



**L'ÉQUIPE JURIDIQUE DU CANADA
CANADA'S LEGAL TEAM**

**La mise en œuvre de la Déclaration et de la Loi sur la Déclaration :
de nouvelles responsabilités pour les conseillers législatifs
et une nouvelle ère pour la production des normes juridiques étatiques**

**Implementing UNDRIP and UNDA:
New Responsibilities for Legislative Counsel
and a New Era for the Production of State Legal Norms**

Maxime Lamothe, LL. B., LL. M.

Conférence de l'ICAJ

Sept. 2022



Ministère de la Justice
Canada

Department of Justice
Canada

Canada



Avant de débiter...

*Une pensée pour les membres de la Nation crie James Smith
et les familles des victimes du drame survenu tout récemment
dans cette communauté autochtone.*



Plan de la présentation

Introduction

1. Contexte
2. Les défis liés à la mise en œuvre de la Déclaration
3. Les outils et les ressources
4. Remarques sous l'angle du pluralisme juridique

Conclusion



Objectifs de la présentation

La Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (Loi sur la Déclaration) occupe maintenant une place importante au sein du dispositif qui prend forme et se déploie peu à peu pour mettre en œuvre la Déclaration :

- Qu'est-ce que cela signifie pour les conseillers législatifs?
- Qu'est-ce qui va changer concrètement?
- Quels sont les défis qui les attendent?
- Quels seront leur rôle et leurs responsabilités?
- Quels phénomènes sont susceptibles de se produire sous l'angle du pluralisme juridique?

1. Contexte

La mise en œuvre de la Déclaration et la réconciliation avec les peuples autochtones : deux immenses projets de société dont la réalisation va s'étaler sur plusieurs générations.



Great Journey

Norval Morrisseau
1978



1. Contexte

Il y a des liens évidents entre ces deux projets de société :

« **La Déclaration** des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones constitue **le cadre pour la réconciliation** à tous les niveaux et dans toutes les sphères de la société canadienne. »

- Commission de vérité et de réconciliation du Canada



1. Contexte

La mise en œuvre de la Déclaration figure désormais en bonne place au sein des priorités qui irriguent l'action gouvernementale.

Les serviteurs de l'État s'acquittent de leurs responsabilités en recevant des messages et des rappels (des ministres, des sous-ministres, du greffier du Conseil privé, etc.) concernant :

- la diversité et l'inclusion
- l'identité de genre et l'expression de genre
- la lutte contre le racisme et la discrimination
- la santé mentale et le bien-être
- **la mise en œuvre de la Déclaration**
- la réconciliation avec les peuples autochtones



1. Contexte

Les conseillers législatifs seront invités au fil du temps à mettre en œuvre des éléments la Déclaration dans un contexte où :

- le Canada a appuyé sans réserve la Déclaration;
- la Déclaration est un instrument international non contraignant qui peut toutefois servir comme outil ou source d'interprétation du droit canadien;
- il y a une volonté ferme et affichée de la mettre en œuvre;
- sa mise en œuvre sera progressive et mobilisera plusieurs acteurs (fédéraux, provinciaux, territoriaux, municipaux, etc.). ⁸





1. Contexte

Des éléments se mettent peu à peu en place, tout en laissant **beaucoup de flexibilité** aux acteurs normatifs (*framework, guide, roadmap, pathway, intent, objective, « a starting place »*) :

- La Déclaration :
 - un **idéal** à atteindre (préambule)
 - de la flexibilité pour les États : mesures, mécanismes, programmes et lois **pour atteindre les buts** (art. 38)
 - des normes **minimales** (art. 43)
- La Loi sur la Déclaration :
 - un **cadre** pour la mise en œuvre de la Déclaration
 - un **plan d'action**
 - une exigence de **compatibilité** en voie de clarification

1. Contexte

La Loi sur la Déclaration (2021, ch. 14) est **peu détaillée** et n'a pas pour effet d'intégrer la Déclaration directement en droit interne ni de la transformer en une loi fédérale contraignante, **mais elle donne tout de même une certaine impulsion** car elle :

- fixe un cadre pour la mise en œuvre de la Déclaration par le gouvernement fédéral (alinéa 4b));
- comporte une exigence statutaire visant à assurer la compatibilité des lois fédérales avec la Déclaration (art. 5);
- prévoit la confection d'un plan d'action (art. 6);
- exige le dépôt d'un rapport annuel (art. 7).



1. Contexte

Au fait, est-ce que la mise en œuvre de la Déclaration est déjà commencée?

