

Bernard Duhaime

avec **Noémie Boivin, Rachel Hatcher, Fanny Dagenais-Dion,
Stéfan Dyck, Louise Lambert, Léa Blard et Léa Serier**

S'ouvrir aux Amériques

Mieux protéger les droits humains
et s'engager dans la réconciliation



S'ouvrir aux Amériques

Membre de
L'ASSOCIATION
NATIONALE
DES ÉDITEURS
DE LIVRES

Presses de l'Université du Québec

Édifice Fleurie, 480, rue de la Chapelle, bureau F015, Québec (Québec) G1K 0B6
Téléphone : 418 657-4399 - Télécopieur : 418 657-2096
Courriel : puq@puq.ca - Internet : www.puq.ca

Diffusion / Distribution :

CANADA Prologue inc., 1650, boulevard Lionel-Bertrand
Boisbriand (Québec) J7H 1N7 - Tél. : 450 434-0306 / 1 800 363-2864

**FRANCE ET
BELGIQUE** Sofédís, 11, rue Soufflot
75005 Paris, France - Tél. : 01 53 10 25 25
Sodis, 128, avenue du Maréchal de Lattre de Tassigny
77403 Lagny, France - Tél. : 0160 078299

SUISSE Servidis SA, chemin des Chalets 7
1279 Chavannes-de-Bogis, Suisse - Tél. : 022 960.95.25



La Loi sur le droit d'auteur interdit la reproduction des œuvres sans autorisation des titulaires de droits. Or, la photocopie non autorisée – le « photocopillage » – s'est généralisée, provoquant une baisse des ventes de livres et compromettant la rédaction et la production de nouveaux ouvrages par des professionnels. L'objet du logo apparaissant ci-contre est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit le développement massif du « photocopillage ».

Bernard Duhaime

avec **Noémie Boivin, Rachel Hatcher, Fanny Dagenais-Dion,
Stéfan Dyck, Louise Lambert, Léa Blard et Léa Serier**

S'ouvrir aux Amériques

Mieux protéger les droits humains
et s'engager dans la réconciliation



Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Titre: S'ouvrir aux Amériques: mieux protéger les droits humains et s'engager dans la réconciliation / Bernard Duhaime.

Noms: Duhaime, Bernard, auteur.

Description: Comprend des références bibliographiques.

Identifiants: Canadiana (livre imprimé) 20240005511 | Canadiana (livre numérique) 20240005538 | ISBN 9782760560383 | ISBN 9782760560390 (PDF)

Vedettes-matière: RVM: Droits de l'homme—Canada. | RVM: Droits de l'homme—Amérique latine.

Classification: LCC KE4381.D84 2024 | CDD 342.7108/5—dc23

Financé par le
gouvernement
du Canada

Funded by the
Government
of Canada

Canada

SODEC
Québec



Faculté de science
politique et de droit

Département des
sciences juridiques

UQÀM

I E Institut d'études
internationales
de Montréal
I M 15 ans

Révision

Maryse Décarie-Daigneault

Mise en page

Emy-Lou Lachapelle

Image de couverture

Siméon Décarie-Duhaime

Dépôt légal : 2^e trimestre 2024

- › Bibliothèque et Archives nationales du Québec
- › Bibliothèque et Archives Canada

© 2024 - Presses de l'Université du Québec

Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation réservés

Imprimé au Canada
D6038-1 [01]

Version numérique en libre accès
Licence Creative Commons de libre diffusion



TABLE DES MATIÈRES

MOT DU PROFESSEUR DUHAIME	xi
PRÉSENTATION DE L'ÉQUIPE.....	xiii
RÉSUMÉ EXÉCUTIF.....	xiv
1. S'OUVRIER AUX AMÉRIQUES : CONTEXTE, MÉTHODOLOGIE ET RÉALISATION DU PROJET	1
a) Contexte	1
i. Les droits humains dans les Amériques	1
ii. Le Système interaméricain de protection des droits humains.....	2
iii. La position du Canada	2
iv. Les droits humains au Canada : état des lieux	3
b) Projet proposé : une expérience collaborative.....	3
c) Impacts de la COVID-19.....	4
d) Éthique de la recherche	5
e) Réalisation du projet	5
i. État des lieux.....	5
<i>Panorama des acteurs.trices canadien.nes</i>	<i>6</i>
<i>Revue de littérature</i>	<i>6</i>
<i>Questionnaire</i>	<i>6</i>
ii. Tables rondes et entretiens menés au Canada.....	10
iii. Consultation d'acteurs.trices latino-américain.es.....	13
iv. Analyse des résultats et formulation de conclusions et recommandations.....	13
2. SYNTHÈSE DES AVIS REÇUS LORS DES SONDAGES, DES RENCONTRES ET DES ÉVÉNEMENTS NATIONAUX.....	15
a) Constitution, fédéralisme et institutions.....	15
i. La pluralité des ordres juridiques.....	15
ii. L'importance de faciliter l'accès aux informations relatives aux droits humains et d'assurer plus de transparence	17
iii. La résistance des autorités, telle que perçue, face aux actions visant la protection des droits humains et la réconciliation	17
iv. La vulnérabilité issue du financement des ONG de défense des droits humains	18
b) Accès à la justice et populations en situation de vulnérabilité.....	20
c) Consultation et consentement des peuples autochtones	21
d) Justice transitionnelle et réconciliation	24
e) Institutions internationales	25
3. SYNTHÈSE DES CONSULTATIONS AUPRÈS DES EXPERTES LATINOAMÉRICAIN.ES.....	27
a) Constitutions, fédéralisme et institutions	27
b) Accès à la justice et populations en situation de vulnérabilité.....	30
c) Consultation et consentement des peuples autochtones	32
d) Justice transitionnelle et réconciliation	34

4. LES DROITS HUMAINS ET LE CANADA	37
a) Droits humains : normes, institutions et expérience nationale au Canada	37
i. Instruments nationaux	37
ii. Mécanismes de protection et mise en œuvre	41
<i>Les recours de la Loi canadienne.....</i>	<i>41</i>
<i>Les recours de la Charte canadienne des droits et libertés</i>	<i>43</i>
iii. Les ministères et autres entités responsables en matière de droit international	47
iv. Le processus de négociation, signature, ratification et adoption des traités dans l'ordre juridique interne	50
v. Le respect des obligations du Canada en droit international des droits humains : la préparation des rapports et les litiges en matière de droits humains	53
b) Les institutions internationales et leur rôle dans la protection, la promotion et la consolidation des droits humains	57
i. Le système des droits humains des Nations Unies	57
<i>Les organes créés en vertu de la Charte</i>	<i>57</i>
<i>Les traités internationaux et les organes basés sur les traités</i>	<i>58</i>
ii. Le Système interaméricain de droits humains	59
<i>Le Canada et les traités interaméricains de droits humains</i>	<i>60</i>
<i>Les organes interaméricains de droits humains : la Commission et la Cour</i>	<i>61</i>
iii. L'Organisation internationale du Travail et les droits humains.....	63
iv. Les deux déclarations sur les droits des peuples autochtones : des cadres pour le respect des peuples autochtones.....	64
v. L'utilisation des systèmes de protection des droits humains par la société civile et les peuples autochtones	67
<i>Le système de droits humains de Nations Unies</i>	<i>67</i>
• <i>Les communications individuelles</i>	<i>67</i>
• <i>Les rapports périodiques aux organes de traités, 1990-2018.....</i>	<i>69</i>
• <i>Les procédures spéciales: les rapports par pays et les communications aux États.....</i>	<i>71</i>
• <i>L'Examen périodique universel (EPU)</i>	<i>72</i>
<i>Le SIADH.....</i>	<i>74</i>
• <i>Pétitions individuelles.....</i>	<i>74</i>
• <i>Les rapports et les audiences publiques de la Commission interaméricaine</i>	<i>75</i>
5. JUSTICE TRANSITIONNELLE ET RÉCONCILIATION AU CANADA ET DANS LES AMÉRIQUES....	78
a) Historique des initiatives en matière de justice transitionnelle et de réconciliation au Canada	78
b) Justice transitionnelle et réconciliation : définition et historique.....	83
i. La justice transitionnelle dans les sociétés non transitionnelles et coloniales	83
ii. La justice transitionnelle et le colonialisme.....	85
iii. Qui se réconcilie ?.....	87
iv. Réconciliation ou conciliation ?	90
c) Initiatives en matière de justice transitionnelle et de réconciliation dans les Amériques.....	93

i.	Argentine.....	94
ii.	Chili.....	95
iii.	Salvador.....	96
iv.	Guatemala.....	98
v.	Pérou.....	100
vi.	Brésil.....	101
vii.	Honduras.....	102
viii.	Colombie.....	104
ix.	L'impact institutionnel des commissions de vérité.....	104
x.	Les commissions de vérité et les peuples autochtones.....	106
6.	APPORTS DE L'EXPÉRIENCE LATINO-AMÉRICAINE.....	110
a)	Développement et consolidation d'une politique de droits humains autonome et transversale.....	110
i.	Le développement d'une approche fondée sur les droits humains.....	110
ii.	Réforme des institutions canadiennes responsables des droits humains au Canada et création d'une autorité centralisée attitrée au respect des droits humains.....	115
b)	Le fédéralisme à l'ère du Canada plurinationnel.....	117
i.	Décentraliser la prise de décision pour une adaptabilité aux initiatives locales et des peuples autochtones.....	117
ii.	Tirer bénéfice de la pluralité des ordres juridiques.....	121
c)	Soutien au système multiacteurs.....	126
i.	Résistance des autorités aux droits humains, justice transitionnelle et réconciliation.....	126
ii.	Apaisement des rapports avec la société civile et soutien de son travail.....	132
d)	Garantir le respect des droits : assurer l'accès à la justice.....	137
i.	Élargissement des compétences et pouvoirs des commissions des droits de la personne et des tribunaux des droits humains dans le but de protéger tous les droits fondamentaux efficacement et de façon accessible.....	139
ii.	Élargissement de l'accessibilité à l'aide juridique et au programme de contestation judiciaire et rationalisation du système judiciaire.....	142
iii.	Réforme du système judiciaire par la mise en place de mécanismes s'inspirant du recours en amparo, et la consolidation de la qualité pour agir dans l'intérêt public à travers diverses mesures, dont l'instauration d'un procureur des droits humains.....	143
iv.	Élargissement de la notion de réparations et adoption de mesures en faisant la promotion... ..	148
e)	Reconnaître les droits des peuples autochtones et obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé afin de créer un cadre qui permet réellement de répondre aux exigences actuelles : apports jurisprudentiels mutuels.....	154
i.	Personnalité juridique et identité culturelle.....	155
ii.	Droits fonciers.....	159
	<i>Origines.....</i>	<i>159</i>
	<i>Détermination du droit foncier.....</i>	<i>160</i>
	<i>Attributs du droit foncier.....</i>	<i>161</i>
	<i>Obligations de l'État.....</i>	<i>162</i>

