

Guide pour les avocats qui travaillent avec des parties autochtones

1er supplément

Un projet conjoint de :
*La Société des plaideurs,
de l'Association du Barreau Autochtone
et du Barreau de l'Ontario*

Version pour publication
29 septembre 2022



The Advocates' Society
La Société des plaideurs



INDIGENOUS BAR
ASSOCIATION
— ASSOCIATION DU
BARREAU AUTOCHTONE



Law Society
of Ontario

Barreau
de l'Ontario

Premier supplément — septembre 2022

Guide pour les avocats qui travaillent avec des parties autochtones

Table des matières

Introduction

Chapitre 1 : Les reconnaissances du territoire

Chapitre 2 : La pratique juridique tenant compte des traumatismes

Chapitre 3 : Le rapport et les appels à la justice de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées

Chapitre 4 : La *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*

Chapitre 5 : L'évolution de la législation concernant le bien-être des enfants autochtones et ce qui en a découlé

Chapitre 6 : L'application des principes d'interprétation des traités dans *Restoule v Canada (Attorney General)*

Chapitre 7 : L'obligation de consulter et d'accommoder, et le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause

Chapitre 8 : L'adaptation et l'application des principes énoncés dans *R c Gladue*

INTRODUCTION

Bienvenue au premier supplément du *Guide pour les avocats qui travaillent avec des parties autochtones*, initialement publié en mai 2018 grâce aux efforts concertés de l'Association du Barreau autochtone, de la Société des plaideurs et du Barreau de l'Ontario. Le Guide se voulait un point de départ pour aider les avocats et autres intervenants des systèmes de justice civile et pénale du Canada à mieux comprendre les peuples, les communautés et les organisations autochtones. Comme nous l'avions mentionné à l'époque et comme cela s'applique toujours, le Guide et son contenu ne remplacent pas la nécessité de forger des relations individuelles significatives fondées sur la compréhension et le respect mutuels.

Lorsque le Guide original a été élaboré, il était clair que ce serait une ressource vivante. Au cours des quatre dernières années, le droit canadien et les façons dont il interagit avec les peuples autochtones a connu de nombreux développements importants. À tel point que les trois collaborateurs originaux ont de nouveau joint leurs forces pour produire le premier supplément que voici. Nous osons également espérer que ce ne sera pas le dernier!

En réponse à l'appel à l'action 27 de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada qui s'adresse directement à la communauté juridique du Canada, le développement de la compétence interculturelle, tant dans la forme que dans le fond, n'est pas une destination, mais plutôt un cheminement que nous devons faire ensemble. En 2018, nous avons cité l'ancien juge en chef de la Colombie-Britannique, l'honorable Lance Finch, qui a donné le conseil suivant à la communauté juridique : [Traduction] « pour parvenir à une réconciliation égale, force est de reconnaître que, si nous devons rester, nous nous devons également d'apprendre ». L'ancien juge en chef est malheureusement décédé en 2019, mais ses mots résonnent encore et le devoir d'apprendre auquel il fait allusion continue d'inspirer. Il semble donc approprié que l'actuel juge en chef de la Colombie-Britannique, l'honorable Robert J. Bauman, ait fait la remarque suivante dans un discours prononcé en 2021 : [Traduction] « notre devoir d'apprendre est une obligation qui nous suivra tout au long de notre vie personnelle et professionnelle... il est temps que nous embrassions notre "devoir d'agir" »¹.

¹ Robert Bauman, « A Duty to Act » (allocution prononcée au Congrès annuel 2021 : Indigenous Peoples and the Law, Vancouver, 17 novembre 2021) [non publié].

Le premier chapitre du supplément se penche sur ce que signifient les reconnaissances territoriales — ce qu’elles signifient pour les communautés autochtones, pourquoi elles demeurent importantes et comment nous pouvons élargir nos connaissances en nous préparant nous-mêmes à prononcer de telles reconnaissances.

Le chapitre suivant vise à aider les professionnels du droit à comprendre ce qu’est la pratique tenant compte des traumatismes, et l’importance de développer les compétences interculturelles qui y sont associées afin de fournir des services juridiques exempts de racisme.

Alors qu’un féminicide sur quatre au Canada touche des femmes et des filles autochtones, nous ne pouvons nous permettre d’ignorer le rapport final de l’Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées (FFADA) et les constats qui en sont ressortis. Le rapport final, qui est divisé en 19 thèmes et qui contient 231 appels à la justice, résume certains thèmes qui s’adressent à la communauté juridique et présente les 25 appels à la justice qui s’adressent au secteur de la justice. L’un des chapitres du supplément souligne l’importance de déployer des efforts continus pour donner suite aux changements revendiqués dans ce rapport final et fait un survol des mesures prises jusqu’à maintenant. Ce chapitre fait également des liens avec le chapitre précédent qui porte sur la prestation de services juridiques tenant compte des traumatismes et les compétences requises pour ce faire.

Même si le Canada s’est initialement opposé à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA), il l’a ultimement ratifiée en 2016. Depuis ce temps, le Canada a adopté une loi fédérale qui officialise l’application de la DNUDPA aux lois canadiennes et l’obligation du Canada de concilier le droit canadien avec les principes de la DNUDPA. Nous avons rédigé un chapitre qui présente les grandes lignes de cette nouvelle loi et explore comment elle pourrait transformer les interactions entre les peuples autochtones et le droit canadien.

Le nombre complètement disproportionné d’enfants autochtones pris en charge par le système de protection de l’enfance a incité la Commission de vérité et de réconciliation à lancer des appels à l’action très ciblés. Nous nous penchons sur ces appels à l’action et sur les mesures prises par le Canada pour donner effet à la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, entrée en vigueur en juin 2020. Cette *Loi* confirme les droits des Premières Nations, des Inuits et des Métis à exercer leur compétence en matière de services à l’enfance et à la famille; elle établit des principes nationaux tels que l’intérêt

supérieur de l'enfant, la continuité culturelle et l'égalité réelle ; elle contribue à la mise en œuvre de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* ; et elle donne aux peuples autochtones la possibilité de choisir leurs propres solutions pour leurs enfants et leurs familles.

En janvier 2019, le procureur général du Canada a publié la *Directive du procureur général du Canada sur les litiges civils mettant en cause les peuples autochtones*², laquelle établit les lignes directrices que tout plaideur fédéral doit suivre dans les approches, les positions et les décisions prises au nom du procureur général (Canada). Le préambule indique clairement que les plaideurs fédéraux doivent recourir aux actions en justice, un processus fondé sur le système accusatoire, en dernier recours et que, à mesure que la confiance et la bonne foi entre le Canada et les peuples autochtones évolueront, il faudra privilégier les processus de règlement des différends fondés sur la collaboration, comme la négociation. Bien que nous ne tirions aucune conclusion sur la mise en œuvre de cette directive, nous tenions à la présenter afin qu'elle soit mieux connue. Seuls le temps et l'expérience nous diront si les succès récoltés par cette politique inspireront le prochain supplément.

Nous avons consacré un chapitre à l'affaire ontarienne *Restoule v Canada (Attorney General)*. Bien que les questions en litige entre les Anichinabés visés par les traités Huron et Supérieur et la Couronne provinciale et fédérale ne soient pas complètement résolues, cette affaire est un bon d'exemple de l'état actuel du droit en matière d'interprétation des traités en Ontario. En se fondant sur l'approche en deux étapes initialement énoncée par la Cour suprême du Canada dans *R c Marshall*, une approche qui met l'accent sur la réconciliation, les tribunaux de l'Ontario ont établi un autre important principe d'interprétation des traités. Afin de l'aider à procéder à une analyse approfondie, le tribunal a autorisé (en se fondant sur les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*³ élaborées par la Cour fédérale du Canada en 2016) des aménagements qui ont permis à des Anichinabés de témoigner dans leur langue et la tenue de cérémonie anichinabée.

Nous poursuivons ensuite avec un chapitre sur les principes établis en common law canadienne en ce qui a trait à l'obligation de consulter et d'accommoder. Bien que ce ne soit pas de jurisprudence nouvelle, l'adoption de la *Loi sur la Déclaration des*

² Directive du procureur général du Canada sur les litiges civils mettant en cause les peuples autochtones, 2018, en ligne au : [litigation-litiges.pdf \(justice.gc.ca\)](https://www.justice.gc.ca/eng/1525/1525.html). La C.-B. a produit sa propre directive sur les litiges.

³ [Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones](https://www.fsc.gc.ca/eng/1525/1525.html) de la Cour fédérale (avril 2016).

Nations Unies sur les droits des peuples autochtones mènera nécessairement à un remaniement du cadre réglementaire du Canada afin d'assurer le respect des principes prévus dans la DNUDPA. Puisque cela soulève de nouvelles questions sur le plan de la défense des droits et des intérêts, en plus de celles qui existaient déjà, nous avons choisi de présenter ces principes pour les faire connaître davantage.

Dans le dernier chapitre, nous soulignons la nécessité continue pour la profession de connaître les différentes applications des principes énoncés dans l'arrêt *R c Gladue* rendu par la Cour suprême du Canada en 1999. Bien que cet arrêt remonte à plus de 20 ans, le taux d'incarcération des Autochtones au Canada continue d'augmenter de façon disproportionnée. Cet arrêt a introduit l'obligation selon laquelle les juges doivent tenir compte des circonstances individuelles des accusés autochtones et des séquelles de la colonisation auxquelles ils font encore face. Le racisme, la pauvreté et le placement en famille d'accueil sont des défis bien réels qui ont des répercussions bien réelles, et les professionnels et professionnelles du droit du Canada se doivent d'en être conscients. Ce chapitre vise à accroître la sensibilisation et à inspirer les professionnels du droit à déployer des efforts continus pour remédier aux inégalités systémiques qui sont présentes dans l'ensemble du système de justice.

Enfin, nous invitons toutes les personnes qui utilisent le Guide et le supplément à explorer les ressources supplémentaires qui y sont recensées pour poursuivre leurs apprentissages. Nous avons fourni de nombreux liens qui mènent directement aux ressources.

La préparation du supplément et le recensement de toutes les ressources supplémentaires n'auraient pu être possibles sans le désir d'excellence et l'engagement exemplaire des personnes qui y ont participé. Au départ, le Guide se voulait essentiellement une ressource pour les avocates et avocats, mais nous souhaitons également qu'il appuie le travail des autres intervenants du système de justice. Par ailleurs, il importe de souligner que les services de défense des droits et des intérêts, et d'autres services juridiques au Canada, sont de plus en plus fournis par des parajuristes, et leurs commentaires nous ont incités à utiliser un langage plus inclusif pour faire référence aux professionnels et professionnelles du droit dans le supplément.

Les trois organisations qui ont participé à la rédaction du supplément tiennent à remercier chaleureusement Levi Marshall, Luc Chabanole, Newsha Zargaran, Subhah Wadhawan et Brendan Schatti pour leur important travail de recherche et de rédaction, et pour leurs efforts concertés. À tous les membres dévoués du Groupe

de travail et au personnel dévoué de l'Association du Barreau autochtone, de la Société des plaideurs et du Barreau de l'Ontario, nous vous disons Nia:wen, Miigwetch, merci.

CHAPITRE 1 : LES RECONNAISSANCES DU TERRITOIRE

1. QU'EST-CE QU'UNE RECONNAISSANCE DU TERRITOIRE?

1.1 Survol

Les reconnaissances du territoire, ou « reconnaissances territoriales », font depuis longtemps partie des traditions autochtones. Elles se veulent un gage de respect et de reconnaissance des droits territoriaux et de la compétence des peuples qui occupent le territoire. Au cours de la dernière décennie, les reconnaissances territoriales prononcées par des non-Autochtones sont devenues de plus en plus courantes dans plusieurs pans de la société canadienne, non seulement à titre de pratique, mais aussi à des fins pédagogiques.

Cette pratique est depuis longtemps intégrée aux cultures autochtones, que ce soit pour reconnaître la langue, la nation, le territoire, le clan ou la lignée. Si, à l'ère précoloniale, les « frontières » territoriales pouvaient être fluides et se recouper, il n'en reste pas moins que les peuples autochtones demeuraient très conscients des démarcations territoriales.

Toutes les nations avaient des protocoles qui régissaient la façon de se comporter en tant qu'invités sur le territoire d'une autre nation et avaient des systèmes pour gérer les intrusions sur leurs territoires. Les protocoles suivis dépendaient en grande partie des nations concernées et l'acte de pénétrer sur le territoire d'un autre peuple autochtone devait être bien réfléchi. Ces protocoles pouvaient comporter de solliciter la permission de pénétrer sur le territoire, la remise de cadeaux ou la tenue de cérémonies pouvant aller jusqu'aux mariages entre membres des peuples. L'accueil de visiteurs provenant d'autres nations comportait lui aussi certaines responsabilités, comme la nécessité de prononcer des discours, d'organiser des festins et de remettre des cadeaux.

En résumé, lorsque les peuples autochtones se reconnaissent les uns les autres selon leurs pratiques ancestrales, il s'agit d'une pratique qui est à la fois culturelle et politique, et qui est fondamentalement liée à la nation, à la souveraineté et au respect mutuel¹.

¹ Joe Wark, « Land Acknowledgements in the Academy: Refusing the Settler Myth » (2021) 51:2 Curriculum Inquiry 191.

Examinons la signification des reconnaissances territoriales dans un contexte plus contemporain. En français, le terme « reconnaissance » (au sujet d'une personne, d'une déclaration ou d'une situation) signifie :

- admettre la légitimité ou l'existence de [X] ;
- accepter la validité ou la légitimité de [X] ;
- exprimer sa gratitude [envers X] ;
- témoigner sa reconnaissance à [X].

Le *Guide de reconnaissance des Premières Nations et des territoires traditionnels* élaboré par l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université indique ce qui suit :

La reconnaissance du territoire est en elle-même une marque d'hommage et de respect envers les peuples autochtones. Elle atteste de leur présence tant historique qu'actuelle. La reconnaissance et le respect sont indispensables à l'établissement de relations saines et réciproques et à la poursuite du processus de réconciliation².

Aujourd'hui, la pratique actuelle consiste surtout à prononcer une reconnaissance envers un territoire (ou un lieu) particulier et les peuples autochtones qui ont traditionnellement et historiquement occupé ledit territoire, et ce, avant un évènement, une présentation ou une cérémonie³.

Dans le contexte de la pratique juridique, les reconnaissances territoriales sont généralement prononcées par des Autochtones et des non-Autochtones pour exprimer leur respect et leur reconnaissance envers les peuples autochtones et contribuer à la réconciliation.

Bien que le présent Guide ne fournit pas une réponse définitive à la question de savoir si les professionnels et professionnelles du droit devraient intégrer cette pratique à leurs façons de faire, voici certaines situations où vous pourriez envisager de le faire :

² Guide de reconnaissance des Premières Nations et des territoires traditionnels, 2017, en ligne : <<https://www.caut.ca/fr/content/guide-de-reconnaissance-des-premieres-nations-et-des-territoires-traditionnels>>.

³ Les reconnaissances territoriales peuvent également prendre une forme écrite (p. ex., publiées sur la page Web d'une institution ou d'une municipalité).

1. Lorsque vous visitez un client.
2. Lors de conférences ou d'activités de formation juridique continue.
3. En salle d'audience.
4. Dans une politique du cabinet.
5. Sur le site Web du cabinet ou dans les relations publiques.

Nous présentons plus loin certaines considérations et certains renseignements de fond qui éclaireront vos décisions.

1.2 Historique des reconnaissances territoriales

Avant la publication en 2015 du *Rapport final* et des *94 appels à l'action* de la Commission de vérité et de réconciliation, les reconnaissances territoriales au Canada étaient principalement prononcées par des personnes autochtones. Dans cette forme initiale, en plus d'être une marque de respect et de reconnaissance entre peuples autochtones, les reconnaissances territoriales prononcées au Canada poursuivaient trois objectifs :

1. dénoncer la violence coloniale historique et contemporaine ;
2. remettre en question les mythologies de la *terra nullius* et la doctrine de la découverte ;
3. rappeler aux colons que des peuples autochtones souverains habitent sur l'île de la Tortue depuis des temps immémoriaux.

En tant que telles, ces premières reconnaissances territoriales visaient à la fois à **perturber** la force insidieuse de la colonisation — afin d'en arriver à une réconciliation significative avec les peuples autochtones — tout en se voulant **constructives**, car elles visaient aussi à forger des liens avec les peuples non autochtones dans un esprit de solidarité, d'égalité, de justice substantielle et d'éducation continue. Les premières reconnaissances territoriales étaient, de par leur nature, des déclarations politiques visant à ébranler le statu quo pour les peuples autochtones.

Après la publication du *Rapport final* et des *94 appels à l'action* de la Commission de vérité et de réconciliation, les reconnaissances territoriales chez les colons ou dans les milieux non autochtones ont progressivement été reconnues comme des gestes importants pour faire avancer le grand projet canadien de réconciliation avec les peuples autochtones. Dans les années qui ont suivi, de plus en plus d'orateurs non

autochtones se sont mis à prononcer des reconnaissances territoriales, tant en leur propre nom qu'au nom des organisations qu'ils représentaient.

De nos jours, la pratique des reconnaissances territoriales ne se limite plus aux organisations ou aux représentants de la Couronne. Les reconnaissances territoriales sont maintenant plutôt courantes dans les établissements d'enseignement et lors des événements sportifs, des conférences et d'autres types d'activités de groupe. Elles ont également été acceptées par la Cour suprême du Canada et par divers organes législatifs.

1.3 Les reconnaissances territoriales honorent-elles les protocoles autochtones ancestraux?

Certains soutiennent qu'en plus de servir l'objectif de réconciliation, les reconnaissances territoriales servent également à honorer les protocoles autochtones ancestraux. Or, il existe d'importantes différences et distinctions entre les reconnaissances territoriales modernes et les protocoles autochtones ancestraux.

En gardant cela à l'esprit, il importe de reconnaître que bien des reconnaissances territoriales modernes ne sont qu'un pâle reflet des protocoles ancestraux et qu'il faut éviter qu'elles ne deviennent que des paroles vides de sens⁴. Les protocoles de reconnaissance ancestraux ne prenaient pas seulement une forme verbale, ils comportaient également des actions concrètes et reposaient sur une compréhension des relations et de la spiritualité. En maintenant que les reconnaissances territoriales institutionnalisées reflètent les pratiques culturelles ancestrales, nous risquons de déformer l'histoire et la culture autochtones.

Qui plus est, les protocoles ancestraux prenaient généralement place entre membres de nations souveraines, dans le cadre de relations de nation à nation. On ne peut en dire autant des reconnaissances territoriales institutionnalisées, lesquelles font souvent pâle figure en ce qui concerne la reconnaissance des droits territoriaux, du statut de nation ou de la souveraineté des peuples autochtones. De plus, les reconnaissances territoriales institutionnalisées s'accompagnent rarement d'une prise de conscience des *responsabilités* qui devraient incomber à « l'invité » et à « l'hôte » dans un lieu et un contexte particuliers. Plus précisément, les protocoles

⁴ Joe Wark, « Land Acknowledgements in the Academy: Refusing the Settler Myth » (2021) 51:2 Curriculum Inquiry 191, 198.

ancestraux des peuples autochtones ne se préoccupaient pas de la réconciliation après coup. Ces protocoles visaient plutôt à créer et à maintenir des relations d'hospitalité, de paix et d'amitié entre égaux.

Pour ces raisons, il est souvent inexact de maintenir que la plupart des reconnaissances territoriales contemporaines sont l'équivalent des protocoles ancestraux autochtones. Au contraire, les reconnaissances territoriales institutionnalisées d'aujourd'hui visent davantage à honorer les connaissances et les « contributions » des peuples autochtones à la société canadienne, tout en reconnaissant à divers degrés les nombreuses injustices qui ont été commises envers eux et qui continuent de l'être.

2. LES RECONNAISSANCES TERRITORIALES ET LA RÉCONCILIATION

Le concept de réconciliation est vague, en partie parce qu'il signifie différentes choses pour différents peuples. Puisque la pratique des reconnaissances territoriales vise à favoriser la « réconciliation » au Canada, il est important de fournir quelques éclaircissements sur ce discours souvent confus et obscur.

C'est dans les années 1990, à peu près au même moment où les reconnaissances territoriales visant à perturber le statu quo ont commencé à gagner en popularité chez les peuples autochtones au Canada, que le terme « réconciliation » a commencé à apparaître⁵. Dans ce qui suit, nous tentons brièvement de décrire différentes idées quant à la signification de la réconciliation.

2.1 Réconciliation sur le plan « juridique »

Le discours le plus populaire au Canada au sujet de la réconciliation semble émaner principalement du gouvernement fédéral, de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la jurisprudence créée par la Cour suprême du Canada. Mentionné pour la première fois dans *R c Sparrow* et davantage précisé dans un certain nombre d'arrêts subséquents, notamment *Van der Peet*, *Delgamuukw*, *Nation Haïda* et *Tsilhqot'in*, la Cour suprême offre différentes définitions du terme « réconciliation » dans ses arrêts :

⁵ Kim Stanton, « Reconciling Reconciliation: Differing Conceptions of the Supreme Court of Canada and the Canadian Truth and Reconciliation Commission » (2017) 26 J L & Soc Pol'y 21.

« ...Le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux⁶. »

R c Sparrow, rendu par le juge en chef Dickson (1990)

« ... Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le para 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté⁷. »

R c Van der Peet, rendu par le juge en chef Lamer (1996)

« Ce processus de conciliation découle de l'obligation de la Couronne de se conduire honorablement envers les peuples autochtones, obligation qui, à son tour, tire son origine de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple⁸. »

Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), rendue par la juge en chef McLachlin (2004)

Bien que l'on retrouve diverses déclarations de réconciliation dans les arrêts de la Cour suprême, on peut les résumer comme suit :

La réconciliation juridique est un processus qui consiste à reconnaître que les sociétés autochtones, en tant qu'entités souveraines, étaient souveraines avant que la Couronne ne le devienne. En même temps, la réconciliation juridique exige de soumettre les droits autochtones préexistants à des limites qui sont compatibles avec les objectifs de la société canadienne élargie dont ils font désormais partie⁹.

Après l'arrêt *Tsilhqot'in*, la Cour suprême a désavoué la doctrine de la découverte et a déclaré que la *terra nullius* ne s'était jamais appliquée au Canada¹⁰. Il peut être utile de réfléchir à ce sur quoi repose la souveraineté affirmée par la Couronne sur des

⁶ *R c Sparrow* [1990] 1 RCS 1075 au para 62 [*Sparrow*] [nous soulignons].

⁷ *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507 au para 31 [*Van der Peet*] [nous soulignons].

⁸ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511 au para 32 [*Nation haïda*].

⁹ On retrouve plus récemment cette approche de la réconciliation dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 RCS 257.

¹⁰ *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 RCS 44 au para 69 [*Tsilhqot'in*].

peuples autochtones préexistants qui « n'ont jamais été conquis »¹¹ et à la façon dont cela peut être concilié avec le droit que revendiquent les peuples autochtones de transiger de nation à nation avec le Canada. Comme indiqué dans le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, le rôle des tribunaux peut également limiter de manière significative d'autres concepts associés à la réconciliation :

[Les tribunaux] interprètent les droits ancestraux et issus de traités à partir des éléments qui leur sont présentés dans chaque cause. Ils n'ont pas le pouvoir de mettre en œuvre l'autonomie gouvernementale. Ils doivent se conformer aux structures constitutionnelles existantes et se garder d'innover hors de celles-ci. Liés par la jurisprudence, ils sont appelés à appliquer les principes qui se dégagent de causes antérieures où les peuples autochtones n'ont même pas pu se faire entendre. En ce sens, les tribunaux peuvent, sans le vouloir, devenir des instruments de division plutôt que de réconciliation¹².

2.2 La réconciliation selon la Commission de vérité et de réconciliation du Canada

Les « commissions de vérité » telles que la CVR sont généralement considérées comme des mécanismes de « justice transitionnelle » permettant aux États de constituer des archives précises sur des périodes durant lesquelles de profondes ruptures sociales ont eu lieu afin d'éviter qu'elles se reproduisent¹³. Dans le langage de la justice transitionnelle, la réconciliation fait référence au cheminement vers la guérison sociale¹⁴.

Comme le décrit le mandat de la CVR :

La réconciliation, processus individuel et collectif de longue haleine, nécessite l'engagement de tous les intéressés – Anciens pensionnaires des premières

¹¹ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511 au para 25 [*Nation haïda*].

¹² Gouvernement du Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1996), Vol 1, Un passé, un avenir, « Ouvrir la porte aux autochtones », <http://data2.archives.ca/e/e448/e011188231-01.pdf>.

¹³ Kim Stanton, « Reconciling Reconciliation: Differing Conceptions of the Supreme Court of Canada and the Canadian Truth and Reconciliation Commission » (2017) 26 J L & Soc Pol'y 22.

¹⁴ Priscilla B Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity* (New York: Routledge, 2001), p 133.

nations, inuits et métis et leurs familles, collectivités, organismes religieux, anciens employés des écoles, gouvernement et la population canadienne¹⁵.

Comme l'a fait remarquer Kim Stanton, pour atteindre la réconciliation envisagée par la CVR, [Traduction] « la vérité doit être dite, les torts commis par le passé doivent être reconnus, les victimes doivent obtenir réparation, les causes structurelles qui ont donné lieu aux torts doivent être identifiées, et l'équilibre entre les groupes sociétaux doit être rétabli pour éviter que les torts se reproduisent »¹⁶. Cela ne se limite pas aux séquelles des pensionnats : [Traduction] « c'est d'un processus multifacettes qui rétablit les terres, l'autosuffisance économique et la compétence politique des Premières Nations, et qui établit des relations respectueuses et justes entre les Premières Nations et le Canada »¹⁷.

L'appel à l'action n° 45 de la CVR, sous la rubrique « Réconciliation » indique ce qui suit :

Proclamation royale et Pacte de réconciliation

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. La proclamation comprendrait, mais sans s'y limiter, les engagements suivants :

i. répudier les concepts utilisés pour justifier la souveraineté des peuples européens sur les territoires et les peuples autochtones, notamment la

¹⁵ La Convention de règlement relative aux pensionnats indiens (la « Convention de règlement ») a été conclue le 8 mai 2006, à la suite d'un accord de principe (AP) signé le 23 novembre 2005. L'annexe N de la Convention de règlement, « Mandat de la Commission de vérité et de réconciliation » (annexe E de l'AP), définit le mandat de la commission de vérité, laquelle fait partie intégrante de la Convention de règlement.

¹⁶ Kim Stanton, « Reconciling Reconciliation: Differing Conceptions of the Supreme Court of Canada and the Canadian Truth and Reconciliation Commission » (2017) 26 J L & Soc Pol'y 35.

¹⁷ Symposium on Reconciliation in Ontario, Opportunities & Next Steps. *Report on Proceedings* (University of Toronto, National Centre for First Nations Governance : 4 mars 2011), p 2. Voir aussi le Rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada — Pensionnats du Canada : La réconciliation, vol.6 (Montréal : McGill-Queens University Press, 2015), p 20, en ligne : https://ehprnh2mwo3.exactdn.com/wp-content/uploads/2021/04/11-La_reconciliation.pdf.

doctrine de la découverte et le principe de *terra nullius* (territoire n'appartenant à personne) ;

ii. adopter et mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dans le cadre de la réconciliation¹⁸ ;

iii. établir des 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 renouveler les relations de ce type déjà nouées ;

iv. concilier les affaires constitutionnelles et juridiques des peuples autochtones et de l'État pour s'assurer que les peuples autochtones sont des partenaires à part entière au sein de la Confédération, ce qui englobe la reconnaissance des lois et des traditions juridiques autochtones et leur intégration dans la négociation et la mise en œuvre des traités, des revendications territoriales et de toute autre entente constructive.

2.3 Problématiques liées aux reconnaissances territoriales

Si les reconnaissances territoriales prononcées au Canada avaient initialement pour but de perturber et d'ébranler un statu quo injuste, on peut affirmer que cela n'est plus le cas dans de nombreuses tribunes. Bien que les reconnaissances territoriales aient été utilisées pour engager le dialogue sur ce que les non-Autochtones peuvent faire pour soutenir la souveraineté des peuples autochtones, de nombreuses reconnaissances territoriales contemporaines véhiculent sans le vouloir des idées fausses sur l'histoire de dépossession des peuples autochtones et les réalités actuelles des Autochtones¹⁹. La section qui suit tente de décrire les problématiques

¹⁸ L'appel lancé par la CVR aux gouvernements fédéral, provinciaux, territoriaux et municipaux pour qu'ils « adoptent et mettent en œuvre la [DNUDPA] dans le cadre de la réconciliation » jette un éclairage supplémentaire sur cette conception de la réconciliation. L'article 2 prévoit que les peuples autochtones « sont libres et égaux à tous les autres » et qu'ils ont le droit de ne faire l'objet d'aucune forme de discrimination, et l'article 3 reconnaît le droit à l'autodétermination, à la libre détermination de leur statut politique et à la libre poursuite de leur développement économique, social et culturel.

¹⁹ Elisa J Sobo, Michael Lambert & Valerie Lambert, « Land acknowledgements meant to honor Indigenous people too often do the opposite – erasing American Indians and sanitizing history instead », *ASBMB Today* (22 octobre 2021) en ligne : <<https://www.asbmb.org/asbmbtoday/policy/102221/land-acknowledgments-meant-to-honor-indigenous-peo>>.

actuelles qui sont couramment liées aux reconnaissances territoriales institutionnalisées.

2.3.1 Déclarations « machinales »

L'un des principaux problèmes des reconnaissances territoriales institutionnalisées est qu'elles sont souvent écrites avec soin et lues mot pour mot. Bien que ce ne soit pas mal en soi, cette pratique peut refléter un désir de se sentir en « sécurité », surtout si la personne qui prononce la reconnaissance ne connaît pas bien le sujet ou n'est pas à l'aise avec le sujet. En ce sens, les reconnaissances territoriales pré-rédigées peuvent être utiles pour les novices.

En revanche, les reconnaissances territoriales fondées sur des énoncés types peuvent mener à la répétition et à l'apathie, et ainsi passer à côté du véritable travail de réconciliation entre non-Autochtones et Autochtones. Lorsque les reconnaissances territoriales deviennent un simple exercice « mécanique », le message tombe à plat et n'atteint pas son objectif. La simple lecture d'un énoncé type de reconnaissance territoriale demande peu d'effort et peut vider l'exercice de son sens, tant pour la personne qui le prononce que pour les personnes qui l'entendent. Comme l'a déclaré l'universitaire Chelsea Vowel, [Traduction] « que signifient [les reconnaissances types] pour les personnes [autochtones] qui les ont entendues ad nauseam? (Je veux dire, croyez-vous que les personnes qui voyagent beaucoup écoutent chaque fois attentivement les consignes de sécurité avant le décollage?)²⁰ »

2.3.2 Symbolisme sans substance

Comme l'a déclaré le professeur Jeffery Hewitt, [Traduction] « les reconnaissances territoriales dépourvues de déclarations claires et courageuses qui remettent en cause la colonisation et le principe de la *terra nullius* ne sont que des paroles, pas des actes.²¹ » Si la réconciliation et la guérison de la société sont des choses que l'on prend au sérieux, alors les reconnaissances territoriales qui se contentent de « reconnaître » sans plus sont essentiellement vides de sens. Afin d'offrir des reconnaissances territoriales significatives, il faut passer de la parole aux actes.

²⁰ Âpihtawikosisân, « Beyond territorial acknowledgments » (23 septembre 2016), en ligne :

Âpihtawikosisân <<https://apihtawikosisan.com/2016/09/beyond-territorial-acknowledgments/>>.

²¹ Jeffery G Hewitt, « Land Acknowledgment, Scripting and Julius Caesar » (2019) 88:2 SCLR p. 33.

2.3.3 Les reconnaissances territoriales ne sont pas censées être faciles

Les meilleures reconnaissances territoriales sont le fruit d'une profonde introspection où l'orateur a réfléchi au rôle qu'il joue dans les préjudices auxquels continuent les Autochtones de se heurter et à ce qu'il peut faire pour améliorer ses rapports avec les Autochtones. Les reconnaissances territoriales ne se veulent pas nécessairement des exercices « plaisants ». Elles peuvent servir de compas moral pour susciter des changements sur les plans politique et juridique.

Il ne s'agit pas simplement d'être « conscient » de la présence autochtone. Une bonne reconnaissance territoriale pose la question suivante : « Comment maintenir de bons rapports avec les peuples autochtones, avec les êtres non humains, avec la terre et avec l'eau? » Il n'est pas inhabituel de ne pas avoir immédiatement réponse à ces questions. Heureusement, il est encore possible de dialoguer avec les Autochtones pour trouver des réponses.

2.3.4 Profiter du travail des Autochtones

Il va sans dire que les échanges avec les peuples, nations et communautés autochtones peuvent aider à prononcer des reconnaissances territoriales significatives. Cependant, elles auront peu de valeur si elles ne s'accompagnent pas d'un engagement personnel et d'efforts d'éducation continue. Il peut être tentant de se contenter de prendre note des suggestions des Autochtones sans réfléchir davantage à sa propre place sur un territoire particulier, mais cette approche ne fait rien pour le projet de réconciliation. Pour cheminer dans cette direction, il faut faire le dur travail d'écouter et d'apprendre de ses voisins, des territoires sur lesquels ils vivent et de leur relation avec eux-mêmes.

2.3.5 Esquiver les responsabilités et les critiques

Comme l'explique le professeur Jeffery Hewitt, lorsqu'une reconnaissance territoriale est critiquée — particulièrement par une personne autochtone — il est inacceptable d'utiliser l'implication d'une personne autochtone comme bouclier contre les critiques ou pour éviter d'assumer ses responsabilités personnelles²². En effet, le fait d'utiliser des Autochtones comme bouclier contre d'autres Autochtones est une tactique coloniale qui nuit à la réconciliation et à la décolonisation. Les meilleures reconnaissances territoriales ouvrent la voie vers une *relation* fondée sur la

²² Jeffery G Hewitt, « Land Acknowledgment, Scripting and Julius Caesar » (2019) 88:2 SCLR p. 32.

réconciliation et l'humilité, tant pour les non-Autochtones que les Autochtones. Par conséquent, pour offrir une reconnaissance territoriale réellement réconciliatrice, il faut établir des relations authentiques avec les peuples autochtones, dans un esprit d'autoréflexion, d'humilité et de compréhension, et être prêt à accepter les critiques et à apporter des changements.

2.3.6 Langues

[Traduction] « J'aimerais reconnaître ce qui se produit quand on trébuché sur nos nations, nos noms — quand une langue autochtone tombe négligemment de la bouche, se brise sur le sol — c'est aussi une certaine forme de reconnaissance. »

- Dylan Robinson, « Rethinking the Practice and Performance of Indigenous Land Acknowledgment »

À titre d'outils de réconciliation, les reconnaissances territoriales doivent être à la fois ancrées dans le passé et tournées vers l'avenir. Elles doivent viser à reconnaître les torts du passé et à créer un avenir meilleur. Cependant, puisque la suppression et la criminalisation des langues autochtones faisaient partie intégrante de la domination coloniale, force est de se demander pourquoi les représentants institutionnels lisent les reconnaissances territoriales en anglais ou en français sans avoir appris — ou du moins essayé d'apprendre — la ou les langues des peuples autochtones concernés²³. Personne ne s'attend à ce que la totalité de la reconnaissance territoriale soit prononcée en anishinaabemowin, par exemple, mais il *demeure essentiel de s'exercer à prononcer les mots autochtones* mentionnés dans une reconnaissance territoriale verbale. Le manque de soin ou d'effort ne fait pas bonne figure et peut, par inadvertance, perpétuer la suppression et l'effacement des langues autochtones.

2.3.7 Langage utilisé

2.3.7.1 Actif vs passif, passé vs présent

Le langage utilisé dans une reconnaissance territoriale en dit long. Tout comme une reconnaissance efficace nécessite que la personne qui la prononce réfléchisse à sa relation avec les peuples autochtones, il est aussi important de porter attention au langage utilisé et à la formulation.

²³ Jeffery G Hewitt, « Land Acknowledgment, Scripting and Julius Caesar » (2019) 88:2 SCLR p. 3

Souvent, l'utilisation d'un langage passif ou au passé aura pour effet de déformer la présence autochtone ou à réécrire l'histoire connue. Par exemple, l'énoncé « nous aimerions rendre hommage au peuple Mi'kmaq, qui *était* le gardien traditionnel de ces terres » a pour effet de ne pas reconnaître la faculté d'agir des peuples autochtones qui sont encore présents sur ce territoire. Ce type de langage mène à l'abstraction et relègue les Autochtones à des peuples du passé.

De même, la formulation passive des reconnaissances territoriales peut donner l'impression que les Autochtones sont de simples spectateurs ou des sujets d'action et non des acteurs eux-mêmes.

2.3.7.2 Voix possessive

L'utilisation de la voix possessive pour décrire les groupes et les peuples autochtones reflète une perspective coloniale et paternaliste qui remonte à l'époque où les Autochtones étaient considérés et traités comme des pupilles de l'État. Par exemple, en disant « **nos** Premières Nations » ou « **nos** peuples autochtones », cela laisse entendre que les Premières Nations ou les peuples autochtones appartiennent au locuteur, au Canada ou à une province, selon le contexte. Une telle formation ne tient pas compte non plus de la diversité des groupes autochtones et a pour effet de tous les classer dans la même catégorie, rappelant la référence péjorative aux « Indiens ». Plutôt que d'utiliser « notre/nos » pour décrire des groupes ou des peuples autochtones, il est beaucoup plus respectueux et sage de nommer les nations auxquelles on fait référence et d'éviter la voix possessive.

2.3.7.3 « Invités »

Dans les reconnaissances territoriales d'aujourd'hui, les locuteurs non autochtones se qualifient souvent « d'invités » sur les terres autochtones. S'il est vrai que « nous sommes tous ici pour y rester »²⁴, en général, les invités sont invités à l'intérieur pendant un certain temps, puis repartent, ce qui n'est pas le cas au Canada.

Si l'utilisation du terme « invité » peut adoucir la dure réalité du déracinement et du génocide pour certains orateurs, ce terme n'en est pas moins inexact et incompatible avec une réconciliation honorable. N'oublions pas que les reconnaissances territoriales ne se veulent pas un exercice facile. Elles ne doivent pas non plus servir de moyen d'absolution.

²⁴ *Delgamuukw c Colombie-Britannique* [1997] 3 RCS 1010 au para 186 [*Delgamuukw*]

2.3.7.4 Gardiens

De même, décrire les peuples autochtones comme les gardiens traditionnels des terres est historiquement inexact. Les gardiens ne sont pas des propriétaires ni des souverains. Ce type de langage laisse entendre que les peuples autochtones ne faisaient que prendre soin de la terre jusqu'à ce que leurs propriétaires légitimes apparaissent. De telles caractérisations rappellent la doctrine raciste de la découverte ainsi que le principe de la *terra nullius*, lesquels doivent être désavoués afin qu'une véritable réconciliation soit possible.

2.3.7.5 Langage formel et distant

Le langage formel et distant est devenu de plus en plus courant dans les reconnaissances territoriales institutionnelles. Par exemple, dans un contexte institutionnel, l'énoncé générique « nous reconnaissons Y » a pour effet de distancer l'organisation et a pour effet de la détacher de la déclaration, la protégeant ainsi des ramifications de la reconnaissance. En revanche, la déclaration « Nous, de l'organisation X, reconnaissons Y » laisse entendre que l'orateur et son organisation sont personnellement investis dans le contenu de la reconnaissance et s'en tiennent responsables.

Les choix de langage tels que « *J'aimerais* reconnaître Y » ajoutent une couche supplémentaire de courtoisie par rapport à « Je reconnais Y ». Si cette dernière déclaration est plus affirmative et comporte une reconnaissance de responsabilité, la première peut créer, par inadvertance, un déséquilibre de pouvoir :

Dans la première déclaration, le verbe au conditionnel équivaut à demander la permission. Néanmoins, le locuteur poursuit immédiatement. Il demande donc la permission sans vraiment attendre la réponse, et présume qu'il est déjà autorisé à continuer en raison de son statut supérieur. En d'autres termes, ce dispositif rhétorique a pour effet d'affirmer le pouvoir sur le sujet autochtone abstrait à qui s'adresse la déclaration plutôt que d'exprimer une responsabilité respectueuse envers la réconciliation²⁵.

Les reconnaissances territoriales efficaces exigent un degré de proximité que l'on ne retrouve pas souvent dans le langage institutionnel formel.

²⁵ Stephanie Hammond-Thrasher, *Reconciliation or Obligation? A Discourse Analysis of Written Land Acknowledgements Produced in an Academic Context*, en ligne : <https://www.su.ualberta.ca/media/uploads/1143/Reconciliation%20or%20Obligation.pdf>.

2.3.8 Le problème de l'inclusion

Une autre difficulté dans la formulation des reconnaissances territoriales est le problème de l'inclusion : quels groupes autochtones doivent être mentionnés dans la reconnaissance? Voici quatre approches possibles :

1. Nommer un seul groupe (p. ex., Premières Nations, Inuits ou Métis).
2. Nommer un petit nombre de communautés (p. ex., Premières Nations, Inuits et Métis).
3. Nommer une plus grande variété de groupes plus précis (p. ex., les Hurons-Wendat, les Haudenosaunee, les Mississaugas de la Credit et les Anichinabés).
4. Nommer une plus grande variété de groupes plus précis (comme indiqué ci-dessus) ainsi que « tous les Premiers Peuples du Canada ».

La première approche est problématique, car nommer un seul grand groupe tend à favoriser l'exclusivité et à renforcer les inexactitudes historiques.

La deuxième approche consistant à nommer de grands groupes demeure beaucoup moins inclusive et précise que de nommer des groupes précis.

La troisième option peut soulever des problèmes en ce qui concerne l'ordre des groupes nommés ainsi que des problèmes en matière d'inclusion. Ces points peuvent avoir une incidence sur les questions de souveraineté ou les revendications d'autres groupes autochtones, car l'inclusion d'autres groupes pourrait nuire aux revendications des habitants traditionnels bien établis.

Bien que la dernière option puisse tout de même soulever des problèmes sur les plans de l'ordre et de l'inclusion, certains affirment que les reconnaissances territoriales qui englobent à la fois des groupes généraux et des groupes précis constituent la meilleure approche²⁶. Ultimement, il faut écouter, faire preuve de jugement et consulter les autres pour déterminer la forme d'inclusion la plus appropriée.

²⁶ Stephanie Hammond-Thrasher, *Reconciliation or Obligation? A Discourse Analysis of Written Land Acknowledgements Produced in an Academic Context*, en ligne : <https://www.su.ualberta.ca/media/uploads/1143/Reconciliation%20or%20Obligation.pdf>.

2.3.9 Reconnaître les territoires visés par des traités vs les territoires non cédés

De nombreuses reconnaissances territoriales modernes font également référence aux traités conclus entre la Couronne et les nations autochtones, ou encore aux territoires « non cédés ». Malheureusement, aucune des deux approches n'est sans difficulté.

En général, les traités conclus avec les Premières Nations reconnaissent que la nation a conclu le traité en tant que nation souveraine, lui donnant donc le droit de conclure un tel accord avec la Couronne. Cependant, en ce qui concerne la reconnaissance des traités, il y a de plus en plus de problèmes d'interprétation concernant les versions écrites et orales des différents traités conclus au Canada. Les allégations de mauvaise foi, d'impropriété et de signification irréductible sur le plan de la langue ont jeté le doute sur ce que les parties croyaient comprendre lorsqu'ils ont conclu ces traités historiques. Par conséquent, si l'on veut cheminer vers une réconciliation véritable, il peut être nuisible de supposer ou de reconnaître que le processus d'élaboration du ou des traités était juste et équitable.

En ce qui concerne les territoires « non cédés », il faut également procéder avec prudence, car il semble régner une fausse dichotomie entre les traités et les territoires non cédés dans les reconnaissances territoriales. Le terme « non cédé » est un terme juridique utilisé par la Couronne qui s'oppose, souvent, d'un point de vue conceptuel, aux territoires visés par un traité. Cela peut donc donner l'impression que, si les territoires non visés par un traité sont des territoires « non cédés », alors les territoires visés par un traité sont des territoires *cédés*. Il suffit de se pencher sur les traités de paix et d'amitié conclus avec les provinces de l'Atlantique pour comprendre que cela n'est pas le cas. Par ailleurs, il est de plus en plus douteux que les peuples autochtones aient compris, selon leurs visions du monde, ce que signifiait le concept juridique de « cession ».

Enfin, en reconnaissant les traités et les territoires non cédés *sans plus*, on peut envoyer le message que les politiques et les outils des colons sont supérieurs aux pratiques autochtones, comme les pactes et les wampums, qui avaient cours avant l'arrivée des Européens. Afin de favoriser une réconciliation véritable, on ne peut plus ignorer le droit et les ordres juridiques des peuples autochtones.

3. CONCLUSION : COMMENT EN APPRENDRE PLUS?

Nous avons compilé un certain nombre de ressources qui vous seront utiles pour vous préparer à prononcer une reconnaissance territoriale dans les territoires traditionnels des Autochtones du Canada :

- <https://www.whose.land/fr>
- <https://native-land.ca/?lang=fr>
- ***Association canadienne des professeures et professeurs d'université, « Guide de reconnaissance des Premières Nations et des territoires traditionnels »*** [*lien*](#)
Ce guide énonce la formule de reconnaissance du territoire recommandée par l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université (ACPPU) pour chacun des établissements où travaillent ses membres, répartis par province.
- ***La Fédération des enseignantes et des enseignants de l'élémentaire de l'Ontario, First Nations, Métis & Inuit Education, « Starting from the Heart: Going Beyond a Land Acknowledgement »*** [*lien*](#)
[Traduction] Ce document fournit de l'information, des idées et des ressources pour vous aider à approfondir vos connaissances et vous soutenir dans votre cheminement vers la réconciliation. Il vous aidera à faire le bilan de vos propres valeurs, de votre relation avec la famille, la communauté et la terre, et à explorer notre responsabilité collective envers la protection de l'environnement naturel. Au fur et à mesure que vous parcourrez la ressource, nous vous inviterons à participer à des activités et à réfléchir à l'importance d'entretenir des relations avec les communautés autochtones de votre région.

Pour vous fournir un point de départ, nous avons également préparé des exemples de reconnaissances territoriales. Ces exemples de formulations ne sont que des suggestions pour commencer l'exercice d'apprentissage et de reconnaissance.

Si nous étions réunis à Vancouver, le conférencier ou la conférencière pourrait prononcer la reconnaissance suivante :

Dans l'esprit de la vérité et de la réconciliation, nous souhaitons [je souhaite] tout d'abord reconnaître que les terres sur lesquelles nous sommes réunis aujourd'hui font partie du territoire non cédé des peuples Salish du littoral, ainsi que des territoires des nations xʷməθkwəyəm (Musqueam), Skwxwú7mesh (Squamish) et Səl̓ílwətaʔ/Selilwitulh (Tsleil-Waututh).

Si nous étions réunis à Calgary, le conférencier ou la conférencière pourrait prononcer la reconnaissance suivante :

Dans l'esprit de la vérité et de la réconciliation, nous souhaitons [je souhaite] tout d'abord reconnaître que nous sommes aujourd'hui réunis sur les territoires traditionnels des Niitsitapi (Pieds-Noirs) et des peuples de la région du Traité n° 7 du sud de l'Alberta, lesquels comprennent les Premières Nations Siksika, Piikuni, Kainai, Tsuut'ina et Stoney Nakoda, ainsi que les Premières Nations Chiniki, Bearpaw et Wesley. La ville de Calgary est également située sur le territoire traditionnel de la nation métisse de l'Alberta, région III.

Si nous étions réunis à Saskatoon, le conférencier ou la conférencière pourrait prononcer la reconnaissance suivante :

Dans l'esprit de la vérité et de la réconciliation, nous souhaitons [je souhaite] tout d'abord reconnaître que nous sommes aujourd'hui réunis sur le territoire visé par le Traité n° 6, le territoire traditionnel des Cris et de la nation métisse.

Si nous étions réunis à Winnipeg, le conférencier ou la conférencière pourrait prononcer la reconnaissance suivante :

Dans l'esprit de la vérité et de la réconciliation, nous souhaitons [je souhaite] tout d'abord reconnaître que nous sommes aujourd'hui réunis sur le territoire visé par le Traité n° 1 et que les terres sur lesquelles nous sommes rassemblés font partie du territoire traditionnel des peuples anichinabé, cri, Anishinew²⁷, dakota et déné, et de la nation métisse.

Si nous étions réunis à Ottawa, le conférencier ou la conférencière pourrait prononcer la reconnaissance suivante :

Dans l'esprit de la vérité et de la réconciliation, nous souhaitons [je souhaite] tout d'abord reconnaître que les terres sur lesquelles nous sommes réunis aujourd'hui font partie du territoire traditionnel non cédé du peuple anichinabé algonquin.

