriales ou aux traités et à l'autonomie gouvernementale devaient être mis en œuvre dans des accords distincts, ces derniers étant régis par la *Loi sur l'autonomie gouvernementale des Premières Nations du Yukon*³⁴.



Quatre autres accords de revendications territoriales globales au sens de l'article 35, conclus avant 1995 au nord du 60° parallèle, ne définissent pas les pouvoirs d'autonomie gouvernementale, tout en prévoyant des négociations ultérieures sur cette question. Les arrangements d'autonomie gouvernementale postérieurs à 1995 sont en place ou en cours de négociation pour chacune des nations suivantes : les Inuvialuits (1984); les Gwich'in (1992); les Inuits du Nunavut (1993, affirmant le territoire du Nunavut en 1999); et les Dénés et Métis du Sahtu (1994).

À la suite de la nouvelle Politique sur le droit inhérent, l'Accord définitif *Nisga'a* de 1998 a été le premier traité moderne en Colombie-Britannique et le premier au pays à étendre explicitement la protection de l'article 35 aux droits à l'autonomie gouvernementale et aux droits territoriaux dans le même accord³⁵. Aujourd'hui, il existe 22 ententes globales sur l'autonomie gouvernementale. La conclusion de chaque forme d'accord a pour effet, à tout le moins, de retirer les collectivités affectées de l'application de certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens*. La mesure dans laquelle la *Loi sur les Indiens* cesse de s'appliquer dépend, en règle générale, de la portée de l'assise de l'entente d'autonomie gouvernementale. Il est également important de noter que l'approche fédérale exige que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique. À cet égard, la portée du « bouclier » de l'article 25 de la Charte, qui protège les droits ancestraux et issus de traités, y compris ceux énoncés dans les ententes d'autonomie gouvernementale et d'autres ententes ayant des éléments relatifs à l'autonomie gouvernementale, demeure un sujet de discussion³⁶.

Oka

Lorsque Kanehsata:ke a protesté contre l'agrandissement d'un terrain de golf sur son territoire traditionnel à l'été 1990, l'attention a été de nouveau galvanisée, cette fois sur les droits et titres territoriaux non résolus des Autochtones et l'échec du Canada à s'acquitter de manière juste et équitable de ses obligations légales en suspens. L'affrontement qui a suivi a attiré l'attention internationale et a incité le gouvernement fédéral à créer la Commission sur les revendications particulières des Indiens en 1991 de même que la Commission royale sur les peuples autochtones.

Dans son rapport final de 1996, la Commission royale sur les peuples autochtones a réitéré plusieurs des recommandations du Rapport Penner. Elle établissait une approche de l'autonomie gouvernementale fondée sur la reconnaissance des gouvernements autochtones comme l'un des trois ordres de gouvernement au Canada³⁷. Le rapport recommandait l'adoption d'une loi sur les gouvernements autochtones et la reconnaissance des nations autochtones; l'élimination du ministère des Affaires indiennes et la création d'un nouveau ministère des Relations avec les Autochtones pour négocier et gérer les ententes avec les nations autochtones, et l'adoption d'une Loi sur le parlement autochtone afin d'établir un organe représentatif des peuples autochtones qui deviendrait une chambre des Premières Nations et qui ferait partie du Parlement.

La loi sur la reconnaissance et le gouvernement envisagée par la CRPA était considérée comme une étape intérimaire dans le cadre d'une stratégie plus vaste sur l'autonomie gouvernementale comportant des pouvoirs circonscrits au paragraphe 35(1) plutôt que des pouvoirs illimités. Par conséquent, dans sa sphère de compétence, l'autorité du gouvernement autochtone serait à l'abri d'une ingérence aveugle des gouvernements



fédéral et provinciaux. Cette approche s'aligne sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire Sparrow, où les droits ancestraux et issus de traités étaient considérés comme étant à l'abri des percées législatives, sauf dans les cas où une norme de justification élevée pouvait être satisfaite. L'adoption d'une loi engagerait le Canada à fournir le financement correspondant à son champ de compétence. De l'avis de la CRPA, le droit à l'autonomie gouvernementale reconnu au paragraphe 35(1) devrait être considéré comme organique. Conclure que le droit à l'autonomie gouvernementale ne peut être exercé sans l'accord de la Couronne semble incompatible avec le fait que ce droit est inhérent.

La réponse du gouvernement fédéral en 1997 à la CRPA manquait de substance. *Rassembler nos forces : le Plan d'action du Canada pour les questions autochtones* reposait sur quatre objectifs, notamment le renforcement de la gouvernance autochtone. Le gouvernement a déclaré :

- avoir reconnu le droit à l'autonomie gouvernementale en tant que droit ancestral inhérent à l'article 35 et décrit les processus d'autonomie gouvernementale en cours;
- en ce qui concerne la recommandation de la Commission royale demandant la restructuration des institutions fédérales, il est possible de poursuivre les discussions pour améliorer...;
- en ce qui concerne la reconnaissance des gouvernements autochtones, le gouvernement fédéral a précisé qu'il consulterait les organisations autochtones ainsi que les provinces et les territoires au sujet des « moyens utiles » pour reconnaître les gouvernements autochtones et fournirait un cadre de principes pour guider les arrangements juridictionnels et intergouvernementaux;
- qu'il s'emploierait à améliorer la capacité des Premières Nations de négocier et...
- qu'il collaborerait avec les Premières Nations signataires de traités en vue de réaliser l'autonomie gouvernementale dans le contexte d'une relation fondée sur les traités et qu'il est aussi disposé à créer d'autres commissions des traités semblables au Bureau de la Commission des traités en Saskatchewan³⁸.

L'une des choses les plus importantes découlant du rapport de la CRPA était l'accent mis sur les pensionnats indiens. Les recours collectifs qui ont suivi ont abouti à la Convention de règlement relative aux pensionnats indiens. Cette convention contenait d'importantes dispositions en matière d'indemnisation, mais engageait également le gouvernement à créer la Commission de vérité et réconciliation.

En 2002, le gouvernement Chrétien, par l'entremise du ministre de l'époque Bob Nault, a tenté de faire adopter la Loi sur la gouvernance des Premières Nations (LGPN) sans consulter adéquatement les Premières Nations. Le projet de loi a été rejeté catégoriquement. Mais il a ouvert la voie à une nouvelle série de consultations pendant le mandat du premier ministre Paul Martin. Cela a mené, en mai 2005, à la conclusion d'un accord politique entre le gouvernement canadien et l'APN sur la reconnaissance et la mise en œuvre de gouvernements des Premières Nations qui prévoyait la création d'un comité directeur mixte³⁹. Des séances régionales visant à recueillir des commentaires sur un cadre et une stratégie collectifs visant à promouvoir la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations ont eu lieu dans tout le pays. À chaque séance, on a posé deux questions clés :

- De quoi avons-nous besoin pour définir de manière satisfaisante les gouvernements des Premières Nations et les rétablir?
- Que doit faire le gouvernement fédéral pour faciliter la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations?



L'exploration de ces questions se faisait autour des thèmes suivants :

1. Renforcement de la reconnaissance des gouvernements des Premières Nations

Il est important de noter que notre droit de nous gouverner est une responsabilité que nous a confiée le Créateur et qu'aucune autre nation ne peut nous en priver. Il est donc impérieux que nos lois soient basées sur notre compréhension de la loi naturelle, comme sur nos coutumes locales, nos traditions et nos valeurs. La Loi sur les Indiens constitue une barrière psychologique et un empêchement légal qu'on doit surmonter, pour en arriver à la décolonisation et si nous devons adopter la voie législative vers la reconnaissance, la législation ne devrait pas être normative et elle devrait être préparée conjointement avec les Premières Nations⁴⁰.

2. Fonctions essentielles des gouvernements des Premières Nations

Le Programme des Nations Unies pour le développement affirme qu'un gouvernement compétent est une condition préalable au développement. La gouvernance et l'administration sont deux fonctions distinctes et on ne peut pas vraiment parler de gouvernance avec la *Loi sur les Indiens* suspendue au-dessus de nos têtes. Un gouvernement compétent est celui qui prend les décisions qui touchent ses citoyens. Un gouvernement fonctionne au mieux lorsqu'il est près de ceux qu'il gouverne et doit englober une série de fonctions de base comme la citoyenneté, le développement économique et les arrangements fiscaux, les systèmes de santé, d'éducation et de justice⁴¹.

3. Territoires, ressources et traités

L'approche des gouvernements fédéral et provinciaux pour la négociation des terres et des ressources se fonde sur l'extinction et la négation des droits, plutôt que sur leur « reconnaissance et sur leur affirmation ». Les politiques de la Couronne ne reflètent pas la jurisprudence actuelle quant au titre autochtone et aux droits issus des traités. Les Premières Nations ont besoin d'avoir leur propre base économique pour renforcer leur gouvernement et devenir autosuffisantes.

4. Mécanismes de mobilisation avec le gouvernement du Canada

La relation actuelle avec le Canada ne fonctionne pas, elle ne sert pas l'honneur de la Couronne et elle ne fait pas avancer le développement d'une relation efficace. Le « vent de changement » ne soufflera pas tant qu'on ne réglera pas d'importants problèmes relationnels comme les déséquilibres de pouvoir et l'absence de reconnaissance des droits. Les ministères de la Justice et des Finances jouent un rôle critique à cet égard⁴².

Le gouvernement Harper est arrivé au pouvoir en 2006, ce qui a fait dérailler le processus d'élaboration de la politique dans l'accord politique.



Obstacles chroniques et statu quo

En l'absence d'accord sur la réforme constitutionnelle, le gouvernement fédéral a maintenu son pouvoir conféré par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle* de 1867 de légiférer en matière d'« Indiens et de terres réservées pour les Indiens ». Ceci a fondamentalement pris la forme de la *Loi sur les Indiens*, proclamée pour la première fois en 1876 et constituant la plus forte barrière dans la vie des peuples des Premières Nations⁴³. Le système dysfonctionnel de la *Loi sur les Indiens*, créé pour assimiler de force les Indiens par la discrimination sexuelle et d'autres formes de discrimination, maintient la domination coloniale du gouvernement fédéral⁴⁴.

Comme cela a été dit lors des consultations régionales de 2005, la *Loi sur les Indiens* est un obstacle juridique qui doit être surmonté dans le cadre de la décolonisation⁴⁵. En outre, l'incapacité des politiques et des lois à respecter les droits sociaux, culturels, économiques et politiques fondamentaux des Premières Nations contribue aux conditions de vie et aux perspectives d'avenir semblables à celles du tiers monde pour les Premières Nations.

Depuis 2001, le Bureau du vérificateur général (BVG) a mis un accent particulier sur la prestation de programmes et de services sociaux par le gouvernement du Canada aux Premières Nations au moyen du pouvoir conféré par le paragraphe 91(24) de légiférer sur « les Indiens et les terres réservées pour les Indiens »; toutefois, aucune autre loi ne précise les normes de service, les modèles de prestation ou les mécanismes de financement. Par conséquent, ces tâches d'importance sont laissées à la discrétion des politiques et des ministères, ce qui entraîne un sous-financement et une prestation de services médiocre ou inadéquate.

Les rapports sur les constats de la vérification concernant la prestation fédérale de services relatifs à la protection de l'environnement, aux droits fonciers issus de traités, aux services à l'enfance et à la famille, à l'eau potable, au logement, aux règlements de revendications, à l'éducation, aux ententes de financement, pour n'en citer que quelques-uns, pendant cette période, ont produit de nombreuses recommandations importantes du BVG, dont beaucoup n'ont pas encore été pleinement réalisées et n'ont pas entraîné d'amélioration significative de la vie des membres des Premières Nations dans les réserves⁴⁶ malgré les promesses de changement répétées du gouvernement. En 2011, le BVG a présenté un rapport Le Point à la Chambre des communes résumant la décennie d'analyse précédente et a conclu :

« [...] Des changements sont nécessaires si l'on veut que les Premières nations profitent davantage des services qui leur sont offerts. Nous sommes conscients que les problèmes que nous soulevons sont complexes et qu'il faudra des efforts concertés du gouvernement fédéral et des Premières nations pour y remédier, en collaboration avec les gouvernements provinciaux et les autres parties concernées.