iii.	Droit à la consultation	165
	<i>Obligation de l'État de consulter en droit interaméricain et en droit canadien</i>	165
	<i>Défis actuels et la nécessité de reconnaître le droit des peuples autochtones au consentement préalable, libre et éclairé</i>	167
	<i>Les traités modernes comme une forme de « réconciliation » demandant l'application de standards plus élevés</i>	170
iv.	Réparations	171
f)	Adopter une politique globale de justice transitionnelle qui pourrait permettre une éventuelle « réconciliation » au Canada	175
i.	Réconciliation et justice transitionnelle : quelques principes qui émanent des expériences passées	177
ii.	Le droit à la vérité : détermination de la vérité, ouverture des archives et processus de nature juridique	179
iii.	Favoriser une véritable justice pour les peuples autochtones	184
iv.	Réparer de façon intégrale et prendre action pour le bien-être de tous et toutes au sein d'un Canada plurinational	186
v.	Adopter une justice transitionnelle fondée sur les droits humains telle que conçue par les peuples autochtones et mettre de l'avant les droits de différentes natures	188
vi.	Améliorer le fonctionnement du Tribunal des revendications particulières et en étendre la juridiction	193
g)	La ratification ou l'adhésion du Canada aux instruments internationaux de protection des droits humains	196
i.	La politique canadienne de ratification ou d'adhésion aux instruments internationaux de protection des droits humains	197
ii.	L'intégration en droit interne des normes de protection des droits humains issues des instruments que le Canada a ratifiés	198
iii.	L'analyse par les tribunaux canadiens de la conformité des lois canadiennes avec les normes internationales de protection des droits humains qui lient le Canada	199
iv.	L'interprétation ou l'application par les tribunaux des normes de protection des droits humains liant le Canada	201
v.	Une plus grande transparence dans les processus d'adoption et de mise en œuvre des instruments internationaux relatifs aux droits humains en assurant une meilleure consultation des organisations de la société civile et des peuples autochtones	203
vi.	La ratification et l'adhésion du Canada à des traités supplémentaires	205
	<i>La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (CIPPDF)</i>	205
	<i>La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CIPDTM)</i>	207
	<i>La Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux (Convention 169)</i>	211
	<i>La Convention américaine relative aux droits de l'homme et la Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme (Convention Belém do Pará)</i>	213
	<i>Le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants</i>	220
	7. CONCLUSIONS	221
	RECOMMANDATIONS	224

MOT DU PROFESSEUR DUHAIME

C'est avec une grande fierté que nous présentons aujourd'hui les résultats de nos recherches, entamées il y a maintenant cinq ans, dans le cadre du projet *S'ouvrir aux Amériques pour mieux protéger les droits humains et s'engager dans la réconciliation (SOAA)*.

Ce projet a été réalisé grâce au financement accordé par la Fondation Pierre Elliott Trudeau au professeur Bernard Duhaime, lauréat 2017, et s'ancre pleinement dans les quatre thèmes prioritaires de la fondation, soit les droits de la personne et la dignité humaine, la citoyenneté responsable, le Canada et le monde et, enfin, les populations et leur environnement naturel. D'autres appuis financiers ont été fournis ponctuellement par le Département des sciences juridiques, la Faculté de science politique et de droit, le Vice-Rectorat à la Recherche, et par l'Institut d'études internationales de Montréal, au sein de l'Université du Québec à Montréal.

Ce projet n'aurait pu se réaliser sans la participation de plusieurs acteurs.trices qui ont accepté de discuter avec nous et de répondre à nos questions, tant celles de notre questionnaire, que lors des tables rondes et autres entretiens tenus tout au long du projet, incluant des organisations de défense des droits humains, des entités de gouvernance autochtone, des universitaires (incluant étudiant.es, chercheurs.ses et professeur.es), des fonctionnaires gouvernementaux, dont certain.es d'Affaires Mondiales Canada et de Justice Canada, envers qui nous sommes reconnaissants. Nous tenons à remercier également les collègues de l'Université du Québec à Montréal, de l'Université de Toronto, d'Amnesty International Canada anglophone, et de l'Université Simon Fraser de nous avoir accueillis en leurs murs pour la tenue des tables rondes, de même que les nombreuses organisations de la société civile qui nous ont appuyés dans ces initiatives, dont Amnistie internationale Canada francophone, Avocats sans frontières Canada, la Ligue des droits et libertés, le Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa, l'Association canadienne des libertés civiles, Christopher Campbell-Durufflé, le Canadian Centre on Statelessness et le Centre for Criminology & Sociolegal Studies de l'Université de Toronto, ainsi que Lawyers' Rights Watch Canada.

De même, nous exprimons notre gratitude au Center for Human Rights and Global Justice de la New York University School of Law, aux États-Unis, de même qu'au Centre for Global Studies et la Faculté de droit de l'Université de Victoria, au Canada, qui nous ont accueillis pour des séjours de recherches qui ont été consacrés, en grande partie, à la réalisation du présent projet.

En plus de remercier la Fondation Pierre Elliott Trudeau, l'Institut d'études internationales de Montréal et la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal, qui ont rendu possible le colloque *S'ouvrir aux Amériques pour mieux protéger les droits humains et s'engager dans la réconciliation* qui s'est tenu à Montréal les 3 et 4 octobre 2019, il nous faut, bien évidemment, réitérer notre reconnaissance aux panélistes qui ont participé, dont Pascale Fournier (Présidente de la Fondation Pierre Elliott Trudeau), Hugo Cyr (Doyen de la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal), Margarette May Macaulay (Membre de la *Commission interaméricaine des droits de l'homme*), Rachel Hatcher (chercheuse de l'équipe SOAA), Juan Pablo Albán Alencastro (Université San Francisco de Quito, Équateur), Fernanda Brandão Lapa (Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos, Brésil), Anexa Brendalee Alfred Cunningham (de la nation Mizkitu au Nicaragua, avocate et experte en droits et politique autochtones), Juan Segundo Pichún Collonao (lonko (leader) de Lof Temulemu de la nation Wallmapu au Chili), Viviana Krsticevic (Centre pour la justice et le droit international aux États-Unis), José Antonio Guevara Bermúdez (Comisión mexicana de defensa y promoción de los derechos humanos au Mexique), Daniel Lopes Cerqueira (Due Process of Law Foundation, États-Unis), Sol Ana Hourcade (Centro de Estudios Legales y Sociales, en Argentine), Luz Marina Monzón Cifuentes (Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, Colombie), Cynthia Milton (Université de Montréal) et Juan Méndez (American University, États-Unis).

Plusieurs de ces contributions, de même que celles de Nancy Tapias Torado et Sara Gold, ont par la suite été publiées dans un numéro spécial de la Revue québécoise de droit international (hors-série juin 2022) que nous remercions également.

Il nous faut mentionner l'équipe extraordinaire de chercheuses et chercheurs, étudiant.es de premier, deuxième et troisième cycles, de même que les post-doctorant.es, sans qui ce projet n'aurait pu se réaliser. Mentionnons à la coordination Noémie Boivin et Camille Labadie, qui a également contribué à l'administration avec Fanny Dagenais-Dion. Soulignons aussi les importantes contributions en recherche de (en ordre alphabétique) Léa Blard, Noémie Boivin, Fanny Dagenais-Dion, Stéfan Dyck, Sara Gold, Rachel Hatcher, Denys Hatseniuk, Louise Lambert, Léa Serier, Marion Mompontet, Eloïse Ouellet-Decoste et Andréanne Thibault. Mentionnons aussi Marie Rémy Lever pour l'aide aux communications et à la diffusion, Mathilde Lafortune et Julia Pusztai, à la logistique, Marjorie Wehrlen pour la conception des logos du projet, Alexander Taranu Weinstein pour la conception du site web et Emy-Lou Lachapelle au graphisme.

Enfin, nous devons féliciter et réitérer notre gratitude aux personnes qui ont contribué d'une façon extraordinaire à la rédaction de cet important rapport, dont (en ordre alphabétique) Léa Blard, Noémie Boivin, Fanny Dagenais-Dion, Stéfan Dyck, Rachel Hatcher, Louise Lambert et Léa Serier.

Nous sommes honoré.es d'avoir pu travailler aux côtés de chercheuses et chercheurs passionné.es, curieux.ses et rigoureux.ses, sensibles à la dignité humaine et porteurs.ses d'espoirs. L'esprit de camaraderie qui a marqué nos efforts fut exemplaire et est attesté par la qualité des résultats présentés aujourd'hui.

La réalisation de ce chantier a exigé de nombreux ajustements, entre autres considérant l'avènement de la pandémie de COVID-19 qui a bousculé notre programme et limité plusieurs activités prévues. Nous sommes reconnaissant.es à toutes les parties prenantes, en particulier aux chercheuses et chercheurs, à l'UQAM et à la Fondation Pierre Elliott Trudeau, qui ont su faire preuve de flexibilité et de créativité pour assurer que ce projet soit un succès.

* * *

Ce rapport propose de faire un état des lieux de la situation de la protection des droits humains au Canada et des efforts déployés pour entamer la réconciliation, tout en proposant une réflexion qui s'inspire des expériences et meilleures pratiques développées dans les Amériques, suivant une perspective autocritique d'échanges Sud-Nord. Grâce aux contributions des interlocuteurs.trices canadien.nes, dont des organisations de défense des droits humains, des entités de gouvernance autochtone, des universitaires incluant étudiant.es, chercheurs.ses et professeur.es, des fonctionnaires gouvernementaux, de même qu'à celles des expert.es latino-américain.es qui ont participé à notre colloque de 2019, nous espérons alimenter une réflexion constructive et proposer des pistes de solutions innovatrices pour mieux protéger les droits humains et s'engager dans la réconciliation au Canada.

Pr Bernard Duhaime, Ad. E.
Montréal, 10 novembre 2022.

PRÉSENTATION DE L'ÉQUIPE

DIRECTEUR DE PROJET

Bernard Duhaime

COORDINATION

Camille Labadie

Noémie Boivin

ADMINISTRATION

Camille Labadie

Fanny Dagenais-Dion

RÉDACTION*

Léa Blard

Fanny Dagenais-Dion

Rachel Hatcher

Léa Serier

Noémie Boivin

Stéfan Dyck

Louise Lambert

ÉQUIPE SCIENTIFIQUE*

Léa Blard

Sara Gold

Léa Serier

Noémie Boivin

Rachel Hatcher

Marion Mompontet

Fanny Dagenais-Dion

Denys Hatseniuk

Eloïse Ouellet-Decoste

Stéfan Dyck

Louise Lambert

Andréanne Thibault

SOUTIEN LOGISTIQUE

Marie Rémy Lever

Julia Pusztai

Julien-Manuel Després

Christopher Campbell-Durulté

GRAPHISME, CONCEPTION LOGO ET SITE WEB

Emy-Lou Lachapelle

Marjorie Wehrlen

Alexander Taranu Weinstein

*en ordre alphabétique

RÉSUMÉ EXÉCUTIF

S’ouvrir aux Amériques (SOAA) est un projet de recherche académique dont la vocation est de mettre de l’avant le transfert de connaissances du Sud vers le Nord. La conviction qui guide ce projet est que la société canadienne peut apprendre beaucoup de l’expérience des institutions publiques et des organisations latino-américaines de défense des droits humains, entre autres en ce qui a trait aux interactions de celles-ci avec les mécanismes internationaux de protection des droits. Les meilleures pratiques latino-américaines en matière de justice transitionnelle sauraient par ailleurs enrichir les débats qui ont actuellement cours au Canada.