Si nous étions réunis à Montréal, le conférencier ou la conférencière pourrait prononcer la reconnaissance suivante :

Dans l'esprit de la vérité et de la réconciliation, nous souhaitons [je souhaite] tout d'abord reconnaître que les terres sur lesquelles nous sommes aujourd'hui réunis font partie du territoire traditionnel non cédé des Kanien'keha:ka (Mohawks), qui a longtemps servi de lieu de rassemblement et d'échange entre les nations.

²⁷ Le nom Oji-Cri a été utilisé en français.

Si nous étions réunis à Halifax, le conférencier ou la conférencière pourrait prononcer la reconnaissance suivante :

Dans l'esprit de la vérité et de la réconciliation, nous souhaitons [je souhaite] tout d'abord reconnaître que nous nous trouvons aujourd'hui dans le Mi'kma'ki, le territoire ancestral non cédé du peuple micmac. Ce territoire est visé par les « traités de paix et d'amitié » conclus par les Micmacs, les Wəlastəkwiik (Malécites) et les Passamaquoddys.

4. RESSOURCES

- Jeffery G. Hewitt – *Land Acknowledgment, Scripting and Julius Caesar* <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/sclr/vol88/iss1/2/>
- Chelsea Vowel – *Beyond Territorial Acknowledgments* <https://apihtawikosisan.com/2016/09/beyond-territorial-acknowledgments/>
- Dylan Robinson, Kanonhsyonne Janice C. Hill, Armand Garnet Ruffo, Selena Couture et Lisa Cooke Ravensbergen – *Rethinking the Practice and Performance of Indigenous Land Acknowledgement* https://uwaterloo.ca/faculty-association/sites/ca.faculty-association/files/uploads/files/rethinking_the_practice_and_performance_of_indigenous_land_acknowledgement_a.pdf
- Native Governance Center – *Beyond Land Acknowledgment: A Guide* <https://nativegov.org/news/beyond-land-acknowledgment-guide/>
- The Conversation – *Land acknowledgments meant to honor Indigenous people too often do the opposite – erasing American Indians and sanitizing history instead* <https://theconversation.com/land-acknowledgments-meant-to-honor-indigenous-people-too-often-do-the-opposite-erasing-american-indians-and-sanitizing-history-instead-163787>
- Melanie Janzen – *Breathing Life into Territorial Acknowledgment* <https://ojs.library.ubc.ca/index.php/tci/article/view/192298>
- Joe Wark – *Land acknowledgments in the academy: refusing the settler myth* <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/03626784.2021.1889924>
- Brett Bundale, Global News – *On land acknowledgments, some Indigenous advocates are ambivalent* <https://globalnews.ca/news/4896904/on-land-acknowledgments/>
- Association des municipalités de l'Ontario – *Guidance on Traditional Land Acknowledgment Statements* <https://www.amo.on.ca/advocacy/indigenous-relations/guidance-traditional-land-acknowledgement-statements>

- Stephanie Hammond-Thrasher – *Reconciliation or Obligation? A Discourse Analysis of Written Land Acknowledgments Produced in an Academic Context* <https://www.su.ualberta.ca/media/uploads/1143/Reconciliation%20or%20Obligation.pdf>
- Stephen Marche – *Canada's Impossible Acknowledgment* <https://www.newyorker.com/culture/culture-desk/canadas-impossible-acknowledgment>
- CBC News – *First Nations title acknowledgment could be used as evidence in N.B. land claim case, say experts* <https://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/first-nation-land-title-acknowledgement-1.6215133>
- Clint Burnham – *No Poems on Stolen Native Land* <https://thetransmetropolitanreview.files.wordpress.com/2017/02/43-78-1-sm.pdf>
- Eve Tuck, K. Wayne Yang – *Decolonization is not a Metaphor* <https://jps.library.utoronto.ca/index.php/des/article/view/18630/15554>
- Mark McKenna – *Tokenism or belated recognition? Welcome to Country and the emergence of Indigenous protocol in Australia, 1991–2014* <https://doi.org/10.1080/14443058.2014.952765>
- Maggie Wente – *The flags are still flying at half-mast, but has everyone stopped noticing?* <https://www.oktlaw.com/the-flags-are-still-flying-at-half-mast-but-has-everyone-stopped-noticing/>
- Selena Mills – *Land acknowledgements are a good first step, but there's a lot more work to be done* <https://www.todayparent.com/kids/school-age/land-acknowledgements-are-a-good-first-step-but-theres-a-lot-more-work-to-be-done/>
- Kairos, « *Territorial Acknowledgment as an act of reconciliation* » <https://www.kairoscanada.org/territorial-acknowledgment>

- Association canadienne des professeures et professeurs d'université, *Guide de reconnaissance des Premières Nations et des territoires traditionnels* <https://www.caut.ca/fr/content/guide-de-reconnaissance-des-premieres-nations-et-des-territoires-traditionnels>
- Gouvernement de l'Ontario – Cartes des Premières Nations de l'Ontario <https://www.ontario.ca/fr/page/cartes-des-premieres-nations-de-lontario>
- Gouvernement du Canada — Bienvenue à la carte interactive des profils des Premières Nations <https://geo.aadnc-aandc.gc.ca/cippn-fnpim/index-fra.html>
- <https://www.whose.land/fr/>
- <https://native-land.ca/>
- La Fédération des enseignantes et des enseignants de l'élémentaire de l'Ontario, First Nations, Métis & Inuit Education, « *Starting from the Heart: Going Beyond a Land Acknowledgement* » <https://etfofnmi.ca/wp-content/uploads/2019/10/Going-Beyond-A-Land-Acknowledgement-FINAL-VERSION.pdf>

CHAPITRE 2 : LA PRATIQUE JURIDIQUE TENANT COMPTE DES TRAUMATISMES

Ce chapitre vise à améliorer la compétence interculturelle en aidant les professionnels et professionnelles du droit à comprendre en quoi consiste la pratique tenant compte des traumatismes et comment les compétences qui y sont rattachées peuvent les aider à fournir des services juridiques exempts de racisme. Dans ce chapitre, nous aborderons les points clés suivants :

- Si vous travaillez avec des parties autochtones, il est important d'adopter une approche tenant compte des traumatismes.
- La pratique juridique tenant compte des traumatismes fait partie intégrante de la compétence culturelle. Il est essentiel de comprendre l'importance d'une telle pratique et de prendre le temps d'acquérir les compétences requises.
- L'adoption d'une approche tenant compte des traumatismes est nécessaire dans tous les domaines du droit qui touchent les personnes et les peuples autochtones.
- L'obligation d'adopter une approche tenant compte des traumatismes s'applique aux clients autochtones, aux témoins autochtones et aux autres parties autochtones qui participent à une affaire juridique ou qui sont concernés par une affaire juridique.
- Afin d'être en mesure d'adopter une approche tenant compte des traumatismes qui répond aux besoins des clients et des autres parties, les praticiens du droit doivent comprendre ce qu'est un traumatisme et quelles en sont les manifestations.
- La pratique tenant compte des traumatismes se fonde sur quatre principes fondamentaux : sensibilisation aux traumatismes ; accent sur la sécurité et la confiance ; choix, collaboration et liens ; autonomisation et renforcement.
- Pour offrir des services juridiques tenant compte des traumatismes, les professionnels du droit doivent également développer leur résilience et leur capacité de prendre soin de soi.
- L'application d'une approche tenant compte des traumatismes dans la pratique juridique n'est pas chose aisée. Cependant, la compétence culturelle ne signifie pas qu'il faille tout savoir sur la pratique tenant compte des traumatismes. Il suffit plutôt d'en connaître les grands principes, de recourir à des pratiques réfléchies, de miser sur le perfectionnement continu et de demeurer conscient afin de savoir reconnaître quand il est temps de recourir à des ressources supplémentaires ou à des ressources plus expérimentées.

1. INTRODUCTION À LA PRATIQUE JURIDIQUE TENANT COMPTE DES TRAUMATISMES

Les traumatismes et le droit sont interreliés¹. Afin de comprendre l'importance d'adopter une approche tenant compte des traumatismes et de développer les compétences nécessaires, les professionnels du droit doivent tout d'abord comprendre les liens entre les traumatismes et le droit. La nécessité d'adopter une approche tenant compte des traumatismes s'applique non seulement lorsque le professionnel du droit a affaire à des clients autochtones, mais aussi à des témoins autochtones, à des membres de la communauté autochtone concernés par une affaire et aux autres parties à une instance judiciaire.

Dans l'esprit des appels à l'action 27 et 28 formulés dans le *Rapport final* publié par la Commission de vérité et de réconciliation en 2015, nous ferons, dans le présent chapitre, un survol de la pratique tenant compte des traumatismes en tant que compétence en soi et en tant que facette de la compétence culturelle que doivent posséder les professionnels du droit. Le Code de déontologie du Barreau de l'Ontario exige également que les professionnels du droit possèdent et mettent « les connaissances, habiletés et attributs nécessaires au service de chaque affaire acceptée pour un client ou une cliente »², ce qui englobe la compétence culturelle.

1.1 Qu'est-ce que la pratique tenant compte des traumatismes et qu'est-ce que cela signifie sur le plan juridique?

La pratique tenant compte des traumatismes vise à favoriser la guérison en évitant de causer plus de mal. Le cadre associé à cette approche a été élaboré par des professionnels de la santé mentale et des soins de santé dans le but d'encadrer la prestation de services aux populations vulnérables. Dans le cas des professionnels du droit, la pratique juridique tenant compte des traumatismes leur fournit des outils pour aider les parties autochtones à interagir avec le système judiciaire et faciliter ces interactions, tout en tenant compte des traumatismes historiques et continus qui ont une incidence sur ces interactions. Il est de plus en plus reconnu que, pour offrir [Traduction] « des réponses juridiques plus efficaces, équitables, intelligentes et justes, il est essentiel de tenir compte des traumatismes »³.

¹ Melanie Randall et Lori Haskell, « Trauma-Informed Approaches to Law: Why Restorative Justice Must Understand Trauma and Psychological Coping » (2013) 36:2 Dal LJ 501 p. 503.

² *Code de déontologie* du Barreau de l'Ontario, règle 3.1-1.

³ Melanie Randall et Lori Haskell, « Trauma-Informed Approaches to Law: Why Restorative Justice Must Understand Trauma and Psychological Coping » (2013) 36:2 Dal LJ 501 p 505.

En raison du rôle important et dommageable qu'ont joué la loi et la politique dans les interactions entre les colons et les communautés autochtones, il est impératif, pour favoriser la réconciliation, de fournir des services juridiques d'une façon qui permet aux personnes de se sentir en sécurité et qui évite de les traumatiser de nouveau. L'objectif de « ne pas causer plus de mal » s'étend également aux praticiens eux-mêmes. La pratique tenant compte des traumatismes doit donc favoriser la sécurité, la guérison et la connexion entre tous les intervenants et participants, et ce, tout au long de la relation professionnelle.

Il ne faut pas commettre l'erreur de croire que la pratique tenant compte des traumatismes s'applique seulement au droit pénal ou au droit de la famille, contextes dans lesquels les traumatismes ou la violence peuvent sembler plus répandus. La pratique tenant compte des traumatismes doit être appliquée de manière cohérente dans tous les domaines du droit.

À titre d'exemple, divers recours collectifs portant sur les traumatismes et la violence intergénérationnels subis par les communautés autochtones partout au Canada sont en cours, notamment le recours déposé par l'Assemblée des Premières Nations (APN) contre le gouvernement du Canada en vue d'obtenir justice pour les milliers de familles qui ont connu de la violence et de la discrimination au sein du système canadien de protection de l'enfance. Ce recours collectif invite les professionnels du droit qui travaillent avec les parties et les membres du groupe autorisé à adopter une pratique réfléchie qui tient compte des traumatismes. Dans tout litige concernant des droits ancestraux issus de traités, des titres ou d'autres droits constitutionnels, il y aura des parties autochtones au litige, que ce soit en tant que plaignants, membres du groupe autorisé, témoins, etc. Il sera donc important que les avocats qui interviennent dans de tels litiges fassent preuve de compétence culturelle et adoptent une approche tenant compte des traumatismes.

En raison de plusieurs caractéristiques du régime juridique accusatoire du Canada, il est d'autant plus nécessaire d'adopter une approche tenant compte des traumatismes. Par exemple, les règles de preuve de la common law canadienne sont, à certains égards, intrinsèquement incompatibles avec les pratiques ontologiques, les pratiques de conservation des connaissances et les pratiques de traitement des conflits qui caractérisent les ordres juridiques autochtones. Lorsque des Autochtones font face au système de justice canadien, ces divergences peuvent ramener à la surface des préjudices ou des traumatismes liés à la violence historiquement perpétrée et perpétuée par le système juridique canadien, comme le colonialisme et le déplacement des Autochtones de leurs terres ancestrales.

À titre d'exemple supplémentaire, une facette fondamentale du processus de litige au Canada est l'interrogatoire et le contrinterrogatoire rigoureux des témoins. L'application de ces pratiques aux demandeurs, défendeurs, témoins aînés et gardiens du savoir traditionnel autochtones peut être néfaste et peut être un déclencheur pour ces parties, ou peut les traumatiser ou les traumatiser de nouveau.

Somme toute, la pratique tenant compte des traumatismes est pertinente pour de nombreux domaines du droit, y compris dans les affaires civiles, les affaires pénales, les affaires constitutionnelles, les affaires de droit de la famille, les recours collectifs, etc.

Les professionnels du droit dotés de compétence culturelle sauront appliquer une approche tenant compte des traumatismes à tous les aspects de leur pratique juridique. Cela fera tout simplement partie de leur façon de travailler. Les personnes et les peuples autochtones ont par le passé subi, et continuent de subir, des traumatismes et des préjudices importants au sein du système de justice canadien. Cultiver la sécurité, la guérison et la connexion en tenant compte des traumatismes permet de fournir de bons conseils juridiques et des services compétents. En d'autres termes, [Traduction] « il est tout aussi important de s'assurer que votre client a une bonne expérience avec vous que de lui fournir de bons conseils juridiques et des services compétents »⁴.

1.2 Que sont les traumatismes et comment se manifestent-ils?

Pour adopter une pratique tenant compte des traumatismes, il faut d'abord comprendre ce qu'est un traumatisme et apprendre à faire la distinction entre les traumatismes et les autres expériences pénibles :

[Traduction] Si l'on peut dire que presque chaque personne connaîtra des événements pénibles au cours de sa vie, on ne saurait dire la même chose des événements traumatisants. Contrairement à une rencontre ou à une situation stressante, un événement traumatisant est un événement dont l'ampleur est telle qu'il diminue la capacité d'une personne à s'en sortir, car il suscite d'intenses sentiments de peur, de terreur, d'impuissance, de désespoir et de détresse qui, souvent, sont

⁴ Golden Eagle Rising Society, Trauma-Informed Legal Practice Toolkit, en ligne : <https://www.goldeneaglerising.org/docuploads/Golden-Eagle-Rising-Society-Trauma-Informed-Toolkit-2021-02-14.pdf>.

vécus subjectivement comme une menace pour la survie de la personne. Les événements traumatisants ne sont pas nécessairement violents, mais portent invariablement atteinte au sentiment d'identité et de sécurité d'une personne⁵.

Deuxièmement, il est important de reconnaître à quel point les traumatismes sont répandus :

[Traduction] Les traumatismes ont des répercussions de grande ampleur qui affectent la vie de nombreuses personnes, bien plus que la majorité des gens ne le réalisent. Par exemple, les sondages communautaires révèlent qu'entre 55 % et 90 % des personnes ont vécu au moins un événement traumatisant au cours de leur vie. Environ un quart de ces personnes ont vécu des événements traumatisants durant leur enfance⁶.

La pratique du droit tenant compte des traumatismes signifie qu'il faut être conscient des différents types de traumatismes et des différentes réactions aux événements traumatisants afin d'être sensible à l'incidence que peuvent avoir les traumatismes sur la relation avocat-client.

Les traumatismes sont classés en fonction de la nature, de la durée ou de la fréquence des événements ou des conditions traumatiques vécus. Ils peuvent être classés en trois catégories : les traumatismes aigus, qui résultent généralement d'un événement traumatisant unique ; les traumatismes chroniques, qui résultent généralement d'expériences traumatisantes répétées ou multiples ; et les traumatismes complexes, qui découlent de l'exposition à des événements traumatisants mixtes, graves et souvent très envahissants sur des périodes prolongées⁷. Les événements traumatisants peuvent varier considérablement et peuvent notamment comprendre : [Traduction] « les abus émotionnels, physiques et sexuels ; la négligence ; les agressions physiques ; être témoin de violence familiale, à l'école ou dans la communauté ; la guerre ; le racisme ; l'intimidation ; les actes terroristes ; les incendies ; les accidents graves ; les catastrophes naturelles ; les

⁵ Melanie Randall et Lori Haskell, « Trauma-Informed Approaches to Law: Why Restorative Justice Must Understand Trauma and Psychological Coping » (2013) 36:2 Dal LJ 501 p 507.

⁶ Melanie Randall et Lori Haskell, « Trauma-Informed Approaches to Law: Why Restorative Justice Must Understand Trauma and Psychological Coping » (2013) 36:2 Dal LJ 501 p 505.

⁷ Melanie Randall et Lori Haskell, « Trauma-Informed Approaches to Law: Why Restorative Justice Must Understand Trauma and Psychological Coping » (2013) 36:2 Dal LJ 501 p 507.

blessures graves ; les procédures médicales intrusives ou douloureuses ; la perte d'êtres chers ; l'abandon ; et la séparation »⁸.

Les praticiens du droit qui travaillent avec des personnes autochtones doivent être conscients du contexte social qui sous-tend les expériences individuelles de traumatisme :

[Traduction] Pour comprendre les origines des réactions traumatiques et leur atténuation, il faut tenir compte à la fois des aspects individuels et sociaux. Par ailleurs, les expériences individuelles de traumatisme sont généralement façonnées ou même partiellement causées par les répercussions de divers problèmes sociaux sur la vie de personnes en particulier, mais aussi de communautés. Un exemple évident est les générations de décimation, sanctionnée par l'État, de diverses communautés des Premières Nations en raison de politiques coloniales d'assimilation, de destruction des langues autochtones, de retrait forcé des enfants de leurs familles pour les envoyer dans des pensionnats, et ce qu'on appelle la rafle des années 60, entre autres⁹.

Les professionnels du droit qui travaillent avec des personnes autochtones doivent être conscients des différents types d'évènements traumatisants qui ont pu se produire dans la vie immédiate des personnes autochtones avec lesquelles ils travaillent, ainsi que dans les communautés autochtones et au cours de l'histoire intergénérationnelle des peuples autochtones. Par exemple, les femmes, les filles et les personnes non binaires autochtones connaissent des taux disproportionnés de violence et de mauvais traitements, ce qui peut avoir engendré des traumatismes aigus. Il est également possible qu'une expérience négative avec un avocat, un agent de police ou d'autres acteurs du système judiciaire dans le passé ait causé un traumatisme aigu. Le déracinement des peuples autochtones, le sans-abrisme autochtone¹⁰ ou la pauvreté chez les Autochtones peuvent quant à eux causer des

⁸ Melanie Randall et Lori Haskell, « Trauma-Informed Approaches to Law: Why Restorative Justice Must Understand Trauma and Psychological Coping » (2013) 36:2 Dal LJ 501 p 508.

⁹ Melanie Randall et Lori Haskell, « Trauma-Informed Approaches to Law: Why Restorative Justice Must Understand Trauma and Psychological Coping » (2013) 36:2 Dal LJ 501 p 514.

¹⁰ Le Aboriginal Standing Committee on Housing and Homelessness, 2012, a reconnu que le sans-abrisme autochtone requiert une description plus complète que la simple absence d'une structure d'habitation. Cette notion renvoie plutôt au fait d'être déconnecté de la terre, de l'eau, du lieu, de la

traumatismes chroniques. Et les séquelles continues du colonialisme, de la violence subie dans les pensionnats autochtones, de l'enjeu des femmes et des filles autochtones disparues et assassinées, et de la découverte de fosses communes d'enfants peuvent causer des traumatismes prolongés de nature complexe, même chez les personnes autochtones qui n'ont pas personnellement vécu des traumatismes aigus.

Les évènements traumatisants peuvent déclencher diverses réactions. Les professionnels du droit doivent réfléchir aux traumatismes que pourraient avoir vécus les parties autochtones avec lesquelles ils travaillent, et à ce qu'ils peuvent faire pour atténuer les déclencheurs ou les situations qui pourraient de nouveau traumatiser ces personnes. Ils doivent également se garder de faire des suppositions sur les façons dont réagiront ou répondront les personnes qui ont vécu des traumatismes.

Les réponses posttraumatiques peuvent être caractérisées comme étant « simples » ou « complexes », ce qui dépend en grande partie du type d'expérience traumatisante vécue. [Traduction] « Il est devenu clair que le simple stress posttraumatique résultant d'un incident unique est nettement différent de l'ensemble complexe de réactions que peuvent déclencher des évènements traumatisants chroniques, multiples ou continus. ¹¹»

Les réactions aux traumatismes comprennent un éventail de changements comportementaux, physiques et psychologiques, notamment les suivants :

1. Phénomènes de réexpérience, tels que des flashbacks de l'évènement traumatisant et des cauchemars, qui peuvent donner à la personne traumatisée l'impression de perdre le contrôle.
2. Réactions d'évitement et d'apathie lorsque la personne tente d'éviter de se rappeler des évènements traumatisants, y compris les lieux, les personnes, les actions, les pensées ou les sentiments associés aux évènements. Certaines personnes peuvent s'éloigner de leur famille et de leurs amis, et se désintéresser des activités quotidiennes.

famille, de la parenté, des autres, des animaux, des cultures, des langues et des identités : www.aschh.ca.

¹¹ Melanie Randall et Lori Haskell, « Trauma-Informed Approaches to Law: Why Restorative Justice Must Understand Trauma and Psychological Coping » (2013) 36:2 Dal LJ 501 p 511.

3. Réactions physiques d'hyperexcitation, notamment le sentiment d'être continuellement sur ses gardes, de l'irritabilité ou des colères soudaines, de la difficulté à dormir, un manque de concentration, de la vigilance excessive ou de la nervosité.
4. Dysrégulation des affects, qui se traduit par la difficulté à moduler les émotions et les impulsions.
5. Changements à l'état de conscience, signifiant qu'une personne traumatisée peut parfois se détacher de la réalité immédiate par « dissociation mentale ».
6. Altération de la perception de soi pouvant se traduire par des sentiments de honte, de culpabilité ou un sens exagéré de la responsabilité.
7. Altération des relations avec les autres pouvant se traduire par des difficultés à établir et à maintenir des liens affectifs intimes avec les autres et à faire confiance aux autres.
8. Somatisation, c'est-à-dire la manifestation de la douleur psychique par des douleurs dans le corps et des maladies physiques.
9. Sentiments d'accablement ou de désespoir, ou perte de raison d'être.

Les personnes qui souffrent de stress posttraumatique simple sont plus susceptibles de présenter les symptômes 1 à 3, et les personnes qui souffrent de stress posttraumatique complexe sont plus susceptibles de présenter les symptômes 4 à 9. Il importe de se rappeler que ces réactions sont involontaires, car le traumatisme vit dans le système nerveux¹².

Puisque les professionnels du droit ne sont pas nécessairement en position de constater des « changements » chez des personnes autochtones en réaction à des traumatismes, ils pourraient plutôt considérer ces caractéristiques comme des traits de caractère innés. Par conséquent, afin de faire preuve de compétence culturelle et de tenir compte des traumatismes, les professionnels du droit doivent se garder de tirer des conclusions trop hâtives en se fondant sur des comportements présumés ou des réactions qu'ils croient associer à des traumatismes. Il pourrait donc être inapproprié de faire des déductions ou de s'engager dans un raisonnement reposant

¹² Golden Eagle Rising Society, Trauma-Informed Legal Practice Toolkit, en ligne : <https://www.goldeneaglerising.org/docuploads/Golden-Eagle-Rising-Society-Trauma-Informed-Toolkit-2021-02-14.pdf>.

sur la propension pour évaluer la crédibilité des renseignements fournis par des clients autochtones en se fondant sur leurs comportements posttraumatiques.

Les personnes autochtones peuvent avoir des réactions posttraumatiques qui se manifestent différemment dans leur vie quotidienne et dans leur relation avec un professionnel du droit. Les traumatismes peuvent donc avoir une incidence sur la relation avocat-client dans diverses situations qui se présentent tout au long de la prestation de services juridiques. Le reste de ce chapitre traitera du développement des compétences et des approches pratiques qui peuvent être appliquées dans de telles situations.

1.3 Les principes fondamentaux de la pratique tenant compte des traumatismes

La pratique tenant compte des traumatismes se fonde sur quatre principes :

- 1. Sensibilisation :** La première étape pour tous les services qui adoptent une approche qui tient compte des traumatismes est de sensibiliser leur personnel à la fréquence du traumatisme, au rôle essentiel que peuvent jouer ses effets dans le développement d'une personne, aux nombreuses adaptations faites pour s'en sortir et survivre, et au lien unissant traumatisme, consommation de substances et problèmes de santé physique et mentale¹³.

Comme nous l'avons vu précédemment, il est impératif que les professionnels du droit comprennent comment les traumatismes et les réactions posttraumatiques peuvent se manifester dans divers domaines du droit et tout au long de l'interaction d'un client avec le système de justice.

Les professionnels du droit doivent être conscients des clients qui souffrent de problèmes posttraumatiques en général et de l'importance de fournir des services juridiques tenant compte des traumatismes. Pour ce faire, ils peuvent, par exemple, s'assurer que les lieux de réunion soient dotés de sièges confortables et qu'ils permettent un espace personnel suffisant, et prévoir suffisamment de temps pour la réunion pour permettre au client de prendre des pauses et éviter qu'il se sente pressé. En raison de la prévalence des traumatismes dans la société, cette pratique devrait tout simplement faire partie de nos façons de travailler dorénavant.

¹³ Le rapport final de l'enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, volume 1b, citant le Centre canadien de lutte contre les toxicomanies, *Les soins sensibles au traumatisme*.

Les professionnels du droit doivent également être conscients que leurs interactions avec certains clients peuvent déclencher des réactions posttraumatiques et être capables de reconnaître ces situations et de prendre les mesures requises. Prenons l'exemple d'un avocat qui a créé un lieu de réunion confortable et qui a prévu amplement de temps pour une réunion. Il s'assure de prendre des pauses régulièrement et de vérifier comment le client se sent tout au long de la réunion. Au moment de la première pause, le client affirmait que tout allait bien, mais au moment de la deuxième pause, il était visiblement bouleversé et a indiqué qu'il ne se sentait pas bien. Dans ce cas, que les objectifs de la réunion aient été atteints ou non, le professionnel conscient des traumatismes reconnaîtra que les besoins du client ont évolué et apportera les ajustements nécessaires. Il est important de s'assurer que ni l'expérience de travail avec le professionnel du droit ni la qualité des services juridiques fournis ne soient compromises.

Voici d'autres exemples de pratiques tenant compte des traumatismes :

- Créer un lieu de réunion spacieux, doté de meubles confortables et de toilettes et de lieux de repos accessibles.
- Éviter de faire des suppositions sur le genre et l'identité de genre, par exemple en demandant au client quels pronoms il utilise et en s'assurant de les utiliser.
- Veiller à bien prononcer les noms.
- Adopter une approche proactive et souple en salle d'audience afin d'atténuer les dommages que peuvent causer les contrinterrogatoires rigoureux des témoins autochtones, particulièrement dans le cas d'ainés ou de gardiens du savoir traditionnel. L'Association du Barreau autochtone a formulé de nouvelles directives de pratique pour la Cour fédérale à ce sujet.

2. Accent mis sur la sécurité et la confiance : La pratique qui tient compte des traumatismes doit assurer la sécurité physique et émotionnelle des gens, car les survivants d'un traumatisme sont souvent vulnérables, sont susceptibles d'avoir vécu des violations de leurs limites et de l'abus de pouvoir et peuvent se trouver, ou s'être déjà retrouvés, dans une relation à risque¹⁴.

Il est important de noter que l'accent mis sur la sécurité et la confiance invite le praticien à également être conscient des traumatismes indirects.

Voici diverses façons de mettre l'accent sur la sécurité et la confiance :

¹⁴ Le rapport final de l'enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, volume 1b, citant le Centre canadien de lutte contre les toxicomanies, *Les soins sensibles au traumatisme*.

- Éviter de changer les professionnels du droit ou d'en introduire de nouveaux pendant le processus, et assurer une continuité parmi les professionnels avec lesquels le client ou la partie autochtone a tissé des liens.
- Fournir autant d'informations que possible aux clients ou aux parties autochtones en ce qui concerne les ordres du jour et les objectifs des réunions pour éviter autant que possible qu'une personne autochtone soit confrontée à un sujet ou à une activité inattendue qui pourrait être un déclencheur, et pour laquelle elle n'est pas préparée.
- Fournir des échéances claires quant aux prochaines étapes après la réunion, et respecter les échéances et les attentes établies.
- Fournir des ressources ou recommander des services appropriés.
- Fournir des rapports et des mises à jour sur une base régulière, qu'il y ait eu des développements ou non afin de rassurer les parties que le dossier est géré activement.
- Communiquer et rappeler au client qu'à titre de représentant juridique, vous représentez le client et non le système de justice.

3. Choix, collaboration et lien : Les services qui tiennent compte des traumatismes offrent des milieux sécuritaires qui renforcent le sentiment d'efficacité, d'autodétermination, de dignité et de maîtrise de soi du bénéficiaire. Les fournisseurs de soins cherchent à communiquer ouvertement avec la personne, à rééquilibrer le rapport de forces dans ses relations, à faciliter l'extériorisation de ses sentiments sans qu'elle craigne d'être jugée, à lui laisser choisir le mode de traitement qu'elle préfère et à collaborer avec elle. De plus, pour les personnes ayant subi un traumatisme précoce ou continu, avoir l'occasion d'établir des liens solides — avec des prestataires de soins, des pairs et l'ensemble de la communauté — peut cicatriser certaines blessures¹⁵.

Voici diverses façons de mettre l'accent sur le choix, la collaboration et les liens :

- Éviter d'adopter des approches paternalistes qui poussent les clients à prendre des décisions particulières. Un exemple de respect des choix du client fondé sur la collaboration avec le client est d'accepter et de reconnaître que le client autochtone est l'expert de sa propre vie et la meilleure personne pour prendre les décisions qui le concernent.

¹⁵ Le rapport final de l'enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, volume 1b, citant le Centre canadien de lutte contre les toxicomanies, *Les soins sensibles au traumatisme*.

- Toutes les options dont les clients disposent doivent être expliquées dans un langage accessible. Au besoin, le professionnel peut utiliser des outils ou des ressources d'interprétation.

4. Autonomisation et renforcement : Les services axés sur les soins aident les participants à reconnaître leurs forces et à consolider leurs capacités d'adaptation et de résilience, en mettant l'accent sur l'enseignement et la démonstration d'aptitudes propices à l'identification de leurs éléments déclencheurs et sur l'importance de garder son calme, de trouver un équilibre et de vivre le moment présent. Les services qui tiennent compte des traumatismes se caractérisent également par le même degré d'attention accordé aux compétences du personnel et à l'apprentissage de ces aptitudes et valeurs¹⁶.

[Traduction] « Reconnaître et favoriser la résilience est donc également l'une des composantes essentielles d'une approche efficace qui tient compte des traumatismes. ¹⁷»

Voici d'autres exemples d'autonomisation et de renforcement :

- Si un client a développé un lien de confiance et une routine avec un interprète, prenez des dispositions pour que son interprète puisse l'accompagner pour les dépositions, les audiences et les autres types de réunions.
- Informez le client qu'un(e) ainé(e) ou une personne de confiance peut l'accompagner aux audiences ou à d'autres réunions.

L'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées (FFADA), laquelle englobe aussi les personnes 2ELGBTQQIA+ autochtones, est un exemple d'un grand projet juridique dans lequel les pratiques et compétences tenant compte des traumatismes ont été appliquées tout au long des quatre années de l'enquête. Vous pouvez en apprendre plus long sur ces pratiques en lisant le rapport final, *Réclamer notre pouvoir et notre place : le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées* (voir le lien dans la section des ressources à la fin du chapitre).

¹⁶ Le rapport final de l'enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, volume 1b, citant le Centre canadien de lutte contre les toxicomanies, *Les soins sensibles au traumatisme*.

¹⁷ Melanie Randall et Lori Haskell, « Trauma-Informed Approaches to Law: Why Restorative Justice Must Understand Trauma and Psychological Coping » (2013) 36:2 Dal LJ 501 p 509.

2. CONSIDÉRATIONS PRATIQUES POUR LA PRATIQUE TENANT COMPTE DES TRAUMATISMES

Pour adopter une pratique tenant compte des traumatismes, et aussi développer les compétences et élaborer les ressources nécessaires en ce sens, le professionnel du droit doit savoir prendre soin de soi et développer sa résilience. Pour ce faire, il doit adopter une approche fondée sur la réflexion qui renforce sa propre sécurité et sa capacité à prendre soin de soi dans le cadre de son travail, entre autres pour lui permettre de composer avec les traumatismes indirects.

Le professionnel du droit doit être conscient des défis inhérents à la pratique tenant compte des traumatismes et doit puiser dans ses compétences et se tourner vers d'autres ressources pour faire face à ces défis.

2.1 Les défis associés à la pratique tenant compte des traumatismes

Dans cette section, nous nous pencherons sur certains défis que peuvent rencontrer les professionnels du droit qui adoptent une pratique tenant compte des traumatismes. Nous vous mettrons aussi en garde contre les approches qui vont à l'encontre de cette pratique.

Entre autres défis, citons la planification du temps et les ressources requises pour fournir des services adaptés à la culture. Par exemple, dans le cadre d'une approche tenant compte des traumatismes, il est possible de devoir d'une part raccourcir les réunions afin que les gens puissent prendre le repos dont ils ont besoin, mais d'autre part de devoir augmenter le temps prévu pour accomplir la tâche globalement. À titre d'exemple, il se peut que la présence d'un interprète compétent soit nécessaire pour appuyer une personne dans le cadre d'une approche tenant compte des traumatismes, mais qu'il faille attendre un certain temps avant que l'interprète qui parle la ou les langues de la personne soit disponible et prévoir du temps supplémentaire pour les réunions puisque les réunions avec interprète demandent plus de temps.

Un autre défi peut être le malaise que le praticien pourrait ressentir à mesure qu'il développe ses compétences dans ce domaine. La pratique axée sur les traumatismes est relativement nouvelle et incite les praticiens à faire davantage d'introspection et à réfléchir aux choses autrement. La compétence culturelle ne signifie pas que l'on doit tout savoir sur la pratique tenant compte des traumatismes. Il suffit plutôt d'en connaître les grands principes, de recourir à des pratiques réfléchies, de miser sur le

perfectionnement continu et de demeurer conscient afin de savoir reconnaître quand il est temps de recourir à des ressources supplémentaires ou à des ressources plus expérimentées.

Il convient de souligner que la compétence culturelle n'est pas une compétence générale. Il s'agit plutôt d'une pratique active, continue et importante et d'un impératif pour les professionnels du droit compétents. Voici certaines idées fausses et certains obstacles à l'intégration de la compétence culturelle dans la pratique juridique :

- Le recours (inapproprié) à une approche uniforme ou homogène, au lieu d'appliquer une approche qui est adaptée à la nation, au lieu et à la région, et à la personne ou aux personnes concernées.
- Cependant, un processus hautement individualisé peut également s'avérer problématique — bien qu'il soit important que l'approche tenant compte des traumatismes soit souple et réponde aux besoins individuels des parties concernées, une approche entièrement individualisée ou d'une souplesse absolue ne concorde pas avec les quatre principes de la pratique tenant compte des traumatismes.
- Avocats non autochtones qui transposent leurs expériences personnelles, leurs valeurs ou leurs croyances et font des parallèles inadéquats.
- Détacher l'historique de violence contre les peuples autochtones et le rôle joué par le système de justice au Canada des manifestations contemporaines des préjudices causés.
- Ne pas prendre le temps d'en apprendre plus long sur la force, les contributions à la société et les réalisations des nations et des peuples autochtones.

Somme toute, les professionnels du droit doivent donner suite aux obligations et aux engagements en matière de réconciliation de façon critique et réfléchie, et non de façon superficielle¹⁸.

2.2 Mesures prises pour donner suite à l'appel à l'action 28 et perfectionnement continu des compétences

L'appel à l'action 28 du Rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada encourage l'évolution continue de la profession juridique :

¹⁸ Pooja Parmar, « Reconciliation and Ethical Lawyering: Some Thoughts on Cultural Competence » (2019) 97:3 Revue du Barreau canadien 526.

28. Nous demandons aux écoles de droit du Canada d'exiger que tous leurs étudiants suivent un cours sur les peuples autochtones et le droit, y compris en ce qui a trait à l'histoire et aux séquelles des pensionnats, à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, aux traités et aux droits des Autochtones, au droit autochtone de même qu'aux relations entre l'État et les Autochtones. À cet égard, il faudra, plus particulièrement, offrir une formation axée sur les compétences pour ce qui est de l'aptitude interculturelle, du règlement de différends, des droits de la personne et de la lutte contre le racisme.

Cet appel à l'action était une réponse importante et nécessaire à une lacune flagrante dans les études en droit au Canada :

[Traduction] Bien que le droit joue un rôle important dans la réglementation du comportement humain et la prise de mesures en réponse au comportement humain, les professionnels du droit ne sont pratiquement jamais exposés à la littérature formelle ou éclairée en psychologie ni aux études ou aux connaissances professionnelles sur le comportement humain dans le cadre de leurs études en droit ou de leur perfectionnement professionnel¹⁹.

Tant avant et après le rapport de la CVR, les facultés de droit du Canada ont pris des mesures importantes pour faire avancer la réconciliation en intégrant dans leurs programmes d'études des cours sur les peuples autochtones et le droit des Autochtones au Canada. Diverses approches ont été mises au point, allant des crédits obligatoires aux programmes de double JD dans les ordres juridiques communs et autochtones.

Grâce à ces initiatives, le degré de sensibilisation et de compétence culturelle au sein de la profession juridique est en train de changer. Les étudiants en droit et les avocats acquièrent, plus tôt dans leur carrière, des connaissances et une formation substantielles sur la compétence culturelle et les questions relatives aux Autochtones et au droit autochtone au Canada, choses auxquelles les avocats plus chevronnés et les membres de la magistrature n'ont pas eu accès lorsqu'ils ont fait leurs études en droit. Il est important que les avocats, à tous les stades de leur carrière, portent attention et prennent conscience de l'étendue de leurs

¹⁹ Melanie Randall et Lori Haskell, « Trauma-Informed Approaches to Law: Why Restorative Justice Must Understand Trauma and Psychological Coping » (2013) 36:2 Dal LJ 501 p 510.

connaissances sur ces questions et de leur exposition à ces questions dans la façon dont ils défendent les droits et les intérêts et dans leur raisonnement juridique, particulièrement lorsqu'ils ont l'occasion de présenter des arguments juridiques qui mettent de l'avant les visions du monde autochtones, d'apprendre de leurs pairs et de développer leur compétence culturelle.

Le programme de formation reconnu Bimickaway est un exemple d'un programme qui permet de développer la compétence culturelle en matière autochtone. La Division de la justice pour les Autochtones du ministère du Procureur général de l'Ontario offre un programme d'une journée complète aux personnes qui travaillent dans le secteur de la justice. « Bimickaway » est un terme anishinabemowin qui signifie « laisser des empreintes ». Le programme de formation complet a été élaboré en collaboration avec des groupes-cibles autochtones. Plus de 6 000 personnes ont suivi la formation depuis 2016.

Les avocats sont encouragés à rechercher des occasions de développer leurs compétences afin d'adopter une pratique tenant compte des traumatismes et à poursuivre cet apprentissage et ce désapprentissage tout au long de leur carrière, et — surtout — auprès des praticiens et des organisations qui sont les mieux placés pour faciliter ces apprentissages.

3. RESSOURCES

3.1 Rapports, littérature et ouvrages savants

- Cathy Kezelman et Pam Stavropoulos, « Trauma and the Law : Applying Trauma-Informed Practice to Legal and Judicial Contexts », (Blue Knot Foundation, 2016) : https://www.communitylegalqld.org.au/wp-content/uploads/2016/10/blue_knot_paper_trauma_informed_practice.pdf.
- Jesse Thistle, « Definitions of Indigenous Homelessness in Canada », Observatoire canadien sur l'itinérance <https://homelesshub.ca/sites/default/files/COHIndigenousHomelessnessDefinition.pdf>.
- Melanie Randall et Lori Haskell, « Trauma-Informed Approaches to Law: Why Restorative Justice Must Understand Trauma and Psychological Coping », Dalhousie LJ (automne 2013) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2424597.
- Pooja Parmar, « Reconciliation and Ethical Lawyering: Some Thoughts on Cultural Competence » (2019) 97-3 Revue du Barreau canadien 526.
- Renee Linklater, *Decolonizing Trauma Work*, Fernwood Publishing, 2020, <https://fernwoodpublishing.ca/book/decolonizing-trauma-work>.
- Sarah Katz et Deeya Haldar, « The Pedagogy of Trauma-Informed Lawyering » (2016) 22 Clinical Law Review 359.
- Lee Norton et coll., « Burnout and Compassion Fatigue: What Lawyers Need to Know » (2016) 84:4 UMKC Law Rev 987.
- Lauren Bennett Cattaneo et Lisa A Goodman, « 16 Self-Care Tips for Advocates » (2016) : <https://www.domesticshelters.org/articles/taking-care-of-you/16-self-care-tips-for-advocates#.Wf4f0rpFxpZ>.

- Mary Seighman et coll., « Representing Domestic Violence Survivors Who are Experiencing Trauma and other Mental Health Challenges : A Handbook for Attorneys », National Center on Domestic Violence, Trauma & Mental Health, décembre 2011 : <http://www.nationalcenterdvtraumamh.org/wp-content/uploads/2012/01/AttorneyHandbookMay282012.pdf>.
- Rapport final de l'ENFFADA et appels à la justice
 - Rapport final : <https://www.mmiwg-ffada.ca/fr/final-report/>
 - Appels à la justice : <https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Calls-Web-Version-FR.docx>.
- Brett Forester, « 'You're loved': Plaintiffs in AFN class-action discuss healing journey, fight for child welfare justice » : <https://www.aptnnews.ca/national-news/youre-loved-plaintiffs-in-afn-class-action-discuss-healing-journey-fight-for-child-welfare-justice/>

3.2 Développement des compétences

- CTRI (Crisis and Trauma Resource Institute) : <https://ca.ctrinstitute.com/>.
- Balado *The Trauma-Informed Lawyer*: thetraumainformedlawyer.simplecast.com/.
- *Trauma-Informed Legal Practice: Toolkit*, Golden Eagle Rising Society : <https://www.goldeneaglerising.org/docuploads/Golden-Eagle-Rising-Society-Trauma-Informed-Toolkit-2021-02-14.pdf>.
- *Communicating Effectively with Indigenous Clients*, une publication de Aboriginal Legal Services Toronto, rédigée par D^{re} Lorna Fadden : <https://1juibf12bq823l3a7515u1i5-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2018/09/Fadden-ALS-2017.pdf>.
- *Decolonizing Family Law Through Trauma-Informed Practices*, Rise Women's Legal Centre : <https://womenslegalcentre.ca/wp-content/uploads/2022/01/Decolonizing-Family-Law-RiseWomensLegal-Jan-2022-WEB.pdf>.
- *Mental Health Briefs*, Association du Barreau de l'Ontario : <https://www.oba.org/openingremarks/Mental-Health-Briefs>.

- *Trauma-Informed Practice Guide*, (2013) BC Provincial Mental Health and Substance Use Planning Council Healing Families, Helping Systems: A Trauma-Informed Practice Guide for Working with Children, Youth and Families : https://bccewh.bc.ca/wp-content/uploads/2012/05/2013_TIP-Guide.pdf.
- Bimickaway Training Program, formation en compétence culturelle fournie par la Division de la justice pour les Autochtones du MPG et offerte à tout intervenant en Ontario.

CHAPITRE 3 : LE RAPPORT ET LES APPELS À LA JUSTICE DE L'ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES

1. INTRODUCTION

Les familles, les proches et les survivants de femmes, de filles et de personnes 2ELGBTQQIA+ autochtones disparues et assassinées ont revendiqué pendant des décennies une enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées (FFADA). Au Canada, les femmes autochtones sont trois fois plus susceptibles que les femmes non autochtones de subir de la violence et six fois plus susceptibles d'être assassinées¹. Les commissaires de l'Enquête sur les FFADA ont déclaré que cette violence est le résultat direct de la colonisation et ont exhorté toutes les personnes qui militent pour des changements à utiliser le Rapport final de l'enquête pour sensibiliser la population du Canada à cette terminologie. Nous avons décidé d'incorporer le présent chapitre au Supplément afin de sensibiliser la profession juridique à l'Enquête nationale sur les FFADA et de souligner que les conditions et les pratiques qui ont mené à ce problème n'ont pas changé — les inégalités, la marginalisation, la discrimination et les menaces qui pèsent sur la vie des femmes, des filles et des personnes 2ELGBTQQIA+ autochtones sont encore bien présentes dans presque tous les systèmes et toutes les institutions du Canada.

Ce chapitre va main dans la main avec le chapitre précédent, lequel portait sur le développement des compétences requises pour adopter une approche tenant compte des traumatismes dans la pratique juridique. Ces deux thèmes se rattachent directement aux appels à l'action adressés au secteur de la justice et mettent en lumière les problématiques auxquelles il faut s'attaquer, mais aussi les occasions qui s'offrent à nous pour améliorer les choses.

1.2 La nature et la portée de l'Enquête nationale sur les FFADA

En décembre 2015, le gouvernement du Canada a lancé l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées en raison du nombre stupéfiant de disparitions, de décès, de meurtres et de cas de violence concernant

¹ Jillian Boyce (2016), *La victimisation chez les Autochtones au Canada, 2014*, n° 85-002-X au catalogue ; et Statistique Canada, Centre canadien de la statistique juridique, tableau 7 (2001-2013) ; tableau 35-10-0156-01 (2014-2016).

des femmes, des filles et des personnes 2ELGBTQQIA+ autochtones². L'Enquête nationale se voulait un processus de recherche de la vérité. En tout, 2 386 proches, survivantes de violence, experts et gardiens du savoir ont témoigné lors d'audiences publiques et de séances de collecte de preuves qui ont eu lieu sur une période de deux ans d'un bout à l'autre du pays. L'Enquête nationale visait à « examiner les causes profondes de toutes les formes de violence perpétrées à l'encontre des femmes et des filles autochtones³ ».

Les statistiques révèlent constamment que les taux de violence à l'endroit des femmes, des filles et des personnes 2ELGBTQQIA métisses, inuites et des Premières Nations sont beaucoup plus élevés que chez les femmes non autochtones au Canada, même si tous les facteurs de différenciation sont pris en compte. Les auteurs d'actes de violence comprennent les partenaires et les membres de famille autochtones et non autochtones, les simples connaissances et les tueurs en série.

Malgré tous les efforts déployés par l'Enquête nationale pour consigner l'ensemble des vérités relatives aux personnes disparues et assassinées, nous avons conclu que nul ne connaît le nombre exact de femmes, de filles et de personnes 2ELGBTQQIA autochtones disparues et assassinées au Canada. Des milliers de décès et de disparitions de femmes n'ont vraisemblablement pas été enregistrés au cours des décennies. Par conséquent, plusieurs familles n'étaient probablement pas prêtes à partager leur vérité devant l'Enquête nationale ou ne sentaient pas qu'elles pouvaient le faire en toute sécurité avant que nous soyons contraints de clore les inscriptions pour respecter notre échéancier. Toutefois, il s'est avéré particulièrement révélateur de constater le nombre de personnes qui ont fait part de leurs propres expériences ou de

² Le terme « personnes 2ELGBTQQIA+ » englobe les personnes qui s'identifient comme bispirituelles, lesbiennes, gaies, bisexuelles, transgenres, queer, en questionnement, intersexuées, asexuées et autres. Dans le chapitre, les termes « personnes 2ELGBTQQIA+ » et « personnes de diverses identités de genre » peuvent être utilisés de manière interchangeable. Il est toutefois entendu que cela ne reflète pas nécessairement l'essence et les identités complètes des personnes qui s'identifient comme des personnes 2ELGBTQQIA+.

³ Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Une analyse juridique du génocide : un rapport supplémentaire de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, p 1.

celles de leurs proches publiquement pour la première fois. Sans l'ombre d'un doute, ce nombre est en réalité bien plus élevé⁴.

Le Rapport final de l'enquête nationale (« Rapport final ») a été publié le 3 juin 2019. Il révèle que les taux disproportionnés de violence sont essentiellement dus aux violations et aux abus persistants et délibérés des droits de la personne et des droits des Autochtones. Le Rapport final, intitulé *Réclamer notre pouvoir et notre place*, appelle à des transformations juridiques et sociales pour dénouer la crise qui a dévasté les communautés autochtones.