D'une part, il serait faux de prétendre que rien n'a été fait. De nombreuses lois fédérales traitent déjà :

- de l'autonomie gouvernementale (art. 3 et 4)
- des consultations + la participation aux décisions (art. 18)
- de l'approche fondée sur les distinctions (art. 22)
- du respect des traités et autres accords (art. 37)

D'autre part, force est d'admettre qu'il reste un très long chemin à parcourir si l'objectif est de mettre en œuvre, notamment par voie législative, tout le contenu normatif de la Déclaration.

11





2. Les défis liés à la mise en œuvre de la Déclaration

La mise en œuvre de la Déclaration, dans les lois et règlements fédéraux, pose de multiples défis pour les conseillers législatifs :

- Défis terminologiques/linguistiques
- Défis juridiques
- Défis rédactionnels (normes et techniques rédactionnelles)
- Quels sont les objectifs du client et les orientations?
- Quel est le rôle des conseillers législatifs?



2. Les défis liés à la mise en œuvre de la Déclaration

Est-ce que la mise en œuvre de la Déclaration représente des défis inédits ou hors du commun pour les conseillers législatifs?

Oui et non! En dépit des particularités du texte de la Déclaration, de l'importance des enjeux et des incertitudes sur le plan juridique, les conseillers législatifs ont déjà affronté des défis similaires :

- la compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*;
- la mise en œuvre des conventions internationales;
- la mise en œuvre des traités et autres accords en matière autochtone.



2.1 Défis sur le plan terminologique

Est-ce que les termes qui figurent dans la Déclaration peuvent être utilisés d'emblée dans les lois et règlements fédéraux?

La prudence est de mise. La Déclaration a une vocation universelle dans ses principes et ses objectifs, mais son texte ne reflète pas nécessairement les nuances et subtilités linguistiques ou juridiques des législations de tous les États. C'est une base commune qui exige des adaptations.

En outre, dans quelles conditions la version française de la Déclaration a-t-elle été établie?

2.1 Défis sur le plan terminologique

Déclaration

les **a**utochtones

les peuples autochtones
(**sans définition**)

les **a**nciens autochtones

Les droits **i**ntrinsèques des
peuples autochtones
(v. anglaise : *inherent rights*)

Lois fédérales

les **A**utochtones

les peuples autochtones
(**définition** + renvoi à l'art. 35)

les **aînés** autochtones

Les droits **i**nhérents (?) des
peuples autochtones

15



2.1 Défis sur le plan terminologique

Declaration

Indigenous individuals

shall (43 occurrences)

revitalize, use, develop and
transmit languages

inter alia

effective consultations

Federal statutes

Indigenous persons/individuals

must (!)

reclaim, revitalize, **maintain**
and **strengthen** languages (ILA)

among other things

meaningful / adequate
consultations (SCC)

16



2.1 Défis sur le plan terminologique

Quel est le sens de chacune des expressions suivantes?

In English:

- « *Indigenous rights* »
- the « rights of (the) Indigenous peoples »

En français :

- les « droits des peuples autochtones »
- les « droits des Autochtones »
- « le droit des Autochtones »
- les « droits autochtones »



2.1 Défis sur le plan terminologique

Termes	Précisions	Exemples
Les droits des peuples autochtones	Droits collectifs dont ces peuples sont titulaires	Les droits garantis par l'article 35
Le droit d'un Autochtone de (...)	Droit spécifique exercé par un Autochtone	Le droit de voter, le droit de chasser, etc.
Le droit des Autochtones de (...)	Droit spécifique exercé par des Autochtones	<i>Idem</i>
Le droit des Autochtones	Le système juridique de l'État canadien en matière autochtone	Étudier/enseigner le droit des Autochtones
Un/le droit autochtone	Un système juridique autochtone (ensemble de règles, normes, traditions ou coutumes juridiques)	Le droit innu, le droit cri
– Les/des droits autochtones	Pluralité de systèmes juridiques autochtones	Les droits innu et cri en matière d'adoption

2.1 Défis sur le plan terminologique

Would "Indigenous **rights**" encompass:

- Aboriginal rights under s. 35;
- treaty rights under s. 35;
- other rights under federal statutes and regulations;
- rights under the UNDRIP (UN Declaration);
- rights under other international instruments;
- rights arising from Indigenous legal orders?