Ce rapport, divisé en 7 chapitres, s’appuie sur les avis reçus lors de sondages, de rencontres et d’évènements nationaux s’étant tenus entre l’automne 2017 et l’automne 2019 avec le soutien financier de la Fondation Pierre Elliott Trudeau. Ces avis ont donné lieu à un ensemble de réflexions qui structurent ce rapport et sont le fruit de l’interaction avec différentes parties prenantes impliquées dans la promotion et la protection des droits humains.

Le **chapitre un** présente le contexte, la méthodologie et la réalisation du projet.

Le **chapitre deux** de ce rapport expose les différents enjeux et priorités qui émergent des avis recueillis. Ce rapport expose les différents enjeux et priorités qui émergent des avis recueillis. Il y est donc question, dans un premier temps, des rapports entre les droits humains et la constitution, entre le fédéralisme et les institutions. En effet, selon plusieurs parties prenantes, la structure fédérale de l’État canadien semble occasionner nombre d’obstacles à la protection des droits humains, notamment en raison de la répartition des compétences entre les différents échelons de gouvernance. Selon les parties prenantes, ces effets pourraient être amoindris en s’assurant d’une meilleure coopération et coexistence de ces ordres de gouvernance. Les enjeux d’accès à l’information et de transparence des autorités reviennent souvent au sein des avis reçus, à l’instar de l’expérience, par certaines parties prenantes, de diverses formes de résistances de la part des autorités eu égard aux mesures proposées pour améliorer le bilan du Canada sur le plan de la protection des droits humains et de la réconciliation.

Dans un deuxième temps, les parties prenantes mettent de l’avant leurs préoccupations quant aux difficultés vécues dans l’accès à la justice pour la population en général et plus particulièrement pour les victimes de violations des droits humains. Il ressort de leurs interventions que les difficultés sont plus importantes pour les personnes et groupes vivant en situation de vulnérabilité, au premier rang desquelles figurent les femmes, les personnes migrantes et les peuples autochtones.

La garantie et la nécessité de reconnaître et de protéger les droits humains des peuples autochtones au Canada occupent, elles aussi, une place importante dans les avis reçus.

Les actions posées par le Canada en matière de justice transitionnelle et de réconciliation sont également identifiées comme des enjeux importants parmi les avis reçus.

Enfin, le chapitre deux s’achève sur l’inquiétude, souvent exprimée, face aux interactions du Canada et de sa société civile avec les institutions internationales de supervision des obligations des États en matière de protection des droits humains et, plus largement, face à l’implication du Canada dans les différents processus internationaux.

Le **chapitre trois** du rapport centralise les réflexions et avis des experts latino-américains sur les sujets suivants : 1) Constitutions, fédéralisme et institutions; 2) Accès à la justice et personnes et groupes populations en situation de vulnérabilité; 3) Consultation et consentement des peuples autochtones; et 4) Justice transitionnelle et réconciliation. Ces avis ont été reçus au cours d’un important colloque organisé durant l’automne 2019 à l’Université du Québec à Montréal.

Il s'agissait pour le public et pour l'équipe de recherche de mieux comprendre les expériences et les meilleures pratiques que les sociétés latino-américaines ont acquises ces dernières années, notamment sur le plan de la protection des droits humains et de la justice transitionnelle.

Le **chapitre quatre** du rapport brosse un portrait précis et riche des obligations, institutions et mécanismes internes de protection des droits humains en droit canadien, survolant les normes nationales applicables, leurs mécanismes de mise en œuvre, tout autant que le processus de négociation, de signature, de ratification ou d'adhésion et de mise en œuvre des instruments internationaux de protection des droits humains au Canada. Traitant également du système onusien de protection des droits humains et du Système interaméricain, il expose ensuite les organes et les traités internationaux de protection des droits autant que la position du Canada face à ces systèmes. Enfin, ce chapitre se concentre sur l'utilisation des outils internationaux et interaméricains par la société civile et les peuples autochtones.

Le **chapitre cinq** se concentre sur les droits humains et la réconciliation au Canada et dans les Amériques. Dans un premier temps, il présente une courte rétrospective des initiatives canadiennes en matière de réconciliation et de justice transitionnelle. Dans un second temps, les notions de justice transitionnelle et de réconciliation sont analysées, tant dans leur lien avec le colonialisme que dans les débats entourant le choix de mots désignant ces notions. Enfin, dans un troisième temps, ce chapitre aborde les expériences latino-américaines dans le domaine de la justice transitionnelle. Traitant du cadre conceptuel et de l'historique de ces expériences, il propose une rétrospective des expériences en Argentine, au Chili, au Salvador, au Pérou, au Brésil, au Honduras ainsi qu'en Colombie. Profitant de l'occasion pour discuter de l'*impact* institutionnel des commissions de vérité, le chapitre se penche aussi sur l'interaction de celles-ci avec les peuples autochtones.

Le **chapitre six**, quant à lui, discute des apports de l'expérience latino-américaine pour l'amélioration de la protection des droits humains et pour un meilleur engagement vers la réconciliation au Canada. Il traite, entre autres, du développement et de la consolidation d'une politique de droits humains autonome et transversale, de même que du fédéralisme à l'ère du Canada plurinational, et du soutien devant être apporté au système multiacteurs. Ce chapitre s'intéresse aussi à l'importante question de l'accès à la justice, discutant entre autres des compétences et pouvoirs des commissions et tribunaux des droits de la personne, de l'élargissement de l'accessibilité à l'aide juridique et au programme de contestation judiciaire, de la mise en place de mécanismes s'inspirant du recours en *amparo*, et de la consolidation de la qualité pour agir à travers diverses mesures, dont l'instauration d'un procureur des droits humains, de même que de l'élargissement de la notion de réparations. Ce chapitre propose également de mieux reconnaître les droits des peuples autochtones et mieux obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé en ce qui a trait à divers enjeux, dont celui de la personnalité juridique et de l'identité culturelle, des droits fonciers, et du droit à la réparation. En ce qui a trait à la proposition d'adopter une politique globale de justice transitionnelle qui pourrait permettre une éventuelle « réconciliation » au Canada, ce sixième chapitre s'intéresse aux principes qui émanent des expériences passées en matière de justice transitionnelle et de réconciliation. Il s'intéresse également au droit à la vérité, à l'adaptation de la justice envers les peuples autochtones, tenant compte d'une justice transitionnelle fondée sur les droits humains, telle que conçue par les peuples autochtones, et à l'amélioration du fonctionnement et à l'élargissement du Tribunal des revendications particulières. Ce chapitre propose enfin une réflexion sur la ratification ou l'adhésion du Canada aux instruments internationaux de protection des droits humains, tenant compte de la politique canadienne actuelle, de l'intégration en droit interne des normes de protection des droits humains issues des instruments que le Canada a ratifiés, de l'analyse par les tribunaux canadiens de la conformité des lois canadiennes avec les normes internationales de protection des droits humains qui lient le Canada, de l'interprétation ou l'application par les tribunaux des normes de protection des droits humains liant le Canada, d'une plus grande transparence dans les processus d'adoption et de mise en œuvre des instruments internationaux relatifs aux droits humains et de la ratification et de l'adhésion du Canada à plusieurs des traités supplémentaires.

Enfin, le **chapitre sept** présente les conclusions du rapport et est suivi d'une liste de recommandations dont nous reproduisons les grands axes ci-dessous:

- 1) Adopter une approche fondée sur les droits humains dans l'élaboration des politiques publiques.
 - a. Cette approche doit être holistique et tenir compte des critères d'inclusivité, de responsabilisation, de participation, de non-discrimination, d'universalité, d'inaliénabilité, d'indivisibilité, d'interdépendance et d'indissociabilité des droits.
 - b. Elle implique l'adoption d'une politique transversale intervenant à travers les différents pouvoirs, agissant comme point central des autres politiques et disposant d'un financement pérenne, détaché des contingences politiques et gouvernementales.
- 2) Réformer les institutions des droits humains.
 - a. Octroyer de plus grands pouvoirs à la Commission canadienne des droits de la personne afin qu'elle puisse contrôler la mise en œuvre des obligations internationales du Canada et faire des recommandations aux gouvernements.
 - b. Remplacer le Comité permanent des fonctionnaires chargés des droits de la personne par un mécanisme plus efficace et responsable.
 - c. Créer un poste de ministre ou ministre délégué chargé des droits humains et responsable de la mise en œuvre intérieure des obligations internationales du Canada et chargé du suivi du bilan du Canada.
 - d. Mettre à contribution, plus franchement, les institutions démocratiques canadiennes, dont le Parlement qui devrait jouer un rôle plus important dans le processus de mise en œuvre et de surveillance des obligations relatives aux droits humains.
- 3) Créer une autorité centralisée spécialisée en droits humains.
 - a. Cette autorité assurerait la communication intergouvernementale, la centralisation des informations et la transparence envers le public.
 - b. Au-delà des fonctions d'ombudsman, un ministère serait responsable de la mise en œuvre intérieure des obligations internationales du Canada en matière de droits humains et du bilan du Canada à l'international, disposant des ressources nécessaires.
 - c. Cette autorité serait la principale répondante en ce qui a trait aux obligations du Canada en matière de droits humains, dotée d'un mécanisme de reddition de comptes et permettant l'établissement d'une hiérarchie claire.
- 4) Renforcer la subsidiarité du fédéral sur les enjeux relatifs aux droits des peuples autochtones.
 - a. Décentraliser la prise de décision et réaffirmer le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale comme droit autonome et inhérent.
 - b. Garantir une place effective et pérenne aux initiatives menées par les peuples autochtones, tout en respectant les modalités qu'ils choisissent.
 - c. Reconnaître une autonomie politique transversale qui passe outre aux répartitions classiques de compétences entre le provincial et le fédéral.
 - d. Adapter la structure juridique au Canada pour créer des espaces propices à la pluralité normative, reconnue comme légitime face aux questions de droits humains et nécessaire à l'exercice des droits des peuples autochtones.
- 5) Se doter d'une politique interne de soutien aux défenseurs.ses des droits humains.
 - a. Inclure des mesures de prévention des violations des droits humains et d'élimination des obstacles auxquels sont confronté.es les défenseurs.ses des droits humains.
 - b. Garantir que les agent.es de l'État s'abstiennent d'interférer avec les droits des défenseurs.ses des droits humains, ou de les restreindre.
 - c. Appuyer le travail des défenseurs.ses des droits humains et leur garantir des espaces de liberté et de mobilisation.
 - d. Favoriser le financement des organisations de défense des droits humains, en révisant par exemple les définitions catégorisant les domaines de « bienfaisance » et en permettant un financement à long terme et prévisible.
 - e. Instaurer une commission indépendante chargée de déterminer quels organismes sans but lucratif sont des organismes d'intérêt public.
 - f. Garantir un système plurimédiatique en établissant des lois et des politiques publiques qui démocratisent l'accès aux médias dans les différents domaines de communication et en assurant une place plus importante aux peuples autochtones entre autres pour perpétuer la mémoire dans les processus de justice transitionnelle.