Les constats affligeants présentés de façon détaillée dans le Rapport final font appel à la conscience morale et sociale des gouvernements, des institutions, des fournisseurs de services et de l'ensemble des Canadiens et Canadiennes. Le Rapport final formule des appels à la justice pour orienter la suite des choses. Dans le cas de la profession juridique, l'Enquête nationale met en lumière les récits sociaux, juridiques et historiques distincts et entrelacés qui ont façonné la relation entre les institutions juridiques canadiennes et les peuples et personnes autochtones. L'Enquête nationale et le Rapport final implorent tous les professionnels du droit et acteurs du secteur de la justice à prendre des mesures concrètes dans le cadre de leurs activités professionnelles afin de donner suite aux conclusions de l'Enquête nationale et aux appels à la justice.

Le Rapport final présente les sept principes formulés par l'Enquête nationale afin de favoriser une évolution de la situation :

1. La mise en relief de l'égalité véritable, des droits de la personne et des droits des Autochtones

Les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQIA autochtones sont titulaires de droits ancestraux inhérents, de droits constitutionnels et de droits de la personne à l'échelle nationale et internationale. En outre, de nombreux peuples autochtones au Canada possèdent des droits en vertu d'une variété de traités, de revendications territoriales et d'accords de règlement. Ces appels à la justice découlent des lois nationales

⁴ Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Réclamer notre pouvoir et notre place : le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, volume 1a, p 4.

et internationales régissant les droits de la personne et les droits des Autochtones, y compris les droits énoncés par la *Charte*, la Constitution et l'Honneur de la Couronne. Ainsi, le Canada a l'obligation légale de mettre pleinement en application ces appels à la justice et de veiller à ce que les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQIA autochtones vivent dans la dignité⁵.

Ce principe de changement reflète l'abandon de la rhétorique selon laquelle les femmes et les filles autochtones sont des « victimes » et les désigne plutôt comme des « titulaires de droits ». Dans le cadre de cette approche fondée sur les droits, au lieu de parler de « besoins non satisfaits », ce qui reflète un modèle patriarcal et colonial, on parle plutôt de « déni de droits », ce qui reflète la réalité, soit que les femmes et les filles autochtones sont des groupes souverains qui ont des droits. L'accent mis sur « l'égalité véritable » s'inscrit dans un objectif fondé sur les résultats — l'atteinte de l'égalité réelle pour les titulaires de droits autochtones — et dénote aussi que les objectifs poursuivis vont au-delà des simples procédures.

2. Une approche de décolonisation

Cette approche nécessite la reconnaissance des droits inhérents selon le principe d'autonomie gouvernementale des peuples autochtones en ce qui concerne les enjeux propres à leurs communautés et les questions qui font partie intégrante de leurs cultures, de leur identité, de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions particulières, ainsi qu'à l'égard de leur relation particulière avec le territoire et ses ressources. Il s'agit d'une démarche fondée sur les forces, et qui met l'accent sur la résilience et l'expertise des personnes et des communautés⁶.

La violence disproportionnée que subissent les femmes et les filles autochtones n'est que l'un des fils du tissu sociopolitique colonial du Canada. Ce principe de changement vise à démanteler les formes structurelles du colonialisme et à honorer les valeurs, les philosophies et les systèmes de connaissances des Autochtones.

⁵ Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Appels à la justice*, p 2.

⁶ Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Appels à la justice*, p 2.

3. La participation des familles et des survivantes

Le principe de recherche de la vérité qui était au cœur de l'Enquête nationale reposait en grande partie sur les points de vue et la participation des femmes, des filles et des personnes 2ELGBTQQIA+ autochtones qui souhaitent témoigner de leur expérience, y compris les familles des personnes disparues et assassinées, et les survivantes. Dans ce contexte, le terme « famille » ne doit pas être interprété au sens étroit ; la notion de famille était « comprise comme incluant toutes les formes de parenté familiale, y compris, mais sans s'y limiter, les familles biologiques, les familles choisies et les familles du cœur »⁷.

4. Des solutions autodéterminées et des services dirigés par les Autochtones

Les services et les solutions doivent être dirigés par les gouvernements, les organisations et les peuples autochtones. Cette affirmation est fondée sur les principes de l'autodétermination et de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones, selon les définitions données aux articles 3 et 4 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) et selon le respect des droits inhérents qui existent indépendamment du contexte législatif⁸.

Lorsque cela est nécessaire et approprié dans les relations de nation à nation entre les nations autochtones et le gouvernement canadien, la collaboration en matière d'autodétermination doit se faire dans le cadre d'un véritable partenariat.

5. La reconnaissance des distinctions

Ce principe de changement inspire l'interprétation et la mise en œuvre des appels à la justice de façon équitable et non discriminatoire d'une façon qui reconnaît, respecte et défend les besoins, les identités et les différences des peuples autochtones — d'un territoire et d'une communauté à l'autre.

⁷ Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Appels à la justice*, p 3.

⁸ Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Appels à la justice*, p 3.

6. La sécurisation culturelle

Dans le contexte du système de soins de santé, la First Nation Health Authority définit la sécurité culturelle et l'humilité culturelle comme suit :

[Traduction] La sécurité culturelle est un résultat basé sur un engagement respectueux qui reconnaît et s'efforce de corriger les déséquilibres de pouvoir inhérents au système de soins de santé. Il en résulte un environnement exempt de racisme et de discrimination, où les gens se sentent en sécurité lorsqu'ils reçoivent des soins de santé.

L'humilité culturelle est un processus d'auto-réflexion visant à comprendre ses préjugés personnels et systémiques et à établir et maintenir des relations et des processus respectueux qui reposent sur la confiance mutuelle. L'humilité culturelle consiste à se reconnaître humblement comme un apprenant lorsqu'il s'agit de comprendre l'expérience d'autrui.

Dans le cadre de l'interprétation et de la mise en œuvre des appels à la justice, « l'intégration des langues, des lois et des protocoles, de la gouvernance, de la spiritualité et des religions autochtones »⁹ sont nécessaires pour cultiver la sécurité culturelle.

7. Une approche qui tient compte des traumatismes

Comme discuté au deuxième chapitre du Supplément, la pratique tenant compte des traumatismes consiste à fournir des soins ou des services en évitant de causer plus de mal. En raison de la violence subie par les femmes et les filles autochtones, pour adopter une approche tenant compte des traumatismes, il faut être conscient que les survivantes et les familles pourraient être confrontées à des éléments déclencheurs ou être de nouveau traumatisées. L'Enquête nationale s'est engagée dans le processus de consignation de la vérité en adoptant des pratiques et en utilisant des compétences tenant compte des traumatismes tout au long des quatre années de l'enquête.

⁹ Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Appels à la justice*, p 4.

Pour interpréter et mettre en œuvre les appels à la justice, il est indispensable d'utiliser une approche tenant compte des traumatismes. De plus, la prise de conscience des traumatismes vécus est un principe essentiel pour le professionnel ou la professionnelle du droit qui travaille avec des parties autochtones, que ce soit des clients ou d'autres parties.

1.3 Les conclusions du Rapport final

L'un des résultats les plus importants de l'Enquête nationale a été la conclusion de la Commission selon laquelle les atteintes aux droits de la personne et aux droits des Autochtones ainsi que les violations commises ou tolérées par le gouvernement canadien et les acteurs étatiques ne constituent rien de moins qu'un *génocide* :

La violence dénoncée tout au long de l'Enquête nationale représente une pratique sociale génocidaire, délibérée et raciale visant les peuples autochtones, y compris les Premières Nations, les Inuits et les Métis, ciblant tout particulièrement les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQA. Ces massacres sont les fruits des affirmations coloniales de souveraineté sur les territoires et les peuples autochtones, comme en témoignent la *Loi sur les Indiens*, la rafle des années 1960, les pensionnats indiens, les atteintes aux droits de la personne et aux droits des Autochtones, de même que les politiques actuelles, qui marginalisent ces derniers et entraînent une augmentation directe de l'incidence de la violence, des décès et du suicide chez leurs populations¹⁰.

L'Enquête nationale reconnaît que la détermination formelle de la responsabilité pour génocide doit être déterminée par des organes judiciaires. L'évaluation de la responsabilité individuelle et de celle de l'État exige un ensemble de preuves et doit être réalisée par un tribunal compétent chargé de cette tâche. L'Enquête nationale ne prétend pas démontrer pleinement tous les éléments de la politique génocidaire, car elle n'a pas entendu directement l'ensemble de la preuve. Toutefois, la preuve qu'a obtenue l'Enquête nationale donne de sérieuses raisons de

¹⁰ Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Réclamer notre pouvoir et notre place : le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, volume 1a*, p 54.

croire que les politiques, les omissions et inactions passées et actuelles du Canada à l'égard des Premières Nations, des Inuits et des Métis équivalent à un génocide, ce qui constitue une violation des obligations internationales du Canada et engage sa responsabilité en vertu du droit international¹¹.

Le Rapport final est organisé selon 19 thèmes et comprend 231 appels à la justice regroupés selon les groupes d'intervenants auxquels ils s'adressent.

Un certain nombre de ces thèmes sont d'un intérêt particulier pour la profession juridique, notamment :

- Thème 6 : Nécessité de ratifier complètement les instruments internationaux sur les droits de la personne et d'en respecter pleinement les obligations
- Thème 11 : Nécessité de réformer les lois discriminatoires
- Thème 15 : Nécessité de prendre des mesures pour améliorer les relations entre les services de police et les communautés autochtones
- Thème 16 : Nécessité d'intensifier la réactivité, la transparence et l'obligation de rendre des comptes des services de police : enquêtes et surveillance
- Thème 17 : Nécessité d'avoir des processus et des soutiens judiciaires adaptés à la culture et équitables
- Thème 18 : Nécessité de trouver des solutions de rechange aux mécanismes judiciaires eurocanadiens, notamment des modèles de justice communautaire et réparatrice
- Thème 19 : Nécessité de mettre fin à la surreprésentation des femmes autochtones dans les établissements correctionnels et de s'assurer que les programmes et les services destinés aux femmes autochtones incarcérées sont adaptés à leur culture

Parmi les 231 appels à la justice, les appels 5.1 à 5.25 s'adressent aux pans du secteur de la justice qui relèvent des gouvernements collectifs du Canada ; les appels 9.1 à 9.11 s'adressent aux services de police ; et l'appel à la justice 10.1 s'adresse explicitement aux « avocats et aux ordres professionnels de juristes » :

10.1 Nous demandons aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, aux ordres professionnels de juristes et aux barreaux d'assurer la formation obligatoire intensive et régulière des avocats de la Couronne, des avocats de la

¹¹ Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Une analyse juridique du génocide : un rapport supplémentaire de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, p 1.

défense, du personnel judiciaire et de tous ceux qui participent au système de justice pénale, dans le domaine des cultures et de l'histoire des Autochtones, y compris la formation fondée sur les distinctions. Les mesures suivantes sont comprises, sans toutefois s'y limiter :

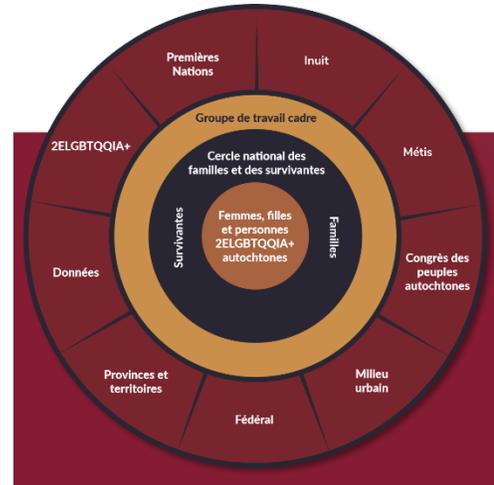
- i. Tous les constables de la cour, le personnel et les magistrats des tribunaux et tous les employés du système judiciaire doivent suivre une formation en compétence culturelle conçue et dirigée en partenariat avec les communautés autochtones locales.
- ii. Les ordres de juristes qui travaillent avec des femmes, des filles et des personnes 2ELGBTQQIA autochtones doivent établir et mettre en application des normes en matière de compétence culturelle.
- iii. Tous les tribunaux doivent avoir un agent de liaison autochtone dont le poste sera adéquatement financé et doté pour veiller à ce que les Autochtones impliqués dans un processus judiciaire connaissent leurs droits et soient dirigés vers les services appropriés¹².

2. MESURES PRISES POUR DONNER SUITE AU RAPPORT FINAL DE L'ENQUÊTE NATIONALE

En juin 2021, le gouvernement fédéral a publié le Plan d'action national (PAN) pour donner suite aux conclusions du Rapport final de l'Enquête nationale. Le rapport présente la vision, les principes directeurs et les objectifs du PAN, les priorités à court terme et les prochaines étapes immédiates proposées : services de soutien immédiats pour les survivantes et les membres de la famille, participation continue des survivantes et des membres de la famille à la mise en œuvre du PAN, création d'un organe de surveillance, sensibilisation et formation du public, élaboration immédiate d'un plan de mise en œuvre, tables provinciales et territoriales, et création de mécanismes de responsabilité pour rendre compte des 231 appels à la justice.

¹² Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Appels à la justice*, p 25.

Le PAN a également prévu la création de huit sous-groupes de travail composés de membres des communautés autochtones pour conseiller le gouvernement fédéral dans la mise en œuvre du PAN. Le Cercle national des familles et des survivantes, qui a guidé le processus de l'Enquête nationale à l'échelle nationale, régionale et locale, est au cœur des huit sous-groupes de travail. Le Cercle national des familles et des survivantes continue de jouer un rôle de premier plan dans la mise en œuvre des appels à la justice et des recommandations de l'Enquête nationale.



Le plan de mise en œuvre, qui contient des renseignements plus précis en ce qui a trait à l'approche, au financement et à la logistique du plan, ne fait pas partie des documents du PAN initialement publiés. Il devait être publié à l'automne 2021, mais ne l'a pas encore été¹³. En août 2021, le gouvernement fédéral a annoncé un financement de 180 millions de dollars pour soutenir le PAN, y compris 24,5 millions de dollars pour la création du Secrétariat des FFADA et la mise en œuvre du PAN, un groupe consultatif sur les données autochtones, ainsi que la création d'un nouveau programme pour financer les projets de données autochtones. En septembre 2021, Bruno Steinke a été nommé à la tête du Secrétariat des FFADA. En décembre 2021, un nouveau ministre des Relations Couronne-Autochtones a été nommé, Marc Miller, pour diriger les travaux de mise en œuvre des appels à l'action de la CVR et du PAN pour les FFADA. En tandem, les gouvernements provinciaux et territoriaux du Canada ont également donné suite au Rapport final de 2019¹⁴. Par exemple, en décembre 2021, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest a

¹³ Brett Forester, « Ottawa delivers action plan in response to MMIWG inquiry, but implementation plan won't come out until the fall », APTN News (3 juin 2021), en ligne : <https://www.aptnnews.ca/national-news/ottawa-delivers-action-plan-response-mmiwg-inquiry-implementation-plan-wont-come-out-until-fall/>

¹⁴ Government of Saskatchewan, Communiqué, « Saskatchewan Response To The National Inquiry Into Missing And Murdered Indigenous Women And Girls » (3 juin 2021), en ligne : <https://www.saskatchewan.ca/government/news-and-media/2021/june/03/saskatchewan-response-to-the-national-inquiry-into-missing-and-murdered-indigenous-women-and-girls> ; Colombie-Britannique, Ministry of Public Safety and Solicitor General, A Path Forward: Priorities and Early Strategies for B.C.: June 2021 Status Update, (PDF), en ligne : <https://www.cbc.ca/news/indigenous/ontario-strategy-response-mmiwg-inquiry-1.6043368>; [A Path Forward: Priorities and Early Strategies for BC | June 2021 Status Update \(gov.bc.ca\)](https://www.gov.bc.ca)

publié la première version de son plan d'action pour donner suite aux appels à la justice formulés dans le rapport. Son plan d'action prévoit 95 mesures¹⁵.

Le PAN et les mesures prises par le gouvernement fédéral pour donner suite au Rapport final et aux 231 appels à la justice ont fait l'objet de vives critiques et certains les ont jugés complètement insuffisants. Le gouvernement fédéral s'est également attiré des critiques pour les personnes nommées au Secrétariat des FFADA et leur manque d'expérience en la matière ainsi que la piètre représentation des Autochtones, des femmes, des filles et des personnes 2ELGBTQQIA+.

2.1 Incidences et leçons pour les professionnels du droit

Les professionnels du droit qui travaillent avec des parties autochtones doivent se familiariser avec l'Enquête nationale, le Rapport final et les appels à la justice. Les professionnels dotés de compétence culturelle donneront suite aux appels à la justice pertinents et intégreront les recommandations dans leurs pratiques juridiques respectives :

[Traduction] Les gouvernements fédéral et provinciaux n'ont aucune obligation légale de mettre en œuvre les recommandations ou les appels à l'action formulés par les commissions ou les enquêtes nationales, et les recommandations elles-mêmes ne font pas partie du droit canadien. Les appels à l'action ne sont peut-être pas directement contraignants d'un point de vue juridique, mais ils fournissent un impératif moral et politique fort, et ouvrent la voie pour que les Autochtones et non-Autochtones du Canada fassent quelque chose pour corriger les torts causés aux Autochtones par l'État canadien. Tout comme les instruments internationaux, ces appels à l'action peuvent avoir une force persuasive devant les tribunaux, notamment en raison des

¹⁵ Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, Communiqué, « Le GTNO publie un plan d'action provisoire visant à répondre aux appels à la justice pour les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées » (8 décembre 2021) en ligne : <https://www.gov.nt.ca/fr/newsroom/le-gtno-publie-un-plan-daction-provisoire-visant-repondre-aux-appels-la-justice-pour-les>

engagements publics du gouvernement canadien à suivre les recommandations formulées dans ces rapports importants¹⁶.

Pour lire le Rapport final, voir la section *Ressources* à la fin du chapitre. Ce rapport est une ressource incontournable pour les praticiens qui travaillent avec des parties autochtones et peut s'avérer d'une grande utilité pour soutenir le développement d'une pratique adaptée à la culture et tenant compte des traumatismes.

Comme le décrit le Rapport final, l'un des aspects notables de la violence perpétrée contre les femmes et les filles autochtones est le rôle que jouent les différents acteurs du secteur de la justice, tant par leurs actions que par leurs omissions. Il y a un historique d'inconduite de la part de la police, y compris de violence et d'abus sexuels, ainsi que de racisme et de négligence flagrants, perpétrés contre les femmes et les filles autochtones, et tout un historique d'apathie et d'inaction pour donner suite à la violence, aux décès et aux disparitions¹⁷. Les Autochtones sont d'une part surveillés à outrance par la police, mais d'autre part sous-protégés, comme en témoignent le Rapport final et les données sur la surincarcération des Autochtones et des femmes autochtones en particulier¹⁸.

En raison des expériences intergénérationnelles de violence et de préjudices commis par la police et les autres acteurs du secteur de la justice, la relation entre les communautés autochtones et les acteurs du secteur de la justice, y compris les avocats, peut être empreinte de méfiance ou de ressentiment. La pratique tenant compte des traumatismes peut aider les avocats à naviguer dans les relations et les interactions avec les parties autochtones d'une manière qui honore leur vérité, respecte leurs limites et favorise la prestation de conseils et de services juridiques compétents.

Il est important que les professionnels du droit soient conscients du rôle qu'ils doivent jouer en matière de prévention, de réponse et d'intervention dans les cycles de traumatisme et de violence touchant les femmes et les filles autochtones, et des façons dont le système de justice a aggravé les préjudices subis. Tout au long de la

¹⁶ Myrna McCallum et Haley Hrymak, « Decolonizing Family Law Through Trauma-Informed Practices » (Janvier 2022) p. 37, en ligne : Rise Women's Legal Centre < <https://womenslegalcentre.ca/wp-content/uploads/2022/01/Decolonizing-Family-Law-RiseWomensLegal-Jan-2022-WEB.pdf> > .

¹⁷ Rapport final, Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Réclamer notre pouvoir et notre place : le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées* aux pp 17, 29.

¹⁸ *R c Gladue*, [1999] 1 RCS 688, 171 DLR (4^e) 385 [*Gladue*].

relation, les professionnels du droit doivent saisir les occasions de soutenir leurs clients en leur fournissant des ressources ou en les dirigeant vers des ressources, particulièrement en matière d'intervention et de réponse.

En tant que professionnels du droit qui travaillent avec des clients autochtones, qui ont adopté une pratique tenant compte des traumatismes et qui s'efforcent de développer leurs compétences à cet égard, vous serez à l'affût des situations potentiellement problématiques et saurez déterminer si vous pouvez fournir du soutien *ou* trouver rapidement des organismes ou des groupes qui peuvent soutenir le client. Par exemple :

- Étant donné l'ampleur des préjudices et des violences subis par les peuples et personnes autochtones, les personnes avec qui vous travaillez, qu'il s'agisse de clients, de témoins, de collègues ou d'autres parties, pourraient être confrontées à des éléments déclencheurs ou retraumatisés au cours de leur expérience avec vous. Une partie importante de la pratique tenant compte des traumatismes est d'avoir accès à des ressources de soutien vers lesquelles vous pourrez diriger vos clients en cas de crise.
- Puisque les mandats juridiques s'étendent souvent sur de longues périodes, il se peut que vous vous rendiez compte, à un certain moment, que votre client(e) présente des signes de violence, de mauvais traitements ou d'autres problèmes de nature intime ou familiale, et ait besoin de soutien. Il est fort probable que vous, l'avocat(e), ne soyez pas la meilleure personne pour fournir ce type de soutien et qu'il soit préférable d'obtenir l'aide d'un organisme autochtone, comme les Native Child and Family Services of Toronto.
- Étant donné les taux disproportionnés de sans-abrisme, d'insécurité alimentaire et d'insécurité du revenu chez les personnes autochtones, il peut être utile de compiler une liste de ressources et de soutiens pour les clients autochtones en situation de pauvreté qui ont besoin d'un soutien à court ou à long terme. Ces ressources peuvent s'avérer particulièrement importantes, car la pauvreté est une source importante de séparation de la famille et de traumatismes découlant de mauvais traitements ou de négligence dans le système de protection de l'enfance.
- Comme en témoignent l'Enquête nationale et le Rapport final, les femmes, les filles et les personnes de diverses identités de genre autochtones sont

beaucoup plus à risque de faire l'objet de violence, de mauvais traitement et de discrimination. Il serait donc utile de compiler une liste élargie de soutiens et d'organismes qui fournissent des services aux femmes et aux filles vulnérables en particulier, tels que les refuges ou les organismes qui viennent en aide aux personnes qui fuient la violence conjugale.

- Conformément au principe d'autodétermination et de services dirigés par les Autochtones, il vous sera utile d'établir des partenariats avec des praticiens autochtones qualifiés que vous pourrez consulter, que ce soit sur des questions liées au droit substantiel ou à la façon de travailler avec des personnes autochtones.
- Afin de cheminer vers la décolonisation, il faut reconnaître et respecter les ordres sociaux et juridiques autochtones. Dans le contexte pénal, cela peut prendre la forme du recours à la justice réparatrice comme mécanisme de règlement extrajudiciaire des différends. Il est préférable de déterminer les institutions, les communautés et les aînés autochtones qui sont les mieux à même de diriger des instances de ce type et de solliciter leur participation, le cas échéant. Les centres d'amitié, que l'on retrouve partout au Canada, peuvent vous aider à trouver des ressources de ce type et à entrer en contact avec des ressources propres à une langue, à une nation ou à une ville.

Ressources proactives et disponibles :

Soutenir les familles des FFADA avec l'aide des Unités de liaison pour l'information à l'intention des familles (ministère de la Justice et procureurs généraux provinciaux)

- Pour aider les familles des femmes et des filles autochtones disparues ou assassinées à obtenir des renseignements sur la personne qu'ils ont perdue, certaines provinces, comme l'Ontario, se sont associées à Justice Canada pour créer l'Unité de liaison pour l'information à l'intention des familles.

Programmes Gladue et de justice réparatrice pour les femmes autochtones

- Certaines provinces, y compris l'Ontario, ont augmenté le financement des programmes Gladue qui créent et offrent également des programmes de justice réparatrice afin d'augmenter les possibilités de déjudiciarisation et de soutien à la guérison de la communauté en tenant compte des normes et des systèmes de justice communautaires.

Navigateurs sociaux pour les services de police des Premières Nations

- Les services de police des Premières Nations sont également sur les premières lignes en ce qui a trait aux enquêtes, à la surveillance et au contrôle. Pour les aider, les navigateurs sociaux sont des coordonnateurs civils qui travaillent au sein des services de police en partenariat avec les services sociaux et le secteur de la justice pour tisser des liens avec des services de sécurité et de bien-être dans la communauté afin de permettre la déjudiciarisation des personnes à risque et ainsi briser les cycles d’incarcération et de victimisation.

S’attaquer à la surreprésentation des femmes et des jeunes dans le système judiciaire

- Pendant que nous préparons le présent Supplément, la surreprésentation des femmes autochtones dans les établissements correctionnels fédéraux continuait de faire les gros titres de la presse nationale et a été qualifiée d’« effroyable » par le premier ministre du Canada. Les femmes autochtones représentent aujourd’hui la moitié des femmes incarcérées dans des établissements fédéraux, alors qu’elles ne représentent que 5 % de la population canadienne.
- Les peines minimales obligatoires prévues dans le *Code criminel du Canada* ont des effets disproportionnés sur les femmes autochtones et exacerbent les traumatismes existants et la victimisation, empêchant ainsi la guérison de la communauté.

3. CONCLUSION

Les professionnels du droit auront de nombreuses occasions de contribuer à la mise en œuvre des 25 appels à la justice s’adressant au secteur de la justice. La première chose à garder à l’esprit est qu’il faut toujours commencer par écouter les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQIA+ autochtones pour comprendre ce qui leur fait du mal et ce qui pourrait améliorer leur sécurité. L’importance des solutions proposées par les femmes, en tant qu’expertes de leur propre vie, ne peut pas et ne doit pas être minimisée. L’Enquête nationale sur les FFADA a clairement indiqué que les relations sont essentielles à la fois pour comprendre les causes de la violence et pour apporter des changements afin de mettre fin à la violence dans la vie des femmes, des filles et des personnes 2ELGBTQQIA+ autochtones. Les commissaires ont déclaré qu’une « nouvelle vision des relations permettra d’éliminer les situations

quotidiennes où des personnes, des institutions, des systèmes et des structures compromettent la sécurité ». Ces relations doivent comprendre les relations avec la communauté juridique et les professionnels du droit en particulier.

4. RESSOURCES

4.1 Rapports, littérature et ouvrages savants

- Rapport sur les FFADA et appels à la justice
 - Rapport final : <https://www.mmiwg-ffada.ca/fr/final-report/>
 - Appels à la justice : <https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Calls-Web-Version-FR.docx>
- Rapport de la CVR et appels à l'action
 - Rapport : [Rapports - NCTR](#)
 - Appels à l'action : [Rapports - NCTR](#)
- Plan d'action national : Voie urbaine vers la récupération du pouvoir et de la place, peu importe le lieu de résidence (en anglais seulement) : https://mmiwg2splus-nationalactionplan.ca/wp-content/uploads/2021/06/NAP-Urban-Framework_EN.pdf
- « Document d'information - Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées » (2019) Gouvernement du Canada : <https://www.canada.ca/fr/femmes-egalite-genres/nouvelles/2019/06/document-dinformation--enquete-nationale-sur-les-femmes-et-les-filles-autochtones-disparues-et-assassinees.html>
- Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, « Réclamer notre pouvoir et notre place : Sommaire » (2019) : <https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Le-sommaire.pdf>
- Maham Abedi, « Why 'Genocide' Was Used in the MMIWG Report », Global News (4 juin 2019) : <https://globalnews.ca/news/5350772/genocide-canada-mmiwg/>
- Rhiannon Johnson, "Ontario releases Pathways to Safety plan in response to MMIWG inquiry", CBC News (27 mai 2021) : <https://www.cbc.ca/news/indigenous/ontario-strategy-response-mmiwg-inquiry-1.6043368>

- Parcours vers la sécurité : Stratégie de l'Ontario en réponse au rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées [Parcours vers la sécurité : Stratégie de l'Ontario en réponse au rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées](#)
- Saskatchewan Response to the national Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls : <https://www.saskatchewan.ca/government/news-and-media/2021/june/03/saskatchewan-response-to-the-national-inquiry-into-missing-and-murdered-indigenous-women-and-girls>
- A Path Forward: Priorities and Early Strategies for BC | June 2021 Status Update (gov.bc.ca): <https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/law-crime-andjustice/about-bc-justice-system/inquiries/mmiw/mmiwg-status-update.pdf>

4.2 Développement des compétences et autres ressources

- Répertoire de l'Association nationale des centres d'amitié : <https://nafc.ca/resources/justice?lang=fr>
- Série de livrets pour les personnes qui travaillent avec des Autochtones :
 - Foundational Knowledge
 - Family Health Resources
 - Your Rights as a Victim
 - Police Interactions
 - Navigating the Media
 - Legal Processes for Victims and Families
 - A Guide for Supporters
 - Resources & Relevant Legislation
 - https://drive.google.com/drive/folders/1_4OeD0eFAmeYgzyctqqKoCpNheChyIU7
- Nouveaux débuts, ressource électronique de l'Association nationale des centres d'amitié : <https://newjourneys.ca/fr>

CHAPITRE 4 : LA LOI SUR LA DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES

1. OBJET DU CHAPITRE

Le Guide original aborde la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (Déclaration des Nations Unies/DNUDPA) et mentionne que le Canada y a adhéré lors de l'Assemblée générale des Nations Unies de 2016. Depuis la publication du Guide, le Canada a pris l'initiative de déposer et d'adopter la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* afin d'officialiser le fait que les principes énoncés dans la DNUDPA s'appliquent à la législation fédérale. La *Loi sur la DNUDPA* exige en outre que le gouvernement du Canada prenne toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les lois du Canada respectent la DNUDPA. Cette Loi a le potentiel de transformer le passé colonialiste et de fournir un cadre qui permettra à une nouvelle relation de voir le jour. En raison de ce potentiel, le présent chapitre se veut une invitation pour les professionnelles et professionnels du droit à écouter, à apprendre à connaître et à défendre leurs clients autochtones en interprétant et en contestant de manière proactive les lois et les politiques fédérales existantes qui minent la mise en œuvre des principes énoncés dans la DNUDPA.

Ce chapitre aidera les avocats à comprendre le cadre sur lequel repose la nouvelle législation fédérale et à mieux soutenir la transformation des domaines du droit qui ne s'arriment pas avec les principes énoncés dans la DNUDPA.

2. INTRODUCTION

Le 21 juin 2021, la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (Loi sur la DNUDPA)*, aussi connue comme le projet de loi C-15, a reçu la sanction royale et est entrée en vigueur¹. La *Loi sur la DNUDPA* est la première grande initiative prise par le Canada pour s'assurer que les lois fédérales reflètent les normes énoncées dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et pour affirmer que la DNUDPA s'applique au Canada.

¹ Ministère de la Justice du Canada, « *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* » (10 décembre 2021) en ligne : *Gouvernement du Canada* <<https://www.justice.gc.ca/fra/declaration/apropos-about.html>>.

La *Loi sur la DNUDPA*, qui se compose d'un préambule et de sept sections, exige que le gouvernement du Canada consulte les peuples autochtones et travaille en coopération avec eux aux fins suivantes :

- Prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les lois du Canada sont conformes à la Déclaration (article 5).
- Élaborer et mettre en œuvre un plan d'action pour réaliser les objectifs de la Déclaration. [Traduction] « Les objectifs de la Déclaration sont vastes. Entre autres, elle vise à mettre fin au racisme, aux préjugés et à la discrimination dans toute la société, et à assurer le respect de normes minimales pour assurer la survie, la dignité et le bien-être des peuples autochtones. » Le plan d'action doit être établi dans les trois ans suivant l'adoption de la Loi et doit prévoir des mesures de reddition de comptes (article 6).
- Déposer un rapport annuel au Parlement faisant état des progrès réalisés en ce qui concerne l'harmonisation des lois fédérales et le plan d'action (article 7)².

La *Loi sur la DNUDPA* a été adoptée après des années de pression sur le gouvernement canadien pour que la Déclaration des Nations Unies soit intégrée aux lois canadiennes. Par exemple, l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées demandait au gouvernement de mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies afin de fournir une réponse fondée sur les droits à l'horrible violence perpétrée contre les femmes, les filles et les personnes bispirituelles des Premières Nations³.

De même, l'objectif de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada (CVR) tel qu'il est formulé dans ses appels à l'action est indissociable de la Déclaration des Nations Unies. En effet, dans le rapport final de la CVR, l'appel à l'action 43 indique ce qui suit :

Nous demandons aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux de même qu'aux administrations municipales d'adopter et de mettre en œuvre la

² Université de la Colombie-Britannique, « Implementing The United Nations Declaration On The Rights Of Indigenous Peoples Through Federal Government Legislation » (février 2021) en ligne : Indian Residential School History and Dialogue Center <https://irshdc.ubc.ca/files/2021/02/UNDRIP-Feb2021_SummaryReport_FINAL.pdf> [IRSHDC].

³ Assemblée des Premières Nations, « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones » (2021) en ligne : Assemblée des Premières Nations <<https://www.afn.ca/fr/mise-en-oeuvre-de-la-declaration-des-nations-unies-sur-les-droits-des-peuples-autochtones/>> [APN].

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dans le cadre de la réconciliation⁴.

Il importe de noter que la *Loi sur la DNUDPA* ne crée pas de nouveaux droits, pas plus qu'elle ne supprime, ne diminue ou ne redéfinit des droits. Comme l'a déclaré l'Assemblée des Premières Nations, la Loi vise à prendre des mesures qui auraient dû être prises depuis longtemps pour reconnaître et faire respecter les droits que les Premières Nations possèdent déjà⁵.

3. LE PRÉAMBULE

Le préambule de la *Loi sur la DNUDPA* est très significatif. Le préambule oblige le gouvernement du Canada à reconnaître « que les relations avec les peuples autochtones doivent être fondées sur la reconnaissance et la mise en œuvre du droit inhérent à l'autodétermination, y compris le droit à l'autonomie gouvernementale. »⁶

De plus, le préambule enchâsse dans la Loi un processus continu de mise en œuvre qui doit se poursuivre indépendamment de tout changement de gouvernement. Les avocats devraient lire le préambule et prendre connaissance des changements que le législateur souhaite susciter et des engagements pris.

Comme l'a fait remarquer l'Assemblée des Premières Nations, les préambules de la *Loi sur la DNUDPA* et de la Déclaration des Nations Unies affirment clairement que le Canada doit :

⁴ Centre canadien de politiques alternatives, « True, Lasting Reconciliation: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in British Columbia law, policy and practices » (2018), p 11, en ligne (PDF) : <https://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/BC%20Office/2018/11/CCPA-BC_UBCIC_TrueLastingReconciliation_full_181126.pdf> [CCPA].

⁵ Centre canadien de politiques alternatives, « True, Lasting Reconciliation: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in British Columbia law, policy and practices » (2018), p 11, en ligne (PDF) : <https://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/BC%20Office/2018/11/CCPA-BC_UBCIC_TrueLastingReconciliation_full_181126.pdf> [CCPA].

⁶ Université de la Colombie-Britannique, « A Commentary on Federal Government's Legislation to Implement the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » (mars 2020) en ligne : Indian Residential School History and Dialogue Center <https://irshdc.ubc.ca/files/2021/01/UNDRIPArticle7_CommentaryFedGovt_FINAL.pdf> [UBC Report].

... [mettre] fin à toutes les approches coloniales en ce qui concerne les droits des peuples autochtones, y compris les droits issus de traités. Les doctrines de supériorité, notamment celles de la « découverte » et de la *terra nullius*, sont abandonnées sans équivoque. Cela constitue une renonciation claire à toutes les approches précédentes de cette nature dans les lois et les politiques du Canada. Le statut du projet de loi C-15 comme lorgnette de décolonisation face aux lois et politiques discriminatoires est garanti par le préambule, qui s'appuie sur la Déclaration des Nations Unies⁷.

Comme le prévoit le préambule de la Loi, les avocats qui travaillent avec des clients autochtones pour contester des lois et des politiques discriminatoires doivent le faire dans une optique de décolonisation et avec l'intention de favoriser la réconciliation.

4. LE PLAN D'ACTION

Comme indiqué ci-dessus, la Loi exige que le gouvernement du Canada travaille avec les peuples autochtones pour élaborer un plan d'action national, lequel doit être achevé dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur de la Loi. Le plan d'action doit prévoir :

- des mesures pour lutter contre les injustices, combattre les préjugés et éliminer toute forme de violence, de racisme et de discrimination, y compris le racisme et la discrimination systémiques ;
- des mesures pour promouvoir le respect et la compréhension mutuels et de bonnes relations, notamment grâce à de la formation sur les droits de la personne ;
- des mesures de contrôle ou de surveillance, des voies de recours, des mesures de réparation ou d'autres mesures de reddition de comptes en lien avec la mise en œuvre de la Déclaration⁸.

⁷ Assemblée des Premières Nations, « Projet de loi C-15 — Importance juridique du préambule » (24 janvier 2021) en ligne : Assemblée des Premières Nations <https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2021/01/C-15_Preamble_FRE-1.pdf> ; Institut Macdonald-Laurier, « Understanding UNDRIP » (26 mai 2021), à 12:28, en ligne (vidéo) : Youtube <https://www.youtube.com/watch?v=HmEd48lzcGk&t=2479s&ab_channel=TheMacdonald-LaurierInstitute>.

⁸ Ministère de la Justice Canada, « Le projet de loi visant à mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones est adopté » (22 juin 2021) en ligne : Gouvernement du Canada : <<https://www.canada.ca/fr/ministere-justice/nouvelles/2021/06/le-projet-de-loi-visant-a-mettre-en-uvre-la-declaration-des-nations-unies-sur-les-droits-des-peuples-autochtones-est-adopte.html>>.

Les professionnels du droit devraient commencer à réfléchir à la manière dont ils interprètent les lois existantes et aux arguments qu'ils avancent pour s'assurer de travailler dans le sens des objectifs du plan d'action à venir.

5. LES LIMITES DE LA LOI SUR LA DNUDPA

L'adoption de la *Loi sur la DNUDPA* reflète une volonté politique de mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies dans la législation canadienne. Cela se veut un point de départ vers la réconciliation⁹.

Bien que la Loi puisse générer des occasions de faire avancer la réconciliation et les droits des Autochtones, elle pourrait aussi saper la souveraineté et l'autodétermination des peuples autochtones si elle est mise en œuvre de façon vague, peu sincère ou sans la réelle participation des dirigeants autochtones. Par exemple, les principaux articles de la Loi reprennent l'interprétation donnée en common law aux par. 35(1) et 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, laquelle se fonde fortement sur la doctrine coloniale de la découverte, doctrine invoquée pour s'arroger le droit de dépouiller les peuples autochtones de leurs terres et droits territoriaux¹⁰.

Les dispositions interprétatives de la Loi précisent que le terme « peuples autochtones », tel qu'il est utilisé dans la Loi, a la même signification que celle qui lui est donnée à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, c'est-à-dire qu'il s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada. Le par. 2(2) des dispositions interprétatives indique également :

La présente loi maintient les droits des peuples autochtones reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ; elle n'y porte pas atteinte.

Il est important que les professionnels du droit comprennent que cette clause de non-dérogation signifie que la *Loi sur la DNUDPA* doit être appliquée de sorte à faire respecter les droits reconnus et affirmés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de*

⁹ John Borrows et coll., *Braiding Legal Orders Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Waterloo: Centre for International Governance Innovation, 2019), p 127 [Borrows].

¹⁰ Gordon Christie, *Implementation of UNDRIP with Canadian and Indigenous Law, Assessing Challenges, UNDRIP Implementation More Reflections on the Braiding of International, Domestic and Indigenous Laws* (Waterloo : Centre for International Governance Innovation, 2018), p 25.

1982, avec tous les risques qui sont inhérents à cette structure¹¹. Puisque la *Loi sur la DNUDPA* n'agit pas en parallèle avec l'article 35, mais lui est plutôt assujettie, les instances judiciaires continueront d'être jugées selon la jurisprudence existante pour l'article 35, ce qui a historiquement eu d'importantes ramifications sur la vie quotidienne des personnes, des peuples et des nations autochtones, notamment :

- en imposant la souveraineté de la Couronne sur les peuples autochtones, portant ainsi atteinte à leur droit à l'autonomie gouvernementale ;
- en faisant fi des lois et des traditions juridiques autochtones ;
- en statuant que la Couronne possède le « titre de propriété ultime » sur les terres ;
- en imposant aux peuples et aux nations autochtones le fardeau de prouver qu'ils sont titulaires des droits revendiqués ;
- en donnant la possibilité à la Couronne de porter atteinte aux droits des peuples autochtones en invoquant le « critère de Sparrow », lequel autorise les atteintes aux droits des Autochtones dans diverses circonstances ;
- en érodant l'obligation de consultation et d'accommodement en le reléguant au rang de droit procédural qui peut être revu selon les principes du droit administratif ;
- en énonçant le critère de Sparrow, lequel continuera de s'appliquer à toutes les affaires liées à l'article 35¹².

Seul le temps nous dira si le maintien du statu quo aura pour effet de réprimer les droits des Autochtones au lieu de les faire avancer. À ce titre, des experts ont fait remarquer que le véritable potentiel de la *Loi sur la DNUDPA* ne pourra être réalisé que si la Loi est mise en œuvre en tenant compte des conseils des dirigeants et des communautés autochtones. La *Loi sur la DNUDPA* risque d'engendrer des préjudices systémiques contre les communautés autochtones si la consultation et la collaboration exhaustives ne font pas partie de sa mise en œuvre¹³.

¹¹ Grand conseil des Cris, « Passage of national UN Declaration Implementation Act a milestone for Indigenous rights and reconciliation | June 17, 2021 » (17 juin 2021) en ligne (PDF) : Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) / Cree Nation Government <<https://www.cngov.ca/news-issues/current-issues/undrip-and-bill-c-15/>> [*Grand conseil*].

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

6. LE CAS DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Le 28 novembre 2019, l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique a adopté la *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act* (DRIA Act). Cette loi comprend 10 articles et une annexe (le texte de la déclaration)¹⁴. La DRIA Act a trois principaux objectifs : affirmer que la déclaration s'applique aux lois de la Colombie-Britannique ; soutenir la mise en œuvre de la déclaration ; et favoriser l'établissement et le développement de relations avec les organes directeurs autochtones¹⁵. La loi exige que la province harmonise toutes ses lois provinciales avec la DNUDPA, que toutes les nouvelles lois soient évaluées à la lumière de la DNUDPA et qu'un plan d'action soit élaboré pour atteindre les objectifs de la DNUDPA, avec des rapports publics annuels pour surveiller les progrès et assurer la reddition de comptes.

Une première version du plan d'action a été élaborée après une année de consultation avec les peuples autochtones. Il a été publié en juin 2021 afin de recueillir d'autres commentaires. Le plan d'action final devrait être publié en 2022¹⁶. La loi établit également la Déclaration des Nations Unies comme cadre de réconciliation de la province, comme le demandait la CVR¹⁷.

Bien que la Colombie-Britannique ait été la première province canadienne à adopter une loi prévoyant l'harmonisation de ses lois provinciales à la Déclaration des Nations Unies, de nombreuses personnes ont fait remarquer que la Colombie-Britannique n'a pas réussi à mettre en œuvre les principes de la Déclaration des

¹⁴ BC Gov News, Communiqué « Province Introduces Legislation to Uphold Indigenous Rights », (17 novembre 2021), en ligne : BC Gov News <<https://news.gov.bc.ca/releases/2021AG0073-002191>> [BC Gov News]. Eugene Kung, « Bill 41: A new law to uphold Indigenous rights in BC », West Coast Environmental Law (13 novembre 2019) en ligne : < <https://www.wcel.org/blog/bill-41-new-law-uphold-indigenous-rights-in-bc>> [projet de loi 41].

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Corrine Tansowny, « An UNDRIP in the Bucket? The Potential Impact of BC's Adoption of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People » (7 février 2020) en ligne : *McGill Journal of Sustainable Development Law* (MJSDL) <<https://www.mjsdl.com/content/an-undrip-in-the-bucket-the-potential-impact-of-bcs-adoption-of-the-united-nations-declaration-on-the-rights-of-indigenous-people>> [Tansowny]; Judith Sayers, « A Historic Day for BC First Nations. Now the Work Starts: UNDRIP starts us on a journey, but without work, co-operation and shared vision we will be lost. » (2019) 204 *BC Studies*, 11 [Sayers].

Nations Unies et estiment que la DRIA Act a une valeur symbolique et manque de substance¹⁸.

En effet, cette loi est en vigueur depuis déjà deux ans et, malgré ses promesses, seule une disposition dans une seule loi de la C.-B. a été modifiée et seulement deux modifications ont récemment été proposées¹⁹. Le projet de loi 18 déposé en novembre 2021 propose d'ajouter l'identité autochtone aux motifs de discrimination interdits dans le code des droits de la personne de la C.-B. Le projet de loi 29 propose quant à lui de modifier la *Interpretation Act* afin de clarifier que toutes les lois provinciales affirment et reconnaissent les droits conférés aux Autochtones au titre de l'article 35 de la Constitution canadienne et ne les diminuent pas²⁰.

De plus, l'un des principes clés de la Déclaration des Nations Unies est le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC)²¹, selon lequel les peuples autochtones doivent avoir l'occasion de participer efficacement et de façon significative aux décisions qui les concernent, et qui concernent leurs communautés et leurs territoires. Or, ce principe n'a pas été respecté lors des récents événements liés au territoire de la nation Wet'suwet'en. Bien que les chefs et conseils élus du territoire Wet'suwet'en aient signé des accords avec les provinces et les promoteurs en faveur du pipeline Coastal GasLink, les chefs héréditaires maintiennent qu'ils n'ont jamais donné leur assentiment au projet²². Malgré cela, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a accordé à la société une injonction contre les opposants au pipeline. Bien qu'elle reconnaisse clairement l'importance du CPLCC, la DRIA Act n'a été d'aucune aide pour les chefs héréditaires Wet'suwet'en.

¹⁸ Raymond O. Frogner, « The train from Dunvegan: implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) in public archives in Canada » (2021) 22:2 Archival Science, p 9 [Frogner].

¹⁹ Matt Simmons, « Two years after B.C. passed its landmark Indigenous Rights act, has anything changed? » *The Narwhal* (13 décembre 2021) en ligne : <<https://thenarwhal.ca/bc-undrip-two-years/>> [Simmons].

²⁰ *Ibid.*

²¹ Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture, « Le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause : Un droit des peuples autochtones et une bonne pratique pour les communautés locales » (14 octobre 2016) en ligne : Nations Unies <<https://www.fao.org/3/I6190FR/i6190fr.pdf>>.

²² Matt Simmons, « Two years after B.C. passed its landmark Indigenous Rights act, has anything changed? » *The Narwhal* (13 décembre 2021) en ligne : <<https://thenarwhal.ca/bc-undrip-two-years/>> [Simmons].

Pour contribuer à la mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies, les avocats doivent donc être conscients des échecs cuisants de la DRIA Act et savoir comment consulter de façon significative les peuples autochtones afin d'éviter de reproduire ces atteintes. Si l'on veut réellement respecter le principe du CPLCC, les processus doivent être exempts de manipulation ou de coercition, se fonder sur des renseignements suffisants et fournis en temps voulu, et avoir lieu suffisamment en amont de la prise de décision afin que les droits et intérêts des peuples autochtones puissent être véritablement pris en compte dans le processus décisionnel — le but ultime étant d'obtenir le consentement éclairé des peuples autochtones concernés²³.

En raison de l'héritage des lois, des politiques et des pratiques coloniales au Canada, les peuples autochtones considèrent avec une profonde méfiance les mesures prises par le gouvernement. Il est donc important que les professionnels du droit prennent des mesures significatives et concertées pour tisser un lien de confiance et tracer la voie. Pour réaliser les objectifs de la *Loi sur la DNUDPA*, il est impératif que les peuples autochtones participent au processus de mise en œuvre et de consultation — ce n'est pas au gouvernement de déterminer unilatéralement si les objectifs ont été atteints²⁴.

7. QUE SIGNIFIE LA LOI SUR LA DNUDPA POUR LES PROFESSIONNELS DU DROIT?

Comme l'indique la *Loi sur la DNUDPA* dans son préambule : « la mise en œuvre de la Déclaration doit comporter notamment des mesures concrètes visant à lutter contre les injustices, à combattre les préjugés et à éliminer toute forme de violence, de racisme et de discrimination, notamment le racisme et la discrimination systémiques, auxquels se heurtent les peuples autochtones, ainsi que les aînés, les jeunes, les enfants, les femmes et les hommes autochtones, les Autochtones handicapés et les Autochtones de diverses identités de genre ou bispirituels »²⁵. Ce

²³ Roshan Danesh, « Confronting Myths About Indigenous Consent », (octobre 2019) en ligne : *Indian Residential School History and Dialogue Centre* <<https://irshdc.ubc.ca/2019/10/22/editorial-confronting-myths-about-indigenous-consent/?fbclid=IwAR1KwrFVGKNz7QGPOKgcQMFC7kP9TzcgkD5INYJg1ZWmN2XNux75o6rcKL4>>.