2.2 Défis sur le plan juridique

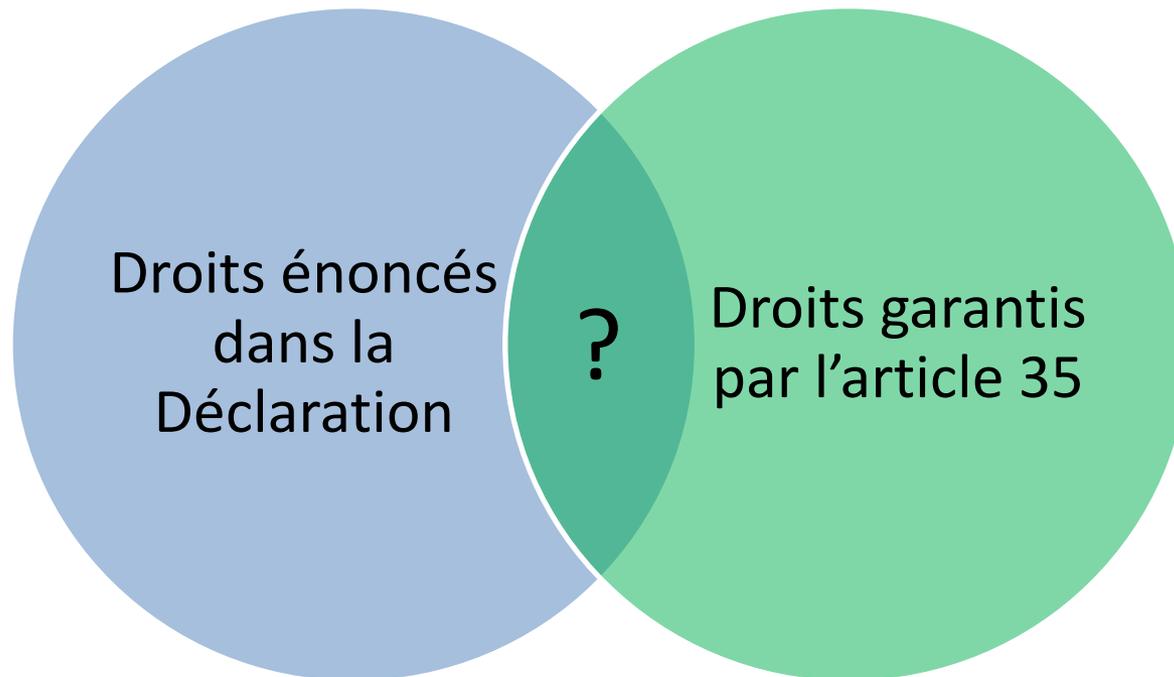
Les contours de l'exigence statutaire de compatibilité (art. 5 de la Loi sur la Déclaration) demeurent flous pour le moment, en l'absence de décisions des tribunaux supérieurs :

- prendre « toutes les mesures nécessaires »
- en « consultation » et en « coopération »
- avec « les peuples autochtones »
- (les mesures nécessaires) pour « veiller à ce que »
- les « lois fédérales »
- soient « compatibles » avec la Déclaration



2.2 Défis sur le plan juridique

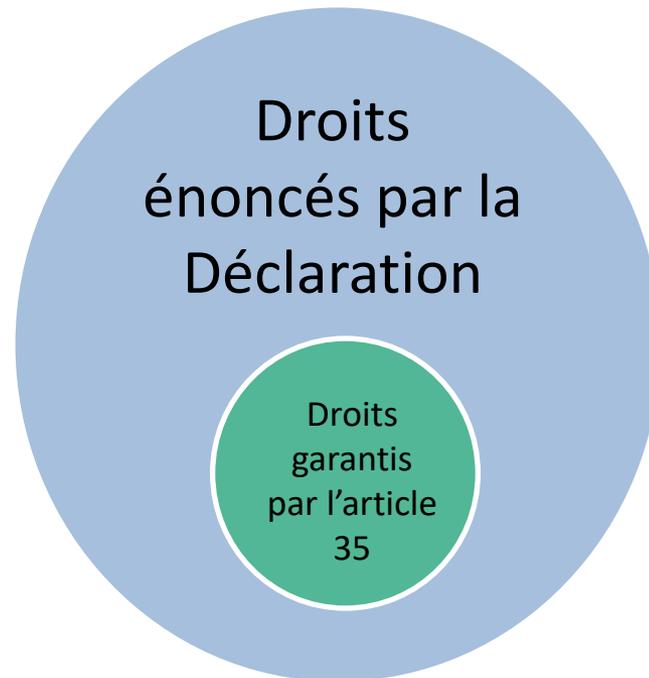
Quels sont les recoupements et les points de convergence ou de divergence entre la Déclaration et l'article 35?