- 6) Agir globalement et proactivement pour l'accès à la justice en mobilisant l'appareil étatique dans sa globalité.
- a. Élargir les compétences et les pouvoirs des commissions et tribunaux des droits de la personne pour leur permettre de traiter de tous les droits humains plutôt que seulement des questions de discrimination et d'égalité.
 - b. Permettre aux commissions et tribunaux des droits de la personne d'effectuer un contrôle de la mise en application des différentes conventions.
 - c. Élargir l'accès à l'aide juridique en augmentant le seuil d'admissibilité.
 - d. Élargir l'accès au programme de contestation judiciaire, développer un équivalent provincial et pérenniser leur existence par l'adoption d'une loi.
 - e. Simplifier les procédures judiciaires se rapportant aux droits humains, notamment en s'inspirant de la procédure d'*amparo*, une procédure simple, rapide et restaurative applicable tant à l'encontre de l'État qu'à l'encontre des individus.
 - f. Élargir la notion de réparation, pour y inclure les fonctions de restitution, de réadaptation et de satisfaction, ainsi que les garanties de non-répétition.
 - g. Se doter des outils nécessaires à la surveillance de la mise en œuvre des jugements condamnatoires.
- 7) Mettre en place une politique globale de justice transitionnelle et plus spécifiquement un mécanisme de justice transitionnelle spécifique aux revendications de titres ancestraux autochtones.
- a. Assurer un questionnement concernant le sens même de réconciliation, tenant compte des biais liés aux fondements du système politique et juridique, concernant les bénéficiaires de la réconciliation et concernant la façon de mener le processus en lui-même.
 - b. Adopter une politique nationale de justice transitionnelle, intégrant des éléments institutionnels et procéduraux à l'échelle nationale, émanant des autorités et des peuples autochtones eux-mêmes et mobilisant les institutions internationales.
 - c. Élargir les compétences de la Commission canadienne des droits de la personne et créer un procureur des droits humains.
 - d. Reconnaître la centralité des victimes et leur statut particulier tout en respectant leurs voix et en comprenant les causes des violations subies.
 - e. Adopter des mesures visant à garantir le droit des victimes à la justice, à la vérité et à la mémoire, entre autres en enquêtant de manière diligente sur toute violation des droits humains.
 - f. Assurer la réparation intégrale des violations, incluant par l'adoption de garanties de non-répétition.
 - g. Améliorer le fonctionnement du Tribunal des revendications particulières (TRP) pour en garantir un meilleur accès, assurer son indépendance et son financement adéquat, élargir sa juridiction aux revendications se rapportant aux droits ancestraux, y compris aux titres ancestraux, ou établir une institution semblable en ce sens.
 - h. Établir et convenir de ces réformes conjointement avec les autorités autochtones concernées.
- 8) Intégrer plus efficacement les institutions internationales dans le processus canadien.
- a. Adopter de façon proactive des traités internationaux afin d'encourager les différents niveaux de gouvernance à élever leurs standards de droits humains.
 - b. Communiquer plus clairement et plus efficacement les informations aux citoyen.nes, quant aux obligations et aux procédures internationales se rapportant aux droits humains.
 - c. Mettre en place une procédure interne inspirée des EPU afin d'encourager les autorités à rendre compte de leurs efforts.
 - d. Divers instruments de protection des droits humains devraient être ratifiés le plus rapidement possible, dont la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, la *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux (Convention 169)*, la *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence faite à la femme (Convention de Belém do Pará)* et le *Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.

1. S'OUVRIR AUX AMÉRIQUES : CONTEXTE, MÉTHODOLOGIE ET RÉALISATION DU PROJET

Le projet *S'ouvrir aux Amériques pour mieux protéger les droits humains et s'engager dans la réconciliation* a été proposé à la Fondation Pierre Elliott Trudeau en 2016 par le Professeur Bernard Duhaime, puis mené suivant un protocole éthique rigoureux de 2017 à 2022 inclusivement, période qui a également été traversée par la pandémie de COVID-19.

Cette introduction au rapport expose d'abord le contexte dans lequel a été proposé le projet (a) ainsi que les grandes lignes de la proposition de départ (b). Ensuite, les impacts de la pandémie de COVID-19 sur le déroulement du projet sont énoncés (c), puis l'encadrement éthique de la recherche est présenté (d). Enfin, les principales étapes du projet sont détaillées (e).

a) Contexte

i. *Les droits humains dans les Amériques*

Le projet que nous avons proposé visait à participer à la mise en place d'une culture politique sur les droits humains plus équitable, s'intégrant ainsi dans la mouvance des changements de paradigmes auxquels nous assistons dans le monde. Depuis quelques années, l'Amérique latine se démarque en tant que région qui, après avoir traversé des périodes d'instabilité, de guerres civiles et de dictatures, consolide sa démocratisation et l'institutionnalisation de l'État de droit. Ces avancées se reflètent, entre autres, dans le domaine des droits humains. En effet, bien que nombre de défis persistent, et ce, dans tout le continent, l'Amérique latine a su construire une expérience régionale novatrice et prometteuse sur le plan de la justice transitionnelle, du respect des droits humains dans le cadre du pluralisme culturel et de la participation politique, notamment. Ces réussites ont non seulement marqué l'histoire récente de ces États, mais agissent également à titre de référents pour le reste du continent et de la planète, tant sur le plan normatif et institutionnel, que sur le plan des stratégies d'émancipation et des repères culturels.

Une partie importante de ces développements s'explique par les contributions constructives de certaines institutions internationales qui, dans les dernières décennies, ont accompagné les sociétés civiles dans leur quête de vérité et de justice. C'est entre autres le cas de la Commission et de la Cour interaméricaines des droits de l'homme (respectivement Commission ou CIDH et Cour ou Cour IDH) de l'Organisation des États américains (OEA). Si les changements semblent lents aux yeux de certain.es, c'est souvent parce que le regard que nous portons sur le monde qui nous entoure est porteur de notre expérience culturelle, économique et sociale propre. Afin de le transformer substantiellement, plus particulièrement en ce qui concerne les droits humains, il est important de s'intéresser à l'expérience de l'ensemble des membres de notre communauté et, bien évidemment, du continent, voire du monde.

Au Canada, les initiatives comme celle de la Commission de vérité et réconciliation sont des exemples énonciateurs d'une inspiration internationale. En effet, des commissions de ce type ont été créées dans de nombreux pays au cours des dernières années, entre autres en Amérique latine. Le Pérou, le Chili et l'Argentine, pour ne nommer que ceux-là, ont mis sur pied de telles structures afin d'engager un processus accessible et axé sur les victimes. Si, en Amérique latine, elles ont été mises en place afin de soutenir les victimes de torture, de détentions arbitraires et de disparitions forcées, au Canada ce sont les victimes des pensionnats autochtones, de même que leurs proches, qui en ont été les principaux destinataires, à la demande de celui que l'on nomme «l'élève survivant». Chaque fois, l'objectif était le même : rétablir et renouveler les relations entre les victimes et la population.

ii. *Le Système interaméricain de protection des droits humains*

Le Système interaméricain de protection des droits humains (SIADH ou SIDH), composé d'une Commission et d'une Cour qui veillent au respect de divers traités de protection des droits humains par les États, est un régime incontournable de la défense des droits humains et de la quête de la justice dans les Amériques.

En plus de ses fonctions en matière d'instruction de plaintes individuelles, la Commission occupe également des fonctions d'observation et de défense des droits humains sur le continent. Pour ce faire, elle peut notamment recommander aux gouvernements d'adopter des mesures propres à promouvoir le respect de ces droits, de préparer des études et des rapports jugés utiles pour l'accomplissement de ses fonctions via son système de Rapporteurs, ainsi que des rapports annuels, thématiques ou par pays portant sur la situation des droits humains.

La Cour, quant à elle, a été instituée en vertu de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*¹ (ci-après « *Convention américaine* »); elle peut être saisie par la Commission interaméricaine ou par tout État ayant ratifié la *Convention* dans le cadre d'affaires contentieuses alléguant la violation des droits protégés par son instrument constitutif ou tout autre instrument à l'égard duquel elle aurait compétence. Elle peut également rendre des avis consultatifs à la demande de tout État membre de l'OÉA et certains organes de l'Organisation à propos de l'interprétation de la *Convention* ou tout autre traité relatif à la protection des droits humains dans les Amériques, en plus de se prononcer sur la compatibilité d'une loi nationale avec ces instruments. De plus, la Cour accorde une place importante à la voix des acteurs.trices de la société civile à travers le mécanisme d'*amicus curiae*.

Si, lors de leur entrée en fonctions, les instances interaméricaines ont été confrontées à des affaires de violations massives et systématiques des droits humains perpétrées par des régimes autoritaires, les affaires portées devant elles plus récemment exposent des problèmes structurels liés au fonctionnement des démocraties. De nos jours, les victimes appartiennent souvent à des groupes placés en situation de vulnérabilité au sein de leur société et la violation de leurs droits individuels soulève généralement des questions de discrimination. La sanction des violations des droits garantis dans ce type d'affaires remet ainsi en cause l'ensemble de l'appareil étatique, dans ses fonctions législatives, ainsi que son organisation politique et institutionnelle.

À la lumière de ces développements jurisprudentiels, le SIADH a cherché à développer des solutions non seulement axées sur la réparation individuelle des droits violés, mais également à ancrer son analyse dans le contexte institutionnel et social des affaires qui lui sont présentées. Ce faisant, les instances interaméricaines ont introduit le principe de la protection des groupes vulnérables – « qui ont subi sous l'angle historique, sociologique, économique ou encore politique une mise à l'écart "discriminante" ».

Ainsi, la Commission et la Cour ont développé un courant jurisprudentiel que l'on pourrait qualifier de « socially mindful » qui reconnaît l'existence des groupes placés en situation de vulnérabilité afin de déterminer avec précision les obligations positives qui incombent aux États dans la protection effective des droits garantis².

iii. *La position du Canada*

Alors que le Canada s'efforce de se rapprocher de ses voisins latino-américains sur certains dossiers tels le développement économique et l'immigration, plusieurs Canadien.nes s'étonneront sans doute du fait que le Canada soit l'un des rares États des Amériques à ne pas avoir pleinement intégré le SIDH. En effet, bien qu'il ait

1 *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123 [*Convention américaine*].

2 Bernard Duhaime, Gordon Mace, Jean-Philippe Thérien dir., « Protecting Human Rights in the Americas: The Inter-American Institutions at 60 » (2011) Numéro spécial RQDI; Bernard Duhaime, « Protecting Human Rights in the Americas: recent achievements and challenges » dans Gordon Mace, Jean-Philippe Thérien et Paul Haslam, dir., *Governing the Americas: Regional Institutions at the Crossroads*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2007, 131 [Duhaime, « Protecting Human Rights »]

rejoint l’OEA en 1990, le Canada n’a pas souscrit aux traités interaméricains de protection des droits de la personne et n’a pas accepté la compétence obligatoire de la cour régionale en la matière.