²⁴ Université de la Colombie-Britannique, « Implementing The United Nations Declaration On The Rights Of Indigenous Peoples Through Federal Government Legislation » (février 2021) en ligne : *Indian Residential School History and Dialogue Center* <https://irshdc.ubc.ca/files/2021/02/UNDRIP-Feb2021_SummaryReport_FINAL.pdf > [IRSHDC].

²⁵ Université de la Colombie-Britannique, « A Commentary on Federal Government's Legislation to Implement the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (mars 2020) en ligne : *Indian Residential School History and Dialogue Center*. <https://irshdc.ubc.ca/files/2021/01/UNDRIPArticle7_CommentaryFedGovt_FINAL.pdf> [UBC Report].

principe est d'autant plus important que la Déclaration des Nations Unies désigne une multitude de droits en tant que droits collectifs généraux des communautés autochtones et s'applique à plusieurs domaines de pratique.

Par exemple, le 1^{er} janvier 2020, le gouvernement du Canada a élaboré, en consultation avec les peuples autochtones, les provinces et les territoires, la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, également connue comme le projet de loi C-92. Cette Loi est la première à reconnaître la compétence inhérente des peuples autochtones en matière de services à l'enfance et à la famille et à affirmer que cette compétence fait partie des droits des peuples autochtones du Canada (article 35)²⁶. La Loi confirme ainsi l'engagement du Canada à mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies et à reconnaître la compétence des peuples autochtones en matière de services à l'enfance et à la famille dans le cadre de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et à l'autodétermination²⁷. Il est important que les professionnels du droit comprennent comment la Déclaration des Nations Unies s'applique aux différents domaines de pratique.

De plus, la Déclaration des Nations Unies exige que les États consultent les peuples autochtones et travaillent avec eux de bonne foi avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives qui pourraient les concerner, et obtiennent leur CPLCC (article 19). Le CPLCC a une vaste portée qui s'applique (comme mentionné plus haut) à l'adoption de toute mesure législative ou administrative qui concerne les peuples autochtones (article 19); la réalisation de projets ayant des incidences sur leurs terres, territoires et ressources, notamment les projets miniers et l'utilisation ou l'exploitation de tout autre type de ressource (article 32); la réinstallation des peuples autochtones ailleurs que sur leurs terres ou territoires (article 10); et le stockage ou le déchargement de matières dangereuses sur les terres ou territoires des peuples autochtones (article 29)²⁸. Les professionnels du droit sont encouragés à examiner d'un œil critique les lois, les politiques et les

²⁶ Lac Seul, « Bill C-92 An Act Respecting First Nations, Inuit and Metis Children, Youth and Families » (2021) en ligne : Lac Seul First Nations < <https://lacseulfn.org/departments/bill-c-92/>> [Seul].

²⁷ Koren Lightning-Earle et coll., « Bill C-92 Compliance Guide for Social Workers and Service Providers » (2020) p. 2, en ligne PDF: Wahkohtown Law and Governance Lodge <<https://www.ualberta.ca/wahkohtowin/media-library/data-lists-pdfs/bill-c-92-compliance-guide-for-social-workers-and-service-providers.pdf>>.

²⁸ Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, « Consultation et consentement préalable, libre et éclairé » (Septembre 2013), en ligne (pdf anglais) au <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IPeoples/FreePriorandInformedConsent.pdf>>.

mesures, afin de déterminer si elles sont conformes ou non aux articles susmentionnés.

Les professionnels du droit devraient faire appel à des experts et à des ressources autochtones pour s'assurer d'appliquer adéquatement la Déclaration des Nations Unies — tant pour assurer la survie, la dignité et le bien-être des peuples autochtones du monde, que pour susciter des changements tangibles et des résultats durables pour les peuples autochtones. Afin de réaliser le potentiel de la *Loi sur la DNUDPA* et de faire progresser les normes affirmées dans la Déclaration des Nations Unies, ainsi que la souveraineté et l'autodétermination des peuples autochtones, les professionnels qui travaillent avec des clients autochtones doivent observer et poser des questions, et obtenir les conseils d'experts des ordres juridiques autochtones ou d'autres avocats expérimentés.

Pour travailler avec des clients autochtones, les avocats doivent posséder des compétences particulières. Il n'est donc pas suffisant de consulter rapidement des experts autochtones ou de simplement lire la *Loi sur la DNUDPA*. Il est impératif de comprendre l'historique culturel, le passé et les nuances de l'identité autochtone lorsque vous travaillez avec des clients sur des affaires qui concernent les terres et les ressources (foresterie, mines, énergie, etc.), les services à l'enfance et à la famille, la protection de l'environnement, le logement, le développement social, l'administration de la justice, les soins de santé, l'éducation, l'agriculture, le patrimoine, le travail et le développement des compétences, les services d'urgence, etc.

Comme l'a déclaré Ellen Gabriel, la *Loi sur la DNUDPA* : [Traduction] « présente [malgré son assujettissement à l'article 35 de la Constitution] une occasion de créer un dialogue ouvert avec tous les titulaires de droits, y compris les gouvernements traditionnels, chose qui fait cruellement défaut dans la relation déséquilibrée que le Canada entretient aujourd'hui avec les Autochtones »²⁹.

Dans la *Loi sur la DNUDPA*, le gouvernement s'engage à entreprendre un examen de ses lois et politiques afin de déconstruire les façons dont les lois ont été appliquées de manière préjudiciable et violente contre les communautés autochtones. Dans le cadre de ce cheminement vers la décolonisation, les avocats doivent établir des

²⁹ Grand conseil des Cris, « Passage of national UN Declaration Implementation Act a milestone for Indigenous rights and reconciliation | June 17, 2021 » (17 juin 2021) en ligne (PDF) : *Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) / Cree Nation Government* <<https://www.cngov.ca/news-issues/current-issues/undrip-and-bill-c-15/>> [Grand conseil].

pratiques sages et réfléchies, et faire preuve de créativité, d'humilité, de zèle et, surtout, d'un sens profond de la responsabilité et de la réciprocité.

Dans une telle optique, la Loi peut être vue comme une invitation pour les avocats à contester de façon proactive les politiques et les lois existantes qui entravent la pleine mise en œuvre des articles de la Déclaration des Nations Unies qui appellent à l'autodétermination et à l'autonomie des peuples autochtones. Le tableau ci-dessous présente des exemples de questions auxquelles les praticiens pourraient réfléchir ou qu'ils pourraient explorer avec leurs clients autochtones afin de concilier la réforme des lois et des politiques avec la libération des peuples autochtones.

Articles ³⁰	Questions à poser
<p>Article 3 : Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cette loi, politique ou mesure fait-elle progresser le droit des peuples autochtones à l'autodétermination ou à l'autonomie gouvernementale? • Cette loi, politique ou mesure réduit-elle les possibilités ou la capacité des peuples autochtones à réaliser leurs droits à l'autonomie gouvernementale ou à l'autodétermination? • En quoi, le cas échéant, cette loi, politique ou mesure a-t-elle une incidence sur le droit à l'autodétermination ou à l'autonomie gouvernementale? • Cette loi, politique ou mesure soutient-elle l'autodétermination ou l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones de façon significative pour les ordres juridiques autochtones? Si oui, comment?
<p>Paragraphe 7(2) : Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts et ne font l'objet d'aucun acte de génocide</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cette loi, politique ou mesure fait-elle progresser le bien-être des peuples autochtones? • Cette loi, politique ou mesure réduit-elle les possibilités ou la capacité des peuples autochtones à assurer leur bien-être?

³⁰ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Affaires autochtones et du Nord Canada (9 mai 2016) en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/affaires-autochtones-nord.html>>.

<p>ou autre acte de violence, y compris le transfert forcé d'enfants autochtones d'un groupe à un autre.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cette loi, politique ou mesure mène-t-elle au transfert d'enfants et de familles autochtones? Quel est le contexte plus large dans lequel s'inscrit le transfert? • En quoi, le cas échéant, cette loi, politique ou mesure engendre-t-elle de la violence pour les familles et les enfants autochtones?
<p>Article 12(1) : Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer; et le droit au rapatriement de leurs restes humains.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cette loi, politique ou mesure fait-elle progresser la diffusion des connaissances, des enseignements ou de l'héritage des peuples autochtones? • Cette loi, politique ou mesure nuit-elle à la diffusion des connaissances, des enseignements ou de l'héritage des peuples autochtones? • En tant que praticien ou praticienne, suis-je familier(ère) avec les coutumes culturelles, les traditions, les cérémonies, etc., de mes clients autochtones et est-ce que j'y porte attention?
<p>Article 18 : Les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles.</p> <p>Article 19 : Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés — par</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Votre ou vos clients ont-ils été consultés de manière significative et de bonne foi? Leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause a-t-il été obtenu? Comment a-t-il été obtenu? Quels groupes ont donné leur consentement? • La loi, la politique ou la mesure affirme-t-elle et respecte-t-elle le droit des peuples autochtones à participer à la prise de décision?

<p>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.</p>	
<p>Article 26(1) : Les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cette loi, politique ou mesure fait-elle progresser le droit des peuples autochtones aux terres, aux territoires et aux ressources? • Cette loi, politique ou mesure réduit-elle les possibilités ou les capacités des peuples autochtones à exercer leur droit aux terres, territoires et ressources?

8. DNUDPA : DÉCISIONS JUDICIAIRES

Puisque l'adoption de la *Loi sur la DNUDPA* est encore chose récente au Canada, la jurisprudence dans ce domaine est en train de se constituer. Nous abordons ci-dessous quelques affaires dans lesquelles les tribunaux se sont penchés sur la Déclaration des Nations Unies et ses effets.

8.1 *R v Francis-Simms*³¹

Dans l'affaire *Francis-Simms*, l'accusé avait été inculpé pour plusieurs infractions liées à la drogue. Lors de son procès, l'accusé a présenté un rapport Gladue et a participé à un cercle de détermination de la peine qui ont fait ressortir une foule d'informations sur son vécu, son identité autochtone, son histoire familiale et son éducation. Après s'être penchée sur la façon d'appliquer les principes Gladue à cette affaire, la juge Shamai a statué que, pour appliquer concrètement la justice réparatrice, les tribunaux doivent tenir compte de ce qu'ils tentent de réparer, de ce qu'ils tentent de ramener à l'harmonie. Afin de trouver réponse à ces questions, la

³¹ *R. v Francis-Simms*, 2017 ONCJ 402 para 47, [*Francis-Simms*].

juge Shamai s'est tournée vers les articles 5 et 11 de la Déclaration des Nations Unies, et a déclaré que ces articles fournissaient un cadre pour l'application de la justice réparatrice dans le cas de M. Francis-Simms.

La façon dont la juge Shamai a tenu compte de la Déclaration des Nations Unies dans son analyse est instructive pour tous les professionnels du droit qui travaillent avec des clients autochtones. La juge Shamai a entre autres statué ce qui suit :

[Traduction] La justice réparatrice entre en jeu à plusieurs égards dans cette affaire : nous rendons à sa famille sa dignité, en donnant une voix et une dignité à leur héritage en tant qu'Autochtones. Le témoignage de Grand-mère Dorothy a vraiment fait ressortir que le dépouillement de l'identité culturelle est une conséquence systémique des anciennes politiques du gouvernement du Canada, de la colonisation. Les articles 5 et 11 de la DNUDPA s'efforcent de redresser ces torts. Le tribunal peut reconnaître ces torts et déterminer comment les réparer, dans ce cas. Les répercussions de ces politiques, notamment la honte ressentie à l'égard de son identité et l'éradication des pratiques culturelles, se sont fait sentir sur trois générations, en l'espèce. [...] En imposant une sentence qui reconnaît cet engagement et cette prise de responsabilité personnelle, nous donnons voix au processus de guérison d'un individu en recourant à des ressources autochtones, et à un processus de justice qui tient compte de la sagesse de la communauté autochtone et, dans une certaine mesure, des façons de faire de cette communauté. Au lieu de nier les répercussions dévastatrices de la colonisation, nous réfléchissons aux répercussions de cette colonisation qui a humilié et détruit les membres des Premières Nations, tant sur le plan physique que sur les plans psychologique et culturel. Dans un tel processus de détermination de la peine, nous reconnaissons la nécessité de rétablir les individus, les familles et les traditions en tant qu'acteurs sains et dynamiques de notre communauté canadienne collective. Cette perspective s'inscrit dans les engagements pris par le Canada lorsqu'il a adhéré à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, et donne corps au principe de la justice réparatrice³².

Comme la juge Shamai l'indique dans ses motifs : [Traduction] « la DNUDPA énumère les aspects de l'engagement du Canada à rétablir les peuples et personnes autochtones dans l'état que tout citoyen est fondé à s'attendre, particulièrement les Autochtones qui ont été soumis à la colonisation »³³.

³²*Ibid.* au para 48.

³³*Ibid.* au para 52.

8.2 Nunatukavut Community Council Inc. c Canada (Procureur général)³⁴

Dans *Nunatukavut Community Council Inc. c Canada (Procureur général)*, qui était une demande de contrôle judiciaire, les demandeurs contestaient la décision du ministre des Pêches et des Océans d'autoriser Nalcor Energy à construire la centrale hydroélectrique de Muskrat Falls. Le NCC soutenait que l'obligation de consulter et d'accommoder devait être interprétée à la lumière de la DNUDPA et que les valeurs exprimées dans le droit international devaient, même si elles n'avaient pas force obligatoire, éclairer l'interprétation des lois internes.

La Cour a donné raison au NCC et a statué que, lorsqu'il est possible d'attribuer plus d'un sens à une disposition d'une loi interne, il faut privilégier l'interprétation qui est conforme aux ententes internationales signées par le Canada³⁵.

8.3 Thomas and Saik'uz First Nation v Rio Tinto Alcan Inc.³⁶

Cette affaire portait sur la question de savoir si les droits des peuples autochtones pouvaient fonder une action pour délit de nuisance contre des entités privées non gouvernementales. La Cour a statué que les Premières Nations avaient démontré leur droit ancestral de pratiquer la pêche. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a examiné comment la *Loi sur la DNUDPA* peut compléter, améliorer et modifier la jurisprudence existante en ce qui concerne les droits des peuples autochtones et la réconciliation.

La Cour a reconnu que les cours supérieures allaient devoir clarifier les effets en common law de la législation relative à la DNUDPA, car il existe certains conflits entre les deux. Cependant, la Cour a en quelque sorte laissé entendre que, dans certains cas, la DNUDPA peut être préférable à la common law existante³⁷. Au fil de son analyse, la Cour a mentionné comment la DNUDPA pourrait commencer à éclairer et à changer la jurisprudence existante :

³⁴ *Nunatukavut Community Council Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 981, [2015] ACF No 969 (QL) [NCC].

³⁵ *Ibid.* au para 103.

³⁶ *Thomas and Saik'uz First Nation v Rio Tinto Alcan Inc.*, 2022 BCSC 15 [Thomas].

³⁷ *Ibid.* au para 206.

[Traduction] « Même si [la législation relative à la DNUDPA] n'est qu'une simple déclaration d'intention, [...] elle appuie *une interprétation robuste des droits des peuples autochtones* »³⁸.

Cette décision a confirmé que les droits des Autochtones peuvent servir de fondement pour une action en délit de nuisance en common law contre des tiers privés et que, dans le futur, la législation relative à la DNUDPA aura une incidence sur les tribunaux canadiens, la Couronne, les peuples et les personnes autochtones, et la population du Canada³⁹.

9. MÉCANISMES INTERNATIONAUX DE PLAINTES

Partout au monde, les peuples et les personnes autochtones souffrent encore de la colonisation et de l'invasion de leurs territoires. Ils cherchent souvent à obtenir réparation en s'adressant à des tribunes internationales. Les Nations Unies ont deux tribunes consacrées aux peuples autochtones. L'Instance permanente sur les questions autochtones est un organe consultatif du Conseil économique et social dont le mandat est de discuter des questions autochtones liées au développement économique et social, à la culture, à l'environnement, à l'éducation, à la santé et aux droits de la personne. Il importe toutefois de noter que l'Instance permanente n'est pas un mécanisme de plainte. Le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones est un organe subsidiaire du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (CDH) qui fournit au CDH une expertise et des conseils sur les droits des peuples autochtones⁴⁰.

Il existe une procédure spéciale dont les peuples autochtones peuvent se prévaloir pour soumettre leurs préoccupations. Il s'agit du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones. Il est possible d'envoyer des communications au Rapporteur spécial au sujet des peuples autochtones d'un pays donné ou de l'inviter à visiter le pays. Cependant, il peut être nécessaire d'obtenir l'approbation du gouvernement en question.

³⁸ *Ibid.* au para 211.

³⁹ Arend J.A. Hoekstra, Grace Wu, Thomas Isaac, « Bcsc Decision Suggests Implications For Undrip Legislation In Canada », (18 janvier 2022) Cassels LLP, en ligne : <https://cassels.com/insights/bcsc-decision-suggests-implications-for-undrip-legislation-in-canada/> [Arend].

⁴⁰ Centre de documentation, de recherche et d'information des peuples autochtones, « Les peuples autochtones à l'UE » (dernière consultation en 2022), en ligne : <https://www.docip.org/fr/peuples-autochtones-a-lue/>.

10. RESSOURCES

10.1 Projet de loi C-41

- Le Narwhal a publié une analyse exhaustive de la *DRIA Act* :
<https://thenarwhal.ca/bc-undrip-two-years/>

10.2 Projet de loi C-15

- La School of Public Policy a publié une vidéo sur les répercussions du projet de loi C-15 lié à la DNUDPA
https://www.youtube.com/watch?v=O7uMLGZUD90&t=11s&ab_channel=TheSchoolofPublicPolicy
- Le balado *Warrior Life Podcast* a publié une vidéo sur YouTube et un épisode intitulés *Understanding UNDRIP & Bill C-15*
https://www.youtube.com/watch?v=VuWtRmGIrro&t=2198s&ab_channel=PamPalmater
- L'Assemblée des Premières Nations a préparé une série de guides sur le projet de loi C-15
 - https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2021/02/C-15_Discussion_FRE.pdf
 - https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2021/01/C-15_Backgrounder_FRE.pdf
 - https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2021/01/C-15_FAQ_FRE.pdf
 - https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2021/01/C-15_Preamble_FRE-1.pdf
- Projet de loi C-15
 - <https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2020/12/Bill-C-15-English-French.pdf>
- Le Indian Residential School History and Dialogue Center a publié une série de rapports sur le projet de loi C-15
 - https://irshdc.ubc.ca/files/2020/03/UNDRIP_Article1_Consistency.pdf

- https://irshdc.ubc.ca/files/2020/03/UNDRIP_Article3_InformedConsent.pdf
 - https://irshdc.ubc.ca/files/2020/03/UNDRIP_Article4_Conflict.pdf
 - https://irshdc.ubc.ca/files/2021/01/UNDRIPArticle7_CommentaryFedGovt_FINAL.pdf
 - https://irshdc.ubc.ca/files/2020/03/UNDRIP_Article2_GoverningBodies.pdf
 - https://irshdc.ubc.ca/files/2021/04/UNDRIP_Article8_AllMeasurements_FINAL.pdf
 - https://irshdc.ubc.ca/files/2021/02/UNDRIP-Feb2021_SummaryReport_FINAL.pdf
- Le 4 février 2021, le Indian Residential School History and Dialogue Center a organisé une table ronde sur le projet de loi C-15 du gouvernement du Canada
<https://www.youtube.com/watch?v=6hRitpe1mp4>

10.3 DNUDPA

- Vidéo de 46 représentants autochtones qui présentent une version courte de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : <https://vimeo.com/51598291>
- Brenda Gunn a publié un manuel d'introduction à la Déclaration des Nations Unies :
https://www.indigenousbar.ca/pdf/undrip_handbook.pdf

CHAPITRE 5 : L'ÉVOLUTION DE LA LÉGISLATION CONCERNANT LE BIENÊTRE DES ENFANTS AUTOCHTONES ET CE QUI EN A DÉCOULÉ

1. OBJET DU CHAPITRE

Les premiers des 94 appels à l'action formulés par la CVR en 2015 portent sur le bien-être des enfants. Les appel 1 à 5 exhortent tous les ordres de gouvernement à s'engager à réduire le nombre d'enfants autochtones pris en charge ; à préparer et à publier des rapports annuels sur le nombre d'enfants pris en charge ; à voir à la pleine mise en œuvre du principe de Jordan ; à mettre en place des dispositions législatives qui établissent des normes nationales en ce qui a trait aux cas de garde et de prise en charge des enfants autochtones ; et à élaborer des programmes d'éducation qui sont destinés aux parents et qui sont adaptés à la culture des familles autochtones.

La surreprésentation des enfants des Premières Nations dans le système de protection de l'enfance du Canada est un problème de longue date. Les politiques coloniales appliquées par les gouvernements colonisateurs européens ont perturbé les méthodes traditionnellement employées par les Premières Nations pour s'occuper de leurs enfants, y compris la vie et la structure familiale. Les études divisent l'historique de la protection de l'enfance au sein des Premières Nations du Canada en trois étapes : les pensionnats autochtones, la rafle des années 60 et la période contemporaine¹.

Le système de pensionnats autochtones mis en place par le Canada visait à assimiler les membres des Premières Nations à la société et à la culture occidentales. Après la création de la Confédération en 1867, il n'y avait qu'un petit nombre de pensionnats au Canada. Cependant, les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1894 ont rendu les pensionnats autochtones un passage obligatoire pour tous les enfants des Premières Nations. Le nombre de pensionnats a rapidement augmenté. Duncan Campbell Scott, qui était à l'époque le surintendant des affaires indiennes, a déclaré que l'objectif des pensionnats était de faire en sorte « qu'il n'y ait plus un seul Autochtone au Canada qui n'ait pas été assimilé dans le corps politique, qu'il n'y ait plus de question autochtone ni de ministère des Affaires indiennes ». Ce type

¹ Vandna Sinha et coll., « Understanding the Overrepresentation of First Nations Children in Canada's Child Welfare System » (2011), dans *Child Welfare : Connecting Research, Policy, and Practice*, 2^e éd. (Waterloo : Wilfrid Laurier University Press, 2011), p 307.

d'attitude raciste, conjuguée à un sous-financement chronique, a eu des répercussions de grande ampleur sur la santé et le bien-être social des Premières Nations. Les séquelles des pensionnats se font encore sentir aujourd'hui.

2. LE PRINCIPE DE JORDAN

L'appel à l'action 3 demande aux gouvernements de voir à la pleine mise en œuvre du principe de Jordan. Le principe de Jordan est un principe qui place l'intérêt de l'enfant en premier et qui prévoit que les enfants des Premières Nations ont le droit d'obtenir les services dont ils ont besoin, au moment où ils en ont besoin. Le principe porte le nom de Jordan River Anderson, un enfant de la Nation des Cris de Norway House, du Manitoba. Jordan est né avec des problèmes médicaux complexes. Il est mort à 5 ans à l'hôpital après y avoir inutilement passé toute sa vie pendant que le gouvernement provincial du Manitoba et le gouvernement fédéral se disputaient sur la question de savoir qui avait compétence, malgré le fait que Jordan avait été médicalement autorisé à recevoir des soins à domicile dès l'âge de 2 ans.

Selon le principe de Jordan, les enfants des Premières Nations doivent avoir accès aux services dont ils ont besoin et le *gouvernement contacté en premier* doit payer rapidement pour ces services.

En 2016, le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que le gouvernement canadien exerçait de la discrimination raciale à l'égard des enfants des Premières Nations, notamment parce qu'il n'avait pas pris les mesures requises pour assurer la mise en œuvre du principe de Jordan².

3. LES AFFAIRES SOUMISES PAR LA SOCIÉTÉ DE SOUTIEN À L'ENFANCE AU TRIBUNAL CANADIEN DES DROITS DE LA PERSONNE

Dans ces affaires, au lieu de recourir aux tribunaux, la Société de soutien à l'enfance a fait appel au droit administratif afin d'obtenir justice pour les communautés autochtones. Les approches novatrices adoptées par la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada (Société de soutien) et l'Assemblée des Premières Nations (APN), ainsi que les années de travail d'une poignée de professionnels du droit et de leurs équipes, méritent bien une étude de cas.

² *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al c Procureur général du Canada (représentant le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TCDP 2 [2016 TCDP 2]. Depuis cette décision, le TCDP a rendu d'autres ordonnances. Elles sont décrites sur le site Web de la Société de soutien à l'enfance.

Dans la plainte initialement soumise au Tribunal canadien des droits de la personne en 2007³, la Société de soutien faisait valoir que les services fournis aux enfants et aux familles des Premières Nations par le ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada étaient défailants et inéquitables, et donc discriminatoires⁴.

3.1 Instances judiciaires depuis 2016 (depuis la dernière édition du présent Guide)

En 2016, le Tribunal a statué que la plainte était fondée. Il restait à trancher la question des indemnités⁵. En 2019, le Tribunal a accordé une indemnité de 40 000 \$ à chaque personne touchée. Par ailleurs, l'indemnité maximale autorisée par la loi pour dédommager une personne qui a subi de la douleur et de la souffrance en raison d'un comportement discriminatoire est fixée à 20 000 \$, mais le Tribunal a ordonné un montant supplémentaire de 20 000 \$ en raison de la nature délibérée et irresponsable du comportement discriminatoire⁶.

Dans la décision *2016 TCDP 2*, le Tribunal s'est fondé sur les pouvoirs conférés par les alinéas 53(2)a) et 53(2)b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁷ pour ordonner à Affaires autochtones et Développement du Nord Canada (AADNC) de mettre fin à la pratique discriminatoire et de réformer le Programme des services à l'enfance et à la famille des Premières Nations (SEFPN) ainsi que l'entente de 1965⁸. Il a également ordonné à AADNC de cesser d'appliquer sa définition étroite du principe de Jordan et de prendre des mesures pour assurer la mise en œuvre immédiate du principe de Jordan en lui donnant sa pleine portée et tout son sens⁹.

³ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, chap. H-6 [*Loi canadienne sur les droits de la personne*]; Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada, « Information Sheet The Canadian Human Rights Tribunal on First Nations Child Welfare », (juillet 2014) en ligne (PDF) : Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada < <https://fncaringsociety.com/sites/default/files/CHRT%20info%20sheet%2014-07%20v3f.pdf> >

⁴ *Ibid.*

⁵ *2016 TCDP 2*, *supra* note 2 au para 456.

⁶ *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al c Procureur général du Canada (représentant le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2019 TCDP 39 aux para 245 à 257 [2019 TCDP 39].

⁷ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, chap. H-6, al 53(2)a) et al 53(2)b).

⁸ *2016 TCDP 2*, *supra* note 2 au para 481.

⁹ *Ibid.*

Après cette ordonnance, le Tribunal a dû déterminer à qui s'appliquait le principe de Jordan¹⁰.

Entre 2016 et 2018, le Tribunal a rendu un certain nombre d'ordonnances qui n'ont pas été mises en œuvre par le Canada¹¹. Dans la décision *2018 TCDP 4*, le Tribunal a rejeté l'argument du Canada voulant que le Tribunal n'ait pas compétence pour accorder des mesures de redressement touchant les politiques ou les dépenses publiques. Le Tribunal a clairement indiqué que, si le Canada voulait contester l'ordonnance, il devait procéder par voie de contrôle judiciaire, ce qui n'avait pas été fait¹². Le Tribunal a également déclaré qu'il allait de soi que ses ordonnances aient certaines incidences sur les politiques ou les fonds publics, puisque le Tribunal est investi d'un mandat de nature quasi constitutionnelle¹³. Le Tribunal a également fait remarquer que sa décision est légalement exécutoire et que le Canada est tenu d'y donner suite¹⁴.

Dans la décision *2020 TCDP 36*¹⁵, le Tribunal a précisé les limites du principe de Jordan dans cette affaire et les a élargies pour englober non seulement les enfants des Premières Nations inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*¹⁶, mais aussi les enfants des Premières Nations non-inscrits qui résident à l'extérieur de leur réserve ou sont reconnus par leurs nations. Le Canada s'est opposé à cet élargissement de la portée du principe de Jordan¹⁷. Le Canada a déposé une demande de contrôle judiciaire de la décision *2019 TCDP 39* et de la décision *2020 TCDP 36*¹⁸ en vue de faire annuler l'ordonnance d'indemnisation et de renverser l'ordonnance du Tribunal déclarant que les enfants des Premières Nations qui vivent à l'extérieur de la réserve, mais qui

¹⁰ *Canada (Procureur général) c Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada*, 2021 CF 969 (CanLII), <<https://www.canlii.org/fr/ca/cfpi/doc/2021/2021cf969/2021cf969.html>>.

¹¹ *2019 TCDP 39*, *supra* note 6 au para 19.

¹² *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada c Procureur général du Canada*, 2018 TCDP 4 au para 40 [2018 TCDP 4].

¹³ *Ibid.* au para 44.

¹⁴ *Ibid.* au para 41.

¹⁵ *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al c Procureur général du Canada (représentant le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2020 TCDP 36 aux para 54-56 [2020 TCDP 36].

¹⁶ *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, ch. I-5.

¹⁷ *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada c Procureur général du Canada*, 2020 TCDP 20 aux para 71-72 [2020 TCDP 20].

¹⁸ *2019 TCDP 39*, *supra* note 6 ; *2020 TCDP 36*, *supra* note 16.

sont reconnus par leur nation, font partie du champ d'application du principe de Jordan, peu importe leur statut en vertu de la *Loi sur les Indiens*¹⁹.

Vers la fin 2021, début 2022, le Canada a annoncé qu'il avait conclu des ententes totalisant 40 milliards de dollars²⁰ avec les parties, soit 20 milliards de dollars en indemnités et 20 milliards de dollars pour la réforme à long terme des services d'aide à l'enfance dans les réserves²¹.

3.2 Nouvelles approches — la preuve

Dans la décision *2016 TCDP 2*, le Tribunal a clairement indiqué qu'AADNC était loin d'atteindre ses objectifs et que le Programme des SEFPN et les autres méthodes de financement du ministère avaient plutôt pour effet de défavoriser les Premières Nations et, dans certains cas, de les priver d'obtenir des services d'aide à l'enfance adéquats²². L'APN et la Société de soutien ont également démontré que la race ou l'origine nationale ou ethnique avait joué un rôle dans cet état des choses ou mené à des refus de services²³. Un examen de la preuve présentée dans cette affaire peut aider les professionnels du droit à rassembler la preuve nécessaire dans des affaires similaires :

- Le Dr John Milloy a présenté un témoignage en tant qu'expert de l'histoire des pensionnats²⁴. Il est historien et auteur du livre *A National Crime, The Canadian Government and the Residential School System*²⁵. Son témoignage a permis au Tribunal de se faire une idée claire de ce qui s'est passé dans les pensionnats et des répercussions qu'ils ont eues sur les personnes, les familles et, plus globalement, dans les communautés²⁶. Il a indiqué que, à un certain moment, le rôle principal des pensionnats est passé de l'éducation à l'aide à l'enfance, et que bon nombre d'enfants n'ont pas été renvoyés à la maison parce que

¹⁹ *Loi sur les Indiens*, *supra* note 16 ; 2021 CF 969, *supra* note 10.

²⁰ Sarah Turnbull, « Largest settlement in Canadian history: Feds release details of \$40B deal », (5 janvier 2022) en ligne : <<https://www.ctvnews.ca/politics/largest-settlement-in-canadian-history-feds-release-details-of-40b-deal-1.5726484>>.

²¹ *Ibid.*

²² *2016 TCDP 2*, *supra* note 2 au para 383.

²³ *Ibid.* aux para 395-427.

²⁴ *Ibid.* au para 406.

²⁵ John Sheridan Milloy, *A National Crime, The Canadian Government and the Residential School System, 1879 to 1986*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 1999.

²⁶ *2016 TCDP 2*, *supra* note 2 au para 408.

leurs parents étaient considérés comme des personnes qui n'étaient pas en mesure de bien s'occuper d'eux²⁷.

- L'ainé Robert Joseph, de la communauté Kwakwaka'wakw, a présenté un témoignage personnel détaillé de ce qu'il a vécu dans le système des pensionnats autochtones²⁸. Il a parlé ouvertement de ce qu'il a vécu, notamment des fouilles à nu et d'un incident d'humiliation publique où on lui a ordonné de se déshabiller devant ses pairs et de se pencher²⁹. Il a également raconté que des enfants avaient été enfermés dans des placards et des cages, et que les remarques racistes abondaient³⁰. Il a également raconté que son passage dans les pensionnats est ce qui l'a amené à consommer de l'alcool de façon excessive afin d'arriver à composer avec les traumatismes subis³¹.
- La Dre Amy Bombay, titulaire d'un doctorat en neurosciences et d'une maîtrise ès sciences en psychologie, a témoigné devant le Tribunal à titre d'experte. Elle a parlé des effets psychologiques du stress et des traumatismes, et de la transmission intergénérationnelle des traumatismes³² aux descendants des survivants des pensionnats. Son témoignage a été très utile pour aider le Tribunal à comprendre les répercussions des traumatismes individuels et collectifs subis par les personnes qui ont fréquenté ces pensionnats ainsi que les répercussions sur leurs enfants³³. Le Tribunal a déclaré que : « Le témoignage de Dre Bombay permet de comprendre les besoins des peuples autochtones en matière de services à l'enfance et à la famille. De manière générale, il montre que ces besoins sont plus grands pour les Autochtones qui vivent dans les réserves. »³⁴

3.3 Nouvelles approches — recours collectif

La nouvelle approche consistant à demander, par voie de recours collectif, des réparations pour discrimination au nom d'un « groupe » d'enfants autochtones est une approche notable. Dans sa décision *2019 TCDP 39*, le Tribunal s'est penché sur la question de savoir s'il pouvait accorder des réparations dans le cadre d'un tel

²⁷ *Ibid.* au para 413.

²⁸ *Ibid.* au para 409.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.* au para 410.

³² *Ibid.* au para 415.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.* au para 422.

recours³⁵. Le procureur général du Canada (PGC) (qui représentait le ministre des Affaires autochtones et du Nord Canada) s'y est fortement opposé³⁶. Bon nombre des arguments du PGC reposaient sur le fait qu'une demande d'autorisation d'exercer un recours collectif avait déjà été déposée devant la Cour fédérale au cours du mois précédant l'audience devant le TCDP, et que ce recours était très similaire à celui qui était devant le TCDP³⁷. Le PGC a entre autres fait valoir que les plaignantes étaient des organismes d'intérêt public, et non des victimes de discrimination, et qu'elles ne répondaient donc pas aux exigences pour être admissibles à une indemnité au titre de la Loi³⁸. Le PGC a également soutenu qu'il y avait lieu d'établir une distinction entre les plaintes alléguant une discrimination systémique et les plaintes alléguant une discrimination contre une personne, car les réparations possibles diffèrent³⁹. Essentiellement, le PGC a fait valoir que les cours de justice sont mieux placées pour statuer sur les recours collectifs et que cette voie serait plus appropriée⁴⁰.

Le Tribunal a déclaré qu'il n'avait pas besoin d'entendre chacun des enfants des Premières Nations pour comprendre que le fait d'être retiré de son foyer contre son gré peut être très dommageable et causer une grande souffrance⁴¹. Le Tribunal a fait remarquer que les témoignages d'experts avaient déjà établi cela⁴². Le modèle de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est fondé sur une approche des droits de la personne qui vise à réparer les torts causés aux victimes d'actes discriminatoires, que ces actes soient considérés comme systémiques ou non⁴³. Le Tribunal a également statué que le fait qu'une affaire soit nouvelle et qu'elle nous place devant l'inconnu ne devrait pas intimider les décideurs en matière de droits de la personne et les empêcher d'ordonner des réparations pour les victimes et les survivants, dès lors que cette démarche est étayée par la preuve et par la loi⁴⁴. Le Tribunal a également déclaré que le fait qu'un recours collectif avait été déposé devant la Cour fédérale un mois plus tôt ne posait pas problème et que les parties étaient également

³⁵ 2019 TCDP 39, *supra* note 6.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.* au para 45.

³⁸ *Ibid.* au para 50.

³⁹ *Ibid.* au para 52.

⁴⁰ *Ibid.* au para 65.

⁴¹ *Ibid.* au para 188.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.* *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *supra* note 3.

⁴⁴ 2019 TCDP 39, *supra* note 6 au para 188.

en droit de demander des réparations pour violation des droits garantis par la *Charte*⁴⁵.

Les professionnels du droit devraient aussi garder à l'esprit que d'autres voies de recours sont également à leur disposition, comme les tribunaux administratifs. Ces tribunes peuvent offrir des avantages procéduraux et logistiques supplémentaires pour les praticiens et leurs clients comparativement aux cours de justice traditionnelles.

4. PROJET DE LOI C-92 LOI CONCERNANT LES ENFANTS, LES JEUNES ET LES FAMILLES DES PREMIÈRES NATIONS, DES INUITS ET DES MÉTIS

L'appel à l'action 4 de la CVR demande au gouvernement fédéral de mettre en place des dispositions législatives portant sur la protection des enfants autochtones.

La surreprésentation des enfants des Premières Nations dans le système de protection de l'enfance du Canada est un problème de longue date. Les politiques coloniales appliquées par les gouvernements colonisateurs européens ont perturbé les méthodes traditionnellement employées par les collectivités des Premières Nations pour s'occuper de leurs enfants, y compris la structure et la vie familiale.

Le 21 juin 2019, la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* a reçu la sanction royale. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020⁴⁶. Cette Loi se veut une réponse à la surreprésentation actuelle des enfants autochtones dans le système de protection de l'enfance après des décennies de séparation systématique des enfants des Premières Nations de leurs familles et de leurs collectivités, et de répression de leurs pratiques culturelles et spirituelles.

Certaines critiques ont toutefois été exprimées au sujet de cette Loi. Cindy Blackstock l'a décrite comme suit :

[Traduction] « Un marché faustien colonial : accepter un projet de loi imparfait dans son état actuel ou ne rien obtenir... Les proclamations de bonnes intentions du gouvernement — et les déclarations de réconciliation — ne doivent pas le prémunir contre un examen

⁴⁵ *Ibid.* au para 205 ; *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

⁴⁶ *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, LC 2019, ch. 24.

approfondi de ses actes. La réconciliation ne se trouve pas dans les mots, mais dans les actes. À cet égard, le gouvernement canadien choisit d'échouer. »⁴⁷

Dans son préambule, la Loi reconnaît « l'importance de réunir avec leurs familles et leurs collectivités les enfants autochtones qui en ont été séparés dans le cadre de la fourniture de services à l'enfance et à la famille ».

De manière générale, la Loi se compose de deux grandes parties. La première partie établit les normes nationales, lesquelles comprennent l'objet et les principes de la Loi (articles 8 et 9), l'intérêt de l'enfant autochtone (article 10), la fourniture de services à l'enfance et à la famille (articles 11 à 15) et le placement des enfants autochtones (articles 16 et 17).

La deuxième partie porte sur la compétence. Le paragraphe 18(1) affirme que le « droit inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » comprend la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille, y compris la compétence législative en ce qui concerne l'administration et l'application des lois. On y indique aussi les mécanismes permettant à un groupe autochtone d'exercer sa compétence législative en matière de services à l'enfance et à la famille.

5. RENVOI DU QUÉBEC

Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis, 2022 QCCA 185

En février 2022, la Cour d'appel du Québec (QCCA) a rendu sa décision dans le *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*. Il importe de noter qu'au moment de la rédaction du présent document, le gouvernement fédéral a interjeté appel de cette décision devant la Cour suprême du Canada.

La question soumise par le procureur général du Québec à la Cour d'appel du Québec était la suivante : *La Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des*

⁴⁷ Blackstock, Cindy, « Opinion: Will Canada continue to fail Indigenous girls? », *The Globe and Mail* (6 juin 2019) en ligne : <<https://www.theglobeandmail.com/opinion/article-will-canada-continue-to-fail-indigenous-girls/>>.

Premières Nations, des Inuits et des Métis est-elle *ultra vires* de la compétence du Parlement du Canada en vertu de la Constitution du Canada?

Bien que les deux principales parties à l'affaire étaient le Procureur général du Québec (requérant) et le Procureur général du Canada (intimé), il y avait également six intervenants. Le Procureur général du Québec a soutenu qu'il fallait répondre à la question par l'affirmative (c'est-à-dire que la *Loi* est effectivement *ultra vires* et donc inconstitutionnelle). Le procureur général du Canada et toutes les parties intervenantes ont quant à eux soutenu qu'il fallait répondre à la question par la négative. Les parties intervenantes dans cette affaire étaient les suivantes :

- Assemblée des Premières Nations Québec-Labrador (APNQL)
- Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador (CSSSPNQL)
- Société Makivik
- Assemblée des Premières Nations (APN)
- Aseniwuche Winewak Nation of Canada
- Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada (Société de soutien)

La Cour d'appel du Québec a statué à l'unanimité qu'il fallait répondre à cette question par la négative, sauf en ce qui concerne l'article 21 et le paragraphe 22(3) de la Loi.

La Cour n'était pas d'accord avec la position du procureur général du Québec, lequel soutenait que, de par son caractère véritable, la Loi « dicte la façon dont les services à l'enfance et aux familles doivent être fournis par les provinces en contexte autochtone » (au para 332). La Cour a plutôt conclu que le caractère véritable de la Loi est de « protéger et d'assurer le bien-être des enfants, familles et peuples autochtones en favorisant des services à l'enfance qui soient culturellement adaptés, et ce, dans le but de mettre fin à la surreprésentation des enfants autochtones dans les systèmes de services à l'enfance » (au para 333). Pour étayer sa position, la Cour a invoqué les articles 9 à 17 de la Loi ainsi que la « preuve extrinsèque », en grande partie présentée par les parties intervenantes dans l'affaire. L'APN et l'APNQL ont toutes deux présenté des témoignages détaillés sur le contexte historique et, dans sa décision, la Cour fait référence à ces témoignages à plusieurs reprises.

Bien que la Cour ait jugé que deux dispositions de la Loi sont inconstitutionnelles, elle a néanmoins affirmé le droit inhérent des Premières Nations à l'autonomie

gouvernementale dans le domaine des services à l'enfance et à la famille. C'était la première fois qu'une cour faisait une telle affirmation.

6. LOIS AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENTS INSTITUTIONNELS — SURVOL

Depuis la promulgation de cette Loi, plusieurs collectivités et nations d'un bout à l'autre du pays ont commencé à reprendre le contrôle des questions d'aide à l'enfance les concernant. L'article 25 de la Loi exige que certains renseignements fournis en vertu de l'article 20 soient affichés en ligne ou rendus accessibles au public, ce qui permet de suivre les progrès réalisés en lien avec la Loi.

Le gouvernement du Canada publie une base de données grandissante de corps dirigeants autochtones qui agissent au nom d'un groupe, d'une communauté ou d'un peuple autochtone et qui ont fourni :

- (I) des avis d'intention d'exercer un pouvoir législatif ;
- (II) des demandes de conclusion d'un accord de coordination avec le ministre des Services aux Autochtones et le gouvernement provincial ou territorial où est situé le groupe, la collectivité ou le peuple (comme le prévoit le par. 20(2) de la Loi)⁴⁸.

Il importe toutefois de savoir qu'en ce qui concerne les accords de coordination, une période de 12 mois commence à s'écouler dès la date de dépôt de la demande auprès de Services aux Autochtones Canada (SAC) et que la loi autochtone proposée par un corps dirigeant autochtone peut entrer en vigueur en tant que loi fédérale, même si aucun accord n'a été conclu avec toutes les parties. La seule exigence est que le corps dirigeant autochtone fasse des efforts raisonnables pour conclure un accord de coordination. Si les conditions sont réunies, les lois autochtones peuvent avoir préséance sur les lois provinciales, territoriales et même fédérales.

7. AFFAIRES PARTICULIÈRES

Dans la section suivante, nous nous pencherons plus amplement sur deux exemples de collectivités autochtones qui ont publié des lois en matière de protection de l'enfance dans cette base de données du gouvernement du Canada : (I) la Première

⁴⁸ « Avis et demandes liés à la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* » (2022-01-21), en ligne : Canada.ca <<https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1608565826510/1608565862367>>.

Nation de Cowessess, et (II) la Première Nation de Louis Bull. Vous trouverez ci-dessous une brève description de leurs lois et certains points saillants⁴⁹.

7.1 Première Nation de Cowessess

7.1.1 Brève description

La loi élaborée par de la Première Nation de Cowessess s'appelle la *Cowessess First Nation Miyo Pimatisowin Act*. Le terme « Miyo Pimatisowin » signifie aspirer à une vie meilleure. Dans la Loi, « enfant » s'entend d'une personne âgée de moins de 21 ans. La Loi et les pouvoirs conférés au programme des services à l'enfance et à la famille s'appliquent à tous les citoyens et à leurs enfants, qu'ils vivent ou non dans la collectivité. La Loi et le programme des services à l'enfance et à la famille peuvent s'appliquer à toute autre personne vivant dans la collectivité, conformément à l'accord de coordination.

La Loi prévoit un éventail de principes et de valeurs qui doivent être au cœur des services. Par exemple, l'ordre de priorité pour le placement d'un enfant reflète le désir que l'enfant vive avec un autre membre de la famille ou avec un adulte membre de la Première Nation de Cowessess, conformément aux principes et valeurs énoncés dans la Loi. La Loi exige aussi que l'on tente de placer l'enfant dans une famille où il sera entouré d'autres enfants, que ce soit les enfants de ses parents ou d'autres membres de la famille.

La Loi crée également une organisation appelée Chief Red Bear Children's Lodge, laquelle est dotée d'un conseil d'administration chargé d'imposer des limites aux pouvoirs, aux devoirs ou aux fonctions de l'organisation. L'organisation a toute une

⁴⁹ Les Nations autonomes de Wabaseemoong ont également commencé à élaborer leurs propres lois concernant la protection de l'enfance. Le *Wabaseemoong Independent Nations Customary Care Code (code de soins conformes aux traditions des Nations autonomes de Wabaseemoong)* s'applique à tous les membres de la bande, à tous les résidents et à tous les membres de la communauté qui vivent à One Man Lake, à Swan Lake, à Wabaseemoong, ou sur tout autre territoire qui peut être acquis dans le futur. La Loi confère aux Waabashki Maakinaakoons Family Services le pouvoir d'exercer les fonctions prévues par la *Loi sur les services à l'enfance, à la jeunesse et à la famille*. L'ONAKONIGEWAD a le pouvoir d'entendre et de distribuer les pétitions demandant une ordonnance de soins conformes aux traditions ou d'adoption selon les coutumes autochtones ainsi que d'autres ordonnances qui correspondent à l'objet du code de soins. Le WIIDOKAZOWAD entend les cas et participe à l'examen de cas, aux conférences et aux consultations concernant la prestation de services de protection ou le placement temporaire d'enfants, ainsi qu'aux décisions se rapportant aux soins conformes aux traditions.

gamme de responsabilités relatives à l'élaboration et à l'exécution d'un programme de services à l'enfance et à la famille, ainsi qu'à la surveillance du programme.

7.1.2 Points saillants

[Traduction]

- « La présente loi doit être interprétée et administrée en conformité avec le principe de l'intérêt de l'enfant. »
- « Une attention particulière doit être accordée au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant, ainsi qu'à l'importance pour lui d'avoir des rapports continus avec sa famille et la Première Nation Cowessess ou le peuple autochtones dont il fait partie et de préserver ses liens avec sa culture. »
- « Les services à l'enfance et à la famille fournis en lien avec un enfant doivent l'être d'une manière qui ne contribue pas à l'assimilation de la Première Nation ou à la destruction de sa culture. »
- « [...] dans la mesure où cela est compatible avec son intérêt, l'enfant ne doit pas être pris en charge seulement en raison de sa condition socioéconomique, notamment la pauvreté, le manque de logement ou d'infrastructures convenables et l'état de santé de son parent — mère ou père — ou de son fournisseur de soins. »

7.2 Première Nation de Louis Bull

7.2.1 Brève description

La collectivité de la Première Nation de Louis Bull, en Alberta, a adopté la *Asikiw Mostos O'pikinawasiwin Law* (Loi AMO). Sur le site Web de la Première Nation de Louis Bull, on peut lire : [Traduction] « La Loi AMO vise à protéger leurs enfants et leurs familles tout en préservant le traité, les traditions, la langue, les costumes, la culture et les droits souverains de la tribu. Cette loi vise également à ramener à la maison les enfants qui ont été enlevés à la tribu de Louis Bull. »

Au sens de la Loi AMO, les enfants (ou Awasisahk) sont des personnes de moins de 18 ans. La Loi reconnaît que les Awasisahk sont des cadeaux de leur Créateur. La Loi porte principalement sur la protection des enfants, des familles, des liens culturels et des liens communautaires. La Loi confère également des pouvoirs à la Société Asikiw Mostos O'pikinawasiwin (Société AMO) et décrit sa structure. L'objectif est que la Société AMO ait pleins pouvoirs sur les services à l'enfance et à la famille qu'elle fournit. La Loi prévoit également des statuts et des règlements concernant les

accords de protocole conclus avec d'autres nations pour la mise en œuvre de cette Loi au sein de leur(s) nation(s), ainsi que des statuts et règlements concernant la délivrance de permis aux foyers de prise en charge par la parenté Asikiw Mostos O'pikinawasiwin.