2.2 Défis sur le plan juridique

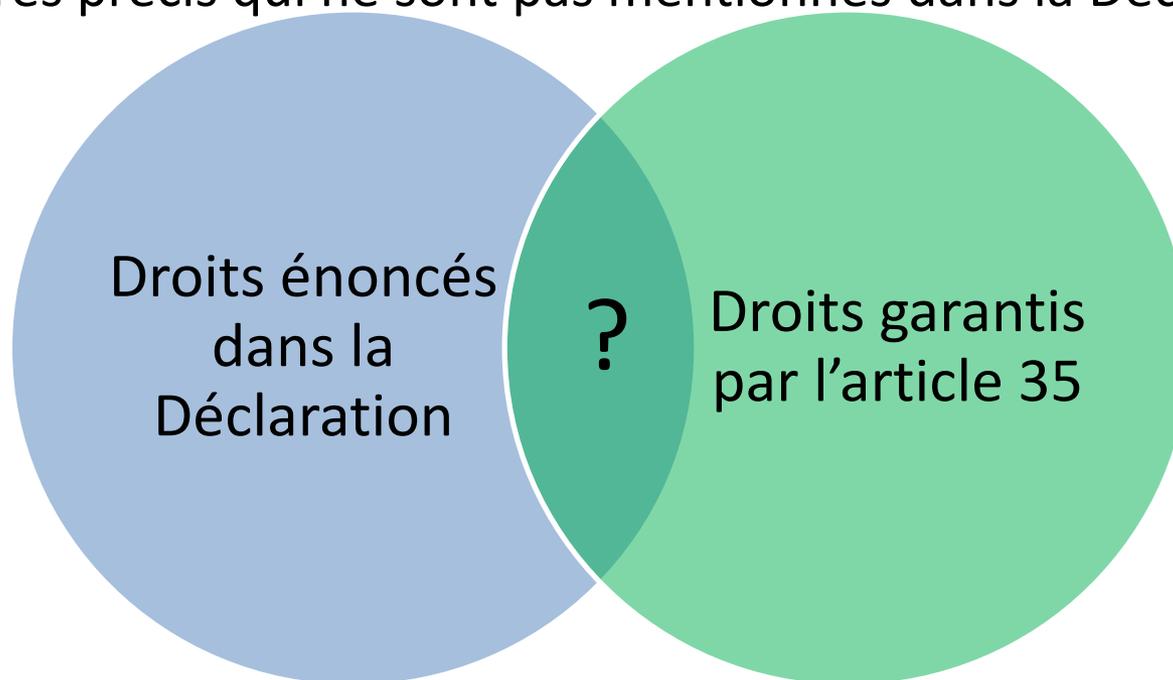
Selon vous, est-ce que les droits énoncés dans la Déclaration recourent tous les droits garantis par l'article 35?





2.2 Défis sur le plan juridique

Hypothèse : d'une part, certains droits énoncés dans la Déclaration vont au-delà du champ de l'article 35; d'autre part, l'article 35 est un foyer de droit en constante évolution et susceptible de viser des éléments très précis qui ne sont pas mentionnés dans la Déclaration.





2.2 Défis sur le plan juridique

Est-ce que la Loi sur la Déclaration est une loi de nature quasi constitutionnelle? Est-ce que les tribunaux pourraient éventuellement tirer cette conclusion?

Si oui, quelles en seraient les répercussions?



2.3 Défis sur le plan de la rédaction législative

Comment la mise en œuvre de la Déclaration va-t-elle s'articuler concrètement en situation de rédaction?

Quels thèmes ou sujets abordés dans la Déclaration feront l'objet d'une mesure législative correspondante?

Est-ce que ce sera un simple exercice de « copier, coller » ou une minutieuse et habile adaptation tenant compte particularités du droit interne?

Est-ce qu'il faudra viser spécifiquement la Déclaration? Ses dispositions? Les droits et objectifs qui y sont énoncés?



2.3 Défis sur le plan de la rédaction législative

La mise en œuvre de la Déclaration sera-t-elle générale ou détaillée, avec des exemples précis ou des situations et des applications concrètes découlant des droits et objectifs énoncés dans la Déclaration?

Est-ce que le degré de précision des normes visant à mettre en œuvre la Déclaration sera à la hauteur des attentes du client et des partenaires autochtones?



2.4 Autres défis

Dans ce nouvel environnement, quels seront le rôle et les responsabilités des conseillers législatifs?