Nous croyons que des obstacles structurels ont entravé l'amélioration des conditions de vie des Premières nations dans les réserves. Selon nous, pour améliorer réellement la qualité de vie dans les réserves, il faut clarifier le niveau des services à assurer; instaurer un fondement législatif pour les programmes; octroyer un financement proportionné qui serait prescrit par la loi au lieu de recourir à des politiques et à des accords de contributions; et avoir des organisations veillant à la prestation des



services par les Premières Nations. Il faut réunir ces quatre conditions pour permettre aux Premières nations vivant dans les réserves de bénéficier d'une qualité de vie avoisinant celle des Canadiens de partout au pays. Il faut aussi accorder une plus grande importance à l'obtention de résultats. »⁴⁷

Bien que le Canada ait le pouvoir législatif et la responsabilité de fournir des programmes et des services dans les réserves, le transfert de ces responsabilités aux bandes, aux provinces et aux autres organismes fédéraux a véritablement commencé dans les années 1950 et se poursuit jusqu'à maintenant. Cependant, comme l'a noté le Rapport Penner, la dévolution des programmes aux Premières Nations ne constitue pas l'autonomie gouvernementale⁴⁸. Le Bureau du vérificateur général a documenté à maintes reprises les principaux problèmes liés à ce modèle de prestation de services, essentiellement l'absence de norme de service comparable à celle d'autres gouvernements qui fournissent des services essentiels à leurs citoyens.

Les intentions de la politique fédérale semblent avoir été principalement motivées par le délestage de la responsabilité financière. De plus, il est difficile de voir comment la prise en charge d'un programme par les Premières Nations peut être qualifiée d'autonomie gouvernementale. Le gouvernement fédéral continue de contrôler les normes et le financement des programmes, qui, à leur tour, sont censés reposer sur des comparateurs provinciaux. En l'absence de cadre législatif, les directives politiques et le pouvoir discrétionnaire prennent le relais⁴⁹. Le gouvernement compte sur les pouvoirs du Conseil du Trésor, les politiques et les accords de financement pour s'acquitter de ses obligations. Aucune loi n'autorise expressément le ministère des Affaires indiennes à fournir des services essentiels de cette manière⁵⁰.

De plus, les niveaux de financement inadéquats ne tiennent pas compte du redressement des désavantages historiques créés par les séquelles des pensionnats indiens, selon la décision du Tribunal canadien des droits de la personne concernant le bien-être des enfants. Le tribunal a jugé que cela perpétue un désavantage historique et constitue de la discrimination systémique⁵¹.

En plus d'écarter les Premières Nations de l'élaboration des politiques, les lois provinciales sur les services essentiels ont tendance à ne pas être adaptées à la culture de ces peuples⁵². L'application des valeurs eurocanadiennes aux services prodigués aux Premières Nations a pour conséquence de saper les modes de vie collectifs et traditionnels des systèmes de parenté des Premières Nations et d'imposer des lois inappropriées et préjudiciables⁵³.

On a dit que « la seule voie à suivre est l'autonomie gouvernementale des Premières Nations en ce qui concerne les programmes et les services dans les réserves, avec un financement adéquat répondant aux besoins et à la situation des collectivités, qui repose sur des mécanismes fiscaux appropriés qui n'imposent pas de normes en matière de programmes ou de critères de surveillance, avec une assise juridique (ou même constitutionnelle) pour définir clairement les objectifs. »⁵⁴ [Traduction]

Outre les obstacles liés aux programmes et aux services décrits ci-dessus, les politiques et les processus fédéraux créent leurs propres obstacles à la réussite. En 2005, dans le cadre de la mobilisation sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations, on a observé que le Canada dicte la mesure dans



laquelle il est prêt à négocier dans plusieurs domaines énumérés dans des « listes ». La liste 1 regroupe les questions « faisant partie intégrante de la culture du groupe ». Les domaines de la liste 2 sont « susceptibles de déborder le cadre des questions qui font partie intégrante de la culture autochtone » et ceux de la liste 3, sont les « sujets pour lesquels les [...] Autochtones n'ont aucune raison impérieuse de vouloir exercer un pouvoir de légiférer. » Le Canada choisit entièrement les affaires et les Premières Nations doivent persuader les « décideurs » fédéraux des « raisons impérieuses » d'exercer un pouvoir législatif particulier, même si aucune jurisprudence ne le requiert⁵⁵.

De plus, on a fait remarquer à ce moment-là que la politique fédérale en matière de revendications n'a pas suivi le rythme des décisions des tribunaux, ce qui a suscité un appel en faveur d'un processus d'examen bilatéral. Treize ans plus tard, plusieurs autres décisions judiciaires importantes ont mis en place les mêmes politiques dysfonctionnelles et les fonctionnaires fédéraux articulent les mêmes interprétations étroites de l'article 35 et de sa jurisprudence. En 1982 et jusqu'à aujourd'hui, la position du Canada est que l'article 35 était/est une coquille vide.

Malheureusement, l'approche « pas de reconnaissance sans accord » est conforme au statu quo et contredit ce qu'a affirmé la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA) :

« À notre avis, le pouvoir des gouvernements autochtones sur les questions se rapportant à la bonne gestion des affaires autochtones et aux intérêts des autochtones et de leurs territoires est un droit ancestral existant qui est reconnu et confirmé dans la Constitution.

Le pouvoir de gouverner se décompose en deux parties : le « centre » et les « confins ». Les domaines centraux du champ de compétence autochtone regroupent les questions cruciales pour la vie et le bien-être d'un peuple autochtone, sa culture et son identité, mais qui n'ont pas d'incidences profondes sur les gouvernements voisins et qui ne font pas par ailleurs l'objet d'un intérêt fédéral ou provincial transcendant.

Sur le plan juridique, rien n'empêche les gouvernements autochtones de prendre en charge dès maintenant les domaines centraux au sein de leurs collectivités et de leurs nations. Sur le plan pratique, bien sûr, ces aspects sont liés aux ententes de programmes actuelles avec d'autres gouvernements. Avant qu'on l'on puisse s'attendre, raisonnablement, à ce que les autochtones exercent ces responsabilités, des accords au sujet de nouvelles formules de financement et de nombreuses autres questions devront être conclus⁵⁶. »

L'insistance du gouvernement fédéral sur l'extinction ou les variantes de l'extinction n'est pas conforme aux droits fondamentaux des Autochtones reconnus par le droit international relatif aux droits de la personne. L'extinction n'est pas requise pour concilier le titre ancestral avec le titre de la Couronne, un point clairement établi dans la décision dans l'affaire *Tsilhqot'in*. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada a clairement reconnu l'existence préalable des sociétés des Premières Nations et leur souveraineté préexistante. Les Premières Nations ne vont pas retourner à une politique d'extinction fondée sur les doctrines de la découverte ou de *terra nullius*⁵⁷.



Enfin, le non-respect de ses obligations conventionnelles existantes demeure malgré les demandes répétées des Premières Nations. Il n'y a pas de politique nationale de mise en œuvre des traités et il devrait y en avoir une, élaborée en partenariat avec les Premières Nations et sous l'égide d'un nouveau ministère responsable des relations avec les Premières Nations dans une relation de nation à nation⁵⁸.

Jurisprudence canadienne : une arme à double tranchant

En l'absence de reconnaissance des droits, le « déni de droits » évoqué par le premier ministre Justin Trudeau le 14 février 2018 est encore tout à fait d'actualité et a des conséquences très réelles et profondes pour les Premières Nations.

Trop souvent, les Premières Nations n'ont d'autre choix que de recourir aux tribunaux — un processus coûteux, long et accusatoire. Cette voie a toutefois donné lieu à l'élaboration d'une jurisprudence canadienne (c.-à-d. la common law) concernant les droits ancestraux et issus de traités par l'intermédiaire de son pouvoir judiciaire, là où le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif avaient échoué à en définir la portée et le contenu. Cette voie n'a pas elle-même été dépourvue de risques et, à bien des égards, elle a freiné l'évolution constitutionnelle du Canada⁵⁹.

Dans l'affaire *Calder et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, la Cour suprême du Canada a conclu que le titre ancestral faisait partie de la common law et reposait sur l'organisation politique et l'occupation du territoire :

« Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la *Proclamation de 1763*, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien et en l'appelant "droit personnel de la nature d'un usufruit", la solution du problème n'en devient pas plus facile. Ils affirment dans la présente action qu'ils avaient le droit de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint. Il ne peut faire de doute que ce droit était "dépendant du bon plaisir du Souverain"⁶⁰ ».

La Cour suprême du Canada a confirmé la décision *Calder* dans *R c. Van der Peet* en indiquant clairement que les droits ancestraux font partie de la common law :

[28] Dans la détermination du fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits ancestraux, il ne faut pas oublier que le paragr. 35(1) n'a pas créé la doctrine juridique des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law : *Calder*...⁶¹

La Cour suprême du Canada a déclaré à maintes reprises que la doctrine des droits ancestraux est reconnue et confirmée par le paragraphe 35(1). Dans *R c. Van der Peet* cette affirmation découlait d'un simple fait :

[...] quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils



l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, pardessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique — et maintenant constitutionnel — particulier⁶².

Dans *R c. Sioui*, la Cour suprême a explicitement reconnu que les sociétés autochtones avaient une dimension politique souveraine :

[...] les documents historiques nous permettent [...] de conclure que tant la Grande-Bretagne que la France considéraient que les nations indiennes jouissaient d'une indépendance suffisante et détenaient un rôle assez important en Amérique du Nord pour qu'il s'avère de bonne politique d'entretenir avec eux des relations très proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines. En effet, les métropoles faisaient tout en leur pouvoir pour s'assurer de l'alliance de chacune des nations indiennes et pour inciter les nations coalisées à l'ennemi à changer de camp. Ces efforts, lorsque couronnés de succès, étaient concrétisés par des traités d'alliance ou de neutralité⁶³.

Les tribunaux ont également reconnu que les traités sont fondés sur la souveraineté autochtone⁶⁴. Dans *Nation haida c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*, la Cour suprême du Canada a expressément souligné que les droits ancestraux sont fondés sur la souveraineté autochtone :

[20] [...] Les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 35 promet la reconnaissance de droits [...] ⁶⁵

Dans *R c. Marshall et R c. Bernard*, la Cour suprême du Canada a dressé la liste complète des principes d'interprétation des traités (fondés sur son corpus de jurisprudence) et a souligné que les lois autochtones peuvent être protégées par des traités :⁶⁶

127. À mon avis, il faudrait recourir à des conceptions autochtones de territorialité, d'utilisation du territoire et de propriété pour modifier et adapter les notions traditionnelles de propriété en common law afin d'élaborer une norme d'occupation qui intègre les perspectives autochtones et de common law. Autrement, nous pourrions adhérer implicitement à la thèse selon laquelle les peuples autochtones ne possédaient aucun droit sur le sol avant l'affirmation de la souveraineté parce que leurs notions de propriété ou d'utilisation du territoire ne correspondaient pas aux conceptions eurocentriques du droit de propriété. Voir S. Hepburn, *Feudal Tenure and Native Title: Revising an Enduring Fiction* (2005), 27 Sydney L. Rev. 49.

128. Il est très difficile d'intégrer les conceptions autochtones en matière de biens et de droit de propriété aux concepts modernes du droit des biens des régimes de droit civil et de common law, où la terre est considérée comme une monnaie d'échange de l'économie. Le titre aborigène a été reconnu par la common law et il tire en partie sa définition de la common law, mais il repose sur les lois coutumières autochtones relatives au territoire. La nature de ce droit relève des notions juridiques de la propriété dérivées à la fois des traditions de droit autochtones et européennes. [Traduction] : « [I]l s'agit de concilier les traditions juridiques autochtones et non autochtones en tenant compte du point de vue autochtone sur le sens du droit en jeu » (J. Borrows, *Creating an Indigenous Legal Community* (2005), 50 McGill LJ 153, p. 173).



Dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*⁶⁷, la Cour suprême du Canada a confirmé que le titre ancestral confère un pouvoir de décision collectif en ce qui concerne les terres :⁶⁸

[76] Le droit de contrôler la terre que confère le titre ancestral signifie que les gouvernements et les autres personnes qui veulent utiliser les terres doivent obtenir le consentement des titulaires du titre ancestral. Si le groupe autochtone ne consent pas à l'utilisation, le seul recours du gouvernement consiste à établir que l'utilisation proposée est justifiée en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[...]