La Loi AMO énonce les principes régissant la loi, souligne le rôle et l'importance de la famille, énonce les facteurs à prendre en compte pour déterminer ce qui est dans l'intérêt des Awasisahk, fournit un guide ainsi que des statuts et des règlements concernant les Awasisahk ayant besoin de protection, prévoit le devoir de signaler un Awasisahk ayant besoin de protection, et fournit des précisions concernant le système de protection du bien-être Asikiw Mostos O'pikinawasiwin.

7.2.2 Points saillants

[Traduction]

- « Les décisions concernant un Awasisahk doivent être conformes aux traditions, à la culture, aux valeurs et à la langue pertinentes pour l'Awasisahk. »
- « Un Awasisahk a besoin de protection lorsque : [...] l'Awasisahk a fait preuve d'anxiété grave, de dépression, de repli sur soi, d'un comportement autodestructeur ou d'un comportement agressif envers les autres ou de tout autre comportement grave qui semble indiquer que l'Awasisahk a souffert de dommages moraux ou risque de souffrir de dommages moraux, et que le parent/tuteur de l'Awasisahk omet de fournir son consentement afin que l'Awasisahk puisse recevoir les services et les traitements nécessaires pour remédier ou atténuer les dommages ou puisse participer à un processus de guérison, ou que le parent/tuteur refuse de fournir son consentement ou n'est pas disponible ou en mesure de fournir son consentement. »

7.3 Note pour les professionnels du droit

Il est important de garder un œil sur le site Web du gouvernement du Canada. Puisque ces lois peuvent avoir préséance sur les lois fédérales et provinciales, il est important d'en être au courant afin de déterminer qui avait compétence au moment des faits de l'affaire, et de savoir quelles règles s'appliquent et quelles organisations ont un rôle à jouer. Les dispositions transitoires peuvent s'avérer importantes dans les cas où il y a des changements en ce qui concerne le corps dirigeant au cours d'une affaire relative à la protection d'un enfant.

8. INDIGENOUS LAW RESEARCH UNIT (ILRU, Université de Victoria)⁵⁰

L'ILRU a publié des ressources très utiles sur le droit des Autochtones, notamment des ressources portant spécifiquement sur le bien-être des enfants et le droit de la famille. Nous présentons ci-dessous deux de ces ressources. Cependant, nous recommandons à tous les praticiens qui veulent mieux comprendre le droit des Autochtones et « fournir des services juridiques qui contribuent à la réconciliation » de visiter le site Web de l'ILRU.

8.1 Boîte à outils sur les lois Salish de la Côte se rapportant à l'accompagnement et à la sécurité des enfants et des personnes qui s'occupent d'eux

La Coast Salish Toolkit (boîte à outils des Salish de la Côte), qui comprend un recueil de cas et de deux cahiers d'activités, vise à alimenter la réflexion sur la manière dont les traditions juridiques autochtones, particulièrement les traditions des Salish de la Côte, englobent l'accompagnement et la sécurité des enfants et des personnes qui s'occupent des enfants.

La boîte à outils comporte six unités :

L'unité 1 propose un survol des peuples Salish du détroit du Nord (Northern Straits Salish Peoples) et de leurs histoires collectives.

L'unité 2 présente les visions du monde et les récits traditionnels des Salish de la Côte et les visions du monde connexes.

L'unité 3 pose la question : « Qu'est-ce que le droit autochtone? », et présente les questions fréquemment posées et les sources du droit autochtone, ainsi que les ressources en matière de droit autochtone et ses applications. Cette unité se penche également sur l'importance des récits et des histoires orales comme éléments fondamentaux des traditions juridiques des Salish de la Côte. Enfin, l'unité présente le concept de « l'analyse narrative juridique », qui consiste à lire un récit et à l'analyser selon cinq aspects : questions en litige, faits, résolutions/décisions, motifs et parenthèses.

⁵⁰ *Indigenous Law Research Unit, Resources* (dernière visite en 2022) en ligne : ilru.ca/resources-2/. Pour accéder aux ressources discutées, visiter ce lien.

L'unité 4 présente une brève histoire du colonialisme, du travail social et de la protection de l'enfance, et fournit une chronologie utile de cette histoire.

L'unité 5 s'appuie sur les unités précédentes et les entrelace en examinant les liens entre les lois des Salish de la Côte et l'accompagnement et la sécurité des enfants et des personnes qui s'occupent d'eux. On y mentionne le fait que, aux yeux de la loi, les familles sont la principale institution responsable de s'occuper des enfants et de les élever. Les peuples Salish de la Côte ont une longue tradition de principes juridiques sophistiqués en la matière.

L'unité 6 porte sur la transformation des systèmes d'oppression. On y examine comment le travail social a été l'un des outils de la politique coloniale canadienne et plusieurs mythes et stéréotypes y sont examinés et remis en question dans le but de transformer ces systèmes d'oppression.

La boîte à outils comprend également un recueil de cas pour aider le lecteur à procéder aux analyses narratives juridiques et des questions pour favoriser la compréhension et inciter une réflexion plus approfondie.

8.2 Nawendiwin: l'art d'être apparenté — gouvernance et droit de la famille anichinabée centrés sur la parenté

Ce rapport a été préparé dans le cadre d'un partenariat entre l'ILRU et le cercle de services Kijkiwndidaa Anishnaabekwewag pour expliquer la gouvernance et le droit de la famille anichinabée centrés sur la parenté. L'un des objectifs du rapport est de soutenir les personnes qui interviennent auprès de familles et d'enfants en les outillant.

Le rapport se compose de cinq parties.

La première partie présente les principes sur lesquels repose la gouvernance anichinabée centrée sur la parenté : Nawendiwin, Mino-bimaadiziwin, l'autodétermination, Onjinewin et Aanjigone, et la fluidité de genre.

La deuxième partie traite des processus juridiques, y compris qui prend les décisions et comment les décisions sont prises. Les cinq décideurs sont : les enfants et les jeunes ; les principaux fournisseurs de soins/parents ; le réseau familial élargi ; les aînés et les gardiens du savoir ; et les organisations/dirigeants communautaires. Les décideurs peuvent prendre certaines décisions eux-mêmes ou avec d'autres.

En ce qui concerne les processus, certaines étapes doivent être suivies pour éclairer les décisions : prise de conscience/reconnaissance précoce, évaluation, Naakonige et cérémonie.

La troisième partie traite des obligations juridiques ou du Kobinasowin (l'art d'élever son enfant). Le Kobinasowin est considéré comme une obligation. Il se fonde sur les sept étapes de la vie pour fournir des orientations sur la façon d'élever les enfants.

La quatrième partie présente les six droits conférés aux Anichinabés par loi et qui doivent être respectés lors d'une décision centrée sur la parenté. Ces droits appartiennent soit à la catégorie des droits fondamentaux (droit d'appartenance, droit à l'intégrité et droit à un choix éclairé) et ou à la catégorie des droits procéduraux (droit à l'information, droit de se faire entendre et droit d'avoir l'occasion de faire des changements).

Dans la cinquième et dernière partie du rapport, on examine les principes directeurs qui aident à donner suite aux situations où il y a des risques de préjudice, de conflit ou de vulnérabilité.

Un recueil de cas accompagne le rapport pour aider le lecteur à aller au-delà de l'information fournie dans le rapport.

Vous trouverez un lien vers la ressource intégrale à la fin du chapitre.

9. RESSOURCES

9.1 Lois et jurisprudence

- *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* : <https://laws.justice.gc.ca/fra/lois/f-11.73/index.html>
- *Canada (Procureur général) c Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada*, 2021 CF 969 : <https://decisions.fct-cf.gc.ca/fc-cf/decisions/fr/item/513674/index.do?q=caring+society>.

9.2 Sources secondaires

- Alison J Gerlach, Meghan Sangster et Vandna Sinha, « Insights from a Jordan's Principle Child First Initiative in Alberta: Implications for Advancing Health Equity for First Nations Children » (2020) 15:1 *International Journal of Indigenous Health*, aux p 21-33.
- Bezanson, Kate, « Issue 1 : Caring Society v Canada: Neoliberalism, Social Reproduction, and Indigenous Child Welfare » (2018) 28:1 *Journal of Law and Social Policy*, aux p 152–173.
- Caldwell, Johanna et Vandna Sinha, « (Re) Conceptualizing Neglect: Considering the Overrepresentation of Indigenous Children in Child Welfare Systems in Canada » (2020) 13:2 *Child Indicators Research*, aux p 481-512.
- Kathleen Kufeldt & Brad McKenzie, « *Child Welfare: Connecting research, Policy, and Practice* », (Waterloo: Wilfrid Laurier University Press).
- Choate, Peter et al, « Sustaining Cultural Genocide—A Look at Indigenous Children in Non-Indigenous Placement and the Place of Judicial Decision Making—A Canadian Example » (2021) 10:3 *Laws* 1.
- Cowessess First Nation, « Cowessess First Nation Miyo Pimatisowin Act », mars 2020, en ligne (PDF) :
 - www.cowessessfn.com
 - <https://www.cowessessfn.com/wp-content/uploads/2021/01/Cowessess-First-Nation-Miyo-Pimatisowin-Act.pdf>>

- Criticism/Analysis of Bill C-92, the Act, and Indigenous Child Welfare :
 - <https://yellowheadinstitute.org/bill-c-92-analysis/>
 - <https://fncaringsociety.com/educational-resources>
- Note explicative sur le projet de loi C-92 : <https://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2019/2019-09-18/html/si-tr96-fra.html>
- Gouvernement du Canada. « Avis et demandes liés à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis » (7 juillet 2022), en ligne : *Canada.ca* <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1608565826510/1608565862367>.
- Grammond, Sébastien, « Issue 1 : Federal Legislation on Indigenous Child Welfare in Canada » (2018) 28:1 *Journal of Law and Social Policy*, p 132.
- Hahn, Hayley, Johanna Caldwell et Vandna Sinha, « Applying Lessons from the U.S. Indian Child Welfare Act to Recently Passed Federal Child Protection Legislation in Canada » (2020) 11:3 *International indigenous policy journal*, aux p 1-30.
- *Indigenous Law Research Unit - Resources* <ilru.ca/resources-2/>. Veuillez visiter ce lien pour accéder aux ressources discutées.
- Première Nation de Louis Bull, « Asikiw Mostos O’pikinawasiwin Law » (2021) en ligne : Asikiw Mostos O’pikinawasiwin Society <<https://amosociety.ca/amos-law/>>.
- Metallic, Naiomi, « A Human Right to Self-Government over First Nations Child and Family Services and Beyond: Implications of the Caring Society Case » (2019) 28:2 *Journal of Law and Social Policy*, p 4.
- Mosher, Janet et Jeffery Hewitt, « Issue 1: Reimagining Child Welfare Systems in Canada » (2018) 28:1 *Journal of Law and Social Policy*, p 1.
- Rachel Garrett, « The Children Parliament Left Behind: Examining the Inequity of Funding in an Act Respecting First Nations, Inuit and Métis Children, Youth and Families » (2021) 34:1 *Canadian journal of family law*, p 45.

- Sinha, Vandna, Ashleigh Delaye et Brittany Orav-Lakaski, « Issue 1: Reimagining Overrepresentation Research: Critical Reflections on Researching the Overrepresentation of First Nations Children in the Child Welfare System » (2018) 28:1 Journal of Law and Social Policy, p 10.
- Sinha, Vandna et al, « Substantive Equality and Jordan's Principle: Challenges and Complexities » (2021) 35:1 Journal of Law and Social Policy, p 21.
- Stevens, Nancy, Rachel Charles et Lorena Snyder, « Issue 1 : Giidosendiwag (We Walk Together): Creating Culturally Based Supports for Urban Indigenous Youth in Care » (2018) 28:1 Journal of Law and Social Policy, p 101.
- Formation sur le projet de loi C-92 : <https://ipsociety.ca/training/community-family-support/c-92-training/>
- Nations autonomes de Wabaseemoong, « Wabaseemoong Independent Nations Customary Care Code » (septembre 2017), en ligne (PDF) : <<https://wabaseemoong.ca/wp-content/uploads/WIN-Customary-Care-Code.pdf>>.
- Janet Mosher & Jeffery Hewitt, « Issue 2: Reimagining Child Welfare Systems in Canada » (2019) 28:1 Journal of Law and Social Policy, p 1.

CHAPITRE 6 : L'APPLICATION DES PRINCIPES D'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS DANS *RESTOULE V CANADA (ATTORNEY GENERAL)*

Les peuples anichinabés qui ont signé le Traité Robinson-Huron et le Traité Robinson-Supérieur en 1850 ont introduit une action devant la Cour supérieure de l'Ontario pour contester l'interprétation des annuités devant être versées par la Couronne en vertu des traités. En rendant sa décision, la Cour supérieure a tenu compte des points de vue des parties signataires indépendantes et de la façon dont les Anichinabés avaient interprété les traités. Lors des audiences, la Cour a autorisé des aménagements particuliers pour permettre à des Anichinabés de témoigner dans leur langue et accommoder certaines façons de faire propres aux Anichinabés sans qu'il soit nécessaire de modifier les règles de procédure civile ou de recourir à des règles de ouï-dire qui auraient pu semer des doutes. En s'appuyant sur les principes fondamentaux d'interprétation des traités établis par la Cour suprême du Canada dans *R c Marshall*, principes qui exigent notamment que les traités soient interprétés à la lumière des objectifs poursuivis par le traité, la Cour supérieure a énoncé un autre principe d'interprétation en ce qui concerne l'intention commune des parties : parmi les diverses interprétations possibles de l'intention commune, il faut privilégier celle qui concilie le mieux les intérêts des parties.

Ce modèle d'interprétation des traités a permis de tenir compte des perspectives des gardiens du savoir anichinabé en ce qui a trait à la langue et aux traditions des territoires Huron et Supérieur et a clairement démontré qu'il était possible d'adapter les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones* originalement élaborées en 2016 par la Cour fédérale du Canada. La décision d'incorporer les protocoles anichinabés à la procédure du procès en recourant à des gardiens du savoir a exigé un courage hors du commun qui a tracé la voie en faisant place à l'écoute et à l'apprentissage.

1. SURVOL DE L'AFFAIRE

Pour les praticiens et praticiennes du droit, il est utile d'étudier les décisions *Restoule v Canada (Attorney General)* pour comprendre comment travailler efficacement avec les aînés et comment rendre la procédure judiciaire plus accessible. Cette affaire offre également des stratégies exemplaires en matière de prestation de services juridiques pour le bien communautaire. L'affaire *Restoule* se compose de six décisions (au moment de la rédaction du présent Supplément). Bien que l'objectif du

Supplément est de fournir des conseils pratiques, nous commencerons par un survol des instances et du contexte historique et factuel qui les sous-tendent. Le personnel de la Cour d'appel de l'Ontario a préparé un résumé utile (*en anglais seulement*) des instances et des procédures à l'intention du public¹.

Aux fins du supplément, nous nous pencherons sur les principales décisions rendues à ce jour — la décision de l'étape 1²; la décision de l'étape 2³ et la décision rendue récemment par la Cour d'appel de l'Ontario⁴. La décision **2018 ONSC 7701** (première étape de trois) concerne l'interprétation des traités, précisément la promesse d'augmenter les annuités⁵. La décision **2020 ONSC 3932** (deuxième étape) porte sur les défenses de la Couronne. La Cour a rejeté les arguments de la Couronne concernant les délais de prescription et l'immunité de la Couronne⁶. Enfin, la décision **2021 ONCA 779** est la dernière décision qui a été rendue dans cette affaire. Il s'agit de la décision de la Cour d'appel sur les appels interjetés par l'Ontario relativement aux décisions rendues à la première et à la deuxième étape. La Cour d'appel a maintenu la plupart des déterminations de la Cour supérieure de justice de l'Ontario⁷.

2. RÉSUMÉ DES FAITS

Les demandeurs sont les Premières Nations anichinabées et les défendeurs sont la Couronne du chef du Canada et la Couronne du chef de l'Ontario, représentées par leurs procureurs généraux respectifs⁸. Le différend concerne l'interprétation de deux traités Robison, le *Traité Robison-Huron* et le *Traité Robison-Supérieur*⁹. La principale question en litige est l'interprétation de la clause d'augmentation et la question de savoir s'il existe un plafond pour les annuités devant être versées aux Premières Nations¹⁰.

¹ Personnel de la Cour d'appel de l'Ontario, « Overview: Restoule v. Canada (Attorney General) & Ontario (Attorney General) » (visitée le 7 juillet 2022), en ligne : Ontario Courts — Tribunaux de l'Ontario <https://web.archive.org/web/20211222204127/https://www.ontariocourts.ca/decisions/2021/2021ONCA0779overview.htm#> [Résumé : Restoule].

² *Restoule v Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 7701 [Première étape de Restoule].

³ *Restoule v Canada (Attorney General)*, 2020 ONSC 3932 [Deuxième étape de Restoule].

⁴ *Restoule v Canada (Attorney General)*, 2021 ONCA 779 [Restoule - Cour d'appel].

⁵ *Première étape de Restoule*, supra note 2.

⁶ *Deuxième étape de Restoule*, supra note 3.

⁷ *Cour d'appel, Restoule*, supra note 4.

⁸ *Première étape de Restoule*, supra note 2.

⁹ *Ibid.* au para 1.

¹⁰ *Ibid.* aux para 1-2.

2.1 La clause d'augmentation

La clause qui suit figure dans le *Traité Robinson-Huron* et le *Traité Robinson-Supérieur*¹¹ :

[Traduction] « *Ledit William Benjamin Robinson, au nom de Sa Majesté, laquelle souhaite traiter libéralement et équitablement avec tous ses sujets, promet et convient en outre que, si le territoire cédé par les parties à la deuxième partie produit dans le futur un montant qui permet au gouvernement de cette province d'augmenter, sans encourir de perte, l'annuité qui leur est garantie par la présente, cette annuité sera augmentée de temps à autre, à condition que le montant versé à chaque individu ne dépasse pas la somme d'une livre de monnaie provinciale par année, ou toute autre somme que Sa Majesté aura la bonté d'ordonner ;...* »¹²

L'interprétation de cette disposition, appelée « clause d'augmentation », est au cœur du litige¹³.

2.2 Les parties

Les parties au *Traité Robinson-Huron* et au *Traité Robinson-Supérieur* (« les traités Robinson » ou « les Traités ») sont les nations anichinabées du lac Huron et du lac Supérieur, et la Couronne britannique¹⁴.

La demande de versement d'annuités en vertu du *Traité Robinson-Huron* a été présentée par 21 Premières Nations anichinabées. Les bénéficiaires anichinabés sont les 21 Premières Nations et leurs membres¹⁵.

La demande de versement d'annuités en vertu du *Traité Robinson-Supérieur* a été présentée par deux Premières Nations : la Première Nation de Red Rock et la Première Nation de Whitesand. Dans ce cas aussi, les bénéficiaires anichinabés sont les Premières Nations et leurs membres¹⁶.

¹¹ *Ibid.* au para 243.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.* au para 244.

¹⁴ *Ibid.* au para 15.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.* au para 16.

Les signataires anichinabés étaient les chefs du lac Huron et du lac Supérieur qui étaient présents au moment de la signature. L'un des principaux chefs anichinabés du lac Huron était le chef Shingwaukonse, de Garden River¹⁷. Le lundi 9 septembre 1850, le chef Shingwaukonse et le chef Nebenaigoching ont signé le *Traité Robinson-Huron*¹⁸. Dans le cas des Anichinabés du lac Supérieur, c'est le chef Peau de Chat, de Fort William, ainsi que trois autres chefs et cinq autres hommes qui ont signé le *Traité Robinson-Supérieur* lors d'un conseil public le 7 septembre 1850¹⁹.

Il importe de noter que les traités Robinson précèdent la création du Canada dans sa forme actuelle et qu'ils ont donc été conclus avec la Couronne britannique. Dans les Traités Robinson, la Couronne britannique était représentée par William Benjamin Robinson²⁰.

2.3 Contexte historique

D'importants événements se sont produits entre 1763 et 1849, et ces événements nous éclairent sur une partie du contexte historique et culturel qui régnait lorsque les traités ont été négociés et signés. Pour interpréter les traités, la Cour supérieure s'est assurée de bien tenir compte de ces événements, lesquels révèlent que les Anichinabés n'ont pas passivement accepté ces traités²¹. Avant 1763, il existait une alliance appelée « chaîne d'alliance ». Il s'agissait de relations fondées sur des traités entre Britanniques et nations autochtones. L'alliance était centrée sur la confédération Haudenosaunee, connue sous le nom de ligue des Cinq Nations (aujourd'hui appelée Six Nations)²².

[Traduction] « L'alliance était représentée symboliquement comme un navire attaché à un arbre, d'abord avec une corde, puis avec une chaîne de fer. La corde représentait une alliance entre égaux ; le fer représentait la force. [...] La métaphore associée à la chaîne signifiait que si l'une des parties était dans le besoin, il lui suffisait de "tirer sur la corde" pour signifier que quelque chose n'allait pas, puis "l'ordre des choses serait rétabli". »²³

¹⁷ *Ibid.* au para 234.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.* au para 231.

²⁰ *Ibid.* au para 188.

²¹ *Ibid.* au para 62.

²² *Ibid.* au para 65.

²³ *Ibid.*

Entre 1756 et 1763, les Britanniques ont tenté d'étendre cette alliance à d'autres Premières Nations de l'Ouest, notamment les Anichinabés. Ces efforts n'ont pas été entièrement fructueux et c'est sur fond d'hostilités que la *Proclamation royale* de 1763 a été proclamée en vue de rétablir la paix dans la région²⁴. Avec la *Proclamation royale* de 1763, la Couronne reconnaissait la souveraineté des Anichinabés malgré sa propre déclaration de souveraineté²⁵. La Cour a déclaré que la raison d'être des traités Robinson et que les concepts fondamentaux qui les sous-tendent découlent de la *Proclamation royale*²⁶, que la *Proclamation royale* est également à l'origine de la relation spéciale entre la Couronne et les peuples autochtones, et que cette relation impose à la Couronne le devoir d'agir honorablement dans ses rapports avec les peuples autochtones²⁷.

Un autre évènement historique important est le Conseil de Niagara de 1764, lequel a eu lieu après la *Proclamation royale*. Le Conseil de Niagara a réuni plus de 1 700 Autochtones, y compris de nombreux chefs Ojibwe et Odawa²⁸. Au cours de cet évènement diplomatique, les Britanniques ont cherché à renouveler et à renforcer l'alliance avec les nations de l'Ouest, entre autres²⁹. Des cadeaux et des chaînes de wampum ont été échangés, notamment le wampum de la Grande Chaîne d'alliance et le wampum des 24 nations³⁰. Les demandeurs anichinabés soutiennent que les descriptions du wampum de la Grande Chaîne d'alliance et du wampum des 24 nations représentent des métaphores claires et durables qui reflètent des promesses de soutien mutuel³¹. Selon la tradition anichinabée, ces ententes ont renouvelé et renforcé leur relation avec les Britanniques³². Après la *Proclamation royale* et le Conseil de Niagara, les nations de l'Ouest, y compris les Anichinabés de la région supérieure des Grands Lacs, avaient l'impression [Traduction] « qu'elles détenaient les titres de propriété de leurs terres, étaient toujours autonomes, avaient rétabli des relations commerciales équitables avec les Britanniques, s'étaient assuré une protection contre les commerçants sans scrupules et avaient établi un processus pour la restitution des terres achetées de façon frauduleuse »³³.

²⁴ *Ibid.* au para 71.

²⁵ *Ibid.* au para 72.

²⁶ *Ibid.* au para 79.

²⁷ *Ibid.* au para 80.

²⁸ *Ibid.* au para 81.

²⁹ *Ibid.* au para 83.

³⁰ *Ibid.* au para 84.

³¹ *Ibid.* aux para 84-85.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.* au para 88.

Grâce aux rapports entretenus dans le cadre des alliances, les Britanniques en sont venus à comprendre les protocoles et les traditions anichinabés et à les incorporer à leurs échanges diplomatiques, tout en suivant les coutumes britanniques³⁴.

La guerre de 1812 a été un moment important de l'alliance fondée sur la chaîne d'alliance. Les Anichinabés sont venus en aide aux Britanniques lorsqu'ils ont invoqué la chaîne d'alliance en 1812 et leur ont demandé de soutenir leurs efforts de guerre³⁵. Une transition s'est produite dans les années 1820 et la relation de nation à nation est passée d'une alliance militaire à une relation de contrôle civil lorsque la Couronne s'est lancée dans des efforts de « civilisation »³⁶, se répercutant sur la façon de voir les annuités prévues dans les traités³⁷. En 1818, le modèle utilisé pour les cessions de terres est passé d'un modèle prévoyant des paiements uniques à un modèle fondé sur des annuités³⁸ dépendant des recettes réalisées au moyen des terres cédées³⁹. [Traduction] « L'annuité était exprimée sous forme de montant global, basé sur environ deux livres et demie (2,10 £, ce qui correspondait à 10 \$) par personne, multiplié par la population de la Première Nation à la signature du traité. »⁴⁰

La Couronne a conclu ces ententes en présumant que la vente de terres aux colons allait générer des fonds suffisants pour financer les paiements annuels à perpétuité⁴¹. Cette formule est celle qui a eu cours de 1818 à 1850, peu importe la taille ou la valeur des terres⁴². Un changement est survenu dans le régime d'annuités en 1830, lorsque les annuités pour terres cédées ont été converties en somme forfaitaire fixe détenue par la Couronne et créditée à la partie autochtone du traité⁴³. La Couronne a établi des comptes pour chaque tribu et les chefs devaient soumettre des demandes afin d'obtenir des biens au moyen des fonds détenus dans ce compte. Les demandes étaient approuvées [Traduction] « tant que les articles réquisitionnés favorisaient un mode de vie sédentaire, agricole et européen »⁴⁴. Cette politique, qui

³⁴ *Ibid.* au para 91.

³⁵ *Ibid.* au para 94.

³⁶ *Ibid.* au para 97.

³⁷ *Ibid.* au para 99.

³⁸ *Ibid.* au para 100.

³⁹ *Ibid.* au para 102.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.* au para 103.

⁴² *Ibid.* au para 104.

⁴³ *Ibid.* au para 106.

⁴⁴ *Ibid.*

était en vigueur lorsque les traités en question ont été signés⁴⁵, s'appelait la politique Colborne⁴⁶.

2.4 Activités minières et empiètements sur les terres anichinabées

Pendant les années 1840, les prospecteurs, encouragés par la « ruée vers le cuivre » sur la rive américaine du lac Supérieur, ont fait leur apparition dans la région supérieure des Grands Lacs où ils tentaient d'y trouver des minéraux précieux⁴⁷. En 1845, l'intérêt pour le développement minier a pris de court le gouvernement de la province du Canada⁴⁸. Aucun traité n'avait été établi avec les Anichinabés qui résidaient sur les terres convoitées par les compagnies minières⁴⁹. Cependant, à partir d'août 1845, le gouvernement a tout de même commencé à délivrer des permis d'exploitation minière⁵⁰. Au printemps 1846, le chef Shingwaukonse a confronté des arpenteurs dans la ville de Sault-Sainte-Marie et leur a demandé pourquoi l'exploration minière commençait alors qu'aucun traité n'avait été signé⁵¹. En 1848, lorsque l'activité minière s'est intensifiée, le chef Shingwaukonse a personnellement porté plainte auprès du gouverneur général à Montréal, déclarant que l'activité minière avait entravé la capacité des membres de son peuple à gagner leur vie en chassant ou en coupant du bois⁵².

Dans les cinq années qui ont précédé la signature des traités, les Anichinabés ont déposé de nombreuses plaintes⁵³. Leurs dirigeants ont demandé que leurs droits fonciers soient reconnus et se sont opposés à ce qu'ils considéraient comme une utilisation et une occupation continues et illégales des terres anichinabées⁵⁴. La réponse du gouvernement a évolué au cours de cette période. Initialement, le gouvernement a complètement rejeté les revendications des Anichinabés. Il a ensuite demandé aux Anichinabés de prouver leurs revendications. Enfin, il a fini par lancer une série d'enquêtes⁵⁵. Au cours de ces cinq années, le chef Shingwaukonse et d'autres dirigeants anichinabés ont fermement exigé que les Anichinabés soient

⁴⁵ *Ibid.* au para 108.

⁴⁶ *Ibid.* au para 107.

⁴⁷ *Ibid.* au para 112.

⁴⁸ *Ibid.* au para 113.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.* au para 114.

⁵² *Ibid.* au para 116.

⁵³ *Ibid.* au para 119.

⁵⁴ *Ibid.* au para 123.

⁵⁵ *Ibid.* au para 120.

dédommagés pour la richesse générée par le développement minier sur leurs territoires⁵⁶. Les Anichinabés ont souligné leur relation continue avec la Couronne, y compris l'importante alliance militaire entre les nations, les promesses faites par les représentants et responsables de la Couronne, et l'historique de signature de traités entre les deux nations⁵⁷.

En juin 1846, le chef Shingwaukonse a écrit une lettre au gouverneur général, Lord Cathcart, pour lui rappeler que ce territoire appartenait à sa nation⁵⁸. Il a fait mention des traités conclus dans d'autres régions qui prévoyaient des annuités et qui reconnaissaient la valeur du territoire⁵⁹. Le chef Shingwaukonse a déclaré qu'il comprenait que les nouveaux arrivants avaient les capacités techniques requises pour effectuer ce type de développement et a proposé de partager les bénéfices générés au moyen du territoire⁶⁰.

2.5 Importance du rapport de la Commission Vidal Anderson

Le 4 août 1849, le gouvernement a donné à l'arpenteur provincial Alexander Vidal et au surintendant des Indiens Thomas G. Anderson le mandat de réaliser des enquêtes définitives sur les revendications des Anichinabés, lesquels maintenaient que [Traduction] « les vastes couches de minerai et les forêts non cédées » du territoire leur appartenaient⁶¹. Leur mandat se déclinait comme suit : [Traduction] « 1) continuer de recueillir des renseignements sur la revendication territoriale ; 2) recueillir d'autres renseignements (p. ex., la population, l'utilisation des terres et l'étendue de la revendication) ; et 3) déterminer les attentes des Anichinabés concernant les conditions du traité, y compris les indemnités et les réserves demandées »⁶². Au cours de leur expédition, les commissaires ont rencontré 16 des 22 chefs anichinabés⁶³. Bien que les rencontres avec certains chefs aient été ardues, ils ont tout de même réussi à produire un rapport conjoint, daté du 5 décembre 1849. Certaines recommandations formulées dans le rapport ont été incorporées dans les traités Robinson⁶⁴. Vidal et Anderson en sont venus à la conclusion que les revendications des Anichinabés étaient légitimes, qu'ils étaient effectivement les

⁵⁶ *Ibid.* au para 124.

⁵⁷ *Ibid.* au para 125.

⁵⁸ *Ibid.* au para 126.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.* aux para 136, 139.

⁶² *Ibid.* au para 140.

⁶³ *Ibid.* au para 141.

⁶⁴ *Ibid.* au para 155.

anciens occupants du territoire et que les pouvoirs et la compétence revendiqués étaient légitimes⁶⁵. Ils ont également conclu que la Couronne s'était elle aussi déclarée maître du sol⁶⁶.

Les commissaires ont formulé plusieurs observations et recommandations⁶⁷. La Cour a fait remarquer que les commissaires savaient peut-être, dans une certaine mesure, que la Couronne n'avait pas les moyens de répondre aux attentes des chefs lorsqu'ils ont recommandé [Traduction] « [...] l'augmentation du paiement lors de la découverte et de l'exploitation de toute nouvelle source de richesse », mais cette recommandation a donné à Robison l'idée d'augmenter l'annuité en fonction des recettes générées dans le futur⁶⁸. Les commissaires ont proposé un modèle d'indemnisation qui tenait compte de la « valeur réelle » du territoire, en se fondant sur les renseignements qu'ils avaient à ce moment-là au sujet des ressources, et en ajoutant une disposition prévoyant une éventuelle augmentation des annuités en cas de nouvelles découvertes ou d'exploitation de nouvelles sources de richesse⁶⁹. Une telle chose n'avait jusque-là jamais été proposée dans les traités conclus au Canada et aux États-Unis⁷⁰. Or, le chef Shingwaukonse et le chef Peau de Chat avaient déjà proposé un tel arrangement dans leurs requêtes, discours et mémoires⁷¹. Cette recommandation permettait de concilier les attentes divergentes des parties⁷².

Vers 1850, plusieurs permis d'exploitation minière visant le territoire des communautés concernées ont été délivrés à des entreprises⁷³. Les dirigeants des sociétés minières craignaient qu'un conflit n'éclate avec les communautés des Premières Nations, et ils ont exhorté le gouvernement à conclure un traité avec les Anichinabés de la région supérieure des Grands Lacs⁷⁴. En janvier 1850, Robison a offert d'aider à diminuer les tensions avec les Anichinabés de la région supérieure des Grands Lacs, ce qui a mené à sa nomination en tant que commissaire aux traités⁷⁵.

⁶⁵ *Ibid.* aux para 156-157.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.* au para 161.

⁶⁸ *Ibid.* aux para 161-162.

⁶⁹ *Ibid.* au para 174.

⁷⁰ *Ibid.* au para 175.

⁷¹ *Ibid.* au para 174.

⁷² *Ibid.* au para 180.

⁷³ *Ibid.* aux para 111-118.

⁷⁴ *Ibid.* au para 193.

⁷⁵ *Ibid.* au para 194.

Au cours de l'été 1850, Robinson a tenu des discussions avec divers chefs et dirigeants anichinabés et a organisé un conseil officiel en vue de conclure des traités⁷⁶. Après trois semaines de négociations et de discussions, deux traités ont été signés⁷⁷ : un avec le chef du lac Supérieur et un avec le chef du lac Huron⁷⁸.

De 1851 à 1854, l'annuité prévue dans le *Traité Huron* était versée à chaque bande sous forme de produits et ne comprenait pas de paiements individuels en espèces⁷⁹. En 1855, la Couronne a versé l'annuité aux individus, en espèces⁸⁰. Dans le cadre du *Traité Robison-Supérieur*, des annuités ont été versées en espèces au chef de chaque famille tout au long des années 1850⁸¹. Pendant près de 25 ans, la Compagnie de la Baie d'Hudson a versé aux Anichinabés du lac Supérieur l'annuité prévue dans le *Traité Robison-Supérieur*⁸².

La première et unique augmentation des annuités a eu lieu en 1875 lorsque le gouvernement du Canada a augmenté les annuités à 4 \$ (ce qui correspond à 1 £) par personne⁸³, pour donner suite aux demandes continues des chefs⁸⁴. En 1877, les chefs ont demandé des arriérés pour les années 1850-1874, faisant valoir que des augmentations auraient dû être accordées bien avant 1875, puisque les circonstances économiques le permettaient. En 1903, le gouvernement a commencé à payer les arriérés⁸⁵. Cependant, un différend est survenu entre l'Ontario et le Québec quant à la question de savoir à qui revenait l'obligation, selon la Constitution, de payer les arriérés, ce qui a retardé le paiement des arriérés⁸⁶.

La Cour a déterminé que les renseignements émanant de la période qui a suivi la signature des traités ne lui étaient que d'une aide limitée pour évaluer les intentions communes des parties⁸⁷ qui ont signé les traités, car la compréhension des gens peut différer selon l'époque et le lieu⁸⁸.

⁷⁶ *Ibid.* au para 208.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid* au para 290.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid* au para 291.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.* au para 292.

⁸⁶ *Ibid.* au para 292.

⁸⁷ *Ibid.* au para 318.

⁸⁸ *Ibid.*

3. DÉCISION DE LA PREMIÈRE ÉTAPE (2018 ONSC 7701)

Dans cette affaire, la Cour devait trancher plusieurs questions⁸⁹. La décision 2018 ONSC 7701 porte sur les questions qui devaient être tranchées à la première étape, y compris l'importante question de l'interprétation à donner aux traités afin de déterminer si la Couronne avait l'obligation d'augmenter les annuités, l'étendue de son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'exécution de cette obligation, les devoirs découlant de l'honneur de la Couronne, l'existence ou non d'une obligation fiduciaire envers les bénéficiaires des traités, et comment calculer le déclencheur économique menant à une augmentation⁹⁰. La Cour devait aussi se pencher sur les limitations concernant les recettes et les dépenses, et, à titre subsidiaire, déterminer s'il existe une condition implicite d'indexation de l'annuité de 4 \$⁹¹.

3.1 Principales conclusions

3.1.1 Interprétation à donner aux traités en ce qui concerne la clause d'augmentation

- Afin de déterminer la meilleure façon d'interpréter les attentes que devaient avoir les parties lorsqu'elles ont conclu les traités, la Cour devait déterminer quelles étaient les intentions communes des parties, en se fondant sur les principes d'interprétation des traités établis dans *R c Marshall*⁹².
- Dans *R c Marshall*, la Cour a déclaré que l'objectif, lorsqu'on tente de déterminer l'interprétation à donner à un traité, est de choisir, parmi les différentes interprétations possibles de l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts que les parties devaient avoir au moment de la signature du traité. Ce processus se compose de deux étapes⁹³.
- La première étape consiste à examiner le libellé du traité et à relever les ambiguïtés et les malentendus manifestes pouvant résulter des différences linguistiques et culturelles (par. 82 de *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 456)⁹⁴. La

⁸⁹ *Ibid.* au para 392.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.* au para 395.

⁹³ *Ibid.* aux para 328-329.

⁹⁴ *Ibid.* au para 328.

deuxième étape consiste à examiner les différentes significations qui auraient pu être données au libellé en tenant compte du contexte historique et culturel qui régnait lorsque le traité a été conclu (par. 83 de *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 456)⁹⁵.

- Au paragraphe 74 de *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 456, la juge McLachlin résume les principes d'interprétation pertinents pour les traités⁹⁶.
- En se fondant sur le cadre décrit ci-dessus⁹⁷, la Cour a statué que la meilleure façon d'interpréter la clause d'augmentation est de conclure que les parties n'avaient pas l'intention de fixer un plafond pour l'annuité et que la limite de 1 £ (correspondant à 4 \$) indiquée dans la clause d'augmentation ne s'appliquait qu'à l'annuité versée aux individus et que ce montant ne représentait qu'une partie de l'annuité collective devant être versée aux chefs et à leurs communautés⁹⁸.

3.1.2 Qu'en est-il des devoirs découlant de l'honneur de la Couronne?

- Les devoirs qui découlent de l'honneur de la Couronne varient selon les circonstances⁹⁹. Cependant, l'honneur de la Couronne exige que les promesses du traité soient respectées avec honneur, diligence et intégrité¹⁰⁰. La Couronne a le devoir d'interpréter et de mettre en œuvre les traités de manière intentionnelle et libérale ou généreuse pour les demandeurs autochtones¹⁰¹. Robinson avait le devoir de fixer une annuité qui reflétait la valeur du territoire¹⁰².
- En vertu de l'honneur de la Couronne, la Couronne doit également s'assurer de mettre en œuvre un processus qui permet d'envisager l'augmentation des annuités si les revenus nets provenant des ressources de la Couronne permettent d'augmenter les annuités¹⁰³. La Couronne peut procéder à la mise

⁹⁵ *Ibid.* au para 329.

⁹⁶ *Ibid.* au para 324.

⁹⁷ *Ibid.* au para 395.

⁹⁸ *Ibid.* au para 397.

⁹⁹ *Ibid.* au para 496.

¹⁰⁰ *Ibid.* au para 538.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.* au para 568.

¹⁰³ *Ibid.*

en œuvre du processus à sa guise, mais elle doit s'acquitter des obligations découlant de l'honneur de la Couronne et de ses obligations fiduciaires¹⁰⁴.

- La Cour a clairement indiqué qu'une divulgation suffisante est nécessaire pour évaluer les propositions de la Couronne quant à la mise en œuvre¹⁰⁵. Elle doit fournir des renseignements suffisants pour permettre aux parties de calculer les recettes nettes générées par l'exploitation des ressources de la Couronne¹⁰⁶. La Cour a déclaré qu'il serait impossible de définir l'étendue de l'obligation de consulter pour le moment¹⁰⁷.

3.1.3 La Couronne a-t-elle une obligation fiduciaire?

- La Cour a conclu que la Couronne a une obligation fiduciaire *ad hoc*¹⁰⁸, car la Couronne s'est engagée à agir dans l'intérêt des bénéficiaires des traités lorsqu'elle s'est engagée à établir un processus pour déterminer si les circonstances économiques justifient l'augmentation des annuités¹⁰⁹. L'obligation fiduciaire de la Couronne peut varier, mais elle comprend généralement l'obligation de loyauté, l'obligation d'agir de bonne foi et l'obligation de divulguer, entre autres¹¹⁰.

3.1.4 Comment calculer l'augmentation? Et déterminations sur les questions concernant les limitations sur les recettes et les dépenses

- La Cour ne s'est pas prononcée sur ces questions. Elle a plutôt reporté ces questions à la troisième étape et a simplement énoncé certains principes pour fournir une orientation de base¹¹¹.

3.1.5 Condition implicite d'indexation de l'annuité

- La Cour n'était pas convaincue que le concept d'inflation persistante et d'érosion du pouvoir d'achat aurait incité les parties qui ont participé au conseil

¹⁰⁴ *Ibid.* au para 569.

¹⁰⁵ *Ibid.* au para 571.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.* au para 572.

¹⁰⁸ *Ibid.* au para 519.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.* au para 531.

¹¹¹ *Ibid.* au para 553.

des traités en 1850 à inclure une clause d'indexation¹¹². Les traités comportent déjà des clauses sur les possibilités futures, notamment la valeur future des annuités¹¹³.

- La Cour était d'avis que, si elle acceptait l'idée que l'indexation permet de résoudre le problème, cela reviendrait à dire que les Premières Nations étaient satisfaites du pouvoir d'achat que reflétait l'annuité initiale. Cependant, cela ne serait pas exact d'un point de vue historique, car les parties avaient l'impression que leur annuité totale allait augmenter¹¹⁴.

4. DÉCISION À LA DEUXIÈME ÉTAPE (2020 ONSC 3932)

Dans ce volet de l'affaire, les demandeurs cherchaient à obtenir un jugement déclaratoire concernant les défenses possibles de la Couronne, les dispositions législatives de l'Ontario en matière de prescription et les défenses relatives à la prescription, ainsi que la doctrine de l'immunité de la Couronne¹¹⁵.

4.1 Principales conclusions

4.1.1 Les dispositions législatives de l'Ontario en matière de prescription et les défenses invoquées par l'Ontario à cet égard

- Ce différend portant sur l'applicabilité de la prescription aux demandes des demandeurs est essentiellement un différend sur la question de savoir si un traité peut être considéré comme un contrat¹¹⁶. La Cour a statué de façon non équivoque que les traités ne constituent pas des contrats, peu importe la forme qu'ils prennent¹¹⁷, et a fait référence aux décisions *Sioui*, *Badger*, *Sundown* et *Marshall* pour étayer sa conclusion¹¹⁸.
- La Cour a déterminé qu'aucune disposition législative sur la prescription n'est applicable pour faire obstacle aux demandes des demandeurs et qu'aucun délai de prescription ne s'applique aux demandes concernant le non-respect

¹¹² *Ibid.* au para 594.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.* au para 593.

¹¹⁵ *Deuxième étape de Restoule*, *supra* note 3.

¹¹⁶ *Ibid.* aux para 122-125.

¹¹⁷ *Ibid.* aux para 149-151.

¹¹⁸ *Ibid.* au para 127.

des traités¹¹⁹. Essentiellement, les demandes des demandeurs ne sont pas assujetties aux délais de prescription prévus dans la loi¹²⁰. La Cour a également déclaré que les traités ne répondent pas à la définition fondamentale du contrat formaliste¹²¹ et qu'ils ne constituent pas non plus une caution et ne garantissent aucune dette¹²².

4.1.2 Immunité de la Couronne

- La Cour a conclu que, avant 1963, les demandes en équité contre la Couronne pouvaient être soumises au moyen d'une pétition de droit et que l'immunité de la Couronne ne s'applique donc pas à ces demandes pour violation de l'obligation fiduciaire, ce qui englobe les demandes qui étaient en cours avant le 1^{er} septembre 1963¹²³.
- La Cour a déterminé que la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne*, LRO 1962-1963, Ch. 109 visait à immuniser la Couronne des réclamations en responsabilité civile délictuelle et non de l'immuniser contre tous les torts¹²⁴. En outre, la Loi prévoyait également que, sans cette procédure, il ne serait plus possible de déposer des demandes introduites par pétition de droit¹²⁵.
- Pour étayer sa position, la Cour s'est également penchée sur les décisions *Slark*, *Seed* et *Cloud*, et sur une série d'ouvrages rédigés par divers juristes, et a déclaré que les déterminations faites dans ces décisions demeurent valables aujourd'hui¹²⁶. La Cour a adopté le raisonnement utilisé dans la série d'affaires *Slark*¹²⁷.

4.1.3 Responsabilité solidaire et payeur

- En se fondant sur les principes énoncés dans *Service Mold* et dans *Hryniak*, la Cour a déterminé qu'elle n'allait pas rendre de jugement sommaire partiel ni de jugement déclaratoire sur la question de la responsabilité solidaire ni sur

¹¹⁹ *Ibid.* aux para 181-182.

¹²⁰ *Ibid.* au para 200.

¹²¹ *Ibid.* au para 174.

¹²² *Ibid.* au para 171.

¹²³ *Ibid.* au para 79.

¹²⁴ *Ibid.* au para 82.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.* au para 83.

¹²⁷ *Ibid.*

les questions relatives au payeur¹²⁸. La Cour estimait qu'il n'aurait pas été proportionné, opportun et rentable de traiter ces questions à ce moment-là¹²⁹.

5. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL (2021 ONCA 779)

L'Ontario était le seul défendeur dans cet appel, puisque le Canada n'avait pas interjeté appel¹³⁰. Cette décision est la dernière décision rendue dans la série de décisions concernant l'affaire *Restoule*. Elle a été rendue par la Cour d'appel de l'Ontario. L'appel portait sur certaines déterminations faites à la première et à la deuxième étape. La majorité des conclusions du tribunal inférieur ont été maintenues.

5.1 Principales conclusions

- La Cour a conclu à l'unanimité que la doctrine de l'honneur de la Couronne s'applique dans cette affaire¹³¹. La majorité était d'avis que, selon la doctrine de l'honneur de la Couronne, la Couronne doit s'acquitter de son devoir de mise en œuvre diligente des traités et doit donc augmenter les annuités¹³².
- La majorité a statué que la juge de première instance n'a pas erré dans son interprétation des traités ni dans la façon dont elle a examiné la preuve, et que la Cour d'appel n'a donc aucune raison d'intervenir sur ce plan¹³³.
- Une minorité n'était pas d'accord avec la façon dont la juge de première instance avait interprété les traités, mais était d'accord avec la majorité pour dire que la Couronne n'avait pas pris les mesures requises pour réaliser les promesses des traités et que la Cour pouvait l'obliger à le faire¹³⁴.
- La majorité a statué que les dispositions législatives ontariennes sur la prescription ne s'appliquent pas aux demandes fondées sur des traités et que l'immunité de la Couronne ne s'applique pas dans cette affaire¹³⁵.

¹²⁸ *Ibid.* aux para 269 et 279.

¹²⁹ *Ibid.* au para 271.

¹³⁰ *Restoule, Cour d'appel, supra* note 4.

¹³¹ *Résumé : Restoule, supra* note 1.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

- La Cour a convenu à l'unanimité que l'approche adoptée par la juge de première instance concernant les réparations possibles devrait être modifiée afin de garantir que les paiements seront faits conformément à la promesse d'augmentation prévue dans les traités¹³⁶.

5.2 OÙ EN SOMMES-NOUS AUJOURD'HUI?

Au moment d'écrire ce rapport, l'Ontario a demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Cour d'appel devant la Cour suprême du Canada.

La troisième étape prendra la forme d'un procès complet. À la troisième étape, qui n'a pas encore eu lieu, la Cour statuera sur les questions restantes, notamment les dommages-intérêts et la répartition des responsabilités entre le Canada et l'Ontario.

5.3 Développement des compétences et de la pratique

Restoule est un exemple d'une affaire où la Cour a fait place aux lois et aux questions juridiques anichinabées. Les praticiens peuvent tirer plusieurs leçons de cette affaire. En voici quelques exemples.