- Lire, s'informer et poser des questions
- Obtenir des clarifications (orientations et instructions)
- Aider à trouver le bon véhicule pour la mise en œuvre de la Déclaration : loi, règlement, politique ou autre mesure?
- Détecter les incompatibilités potentielles avec la Déclaration
- Identifier les risques juridiques (ex.: conformité des mesures de mise en œuvre avec le cadre constitutionnel canadien)
- Proposer des solutions rédactionnelles novatrices



2.4 Autres défis

- Des défis qui demeurent :
 - les délais souvent ambitieux et parfois même déraisonnables
 - une réflexion qui n'est pas arrivée à maturité
 - des instructions de rédaction mal ficelées
 - les défis afférents à l'approche axée sur le client
 - les ressources limitées consacrées à la version française (instructions, examen critique, etc.)



2.4 Autres défis

- Des défis en émergence :
 - la construction d'un nouvel édifice normatif
 - les défis liés à la dynamique des reconnaissances
 - les instructions imprécises sur la m.e.o. de la Déclaration
 - la négociation des instructions sans l'éclairage des légistes
 - la rédaction « législative » sans les légistes
 - la « coélaboration » des lois (*co-development*)
 - la gestion des risques relationnels ou liés à la réputation
 - le « tout est sur la table »
 - le dialogue entre les cultures et les ordres juridiques



3. Les outils et les ressources

Il va de soi que les ministères et organismes fédéraux devront fournir aux employés les outils – lignes directrices, guides, politiques, etc. – nécessaires à la mise en œuvre de la Déclaration.

Comment va-t-on intégrer les questions relatives à la Déclaration dans les mémoires au Cabinet?

Quelles seront les étapes à franchir et les éléments à considérer pour s'acquitter des nouvelles responsabilités prévues par la Loi sur la Déclaration (compatibilité, plan d'action et rapports)?



3. Les outils et les ressources

On peut imaginer que les fonctionnaires participant à l'élaboration des mesures législatives devront se poser d'épineuses questions :

- Y a-t-il des liens ou recouvrements possibles entre les mesures envisagées et tout droit ou objectif énoncé dans la Déclaration?
- Est-ce que les mesures de portée générale qui ne visent pas spécifiquement les peuples autochtones pourraient avoir des effets directs ou indirects sur ces peuples et leurs droits?
- Si de tels liens, recouvrements ou effets sont possibles, y a-t-il des incompatibilités entre les mesures et la Déclaration et, si oui, que peut-on faire pour y remédier?

4. Considérations sous l'angle du pluralisme juridique

Les conseillers législatifs sont à l'occasion, consciemment ou non, des architectes des interactions entre les ordres juridiques étatiques et autochtones.

Dans le cadre de la mise en œuvre de la Déclaration :

- Quels seront, sous l'angle du pluralisme juridique, les effets de la production normative des conseillers législatifs?
- Est-ce que les normes autochtones seront reconnues? Dans quelle mesure? Avec quelle flexibilité ou quelles restrictions? Avec quel degré de précision? Avec quelle visibilité?

4. Considérations sous l'angle du pluralisme juridique

Les défis sont nombreux :

- clarifier les orientations du client (Veut-il ou non un arrimage entre les ordres juridiques, et quel type d'arrimage?);
- atteindre un juste équilibre entre la flexibilité et la précision;
- tenir compte de la grande diversité des cultures et des normes juridiques autochtones;
- se familiariser, dans la mesure du possible, avec ces normes;
- proposer des solutions rédactionnelles adéquates selon les situations (délégation, reconnaissance, normes minimales, etc.)





4. Considérations sous l'angle du pluralisme juridique

De toute évidence, la Déclaration est une invitation à :

- une ouverture accrue à l'égard des ordres, systèmes, traditions, cultures et normes juridiques autochtones;
- la reconnaissance et la réception des normes juridiques autochtones en droit interne étatique;
- la recherche de solutions rédactionnelles novatrices pour opérer une meilleure coordination entre les ordres juridiques étatiques et autochtones.



4. Considérations sous l'angle du pluralisme juridique

Pour reprendre les mots du professeur Ghislain Otis en 2009, au sujet d'une nouvelle gouvernance foncière au Nunatsiavut, on peut se demander si la mise en œuvre progressive de la Déclaration en droit interne, au fédéral et à l'échelle des provinces et des territoires :

« une expérience novatrice par laquelle l'État et les peuples autochtones tentent de nouer entre les cultures juridiques de nouveaux rapports faisant une place réelle à la coordination dialogique, c'est-à-dire à l'adaptation réciproque »



Conclusion

Somme toute, il faudra beaucoup de...

Curiosité

Ouverture

Respect

Humilité

Dévouement

Honnêteté

Créativité

Courage

Persévérance



Conclusion

Des questions? Any questions?

Merci.