[88] En résumé, le titre ancestral confère au groupe qui le détient le droit exclusif de déterminer l'utilisation qu'il est fait des terres et le droit de bénéficier des avantages que procure cette utilisation, sous réserve d'une seule exception, soit que les utilisations respectent sa nature collective et préservent la jouissance des terres pour les générations futures. Lorsque le gouvernement porte atteinte au titre ancestral sans le consentement du groupe titulaire du titre, il doit le faire en respectant l'obligation procédurale de la Couronne de consulter le groupe. L'atteinte doit également être justifiée par la poursuite d'un objectif public impérieux et réel et elle doit être compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone.

[...]

[121] Le tribunal doit d'abord examiner les caractéristiques ou les attributs du droit en question. Dans le cas du titre ancestral, trois attributs sont pertinents : (1) le droit d'utiliser et d'occuper les terres de façon exclusive; (2) le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites des terres, sous réserve de la restriction ultime que ces usages ne sauraient détruire la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures des peuples autochtones; (3) le droit de bénéficier des avantages économiques que procurent les terres (Delgamuukw, paragr. 166).

Ainsi, tout en établissant la compétence territoriale protégée par le paragraphe 35(1), le tribunal a également souligné qu'il n'était pas à l'abri de la compétence fédérale ou provinciale, mais que ces incursions devaient être justifiées. Ce seuil de justification constitue une contrainte à la fois pour le titre ancestral et pour la souveraineté de la Couronne. À cet égard, le tribunal n'a pas innové, mais il a réaffirmé son seuil de justification établi pour la première fois en 1990 avec *R c. Sparrow*⁶⁹.

Dans *R c. Sparrow*, la Cour suprême du Canada a protégé les droits des Musqueams de pratiquer la pêche pour des fins alimentaires, sociales et cérémonielles et a interdit l'extinction unilatérale de ces droits. Le gouvernement devait justifier toute tentative de violation des droits garantis par le paragraphe 35(1). Pour la première fois, les tribunaux ont imposé une limite à la souveraineté de la Couronne⁷⁰.

En 1990, cette victoire juridique semblait constituer une voie vers une véritable réforme. Ensuite, l'idée d'une « histoire originaliste » est réapparue et est devenue la pierre de touche pour prouver les droits des Autochtones. « La Cour suprême du Canada a créé un cadre qui ferait de la mobilisation coloniale la mesure des droits constitutionnels des peuples autochtones. »⁷¹ [Traduction]



Elle a transformé les juges et avocats en historiens amateurs. Les tribunaux ont concentré leur attention sur ce qui était, jadis, d'une importance capitale pour les « Indiens » et n'ont pas tenu compte de ce qui était important pour les Autochtones lors du rapatriement de la Constitution en 1982 et par la suite. Ainsi, les peuples autochtones ne pouvaient revendiquer aucun droit émanant de l'influence européenne. Des historiens ont été appelés à fournir des preuves de ce qui était au cœur de la culture autochtone avant l'arrivée des Européens. Ce cadre juridique n'a produit que « peu de victoires » pour les Autochtones, mais a renforcé l'idée selon laquelle les nations autochtones étaient des peuples du passé. « La rétrospectivité était enracinée parce que les tribunaux ne protégeront que ce qui formait autrefois partie intégrante des cultures autochtones, pas nécessairement ce qui est important pour elles aujourd'hui. »⁷² [Traduction]

En clair, la *Constitution du Canada* est peu pertinente pour améliorer la santé, le bien-être et la sécurité de la plupart des Autochtones⁷³. Les droits des Autochtones ont été à la fois enrichis et limités par des moments « figés dans le temps » d'un passé problématique dans la définition des protections constitutionnelles contemporaines. Le constitutionnalisme vivant est mis de côté, mais serait peut-être une meilleure méthode à suivre pour les tribunaux dans l'examen des droits des Autochtones⁷⁴.

La jurisprudence de l'arbre vivant⁷⁵

C'est l'approche adoptée dans tous les autres domaines constitutionnels. Cette approche favorise les interprétations contemporaines lorsque l'on se penche sur le passé. L'histoire est pertinente, mais on pense que les interprétations historiques constituent le « seuil minimal » de l'interprétation plutôt que le « seuil maximal » de la compréhension des droits. Pourtant, les juges canadiens n'interprètent pas les dispositions constitutionnelles à la lumière des perspectives autochtones. Malgré la perception du public selon laquelle les droits des Autochtones sont de plus en plus étendus, les tribunaux appliquent généralement la méthodologie la plus étroite à ce domaine dans les tranchées de l'interprétation de la Constitution⁷⁶.

La common law a affirmé que les droits autochtones et issus de traités reposent sur une organisation sociale et politique préexistante, avec des éléments souverains. Le terme « préexistant » utilisé par les tribunaux constitue toutefois une arme à double tranchant. L'idée de figer l'histoire au moment où la Couronne a affirmé la souveraineté fait reculer l'horizon des peuples autochtones et leur permet de revendiquer les droits territoriaux qu'ils possédaient à ce moment-là⁷⁷. Les droits économiques, sociaux et politiques des peuples autochtones ne se tirent pas aussi bien d'une analyse « figée dans le temps ». Cela devient évident lorsque l'on examine des droits comme la chasse, la pêche, le commerce, l'éducation, le développement économique, les soins aux enfants, la santé et le bien-être général, bref les droits à l'autonomie gouvernementale⁷⁸.

L'affaire *R c. Pamajewon* le rend peut-être le plus manifeste⁷⁹. Des membres des Premières Nations Shawanaga et de Eagle Lake ont été accusés d'avoir exploité une maison de jeu commune en violation de l'article 201 du Code criminel. Ils se sont défendus de cette accusation en affirmant qu'ils exerçaient un droit existant à l'autonomie en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ils avaient adopté des lois et créé l'infrastructure nécessaire pour soutenir financièrement leurs communautés par les jeux de hasard à gros enjeux. Des droits similaires avaient été reconnus par la Cour suprême des États-Unis pour les nations indiennes



au sud de la frontière. On peut dire que les Premières Nations Shawanaga et de Eagle Lake ont le droit de se gouverner elles-mêmes, ce qui faisait partie intégrante de leur culture distinctive avant l'arrivée des Européens. Ils ont déclaré que ce droit n'était pas éteint et, par conséquent, qu'il était reconnu et confirmé dans le droit contemporain.

Le tribunal n'a pas accepté les arguments des collectivités. Malgré le fait que les Anishinaabes aient déjà pratiqué le jeu de hasard, le tribunal a conclu qu'« aucun élément de preuve ne permet de conclure que les jeux de hasard en général et les jeux de hasard à gros enjeux comme ceux en cause ici faisaient partie de la culture et des traditions historiques des premières nations, ou qu'ils constituaient un aspect de l'utilisation qu'elles faisaient de leur territoire⁸⁰. » La Cour suprême du Canada a accepté l'opinion de la juridiction inférieure, selon laquelle : « [L]es loteries commerciales telles que les bingos sont des phénomènes du XX^e siècle, et rien de tel n'existait chez les peuples autochtones ni ne faisait partie des moyens traditionnels de socialisation et de subsistance de ces sociétés⁸¹. » La nouvelle caractérisation des revendications des communautés, de la gouvernance aux jeux de hasard, aurait été plus difficile à manipuler si la jurisprudence de l'arbre vivant avait été appliquée⁸².

Le tribunal était à la recherche de ce qui faisait partie intégrante de la culture distinctive des Anishinaabes avant le contact avec les Européens. La revendication de la gouvernance a été rejetée parce qu'elle n'était pas conforme à « l'histoire et à la culture spécifiques du groupe autochtone revendiquant le droit ». Au 15^e siècle, les Anishinaabes ne pratiquaient pas le jeu de hasard à l'échelle qu'il connaît au 20^e siècle. Par conséquent, le tribunal a estimé qu'ils ne pouvaient pas revendiquer des droits de gouverner des activités qui ne correspondaient pas aux activités de l'époque des premiers contacts. Le tribunal a écrit que « [c]aractériser ainsi la revendication des appelants aurait pour effet d'assujettir l'examen de la Cour à un degré excessif de généralité. Les droits ancestraux, y compris toute revendication du droit à l'autonomie gouvernementale, doivent être examinés à la lumière des circonstances propres à chaque affaire et, plus particulièrement, à la lumière de l'histoire et de la culture particulières du groupe autochtone qui revendique le droit⁸³. »

Il semble qu'examiner les droits des Autochtones à la lumière des circonstances propres à chaque affaire fasse reculer les tribunaux dans le temps. Cela montre les failles de l'originalisme; la « conception » de l'histoire de la Cour suprême du Canada encadre étroitement la *Constitution canadienne* dans un cadre colonial.

La « réconciliation » comme impératif du droit constitutionnel

Les tribunaux ont établi que les droits ancestraux et issus de traités sont des droits préexistants dont la source est indépendante de la common law et de la Constitution canadienne; par conséquent, toute discussion et tout examen approfondis de ces droits doivent inclure d'autres perspectives et sources de droit, notamment les perspectives et les systèmes juridiques autochtones quant à leur signification et leur application.



La jurisprudence comme les affaires Van Der Peet et Delgamuukw fournit une orientation claire à cet égard :

« Le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones eux-mêmes.

Dans son appréciation d'une revendication invoquant l'existence d'un droit ancestral, le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit. Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont décidé, à la p. 1112, qu'il est « crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause ». Toutefois, il faut également reconnaître que ce point de vue doit être exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada. Comme il a déjà été signalé, un des objets fondamentaux du [paragr. 35\(1\)](#) est la conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté. Les tribunaux appelés à statuer sur des revendications de droits ancestraux doivent donc se montrer ouverts au point de vue des autochtones, tout en étant conscients que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien.

[...] La conciliation véritable accorde, également, de l'importance à chacun de ces éléments⁸⁴. »

« Pour concilier l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, il fallait tenir compte à la fois du « point de vue des autochtones et de la common law », et j'ai également conclu que « [l]a conciliation véritable accorde, également, de l'importance à chacun de ces éléments ». En outre, j'ai déclaré que le point de vue des Autochtones sur l'occupation des terres peut être dégagé en partie, mais pas exclusivement, de leurs règles de droit traditionnelles parce que ces règles étaient des éléments des coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones : au paragr. 41. Il s'ensuit que si, au moment de l'affirmation de la souveraineté, une société autochtone avait des règles de droit concernant le territoire, ces règles seraient pertinentes pour prouver l'occupation des terres visées par la revendication d'un titre aborigène. Les règles de droit pertinentes pourraient notamment inclure un régime de tenure foncière ou des règles régissant l'utilisation des terres⁸⁵.

Y a-t-il un autre moyen? Peut-on revitaliser la Constitution?



Obligations du Canada de mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones⁸⁶

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (la Déclaration des Nations Unies) consolide des décennies d'élaboration progressive de normes et standards internationaux reconnaissant et protégeant les droits des peuples autochtones, comme en témoignent la jurisprudence et les recommandations des organismes internationaux et régionaux de défense des droits de la personne⁸⁷.

Le consensus mondial en faveur de la Déclaration a été affirmé dans huit résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, dont la plus importante, le *Document final de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones* de 2014, demande à tous les membres de l'Assemblée générale de s'engager

« à prendre, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, des mesures appropriées au niveau national, y compris des mesures législatives et administratives et des mesures de politique générale, pour atteindre les objectifs définis dans la Déclaration et pour y sensibiliser tous les secteurs de la société, notamment les parlementaires, les magistrats et les membres de la fonction publique⁸⁸. »

Commentant plus particulièrement les droits des peuples autochtones au Canada, James Anaya, un expert renommé des droits des peuples autochtones en droit international et, à l'époque, rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, a écrit que « la mise en œuvre de la Déclaration devrait être considérée sans réserve comme un impératif politique, moral, mais aussi juridique »⁸⁹.