5.3.1 Travailler avec les aînés

En se fondant sur la partie III D. des *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*¹³⁷ de la Cour fédérale (troisième édition publiée en avril 2016), les avocats des demandeurs ont demandé à la Cour de permettre la mise en place de certains protocoles pour faciliter le témoignage des aînés¹³⁸. Même si l'instance s'est déroulée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario, certaines adaptations ont été faites pour tenir compte des perspectives anichinabées et pour arrimer les Lignes directrices à la procédure de la cour

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Cour fédérale — Comité de liaison entre la cour fédérale et le Barreau en droit des Autochtones, *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones* (avril 2016), en ligne : [https://www.fct-cf.gc.ca/content/assets/pdf/base/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20\(Fr\).pdf](https://www.fct-cf.gc.ca/content/assets/pdf/base/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20(Fr).pdf) [Lignes directrices de 2016].

¹³⁸ *Restoule et al c Procureur général du Canada et al*, dossier de la Cour no : C-3512-14 & C-3512-14A : Order (Procedure for Taking Evidence), Appendix A: Elders' Protocol [*Ordonnance pour la présentation de la preuve dans Restoule*].

provinciale. Comme l'indiquent les Lignes directrices, pour favoriser la réconciliation, les tribunaux doivent trouver des moyens de rendre les règles de procédure pertinentes pour la perspective autochtone sans perdre de vue les principes d'équité, de recherche de la vérité et de justice¹³⁹.

Voici quelques exemples des adaptations apportées par la Cour en se fondant sur les Lignes directrices pour assurer la pertinence des procédures pour les parties autochtones concernées. Les praticiens devraient envisager de telles adaptations et d'autres façons d'appliquer les Lignes directrices dans leurs propres affaires.

- Les Lignes directrices indiquent que les témoignages des aînés peuvent être présentés sous forme de démonstration, de chants, de danses, d'objets significatifs sur le plan culturel, ou en menant des activités sur le territoire¹⁴⁰. Dans *Restoule*, les aînés ont été autorisés à avoir avec eux leurs pipes et tambours sacrés, et les chefs qui ont témoigné oralement ont pu porter leurs coiffes de cérémonie, comme demandé¹⁴¹.
- Les Lignes directrices indiquent que les instances ordinaires peuvent être modifiées afin d'entendre les témoignages des aînés et pour s'assurer que l'environnement est aussi idéal que possible pour ce faire¹⁴². Dans cette affaire, les aînés concernés souhaitaient faire leur affirmation solennelle en tenant une plume d'aigle¹⁴³. Les aînés ont également demandé qu'un feu sacré soit allumé pendant le procès, en particulier lors des audiences à Manitoulin et de la Première Nation de Garden River (Garden River)¹⁴⁴. On a également demandé que la disposition des sièges soit ajustée, de manière à les positionner en cercle ou en demi-cercle, si possible¹⁴⁵. Enfin, les aînés ont demandé que l'on tienne une cérémonie de purification avant le début des audiences à Thunder Bay, ainsi que lors des audiences portant sur les témoignages des Anichinabés et des aînés à Manitoulin et à Garden River¹⁴⁶.
- Les Lignes directrices soulignent l'importance d'assurer la bonne interprétation (traduction) des langues autochtones. La partie qui a appelé

¹³⁹ *Ibid.* para 30.

¹⁴⁰ *Ibid.* para 33.

¹⁴¹ *Ordonnance pour la présentation de la preuve dans Restoule, supra note 137 para 3.*

¹⁴² *Lignes directrices 2016, supra note 138 aux para 33-34.*

¹⁴³ *Ordonnance pour la présentation de la preuve dans Restoule, supra note 137 para 4.*

¹⁴⁴ *Ibid.* para 4.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

l'ainé à témoigner doit signaler les besoins en matière d'interprétation et indiquer comment l'interprétation doit être faite¹⁴⁷. Dans cette affaire, de nombreux aînés ont présenté leur témoignage en anglais. Cependant, deux aînés ont déclaré qu'ils pourraient avoir besoin de s'exprimer en anishinaabemowin. On a donc retenu les services d'un interprète pour ces aînés¹⁴⁸.

- Les Lignes directrices prévoient que le tribunal peut envisager, à la demande d'une partie, que tout ou partie d'une instance se déroule dans une collectivité autochtone¹⁴⁹. Dans cette affaire, certains lieux ont été choisis, à Manitoulin et à Garden River, pour la présentation des témoignages des aînés et des Anichinabés.¹⁵⁰
- Les Lignes directrices prévoient également la possibilité d'apporter des ajustements au processus d'interrogatoire principal et de contrinterrogatoire des aînés¹⁵¹. Les Lignes directrices précisent que la meilleure façon de gérer le processus entourant le témoignage des aînés consiste à aborder le processus de façon respectueuse en accord avec les sensibilités autochtones, tout en respectant les exigences de la procédure judiciaire¹⁵². Dans cette affaire, des ajustements ont été apportés au processus d'interrogatoire principal, et l'avocat a été autorisé à s'asseoir à côté des aînés, lesquels avaient également des déficiences auditives¹⁵³. En ce qui concerne les contrinterrogatoires, toutes les parties ont travaillé ensemble pour s'assurer que les contrinterrogatoires étaient menés de façon appropriée¹⁵⁴.
- Les Lignes directrices réitèrent l'importance des cérémonies ou de la prière pour certaines communautés autochtones¹⁵⁵. Dans cette affaire, les aînés ont demandé qu'un bâton à exploits soit présent dans la salle d'audience et qu'un feu sacré soit allumé pendant les audiences, particulièrement à Manitoulin et à Garden River¹⁵⁶. Le tribunal a également accédé à ces demandes.

¹⁴⁷ *Lignes directrices 2016, supra* note 138 para 34.

¹⁴⁸ *Ordonnance pour la présentation de la preuve dans Restoule, supra* note 137 p 5.

¹⁴⁹ *Lignes directrices 2016, supra* note 138 p 34.

¹⁵⁰ *Ordonnance pour la présentation de la preuve dans Restoule, supra* note 137 à 5.

¹⁵¹ *Lignes directrices 2016, supra* note 138 aux pp 34-36.

¹⁵² *Ibid.* à la p 35.

¹⁵³ *Ordonnance pour la présentation de la preuve dans Restoule, supra* note 137 à 6.

¹⁵⁴ *Ibid.* à la p 7.

¹⁵⁵ *Lignes directrices 2016, supra* note 138 p 37.

¹⁵⁶ *Ordonnance pour la présentation de la preuve dans Restoule, supra* note 137 à 8.

Ces exemples démontrent que les professionnels du droit peuvent demander des adaptations pour répondre aux besoins de leurs clients lors des instances judiciaires. Qu'il s'agisse de pratiques cérémonielles ou culturelles, de protocoles, ou simplement d'aider à instaurer un environnement plus ouvert et plus confortable pour les participants autochtones, ces Lignes directrices proposent divers aménagements qui semblent suffisamment souples pour répondre aux besoins particuliers des clients.

5.3.2 Améliorer l'accessibilité des instances

Les mesures prises par les avocats dans l'affaire *Restoule* démontrent aussi qu'une Cour supérieure peut rendre ses instances plus accessibles, notamment lorsqu'il s'agit de parties autochtones et de traités, ce qui peut avoir une incidence sur tous les signataires d'un traité. Dans cette affaire, les demandeurs ont demandé une ordonnance autorisant la diffusion en direct de l'instance et la publication des enregistrements des audiences¹⁵⁷, en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*¹⁵⁸. La décision de diffuser l'audience en direct ou non n'appartenait pas aux parties. Cependant, il y avait certains désaccords concernant les conditions d'une telle ordonnance¹⁵⁹. La cour a décidé d'autoriser la diffusion en direct et la publication des vidéos. Elle a également publié les motifs écrits de sa décision à cet égard¹⁶⁰. Certains aspects de la décision peuvent s'avérer utiles pour les représentants juridiques qui travaillent avec des clients autochtones, notamment dans les cas où l'accessibilité peut être un problème.

- Les demandeurs ont fait valoir que l'enregistrement des audiences et la publication des vidéos étaient nécessaires, en raison des difficultés relatives aux distances géographiques et parce que de nombreuses personnes qui pourraient s'intéresser à l'instance n'allaient pas pouvoir se rendre au palais de justice¹⁶¹. Ils ont également fait valoir que cette façon de faire servirait mieux l'intérêt public et contribuerait à la réconciliation¹⁶². La Cour a conclu qu'il y avait de bonnes raisons d'autoriser l'enregistrement des audiences et la publication des vidéos, pour les raisons suivantes : 1) la nature des parties

¹⁵⁷ *Restoule et al v Attorney General of Canada et al*, Court File No: C-3512-14 & C-3512-14A : Order Authorizing Livestreaming And Posting Of Proceedings, Annex [Ordonnance autorisant la diffusion en direct et la publication des vidéos]. Il faut noter que le procès pour la première étape a eu lieu avant la pandémie de COVID 19.

¹⁵⁸ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, LRO 1990, ch. 43, al. 136 (3) a).

¹⁵⁹ *Première étape de Restoule*, supra note 2.

¹⁶⁰ *Ibid.* aux para 73-78.

¹⁶¹ *Ibid.* au para 23.

¹⁶² *Ibid.*

intéressées, soit des parties autochtones géographiquement dispersées¹⁶³ ; 2) la nécessité d'assurer la transparence pour surmonter la méfiance historique des Autochtones à l'égard du système judiciaire (la Cour estimait que cette décision renforcerait l'intégrité du système judiciaire)¹⁶⁴ ; et 3) la nécessité de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour assurer la tenue d'audiences ouvertes et transparentes sur un différend historique lié à un traité¹⁶⁵.

- La Cour a par la suite fait remarquer que la décision d'autoriser la diffusion sans restriction¹⁶⁶ des audiences a permis d'immortaliser un moment historique sur vidéo lorsque, le 25 octobre 2017, l'un des aînés a lu à voix haute une traduction en anishinaabemowin du *Traité Robinson-Huron* dans la salle communautaire de Garden River¹⁶⁷. C'était probablement la première fois qu'une traduction en anishinaabemowin du traité était lue à voix haute dans un contexte judiciaire¹⁶⁸. L'anishinaabemowin est la langue des Anichinabés, lesquels ont participé au conseil sur les traités et ont signé le Traité¹⁶⁹. La salle était remplie d'aînés, de chefs et de membres de la communauté, qui ont entendu le traité dans leur langue pour la première fois¹⁷⁰.
- La Cour a également autorisé des adaptations favorisant l'accessibilité, conformément aux Lignes directrices¹⁷¹. Elle a convenu que la Cour pourrait siéger à différents endroits pendant l'instance — Thunder Bay, l'île Manitoulin, la Première Nation de Garden River et le Grand Sudbury¹⁷² —, car sept des Premières Nations visées par le *Traité Robinson-Huron* se trouvent sur l'île Manitoulin¹⁷³. La Première Nation de Garden River est située au point de rencontre des territoires visés par les traités Huron et Supérieur. Elle est également proche de l'endroit où s'est tenu le conseil sur les traités et où les traités ont été signés¹⁷⁴. L'instance liée au *Traité Robinson-Huron* a été

¹⁶³ *Ibid.* au para 72.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.* aux para 79-85.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Lignes directrices 2016, supra note 2 p 34.*

¹⁷² *Première étape de Restoule, supra note 2 au para 8.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

introduite au palais de justice de Sudbury où siège la Cour supérieure, ce qui est près du centre du territoire visé par le *Traité Robinson-Huron*¹⁷⁵. L'avocat d'un client autochtone devrait tenir compte de cet aspect, car il peut être possible de demander que les audiences aient lieu à des endroits qui conviennent mieux au client autochtone ou qui facilitent l'accès à la justice pour le client autochtone, si les circonstances le permettent.

Dans le cas des professionnels du droit qui travaillent avec des clients autochtones, ce type d'ordonnance autorisant l'enregistrement des audiences et leur publication peut être un précédent utile si le client souhaite faire une telle demande pour faciliter l'accessibilité et répondre à certains besoins.

5.3.3 L'importance du contexte historique

Dans les litiges relatifs aux traités, le contexte historique joue un rôle crucial pour aider le tribunal à interpréter le traité. Cette question est examinée dans la deuxième partie du critère d'interprétation des traités énoncé dans *Marshall*¹⁷⁶. En outre, il est important pour les praticiens de déterminer comment éclairer le tribunal sur le contexte historique. Dans cette affaire, les avocats des parties anichinabées et les parties anichinabées ont recouru à plusieurs ethnohistoriens et à d'autres professionnels pour ce faire. Ils ont entre autres recouru à M. Alan Corbiere, un ethnohistorien reconnu comme un expert de l'histoire orale et des documents écrits sur les wampums et la chaîne d'alliance entre les Anichinabés et la Couronne au cours des 18^e et 19^e siècles¹⁷⁷. Les avocats ont également fait appel au D^r Paul Driben, un autre ethnohistorien reconnu à titre d'expert en traditions culturelles anichinabées, qui a éclairé le tribunal sur l'utilisation et l'occupation historiques des terres par les Anichinabés, et sur la compréhension interculturelle des acteurs anichinabés et non anichinabés et de la Couronne dans le processus d'élaboration du traité¹⁷⁸.

Plusieurs autres témoins experts ont aidé les parties à présenter le dossier historique, comme M^{me} Gwynneth Jones (une historienne qui a fourni de l'information relativement à l'interprétation des documents historiques), M. James Morrison (un ethnohistorien reconnu comme un expert des traités Robinson), D^{re} Heidi Bohaker (historienne et ethnohistorienne reconnue en tant qu'experte des principes de gouvernance anichinabés, du doodemag, des alliances et de

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid* au para 324.

¹⁷⁷ *Ibid.* au para 9.

¹⁷⁸ *Ibid.*

l'établissement de traités), D^{re} Heidi Kiiwetinepinesiik Stark (politologue reconnue en tant qu'experte de la jurisprudence anichinabée et de l'application des lois au moyen d'histoires et de métaphores), et D^r Carl Beal (économiste et historien économique reconnu en tant qu'expert des aspects économiques des traités historiques)¹⁷⁹.

5.3.4 L'importance du droit autochtone

Le rôle du droit et des principes juridiques anichinabés présentés au procès faisait partie de la preuve factuelle illustrant la perspective autochtone¹⁸⁰. Les demandeurs n'ont pas demandé à la Cour d'appliquer le droit anichinabé¹⁸¹. Les demandeurs et le Canada ont plutôt fait valoir que la Cour devrait tenir compte du droit anichinabé pour comprendre la perspective anichinabée et éclairer son analyse de l'intention commune¹⁸². Les praticiens doivent donc garder à l'esprit que ce type de preuve peut être présentée par des experts en droit autochtone et par des aînés.

Les avocats des parties ont fait appel à des aînés et à des chefs qui ont décrit les traditions politiques, culturelles, historiques et linguistiques des Anichinabés, notamment l'aîné Fred Kelly, l'aînée Rita Corbiere, l'aînée Irene Stevens et l'aînée Irene Makedebin, ainsi que le chef Dean Sayers, le chef Duke Peltier et le chef Angus Toulouse¹⁸³.

Dans cette affaire, les avocats des parties anichinabées n'ont pas pu trouver d'aînés qui avaient un souvenir historique oral du conseil des traités de 1850, mais ils ont pu trouver des gens qui parlent la langue et qui ont pu éclairer la Cour sur la façon dont les Anichinabés auraient pu interpréter et comprendre le texte à l'époque. Ils ont également parlé des lois anichinabées applicables et de la façon dont elles auraient pu influencer la compréhension et l'interprétation des traités.

5.4 Autres points à retenir

5.4.1 Collaborer avec un client

Restoule est un excellent exemple de la prestation de services juridiques au service de la communauté. Dans l'article écrit par Shin Imai, *A Counter-pedagogy for Social*

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.* au para 13.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.* au para 10.

*Justice : Core Skills for Community Lawyering*¹⁸⁴, l'auteur décrit trois compétences qui, selon lui, sont essentielles pour la prestation de services juridiques au service de la communauté, et qui étaient vraisemblablement présentes dans *Restoule* : 1) collaborer avec la communauté, 2) reconnaître l'individualité, et 3) adopter une perspective communautaire¹⁸⁵. Imai soutient que les stratégies doivent être élaborées en collaboration avec les membres de la communauté, et déclare : [Traduction] « En élaborant ces stratégies, il faut cependant être conscient que le processus de prestation de services juridiques lui-même, et la relation de l'avocat avec la communauté, peuvent déterminer si l'avocat est une force de libération ou un agent de domination »¹⁸⁶. Cela signifie que vous pouvez adopter l'approche autoritaire traditionnelle pour représenter votre client, ce qui peut donner aux parties l'impression d'avoir peu de pouvoir, ou adopter d'autres stratégies fondées sur la collaboration, comme ce fut le cas dans l'affaire *Restoule*, et permettre aux clients d'avoir l'impression que justice a été faite.

Les membres de l'équipe d'avocats qui ont représenté les demandeurs dans l'affaire *Restoule* ont affirmé qu'une bonne partie de ce qui a pu être réalisé dans cette affaire, tel que nous l'avons décrit ci-dessus, n'aurait pu être possible s'ils n'avaient pas écouté les demandes des communautés elles-mêmes¹⁸⁷. C'était le rôle des praticiens d'écouter leurs clients pour déterminer quels étaient leurs besoins et leurs désirs, et de trouver comment la procédure judiciaire pouvait répondre à ces besoins.

5.4.2 Faire preuve de courage

Ne craignez pas de demander que le tribunal fasse place à des cérémonies autochtones, à des protocoles autochtones, etc., même si cela n'a jamais été fait auparavant. Et insistez s'il le faut. Dans *Restoule*, les avocats ont fait pression pour que la Cour fasse place aux principes et aux protocoles anichinabés. Il était important qu'un feu sacré brûle tout au long des audiences et qu'on prononce une *prière* au début et à la fin les journées d'audience. Les avocats des demandeurs admettent qu'il y a eu des hésitations au début, mais qu'il peut être enrichissant de déployer des efforts pour assurer une procédure judiciaire inclusive lorsque les clients le souhaitent et que l'on travaille avec les directives de pratique de la Cour pour y

¹⁸⁴ Imai, Shin. « A Counter-pedagogy for Social Justice: Core Skills for Community Lawyering. » (2002) *Clinical Law Review* 9.1 p 195.

¹⁸⁵ *Ibid.* à la p 200.

¹⁸⁶ *Ibid.* à la p 197.

¹⁸⁷ Entrevue de Dianne Corbiere (27 février 2022) [*Entrevue de Corbiere*].

arriver, comme dans *Restoule*¹⁸⁸. Dans ce cas-ci, la Cour supérieure de justice de l'Ontario n'a pas eu à innover, elle a profité de l'occasion pour adopter les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones* déjà élaborées par la Cour fédérale¹⁸⁹.

¹⁸⁸ *Ibid.* Treaty Interpretation in the Age of Restoule - Yellowhead Institute

¹⁸⁹ *Directives de pratique 2016, supra note 138.*

6. RESSOURCES

6.1 Jurisprudence

- *Restoule v Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 114 (CanLII), <<https://canlii.ca/t/hpx5c>>, consulté le 2022-01-22.
- *Restoule v Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 7701 (CanLII), <<https://canlii.ca/t/hwqyg>>, consulté le 2022-01-22.
- *Restoule v Canada (Attorney General)*, 2019 ONSC 5329 (CanLII), <<https://canlii.ca/t/j2p16>>, consulté le 2022-01-22.
- *Restoule v Canada (Attorney General)*, 2020 ONSC 3932 (CanLII), <<https://canlii.ca/t/j8fpz>>, consulté le 2022-01-22.
- *Restoule v Canada (Attorney General)*, 2021 ONSC 2221 (CanLII), <<https://canlii.ca/t/jdzqg>>, consulté le 2022-01-22.
- *Restoule v Canada (Attorney General)*, 2021 ONCA 779 (CanLII), <<https://canlii.ca/t/jk69c>>, consulté le 2022-01-23.

6.2 Documents secondaires

- Cour fédérale — Comité de liaison entre la cour fédérale et le Barreau en droit des Autochtones, *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones* (avril 2016), en ligne : [https://www.fct-cf.gc.ca/content/assets/pdf/base/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20\(Fr\).pdf](https://www.fct-cf.gc.ca/content/assets/pdf/base/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20(Fr).pdf) .
- Cour fédérale — Comité de liaison entre la cour fédérale et le Barreau en droit des Autochtones, *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones* (septembre 2021), en ligne : [https://www.fct-cf.gc.ca/Content/assets/pdf/base/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20Sept-2021%20\(FRA\)%20FINAL.pdf](https://www.fct-cf.gc.ca/Content/assets/pdf/base/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20Sept-2021%20(FRA)%20FINAL.pdf) .
- Imai, Shin. « A Counter-pedagogy for Social Justice: Core Skills for Community Lawyering » (2002) *Clinical Law Review* 9.1 aux pp 195-227.

- Entrevue de Dianne Corbiere (27 février 2022).
- *Restoule et al v Attorney General of Canada et al*, Court File No: C-3512-14 & C-3512-14A: Order Authorizing Livestreaming And Posting Of Proceedings, Annex.
- *Restoule et al v Attorney General of Canada et al*, Court File No: C-3512-14 & C-3512-14A: Order (Procedure for Taking Evidence), Appendix A: Elders' Protocol.
- Staff at the Court of Appeal for Ontario, « Overview: Restoule v. Canada (Attorney General) & Ontario (Attorney General) » (date inconnue), en ligne : Ontario Courts - Tribunaux de l'Ontario
 - <https://www.ontariocourts.ca/decisions/2021/2021ONCA0779overview.htm>
 - [<https://web.archive.org/web/20211222204127/https://www.ontariocourts.ca/decisions/2021/2021ONCA0779overview.htm#>].
- Treaty Interpretation in the Age of Restoule - Yellowhead Institute

6.3 Bibliographie interactive

- Vidéos du procès de l'étape 1 : <<https://waawiindamaagewin.com/portfolio-items/robinson-huron-treaty-annuities-case-phase-1/>>.
- Site Web de l'affaire portant sur les annuités prévues au Traité Robinson-Huron : <<https://www.robinsonhurontreaty1850.com/>>.
- Page Facebook de l'affaire portant sur les annuités prévues au Traité Robinson-Huron 1850 : <<https://www.facebook.com/search/top?q=robinson%20huron%20treaty%201850%20-%20annuities%20case>>.
- Résumé de l'affaire dans le magazine Robinson Huron Waawiindamaagewin Tread Times — Numéro 1, p. 5-11 <https://issuu.com/waawiindamaagewin/docs/rhw_treatytimes_issue1_2021_rough4_low_4_rough>.

- Résumé de l'affaire dans le magazine Robinson Huron Waawiindamaagewin Tread Times — Numéro 2, p. 5-27 <https://issuu.com/waawiindamaagewin/docs/rhw_treatytimes_issue2>.
- Site Web de la Première Nation de Nipissing — Traité Robinson-Huron — Dernières nouvelles sur l'affaire : <<https://nfn.ca/news-notice-2021/rht/>>.

CHAPITRE 7: L'OBLIGATION DE CONSULTER ET D'ACCOMMODER, ET LE CONSENTEMENT PRÉALABLE, DONNÉ LIBREMENT ET EN CONNAISSANCE DE CAUSE

1. OBJET DU CHAPITRE

L'obligation de consulter les Autochtones et d'accommoder leurs droits et intérêts lorsqu'une atteinte est anticipée ou a déjà eu lieu fait maintenant partie du droit législatif canadien¹ et de la jurisprudence de common law. Bien qu'il ne s'agisse pas de nouveaux principes, l'adoption de la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, dont nous avons parlé au chapitre 4, mènera nécessairement à une révision du cadre de réglementation du Canada qui régit les interactions avec les collectivités, les terres et les territoires autochtones. Puisque cela soulève de nouvelles questions en matière de défense des intérêts et des droits, dans ce chapitre, nous passons en revue certaines questions clés pour les professionnels du droit et en ce qui a trait à la doctrine du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. À la fin du chapitre, vous trouverez des ressources qui vous aideront à poursuivre vos apprentissages.

2. L'OBLIGATION DE CONSULTER ET D'ACCOMMODER: D'OÙ PROVIENT CETTE OBLIGATION?

C'est en 1990, dans *R c Sparrow*², que la Cour suprême du Canada a énoncé l'obligation de consulter et d'accommoder (OCA) pour la première fois. L'affaire *Sparrow* portait sur le droit ancestral de pêcher de la Première Nation Musqueam. Ce fut la première décision de la Cour suprême du Canada concernant les droits prévus à l'article 35. La Cour a statué que le gouvernement doit tout d'abord consulter les titulaires de droits concernés et possiblement les indemniser lorsqu'il envisage de porter atteinte à leurs droits³. Depuis cet arrêt, la jurisprudence relative à l'OCA a beaucoup évolué. En 2004, la Cour suprême du Canada a conclu que l'OCA découle « de l'honneur de la Couronne », car elle fait « partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des

¹ Lois, règlements et politiques fédéraux ou provinciaux, tels que la *Loi sur l'évaluation d'impact* (Canada) ou la *Loi sur les évaluations environnementales* (Ontario).

² *R c Sparrow*, [1990]1 RCS 1075, [1990] S.C.J. No 49 [*Sparrow*].

³ *Ibid* para 1080.

revendications ». La Cour a également confirmé que l'OCA est l'une des obligations constitutionnelles de la Couronne⁴. En 2018, dans *Mikisew*, la CSC a fourni des précisions supplémentaires sur l'application de l'OCA dans le contexte des droits issus de traités et de l'honneur de la Couronne. Elle a notamment statué ce qui suit :

« L'objectif qui sous-tend le principe de l'honneur de la Couronne est celui de faciliter la réconciliation de ces intérêts : *Manitoba Metis*, par. 66-67. Il contribue à l'atteinte de cet objectif notamment en favorisant la négociation et le règlement juste des revendications autochtones comme solution de rechange aux recours judiciaires et aux résultats imposés par les tribunaux : *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24. Cette entreprise de réconciliation est un principe de base du droit des Autochtones. »⁵

L'honneur de la Couronne s'applique à tous les rapports de la Couronne avec les peuples autochtones⁶, y compris aux négociations et aux litiges concernant les droits et les intérêts ancestraux et issus de traités. Dans *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, la CSC a déclaré, en ce qui concerne la question de savoir si l'atteinte au titre ancestral était justifiée : « il y a toujours obligation de consultation »⁷. En 2010, dans *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, la Cour a déclaré que l'OCA s'appliquait aussi aux traités modernes⁸.

3. À QUEL MOMENT L'OBLIGATION PREND-ELLE NAISSANCE?

Comme indiqué dans l'arrêt *Nation Haïda*, l'obligation de consulter et

⁴ *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73 au para 27 [*Nation haïda*]. Pour en savoir plus sur ce que signifie exactement « l'honneur de la Couronne », voir Brian Slattery, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005) 29:1 SCLR 433 aux pp 433-434, en ligne : <<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/sclr/vol29/iss1/20>>.

⁵ *Mikisew Cree First Nation c Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40 (CanLII) au para 22, [2018] 2 CSC 765 [*Mikisew 2018*].

⁶ *R c Badger*, [1996] 1 RCS 771 au para 41, 1996 CanLII 236 (CSC) [*Badger*]; *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 456, 1999 CanLII 665 (CSC) [*Marshall*].

⁷ *Delgamuukw c Colombie-Britannique* [1997] 3 RCS 1010, 1997 CanLII 302 (CSC).

⁸ *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 RSC 103, 2010 CSC 53 (CanLII) [*Beckman*].

d'accommoder prend naissance « lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci »⁹.

Par conséquent, lorsque la Couronne envisage des mesures ou une décision qui aura une incidence sur un droit ou un intérêt démontré ou revendiqué, elle a l'obligation de consulter les parties concernées et possiblement d'accommoder les droits ou intérêts touchés. Les mesures envisagées qui pourraient avoir un effet préjudiciable sur l'exercice (futur) d'un droit ancestral comprennent les mesures qui portent préjudice à une revendication en cours ou à un droit; ou une décision de gestion de haut niveau ou des changements structurels à la gestion des ressources. Cependant, les atteintes antérieures et les répercussions hypothétiques ou néfastes sur les positions de négociation ne sont pas considérées comme des « effets préjudiciables ».

Voici d'autres exemples de situations dans lesquelles une obligation peut prendre naissance :

1. Revendications territoriales qui se chevauchent : C'est un scénario qui commence à apparaître, comme dans l'affaire *Gamlaxyelxw v British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*¹⁰, dans laquelle le gouvernement envisageait une mesure qui a fait naître l'obligation de consulter les deux Premières Nations titulaires de droits en vertu de l'article 35 puisque la mesure avait le potentiel de porter atteinte à leurs droits. Le différend a été réglé au moyen d'accommodements.
2. Droits issus de traités : La Couronne sera toujours au courant de son contenu (écrit/établi). Les effets préjudiciables potentiels ne doivent pas être seulement hypothétiques. Ils doivent être appréciables et ils doivent réellement avoir le potentiel de causer des effets préjudiciables à la substance du droit revendiqué¹¹.

⁹ *Nation haïda*, supra note 4 au para 35.

¹⁰ *Gamlaxyelxw v British Columbia (Minister of Forests, Lands & Natural Resource Operations)*, 2018 BCSC 440 [*Gamlaxyelxw*].

¹¹ *Buffalo River Dene Nation v. Saskatchewan (Minister of Energy and Resources)*, 2015 SKCA 31 au para 90 [2015] S.J. No. 151 [*Buffalo River*].

3. L'obligation de consulter les Premières Nations titulaires de droits en vertu de l'article 35 (revendiqués et issus de traités) s'applique lorsqu'une mesure envisagée par la Couronne pourrait avoir un effet préjudiciable sur leurs droits. La résolution du différend est une question d'accommodement.

4. QUELLE EST LA PORTÉE DE L'OBLIGATION?

Lorsqu'elle s'est prononcée sur le contenu de l'OCA, la CSC a statué que le contenu de l'OCA « varie selon les circonstances »¹². L'étendue de l'OCA « dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre »¹³.

À une extrémité du continuum, il y a les mesures qui ne devraient avoir aucun effet grave, auquel cas il peut être suffisant, pour s'acquitter de son obligation, que la Couronne donne un préavis adéquat et communique les renseignements pertinents à la Première Nation concernée. L'accommodement, dans de tels cas, peut consister à discuter des questions soulevées en lien avec l'avis initial et à y donner suite. À l'autre extrémité du continuum, dans les cas où la mesure envisagée par la Couronne pourrait avoir des répercussions graves et préjudiciables, les obligations qui incombent à la Couronne sont beaucoup plus grandes. Il se peut que la Couronne doive communiquer des renseignements exhaustifs, procéder à des visites des lieux, effectuer des recherches, commander des études d'experts, s'engager dans un dialogue continu et prévoir la présentation d'observations aux instances décisionnelles. Le processus de consultation aidera la Couronne à déterminer les accommodements requis¹⁴.

De plus, l'accommodement est une responsabilité de la Couronne qui doit être éclairée par le processus de consultation. Voici certains exemples d'accommodement : prévoir des mesures d'atténuation; imposer des conditions sur les permis, licences ou autorisations; prévoir une indemnisation pécuniaire; ou

¹² *Nation haïda*, supra note 4 au para 39.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Le gouvernement du Canada a publié une version révisée de ses *Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter*, mars 2011, qui précisent les étapes à suivre pour préparer et mener les processus de consultation (pour une description générale des mesures d'accommodement, voir la p. 44) Gouvernement du Canada, « Consultation et accommodement des Autochtones » (March 2011), en ligne (PDF): https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/DAM/DAM-CIRNAC-RCAANC/DAM-CNSLTENGE/STAGING/texte-text/intgui_1100100014665_fra.pdf.

envisager d'apporter des changements à l'activité proposée¹⁵.

Jusqu'à présent, les tribunaux ont principalement traité l'OCA comme un droit procédural, plutôt que comme un droit substantiel. Autrement dit, les groupes autochtones ont droit à un processus équitable, mais pas à un résultat particulier. Par exemple, dans l'affaire *Taku River Tlingit*, la CSC a statué que l'OCA ne s'accompagnait pas d'une « obligation de se mettre d'accord [...] et le fait qu'elle n'y soit pas parvenue ne constitue pas un manquement à son obligation d'agir de bonne foi [...] »¹⁶.

Toutefois, de nombreux peuples autochtones estiment que l'OCA doit également comporter un élément de droit substantiel afin d'éviter que la Couronne soit libérée de son obligation, peu importe le résultat atteint, pour autant qu'elle se soit comportée de façon honorable. Ce sera aux tribunaux de décider de retenir ces arguments ou non.

5. QUELLE A ÉTÉ L'INCIDENCE DE L'OBLIGATION DE CONSULTER?

[Traduction] « [B]ien que les processus générés par la jurisprudence relative à l'OCA aient sans aucun doute eu des effets positifs, ils se sont développés en partant du principe voulant que la Couronne possède la souveraineté, le pouvoir législatif et le titre sous-jacent sur les terres autochtones »¹⁷. Ainsi, le cadre qui sous-tend l'OCA repose sur une relation présumée entre souverain et sujet, soit entre la Couronne et les peuples autochtones, une relation que les peuples autochtones rejettent depuis 150 ans¹⁸.

Les grands projets d'exploitation des ressources sont possiblement les meilleurs exemples des effets (ou des non-effets) de l'OCA. Au cours de la dernière décennie, le gouvernement fédéral a approuvé de tels projets (expansion du réseau Trans Mountain, Northern Gateway, barrage du site C) malgré l'opposition généralisée des communautés autochtones¹⁹. Il est également important de

¹⁵ *Ibid.* à la p 43.

¹⁶ *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 RSC 550, 2004 CSC 74, [*Tlingit de Taku River*].

¹⁷ Robert Hamilton et Joshua Nichols, « The Tin Ear of the Court: Ktunaxa Nation and the Foundation of the Duty to Consult » (2019) 56:3 *Alta L Rev* 729 p. 730 [*Tin Ear*].

¹⁸ *Ibid.* p 730-731.

¹⁹ Sarah Morales, « Braiding the Incommensurable: Indigenous Legal Traditions and the Duty to Consult », dans John Borrows et al., eds, *Braiding Legal Orders: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Montréal, McGill-Queen's University Press, Centre for

considérer le rôle des femmes autochtones et la façon dont elles sont touchées par tout cela. Sarah Morales s’est penchée sur les effets des industries extractives sur les femmes et les filles autochtones en particulier²⁰.

Bien que l’OCA s’agence d’un éventail de [Traduction] « processus et de critères juridiques compliqués qui poussent les peuples autochtones dans une relation constitutionnelle qu’ils ont toujours rejetée »²¹, la promulgation récente du projet de loi C-15 donnant effet à la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* laisse augurer un changement.

6. LA DNUDPA ET LE CONSENTEMENT PRÉALABLE, DONNÉ LIBREMENT ET EN CONNAISSANCE DE CAUSE

De nombreuses questions se posent quant à la façon dont l’OCA sera interprétée une fois que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) fera son chemin dans la jurisprudence canadienne — si elle le fait.

Comme nous l’avons résumé dans le Guide original de 2016, Carolyn Bennett, qui était ministre des Affaires autochtones et du Nord à l’époque, a déclaré que le Canada prévoyait [Traduction] « pleinement mettre en œuvre la DNUDPA, et ce, sans réserve » en établissant un « cadre fondé sur l’article 35 ».

Comme indiqué au chapitre 4, en 2019, le gouvernement provincial de la Colombie-Britannique a été le premier au Canada à adopter une loi fondée sur la DNUDPA. En 2021, le gouvernement fédéral a adopté la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*²². La *Loi* vise à « confirmer que la Déclaration constitue un instrument international universel en matière de droits de la personne qui trouve application en droit canadien » et à « encadrer la mise en œuvre de la Déclaration par le gouvernement du Canada ». Cependant, la *Loi* indique explicitement qu’elle maintient les droits des peuples autochtones tels

International Governance Innovation, 2019.

²⁰ Sarah Morales, « Digging for Rights: How Can International Human Rights Law Better Protect Indigenous Women from Extractive Industries? » (2019) 31:1 Canadian Journal of Women and the Law, pp 58–90; Brenda L Gunn, « Bringing a Gendered Lens to Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », dans John Borrows et al., eds, *Braiding Legal Orders: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Montréal, McGill-Queen’s University Press, Centre for International Governance Innovation, 2019, p 14.

²¹ *Tin Ear*, supra note 17 p 731.

²² *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, LC 2021, ch. 14.

qu'ils sont reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu'elle n'y porte pas atteinte.

Cette *Loi* pourrait avoir d'importants effets. Un certain nombre de publications publiées avant et après l'entrée en vigueur de la *Loi* ont imaginé certaines de ces possibilités²³.

Comme l'a récemment déclaré l'Association du Barreau autochtone [Traduction] « bien que le gouvernement fédéral ait établi un processus pour assurer la mise en œuvre nationale de la DNUDPA en adoptant le projet de loi C-15, la suppression et la négation pure et simple des lois autochtones et des droits des Autochtones ont persisté à travers le Canada puisque les gouvernements fédéral et provinciaux n'ont pas pris les mesures requises pour atteindre les objectifs de la DNUDPA »²⁴.

7. QUELS SERAIENT LES EFFETS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA DNUDPA SUR L'OCA?

Pour de nombreux peuples autochtones, la DNUDPA promet une toute nouvelle relation avec la Couronne, fondée non pas sur la souveraineté de la Couronne, mais sur l'autodétermination des peuples autochtones et sur une relation de nation à nation. Sarah Morales écrit que, depuis longtemps, [Traduction] « l'une des principales préoccupations des peuples autochtones du Canada est que le gouvernement continue de prendre des décisions qui ont une incidence sur leur vie sans qu'ils aient voix au chapitre ou presque »²⁵. L'article 1 de la DNUDPA est rédigé en ces termes :

²³ Robert Hamilton, « Asserted vs Established Rights and the Promise of UNDRIP », dans John Borrows et coll., eds, *Braiding Legal Orders : Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Montréal, McGill-Queen's University Press, Centre for International Governance Innovation, 2019, à la p 8; « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Canada: Lessons from B.C. », (décembre 2020) en ligne : *Yellowhead Institute* <<https://yellowheadinstitute.org/bc-undrip/>>; Morales, *supra* note 19.

²⁴ « In the Wake of the Wet'suwet'en Resistance, the IBA Calls for Substantive Implementation of UNDRIP including Consent, Consultation, and Cooperation with Indigenous Peoples », Association du Barreau autochtone du Canada (ABA), 18 décembre 2021, en ligne : <<https://indigenousbar.ca/in-the-wake-of-the-wetsuweten-resistance-the-iba-calls-for-substantive-implementation-of-undrip-including-consent-consultation-and-cooperation-with-indigenous-peoples/>>.

²⁵ Morales, *supra* note 19 para 6.

« 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'homme. »

Morales explique en outre que le droit énoncé à l'article 1 de la DNUDPA découle du droit à l'autodétermination, un principe directeur fondateur et central de la DNUDPA²⁶.

Un certain nombre d'articles de la DNUDPA portent sur la consultation des peuples autochtones. La DNUDPA exige que les peuples autochtones soient consultés afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, avant d'approuver des projets liés aux terres, aux territoires ou à d'autres ressources appartenant aux peuples autochtones; avant de prendre des terres, territoires et ressources traditionnellement occupés ou utilisés par les peuples autochtones; avant de stocker ou de décharger des matières dangereuses; et avant de prendre des biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur appartiennent²⁷.

8. INTRODUCTION DE L'ARTICLE 19 DE LA DNUDPA ET DU PRINCIPE DU « CONSENTEMENT PRÉALABLE, DONNÉ LIBREMENT ET EN CONNAISSANCE DE CAUSE »

Voici le texte de l'article 19 de la DNUDPA :

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 cause²⁸.

Le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC) pourrait avoir une incidence sur l'OCA. Certains craignent qu'elle

²⁶ *Ibid.* à la p 7.

²⁷ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés. AG 295, UNGAOR, 61e session, suppl. n° 49, Doc NU A/RES/61/296, \$^{\wedge}\$ ILM 1013 (2007) [DNUDPA].

²⁸ *Ibid.* à l'art. 19.

donne aux groupes autochtones un droit de véto — un pouvoir qui ne fait pas du tout partie du processus relatif à l'OCA. L'application du CPLCC dans les tribunaux canadiens, et l'interaction entre le CPLCC et l'OCA, sont de nouvelles questions qui n'ont pas encore été abordées en droit. Cependant, il est important que les professionnels du droit connaissent ce principe et soient au courant de la nécessité de plus en plus grande de déterminer comment l'interpréter et l'appliquer dans le contexte de la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (voir le chapitre 4 du présent supplément).

9. CONSIDÉRATIONS RELATIVES À LA PRATIQUE DU DROIT ET RÉCENTS DÉVELOPPEMENTS

Le champ d'application de l'OCA s'est considérablement élargi depuis la trilogie d'affaires portant sur l'OCA du début des années 2000. Dans la prochaine section, nous décrirons comment ce champ d'application s'est étendu et nous aborderons les considérations générales dont les professionnels du droit doivent tenir compte lorsque l'OCA s'applique.

9.1 Que veut le client?

Aux étapes de la préconsultation et de la planification, une fois qu'un avis d'activité prévue a été fourni, *il est primordial de comprendre ce que le client souhaite obtenir*. Par exemple, le client autochtone souhaite-t-il que le projet proposé soit abandonné, que le projet soit réalisé, mais avec certaines modifications, ou qu'il soit réalisé seulement si des accommodements adéquats sont fournis à la Première Nation? Les considérations stratégiques différeront selon l'objectif du client. La première étape est de déterminer quel est l'objectif du client.

9.2 Qui sont les titulaires de droits?

Dans certains cas, il faut se demander quels groupes ont le droit d'être consultés en tant que titulaires de droits. Les droits sont détenus de façon collective et la consultation doit avoir lieu avec l'entité appropriée.

Dans *R c Desautel*²⁹, une affaire récente, la CSC a élargi l'éventail de groupes qu'il peut être nécessaire de consulter. Cet arrêt a confirmé qu'un membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville, établie dans l'État

²⁹ *R c Desautel* 2021, CSC 17 (CanLII), 456 DLR (4e) 1 [*Desautel*].

de Washington aux États-Unis, un groupe successeur du peuple Sinixt, peut être titulaire de droits en vertu du par. 35(1). Bien que cette affaire concernait une infraction réglementaire, la Cour a opiné en obiter que « l'obligation de consulter pourrait fort bien fonctionner différemment en ce qui concerne les groupes se trouvant à l'extérieur du Canada ». Toutefois, ces différences n'ont pas encore été établies dans la jurisprudence.

9.3 Quelles sont les obligations du ou des groupes titulaires de droits?

Bien que les groupes de titulaires de droits n'aient pas l'obligation de participer, le défaut de participer aura une incidence sur le résultat et pourrait avoir une incidence négative sur les réparations possibles. Lorsqu'un titulaire de droits décide de participer, il doit le faire de bonne foi, répondre à tout avis donné et fournir des renseignements.

De nombreuses communautés autochtones ont élaboré leurs propres protocoles et processus de consultation ou sont déjà parties à un accord de consultation avec la ou les Couronnes. Il est fondamental, dans un premier temps, de vérifier si de tels protocoles existent et, le cas échéant, quelles exigences y sont rattachées, afin de faire preuve de respect envers la communauté autochtone³⁰.

9.4 Le dossier de consultation et son importance

S'il y a contestation devant les tribunaux, il se peut que les entités fédérales doivent démontrer qu'elles ont suivi un processus de consultation exhaustif et complet. Le dossier de consultation est d'une importance cruciale dans les instances où le tribunal doit déterminer si la Couronne (ou l'agent qui agit en son nom) s'est bien acquittée de son OCA. Idéalement, le dossier devrait déjà avoir été compilé. Le dossier peut entre autres contenir les communications entre la partie concernée, la Couronne et des tiers, s'il y a lieu. Les tiers peuvent fournir des rapports d'expert ou des expertises. Bien qu'il soit possible de présenter des éléments de preuve au stade de la révision judiciaire (par où passent habituellement les instances relatives à l'OCA) pour aider le tribunal à se mettre à la place du décideur initial, il est essentiel de constituer un dossier complet pendant le processus de consultation.

³⁰ Certaines communautés autochtones publient ces protocoles de consultation sur leur site Web. Sinon, il est toujours possible de poser la question aux dirigeants autochtones.

Voici des affaires récentes dans lesquelles le tribunal s'est penché sur le caractère adéquat de la consultation :

Attawapiskat First Nation v Ontario, 2022 ONSC 1196³¹. Dans cette affaire, la Première Nation a demandé une révision judiciaire de la décision du directeur de l'exploration de l'Ontario de délivrer des permis d'exploration minière. La cour a déterminé que la Couronne avait correctement délimité son obligation de consulter dans cette affaire. Cependant, la Couronne [Traduction] « a manqué à son obligation de tenir compte des intérêts des Premières Nations tels qu'ils avaient été déterminés, mais — selon les informations actuelles — ce manquement a été rectifié par voie d'un règlement préalable à l'audience entre les parties. Cependant, comme nous l'expliquerons également, la Couronne a manqué à son obligation de procéder à une consultation adéquate, ce qui signifie que le processus de consultation a nui aux objectifs de réconciliation, au lieu d'y contribuer. »³²

Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc., 2017 CSC 40³³. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a rendu une décision clarifiant le rôle de l'Office national de l'énergie (ONÉ) en tant que tribunal administratif et organisme de réglementation en ce qui concerne l'obligation de consulter qui incombe à la Couronne³⁴. Fait intéressant, la Cour a fait remarquer que l'OCA joue un rôle de premier plan pour « favoriser la réconciliation » et que l'objectif de la consultation est de « cerner les effets préjudiciables, [de] les réduire au minimum et [d'y] remédier si possible »³⁵. Lorsque l'autorisation accordée à l'égard d'un projet viole les droits constitutionnels des peuples autochtones, cette autorisation ne saurait servir l'intérêt public³⁶. Une « consultation approfondie » est requise lorsque des droits issus de traités d'une grande importance sont en jeu. La Cour a statué que les processus de l'ONÉ n'atteignent pas ce niveau³⁷. Enfin, une « consultation approfondie » doit s'accompagner d'accommodements du même ordre; chose que les processus de l'ONÉ n'ont pas pu satisfaire³⁸. Le jugement ne fait pas référence à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, mais cette décision a été rendue avant l'adoption de la *Loi sur la DNUDPA*.

³¹ *Attawapiskat First Nation v Ontario*, 2022 ONSC 1196 [2022] RJO No 858 [Attawapiskat].

³² *Ibid.* au para 6.

³³ *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo Services Inc.*, [2017] 1 RCS 1069, 2017 CSC 40 (CanLII).

³⁴ *Ibid.* aux para 23, 27-29, 30.

³⁵ *Ibid.* aux para 1, 25.

³⁶ *Ibid.* au para 40.

³⁷ *Ibid.* aux para 43-44, 52.

³⁸ *Ibid.* aux para 48-51.

Première Nation de Prophet c Canada (Procureur général), 2017 CAF 15³⁹. Dans cette affaire, le tribunal administratif souligne que le dossier de la preuve ne soutient pas entièrement les arguments des appelants : « la preuve au dossier ne démontre pas que les terres où la Première Nation de Prophet River exerce ses droits issus de traités s'étendent sur les 200 km qui séparent celle-ci du projet du site C ». ⁴⁰

9.5 Peut-on invoquer des effets cumulatifs?

Yahey v British Columbia, 2021 BCSC 1287⁴¹

Les Premières Nations de la rivière Blueberry, parties au Traité n° 8, ont déposé une plainte alléguant que la province de la Colombie-Britannique avait autorisé le développement industriel sans tenir compte de leurs droits issus de traités. Les Premières Nations de la rivière Blueberry ont également fait valoir que les effets cumulatifs du développement industriel contrevenaient au traité et portaient atteinte à leurs droits. Dans la jurisprudence relative à l'OCA, il est souvent question d'atteintes aux droits ancestraux et aux droits issus de traités. Cependant, l'argument des effets cumulatifs invoqués par les Premières Nations de la rivière Blueberry est un nouvel argument.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que [Traduction] « les effets cumulatifs du développement industriel autorisé par la province ont considérablement diminué la capacité des membres de Blueberry à maintenir leur mode de vie, notamment en exerçant leur droit de chasser, de pêcher et de piéger sur leur territoire, et constituent donc une atteinte à leurs droits issus de traités »⁴².

³⁹ *Première Nation de Prophet c Canada (Procureur général)*, 408 DLR (4th) 165, 2017 CAF 15 [*Prophet River*].

⁴⁰ *Ibid.* au para 56.

⁴¹ *Yahey v British Columbia*, 2021 BCSC 1287 [*Yahey*].

⁴² *Ibid.* au para 3.

9.6 Une entente sur les répercussions et les avantages a-t-elle été établie? A-t-on négocié des avantages économiques pour un projet potentiel ou un projet existant?