Ainsi, le Canada ne demeure lié que par la Charte de l’OEA et la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l’homme* et n’est assujéti qu’à la compétence de la Commission interaméricaine³. Celle-ci a formulé plusieurs recommandations importantes au Canada en matière de protection des droits humains, entre autres en ce qui a trait aux droits des réfugié.es et aux droits des femmes autochtones⁴. Rappelons que le Sénat canadien a déjà recommandé à deux reprises au gouvernement canadien d’adhérer pleinement au SIADH⁵.

iv. *Les droits humains au Canada : état des lieux*

Bien que le Canada soit souvent perçu ou se présente comme un champion des droits humains sur la scène internationale, de nombreux problèmes persistent à cet égard de part et d’autre du pays. C’est notamment le cas de la jouissance effective des droits économiques, sociaux et culturels, des droits des femmes à l’égalité et à vivre à l’abri de la violence, des droits des réfugié.es et autres personnes migrantes, de la liberté d’expression et de la contestation sociale. Cela va sans dire, les peuples autochtones sont encore aujourd’hui les victimes directes et indirectes de ces inégalités, plus particulièrement en ce qui concerne les droits territoriaux, les droits culturels et la gouvernance.

Même si plusieurs actions sont prises par les gouvernements pour y remédier – la Commission d’enquête sur certains évènements survenus à la Prison des femmes de Kingston (Commission Arbour), la Commission royale sur les peuples autochtones en 1996 (Commission Erasmus Dussault) et, plus récemment, l’Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées –, la situation des personnes et peuples autochtones peine à s’améliorer et les changements structurels et culturels tardent à se mettre en place. La Commission de vérité et réconciliation abordait d’ailleurs différents enjeux entourant la question des pensionnats autochtones du XXe siècle et la reconnaissance des expériences, des séquelles et des conséquences liées à l’expérience des victimes. Effectivement, les enjeux à la fois théoriques et méthodologiques, la documentation des cas, mais aussi les changements à apporter tant sur le plan des cultures institutionnelles que des processus de lutte contre l’impunité sont parlants. Au-delà de nos frontières, nous constatons les effets que les politiques canadiennes peuvent avoir, y compris sur le plan des droits humains, entre autres en Amérique latine⁶.

b) *Projet proposé : une expérience collaborative*

Face à ces enjeux, le projet S’ouvrir aux Amériques avait pour but la mise en œuvre d’une initiative d’échange et de dialogue entre Canadien.nes (grand public, décideur.euses, défenseur.ses des droits humains, autorités autochtones, etc.), d’une part, et entre Canadien.nes et Latino-américain.es, de l’autre.

L’objectif était de permettre aux Canadien.nes de mieux comprendre l’expérience latino-américaine sur le plan des revendications et dénonciations des violations des droits humains (obstacles), de même que des politiques et programmes de mise en œuvre des obligations étatiques visant une meilleure promotion et protection de ces droits (succès).

3 Bernard Duhaime, «Canada and the Inter-American Human Rights System: Time to Become a Full Player», dans Gordon Mace Gordon et Jean-Philippe Thérien, dir, «Canada in the Americas: Making a Difference?» (2010), LXVII (3) Int’l J 639 [Duhaime, «Time to Become a Full Player»]; Bernard Duhaime, «Strengthening the protection of human rights in the Americas: a role for Canada?», dans Monica Serrano, dir, *Human Rights Regimes in the Americas*, Tokyo, UN University Press, 2010, 84 [Duhaime, «A role for Canada»].

4 *Manickavasagam Suresh c Canada* (2016), Inter-Am Comm HR, No 8/16, 11.661; CIDH, *Report on Missing and murdered indigenous women in British Columbia, Canada*, 2014; CIDH, *Report on the Situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System*, 2000.

5 Comité permanent des droits de la personne (Sénat du Canada), *Améliorer le rôle du Canada dans l’OEA: l’adhésion du Canada à la Convention américaine relative aux droits de l’homme*, 4e rapport, 28 mai 2003; Comité permanent des droits de la personne (Sénat du Canada), *Adhésion du Canada à la convention américaine relative aux droits de l’homme : le temps est venu de passer à l’action : rapport intérimaire*, 18e rapport, 18 mai 2005.

6 Les politiques sécuritaires et migratoires du Canada, de même que l’impact des entreprises extractives canadiennes en sont quelques exemples. Voir à ce sujet Amnistie internationale Canada, *Résumé et recommandations : Soumis au comité de l’ONU sur les droits économiques, sociaux et culturels*, 2016; Ligue des droits et libertés, *Rapport alternatif soumis au Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l’ONU en vue de l’examen du Canada*, 2015; Femmes autochtones du Québec, *Mémoire sur la discrimination*, 2011.

La proposition initiale comprenait, dans un premier temps (I), un état des lieux visant non seulement à identifier la littérature scientifique, les rapports institutionnels pertinents ainsi que les instruments internationaux applicables, mais aussi à identifier les enjeux centraux et plusieurs acteurs.trices clés de la défense des droits humains au Canada et en Amérique latine.

Dans un deuxième temps (II), il a été proposé de procéder à plusieurs sondages, rencontres et événements nationaux afin d’obtenir les avis des acteurs.trices canadien.nes intéressé.es au débat national sur les droits humains. Ces événements visaient à identifier globalement les principaux défis auxquels fait face la société canadienne ainsi qu’à sensibiliser les acteurs.trices nationaux, par le partage de l’information et l’acquisition de nouveaux savoirs, aux avantages liés à une meilleure intégration du Canada dans le SIADH.

Dans un troisième temps (III), la proposition prévoyait l’invitation d’expert.es et de membres de la société civile latino-américaine en territoire canadien (incluant des organisations de défense des droits humains et des autorités autochtones, des expert.es de la Commission et/ou de la Cour interaméricaine et des fonctionnaires latino-américain.es) afin qu’ils puissent partager leurs expériences, leurs luttes, leurs défis et leurs réussites dans ces champs d’innovation politique et sociale, notamment en s’appuyant sur les outils et mécanismes du SIADH. Il s’agissait également d’une opportunité pour les expert.es latino-américain.es d’échanger avec leurs homologues canadien.nes, et vice versa, rendant ainsi possibles la mise en place de réseaux et d’espaces d’échanges permettant d’enrichir mutuellement les réflexions.

Finalement, il a été proposé, dans un quatrième temps (IV), de formuler des recommandations concrètes aux gouvernements fédéral et provinciaux, de même qu’aux autres intervenant.es (barreaux, ONG, autorités autochtones, universitaires, etc.) quant au bien-fondé de mesures inspirées des meilleures pratiques latino-américaines dans le domaine de la protection des droits humains et de la justice transitionnelle, de même que d’une plus grande intégration du Canada dans le SIADH. Prenant en considération les besoins identifiés lors de la revue de la littérature et des échanges au Canada (I et II), ainsi que des expériences exposées lors des interactions avec les expert.es latino-américain.es (III), les résultats des discussions entre les différents acteurs.trices du Canada et d’Amérique latine cherchent à poser les bases de ces conclusions.

En résumé, le projet de recherche *S’ouvrir aux Amériques pour mieux protéger les droits humains et s’engager dans la réconciliation*⁷ visait essentiellement à proposer des voies de dialogue permettant aux acteurs.trices canadien.nes de mieux comprendre, partager et proposer des solutions inspirées de l’expérience latino-américaine sur le plan des revendications des droits humains et des meilleures pratiques dans le domaine de la justice transitionnelle. Il espérait également informer, par ses conclusions et recommandations, les politiques et programmes de mise en œuvre des obligations étatiques visant une meilleure promotion et protection des droits, y compris dans le cadre des efforts de réconciliation avec les peuples autochtones, annoncés par les autorités publiques du Canada.

c) Impacts de la COVID-19

Mis sur pied en 2017, le projet ne prévoyait évidemment pas l’arrivée de la pandémie de COVID-19 et ses nombreuses répercussions. Il a bien entendu été nécessaire de revoir les méthodes de recherche ainsi que la façon de travailler. Pour ce faire, à partir de 2020, nous avons dû préconiser la tenue d’échanges virtuels plutôt que de miser sur les déplacements en personne. Étant donné la gravité de la situation à l’échelle mondiale, la majorité des activités du projet ont cessé durant les premières semaines de l’urgence sanitaire, avant de reprendre graduellement en modalité virtuelle.

⁷ Concernant le terme « réconciliation », nous tenons à préciser qu’il s’agit d’un concept qui ne fait pas l’objet d’un consensus en contexte canadien. Il peut poser problème pour plusieurs motifs, qui seront exposés dans les pages qui suivent et dans plusieurs autres sections du présent rapport, mais nous avons choisi de l’utiliser puisqu’il s’agit du terme retenu, notamment, par la Commission de vérité et réconciliation au Canada. Voir Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada: rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada*, Montréal, McGill-Queen’s University Press, 2015 à la p 7 [CVR Canada, *Rapport final*].

Heureusement, nous avons eu l'opportunité de mener plusieurs tables rondes et échanges en personne, ainsi que le colloque international, avant l'apparition du virus. Toutefois, en 2020, une quantité de rencontres individuelles et collectives demeuraient au calendrier du projet, invitant l'équipe à mener ces échanges à travers les différentes plateformes de communication audiovisuelle, de dédier davantage de temps à l'analyse des données et à l'enrichissement de la revue de la littérature.

Ces changements inattendus ont également mené à des modifications de l'échéancier. Initialement prévue pour 2020, la fin du projet a dû être reportée à la fin de l'année 2022. La révision des délais a permis de pallier les retards causés par la COVID-19 et d'ajuster le projet aux modalités virtuelles.

d) Éthique de la recherche

Puisque différentes composantes du projet comportaient des entretiens avec des êtres humains, un protocole universitaire rigoureux a été appliqué afin de s'assurer que les normes et pratiques de l'éthique de la recherche soient respectées.

Le cours « Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains : Formation en éthique de la recherche » (EPTC 2: FER) a donc été suivi à l'UQAM par les membres de l'équipe, et un certificat d'éthique a été octroyé et renouvelé au cours du projet.

Conformément à ce dernier, les interactions, le traitement et le stockage des données ont été effectués selon les normes du Comité institutionnel d'éthique de la recherche avec des êtres humains de l'Université du Québec à Montréal. Des formulaires de consentement ont été signés par les intervenant.es lors des événements nationaux, et la confidentialité des données a été conservée lors de leur traitement et de leur entreposage.