Depuis l'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2007, les Premières Nations, y compris le chef national de l'Assemblée des Premières Nations, ont plaidé collectivement en faveur de sa mise en œuvre intégrale. Enfin, le gouvernement du Canada s'est engagé à mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies « sans réserve ». En 2016, le ministre Bennett a annoncé aux Nations Unies :

« [...] conformément à l'article 35 de sa Constitution, le Canada est doté d'un cadre solide de protection des droits des peuples autochtones. [...] Nous ne visons rien de moins que l'adoption et l'application de la Déclaration, conformément à la *Constitution canadienne*. [...] En adoptant et en mettant en œuvre la Déclaration, nous donnons vie à l'article 35 que nous reconnaissons comme un ensemble complet de droits pour les peuples autochtones au Canada⁹⁰. »

S'adressant à l'Assemblée générale des Nations Unies en septembre 2017, le premier ministre Trudeau a déclaré :

« Nous le savons que le monde entier s'attend à ce que le Canada adhère scrupuleusement aux normes internationales en matière de droits de la personne — y compris à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones — et c'est aussi ce que nous exigeons de nous-mêmes⁹¹. »



Les mécanismes de protection des droits de la personne comme la Déclaration des Nations Unies définissent les responsabilités des États nations et, dans certains cas, d'autres secteurs de la société. Ces responsabilités peuvent avoir divers effets juridiques⁹², y compris l'utilisation du droit international comme « source d'interprétation pertinente et persuasive »⁹³ du droit interne, y compris de la Constitution.

En 2016, la Cour supérieure de l'Ontario s'est appuyée sur des déclarations et des engagements de la Couronne — y compris le fait que le Canada « appuie maintenant pleinement, et sans réserve, la Déclaration internationale [des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones] »⁹⁴. En 2017, un tribunal de l'Ontario a déclaré :

[Traduction] [...] en ce qui concerne les peuples autochtones, les revendications et les droits territoriaux des Autochtones, la Couronne a une responsabilité envers ces peuples et une relation particulière avec eux. La Couronne doit traiter ces peuples et les questions connexes de façon juste et appropriée, surtout à la lumière des récentes recommandations publiées par la Commission de vérité et réconciliation et de l'adoption récente par le Canada de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones⁹⁵. »

Tous les secteurs de la société sont tenus de *respecter* les droits de la personne, c'est-à-dire de veiller à ce que leurs propres actions ne violent pas les droits d'autrui ou ne compromettent pas leur capacité à exercer leurs droits et à en jouir. Les gouvernements sont également tenus de *protéger* les droits de la personne, c'est-à-dire de prendre des précautions raisonnables pour prévenir la violation de ces droits par des tiers. Les gouvernements sont en outre tenus de *respecter* les droits de la personne, c'est-à-dire qu'en adoptant des lois, des politiques, des programmes et des engagements financiers, ils contribuent à créer les conditions nécessaires à la pleine jouissance et à l'exercice des droits.

La Déclaration des Nations Unies reconnaît que, dans le contexte du colonialisme, de la discrimination et de la marginalisation, de la dépossession et de l'appauvrissement des peuples autochtones qui en découlent, des mesures spéciales seront nécessaires pour respecter ces obligations. Les organismes internationaux de défense des droits de la personne ont également reconnu que, dans un État fédéral, le gouvernement national a la responsabilité particulière de veiller à ce que les obligations internationales en matière de droits de la personne soient respectées, quelle que soit la répartition des pouvoirs entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux⁹⁶.

La Déclaration des Nations Unies devrait amener le Parlement et les tribunaux canadiens à rejeter l'approche précédente. En effet, l'application de la Déclaration aux peuples autochtones ne repose pas sur la preuve d'affirmations souveraines pré-contact ou pré-non autochtones. Les droits sont dévolus aux peuples; les peuples visés au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* devraient tirer leur sens du droit international et être considérés comme une catégorie politique⁹⁷.

Les droits des peuples énoncés dans la Déclaration des Nations Unies sont exprimés en termes universels; leur exercice ne dépend pas d'un événement non autochtone (comme les contacts des Européens avec les peuples autochtones ou l'affirmation de la souveraineté étrangère, comme l'exige la jurisprudence canadienne).



L'article 1 en est un bon exemple :

« Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme⁹⁸. »

L'incorporation de normes universelles en matière de droits de la personne dans la reconnaissance du droit et de la gouvernance autochtones est une étape importante pour rejeter le paradigme trouvé dans *Van der Peet* et *Pamajewon* (qui mesure les droits de gouvernance autochtones selon qu'ils faisaient partie intégrante ou non de la culture distinctive des peuples autochtones avant l'arrivée des Européens). La promesse du gouvernement d'adopter et de mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies dans un contexte constitutionnel met « carrément l'honneur de la Couronne en jeu⁹⁹ ».

Responsabilité du gouvernement par le biais d'autres instruments internationaux

Il demeure primordial de tenir le gouvernement du Canada responsable. Dans ses propres documents pour la mobilisation, il parle de « responsabilité » dans le cadre de ses droits, mais il existe d'autres instruments internationaux pour renforcer davantage son engagement ici au pays.

En 1989, l'Organisation internationale du Travail (OIT) a adopté la *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux* (Convention n° 169 de l'OIT). La Convention et la Déclaration des Nations Unies sont compatibles et se renforcent mutuellement (article 2), et bien qu'elles aient été négociées à des moments différents par différents organismes internationaux, le processus de mise en œuvre des deux instruments est en grande partie identique et les expériences tirées du cadre de la Convention n° 169 peuvent servir à faire naître des initiatives pour appliquer la Déclaration de l'ONU¹⁰⁰.

En septembre 2015, le Canada et 192 autres États membres des Nations Unies ont adopté le *Programme de développement durable à l'horizon 2030*. Le Programme 2030 est un cadre international de 15 ans qui s'articule autour de 17 objectifs de développement durable (ODD), 169 cibles et plus de 230 indicateurs pour les personnes et la planète. Il comprend un principe fondamental qui consiste à veiller à ce que personne ne soit laissé pour compte dans la réalisation des ODD¹⁰¹. Ce principe sera particulièrement important pour la promesse du Canada de mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies.

Le 10 mai 2016, la ministre Bennett a renversé le point de vue du Canada sur la Déclaration des Nations Unies en déclarant à l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones :

« De fait, conformément à l'article 35 de sa Constitution, le Canada est doté d'un cadre solide de protection des droits des peuples autochtones. L'article 35 de notre Constitution déclare que « les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ». Les Autochtones, comme le grand chef John et beaucoup d'autres, se sont beaucoup battus pour inclure ces droits dans notre Constitution. »



En adoptant et en mettant en œuvre la Déclaration, nous donnons vie à l'article 35 que nous reconnaissons comme un ensemble complet de droits pour les peuples autochtones au Canada. Le gouvernement du Canada est d'avis que ses obligations constitutionnelles permettent de mettre en application tous les principes de la Déclaration, y compris le « consentement préalable, libre et éclairé ». Nous considérons les traités modernes et les ententes sur l'autonomie gouvernementale comme l'incarnation finale du consentement préalable, libre et éclairé entre partenaires¹⁰². »

Le 15 juin 2016, l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains (OEA) a adopté la *Déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, soit près de dix ans après la Déclaration des Nations Unies. La Déclaration américaine renforce les dispositions de la Déclaration des Nations Unies, et en particulier son article XLI énonce :

« Les droits reconnus dans la présente Déclaration et dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* constituent les normes minimales nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des peuples autochtones des Amériques¹⁰³. »

La Commission de vérité et réconciliation (2016) : Appels à l'action/ réconciliation

Le rapport final de la Commission de vérité et réconciliation (CVR) décrivait en détail l'héritage violent de la colonisation au Canada et reliait directement l'objectif global de réconciliation à la mise en œuvre de la Déclaration de l'ONU, la qualifiant de « cadre pour la réconciliation à tous les niveaux et dans toutes les sphères de la société canadienne »¹⁰⁴. La Cour suprême a qualifié la réconciliation « [d']objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités »¹⁰⁵.

Appel à l'action 42 :

Nous demandons aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux de s'engager à reconnaître et à mettre en œuvre un système de justice autochtone qui soit compatible avec les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones, en plus d'être conforme à la *Loi constitutionnelle de 1982* et à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* à laquelle le Canada a adhéré en novembre 2012.

Appel à l'action 43 :

Nous demandons au gouvernement fédéral, aux provinces et aux territoires 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.



Appel à l'action 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*.

Appel à l'action 45 :

Nous demandons au gouvernement du Canada d'élaborer, en son nom et au nom de tous les Canadiens, et de concert avec les peuples autochtones, une proclamation royale de réconciliation qui sera publiée par l'État. La proclamation s'appuierait sur la *Proclamation royale de 1763* et le *Traité du Niagara de 1764*, et réaffirmerait la relation de nation à nation entre les peuples autochtones et l'État (engagement à répudier les jugements coloniaux, à créer un système de lois qui inclut les lois autochtones, à revitaliser les traités et les relations, etc.).

Appel à l'action 46 :

Nous demandons aux parties à la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* d'élaborer et de signer un pacte de réconciliation qui fait part des principes de la collaboration voulue afin de promouvoir la réconciliation au sein de la société canadienne et qui comprend, notamment, mais sans s'y limiter :

- i) la réaffirmation de l'engagement des parties à l'égard de la réconciliation;
- ii) la répudiation des concepts utilisés pour justifier la souveraineté des peuples européens sur les territoires et les peuples autochtones, notamment la doctrine de la découverte et le principe de *terra nullius*, de même que la réforme des lois, des structures de gouvernance et des politiques au sein des institutions qui s'appuient toujours sur ces concepts;
- iii) la pleine adoption et la mise en œuvre complète de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* dans le cadre de la réconciliation;
- iv) le soutien de l'établissement de relations qui se rattachent aux traités et qui sont fondées sur les principes de la reconnaissance mutuelle, du respect mutuel et de la responsabilité partagée, et ce, de manière à ce qu'elles soient durables, ou encore du renouvellement des relations de ce type déjà nouées;

La décision de la CVR d'identifier la Déclaration des Nations Unies comme « le cadre pour la réconciliation » lie à jamais la Déclaration à toute stratégie de réconciliation. Lorsque la Déclaration est fragilisée, la réconciliation est également menacée¹⁰⁶.

Projet de loi C-262

Le premier ministre et le procureur général du Canada ont appuyé publiquement le projet de loi C-262, Loi visant à assurer l'harmonisation des lois du Canada avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, dont le Parlement est actuellement saisi, qui affirme que la Déclaration des Nations Unies constitue « un instrument universel garantissant les droits internationaux de la personne et trouve application au Canada » et qui demande au gouvernement du Canada, « en consultation et coopération » avec les peuples



autochtones, de prendre « toutes mesures nécessaires pour veiller à ce que les lois fédérales soient compatibles avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones¹⁰⁷ ».

Présenté pour la première fois le 21 avril 2016, le projet de loi C-262 est un projet de loi d'initiative parlementaire du député Romeo Saganash, NPD, Abitibi-Baie-James-Nunavik-Eeyou, au Québec. Il a été soumis au Sénat en première lecture le 31 mai 2018¹⁰⁸. Le projet de loi stipule que le gouvernement fédéral doit collaborer avec les peuples autochtones à l'élaboration d'un plan d'action national pour la mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies et assure la transparence et la reddition de comptes en exigeant un rapport annuel au Parlement sur les progrès réalisés. Le projet de loi C-262 rejette la doctrine de la découverte ainsi que le colonialisme¹⁰⁹.

Examen des lois et des politiques du Canada

Le 14 juillet 2017, le gouvernement fédéral (ministre de la Justice et procureur général du Canada) a publié dix *Principes régissant la relation du gouvernement Canada avec les peuples autochtones* visant à renouveler une relation de « nation à nation, de gouvernement à gouvernement » avec les peuples autochtones fondée sur la reconnaissance des droits, le respect, la coopération et le partenariat. Le gouvernement fédéral s'engageait à mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies en examinant les lois et les politiques en vigueur.

Il convient de noter qu'à l'heure actuelle, on manque encore d'information sur les mesures précises prises par le gouvernement à l'égard des changements internes proposés pour harmoniser les lois, les politiques et les mandats en matière de litiges et de négociation avec la reconnaissance. Il n'y a pas de liste claire des lois et des politiques qui seront étudiées, ni de liste de priorités, ni d'échéancier pour l'exécution de ces travaux. Il pourrait être utile d'examiner les mesures que le gouvernement prendra pour harmoniser ses lois, ses politiques, ses procédures et ses mandats de négociation avec la reconnaissance, la Déclaration des Nations Unies, les appels à l'action de la CVR et l'honneur de la Couronne¹¹⁰.