***Nation Crie Ermineskin c Canada (Environnement et Changement climatique), 2021 CF 758*⁴³**

La Nation crie Ermineskin avait conclu une entente sur les répercussions et les avantages (ERA) avec Coalspur, une société minière, aux termes de laquelle Coalspur devait lui procurer « des avantages économiques, communautaires et sociaux importants »⁴⁴. C'était la deuxième ERA que la Nation concluait avec Coalspur. L'indemnisation prévue découlait des répercussions potentielles de la nature extractive des activités de Coalspur. La première ERA, signée en 2013, concernait la mine originale de Coalspur. La deuxième ERA, signée en 2019, portait sur un projet d'expansion de la mine originale. La totalité de la propriété minière de Coalspur était située à l'intérieur des terres visées par le Traité n° 6, dont Ermineskin est signataire, et au sein du territoire traditionnel de la Nation crie Ermineskin. Un arrêté de désignation a été pris, stoppant ainsi l'expansion du site minier. Ermineskin a fait valoir que l'arrêté de désignation allait avoir « des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, ce qui inclut les possibilités économiques créées par sa relation contractuelle avec Coalspur, aux termes de l'ERA de 2019 »⁴⁵. La Cour fédérale a statué que la Couronne doit tenir compte des avantages que peut perdre une nation autochtone à la suite d'une décision, ce qui, en l'espèce, était la perte des avantages économiques, communautaires et sociaux découlant des ententes sur les répercussions et les avantages associés au développement minier.

« Une jurisprudence bien établie oblige à aborder de manière généreuse et téléologique la doctrine constitutionnalisée de l'honneur de la Couronne et son corolaire, l'obligation de consulter. Cette approche découle d'objectifs pertinents et importants, dont la réconciliation entre le Canada et les Premières Nations. La jurisprudence étend maintenant l'obligation de consulter pour englober les droits et les avantages économiques qui sont étroitement liés aux droits ancestraux et qui en dérivent, comme nous le verrons plus loin. C'est donc dire que les droits qui sont étroitement liés à des droits ancestraux et qui en dérivent sont protégés par

⁴³ *Nation Crie Ermineskin c Canada (Environnement et Changement climatique), 2021 CF 758 [Ermineskin]*.

⁴⁴ *Ibid.* au para 5.

⁴⁵ *Ibid.* au para 6.

l'obligation de consulter, laquelle, il va sans dire, découle de la doctrine constitutionnalisée de l'honneur de la Couronne. »⁴⁶

9.7 Coûts associés à une action en justice fondée sur l'OCA : est-il possible d'obtenir une ordonnance de provision pour frais?

Le 18 mars 2022, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *Anderson c Alberta (Procureur général)*⁴⁷, laquelle portait sur la possibilité d'accorder une provision pour frais à la Beaver Lake Cree Nation, une Première Nation de l'Alberta partie au Traité n° 6. Dans une décision rare et unanime, la Cour a statué que Beaver Lake pouvait être admissible à une provision pour frais si elle n'avait pas les moyens de payer ses frais juridiques en raison des autres « besoins pressants » auxquels la Première Nation devait subvenir. Cette décision a certainement amélioré l'accès à la justice pour Beaver Lake et est un exemple de la façon dont les principes juridiques peuvent être appliqués pour favoriser la réconciliation.

Anderson c Alberta (Procureur général), 2022 CSC 6

Dans cette affaire, l'appelante demandait une provision pour frais pour permettre à Beaver Lake de financer le litige concernant les effets cumulatifs des manquements aux conditions du Traité n° 6.

Beaver Lake, une Première Nation partie au Traité n° 6, a intenté une poursuite contre la Couronne pour utilisation irrégulière de ses terres. Un procès de quatre mois doit avoir lieu en janvier 2024. Beaver Lake a fait valoir que le coût estimé du litige (5 millions de dollars) est au-dessus de ses moyens. Bien que Beaver Lake ait accès à des actifs et à des revenus qui pourraient servir à financer ce litige coûteux, elle a fait valoir que ces ressources devraient être affectées à d'autres priorités⁴⁸.

La CSC a conclu que « le gouvernement d'une Première Nation qui a accès à des ressources peut satisfaire à la condition d'impécuniosité s'il démontre qu'il lui faut ces ressources pour subvenir à ses besoins pressants »⁴⁹. La Cour a également statué que « lorsque le demandeur est le gouvernement d'une Première Nation, il

⁴⁶ *Ibid.* au para 8.

⁴⁷ *Anderson c Alberta*, 2022 CSC 6 [*Anderson*].

⁴⁸ *Ibid.* au para 3.

⁴⁹ *Ibid.* au para 4.

faut envisager les besoins pressants du point de vue de ce gouvernement »⁵⁰.

Lors du procès, la juge chargée de la gestion de l'instance a conclu à l'impécuniosité de Beaver Lake étant donné l'état d'appauvrissement de la communauté et les autres besoins auxquels Beaver Lake devait subvenir⁵¹. La Cour d'appel de l'Alberta a infirmé cette décision au motif que la preuve était insuffisante pour étayer la conclusion d'impécuniosité⁵². Bien que la CSC ait conclu que la juge chargée de la gestion de l'instance avait erré dans son analyse de l'impécuniosité, elle a renvoyé l'affaire à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

9.8 S'agit-il d'une question administrative? Quelle est la norme de contrôle, si l'on se fonde sur la décision dans l'affaire *Vavilov*?⁵³

***Première Nation Coldwater c Canada (Procureur général), 2020 CAF 34*⁵⁴**

Coldwater fait suite à l'affaire *Tsleil-Waututh Nation*, dans laquelle les demandeurs ont contesté avec succès l'approbation du projet d'expansion du pipeline Trans Mountain⁵⁵. Après une audience de réexamen devant l'Office national de l'énergie, le projet Trans Mountain a de nouveau été approuvé.

Six demandeurs ont obtenu l'autorisation de demander un contrôle judiciaire de la décision; quatre ont déposé une demande en ce sens. Les demandes de contrôle judiciaire devaient se limiter aux questions relatives à l'obligation de consulter, elles-mêmes restreintes à trois questions⁵⁶.

L'affaire *Coldwater* est un développement important en raison de la façon dont la norme de révision y est appliquée post-*Vavilov*. L'affaire a été entendue avant que la décision *Vavilov* soit rendue et la Cour a demandé la soumission d'observations supplémentaires après le prononcé de la décision *Vavilov*.

Comme *Coldwater* était un contrôle judiciaire (et non un appel), la norme de contrôle présumée était celle de la décision raisonnable. La Cour a statué qu'aucune des exceptions au caractère raisonnable relevées dans *Vavilov* n'était

⁵⁰ *Ibid.* au para 8.

⁵¹ *Ibid.* au para 6.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65 [*Vavilov*].

⁵⁴ *Première Nation Coldwater c Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 34 [*Coldwater*].

⁵⁵ *Tsleil-Waututh Nation c Canada (Procureur général)*, 2018 CFA 153 [*Tsleil-Waututh Nation*].

⁵⁶ *Coldwater*, *supra* note 54 au para 6.

applicable. Bien que, dans *Vavilov*, la CSC ait statué que les questions concernant la portée de l'OCA doivent être prises en compte pour déterminer si la décision était la décision correcte, la portée de l'OCA n'était pas en cause dans *Coldwater* et, par conséquent, la norme de contrôle à appliquer était la norme de la décision raisonnable. *Coldwater* est une décision importante à garder en tête dans les affaires fondées sur le droit administratif post-*Vavilov*.

10. RESSOURCES

10.1 Jurisprudence

- *Anderson c Alberta*, 2022 CSC 6.
- *Attawapiskat First Nation v Ontario*, 2022 ONSC 1196.
- *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53.
- *Behn c Moulton Contracting Ltd*, 2013 CSC 26.
- *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65.
- *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, 2017 CSC 41.
- *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40.
- *Première Nation Coldwater c Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 34.
- *Daniels c Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12.
- *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010.
- *Nation Crie Ermineskin c Canada (Environnement et Changement climatique)*, 2021 CF 758.
- *Première Nation de Grassy Narrows c Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48.
- *Gamlaxyeltxw c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts, Exploitation des terres et des ressources naturelles)*, 2018 BCSC 440.
- *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73.
- *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27.
- *Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54.
- *Manitoba Metis Federation Inc c Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14.

- *Mikisew Cree First Nation c Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40.
- *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69.
- *Première Nation de Prophet c Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 15.
- *Québec (Procureur général) c Moses*, 2010 CSC 17.
- *R c Desautel*, 2021 CSC 17.
- *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075.
- *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43.
- *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74.
- *Tsleil-Waututh Nation c Canada (Procureur général)*, 2018 CFA 153.
- *Yahey v British Columbia*, 2021 BCSC 1287.

10.2 Rapports publics

- As Long as the Rivers Flow: Athabasca River Knowledge, Use and Change: <https://firelight.ca/wp-content/uploads/2016/05/AsLongastheRiversFlowFullReport-2.pdf>
- [From Mikisew Cree First Nation to Teck Resources Limited re: Addendum to the Mikisew Cree First Nation Indigenous Knowledge and Use Report, and Assessment for Teck Resources Limited's Proposed Frontier Oil Sands Mine Project - Canada.ca \(iaac-aeic.gc.ca\)](#)
- Application for the Trans Mountain Pipeline Expansion Project, Squamish Traditional Use and Occupancy Study: Final Report: [A93274-3 Squamish Traditional Use and Occupancy Study - A6G4F9.pdf](#) (cerrec.gc.ca)
- [Frontier Project - Volume 8: People and Places \(alberta.ca\)](#)

10.3 Sources secondaires

- Borrows, John et al, *Braiding Legal Orders : Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Montréal, Canada, Centre for International Governance Innovation, 2019.
- Anaya, S James & Sergio Puig, « Mitigating State Sovereignty: The Duty to Consult with Indigenous Peoples » (2017) 67:4 U Toronto LJ 435–464.
- Coyle, Michael, « From Consultation to Consent: Squaring the Circle Part II: Forum - Recent Developments in Aboriginal Law » (2016) 67 UNBLJ 235–268.
- Crawford, Stephen S, « The Canadian Crown’s Duty to Consult Indigenous Nations’ Knowledge Systems in Federal Environmental Assessments » (2018) 9:3 International Indigenous Policy Journal, en ligne : <https://www.proquest.com/docview/2122749754/abstract/F1E3F0DAE791460FPQ/1>.
- Davis, Zachary, « The Duty to Consult and Legislative Action » (2016) 79:1 Sask L Rev 17–48.
- Decembrini, Angela D’Elia & Shin Imai, « Supreme Court of Canada Cases Strengthen Argument for Municipal Obligation to Discharge Duty to Consult: Time to Put Neskonalith to Rest » (2019) Alberta Law Review, en ligne : <https://albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/2530>.
- Do, Minh, « The Duty to Consult and Reconciliation: The Supreme Court’s Idea of the Purpose and Practice of Consulting Indigenous Peoples » (2020) 58:1 International Journal of Canadian Studies 73–91.
- Drake, Karen, « The Trials and Tribulations of Ontario’s Mining Act: The Duty to Consult and Anishinaabek Law » (2015) 11:2 McGill Int’l J Sust Dev L & Pol’y 183–218.
- Eça, Michael d’, « Proposed Administrative Tribunal Policies Concerning Indigenous Ecological Knowledge and Values, and the Duty to Consult » (2020) 50 Northern Review 207–218.
- Gonzalez, Alejandro, « The Evolution of the Duty to Consult: A Framework for Improving Consultations, Negotiations, and Reconciliation » (2020) 10:1 Western Journal of Legal Studies, en ligne : <https://ojs.lib.uwo.ca/index.php/uwojls/article/view/10229>.

- Graben, Sari & Abbey Sinclair, « Tribunal Administration and the Duty to Consult: A Study of the National Energy Board » (2015) 65:4 U Toronto LJ 382–433.
- Green, Andrew, « Judicial Influence on the Duty to Consult and Accommodate » (2020) 56:3 Osgoode Hall Law Journal 529–563.
- Gunn, Brenda L, « Bringing a Gendered Lens to Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » dans John Borrows et al, eds, *Braiding Legal Orders: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Montréal, Canada, Centre for International Governance Innovation, 2019, 14.
- Gutman, Rachel, « The Stories We Tell: Site-C, Treaty 8, and the Duty to Consult and Accommodate » (2018) 23 Appeal : Rev Current L & L Reform 3–28.
- Hamilton, Robert, « Asserted vs Established Rights and the Promise of UNDRIP » dans John Borrows et al, eds, *Braiding Legal Orders: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Montréal, Canada, Centre for International Governance Innovation, 2019, 8.
- Hamilton, Robert & Howard Kislowicz, « The Standard of Review and the Duty to Consult and Accommodate Indigenous Peoples: What is the Impact of Vavilov? » (2021) 59:1 Alta L Rev 41–66.
- Hamilton, Robert & Joshua Nichols, « The Tin Ear of the Court: Ktunaxa Nation and the Foundation of the Duty to Consult » (2019) Alberta Law Review, en ligne : <https://albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/2520>.
- Hewitt, Jeffrey G, « Options for Implementing UNDRIP without Creating Another Empty Box » dans John Borrows et al, eds, *Braiding Legal Orders: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Montréal, Canada, Centre for International Governance Innovation, 2019, 6.
- Hodgson, Matthew J, « Pursuing a Reconciliatory Administrative Law: Aboriginal Consultation and the National Energy Board » (2016) 54:1 Osgoode Hall Law Journal 125–173.

- Hoehn, Felix & Michael Stevens, « Local Government and the Crown's Duty to Consult » (2017) 55:4 *Alta L Rev* 971–1008.
- Iseli, Claudia, « The Operationalization of the Principle of Free, Prior and Informed Consent: A Duty to Obtain Consent or Simply a Duty to Consult? Student Comments » (2020) 38:2 *UCLA J Envtl L & Pol'y* 259–276.
- Lynes, Laura S, « The Rights of Nature and the duty to consult in Canada » (2019) 37:3 *Journal of Energy & Natural Resources Law* 353–362.
- Morales, Sarah, « Braiding the Incommensurable: Indigenous Legal Traditions and the Duty to Consult », dans John Borrows et coll., eds, *Braiding Legal Orders : Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Montréal, Canada, Centre for International Governance Innovation, 2019.
- « Digging for Rights: How Can International Human Rights Law Better Protect Indigenous Women from Extractive Industries? » (2019) 31:1 *Canadian Journal of Women and the Law* 58–90.
- Newman, Dwight G, « Political Rhetoric Meets Legal Reality: How to Move Forward on Free, Prior, and Informed Consent in Canada » (2017), en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=3019277>>.
- Nichols, Joshua & Robert Hamilton, « In Search of Honourable Crowns and Legitimate Constitutions: Mikisew Cree First Nation v Canada and the Colonial Constitution » (2020) 70:3 *University of Toronto Law Journal* 341–375.
- Sanderson, Douglas, « The Residue of Imperium: Property and Sovereignty on Indigenous Lands » (2018) 68:3 *U Toronto LJ* 319–357.
- Stacey, Richard, « Honour in Sovereignty: Can Crown Consultation with Indigenous Peoples Erase Canada's Sovereignty Deficit? » (2018) 68:3 *U Toronto LJ* 405–439.
- Thornhill, Chris et al, « Legal Pluralism, Indigenous Rights as Legal Constructs » (2018) 68:3 *U Toronto LJ* 440–493.

- Urquhart, Ian James, « Thin or Thick Inclusiveness? The Constitutional Duty to Consult and Accommodate First Nations in Canada » (2019) *London Journal of Canadian Studies*, en ligne : <https://www.scienceopen.com/hosted-document?doi=10.14324/111.444.ljcs.2019v34.008>.
- « In the Wake of the Wet'suwet'en Resistance, the IBA Calls for Substantive Implementation of UNDRIP including Consent, Consultation, and Cooperation with Indigenous Peoples », Association du Barreau autochtone (ABA), 18 décembre 2021, en ligne : <https://indigenousbar.ca/in-the-wake-of-the-wetsuweten-resistance-the-iba-calls-for-substantive-implementation-of-undrip-including-consent-consultation-and-cooperation-with-indigenous-peoples/>.
- Borrows, John et al, « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Canada: Lessons from B.C. », en ligne : <https://yellowheadinstitute.org/bc-undrip/>.
- Newman, Dwight G, *Political Rhetoric Meets Legal Reality: How to Move Forward on Free, Prior, and Informed Consent in Canada*, SSRN Scholarly Paper, par Dwight G Newman, papers.ssrn.com, SSRN Scholarly Paper ID 3019277 (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017).

CHAPITRE 8 : ADAPTER ET APPLIQUER LES PRINCIPES ÉNONCÉS DANS *R C GLADUE*

1. OBJET DU CHAPITRE

Les séquelles du colonialisme et les effets de la discrimination, de l'oppression culturelle, du déracinement et de la pauvreté se font encore sentir pour les personnes et les communautés autochtones. Ces facteurs systémiques et historiques ne sont pas invoqués pour excuser quoi que ce soit, mais plutôt pour replacer les choses dans leur contexte. Il est important de fournir ces renseignements au tribunal, non pas dans certaines circonstances seulement, mais dans chaque cas.

Dans le présent chapitre, nous examinons de façon plus approfondie l'arrêt historique *R c Gladue* rendu par la Cour suprême du Canada. Bien qu'il date de 20 ans, le nombre de personnes autochtones dans le système de justice pénale demeure anormalement élevé. Nous avons voulu réexaminer les principes de base énoncés dans *Gladue* et rappeler aux professionnelles et professionnels du droit que nous avons le devoir de fournir des renseignements individualisés au tribunal. Cela est essentiel pour répondre aux besoins des personnes vulnérables et marginalisées et, comme l'ont confirmé les tribunaux, le défaut d'appliquer les principes *Gladue* peut donner lieu à un appel.

Comme nous le verrons également dans la seconde partie du chapitre, les principes *Gladue* ne s'appliquent pas seulement dans le contexte du droit pénal ; ils peuvent s'appliquer aux affaires se rapportant à la déontologie, aux audiences relatives à non-responsabilité criminelle, aux enquêtes sur la remise en liberté sous caution, aux affaires d'outrage en matière civile et aux affaires d'extradition.

2. INTRODUCTION

Depuis plus de 20 ans, l'échec généralisé du système judiciaire canadien à l'égard des peuples et des personnes autochtones est bien connu et reconnu. Tragiquement, et même si le corpus législatif et la jurisprudence en matière de réparation continuent de se développer, la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale n'a cessé d'augmenter. Malgré les arrêts *Gladue* ([1999] 1 RCS 688), *Wells* (2000 CSC 10) et *Ipeelee* (2012 CSC 13) de la Cour suprême du Canada, les Autochtones

demeurent considérablement surreprésentés — en tant que délinquants et victimes — dans le système de justice pénale du Canada.

Après la publication des conclusions de la Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les Autochtones du Manitoba et de la Commission royale sur les peuples autochtones, la Cour suprême a déclaré que le problème de la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale est due à la fois au fait que les Autochtones commettent un « nombre disproportionné de crimes » et au fait qu'ils sont traités plus sévèrement en raison d'un « système de justice discriminatoire »¹. Dans les deux cas, la Cour a reconnu que « les niveaux actuels de criminalité sont intimement liés à l'héritage du colonialisme »². Comme le cite la Cour dans *Ipeelee*, « [l']oppression culturelle, les inégalités sociales, la perte de l'autonomie gouvernementale et la discrimination systémique — [sont] l'héritage du traitement accordé par le gouvernement canadien aux peuples autochtones [...] »³.

Face à cet héritage colonial, des données récentes indiquent que les adultes autochtones représentent environ 31 % des personnes placées en détention dans des établissements provinciaux ou territoriaux, et 29 % des personnes placées en détention dans des établissements fédéraux, alors qu'ils ne représentent qu'environ 4,5 % de la population adulte canadienne⁴. Fait notable, lorsqu'on compare ces chiffres à ceux concernant les non-Autochtones détenus dans des établissements provinciaux et fédéraux, une analyse de la population carcérale fondée sur le sexe révèle également que la proportion de femmes autochtones incarcérées est environ 10 % plus élevée que la proportion d'hommes autochtones incarcérés. Un scénario similaire s'applique aux jeunes autochtones, lesquels représentent 43 % des personnes placées sous garde, alors qu'ils ne représentent que 8,8 % de la population de jeunes au Canada⁵.

3. DES CONCEPTIONS DIFFÉRENTES DE LA JUSTICE

À la base, le problème de la surincarcération des Autochtones au pénal peut être attribué aux séquelles du colonialisme canadien et au « génocide culturel » qui en a

¹ *R c Ipeelee*, 2012 CSC 13 au para 65 [*Ipeelee*].

² *Ipeelee*, *supra* note 1 au para 77.

³ *Ipeelee*, *supra* note 1 au para 83, citant le *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol I, p 86.

⁴ Jamil Malakieh, « Statistiques sur les services correctionnels pour les adultes et les jeunes au Canada, 2018-2019 », <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2020001/article/00016-fra.htm>>.

⁵ *Ibid.*

découlé⁶. Avant le contact avec les Européens, les peuples, les communautés et les nations autochtones prospéraient sous leurs propres systèmes de justice, cultures, langues et traditions. Néanmoins, divers instruments juridiques, comme la *Loi sur les Indiens*, le système de laissez-passer et d'autres incursions coloniales, ont érodé ces éléments fondamentaux des ontologies autochtones en les interdisant, les décourageant et en punissant leur utilisation. Ils ont été remplacés de force par des conceptions eurocentriques du droit, de la culture, de la langue et de la religion (entre autres), à l'aide du système de justice colonial. Les effets sur les populations autochtones ont été complètement dévastateurs.

L'imposition du système de justice canadien est l'un des principaux facteurs de la surincarcération des personnes autochtones aujourd'hui, car non seulement ce système est complètement dissocié de nombreuses conceptions autochtones du monde, mais le concept même de la *justice* peut varier considérablement d'une culture juridique à l'autre. Alors que le concept de la « justice » dans les cultures occidentales est principalement compris comme un concept de « rétribution », les cultures autochtones lui associent un sens beaucoup plus réparateur⁷. En d'autres termes, alors que les systèmes juridiques occidentaux ont tendance à privilégier la dénonciation, la dissuasion et l'isolement lorsqu'un acte criminel est commis (sous la forme d'une sentence pénale), de nombreuses cultures autochtones privilégient les sanctions qui favorisent la réhabilitation, la réparation et la responsabilité. Le but premier des sanctions n'est pas de payer sa dette à la société en étant privé de sa liberté (bien que cette option ne soit pas exclue), mais plutôt de rétablir l'harmonie entre le délinquant, la victime et la communauté.

4. LE NOMBRE DISPROPORTIONNÉ D'ACTES CRIMINELS

Lorsque l'imposition du droit colonial se fait au détriment des traditions et des conceptions autochtones de la justice, la relation des peuples autochtones avec la loi s'en trouve souvent disloquée et vide de sens. En effet, la loi n'offre plus la justice nécessaire, ce qui mène à l'aliénation, à la colère et à des taux d'infraction plus élevés. En même temps, l'emprisonnement et l'isolement tendent à ne pas tenir compte des besoins particuliers des personnes autochtones emprisonnées, augmentant ainsi

⁶ Voir : Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada, p1, en ligne : Gouvernement du Canada <<https://publications.gc.ca/site/fra/9.800288/publication.html>>.

⁷ Cela ne signifie pas que le concept de rétribution n'existe pas dans les ordres juridiques autochtones, mais plutôt que le principe de la restauration tend à être considéré comme beaucoup plus important pour atteindre les objectifs d'un ordre donné.

l'aliénation du délinquant vis-à-vis de la loi et du monde, et faisant effectivement plus de tort au lieu de contribuer à la guérison. Au fil du temps et des générations, ces conséquences négatives s'accumulent et entraînent de nouvelles détériorations au sein des communautés, et chez les délinquants et les victimes.

5. LA DISCRIMINATION SYSTÉMIQUE

De même, la discrimination généralisée à l'égard des peuples et personnes autochtones, tant au sein du système juridique que dans la politique canadienne en général, est un facteur co-déterminant de la surincarcération des Autochtones. En raison des stéréotypes négatifs et des attitudes discriminatoires, les besoins particuliers et insatisfaits des Autochtones ont été ignorés et le système juridique les a au contraire dépeints comme étant généralement prédisposés au crime et souvent coupables. Au fil du temps, les logiques vicieuses de la discrimination systémique et du sentiment d'aliénation par rapport à la loi (ainsi qu'une multitude d'autres problèmes) se sont traduites par l'aggravation de la surincarcération des Autochtones.

6. LE PROJET DE LOI C-41, LA LOI SUR LA RÉFORME DES PEINES

En raison des statistiques alarmantes et des besoins insatisfaits des Autochtones sur le plan de la justice, le projet de loi fédéral C-41, connu sous le nom de *Loi sur la réforme des peines* (LRP), a été déposé lors du 35^e Parlement du Canada en 1994 et est entré en vigueur le 3 septembre 1996. En tant que réforme de grande envergure du *Code criminel* canadien, particulièrement le processus de détermination de la peine et des issues possibles, la LRP est à l'origine de la jurisprudence *Gladue* établie par la Cour suprême.

Point important en ce qui concerne la surincarcération des Autochtones, l'article 718 des modifications proposées visait à codifier les objectifs et les principes qui sous-tendent la détermination des peines criminelles. Essentiellement, le législateur a établi que le principe directeur en ce qui concerne la détermination de la peine est la *proportionnalité*. Cela signifie que toute peine doit être proportionnelle : 1) à la gravité de l'infraction, et 2) au degré de responsabilité du délinquant. En plus des objectifs bien connus de la dénonciation, de la dissuasion et de la neutralisation, le législateur a également signalé son ouverture aux principes de justice réparatrice, soit la réadaptation, les réparations communautaires et la promotion du sens de la responsabilité chez les délinquants.

Les principes codifiés à l'article 718.2 comprennent le principe directeur de la *retenue* : « l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient ». Dans le contexte général de la disposition, il est certainement remarquable qu'immédiatement après le principe de retenue (al. 718.2*d*), le législateur précise que les juges chargés de prononcer la peine doivent envisager toutes les autres options raisonnables à l'emprisonnement, en accordant une attention particulière à la situation des Autochtones :

Code criminel, art. 718.2

e) l'examen, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones, de toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances et qui tiennent compte du tort causé aux victimes ou à la collectivité.

Le procureur général et ministre de la Justice, Allan Rock, a expliqué en termes clairs le raisonnement derrière l'alinéa 718.2*e*) :

« [S]i l'on mentionne expressément les délinquants autochtones, c'est parce qu'ils sont malheureusement surreprésentés dans la population carcérale du Canada.

...

De toute évidence, il y a un problème ici.

Ce que nous voulons faire, particulièrement dans le contexte des initiatives permettant aux communautés autochtones de se doter d'une justice communautaire, c'est encourager les tribunaux à recourir à des [...] mesures de rechange préférables à l'emprisonnement — et non pas à recourir simplement à ce moyen facile dans tous les cas.⁸ »

De plus, comme l'a déclaré l'honorable Morris Bodnar :

⁸ Chambre des communes, Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule no 62 (17 nov. 1994).

« L'accent est mis non pas sur le châtement, mais sur le rétablissement de l'harmonie, telle que l'entendent les autochtones, au sein de la communauté.⁹ »

De manière plus générale, tout au long des lectures du projet de loi C-41 et des débats à son sujet, le Parlement s'est appuyé sur des initiatives de justice autochtone qui avaient réémergé dans certaines communautés. L'alinéa 718.2e) se voulait en outre une réponse directe à la surreprésentation des Autochtones dans le système juridique dominant et à leur aliénation de ce système, ainsi qu'aux besoins particuliers des Autochtones en matière de justice. Trois ans après l'entrée en vigueur de la LRP, dans *R c Gladue*, la Cour suprême s'est pour la première fois penchée sur les effets réparateurs de l'al. 718.2e).

7. L'ARRÊT GLADUE ET LES DÉCISIONS QUI ONT SUIVI

7.1 Que sont les principes *Gladue*?

Les principes *Gladue* font partie d'un cadre d'interprétation établi par la Cour suprême du Canada pour donner suite à l'alinéa 718.2e) du *Code criminel*. Andrew Flavelle Martin en donne une description éclairante : [Traduction] « Les principes *Gladue* peuvent être décrits comme la reconnaissance des circonstances particulières des personnes autochtones, particulièrement leur aliénation par rapport au système de justice pénale, et des effets de la discrimination, de l'oppression culturelle, du déracinement et des conditions sociales et économiques laissant à désirer. »¹⁰ Ainsi, les principes *Gladue* se fondent sur le fait qu'en traitant des personnes inégales de façon égale, bien souvent, le résultat n'est pas la justice, mais plutôt le contraire. La prochaine section fait un survol de la jurisprudence établie par la Cour suprême au sujet des principes *Gladue* en se penchant sur une trilogie d'affaires connexes.

7.2 *R c Gladue*

C'est dans l'affaire concernant Jamie Tanis Gladue que la Cour suprême du Canada aura l'occasion d'interpréter et d'appliquer l'alinéa 718.2e) du *Code criminel* pour la première fois. M^{me} Gladue, une femme crie de l'Alberta, a tué son conjoint, qu'elle

⁹ *Débats de la Chambre des communes*, 35^e législature, 1^{re} session, n^o 95 (22 sept. 1994) à 6028 (l'honorable Morris Bodnar) [nous soulignons].

¹⁰ Andrew Flavelle Martin, « *Gladue at Twenty...*, Gladue Principles in the Professional Discipline of Indigenous Lawyers » (2020) 4:1 Lakehead LJ 20 p. 24. [Martin].

soupçonnait d'infidélité, alors qu'elle était en état d'ébriété après avoir fêté son 19^e anniversaire. Aucune observation concernant sa situation en tant que femme autochtone n'a été présentée lors du procès, et le juge de première instance a statué que l'alinéa 718.2e) ne s'appliquait pas parce que M^{me} Gladue et son conjoint ne vivaient pas dans une réserve. Le juge qui a prononcé la peine a confirmé que M^{me} Gladue était une femme crie qui vivait hors réserve, mais a souligné la gravité du crime commis et lui a infligé une peine de trois ans d'emprisonnement pour homicide involontaire et une interdiction de port d'armes pendant dix ans.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a quant à elle conclu à l'unanimité que le juge de première instance avait commis une erreur en statuant que l'alinéa 718.2e) ne s'appliquait pas simplement parce que M^{me} Gladue et son conjoint vivaient hors réserve. Cependant, la majorité de la Cour s'est ralliée à la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'y avait pas lieu d'accorder une attention particulière aux origines autochtones de M^{me} Gladue et a en outre rejeté sa demande de présenter de nouveaux éléments de preuve sur les efforts qu'elle avait déployés pour conserver ses liens avec sa communauté autochtone.

À la Cour suprême, les juges Cory et Iacobucci ont rédigé la décision unanime de la Cour, et ont entrepris de formuler le cadre général pour l'interprétation de l'alinéa 718.2e), une doctrine évolutive maintenant connue sous le nom des *principes Gladue*.

7.3 Principes établis dans l'arrêt *R c Gladue*

- L'al. 718.2e) est plus qu'une simple réaffirmation des principes de détermination de la peine existants. Il ouvre plutôt la voie à l'établissement d'un nouveau corpus jurisprudentiel, à commencer par le cadre formulé dans *Gladue*¹¹.
- L'al. 718.2e) a un caractère essentiellement réparateur — il vise à résoudre le problème de la surincarcération des Autochtones et de leur aliénation par rapport au système de justice, dans la mesure de ce qui peut être fait dans le cadre du processus de détermination de la peine¹².

¹¹ *R. c Gladue*, [1999] 1 RSC 688 au para 33., 1999 CanLII 679 (CSC) [*Gladue*].

¹² *Ibid.*

- L'al. 718.2e) reflète le désir du législateur de réduire le recours à l'emprisonnement comme sanction et d'élargir l'application des principes de justice réparatrice lorsque la peine est déterminée, particulièrement dans le cas des délinquants autochtones¹³.
- L'al. 718.2e) modifie fondamentalement la méthode d'analyse que *doivent* utiliser les juges pour déterminer la peine appropriée pour un délinquant autochtone¹⁴.
- Pour tous les délinquants, « l'emprisonnement devrait être la sanction pénale de dernier recours » et devrait seulement être imposé lorsqu'aucune autre sanction ou combinaison de sanctions n'est appropriée compte tenu de la gravité de l'infraction et de la culpabilité du délinquant¹⁵.
- Les préjugés et le racisme à l'égard des Autochtones sont largement répandus au Canada, ce qui s'est traduit par une discrimination systémique dans le système de justice¹⁶.
- Le système de justice pénale n'a pas su répondre aux besoins des Autochtones, car leurs conceptions du monde, leurs valeurs culturelles et leur vécu sont extrêmement différentes¹⁷.
- La surincarcération chez les Autochtones est due à de nombreux facteurs, notamment la pauvreté, la toxicomanie, le manque d'instruction, le manque de possibilités d'emploi, les préjugés contre les Autochtones et la tendance institutionnelle à refuser des mises en liberté sous caution aux délinquants autochtones et à leur infliger des peines d'emprisonnement plus longues¹⁸.
- Les deux grandes catégories de circonstances particulières qui *doivent* être prises en compte lors de la détermination de peines pour les délinquants autochtones sont les suivantes¹⁹ :

¹³ *Ibid.* au para 48.

¹⁴ *Ibid.* au para 33.

¹⁵ *Ibid.* au para 37.

¹⁶ *Ibid.* au para 61.

¹⁷ *Ibid.* aux para 62-63.

¹⁸ *Ibid.* au para 65.

¹⁹ *Ibid.* au para 82.

- les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent expliquer pourquoi le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux ;
 - les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées pour le délinquant en raison de son héritage ou de ses attaches autochtones.
- Les facteurs **systémiques ou historiques** qui jouent un rôle de premier plan dans la criminalité chez les délinquants autochtones sont les faibles revenus, un taux de chômage élevé, le manque de possibilités et d'options, une instruction insuffisante ou inadéquate, la consommation de drogue et d'alcool, l'isolement et la fragmentation des communautés²⁰.
 - Ces circonstances *distinctes* sont différentes de celles qui touchent la majorité des délinquants non autochtones²¹.
 - Les délinquants autochtones sont plus fortement touchés par l'incarcération et, en raison de ces circonstances, ils ont moins accès à des occasions de réinsertion sociale après avoir été incarcérés²².

Certains facteurs systémiques et contextuels particuliers peuvent être pertinents pour déterminer la peine adéquate, et ce, de plusieurs façons qui se chevauchent. Ces facteurs peuvent aider à déterminer :

1. *pourquoi* le délinquant s'est retrouvé devant le tribunal ;
2. si l'incarcération aura des effets plus négatifs sur le délinquant en particulier que sur les autres délinquants ;
3. si l'incarcération est moins susceptible de favoriser la réadaptation du délinquant ;
4. si l'incarcération est susceptible de dissuader ou de dénoncer la conduite du délinquant de manière significative à la communauté à laquelle il appartient ;
5. s'il convient d'accorder la primauté aux principes de justice réparatrice afin de favoriser la prévention du crime et la guérison de la communauté au sens large.

²⁰ *Ibid.* au para 67.

²¹ *Ibid.* au para 68.

²² *Ibid.*

- La plupart des conceptions autochtones relatives aux sanctions accordent une importance primordiale aux idéaux de *justice réparatrice*. Les **procédures de détermination de la peine et les sanctions appropriées qui tiennent compte de l'héritage ou des attaches autochtones** tiennent compte des conceptions différentes de la communauté autochtone à ces égards²³ (p. ex., cercles de détermination de la peine, huttes de sudation, restitution à la communauté, etc.).
- La justice réparatrice est « une conception de la réponse au crime selon laquelle, tout étant interrelié, le crime vient rompre l'harmonie qui existait avant sa perpétration, ou du moins l'harmonie souhaitée »²⁴.
- Dans la justice réparatrice, l'adéquation d'une sanction dépend largement des besoins des victimes et de la communauté, et de ceux du délinquant²⁵.
- La justice réparatrice n'entraîne pas nécessairement une sanction plus clémentine qu'une peine d'emprisonnement. Pour de nombreux délinquants, les processus de restitution et de réintégration dans leur communauté sont considérés comme un fardeau plus lourd qu'une peine d'emprisonnement²⁶.
- Les coutumes, les traditions et les conceptions de la détermination de la peine varient grandement parmi les peuples autochtones²⁷. Néanmoins, toutes les communautés autochtones accordent une grande importance aux sanctions rattachées à la communauté²⁸.
- Pour infliger une sanction juste, il est très important de tenir compte des modes de vie et des perspectives autochtones. Dans tous les cas, il faut s'efforcer d'adapter le processus de détermination de la peine et les sanctions infligées à la perspective autochtone²⁹.

Les **procédures et les sanctions appropriées pour une personne autochtone** doivent tenir compte :

²³ *Ibid.* au para 70.

²⁴ *Ibid.* au para 94.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.* au para 72.

²⁷ *Ibid.* au para 73.

²⁸ *Ibid.* au para 74.

²⁹ *Ibid.*

1. des conceptions différentes de la justice ou des sanctions dans la communauté autochtone à laquelle appartient l'accusé ;
 2. de la possibilité d'appliquer des sanctions rattachées à la communauté ou de recourir à des initiatives de justice communautaire autochtone ;
 3. de la question de savoir si les autres sanctions ou procédures possibles répondront aux objectifs de justice réparatrice pour la communauté, les victimes et le délinquant.
- Tout comme c'est le cas dans les communautés et juridictions non autochtones du Canada, les peines infligées pour une infraction donnée peuvent varier d'une communauté et d'une région autochtone à l'autre. En effet, la combinaison juste et appropriée des divers objectifs de détermination de la peine dépendra des besoins de la communauté où le crime est survenu et des conditions qui y règnent³⁰.
 - L'approche adoptée par la Cour relativement à l'alinéa 718.2e) ne signifie pas qu'il faille toujours déterminer la peine des délinquants autochtones de façon à accorder plus de poids aux principes de justice réparatrice, au détriment des objectifs de dissuasion, de dénonciation et d'isolement. Dans tous les cas, le cadre *Gladue* se veut ouvert et basé sur la situation de l'individu en particulier et des circonstances particulières de l'infraction³¹.
 - Dans le cas des délinquants autochtones, le juge doit prendre connaissance des facteurs systémiques ou historiques qui ont eu une incidence sur les peuples autochtones au Canada. Il doit également tenir compte du processus de détermination de la peine qui a cours dans la communauté du délinquant³².
 - Une personne autochtone peut renoncer à son droit à un examen de ses circonstances particulières (facteurs systémiques et historiques, ou autres sanctions possibles)³³.

³⁰ *Ibid.* aux para 76-77.

³¹ *Ibid.* au para 78.

³² *Ibid.* au para 83.

³³ *Ibid.*

- Sans renonciation, le Couronne et l'avocat de la défense doivent assister le juge qui prononce la peine en présentant des éléments pertinents pour l'aider à comprendre les circonstances particulières du délinquant autochtone³⁴.
- Lorsque la preuve fournie est insuffisante (p. ex., personnes autochtones qui se représentent elles-mêmes, avocats peu fiables), le juge qui prononce la peine *doit* s'efforcer de se renseigner sur les circonstances dans lesquelles se trouve le délinquant en tant qu'Autochtone et sur les autres options que l'incarcération³⁵.
- Les cours d'appel *doivent* tenir compte des nouveaux éléments de preuve pertinents et admissibles présentés dans le cadre d'un appel contestant la peine infligée si le juge chargé de prononcer la peine ne s'est pas acquitté des obligations qui lui incombent en vertu de l'al. 718.2e)³⁶.
- Afin que les personnes autochtones soient traitées équitablement, le tribunal *doit* tenir compte de leurs circonstances particulières³⁷.
- Au minimum, l'al. 718.2e) s'applique à *tous* les Autochtones visés par l'article 25 de la *Charte* et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, peu importe l'endroit où ils habitent³⁸.
- Même en l'absence de soutien dans la collectivité, dans le cas d'un délinquant autochtone, le juge *doit* s'efforcer de trouver une autre option que l'incarcération³⁹.

7.4 R c Wells

Un an après que la Cour suprême ait énoncé dans *Gladue* les grands principes et concepts associés à l'alinéa 718.2e), la Cour suprême a saisi l'occasion, dans *R c Wells*, d'expliquer comment l'analyse fondée sur les principes *Gladue* s'applique au régime des peines d'emprisonnement avec sursis introduit par le projet de loi C-41.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.* au para 84.

³⁶ *Ibid.* au para 85.

³⁷ *Ibid.* au para 87.

³⁸ *Ibid.* au para 88.

³⁹ *Ibid.* au para 92.

M. Wells est membre de la réserve de la Nation Tsuu T'ina. Il a demandé que sa peine de 20 mois de prison pour agression sexuelle sur une femme autochtone de 18 ans soit convertie en peine avec sursis, au motif que le juge chargé de prononcer la peine n'avait pas appliqué correctement l'al. 718.2e). Bien que le juge chargé de prononcer la peine ait reconnu que l'al. 718.2e) s'appliquait puisque Wells était un Autochtone, il a ultimement conclu que les objectifs de dénonciation et de dissuasion ne seraient pas atteints si on permettait à M. Wells de purger sa peine dans la collectivité⁴⁰. La Cour d'appel de l'Alberta, qui a statué sur l'affaire avant que l'arrêt *Gladue* de la CSC ne soit rendu, a rejeté l'appel de M. Wells.

S'exprimant au nom des juges unanimes de la Cour suprême, le juge Iacobucci a réaffirmé les lignes directrices énoncées dans *Gladue* en ce qui concerne la détermination de la peine et a expliqué quand et comment les circonstances particulières d'une personne autochtone doivent être prises en compte pour envisager une peine avec sursis en vertu du *Code criminel*.

7.5 Principes *Gladue* établis dans *R c Wells*

- À la « deuxième étape » de l'analyse à appliquer pour déterminer si une peine d'emprisonnement avec sursis est appropriée, le juge chargé de prononcer la peine doit tenir compte de l'alinéa 718.2e) et l'appliquer (en plus de tous les autres principes et objectifs énoncés aux articles 718 à 718.2)⁴¹.
- Chaque fois que le juge arrête son choix sur une peine comportant l'incarcération, il est tenu d'examiner les circonstances systémiques ou historiques particulières qui pourraient avoir contribué à la présence du délinquant autochtone concerné devant les tribunaux⁴².
- Une peine d'emprisonnement avec sursis peut être raisonnable « dans les cas où la dissuasion et la dénonciation sont des considérations primordiales ». Les objectifs de dissuasion et de dénonciation peuvent être bien servis par une peine d'emprisonnement avec sursis⁴³.

⁴⁰ *R c. Wells*, 2000 CSC 10 aux para 11-12, [2000] 1 RSC 207 [*Wells*].

⁴¹ *Ibid.* au para 30.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.* au para 32.

- La possibilité d'imposer une peine d'emprisonnement avec sursis dans les cas où la dénonciation ou la dissuasion sont d'une grande importance dépend de l'appréciation par le juge qui prononce la peine des circonstances particulières de l'affaire, notamment les facteurs aggravants, la nature de l'infraction, la situation de la collectivité et la possibilité de fixer des conditions qui reflètent adéquatement la condamnation de la société⁴⁴.
- Lorsqu'il s'agit de crimes « graves », le juge *peut*, même en appliquant le cadre énoncé dans *Gladue*, donner préséance aux objectifs de dénonciation et de dissuasion. Bien que l'analyse selon *Gladue* demande l'application d'une méthodologie différente pour la détermination de la peine appropriée dans le cas des délinquants autochtones, elle ne commande pas nécessairement un résultat différent⁴⁵. Comme toujours, l'analyse doit être hautement individualisée et tenir compte du contexte particulier.
- Il n'y a pas de catégories d'infractions criminelles qui écartent présomptivement la possibilité d'une peine ne comportant pas d'emprisonnement⁴⁶. Cela reviendrait à enfreindre le principe de proportionnalité, lequel exige de prendre en considération à la fois « la gravité de l'infraction et [le] degré de responsabilité du délinquant »⁴⁷.
- Par conséquent, le juge qui prononce la peine peut faire primer le concept de justice réparatrice, et ce même si le délinquant autochtone a commis un crime « grave »⁴⁸.

7.6 *R c Ipeelee*

Après l'arrêt *Wells* rendu en 2000, ce sera en 2012, dans les affaires conjointes *R c Ipeelee* et *R c Ladue*, que la Cour suprême aura de nouveau l'occasion de se pencher de façon approfondie sur les principes *Gladue*.

Manasie Ipeelee, un Inouk qui habitait à Iqaluit, au Nunavut, a été désigné délinquant à contrôler en 2001 après la perpétration d'une deuxième agression sexuelle. Il a purgé une peine de six ans de prison et a transféré dans un centre correctionnel

⁴⁴ *Ibid.* au para 35.

⁴⁵ *Ibid.* au para 44.

⁴⁶ *Ibid.* au para 45.

⁴⁷ *Ibid.* au para 46.

⁴⁸ *Ibid.* au para 49.

communautaire sous une ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD) pendant 10 ans. M. Ipeelee a été accusé de manquement à une condition de son OSLD parce qu'il a été trouvé en état d'ébriété.

Lors de son procès, M. Ipeelee a été condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans, à laquelle six mois ont été retranchés pour tenir compte de sa période d'incarcération présentencielle. Le juge chargé de prononcer la peine a déclaré que la considération la plus importante lorsque le juge détermine la peine à infliger pour défaut de se conformer à une OSLD est la protection du public, et que la réadaptation ne joue qu'un rôle mineur. Le juge du procès était d'avis que, dans de telles situations, les circonstances particulières de la personne autochtone revêtent « moins d'importance ». Les circonstances particulières de M. Ipeelee n'ont pas été prises en compte dans la peine que lui a imposée la Cour d'appel.

Dans cette affaire, la Cour suprême s'est de nouveau penchée sur le cadre établi dans *Gladue* et l'a reconfirmé. Elle a aussi clarifié un certain nombre d'idées fausses qui avaient fait surface dans les tribunaux inférieurs. L'arrêt *Ipeelee* fournit également des clarifications sur la façon dont le cadre *Gladue* s'applique à la détermination de la peine lorsqu'un délinquant autochtone enfreint une ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD).

7.7 Principes *Gladue* établis dans *R c Ipeelee*

- La réadaptation et la réinsertion sociale d'un délinquant à contrôler est « l'objectif ultime d'une OSLD »⁴⁹. Cependant, cet objectif doit être mis en balance avec la nécessité de protéger le public contre le risque de récidive.
- Les principes de justice réparatrice n'auront pas toujours préséance lors de la détermination de la peine pour un délinquant autochtone qui a contrevenu à une OSLD. Comme toutes les autres analyses pour déterminer la peine appropriée, le processus est hautement individualisé et dépendant au contexte⁵⁰.
- Le principe de *proportionnalité*, qui joue un rôle central dans le processus de détermination de la peine, a une « dimension constitutionnelle » en tant que

⁴⁹ *Ipeelee*, *supra* note 1 au para 48.

⁵⁰ *Ibid.* aux para 54-55.

principe de justice fondamentale au sens des articles 7 et 12 de la *Charte*⁵¹. La proportionnalité représente la condition « sine qua non » d'une sanction juste⁵².

- L'obligation pour les juges de prendre connaissance des circonstances particulières du délinquant autochtone fournit « le cadre contextuel nécessaire à la compréhension et à l'évaluation des renseignements propres à l'affaire fournis par les avocats »⁵³.
- Il est de la *responsabilité* des avocats de fournir ces renseignements personnels « dans tous les cas, à moins que le délinquant ne renonce expressément à son droit [...] »⁵⁴.
- Les *rapports Gladue* servent à fournir au tribunal des renseignements individualisés sur les circonstances d'une personne autochtone⁵⁵.
- La mauvaise application de l'al. 718.2e) par les tribunaux inférieurs a en partie contribué à l'augmentation de la surincarcération des personnes autochtones⁵⁶.
- « Intervenants de première ligne dans le système de justice pénale », les juges chargés de prononcer la peine sont les mieux placés pour évaluer les facteurs systémiques de sorte à éviter de perpétuer la discrimination raciale.
- Ces deux catégories de circonstances particulières ont une incidence sur la détermination de la peine juste et appropriée⁵⁷.
- Les facteurs systémiques et historiques sont de nature *atténuante* et peuvent avoir une incidence sur le degré de culpabilité morale d'un délinquant autochtone⁵⁸. Ne pas tenir compte de ces circonstances contrevient au principe de proportionnalité.

⁵¹ *Ibid.* au para 36.

⁵² *Ibid.* au para 37.

⁵³ *Ibid.* au para 60.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.* aux para 61-63.

⁵⁷ *Ibid.* au para 72.

⁵⁸ *Ibid.* au para 74.