Pour des raisons de confidentialité et de sécurité, les noms des participant.es ne seront pas divulgués dans ce rapport. Les intervenant.es au colloque sont toutefois nommés.es, car il s'agissait d'un événement public dont la diffusion relevait de leur connaissance.

e) Réalisation du projet

Tel qu'exposé brièvement plus haut (b), le projet S'ouvrir aux Amériques s'est déroulé en quatre grandes phases, qui sont détaillées dans cette section : l'établissement d'un état des lieux indicatif de la situation des droits humains au pays (i), la tenue de sondages, rencontres et événements nationaux au Canada avec plusieurs acteurs.trices intéressé.es (ii), l'engagement de consultations sur ces thèmes avec certains acteurs.trices latino-américain.es (iii) et la formulation de conclusions et recommandations pertinentes faisant le pont entre les besoins exprimés au Canada et les expériences et expertises d'Amérique latine (iv).

i. État des lieux

Dans un premier temps, et avant d'engager toute action ou tout dialogue, il était primordial de procéder à un état des lieux visant non seulement à identifier la littérature scientifique et les rapports institutionnels pertinents, mais aussi à repérer les enjeux et acteurs.trices clés de la défense des droits humains au Canada et en Amérique latine.

- *Panorama des acteurs.trices canadien.nes*

À cet effet, le projet a recensé une multitude d'acteurs.trices de la société civile canadienne impliqués dans la promotion et la défense des droits humains, en portant une attention particulière aux interlocuteurs.trices actifs.ves dans le cadre des institutions et mécanismes internationaux de défense des droits (tels que les organes de traités, les procédures spéciales et l'Examen périodique universel des Nations Unies, de même que les instances interaméricaines), ou ayant un intérêt ou une connaissance marquée de ceux-ci.

Il convient de préciser que, bien qu'un effort de représentativité et d'amplitude ait marqué le travail de l'équipe du projet lors de cette étape, le panorama établi ne prétend pas à l'exhaustivité. Il va de soi que certains acteurs.trices peuvent avoir échappé à cette recherche, malgré nos efforts de diffusion dans les réseaux universitaires et de la société civile ainsi qu'à travers notre site web (www.soaa.uqam.ca) et nos réseaux sociaux. De plus, il nous a été impossible d'entrer en contact avec plusieurs acteurs.trices compte tenu du fait que leur adresse courriel n'était pas publique, que le formulaire de contact soit resté sans retour, que nos communications n'aient pas été acheminées correctement, ou - compte tenu du fait que certain.es destinataires ont tout simplement préféré ne pas participer à l'exercice. Le repérage des acteurs.trices clés au Canada avait surtout un objectif indicatif, c'est-à-dire qu'il visait à identifier des enjeux et des tendances, et non à produire, de façon exhaustive, un état des lieux précis, détaillé et systématique en fonction de tous les acteurs.trices. Le panorama a été complété grâce à la revue de la littérature.

- *Revue de littérature*

En effet, une revue de littérature préliminaire a été effectuée afin d'identifier les publications scientifiques, travaux de recherche, documents institutionnels⁸ et la jurisprudence faisant état de la situation des droits humains au Canada ainsi que de la connaissance et l'intérêt envers les instruments supranationaux de défense des droits, autant universels (ou « onusiens ») qu'interaméricains. La revue de la littérature a été poursuivie et bonifiée tout au long des étapes du projet, afin de compléter les avis reçus subséquemment par les acteurs.trices canadien.nes et latino-américain.es. Ainsi, bien que le volume de participation d'acteurs.trices canadien.nes et latino-américain.es ne puisse attribuer au projet un caractère exhaustif et empiriquement représentatif, la revue de la littérature a permis une analyse qualitative substantielle servant de trame de fond à la systématisation des données recueillies par les acteurs.trices ayant participé à la conversation. Elle s'est d'ailleurs enrichie tout au long du projet.

- *Questionnaire*

Enfin, un questionnaire a été élaboré et envoyé à 235 membres⁹ de la société civile canadienne en 2017-2018, afin d'obtenir leurs avis sur leurs priorités ainsi que sur les obstacles auxquels ils font face, sur les stratégies de plaidoyer employées, sur l'usage qu'ils font – ou non – des outils supranationaux (universels et interaméricains), ainsi que sur les liens qu'ils entretiennent avec les acteurs.trices des sociétés civiles latino-américaines.

Le questionnaire visait d'abord à obtenir des données quant au(x) domaine(s) d'activités spécifiques des acteurs.trices en matière de défense des droits (Graphique 1.1, infra). Les acteurs.trices étaient également sondés sur le cadre géographique et juridictionnel dans lequel ils interviennent généralement, qu'il soit à l'échelle locale, provinciale,

8 Nous avons porté une attention particulière, notamment, aux rapports soumis par des acteurs.trices de la société civile canadienne dans le cadre d'interventions devant des instances internationales, par exemple dans le cadre de l'Examen périodique universel du Canada par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, dans le cadre de la présentation par des acteurs.trices canadiens de mémoires d'amicus curiae à la Cour interaméricaine, etc.

9 Nous ne sommes pas en mesure d'affirmer, avec certitude, que toutes les personnes intégrées dans la liste ont effectivement reçu le courriel leur transmettant le questionnaire. En effet, nous avons utilisé le logiciel MailChimp, et avons récupéré les adresses de destinataires à partir de ressources accessibles sur le web. Ainsi, il n'est pas exclu qu'un certain nombre de courriels n'aient pas pu être acheminés pour diverses raisons probables (par exemple, adresse courriel invalide ou courriel filtré comme « courrier indésirable » par le logiciel de messagerie du destinataire).

nationale ou internationale (Graphique 1.2, infra). Une question portait sur les différents modes d'action privilégiés par les acteurs.trices (Graphique 2.1, infra), afin de cibler si leurs stratégies se mettent notamment en œuvre par l'éducation aux droits humains, la formation et la recherche universitaire, la sensibilisation politique, le litige juridique ou l'accompagnement des victimes. Les participant.es étaient également interrogé.es sur l'avis de leur organisation quant aux problèmes rencontrés, d'une part, par la population canadienne en général et, d'autre part, dans le travail de promotion et de protection des droits humains. Le questionnaire comprenait aussi une section visant à déterminer quels outils politiques et juridiques étaient utilisés par les organisations sondées. Les acteurs.trices devaient indiquer s'ils faisaient usage des instruments législatifs ou mécanismes de droit canadien (Graphiques 3.1 et 3.2, infra), des instruments ou des mécanismes de droit international (Graphiques 3.3 et 3.4, infra), et s'ils avaient recours à ceux du Système interaméricain de protection des droits humains (Graphique 3.5, infra). Les dernières questions concernaient plus spécifiquement le SIADH, à savoir si les acteurs.trices sondé.es considéraient que ce dernier pouvait influencer les organisations canadiennes dans leur travail de défense des droits. Enfin, les organisations étaient invitées à indiquer si elles avaient des partenariats avec des organisations latino-américaines, et si elles avaient déjà participé à des actions visant à promouvoir l'intégration du Canada au sein du Système interaméricain. Quatre-vingt-seize (96) réponses ont été reçues de la part des acteurs.trices sondé.es¹⁰. Les résultats ont été compilés et analysés, permettant de brosser le portrait général suivant, qui – il faut le rappeler – ne constitue pas un examen exhaustif et empiriquement représentatif de la situation au Canada, mais permet d'identifier des tendances et données d'ordre général. Il convient de préciser que, puisque la plupart des organisations sont actives dans plusieurs domaines d'activités et dans différentes juridictions, le questionnaire permettait plusieurs réponses, ce qui explique pourquoi les pourcentages contenus dans les graphiques suivants totalisent plus que 100 %.

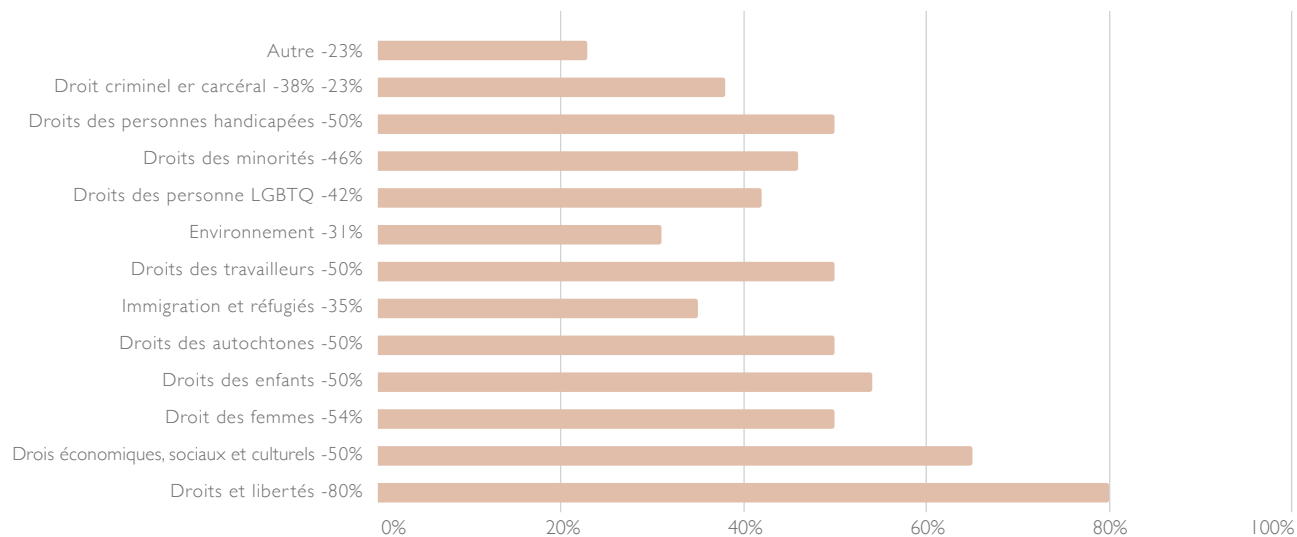
Quant aux domaines d'activité, la majorité (environ 80 %) des organisations ont indiqué être spécialisées en droits et libertés. Comme il s'agissait d'une question à choix multiples, les répondant.es ont pu indiquer les différents domaines dans lesquels ils et elles sont spécialisé.es. Les répondant.es ayant coché la catégorie «Autre» ont précisé leurs domaines d'activités, qui étaient les suivants: droits des travailleurs.euses migrant.es, droits des personnes de couleur, droits des personnes en situation d'itinérance, éducation, sécurité sociale, défense des droits en santé mentale et défense des droits des défenseur.ses des droits humains. De plus, les juridictions d'intervention des organisations sondées sont plutôt variées : plusieurs acteurs.trices agissent principalement à l'échelle nationale ou provinciale, mais la moitié ont également indiqué que leurs interventions relevaient de juridictions internationales.

Parmi les modes d'action ou stratégies privilégiés par les organisations sondées, l'éducation aux droits humains (77 % des acteurs.trices) et la sensibilisation politique au niveau national (73 % des acteurs.trices) sont les catégories qui ont été retenues le plus régulièrement. Les acteurs.trices ayant répondu «Autre» ont répondu agir dans la mobilisation communautaire, le soutien technique aux communautés touchées, le partage d'information, l'utilisation des mécanismes non judiciaires et l'accompagnement.