Conformément à la Déclaration des Nations Unies, le Canada devra assurer la participation active des Premières Nations au processus d'examen et respecter l'article 19 en particulier :

« 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 cause¹¹¹. »

Ainsi, dans la mesure où le processus de mobilisation actuel entrepris par le gouvernement oriente sa consultation vers la « mise en œuvre de mesures législatives ou administratives », il doit faire preuve de déférence envers les « institutions représentatives » des peuples autochtones¹¹².



Les exigences relatives au consentement préalable, libre et éclairé sont explicitement énoncées dans cinq articles de la Déclaration : article 10 (enlèvement de force des peuples autochtones de leurs terres et territoires); article 19 (mesures législatives et administratives touchant les peuples autochtones); article 29 (stockage ou élimination des matières dangereuses); article 30 (activités militaires sur les terres des peuples autochtones; paragraphe 32.2 (décisions touchant les terres, territoires et ressources des peuples autochtones en général et l'exploitation des ressources naturelles en particulier). Plus généralement, le droit des peuples autochtones d'accepter ou de refuser les propositions des États nationaux et des sociétés privées est un corollaire indispensable à l'affirmation du droit à l'autodétermination prévu à l'article 3 et à la douzaine d'autres dispositions qui affirment le pouvoir décisionnel autochtone en matière de terres, de société et de culture autochtones¹¹³.

La Cour suprême du Canada n'a pas encore explicitement tenu compte du « consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause », mais l'honneur de la Couronne conduit à présumer que le Canada a l'intention d'agir conformément à ses obligations internationales¹¹⁴. Il s'agit toutefois d'un début, mais la démarche la plus ciblée pour la mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies se fera *en collaboration* avec les peuples autochtones. Une telle approche favoriserait le renforcement des relations, protégerait les droits de la personne et favoriserait la réconciliation¹¹⁵.

Le Mécanisme d'experts des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones s'est réuni en juillet 2018 pour obtenir des conseils sur son étude du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause¹¹⁶. Bien que le Canada utilise l'expression « vise à obtenir » le consentement¹¹⁷, les représentants autochtones du Canada ont attiré l'attention sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur l'obligation de consulter qui impose au gouvernement de consulter et d'*accommoder* (c'est-à-dire de répondre de façon substantielle aux préoccupations des peuples autochtones). De plus, la norme minimale de la Déclaration des Nations Unies n'est pas la consultation, mais la consultation et la *coopération*¹¹⁸.

Dix principes pour aider le gouvernement fédéral à réaliser la réconciliation avec les peuples autochtones (voir l'annexe C)

Le 14 juillet 2017, le gouvernement fédéral (ministre de la Justice et procureur général du Canada) a publié dix *Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones* visant à renouveler une relation de « nation à nation, de gouvernement à gouvernement » avec les peuples autochtones fondée sur la reconnaissance des droits, le respect, la coopération et le partenariat. Chaque principe doit être lu avec les commentaires à l'appui. Cependant, il y a eu peu ou pas d'engagement envers les Premières Nations menant à la publication des principes fédéraux¹¹⁹.

Le fondement et le contexte des principes comprennent l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA), la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, les appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation (CVR) et l'engagement du gouvernement envers la bonne foi, l'État de droit, la démocratie, l'égalité, la non-discrimination et le respect



des droits de la personne. Les déclarations liminaires du Canada semblent indiquer que le Canada reconnaît les droits des Autochtones comme étant des droits de la personne, ce qui est conforme à la reconnaissance de la Déclaration des Nations Unies, qui est un cadre relatif aux droits de la personne. Cette question devrait faire l'objet d'un examen plus approfondi¹²⁰.

PRINCIPES N° 1 ET N° 4 :

Le principe n° 1 prévoit que le Canada reconnaît que toutes les relations avec les peuples autochtones doivent être fondées sur la reconnaissance et la mise en œuvre de leur droit à l'autodétermination, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Le principe n° 4 prévoit que le Canada reconnaît que l'autonomie gouvernementale des Autochtones fait partie du système en évolution du Canada de fédéralisme coopératif et d'ordres de gouvernement distincts.

Dans l'ensemble, les principes fournissent une base pour l'établissement d'une relation renouvelée entre la Couronne et les Autochtones, mais il y a encore « place à l'amélioration¹²¹ ». Les premiers principes ne reconnaissent pas explicitement l'existence d'un titre ancestral inhérent et il est essentiel d'insister sur la clarté de ce qui est réellement reconnu¹²². Il sera également utile de préciser que l'existence de la nature inhérente de l'autodétermination et de l'autonomie gouvernementale ne repose pas sur les articulations des tribunaux canadiens, ni sur la common law ou la législation canadiennes.

PRINCIPES N° 2, 5 et 9 :

Le principe n° 2 reconnaît « que la réconciliation est le but fondamental de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 ».

Le principe n° 5 reconnaît « que les traités, les accords et les autres ententes constructifs conclus entre les peuples autochtones et la Couronne ont été et sont des actes de réconciliation fondés sur la reconnaissance et le respect mutuels. »

Le principe n° 9 reconnaît « que la réconciliation est un processus continu qui s'inscrit dans le contexte de l'évolution des relations entre les Autochtones et la Couronne. »

Ces principes traitent de l'important précepte juridique selon lequel l'existence de droits ancestraux ne dépend pas de la négociation et de la conclusion d'un accord ou d'un arrangement quelconque avec la Couronne et « lorsque des accords sont conclus, ils devraient être fondés sur la reconnaissance et la mise en œuvre de droits et non sur l'extinction ou la modification de ces droits ou encore la renonciation à ces droits ». Il est important sur les plans juridique et politique d'affirmer que les droits ancestraux ne sont pas des droits conditionnels. Cela est utile pour les Premières Nations qui tentent de réaliser les avantages pratiques de la réconciliation¹²³.

De plus, ce regroupement particulier de principes témoigne potentiellement de l'engagement de la Couronne à s'éloigner de toute approche exigeant l'extinction, la cession ou la modification des droits autochtones et la possibilité d'évolution des accords. L'énoncé du principe n° 9, combiné aux concepts exposés dans le principe



n° 5, illustre bien l'approche de l'arbre vivant et la cessation de l'extinction, de la modification ou de la cession, « les traités, les accords et les autres ententes constructifs devraient pouvoir évoluer avec le temps ». (Principe n° 9)

Étant donné les déclarations liminaires et les autres déclarations contenues dans les deux documents concernant l'importance de la Déclaration des Nations Unies, les changements potentiels aux lois, aux politiques et aux pratiques pourraient inclure une directive envoyée à tous les ministères et représentants de la Couronne indiquant qu'ils doivent appliquer et mettre en œuvre les normes de la Déclaration des Nations Unies dans l'élaboration des plans de service, des mandats pour toutes les négociations, les litiges, les processus décisionnels, etc.

Le principe n° 3, « reconnaît que l'honneur de la Couronne oriente le comportement de la Couronne dans tous ses rapports avec les peuples autochtones. »

Comme le prévoit la common law canadienne, il faut « toujours présumer que la Couronne entend tenir ses promesses » et que « l'honneur de la Couronne est toujours en jeu dans ses relations avec les peuples autochtones ». La doctrine de l'honneur de la Couronne devient utile dans la mesure où elle fournit un fondement juridique à l'application de la Déclaration des Nations Unies dans le contexte national¹²⁴.

PRINCIPE N° 6 :

Selon le principe n° 6, le Canada « reconnaît qu'un engagement significatif avec les peuples autochtones vise à obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, lorsque le Canada propose de prendre des mesures ayant une incidence sur les peuples autochtones et leurs droits sur leurs terres, leurs territoires et leurs ressources. »

Ce principe reconnaît (mais ne confirme pas) que l'importance du consentement préalable, libre et éclairé, tel qu'il est énoncé dans la Déclaration des Nations Unies, s'étend au-delà des titres fonciers autochtones. Cet énoncé constitue un point de départ utile pour aider les Premières Nations à négocier des ententes en vue de renforcer leur rôle dans la prise de décision en ce qui concerne les activités menées à l'extérieur des terres visées par un titre et, vraisemblablement, à l'extérieur des terres visées par un traité. Toutefois, l'énoncé ou le concept ne peut demeurer tel qu'il est présenté actuellement.

L'énoncé de ce principe selon lequel le gouvernement « vise » à obtenir le consentement n'est pas conforme à la norme énoncée dans la Déclaration des Nations Unies qui exige des États qu'ils « obtiennent » le consentement. Dans les principes, l'articulation de la norme prévoit un seuil plus bas et une approche plus modérée. L'article 19 de la Déclaration des Nations Unies stipule que « 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. » Le Mécanisme d'experts des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones a indiqué que « le droit au consentement préalable, libre et éclairé est intégré dans le droit à l'autodétermination... et en fait partie intégrante¹²⁵ ».



PRINCIPE N° 7 :

Selon le principe n° 7, le Canada « reconnaît qu'il est essentiel de respecter et de mettre en œuvre les droits et que chaque atteinte aux droits visés par l'article 35 doit, selon la loi, comporter des justifications de très haute importance, qui tiennent compte des perspectives autochtones et satisfont aux obligations fiduciaires de la Couronne. »

Étant donné qu'une grande partie des documents porte sur la réconciliation et la reconnaissance du droit des Autochtones à l'autodétermination et à l'autonomie gouvernementale, la façon dont la reconnaissance des nations autochtones, y compris la nature et la portée des gouvernements autochtones telles qu'énoncées dans les documents, et dont la reconnaissance des ordres juridiques autochtones peuvent fonctionner parallèlement à un mécanisme continu imposé par les tribunaux pour justifier les violations des droits autochtones n'est pas claire.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la réconciliation est un élément prédominant dans les deux documents. La common law canadienne a clairement indiqué que l'un des objectifs de la consultation est de parvenir à la réconciliation. La consultation, qui est fondée sur l'honneur de la Couronne, est une étape procédurale de l'analyse de la justification de la violation des droits. Essentiellement, la consultation devient un mécanisme de réconciliation, mais c'est aussi un mécanisme qui facilite potentiellement la violation des droits.

PRINCIPE N° 8 :

Selon le principe n° 8, le Canada « reconnaît que la réconciliation et l'autonomie gouvernementale exigent une nouvelle relation financière avec les nations autochtones, établie dans un esprit de collaboration avec celles-ci, laquelle favorise un climat propice à la création de partenariats économiques et au développement des ressources. »

La raison pour laquelle une relation financière renouvelée serait considérée comme le catalyseur qui permettrait aux peuples autochtones d'avoir un accès équitable et continu à leurs terres, à leurs territoires et à leurs ressources n'est pas claire. L'accès équitable et continu à nos terres, à nos territoires et à nos ressources découle de la nature et de l'existence inhérentes du titre autochtone. Il n'est pas fondé sur une nouvelle relation financière ni sur l'existence d'un accord ou d'une entente de légitimité ou d'opérationnalisation.

De plus, le principe n° 8 ne fait aucune référence au titre autochtone et ne le reconnaît pas, alors que cela constitue un élément fondamental nécessaire à la pleine réalisation des garanties économiques et de l'autosuffisance des nations autochtones et au soutien optimal des activités d'autonomie gouvernementale.

Il est communément admis que les gouvernements autochtones auront besoin d'une base économique pour soutenir leurs opérations et assumer diverses responsabilités. Ce qui manque au principe n° 8, c'est la pleine reconnaissance de la « composante économique inéluctable du titre aborigène » telle qu'elle est énoncée dans l'arrêt *Delgamuukw*. En cherchant à obtenir la reconnaissance et la réconciliation et à éviter le statu quo de la pauvreté institutionnelle, il est impératif qu'un cadre permette aux nations et aux communautés autochtones d'obtenir la reconnaissance du titre d'autochtone. Cela permettrait de créer des débouchés économiques et commerciaux dans les terres autochtones, de créer ou de soutenir des emplois et des débouchés commerciaux, et d'avoir accès aux sources de revenus nécessaires pour soutenir la voie de la réconciliation¹²⁶.



Le processus de participation : « Un processus biaisé »

De nombreux titulaires de droits ont exprimé leur frustration face aux courts délais qu'ils jugent beaucoup trop limités compte tenu des enjeux. Cela a pour conséquence pratique d'empêcher les Premières Nations de parvenir à une compréhension commune des enjeux. En effet, l'absence de soutien ne leur a pas permis de participer d'une manière bien réfléchie. Deuxièmement, ce processus a été planifié et réalisé par le Canada seul. Les dates, les lieux et les participants n'ont pas été divulgués par RCAANC et plusieurs n'ont pas été informés à l'avance. C'est l'opposé du « renouvellement » ou de la « collaboration ». Enfin, on s'inquiète de savoir si les « détenteurs de droits » ont été effectivement inclus¹²⁷.