- Les perspectives et visions du monde autochtones peuvent avoir une incidence sur l'efficacité de la peine. « Les principes énoncés dans l'arrêt *Gladue* obligent le juge, lorsqu'il détermine la peine, à éviter de présumer que tous les délinquants et toutes les collectivités partagent les mêmes valeurs, et à reconnaître que, compte tenu de la présence de conceptions du monde foncièrement différentes, l'imposition de sanctions différentes ou substitutives peut permettre d'atteindre plus efficacement les objectifs de détermination de la peine dans une collectivité donnée. »⁵⁹
- L'histoire des peuples autochtones est unique et intimement liée à l'héritage du colonialisme⁶⁰.
- Par conséquent, le principe de *parité* ne devrait pas être un obstacle à l'imposition de peines efficaces pour les Autochtones⁶¹. La parité « exige simplement que toute disparité entre les sanctions imposées à différents délinquants soit justifiée »⁶². Selon le cadre établi dans *Gladue*, l'imposition de sanctions différentes aux délinquants autochtones doit reposer sur les circonstances particulières dans lesquelles ils se trouvent et ces circonstances doivent être rationnellement liées au processus de détermination de la peine.
- Il est erroné en droit d'exiger un lien de causalité entre les facteurs historiques particuliers et l'infraction commise⁶³.
- Même si rien ne prouve que les circonstances particulières d'une personne autochtone diminuent sa culpabilité morale, les facteurs rattachés à la communauté peuvent tout de même être pertinents pour la détermination de la peine⁶⁴.
- La prise en compte des facteurs systémiques et historiques ne vise pas à excuser ou à justifier un acte criminel commis par une personne autochtone. Elle vise plutôt à aider le juge chargé de prononcer la peine à déterminer les sanctions appropriées en lui fournissant le contexte nécessaire⁶⁵.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.* aux para 76-77.

⁶¹ *Ibid.* au para 66.

⁶² *Ibid.* au para 79.

⁶³ *Ibid.* au para 80.

⁶⁴ *Ibid.* au para 82.

⁶⁵ *Ibid.* au para 83.

- Les circonstances particulières d'une personne autochtone n'influenceront la sanction finale que si elles ont « un lien avec sa culpabilité ou [suggèrent] de quelle manière la mise en œuvre des objectifs de la peine devrait être adaptée au contexte actuel du prévenu »⁶⁶.
- Il est erroné en droit d'interpréter les principes *Gladue* comme inapplicables aux infractions « graves »⁶⁷. Cela reviendrait à restreindre une grande partie du potentiel réparateur de l'al. 718.2e) relativement à la surincarcération des Autochtones.
- Le défaut d'appliquer les principes établis par l'arrêt *Gladue* dans une affaire mettant en cause un délinquant autochtone est une erreur qui peut justifier une intervention en appel⁶⁸.

7.8 Autres principes établis dans *Gladue*

- Il appartient au juge qui prononce la peine, et non au procureur, de veiller à la proportionnalité de la peine. Rien ne permet d'affirmer que les procureurs *doivent* tenir compte des circonstances particulières du délinquant autochtone lorsqu'ils décident d'engager des poursuites et limitent ainsi l'éventail des peines pouvant être infligées⁶⁹.
- La nécessité de tenir compte des différences dans les réalités autochtones s'applique également au système correctionnel, conformément au principe énoncé à l'al. 4g) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLC)⁷⁰. Afin de parer à la discrimination systémique qui règne dans les services correctionnels et d'avancer vers l'égalité réelle, les délinquants autochtones doivent être traités différemment.
- L'al. 4g) de la LSCMLC vise, tout comme l'article 718.2 du *Code criminel*, à réparer la relation brisée entre les Autochtones et le système judiciaire canadien⁷¹.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.* au para 84.

⁶⁸ *Ibid.* au para 87.

⁶⁹ *R c Anderson*, 2014 CSC 41 (CanLII) para 25, [2014] 2 RSC 167 [*Anderson*].

⁷⁰ *Ewert c Canada*, 2018 CSC 30 (CanLII), [2018] 2 RSC 165 [*Ewert*].

⁷¹ *Ibid.* au para 57.

- Les facteurs systémiques et contextuels ont un impact sur les plaignants autochtones et sur les délinquants. À ce titre, des mesures doivent être prises pour « s’attaquer de front aux partis pris, aux préjugés et aux stéréotypes systémiques dont sont victimes les femmes et les travailleuses du sexe autochtones »⁷².
- Les juges de première instance peuvent expliquer au jury les facteurs systémiques et historiques auxquels les plaignants autochtones font face⁷³. De telles directives s’inscrivent directement dans l’objectif d’égalité *réelle* poursuivi par l’article 15 de la *Charte*⁷⁴.
- Dans l’intérêt de l’égalité réelle, les juges peuvent également tenir compte des statistiques sur le nombre disproportionné d’Autochtones qui ont subi de la violence sexuelle au cours de leur enfance⁷⁵.
- La pertinence des facteurs systémiques et historiques pour une victime autochtone n’annule pas la pertinence des facteurs systémiques et historiques pris en compte pour déterminer la culpabilité morale d’un délinquant autochtone. Elle ne limite pas non plus l’efficacité des sanctions différentes ou substitutives⁷⁶.

7.9 Le pouvoir du cadre de *Gladue*

Comme l’a fait remarquer Mary Ellen Turpel-Lafond (hors du cadre judiciaire), [Traduction] « le raisonnement qui sous-tend la décision *Gladue* n’est pas du genre à être étroitement limité à une composante particulière de l’administration de la justice, ou de la procédure pénale. On peut présumer que ce type de raisonnement sera appliqué dans divers contextes à l’avenir et que cela pourrait produire des résultats intéressants. Il serait difficile de confiner une notion telle que la “guérison” à une seule composante du système de justice pénale... et de ne pas l’étendre au-delà... »⁷⁷

⁷² *R c Barton*, 2019 CSC 33 [Barton].

⁷³ *Ibid.* au para 201.

⁷⁴ *Ibid.* au para 202.

⁷⁵ *R c Friesen*, 2020 CSC 9 (CanLII) au para 70 [Friesen].

⁷⁶ *Ibid.* au para 92.

⁷⁷ Mary E Turpel-Lafond, « Sentencing within a restorative justice paradigm: procedural implications of *R. v. Gladue* » (1999) 43:1 *Crim LQ* 34 pages 47-48 [Turpel-Lafond].

8. ADAPTER L'APPLICATION DE GLADUE

8.1 Introduction

Les cours et tribunaux canadiens ont reconnu que les principes énoncés dans *Gladue* ne s'appliquent pas seulement au processus de détermination de la peine en matière pénale. Il est important que les professionnels du droit soient conscients des différentes incidences de la discrimination systémique envers les Autochtones et de l'aliénation des Autochtones sur les sanctions qui leur sont imposées dans différents domaines⁷⁸.

Pour reprendre les propos de la Cour dans *Gladue* : « de nombreux autochtones sont victimes de discrimination directe ou systémique, beaucoup souffrent des séquelles de la relocalisation, et beaucoup sont dans une situation économique et sociale défavorables »⁷⁹. En raison de la discrimination systémique et des séquelles de la colonisation qui continuent d'avoir des effets sur les Autochtones, les professionnels du droit qui travaillent avec des clients autochtones doivent appliquer les principes *Gladue* au-delà du domaine pénal afin de contribuer à ses objectifs de réparation⁸⁰.

Cette section se fonde sur la prémisse voulant que [Traduction] « le principe énoncé dans *Gladue* exige que l'on accorde une considération spéciale au statut d'Autochtone dans chaque décision prise par l'État qui pourrait porter atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité des personnes autochtones »⁸¹. Dans *United States of America v Leonard*⁸², le juge d'appel Sharpe, qui devait déterminer si le ministre de la Justice devait tenir compte du statut d'Autochtone dans les cas d'extradition, a bien expliqué cet aspect lorsqu'il a déclaré ce qui suit :

[Traduction] « Les facteurs énoncés dans *Gladue* ne se limitent pas à la détermination de la peine en matière pénale. Tous les "décideurs qui ont le pouvoir d'influencer le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice" (*Gladue*, par. 65) doivent en tenir compte chaque fois que

⁷⁸ Benjamin A. Ralston, *The Gladue Principles A Guide to the Jurisprudence*, Saskatchewan, Indigenous Law Center, 2021, p 360 [Ralston].

⁷⁹ Martin, *supra* note 10, citant *R c Gladue* [1999] 1 RSC 688 para 68, 1999 CanLII 679 (CSC) [*Gladue*].

⁸⁰ Marie Manikis, « Towards Accountability and Fairness for Aboriginal People: The Recognition of Gladue as a Principle of Fundamental Justice That Applies to Prosecutors » (2016) 21:1 Can Crim L Rev 173, p 173.

⁸¹ *Ibid.* p 184.

⁸² *United States v. Leonard*, 2012 ONCA 622, [2012] RJO No 4366 (QL) [Leonard].

la liberté d'un Autochtone est en jeu dans une instance pénale ou dans une instance connexe. »⁸³

Ergo, pour cheminer vers la réconciliation, il faut reconnaître que les principes énoncés dans *Gladue* s'appliquent à toutes les affaires où les moyens d'existence d'une personne autochtone sont en jeu. Comme l'a déclaré le juge d'appel LaForme dans *R c Kokopenace*⁸⁴ :

[Traduction] « Au cours des dernières années, notre Cour en est venue à reconnaître que les principes énoncés dans *Gladue* ne s'appliquent pas seulement — à juste titre — à la détermination de la peine pour infraction criminelle, et que la philosophie qui sous-tend les principes *Gladue* doit s'étendre à d'autres aspects des interactions entre les Autochtones et le système de justice [...] Ce prolongement était implicite lorsque [la Cour suprême] a reconnu, au paragraphe 65 de *Gladue* et au paragraphe 61 d'*Ipeelee*, que le fait d'innover dans les peines imposées n'allait pas résoudre à lui seul le plus grand problème de l'aliénation des Autochtones par rapport au système de justice pénale.⁸⁵ »

Bien qu'il n'existe pas de critères juridiques établis pour déterminer dans quels cas les facteurs énoncés dans *Gladue* doivent être appliqués au-delà de la détermination de la peine en matière pénale, la jurisprudence dans ce domaine offre des indications importantes sur la manière dont les tribunaux ont historiquement appliqué les principes *Gladue* dans des contextes non criminels.

Cette section présente certains cas qui ont tracé la voie et examine comment les tribunaux ont appliqué et intégré les considérations *Gladue* dans des contextes non criminels ou quasi criminels. Bien qu'aucun cas ne soit identique et que chaque affaire comporte des faits différents, nous espérons que cette section aidera les praticiens à mieux comprendre le rôle que peuvent jouer les considérations *Gladue* dans les contextes civils et administratifs où le droit à la liberté d'une personne autochtone est en jeu.

⁸³ *Ibid.* au para 85.

⁸⁴ *R v Kokopenace*, 2013 ONCA 389 (CanLII), [2013] RJO No 2752 (QL) [*Kokopenace*].

⁸⁵ *Ibid.* aux para 142-143.

8.2 Audiences disciplinaires

En 2016, le *Centre canadien pour la diversité et l'inclusion* a mené une étude auprès des avocats autochtones canadiens. Leur étude a révélé que les avocats autochtones représentent environ 1 % de la profession juridique au Canada⁸⁶. Les recherches dans ce domaine ont également établi que les avocats autochtones occupent une position particulière dans nos systèmes juridiques, non seulement parce qu'ils travaillent au sein d'un système qui a historiquement mené à leur oppression et qui continue de le faire, mais aussi parce qu'ils sont eux-mêmes victimes de discrimination dans ces sphères professionnelles⁸⁷.

Il est impératif de réfléchir à cette relation particulière entre les praticiens autochtones et les barreaux. Néanmoins, si l'on se penche sur la liste des facteurs aggravants et atténuants en Colombie-Britannique et en Ontario qui influent sur les peines imposées, il n'y a aucune référence explicite aux origines de l'avocat ou, pour paraphraser la Cour dans *Gladue*, aux « facteurs [...] qui ont contribué à ce que [l'avocat se présente] devant le [tribunal] ». On ne sait donc pas exactement comment les facteurs systémiques et historiques propres à un avocat autochtone pourraient être pris en compte dans une audience disciplinaire⁸⁸.

Dans *Law Society of Upper Canada v Terence John Robinson*⁸⁹, M. Robinson, un avocat, a enrôlé l'un de ses clients pour attaquer un non-client qui le harcelait et le poursuivait. M. Robinson a plaidé coupable de voies de fait graves. Le comité d'audition a assimilé la conduite de l'avocat à un détournement de fonds de clients et lui a imposé une suspension de deux ans. En appel, M. Robinson a contesté la peine imposée, soutenant que le comité d'audition avait commis une erreur lorsqu'il n'avait pas tenu compte de ses origines autochtones. Se rangeant du côté de M. Robinson, le tribunal a accueilli l'appel et a réduit la peine à 12 mois. Le tribunal a déclaré que les principes énoncés dans *Gladue* s'appliquent aux instances disciplinaires, quoique de manière différente⁹⁰:

⁸⁶ Centre canadien pour la diversité et l'inclusion, « Diversity by the Numbers: The Legal Profession » (30 novembre 2016) en ligne : <https://ccdi.ca/media/2019/dbtn_tlp_2016.pdf>, p 27.

⁸⁷ Sonia Lawrence et Signa A Daum Shanks, « Indigenous Lawyers in Canada: Identity, Professionalization, Law » (2015) 38:2 Dal LJ 503, p 513.

⁸⁸ *Martin*, *supra* note 10 p 29.

⁸⁹ *Law Society of Upper Canada v Terence John Robinson*, 2013 ONLSAP 18 (CanLII), [2013] 4 CNLR 129 [*Robinson*].

⁹⁰ *Ibid.* au para 74.

[Traduction] « Les comités d'audition se penchent sur la gravité de l'inconduite ou de la conduite indigne, et sur les circonstances aggravantes ou atténuantes. Ils s'intéressent à la culpabilité, morale ou autre, du titulaire du permis, et à tous les faits relatifs à ces questions. Ils s'intéressent à la bonne moralité du titulaire de permis qui comparait devant eux. Et ils s'efforcent de rendre des décisions qui répondent aux objectifs poursuivis tout en favorisant l'accès à la justice pour tous, y compris, bien sûr, la communauté autochtone. Ce dernier point est particulièrement vrai pour la communauté autochtone et les autres personnes qui ont fait face à de grandes difficultés en matière d'accès à la justice.

Aucune des considérations susmentionnées n'est incompatible avec le maintien de la confiance du public dans la profession juridique. En effet, la prise en compte de facteurs systémiques et historiques particuliers, dans la mesure où ils nous éclairent sur la gravité de la conduite d'un titulaire de permis, et sur sa culpabilité, morale ou autre, est nécessaire pour renforcer le respect et la confiance envers notre profession et l'autoréglementation de tous ses membres. »⁹¹

Le comité d'audition a clairement indiqué que, pour imposer une peine appropriée, le comité d'audition devrait [Traduction] « prêter attention aux facteurs systémiques et historiques particuliers qui peuvent avoir contribué à la présence du contrevenant devant lui »⁹². Entre autres, le comité a fait la remarque suivante :

[Traduction] « Les comités d'audition ne sont pas liés par les obligations énoncées dans l'al. 718.2e) du *Code criminel*. Leur rôle n'est pas de s'attaquer à la crise de la surincarcération des Autochtones. Enfin, nous reconnaissons que l'objectif de maintenir la réputation et la confiance du public dans une profession juridique autoréglementée différencie le rôle des comités d'audition du rôle des juges chargés de prononcer la peine. [...] [Ainsi], les juges chargés de prononcer la peine en matière pénale appliqueront les principes énoncés dans *Gladue* différemment des comités d'audition. Après tout, ils ont différents outils à leur disposition et ont accès à un différent éventail de sanctions, notamment l'incarcération. Mais cela ne fait qu'expliquer pourquoi les principes énoncés dans *Gladue* peuvent être

⁹¹ *Ibid.* aux para 72-73.

⁹² *Ibid.* au para 75.

appliqués différemment dans les instances disciplinaires que dans les instances pénales. Il n'en reste pas moins que les principes s'appliquent.⁹³ »

En bout de compte, le Barreau a affirmé que l'avocat [Traduction] « n'a pas à prouver qu'il y a un lien de causalité entre le statut d'Autochtone et la conduite en cause, tant qu'il est possible que des facteurs historiques et systémiques puissent avoir contribué à la présence du contrevenant devant le comité d'audition. »⁹⁴

La décision *Robinson* illustre parfaitement comment [Traduction] « les facteurs systémiques et historiques qui touchent un professionnel autochtone peuvent également éclairer la preuve présentée au comité d'audition de diverses autres façons, par exemple en aidant à mettre en contexte l'attitude d'une personne envers la police ou son travail avec d'autres Autochtones pour démontrer sa bonne moralité. »⁹⁵

La prise en compte des considérations *Gladue* dans les audiences disciplinaires permet de s'assurer que les organismes d'autoréglementation sont attentifs au vécu particulier des Autochtones et en tiennent compte lorsqu'ils déterminent les sanctions appropriées pour les professionnels autochtones reconnus coupables d'inconduite professionnelle⁹⁶. De plus, comme le fait remarquer Ralston, il est impératif de tenir compte du statut d'Autochtone d'un avocat lorsque la sanction est déterminée, étant donné leur sous-représentation dans la profession.

En tant qu'articulation et incarnation de l'égalité réelle, les principes énoncés dans *Gladue* devraient être étendus à ce contexte dans les cas où il est possible de fournir au comité d'audition des renseignements propres à l'affaire pour lui permettre de rendre une décision appropriée sur l'avenir d'un avocat autochtone⁹⁷.

Voir aussi : *Law Society of Upper Canada v Batstone*⁹⁸, *Law Society of Ontario v Loder*⁹⁹; *Moore v The Law Society of British Columbia*¹⁰⁰

⁹³ *Ibid.* aux para 72-74.

⁹⁴ *Ibid.* au para 75.

⁹⁵ *Ralston*, *supra* note 78 p 365

⁹⁶ *Ibid.* à la p 364.

⁹⁷ *Ibid.* à la p 366.

⁹⁸ *Law Society of Upper Canada v Batstone*, 2017 ONLSTH 34, [2017] LSDD No 39 [*Batstone*].

⁹⁹ *Law Society of Ontario v Loder*, 2021 ONLSTH 66, [2021] L.S.D.D. No 96 [*Loder*].

¹⁰⁰ *Moore v Law Society of British Columbia*, 2018 BCSC 1084, [2018] BCJ No 1282 [*Moore*].

8.3 Décisions de non-responsabilité criminelle (NRC) de la Commission de révision

Les professionnels du droit doivent également garder à l'esprit que les considérations *Gladue* peuvent s'appliquer aux décisions de NRC. Il importe donc de garder à l'esprit les principes susmentionnés et, le cas échéant, de prendre les mesures nécessaires pour s'assurer qu'ils soient pris en compte.

*R v Sim*¹⁰¹ portait sur la prise en compte des principes *Gladue* lors de la révision des décisions de la Commission concernant les accusés déclarés non responsables criminellement. Dans *Sim*, l'accusé a été déclaré non responsable criminellement d'une infraction de vol de moins de 5 000 \$ et a été envoyé dans un établissement à sécurité moyenne. Lors de sa dernière audience, la Commission de révision de l'Ontario a estimé qu'il constituait toujours une menace importante pour la sécurité publique. En appel, l'une des principales questions en litige était de savoir si la Commission avait omis de s'assurer d'avoir des renseignements suffisants concernant les origines autochtones de l'accusé avant de rendre sa décision. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel.

Le juge d'appel Sharpe, qui a rédigé la décision au nom de la Cour, a conclu ce qui suit :

[Traduction] « À mon sens, les principes énoncés dans *Gladue* ne s'appliquent pas seulement à la détermination de la peine et je ne vois pas pourquoi les tribunaux n'en tiendraient pas compte lorsqu'ils se penchent sur la façon dont les accusés jugés non responsables criminellement sont traités dans le système de justice pénale. »¹⁰²

Lorsqu'il s'est penché sur les critères établis dans la loi, le juge d'appel Sharpe a fait remarquer que le statut d'Autochtone était une considération incontournable pour rendre une décision : [Traduction] « Lorsque les circonstances le justifient, la [commission de révision] doit tenir compte des circonstances et de l'historique particuliers d'un accusé autochtone déclaré NRC afin de se pencher sur le placement

¹⁰¹ *R v Sim*, [2005] RJO No 4432, (2005), 78 RJO (3e) 183 [*Sim*].

¹⁰² *Ibid.* au para 16. [Traduction] « La Commission nationale des libérations conditionnelles a adopté un point de vue similaire et exige désormais que les principes *Gladue* soient pris en compte lors des audiences de libération conditionnelle concernant des délinquants autochtones. »: Jonathan Rudin, « Aboriginal Over-representation and *R. v. Gladue*: Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going » (2008) 40:22 Osgoode Hall LJ 687 p. 700 [*Rudin*].

approprié pour l'accusé, sa réinsertion dans la société et les autres besoins de l'accusé »¹⁰³.

La décision *Sim* illustre comment le système de justice pénale doit modifier ses façons de faire afin d'adopter une approche plus inquisitrice lorsqu'elle doit déterminer la peine appropriée pour un délinquant autochtone¹⁰⁴. Dans le même ordre d'idées, les avocats sont encouragés à se renseigner sur l'historique de leur client autochtone et à s'assurer que cet historique est pris en compte dans les instances où l'accusé a été déclaré NRC.

8.4 Enquêtes sur la remise en liberté

Dans *Gladue*, la CSC [Traduction] « a explicitement indiqué que les enquêtes sur la remise en liberté sont l'une des raisons de la surincarcération des personnes autochtones »¹⁰⁵. La Cour a déclaré ce qui suit : « La proportion anormale d'emprisonnement chez les délinquants autochtones découle de nombreuses sources, [...] Elle découle également de préjugés contre les autochtones et d'une *tendance institutionnelle déplorable à refuser les cautionnements* et à infliger des peines d'emprisonnement plus longues et plus fréquentes aux délinquants autochtones. »¹⁰⁶ Ces considérations ont fait leur chemin dans la jurisprudence et les tribunaux ont clarifié comment les circonstances particulières des accusés autochtones doivent jouer un rôle important dans les enquêtes sur la remise en liberté. Par exemple, dans *R v Magill*¹⁰⁷, le juge Ruddy de la Cour territoriale du Yukon a fait remarquer que le risque de discrimination systémique à l'égard des Autochtones est inhérent aux décisions concernant la mise en liberté sous caution :

[Traduction] « Les facteurs socioéconomiques jouent un rôle tout aussi important, sinon plus, au stade de la mise en liberté après une condamnation pour infraction criminelle. Un accusé qui a de mauvais antécédents de travail, des problèmes de dépendance et un réseau de soutien familial et communautaire instable est plus susceptible d'être détenu, alors que ces problèmes sont une conséquence directe du colonialisme canadien, de la relocalisation et des pensionnats. Le juge est tenu d'évaluer l'application des

¹⁰³ *Sim*, supra note 101 au para 19 ; *Martin*, supra note 10 p 35.

¹⁰⁴ *Rudin*, supra note 102 p. 700.

¹⁰⁵ *Martin*, supra note 10 à la p 37.

¹⁰⁶ *Gladue*, supra note 11 à la p 65.

¹⁰⁷ *R v Magill*, 2013 YKTC 8, [2013] Y] No 127 [*Magill*].

critères de mise en liberté de sorte à s'assurer que le résultat n'ait pas pour effet de perpétuer la discrimination raciale systémique.¹⁰⁸ »

Cependant, bien que la jurisprudence des 10 dernières années reconnaisse le raisonnement de la Cour dans *Gladue* et que les principes énoncés dans *Gladue* s'appliquent aux enquêtes sur la remise en liberté, il subsiste de la confusion quant à la façon dont ces principes doivent être appliqués exactement. Essentiellement, les principes énoncés dans *Gladue* sont appliqués de façon fragmentaire, et souvent disparate et contradictoire, dans les enquêtes sur la remise en liberté au Canada. Par exemple, le *Centre international pour la réforme du droit criminel et la politique en matière de justice pénale*¹⁰⁹ a publié un rapport qui offre une perspective instructive sur les rapports *Gladue* et leur utilisation disparate dans les enquêtes sur la remise en liberté. Nous reproduisons cette analyse dans son intégralité ci-dessous :

[Traduction] « Des rapports Gladue sont parfois demandés dans le contexte des mises en liberté sous caution. Il est difficile de savoir à quelle fréquence de tels rapports sont demandés, mais ce semble être assez rare. En fait, on ne sait pas vraiment comment, sur le plan pratique, les rapports Gladue peuvent être produits à temps dans le contexte des décisions de mise en liberté provisoire par voie judiciaire. Rudin estime qu'il est inapproprié d'exiger un rapport Gladue avant d'envisager la mise en liberté sous caution d'un accusé autochtone. Tout d'abord, la préparation d'un rapport Gladue prend du temps et il est inapproprié de garder une personne en détention plus longtemps que nécessaire. Deuxièmement, au stade de la mise en liberté sous caution, la culpabilité n'a pas encore été établie et le rapport peut, par inadvertance, amener le tribunal à imposer des conditions qui peuvent être pertinentes pour la détermination de la peine, mais inappropriées pour une personne qui n'a pas été reconnue coupable.

Jillian Rogin a également fait valoir que les rapports Gladue ne devraient pas être utilisés dans les enquêtes sur la remise en liberté. Son examen de la jurisprudence Gladue relative aux cautionnements révèle comment les Autochtones du Canada reçoivent des « peines [injustes] lors des audiences

¹⁰⁸ *Ibid.* au para 26.

¹⁰⁹ Patricia Barkaskas et al, « Production and Delivery of Gladue Pre-sentence Reports A Review of Selected Canadian Programs » (9 octobre 2019) en ligne (PDF) : *Centre international pour la réforme du droit criminel et la politique en matière de justice pénale*, en ligne : pdf <<https://icclr.org/wp-content/uploads/2020/02/Production-and-Delivery-of-Gladue-Reports-FINAL-1.pdf?x71051>>

[Barkaskas et al].

de mise en liberté sous caution ». Elle soutient que « les enquêtes sur la remise en liberté de type *Gladue* ressemblent à peu de choses près aux procédures de détermination de la peine, érodant les droits conférés par la *Charte* et exacerbant davantage la partialité dans la façon dont la mise en liberté provisoire par voie judiciaire est appliquée.¹¹⁰ »

Il importe de noter que, lorsque les principes et les rapports *Gladue* sont mal appliqués aux décisions de mise en liberté sous caution, les tribunaux risquent d'exacerber les problèmes de surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale, problèmes que *Gladue* et *Ipeelee* cherchent à rectifier. Afin d'appliquer correctement les principes énoncés dans *Gladue*, les juges et les avocats doivent prendre le temps de comprendre en quoi le système de mise en liberté sous caution discrimine contre les Autochtones et doivent éviter de perpétuer cette discrimination lorsque la Couronne cherche à détenir un Autochtone avant le procès ou lorsqu'un Autochtone fait face au renversement du fardeau de la preuve, et doivent veiller à fixer des conditions justes pour la mise en liberté.

Cette idée a été formulée pour la première fois en 2003 dans un document présenté par le juge Brent Knazan de la Cour de justice de l'Ontario à l'Institut national de la magistrature. Le juge Knazan a fait remarquer que, lorsque les tribunaux ne tiennent pas compte des principes énoncés dans *Gladue* dans leurs décisions sur la mise en liberté, il en résulte que de nombreux délinquants autochtones auront effectivement purgé leur peine d'ici le temps où leur plaidoyer sera inscrit. Le juge Knazan a également déclaré que cela est dû au fait que :

[Traduction] « le temps mort que [les délinquants autochtones] auront accumulé sera égal ou supérieur à celui qu'ils auraient pu recevoir s'ils avaient plaidé coupables à la première occasion. L'imposition d'une peine "purgée en entier" empêche toute prise en compte significative des principes énoncés dans *Gladue* avant que la peine ne soit prononcée.¹¹¹ »

Dans *R c Summers*, la Cour a également reconnu la surreprésentation des Autochtones dans les contextes de mise en liberté sous caution¹¹². La Cour y a décrit le système de mise en liberté sous caution du Canada comme un « système qui inflige des peines toujours plus longues et plus sévères aux membres vulnérables de

¹¹⁰ *Ibid.* p 35.

¹¹¹ *Rudin, supra* note 102 p 699.

¹¹² *R. c. Summers*, 2014 CSC 26 (CanLII), [2014] 1 RSC 575 [*Summers*].

la société, non pas à cause du caractère répréhensible de leur conduite, mais à cause de leur isolement et de leurs maigres ressources financières [...] »¹¹³.

Dans *R v Anthony*¹¹⁴, Anthony, un Autochtone membre du clan du castor, a été arrêté le 13 septembre 2018 pour une série d'infractions liées au Code de la route et à l'administration de la justice. Une enquête contestée sur sa remise en liberté, dans laquelle il devait démontrer que sa détention sous garde n'était pas justifiée, a eu lieu le 18 septembre 2018 devant le juge de paix Boon. La mère de M. Anthony agissait comme caution. Dans son témoignage lors de l'enquête sur la remise en liberté sous caution, elle a déclaré que sa mère et elle étaient des survivantes des pensionnats. La défense a fait valoir que les arrêts *Gladue* et *Ipeelee* favorisaient la mise en liberté sous caution de M. Anthony comme alternative à l'emprisonnement. Cependant, le juge n'a pas accordé la mise en liberté sous caution et, malgré les nombreuses observations présentées au sujet de facteurs *Gladue*, le juge n'en a pas tenu compte. M. Anthony a déposé une demande de révision à la Cour supérieure de l'Ontario. Le juge Edward l'a rejetée.

Dans *Anthony*, l'appelant a fait valoir que les considérations *Gladue* doivent s'appliquer à la mise en liberté sous caution parce que la surreprésentation des accusés autochtones placés en détention de façon préventive et après avoir été condamnés ne cesse d'augmenter. Bien que Statistique Canada ne tienne pas de registre de la répartition raciale des personnes placées en détention préventive chaque année, les statistiques indiquent qu'entre 2006-2007 et 2016-2017, la proportion d'hommes autochtones adultes placés en détention (avant leur procès et après avoir été condamnés) a bondi de 20 % à 28 %, tandis que la proportion de femmes autochtones adultes placées en détention (avant leur procès et après avoir été condamnées) est passée de 28 % à 43 %¹¹⁵. L'appelant a donc fait valoir que la Cour doit s'attaquer de toute urgence à la surreprésentation des Autochtones en détention préventive et doit rendre une décision semblable à *Gladue* qui confirme que les principes énoncés dans *Gladue* s'appliquent aux mises en liberté sous caution.

Plus récemment, en 2019, le Parlement a modifié les dispositions relatives à la mise en liberté sous caution dans le *Code criminel* — l'al. 493.2a) exige désormais que les fonctionnaires judiciaires qui prennent des décisions relatives à la mise en liberté

¹¹³ *Ibid.* au para 67.

¹¹⁴ Voir les documents déposés dans la décision *Sa Majesté la Reine c. Timothy Clarke Anthony*, Cour supérieure de justice, dossiers 16-0097, 17-0050 et 17-0003.

¹¹⁵ *Ibid.*

sous caution accordent une attention particulière à la situation des accusés autochtones¹¹⁶.

Ainsi, les professionnels du droit qui travaillent avec des clients autochtones doivent tenir compte de l'application des principes énoncés dans *Gladue* dans le contexte de la mise en liberté sous caution. L'application des principes énoncés dans *Gladue* à la mise en liberté sous caution ne signifie pas qu'une personne autochtone ne devrait jamais être détenue en attendant son procès, pas plus que son application à la détermination de la peine signifie qu'une personne autochtone ne devrait jamais recevoir une peine d'emprisonnement. Cela signifie simplement qu'il faut analyser la situation avec soin pour déterminer si une personne autochtone devrait être mise en liberté en attendant son procès, afin d'éviter qu'elles soient détenues de manière disproportionnée avant leur procès et d'éviter qu'elles envisagent de plaider coupable pour échapper à de dures conditions de détention avant le procès, et réduire la surreprésentation des personnes autochtones dans le système de justice pénale canadien¹¹⁷.

Dans *R v Sledz*, le juge Nakatsuru a affirmé de l'importance de reconnaître et d'incorporer les considérations *Gladue* dans le contexte des mises en liberté sous caution¹¹⁸ :

[Traduction] « Il y a un nombre disproportionné d'Autochtones en prison par rapport à la population globale du pays. Trop souvent, ce problème commence avant le procès, lorsque les Autochtones ne peuvent pas obtenir une mise en liberté sous caution. Pour trouver une solution, c'est là qu'il faut commencer. Chaque cas doit être examiné. Nous devons examiner attentivement la situation particulière de chaque Autochtone. Et nous devons essayer de trouver une solution. Même lorsque la solution est difficile à trouver. Tout comme il pourrait vous être difficile de trouver une caution.¹¹⁹ »

Les professionnels du droit qui travaillent avec des clients autochtones dans le contexte des mises en liberté sous caution doivent être conscients qu'il n'est pas toujours facile d'avancer des arguments fondés sur les principes *Gladue* dans ces contextes. Comme le fait remarquer M. Ralston, pour appliquer de manière significative les principes *Gladue* aux mises en liberté sous caution et aller au-delà d'une simple attention généralisée aux problèmes systémiques, les avocats doivent

¹¹⁶ *R c Kadjulik*, 2021 QCCQ 4344 (CanLII), [2021] RJO No 15389 [*Kadjulik*].

¹¹⁷ *R. c. Anthony*, *supra* note 114.

¹¹⁸ *R v Sledz* 2017 ONCJ 151 [2017] RJO No 1290 [*Sledz*].

¹¹⁹ *Ibid.* au para 18.

rassembler des renseignements propres à l'affaire et au client. Cependant, l'obtention de rapports Gladue complets peut prendre du temps, et ne constitue pas toujours la meilleure approche dans les enquêtes sur la remise en liberté, [Traduction] « puisqu'il est bien possible que cela entraîne des retards, des inconvénients et des dépenses supplémentaires dans des instances qui sont, de par leur nature, censées être sommaires et tenues avec peu de préavis »¹²⁰. Dans ces cas, M. Ralston suggère que les avocats se tournent vers les rapports Gladue qui ont déjà été produits pour le client, le cas échéant, ou vers une décision antérieure de détermination de la peine qui résume les circonstances particulières du client¹²¹.

Voir aussi : *R c Kadjulik*¹²²; *R v E.B.*¹²³, *R v Sledz*; *R v Zora*¹²⁴; *R v Duncan*¹²⁵; *R v Heathen*¹²⁶; *R v Jaypoody*¹²⁷; *R v MLB*¹²⁸; *R c Quannaaluk*¹²⁹; Voir *Ralston supra note 78, chapitre 13, note de bas de page 7, pour une liste plus complète des décisions dans lesquelles les tribunaux se sont penchés sur le problème de la surreprésentation des Autochtones dans le contexte des mises en liberté sous caution.*

8.5 Outrage en matière civile

La jurisprudence a également établi que les tribunaux doivent tenir compte des considérations *Gladue* pour déterminer la peine d'une personne autochtone déclarée coupable d'outrage au tribunal. Comme l'a déclaré M. Ralston : [Traduction] « bon nombre des raisons qui justifient l'élargissement des principes *Gladue* aux procédures de détermination de la peine pour infraction règlementaire et conduite professionnelle s'appliquent également dans ce contexte, particulièrement en ce qui a trait à leur relation avec la proportionnalité ».¹³⁰

Dans *Frontenac Ventures Corporation v Ardoch Algonquin First Nation*¹³¹, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que les principes énoncés dans *Gladue* devraient s'appliquer aux

¹²⁰ *Ralston, supra note 78 à la p 318.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Kadjulik, supra note 116.*

¹²³ *R c EB*, 2020 ONSC 4383, [2020] RJO No 3133 [EB].

¹²⁴ *R c Zora*, 2020 CSC 14 (CanLII), 388 CCC (3d) 1 [Zora].

¹²⁵ *R c Duncan*, 2020 BCSC 590 (CanLII), [2020] BCJ No 635 [Duncan].

¹²⁶ *R c Heathen*, 2018 SKPC 29, [2018] CarswellSask 166 [Heathen].

¹²⁷ *R c Jaypoody*, 2018 NUCJ 36 (CanLII), [2018] NuJ No 43 [Jaypoody].

¹²⁸ *R c MLB*, 2019 BCPC 218, [2019] BCJ No 1771 [MLB].

¹²⁹ *R c Quannaaluk*, 2020 QCCQ 2524, [2020] QJ No 9140 [Quannaaluk].

¹³⁰ *Ralston, supra note 78 à la p 366.*

¹³¹ *Frontenac Ventures Corporation c. Ardoch Algonquin First Nation*, 2008 ONCA 534, 295 DLR (4e) 108 [Frontenac].

affaires d'outrage en matière civile. Dans cette affaire, une société minière privée a mené une campagne de forage exploratoire sur certaines terres faisant l'objet d'une revendication territoriale algonquine. Des dirigeants autochtones et des Premières Nations ont été déclarés coupables d'outrage en matière civile pour avoir contrevenu à des injonctions et pour avoir organisé un blocus pacifique afin d'empêcher le forage. Les défendeurs individuels ont été condamnés à six mois d'emprisonnement et à des amendes allant de 10 000 \$ à 25 000 \$.

Le juge MacPherson de la Cour d'appel a accueilli l'appel et a déclaré que [Traduction] « les grands thèmes de l'arrêt *Gladue*, notamment l'aliénation du système judiciaire, étaient particulièrement pertinents dans le contexte de cet outrage en matière civile pour blocage d'activités de forage autorisées par la loi »¹³² :

[Traduction] « Bien que l'arrêt *Gladue* s'intéresse principalement à l'important problème de l'emprisonnement excessif des personnes autochtones, l'affaire, dans son sens large, attire l'attention sur l'état du dialogue entre le système de justice et les Premières Nations du Canada. Je note trois facteurs en particulier qui ont été mis en évidence dans *Gladue* : l'aliénation des peuples autochtones par rapport au système judiciaire canadien, les répercussions des années de déracinement et la question de savoir si l'emprisonnement aurait une valeur significative pour la communauté à laquelle appartient le délinquant. Tous ces facteurs sont en jeu dans l'affaire qui nous occupe.¹³³ »

La décision *Frontenac* démontre donc que les principes de détermination de la peine énoncés par la Cour suprême du Canada dans *Gladue* s'appliquent lorsque des personnes autochtones commettent un outrage au tribunal. En particulier, dans sa décision, la Cour d'appel a invoqué « l'aliénation des peuples autochtones par rapport au système judiciaire canadien, les répercussions des années de déracinement et la question de savoir si l'emprisonnement aurait une valeur significative pour une communauté autochtone donnée. »¹³⁴

La décision *Frontenac* illustre comment les tribunaux et les parties à une instance doivent reconnaître que l'emprisonnement pour outrage va à l'encontre du modèle de justice réparatrice et serait loin d'être significatif pour les communautés autochtones.

¹³² *Ibid.* au para 57.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ralston, supra* note 78 p 369.

Voir aussi : *Canadian National Railway Company v Plain*¹³⁵; *Bacon St-Onge c Conseil des Innus de Pessamit*¹³⁶ ; *Trans Mountain Pipeline ULC v Mivasair*¹³⁷

8.6 Extradition

Dans *Leonard*, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'extradition fait partie des questions auxquelles s'appliquent les principes énoncés dans *Gladue*¹³⁸. La principale question dans l'affaire *Leonard* était de savoir si le ministre avait commis une erreur de droit en ne tenant pas suffisamment compte du statut d'autochtone du requérant et des principes énoncés dans *Gladue* lorsqu'il a examiné ses demandes fondées sur le par. 6(1) et l'art. 7 de la *Charte*. Le juge d'appel Sharpe devait analyser l'affaire à la lumière de l'al. 44(1)a) de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, lequel prévoit que le ministre de la Justice doit refuser l'extradition d'une personne s'il est convaincu que l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances¹³⁹.

Comme l'a noté le juge d'appel Sharpe, pour déterminer si l'extradition serait injuste ou tyrannique, le ministre de la Justice doit comparer la peine que la personne risque de se voir infliger dans un État étranger *et la peine qu'elle risque de se faire infliger au Canada* — une tâche impossible à accomplir sans tenir compte des principes énoncés dans *Gladue*.¹⁴⁰ Il a expliqué :

[Traduction] « La jurisprudence que j'ai déjà examinée indique que les facteurs énoncés dans *Gladue* ne se limitent pas à la détermination de la peine en matière pénale, mais que tous les "décideurs qui ont le pouvoir d'influencer le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice" (*Gladue*, par. 65) doivent *en tenir compte chaque fois que la liberté d'un Autochtone est en jeu dans une instance pénale ou connexe*.¹⁴¹ »

¹³⁵ *Canadian National Railway Company c. Plain*, 2013 ONSC 4806 (CanLII), [2013] RJO No 3392 (QL) [*Plain*].

¹³⁶ *Bacon St-Onge c Conseil des Innus de Pessamit*, 2019 CF 794 (CanLII), [2019] CF No 673 [*Bacon St-Onge*].

¹³⁷ *Trans Mountain Pipeline ULC c Mivasair*, 2020 BCSC 1512 (CanLII), [2020] BCJ No 1586 [*Trans Mountain Pipeline*].

¹³⁸ *Ralston*, *supra* note 78 p 139; *Leonard*, *supra* note 82 au para 85.

¹³⁹ *Leonard*, *supra* note 82 au para 2.

¹⁴⁰ *Anderson*, *supra* note 69 au para 27.

¹⁴¹ *Leonard*, *supra* note 82 au para 85.

En effet, dans *Leonard*, le juge d'appel Sharpe a dû tenir compte des principes énoncés dans *Gladue* puisque le droit à la liberté de l'accusé était en jeu dans une « instance connexe ». Le raisonnement du juge d'appel Sharpe démontre la nécessité et l'importance pour les professionnels du droit qui travaillent avec des clients autochtones dans tout contexte qui met en cause leur dignité d'élaborer des stratégies juridiques qui tiennent compte des facteurs systémiques et historiques particuliers qui touchent les Autochtones, et de leurs valeurs culturelles et de leurs visions du monde fondamentalement différentes.

9. CONCLUSION

Comme le dit M. Ralston, [Traduction] « le cadre établi dans *Gladue* exige que les juges chargés de déterminer la peine, les avocats des deux parties et les auteurs de rapports présentenciels tiennent compte des circonstances particulières des Autochtones, mais ne prétend pas décrire de façon exhaustive toutes les circonstances qui peuvent se présenter »¹⁴². La Cour suprême du Canada a fait remarquer qu'il est essentiel que le juge chargé de déterminer la peine prenne connaissance des différents événements, processus et politiques, qui ont mené le Canada à traiter les Autochtones différemment [Traduction] « tout en accordant une importance particulière aux séquelles omniprésentes du colonialisme et de la discrimination à l'égard des personnes et des collectifs autochtones »¹⁴³. À cette fin, le cadre établi dans *Gladue* exige que les parties à toute instance dans laquelle le droit à la liberté d'une personne autochtone pourrait être en jeu modifient leur approche pour s'assurer d'explorer soigneusement la culture, l'héritage, l'éducation, la langue, les expériences et les liens avec la communauté.

¹⁴² *Ralston, supra* note 78 p 155.

¹⁴³ *Ibid.* p 158.

10. RESSOURCES

- Liste de tous les programmes de rapport Gladue offert par AJO en Ontario
 - Programmes de rapport Gladue en Ontario
<https://www.legalaid.on.ca/fr/professionnelles-et-professionnels-du-droit/questions-juridiques-touchant-les-autochtones/programmes-de-rapports-gladue-en-ontario>
- Rapports annuels d'AJO. (Notez : Seul le rapport 2014-2015 fait état d'une enquête sur les rapports Gladue en Ontario.)
 - Aide juridique Ontario, Rapport annuel de 2014-2015
<https://www.legalaid.on.ca/wp-content/uploads/LAO-annual-report-2014-15-FR.pdf>
 - **Rapports annuels** : <https://www.legalaid.on.ca/fr/plus-dinformations/renseignements-generaux-sur-la-societe/rapports/>
- Aboriginal Legal Services est une organisation avec laquelle AJO travaille pour préparer des rapports Gladue. Ils ont déjà préparé des études sur leur Gladue Caseworker Program. Sur leur site Web, ils ont publié les rapports des études menées pour les années 2004-2005, 2005-2006 et 2006-2007.
 - **Aboriginal Legal Services** :
<https://aboriginallegal.ca/courts/gladue>
 - **Rapports Gladue et lettres Gladue préparés par ALS**
<https://www.aboriginallegal.ca/gladue-evaluations.html>
- Rapport 1 - les pratiques provinciales et territoriales liées à l'arrêt *Gladue*
https://publications.gc.ca/collections/collection_2013/jus/J2-378-2013-fra.pdf
- Rapport 2 - Production and Delivery of Gladue Pre-sentence Reports A Review of Selected Canadian Programs
<https://icclr.org/wp-content/uploads/2020/02/Production-and-Delivery-of-Gladue-Reports-FINAL-1.pdf?x28096>
- Livre de Benjamin Ralston sur la jurisprudence *Gladue*
 - Benjamin Ralston, *The Gladue Principles A Guide to the Jurisprudence*, (Saskatchewan : Indigenous Law Center, 2021),
https://indigenoulaw.usask.ca/documents/publications/the-gladue-principles_ralston.pdf .

- Livre de Benjamin Ralston sur la jurisprudence *Gladue* – Résumé à l'intention des avocats de la défense (*en anglais*): [https://bcfnjc.com/wp-content/uploads/2021/08/Gladue Principles Userguides for Defence Couns el.pdf](https://bcfnjc.com/wp-content/uploads/2021/08/Gladue_Principles_Userguides_for_Defence_Couns_el.pdf)
- Articles évalués par des pairs portant sur l'application des principes *Gladue* en dehors des contextes criminels
 - Andrew Martin, « Gladue at Twenty: Gladue Principles in the Professional Discipline of Indigenous Lawyers » (2020) *Schulich Law Scholars*, p. 24, citant *R c Gladue* [1999] 1 RCS 688, 171 DLR (4th) 385
 - Marie Manikis, « Towards Accountability and Fairness for Aboriginal People: The Recognition of Gladue as a Principle of Fundamental Justice That Applies to Prosecutors » (2016) 21:1 *Can Crim L Rev* 173.
 - Jonathan Rudin, « Aboriginal Over-representation and *R v Gladue*: Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going » (2008) 40:22 *Osgoode Hall LJ* 687

10.1 Ressources pour la rédaction de rapports *Gladue*

Titre	Lien
<i>R c Gladue</i> , [1999] 1 RCS 688	https://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/1999/1999canlii679/1999canlii679.html
<i>R c Ipeelee</i> , [2012] 1 CSC 433	https://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/2012/2012csc13/2012csc13.html
VCC-Vancouver Community College Tami Pierce-Director Aboriginal Education and Community Engagement Gladue Writing Program	https://www.vcc.ca/about/college-information/news/article/media-release-canadas-first-gladue-report-writing-credential-to-be-offered-at-.html Gladue Report Writing Certificate VCC
Debra Parkes, David Milward, Steven Keesic, and Janine Seymour, « Manitoba Gladue Handbook », University of Manitoba Faculty of Law, septembre 2012	http://law.robsonhall.com/wp-content/uploads/2015/10/Gladue_Handbook_2012_Final-1.pdf
Legal Services Society, BC « Gladue Primer », Colombie-Britannique : 2011	http://www.cba.org/CBA/cle/PDF/JUST13_Paper_Shields_GladuePrimer.pdf

Legal Services Society BC, Gladue Submission Guide (2022)	https://legallaid.bc.ca/publications/pub/gladue-submission-guide
BearPaw Legal Education & Resource Centre, « Writing a Gladue Report », sans date.	https://bearpawlegalresources.ca/find-a-resource/adult-justice/writing-a-gladue-report-booklet
<i>Groupe de travail tripartite du Programme d'assistance parajudiciaire aux Autochtones</i> , « Gladue Sentencing Principles », sans date.	http://www.gladueprinciples.ca/welcome

10.2 Facteurs *Gladue*

Il n'est pas nécessaire que tous les facteurs soient satisfaits dans chaque affaire. Les facteurs doivent s'inscrire dans le continuum de vie de la personne accusée et aideront à expliquer comment elle en est venue à avoir des démêlés avec le système judiciaire.

- Le simple fait d'être une personne autochtone
- Casier judiciaire
- Rapports avec la famille, la communauté, la famille élargie (bons ou mauvais)
- Violence émotive, physique, mentale, spirituelle
- Violence sexuelle
- Abus d'alcool ou d'autres drogues
- Pensionnat ou école de jour
- Pauvreté, sans-abrisme, manque de nourriture
- Suicide
- Perte d'identité ou de la culture
- Relocalisation
- Perte de membres de la famille ou d'amis
- Facteurs systémiques ou intergénérationnels
- Santé mentale
- Autres membres de la famille impliqués dans des actes criminels
- Familles brisées en raison d'une séparation ou d'un divorce
- Marginalisation
- Déracinement
- Oppression
- Colonisation
- Faible revenu
- Manque d'éducation

- Manque de travail
- Racisme
- Participation au Processus d'évaluation indépendant et réception de paiements d'expérience commune
- Enjeux socioéconomiques
- Manque de réseaux de soutien
- Isolement
- Perte de la langue
- Témoin d'actes violents
- Mauvais traitements envers les personnes âgées