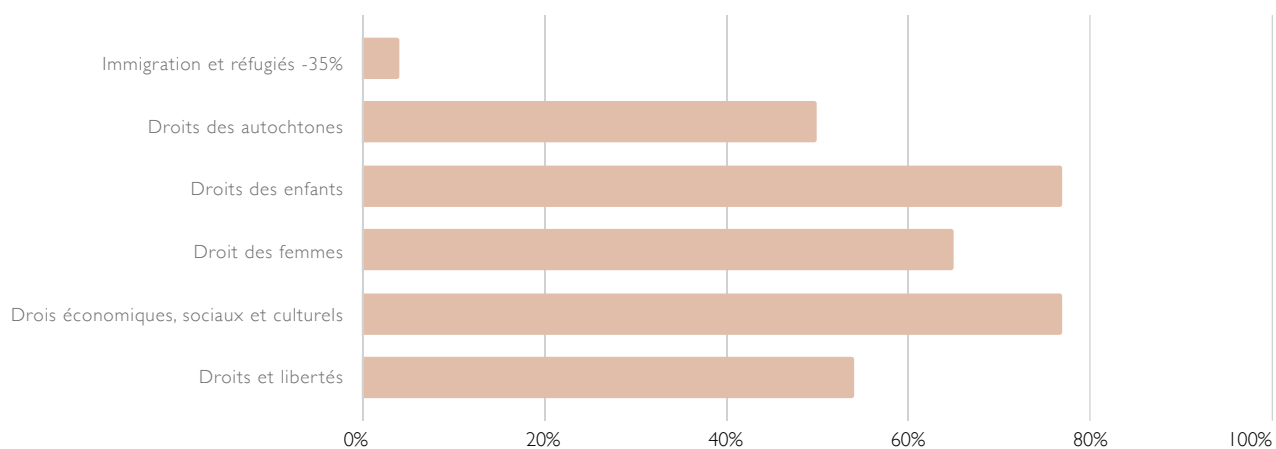
Les organisations canadiennes ont été interrogées sur les principaux problèmes qui, à leur avis, sont rencontrés par la population canadienne. Les choix de réponse étaient les suivants: accès à la justice, accès à l'éducation, accès au logement, accès aux soins, déportation des migrant.es et des réfugié.es, détention des migrant.es, disparitions forcées, discrimination envers les personnes LGBTQIA2S+, discrimination raciale, droits des personnes en situation de handicap, discrimination systémique envers les personnes autochtones, droits des femmes autochtones,

10 Étant donné sa portée (établissement d'un état des lieux général), le sondage comprenait un nombre important de questions et, bien que nous eussions estimé qu'il pouvait être complété en moins d'une heure, certain.es participant.es n'ont pas répondu à l'entièreté de ce dernier. En effet, lors des événements nationaux dans le cadre du projet, il a été soulevé que l'un des obstacles principaux des acteurs.trices canadien.nes de défense des droits humains est le manque de ressources. Ainsi, dégager les ressources (en personnel et en temps) nécessaires pour remplir un questionnaire constitue un privilège limité à certaines organisations seulement. S'il avait été souhaitable de raccourcir le questionnaire afin d'obtenir un taux de réponse plus élevé, cela aurait également impliqué le risque de n'avoir accès qu'à une gamme limitée de l'information qualitative requise pour ce projet. Enfin, il convient de réitérer que l'objectif du questionnaire n'était pas d'atteindre un échantillon représentatif; il s'agissait plutôt d'avoir accès à un état des lieux indicatif des enjeux principaux à développer dans les étapes subséquentes du projet à l'aide d'autres méthodes, notamment les rencontres, les événements nationaux et la revue de la littérature.

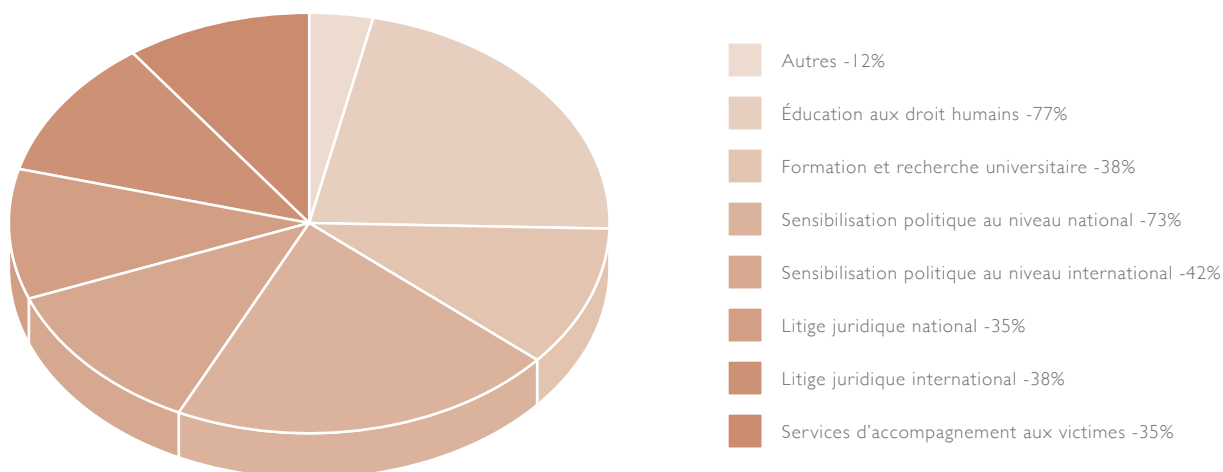
1.1. Domaine d'activité principal des organisations



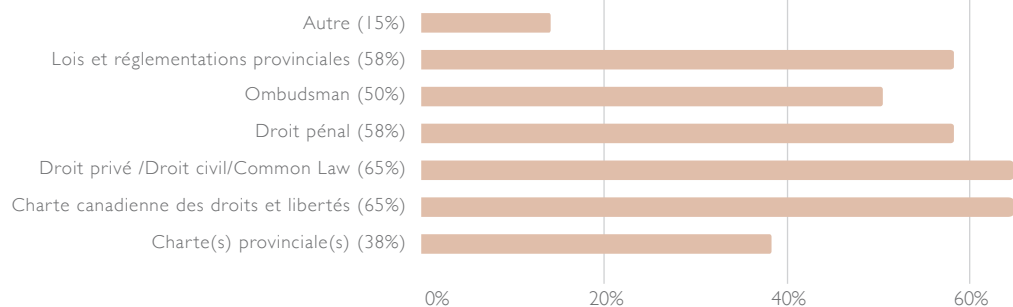
1.2. Cadres juridiques d'action



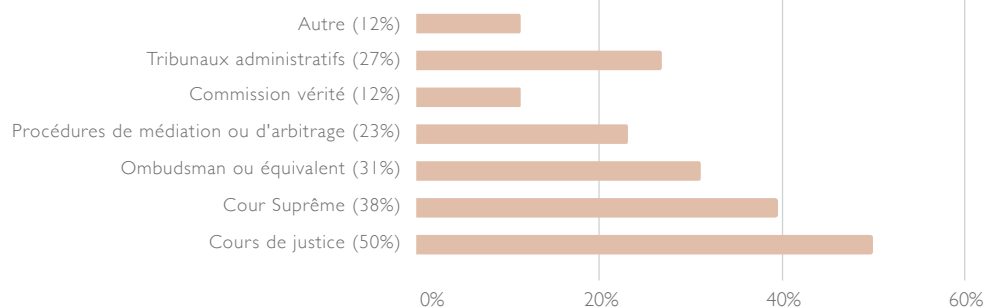
2.1. Modes d'action ou stratégies privilégiées



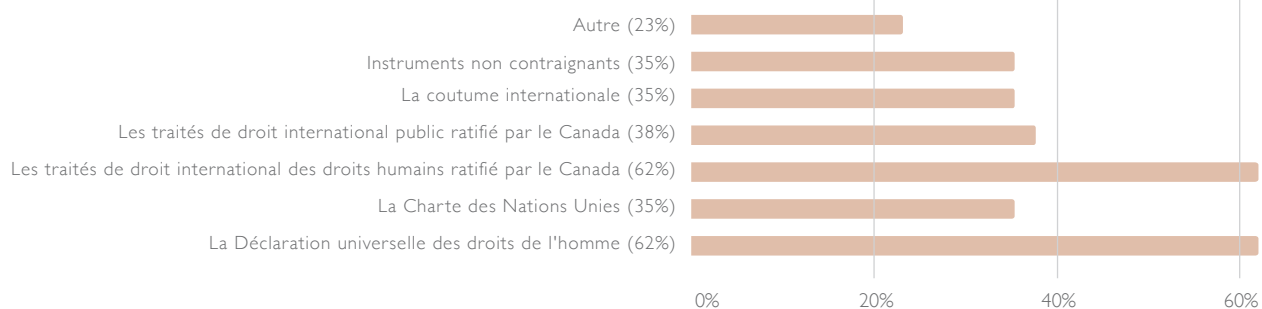
3.1. Instruments nationaux (utilisés par 95% des répondants)



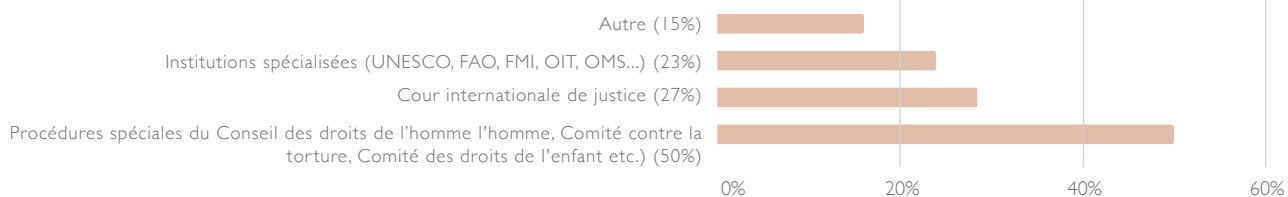
3.2. Mécanismes nationaux (utilisés par 60% des répondants)



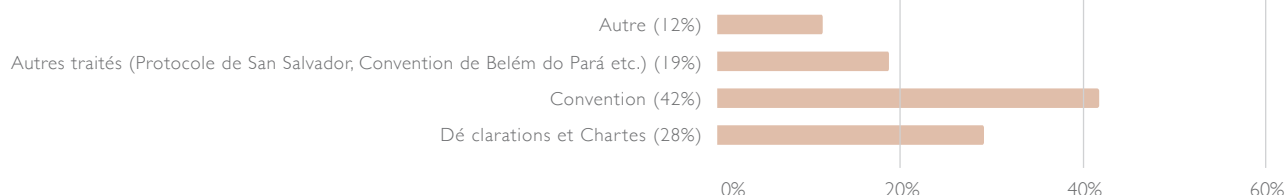
3.3. Instruments internationaux (utilisés par 85% des répondants)



3.4. Mécanismes internationaux (utilisés par 85% des répondants)



3.5. Instruments interaméricains (utilisés par 50% des répondants)



droit à la terre des peuples autochtones, égalité des genres, environnement, exploitation sexuelle, impunité et mémoire, liberté d'association et de manifestation, liberté d'expression, liberté de religion, réconciliation nationale, responsabilité sociale des entreprises, salaire minimum, sécurité nationale, violences sexuelles, traite des êtres humains, travail forcé, et autre. Les acteurs.trices sondé.es ont répondu de manière uniforme, mais il a été possible de constater qu'une majorité d'entre eux ont identifié la discrimination systémique envers les personnes autochtones (80,77 %) et l'accès à la justice (73,08 %) comme les enjeux les plus critiques.