De façon plus générale, il devient clair que le processus de participation actuel n'est pas conforme à l'annonce faite par le premier ministre, que ce soit sur le fond ou sur la forme, et qu'il accroît la méfiance. Comme nous l'avons déjà mentionné, RCAANC lui-même a reconnu que son processus était imparfait et qu'il a entraîné une participation inégale. Mais, plus fondamentalement, le gouvernement a déclaré avoir entendu dire que s'éloigner du déni de droits signifie respecter la diversité. L'approche universelle ne respecte pas les lois, les coutumes et les valeurs uniques des peuples autochtones. Le gouvernement continue d'utiliser un langage homogénéisateur lorsqu'il parle des droits et des nations autochtones. Cela signifie respecter les droits inhérents et les droits issus de traités. Ce qu'il faut pour aller au-delà du déni des droits, c'est une dénonciation expresse de la doctrine de la découverte et de la *terra nullius*. Toutes les lois du Canada doivent changer à tous les paliers de gouvernement et il faut respecter le consentement libre, préalable et éclairé. Le Canada doit être tenu responsable de ses actions et de son inaction dès maintenant, et non au moment de la conclusion d'un nouveau cadre. Il y a des accords et des traités existants qui doivent encore être respectés.

Si l'on se fie à la simple lecture du *Document pour la mobilisation* du 14 février (résumé aux pages 4 et 5), il y a de bonnes raisons de craindre que la voie empruntée unilatéralement par le gouvernement aille à l'encontre de l'intention exprimée par le premier ministre le 14 février et que si elle est mise en œuvre, elle ne soit pas conforme au cadre fondé sur la Déclaration des Nations Unies. L'honneur de la Couronne est en jeu aujourd'hui comme il continuera de l'être et il faut tenir compte en particulier des articles 3, 19, 25-32 et 37 de la Déclaration des Nations Unies.

Ce cadre législatif et politique a le potentiel réel de restreindre et de confiner davantage la mise en œuvre des droits inhérents et issus de traités en imposant une définition des « nations et collectifs autochtones ». Cette définition devient alors le seuil pour amorcer des négociations. Une telle approche empiéterait en soi sur le droit à l'autodétermination et irait à l'encontre de la reconnaissance de la nature inhérente de ces droits. La reconnaissance par la définition législative est la *Loi sur les Indiens*¹²⁸ et étendre cette approche aux « nations et aux collectifs » est l'antithèse de la reconnaissance des droits inhérents et issus de traités reconnus à l'article 35. Le fait de ne mettre en œuvre que les droits reconnus dans le cadre d'une entente négociée et de faire participer les gouvernements provinciaux et territoriaux lorsque jugé nécessaire ne suffit pas pour affirmer le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ni pour créer un espace pour le fonctionnement des ordres juridiques et des compétences autochtones.



AFFIRMER LES DROITS, LE TITRE ET LA COMPÉTENCE DES PREMIÈRES NATIONS

DU 5 SEPTEMBRE 2018

Les lignes directrices et les directives stratégiques sont les outils d'interprétation utilisés par le gouvernement pour concrétiser un cadre législatif. De même, les Premières Nations disposent depuis des décennies de tels « outils de mise en œuvre » restrictifs et retardateurs créés unilatéralement par le gouvernement et sans tenir compte de la pleine reconnaissance et de l'affirmation des droits reconnus par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Cela fait près de 50 ans que le *Livre blanc* a été publié et que les Premières Nations ne veulent toujours pas fonctionner dans le cadre des politiques assimilationnistes de la *Loi sur les Indiens*, mais elles veulent définir une autre solution. Malheureusement, le gouvernement fédéral continue de suivre une voie qui ne fera que restreindre et limiter la façon de procéder. Les Premières Nations ne sont toujours pas écoutées.

Il y a encore beaucoup de questions et de détails à explorer. Même les dix principes du gouvernement ont été élaborés et mis en œuvre d'une manière qui n'était pas compatible avec une nouvelle relation de nation à nation et de gouvernement à gouvernement; il sera donc essentiel que le Canada s'engage de nouveau à travailler en partenariat avec les peuples autochtones en tant que partenaires à part entière¹²⁹.



Notes en fin de texte

- 1 Communiqué, *Le gouvernement du Canada créera un Cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits*, le 14 février 2018.
- 2 L'exactitude de cette déclaration devrait être remise en question compte tenu des quatre années de conférences constitutionnelles entre 1983 et 1987 dont il est question plus loin dans le présent rapport.
- 3 *Ibid.*
- 4 *Supra* note 1
- 5 Les résolutions 08/2018 et 39/2018 de l'APN confirment la volonté des Premières Nations à s'engager sur la voie de l'autonomie gouvernementale et de la décolonisation.
- 6 Résolution 08/2018 de l'APN.
- 7 Document de mobilisation : Collaborer en vue de jeter les bases de la reconnaissance et de la mise en œuvre fédérales des droits inhérents et issus de traités des Autochtones au Canada, 14 février 2018, p. 5-8
- 8 *Ibid.*, p. 9
- 9 Rien n'indique toutefois de quelle manière les tables de négociation actuelles ont été mises sur pied.
- 10 Voir note 6, p. 9
- 11 *Ibid.*, p. 10
- 12 *Ibid.*, p. 10
- 13 *Ibid.*, p. 11
- 14 *Ibid.*
- 15 Les préoccupations à l'égard du processus transmises à l'APN sont également résumées dans les pages qui suivent.
- 16 *Ce que nous avons entendu jusqu'ici sur la reconnaissance et la mise en œuvre des droits des Autochtones*, février à juin 2018.
- 17 *Ibid.*
- 18 La version du 21 mars 2018 se trouve dans le site Web du ministère.
- 19 Chambre des communes, Comité permanent des Affaires autochtones et du Nord, version électronique, 29 mai 2018. Remplacer par la transcription définitive.
- 20 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*.
- 21 Chambre des communes, Comité permanent des Affaires autochtones et du Nord, version électronique, 29 mai 2018.
- 22 Un nouveau comité du Cabinet sur la réconciliation a été mis sur pied dans le but de renouveler la relation de nation à nation et de gouvernement à gouvernement qu'entretient l'État avec les Premières Nations, les Inuits et les Métis en se fondant sur la reconnaissance des droits, le respect, la coopération et les partenariats. Ce comité poursuivra le travail déjà commencé par le Groupe de travail de ministres chargé d'examiner les lois et les politiques liées aux Autochtones. Contrairement au nouveau comité, le Groupe de travail de ministres chargé d'examiner les lois et les politiques liées aux Autochtones n'avait pas le statut officiel de comité du Cabinet, et bien qu'il ait eu toute la marge de manœuvre requise pour rencontrer directement les dirigeants des Premières Nations, il ne l'a pas fait, que ce soit de façon officielle ou transparente. Enfin, le Protocole d'entente sur les priorités communes représente une occasion de discuter avec les ministres de l'orientation des chefs sur de telles questions de même que sur des questions d'amélioration conjointe pour lesquelles les chefs ont indiqué leur volonté d'aller de l'avant, par exemple les dispositions législatives relatives à la protection de l'enfance.
- 23 La réponse de la ministre Bennett au Comité permanent a donné à tort l'impression que rien n'avait été accompli pour faire appliquer l'article 35. Pour un aperçu de la chronologie des événements, consulter l'Annexe B
- 24 Comité permanent
- 25 *Our Nations, Our Governments: Choosing Our Own Paths, Report of the Joint Committee of Chiefs and Advisors on the Recognition and Implementation of First Nation Governments, Executive Summary*, mai 2005 et résumé dans *Nos nations, nos gouvernements : Choisir notre propre voie, Rapport du comité mixte de Chefs et d'experts sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements de Première Nation*.
- 26 *Ibid.*, p. 3
- 27 M. Hurley, Bibliothèque du Parlement, juin 1999.
- 28 Cuning, P.A. Ginn, D., *First Nations Self-Government in Canada*, 1986 Osgoode Hall Law School of York University. L'échec du projet de loi C-52 s'explique en partie par les préoccupations des Premières Nations à l'égard de la « déléation des pouvoirs » comparativement à la reconnaissance des pouvoirs.
- 29 M. Hurley, Bibliothèque du Parlement, juin 1999. En ce qui concerne les droits conférés par l'art. 35, la suspension des droits à l'autonomie gouvernementale pour une période de dix ans afin de permettre la conclusion d'accords négociés était l'une des raisons pour lesquelles les Autochtones ont rejeté l'Accord de Charlottetown. Les gens ont également rejeté la clause de non-justiciabilité parce qu'elle était incompatible avec la reconnaissance des droits.



AFFIRMER LES DROITS, LE TITRE ET LA COMPÉTENCE DES PREMIÈRES NATIONS

DU 5 SEPTEMBRE 2018

- 30 Politique relative aux droits inhérents (1995). L'APN a rejeté cette approche (Résolution 01/1992).
- 31 S.C. 1984, ch. 18, R.S. ch. C-45.7. L'Accord contient en effet un article exigeant une loi sur l'autonomie gouvernementale.
- 32 S.C. 1986, ch. 27, R.S. C.S.-6.6.
- 33 *Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon, 1993.*
- 34 S.C. 1994, ch. 35, R.S.C. Y-2.6.
- 35 *Accord définitif Nisga'a, 1998.*
- 36 Voir la note 30, p. 7
- 37 Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Volume II, Première partie, Chapitre 3, « Gouvernance », 1996.
- 38 *Rassembler nos forces : Plan d'action du Canada pour les questions autochtones, 1997.*
- 39 *Un accord politique entre les Premières nations et la Couronne fédérale sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières nations*, mai 2005.
- 40 *Nos nations, nos gouvernements : Choisir notre propre voie*, Rapport du comité mixte des chefs et des conseillers sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations, résumé, p. 3-4.
- 41 *Ibid.*, p. 4.
- 42 *Ibid.*, p. 4-6.
- 43 En 1951, à la suite de l'examen conjoint des comités de la Chambre des communes et du Sénat, des modifications exhaustives ont été apportées à la *Loi sur les Indiens*, mais les objectifs largement archaïques et paternalistes sont restés. En 1985, le projet de loi C-31 a éliminé la discrimination fondée sur le genre par le mariage, de même que toutes les clauses d'émancipation restantes. Au fil du temps, des initiatives sectorielles visant à résoudre certains problèmes ont conduit à des réformes progressives telles que la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, L.C. 1999, ch. 24, qui permet aux Premières Nations participantes de se soustraire à 34 dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives aux terres et de gérer leurs terres, leurs ressources et leur environnement en vertu de leurs propres codes fonciers. La *Loi sur la gestion financière des premières nations*, L.C. 2005, ch. 9, fournit aux Premières Nations des outils de gestion financière modernes, comme aux autres gouvernements. La *Loi sur la gestion du pétrole et du gaz et des fonds des Premières Nations*, L.C. 2005, ch. 48, permet aux Premières Nations de se soustraire aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à la gestion des fonds et prévoit la libération de capitaux et de revenus pour la gestion et le contrôle de la Première Nation visée. La *Loi sur le développement commercial et industriel des premières nations* (L.C. 2005, ch. 53, vise à combler les lacunes réglementaires en permettant au gouvernement fédéral, à la demande de la Première Nation, d'élaborer des règlements reflétant un régime provincial pour des projets de développement commercial et industriel particuliers sur les terres de réserve. La *Loi sur la certitude des titres fonciers des premières nations* a modifié en 2010 la *Loi sur le développement commercial et industriel des premières nations* de manière à permettre l'enregistrement des développements immobiliers commerciaux dans les réserves dans un système reproduisant les titres fonciers ou le système de registre provincial. Plus récemment, la *Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, L.C. 2010, ch. 18, a conféré un nouveau droit à l'inscription en réponse à la décision dans l'affaire *McIvor c. Canada* rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique le 6 avril 2009. La loi garantit que les petits-enfants admissibles des femmes qui ont perdu leur statut en épousant des non-Indiens auront le droit d'être inscrits.
- 44 J. Borrows.
- 45 Voir la note 44, p. 4.
- 46 *Rapport Le Point de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes, 2011*, chapitre 4, « Les Programmes pour les Premières nations dans les réserves », p. 5.
- 47 *Rapport Le Point de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, chapitre 4, « Les Programmes pour les Premières nations dans les réserves », 2011.
- 48 *Rapport Penner*, p. 20.
- 49 *Ibid.*, p. 10. Le Bureau du vérificateur général a recommandé à plusieurs reprises l'élaboration de lois en 2006, 2011 et 2013.
- 50 La loi habilitante actuelle du Ministère, la *Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, L.R.C. 1985, ch. I-6, art. 2(1) et (4), confère un pouvoir très généralisé : « peut nommer ». Cette approche peut enfreindre la règle de droit [Traduction] (N. Metallic, 3 novembre 2017). Le gouvernement a l'intention d'introduire une loi habilitante pour le nouveau ministère à la suite de ce processus de mobilisation à l'automne 2019.
- 51 *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières nations du Canada et al c. Procureur général du Canada*, 2016 TCDP 2 (janvier 2016).
- 52 *Ibid.*, p. 6.
- 53 *Ibid.*, p. 6. *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières nations du Canada et al c. Procureur général du Canada* (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), 2016 TCDP 2.



- 54 *Ibid.*, p. 16.
- 55 Voir la note 44, p. 8.
- 56 À l'aube d'un rapprochement, Points saillants du rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Volume 2, p. 29-30.
- 57 Note 44, p. 8.
- 58 *Ibid.*, p. 8-9.
- 59 *Revitalizing Canada's Indigenous Constitution, Two Challenges*, J. Borrows, p. 20-27.
- 60 [1973] R.C.S. 313, mentionné dans la note sur la jurisprudence relative à l'article 35 sur les compétences autochtones sur les terres et les ressources, Olthius, Kleer, Townsend (OKT), LLP, 20 avril 2017.
- 61 [1996] 2 R.C.S. 507, mentionné dans la note sur la jurisprudence relative à l'article 35, OKT, 20 avril 2017.
- 62 Cela a été confirmé dans *R c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, au paragr. 67; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 R.C.S. 1010, au paragr. 115; *Mitchell c. MRN* [2001] 1 R.C.S. 9111 au paragr. 9; *R c. Sappier*; *R c. Gray* [2006] C.S.C. 54, paragr. 26, 31, 74, cité dans Note, OKT, 20 avril 2017.
- 63 [1990] 1 R.C.S. 1025 à 1052-53.
- 64 Voir la note 44.
- 65 [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 C.S.C. 73.
- 66 Voir la note 44.
- 67 [2014] 2 R.C.S. 257, 2014 C.S.C. 44.
- 68 *Ibid.*
- 69 [1990] 1 R.C.S. 1075.
- 70 J Borrows, *Challenging Historical Frameworks: Aboriginal Rights, The Trickster and Originalism*, *The Canadian Historical Review*, Volume 98, numéro 1, mars 2017, pp. 114-135.
- 71 *Ibid.*
- 72 *Ibid.* Pour une critique de ce cadre, voir Bradford W. Morse, *Permafrost Rights: Aboriginal Self-Government and the Supreme Court in R v Pamajewon*, *McGill Law Journal* 42 (1997): 1011-44; J Borrows, *Frozen Rights in Canada: Constitutional Interpretation and the Trickster*, *American Indian Law Review* 22 (1997): 37-64; Russel Barsh et Sakej Henderson, "The Supreme Court's Vanderpeet Trilogy: Native Imperialism and Ropes of Sand", *McGill Law Journal* 42 (1997) 993-1010.
- 73 *Ibid.*
- 74 *Ibid.*, p. 124.
- 75 *Ibid.*, p. 125.
- 76 *Ibid.*, p. 126.
- 77 Voir la note 75, J. Borrows, p. 130.
- 78 *Ibid.*, p. 131.
- 79 [1996] 2 R.C.S. 821.
- 80 *Ibid.*, paragr. 18.
- 81 *Ibid.*, paragr. 29.
- 82 *Ibid.*, paragr. 30.
- 83 *Ibid.*, paragr. 27.
- 84 *R c. Van der Peet*, [1996] 4 C.N.L.R. 177 p. 201-202.
- 85 *Delgamuukw c. British Columbia*, [1998] 1 C.N.L.R. p. 14 à 71. Il s'agit d'un énoncé important, souvent négligé ou non appliqué par les politiques et les lois de la Couronne en ce qui a trait à la tâche de traiter les revendications des Premières Nations quant à leurs droits et à leur compétence.
- 86 *Upholding the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Domestic Law*, C. Benjamin, 12 mars 2018.
- 87 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. S. James Anaya. Document de l'ONU. A/HRC/9/9, 11 août 2008, paragraphes 85-6.
- 88 Assemblée générale des Nations Unies, Document final de la réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale, dite Conférence mondiale sur les peuples autochtones, Document de l'ONU. A/RES/69/2, 22 septembre 2014. (Adopté par consensus), paragr. 7.
- 89 Assemblée générale des Nations Unies, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya, Document de l'ONU. A/67/301, 14 août 2013, paragr. 67.
- 90 Carolyn Bennett, ministre des Affaires autochtones et du Nord, « Discours livré à l'instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones », 10 mai 2016.
- 91 Allocution du premier ministre Justin Trudeau à la 72^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies, 21 septembre 2017. <https://pm.gc.ca/fra/nouvelles/2017/09/21/allocution-du-premier-ministre-justin-trudeau-la-72e-session-de-lassemblee>.
- 92 Paul Joffe, "UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Not Merely 'Aspirational'" 25 juin 2015. <http://quakerservice.ca/wp-content/uploads/2012/09/UN-Decl-Not-merely-aspirational-.pdf>.



AFFIRMER LES DROITS, LE TITRE ET LA COMPÉTENCE DES PREMIÈRES NATIONS

DU 5 SEPTEMBRE 2018

- 93 Reference re Public Service Employee Relations Act (Alberta), 1 S.C.R. 313, 1987, paragr. 348.
- 94 Catholic Children's Aid Society of Hamilton v. G.H., 2016 ONSC 6287, paragr. 66.
- 95 R. c. Sayers, 2017 ONCJ77, paragr. 53(2). Voir aussi paragr. 50 et 51.
- 96 Voir note 93.
- 97 Revitalizing Canada's Indigenous Constitution: Two Challenges, J. Borrows, p. 21.
- 98 Ibid., p. 21 citant la Déclaration, art. 1.
- 99 Ibid., p. 21.
- 100 www.ilo.org/Indigenous&Tribal Peoples' Rights in Practice.
- 101 http://international.gc.ca/world-monde/issues_developpement-enjeux_developpement/priorities-priorites/agenda-programme.aspx?lang=fra.
- 102 Notes d'allocation pour l'Honorable Carolyn Bennett, ministre des Affaires autochtones et du Nord, annonce du soutien du Canada à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, 10 mai 2016, New York.
- 103 www.asil.org/volume:21, numéro 7, 22 juin 2017.
- 104 Commission de vérité et réconciliation, Ce que nous avons retenu : les principes de la vérité et de la réconciliation, 2015. p. 3.
- 105 Première nation crie Mikisew c. Canada (ministre du Patrimoine canadien), 2005 CSC 69, paragr. 1.
- 106 J. Preston et P. Joffe, *Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*.
- 107 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 (Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones)*.
- 108 <https://openparliament.ca/bills/42-1/C-262/>.
- 109 Voir note 103.
- 110 *Supra* note 103, paragr. 31-37.
- 111 DNUDPA, art. 19.
- 112 Le 29 mai 2018, la ministre Bennett a affirmé devant le Comité permanent de la Chambre des communes que le gouvernement n'inclurait pas l'APN dans son engagement, expliquant son exclusion par le fait que l'APN n'est pas un « détenteur de droits » (transcription du 29 mai 2018).
- 113 Résumé extrait de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* et les obligations du Canada en matière de droits de la personne, C. Benjamin, 12 mars 2018. Une interprétation intentionnelle et relationnelle du consentement libre, préalable et éclairé est apparue parmi certains conseils sur les politiques, soulignant la nécessité de négociations de bonne foi avant que des décisions ne soient prises. La collaboration ne remplace pas le consentement et le respect de la dissidence est nécessaire.
- 114 P. Joffe, *Veto and Consent – Significant Differences*, 26 mars, citant R. c. Hape [2007] 2 SCR 292 au paragr. 53.
- 115 *Ibid.*, page 13.
- 116 Note de réunion non publiée, 9-13 juillet 2018, Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, 11^e session, point 4 : étude et conseil sur le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.
- 117 Principe n° 6 des 10 principes (annexe B).
- 118 *Ibid.*, note 95 citant *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 SCR 1010, au paragr. 88.
- 119 BC First Nations Leadership Council, 26 juin 2018. Le 22 mai 2018, le gouvernement de la Colombie-Britannique a publié son propre projet de principes visant à renouveler les relations entre la Couronne et les Autochtones. Les 10 projets de principes de la C.-B. sont les mêmes que les principes fédéraux, avec un contexte de commentaires différent. Encore une fois, il n'y a eu aucun engagement envers les Premières Nations menant à la publication des principes de la Colombie-Britannique.
- 120 Voir note 93, paragr. 18.
- 121 *Ibid.*, paragr. 4.
- 122 *Ibid.*, paragr. 9-11.
- 123 *Ibid.*, paragr. 35.
- 124 *Ibid.*, paragr. 38.
- 125 *Ibid.*, paragr. 39-42.
- 126 *Ibid.*, paragr. 48-50.
- 127 APN, document concernant le concept et l'analyse pour les 11 et 12 septembre 2018.
- 128 Paragraphe 2(1), Définitions, *Loi sur les Indiens*, R.S.C. ch. I-6.
- 129 *Ibid.*, 103, para. 52-53.

Annexe A

Chronologie des récentes initiatives législatives et politiques

Voici un calendrier illustrant les points saillants des initiatives en matière législative et politique qui touchent les Premières Nations. L'Assemblée des Premières Nations, sur les directives des Chefs-en-assemblée, a influencé l'orientation des initiatives stratégiques aux côtés des défenseurs et des organisations des Premières Nations depuis sa création en 1970 sous le nom de Fraternité des Indiens du Canada.



Initiative dirigée par le Canada



Initiative dirigée par les Premières Nations



1969
Déclaration du gouvernement du Canada sur la politique indienne (Livre blanc)
Première proposition du Canada pour remplacer la Loi sur les Indiens.
Rejet unanime par les Premières Nations.

1970
Livre rouge
Les dirigeants des Premières Nations ont unanimement rejeté le Livre blanc, Harold Cardinal, un Chef cri de l'Alberta, a aidé à galvaniser l'opposition des Premières Nations avec l'élaboration du « Livre rouge », qui était une réplique au Livre blanc.

1973
Calder c. British Columbia
La Cour suprême du Canada reconnaît pour la première fois un titre autochtone préexistant.

1975
Création du Groupe de travail parlementaire sur l'autonomie gouvernementale des Premières Nations (Comité spécial de la Chambre des communes sur l'autonomie gouvernementale des Indiens)
L'APN a été invitée à désigner un membre d'office sans droit de vote pour travailler avec les députés membres du Comité.
Loi constitutionnelle de 1982

1977
Accord du lac Meech
Moins d'un mois après l'arrêt des négociations, les premiers ministres se sont rencontrés en privé au lac Meech. L'APN s'est opposée au processus et au résultat.
L'APN a participé et est intervenue dans tous les points à l'ordre du jour.

1980
Constitution Express
Les Premières Nations étaient unies dans leur opposition au rapatriement de la Constitution (AANB) - les efforts comprenaient des efforts de lobbying et des litiges au Royaume-Uni. Un mouvement de protestation contre le manque de reconnaissance des droits des Autochtones dans le projet de rapatriement de la Constitution canadienne. Le résultat de ce mouvement a été l'ajout de l'article 35 à la Constitution canadienne.

1983
Rapport du Comité mixte sur l'autonomie gouvernementale des Indiens (Rapport Penner)
En 1984, les recommandations formulées dans le rapport Penner ont été mises de côté avec l'élection d'un gouvernement conservateur.

1985
Modifications à la Loi sur les Indiens
Les paragraphes (3) et (4) ont été ajoutés à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982
Les paragraphes (3) et (4) ont été éliminés en 1983-1984 à la suite d'une intervention de l'APN lors de la Conférence des premiers ministres sur les droits des Autochtones, afin d'inclure une référence aux droits fonciers.

1987
Politique sur les revendications globales
L'APN a participé et est intervenue dans tous les points à l'ordre du jour.

1989
R. c. Sparrow
La CSC a établi des critères pour déterminer si l'autonomie gouvernementale aux droits ancestraux était justifiable.
R. c. Sioui
L'APN avait le statut de partie intervenante. La CSC a conclu que les traités doivent être interprétés selon « leur esprit et leur intention » du point de vue autochtone.

1990
R. c. Pamajewon
La CSC a statué que le droit à l'autonomie gouvernementale prévu à l'article 35, s'il existe, est assujéti à des limites raisonnables.
R. c. Sioui
L'APN avait le statut de partie intervenante. La CSC a conclu que les traités doivent être interprétés selon « leur esprit et leur intention » du point de vue autochtone.

1992
Accord de Charlottetown
L'APN a participé et est intervenue dans tous les points à l'ordre du jour.

1995
Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale
La politique sur les droits inhérents a été présentée par les libéraux de Chrétien. Elle prétendait reconnaître le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. La CSC a conclu que les traités doivent être interprétés selon « leur esprit et leur intention » du point de vue autochtone.

1996
R. c. Pamajewon
La CSC a statué que le droit à l'autonomie gouvernementale prévu à l'article 35, s'il existe, est assujéti à des limites raisonnables.

1998
Initiative conjointe APN/ AIMC pour l'élaboration de politiques (Secteur des services fonciers et fiduciaires)
L'APN avait le statut de partie intervenante. Il s'agit de la première décision de la Cour suprême du Canada ordonnant un recours déclaratoire reconnaissant le titre autochtone.

2005
L'Accord politique a établi un programme et un processus pour aller de l'avant conjointement avec un « programme fondé sur les droits ».
L'Accord politique de 2005 entre les Premières Nations et la Couronne fédérale sur la reconnaissance et la mise en œuvre des gouvernements des Premières Nations, signé avec le Canada, et l'Accord de Kelowna conclu avec les gouvernements fédéral et provinciaux.

2014
Nation Tshilqot'In c. British Columbia
L'APN avait le statut de partie intervenante. Il s'agit de la première décision de la Cour suprême du Canada ordonnant un recours déclaratoire reconnaissant le titre autochtone.

2015
Le premier ministre Trudeau a fait une déclaration en réponse au rapport et s'est engagé à mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

2016
Le Canada ratifie la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

2017
Protocole d'entente entre l'Assemblée des Premières Nations et le Canada sur les priorités conjointes

2018
Le Canada annonce le Cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits autochtones

Annexe B: Recouvrements entre les Dix principes fédéraux, la DNUDPA, les Appels de la CVR et les préoccupations des PN

Dix principes	Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	Questions/préoccupations
<p>1. Le gouvernement du Canada reconnaît que toutes les relations avec les peuples autochtones doivent être fondées sur la reconnaissance et la mise en œuvre de leur droit à l'autodétermination, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.</p>	<p>L'article 3 de la <i>Déclaration des Nations Unies</i> affirme que les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. Il s'agit du même droit dont jouissent tous les autres peuples ou nations. (Voir aussi les paragraphes 16 et 17 du préambule de la <i>Déclaration</i>.)</p>	<p>Le Canada reconnaît les nations autochtones ou les groupes détenteurs de droits tels qu'ils sont définis par les tribunaux (c.-à-d. groupes autochtones ayant en commun des caractéristiques essentielles comme une langue, des coutumes, des traditions et une expérience historique). Ces éléments semblent provenir de la jurisprudence canadienne. Une telle utilisation de la jurisprudence a pour effet de freiner l'évolution de « l'autodétermination » et de « l'autonomie gouvernementale ».</p> <p>Cette approche risque d'empiéter sur le droit à l'autodétermination et va à l'encontre de la reconnaissance de la nature inhérente de ces droits.</p> <p>Ce principe est loin d'une reconnaissance explicite du titre ancestral.</p>
<p>2. Le gouvernement du Canada reconnaît que la réconciliation est le but fondamental de l'article 35 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>.</p>		<p>L'appel à l'action n° 46 de la CVR demande au gouvernement fédéral, dans le cadre de la réconciliation, de répudier les concepts utilisés pour justifier la souveraineté des peuples européens sur les territoires et les peuples autochtones, notamment la doctrine de la découverte et le principe de terra nullius (territoire n'appartenant à personne) et de réformer les lois, les structures de gouvernance et les politiques au sein des institutions qui s'appuient toujours sur ces concepts.</p> <p>« Droit existant » doit être pris au sens de « droit non éteint » (<i>Sparrow</i>)</p>

Dix principes	Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	Questions/préoccupations
		Le travail consiste ici à voir comment la souveraineté canadienne peut fonctionner sans diminuer les droits inhérents des nations autochtones
<p>3. Le gouvernement du Canada reconnaît que l'honneur de la Couronne oriente le comportement de la Couronne dans tous ses rapports avec les peuples autochtones</p>	<p>La <i>Déclaration des Nations Unies</i> affirme le droit des Autochtones d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties ainsi qu'à des voies de recours efficaces (article 40). Pour remplir ses obligations en vertu de la <i>Déclaration</i>, le gouvernement du Canada doit s'assurer que ses stratégies de règlement des litiges sont conformes à la <i>Déclaration</i> et à son engagement général en matière de reconnaissance des droits.</p>	<p>L'honneur de la Couronne est une doctrine de la common law qui suppose que la Couronne a toujours l'intention de tenir ses promesses. « L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones. » Citer cette doctrine comme principe est utile dans la mesure où cela fournit un fondement juridique pour l'application de la <i>Déclaration des Nations Unies</i> dans le contexte national et soutient la mise en œuvre de la <i>Déclaration</i> comme cadre des droits de la personne.</p>
<p>4. Le gouvernement du Canada reconnaît que l'autonomie gouvernementale des Autochtones fait partie du système en évolution du Canada de fédéralisme coopératif et d'ordres de gouvernement distincts.</p>	<p>La <i>Déclaration des Nations Unies</i> précise aussi de nombreux domaines où les peuples autochtones ont le droit de prendre leurs propres décisions conformément à leurs propres traditions et valeurs, en se servant de leurs propres processus et institutions de gouvernance. Ces domaines sont notamment l'éducation (article 14), l'exploitation des ressources sur les terres et territoires autochtones (article 32), la citoyenneté dans les nations autochtones (articles 33.2 et 35) et bien d'autres domaines.</p>	<p>La reconnaissance et la création d'un espace pour l'application des ordres juridiques et de la compétence autochtones constituent un important point de départ. Il importera de veiller à ce que cette reconnaissance tienne compte de la portée, de l'envergure et du caractère unique des ordres juridiques autochtones et d'éviter toute tentative de restreindre les approches ou de les regrouper en un modèle unique.</p> <p>Par ailleurs, le droit à l'autodétermination n'est pas compris dans le principe 4, qui est axé sur un fédéralisme coopératif. L'article 35 ne peut revitaliser les ordres juridiques autochtones tant que l'autodétermination n'éclaire pas cette approche.</p>

Dix principes	Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	Questions/préoccupations
<p>5. Le gouvernement du Canada reconnaît que les traités, les accords et les autres ententes constructives conclus entre les peuples autochtones et la Couronne ont été et sont des actes de réconciliation fondés sur la reconnaissance et le respect mutuels.</p>		<p>Pour dépasser le refus de reconnaître des droits et donner un effet réel et pratique à la réconciliation, il est important, tant sur le plan juridique que politique, d'affirmer que les droits ancestraux ne dépendent pas de la négociation ou de la conclusion d'un accord ou d'une entente avec la Couronne.</p>
<p>6. Le gouvernement du Canada reconnaît qu'un engagement significatif avec les peuples autochtones vise à obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, lorsque le Canada propose de prendre des mesures ayant une incidence sur les peuples autochtones et leurs droits sur leurs terres, leurs territoires et leurs ressources.</p>	<p>L'article 19 de la <i>Déclaration des Nations Unies</i> établit l'exigence suivante en ce qui concerne la création de lois :</p> <p><i>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.</i></p> <p>Cette disposition devrait être lue en même temps que d'autres dispositions de la <i>Déclaration des Nations Unies</i>, notamment l'article 3 sur l'autodétermination, et dans le contexte plus vaste du droit international qui a affirmé à plusieurs reprises le droit des peuples autochtones d'accorder ou de refuser le consentement pour des décisions touchant leurs droits¹</p>	<p>Le but du gouvernement qui « vise à » obtenir un consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause n'est pas conforme à la norme énoncée dans la Déclaration des Nations Unies qui exige que les États « obtiennent » ce consentement. Le principe introduit un seuil moins élevé et une approche plus faible. Il faut plus qu'une « consultation »</p> <p>Rien n'indique comment le gouvernement fédéral gèrera les contraintes qui entravent sa capacité à agir à la lumière des articles 91(24), 92 et 109 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>.</p>

¹ Voir, par exemple, Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale, *Recommandation générale 23 : Populations autochtones*, 51^e session, 18/08/97, qui demande aux parties à la Convention, en ce qui concerne les populations autochtones, « de veiller à ce qu'aucune décision directement liée à leurs droits et à leurs intérêts ne soit prise sans leur consentement informé. » De même, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a conclu : « Les

Dix principes	Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	Questions/préoccupations
<p>7. Le gouvernement du Canada reconnaît qu'il est essentiel de respecter et de mettre en œuvre les droits et que chaque atteinte aux droits visés par l'article 35 doit, selon la loi, comporter des justifications de très haute importance, qui tiennent compte des perspectives autochtones et satisfont aux obligations fiduciaires de la Couronne.</p>	<p>L'interaction entre la violation et la réparation des droits des autochtones et les articles 46(2) et 28(1) de la <i>Déclaration des Nations Unies</i> doit être examinée. À des fins de référence, voici ce que disent les articles :</p> <p><i>Art. 46(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.</i></p> <p><i>Art. 28 (1) Les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris,</i></p>	<p>Ce principe laisse de la place à la poursuite de la violation des droits ancestraux et issus de traités et au maintien du statu quo par le gouvernement. Étant donné que de nombreux principes et commentaires mettent l'accent sur la réconciliation et la reconnaissance des droits, il est difficile de voir comment le cadre de reconnaissance des droits peut fonctionner parallèlement à un mécanisme continu imposé par les tribunaux pour justifier les violations.</p>

États parties devraient respecter le principe du consentement préalable des peuples autochtones, librement donné et en connaissance de cause, pour toutes les questions visées par leurs droits spécifiques. » *Observation générale n° 21, Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/21, par. 37.

Dix principes	Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	Questions/préoccupations
	<i>occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.</i>	
<p>8. Le gouvernement du Canada reconnaît que la réconciliation et l'autonomie gouvernementale exigent une nouvelle relation financière avec les nations autochtones, établie dans un esprit de collaboration avec celles-ci, laquelle favorise un climat propice à la création de partenariats économiques et au développement des ressources.</p>		<p>Ce principe fait abstraction de la « composante économique inéluctable du titre ancestral » (<i>Delgamuukw</i>).</p> <p>Le principe est également muet sur l'indemnisation pour les atteintes passées ou actuelles au titre et aux droits.</p>
<p>9. Le gouvernement du Canada reconnaît que la réconciliation est un processus continu qui s'inscrit dans le contexte de l'évolution des relations entre les Autochtones et la Couronne.</p>		<p>Une « approche de l'arbre vivant » devrait signifier l'arrêt de l'extinction, de la modification ou de la cession et « les traités, les accords et les autres arrangements constructifs devraient pouvoir évoluer avec le temps. »</p>
<p>10. Le gouvernement du Canada reconnaît qu'il est nécessaire d'avoir une approche qui tient compte de la particularité des collectivités détenant des droits pour s'assurer que les droits, les intérêts et la situation propres des Premières Nations, de la Nation Métisse et des Inuits sont reconnus, confirmés et mis en œuvre.</p>		



Assemblée des Premières Nations

55, rue Metcalfe, bureau 1600, Ottawa (Ontario) K1P 6L5

Téléphone : 613-241-6789

Sans frais : 1-866-869-6789

Télécopieur : 613-241-5808