La grande majorité (95 %) des organisations consultées affirment faire usage d'instruments législatifs de droit canadien.

Les organisations sondées ont recours à plusieurs instruments et mécanisme, de diverses juridictions. Les graphiques 3.3 à 3.5 (supra) font état des différents instruments et mécanismes utilisés, ainsi que de la proportion des organisations qui y ont recours en contexte canadien.

Enfin, la moitié des organisations répondantes a indiqué avoir des partenariats (passés, actuels ou envisagés) avec des organismes latino-américains, et 80% des répondant.es affirment avoir déjà participé à des actions visant à promouvoir l'intégration du Canada au sein du SIADH.

Notons que la moitié des répondant.es a mentionné utiliser ou déjà avoir eu recours aux instruments du Système interaméricain de protection des droits humains (Graphique 3.5, supra), ce qui semble indiquer un usage et un intérêt marqué envers le potentiel du SIADH pour les activités des acteurs.trices impliqués dans le domaine de la promotion et la défense des droits au Canada. Toutefois, lorsque l'on compare avec le recours à des instruments ou mécanismes de droit international (Graphiques 3.3 et 3.4, supra), faisant référence notamment aux instruments et mécanismes des Nations Unies et de l'Organisation internationale du travail, on constate que 85 % des acteurs.trices interrogé.es ont déjà eu recours aux instruments internationaux (par exemple : chartes, traités et déclarations), et que 55 % ont déjà eu recours aux mécanismes internationaux (par exemple : Examen périodique universel et examens des organes de traités). Le pourcentage de répondant.es faisant usage d'instruments et mécanismes internationaux est nettement plus élevé que celui relatif au recours aux instruments du SIADH, ce qui renforce notre hypothèse de départ, selon laquelle la société civile canadienne ne bénéficie pas, à l'heure actuelle, du plein potentiel disponible en matière de protection des droits humains, du fait, notamment, du manque d'information quant aux instruments et mécanismes du SIADH, mais aussi au fait qu'il est impossible de faire référence à certains traités (*Convention américaine relative aux droits de l'homme*, *Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme* ou « *Convention Belém do Para* », pour ne nommer que ceux-ci) et mécanismes (compétence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme).

À la suite de ce premier état des lieux, nous avons dressé une liste d'enjeux prioritaires qu'il était important de mieux comprendre. Nous sommes donc allés à la rencontre de plusieurs acteurs.trices de la société civile canadienne, afin de tenir des discussions plus approfondies sur leurs priorités, les obstacles rencontrés dans leur travail, leurs stratégies, ainsi que leur intérêt envers le SIADH.

ii. *Tables rondes et entretiens menés au Canada*

Afin d'approfondir nos hypothèses de départ, nous sommes allé.es à la rencontre de 63 acteurs.trices de la société civile canadienne. L'objectif n'était pas de mener des consultations à l'échelle nationale, mais d'entrer en dialogue avec un certain nombre d'acteurs.trices ayant un intérêt pour l'idée de « S'ouvrir aux Amériques », afin de connaître leurs avis sur certaines questions identifiées antérieurement.

Pour des raisons évidentes de confidentialité et de sécurité, nous ne pouvons pas divulguer l'identité des acteurs. trices ayant participé aux tables rondes. Les informations contenues à la section 2 du présent rapport, qui fait état de cette étape du dialogue, peuvent résulter autant des discussions tenues avec des acteurs. trices canadien. nes lors de cette phase du projet, comme d'informations de notoriété publique issues de notre revue de la littérature.

L'étape du recueillement d'avis lors de rencontres individuelles ou groupées s'est étendue de 2018 à 2020 et a pris plusieurs formes au fil du projet : tables rondes, ateliers, rencontres individuelles en personne, par téléphone et par visioconférence. La multiplication des modes de réunion avec les participant. es visait notamment à rendre possible la rencontre avec certains acteurs. trices intéressé. es qui n'avaient pas pu assister aux tables rondes. La pandémie de COVID-19 a également amené les chercheurs. euses à prioriser des rencontres virtuelles.

Au total, quatre tables rondes ont été tenues et elles se sont toutes déroulées en personne, avec l'option de participer de manière virtuelle simultanément.

La première table-ronde, organisée en partenariat avec Amnistie internationale Canada francophone, Avocats sans frontières Canada et la Ligue des droits et libertés, s'est déroulée en français et en anglais le 17 mai 2018 dans l'enceinte de l'Université du Québec à Montréal. Dans un premier temps, le Professeur Bernard Duhaime a présenté le projet, puis il a cédé l'espace à la présentation individuelle des participant. es, durant laquelle ils et elles étaient invité. es à parler de leurs objectifs, enjeux, obstacles et stratégies en matière de défense des droits humains au Canada. Dans un second temps, une discussion collective a été proposée afin de faire ressortir les enjeux communs aux participant. es, ainsi que leur connaissance et usage des institutions et mécanismes internationaux et interaméricains dans leur travail. La rencontre a été suivie d'un événement de lancement officiel du projet, afin de présenter au public le projet et les conclusions de la première table ronde, et de proposer un espace de dialogue.

La deuxième table ronde a été tenue en anglais dans les locaux d'Amnesty International Canada à Ottawa le 16 novembre 2018, en collaboration avec Amnesty International et le Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa. La structure et le déroulement ont été adaptés au regard de l'expérience de la première table ronde. Comme pour la première table-ronde, le Professeur Bernard Duhaime a présenté le projet, puis a invité les participant. es à faire un tour de table pour se présenter. Ensuite, des discussions thématiques ont été menées : la première, sur la thématique de la protection des droits humains, s'est intéressée aux stratégies de défense des droits humains, aux leçons retenues de succès et défaites, et aux enjeux et obstacles au travail en droits humains au Canada; la seconde, sur la réconciliation, s'est concentrée sur la notion même de réconciliation au Canada, sur le rôle des organisations de droits humains et sur la réparation. À la suite de ces discussions, le Professeur Bernard Duhaime a présenté brièvement le Système interaméricain de droits humains ainsi que les principaux acquis réalisés en matière de droits humains dans les Amériques. Enfin, une discussion collective a été proposée afin d'aborder le projet S'ouvrir aux Amériques en soi : les interactions avec le SIADH, l'existence de réseaux et partenaires latino-américains, ainsi que les obstacles, limites et restrictions relatives à la pleine intégration du Canada dans le SIADH.

La troisième table ronde a pris place à l'Université de Toronto le 23 novembre 2018, grâce à l'aide de l'Association canadienne des libertés civiles, de Canada Centre on Statelessness et de Centre for Criminology & Sociolegal Studies de l'Universié de Toronto. Pour cet événement, la même structure de la table ronde précédente a été reprise.

La quatrième et dernière table ronde s'est déroulée au Harbour Centre de l'Université Simon Fraser, à Vancouver, le 6 mars 2019, en collaboration avec Lawyers' Rights Watch Canada. Une fois de plus, la structure de table ronde a suivi celles menées à Ottawa et à Toronto.

L'équipe s'est également entretenue avec des fonctionnaires fédéraux. Deux rencontres ont été tenues. La première s'est déroulée le 23 mai 2018 avec Affaires Mondiales Canada.

La seconde a eu lieu le 25 mai 2018 avec Justice Canada. À l'occasion de ces deux rencontres, le Professeur Bernard Duhaime a présenté le projet, puis une discussion a été engagée sur, d'une part, les objectifs, enjeux et défis en matière de droits humains, de justice transitionnelle et de réconciliation au Canada et, d'autre part, sur la pertinence de développer des réseaux stratégiques entre les organisations de défense des droits humains au Canada à travers les Amériques.

De plus, le Professeur Bernard Duhaime a été fellow du Center for Human Rights and Global Justice de la New York University School of Law, aux États-Unis, de septembre à décembre 2018, visite qui a donné lieu à l'organisation d'un atelier de réflexion le 6 décembre 2018 avec sept étudiant.es du programme de justice transitionnelle du Professeur Pablo De Grieff (premier Rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition), dans le but d'échanger plus particulièrement sur divers aspects de la justice transitionnelle et de la réconciliation, notamment de la justice transitionnelle en contexte canadien, du rôle des organisations de défense des droits humains, des notions mêmes de « réconciliation » et « réparations », ainsi que des leçons apprises de l'Amérique latine.

De même, le Professeur Bernard Duhaime a été chercheur invité à la Faculté de Droit de l'Université de Victoria en Colombie-Britannique, et fellow du Centre for Global Studies de la même université de janvier à avril 2019. Il y a organisé, de même qu'à l'Université de Colombie-Britannique (UBC), plusieurs entretiens avec des organisations non gouvernementales et autochtones et des professeur.es, en plus d'y présenter plusieurs conférences.

Plus généralement, des rencontres individuelles ont été menées en personne à Vancouver et Victoria en février 2018 et de mars à mai 2019, ainsi que par téléphone ou visioconférence avec des acteurs.trices de partout au Canada entre 2018 et 2020.

Comme c'est le cas pour les questionnaires ayant servi à établir un état des lieux, cette phase du projet n'a pas une prétention d'exhaustivité. Les invitations ont été envoyées par courriel à un grand nombre d'acteurs.trices de la société civile canadienne, et nous avons encouragé les individus invités à partager l'invitation dans leurs réseaux respectifs. De même, les événements étaient de notoriété publique et ont été publicisés sur plusieurs plateformes. L'objectif principal de ces rencontres était de tenir des discussions qualitatives afin d'approfondir certains sujets identifiés lors de la phase préliminaire du projet pour mieux comprendre les enjeux, défis et réussites d'acteurs.trices canadien.nes possiblement impliqué.es ou intéressé.es par l'usage d'instruments et mécanismes internationaux en contexte de défense des droits humains et de réconciliation en contexte canadien. Divers types d'acteurs.trices ont participé, notamment : des fonctionnaires, des organisations et défenseurs.ses de la personne, des autorités autochtones, des juristes indépendants, des cabinets d'avocats, des chercheurs.euses universitaires. Un large éventail thématique a été abordé, entre autres : la protection des droits des femmes, des peuples autochtones et des personnes migrantes et issues de la diversité, de même que l'exploitation des ressources naturelles, la protection des droits économiques, sociaux et culturels, les institutions nationales et internationales de protection des droits humains et le fédéralisme canadien. Il fut tenté d'identifier les principaux obstacles rencontrés par les acteurs.trices canadien.nes, mais aussi les outils et stratégies auxquels ceux-là ont recours dans le cadre de leur travail, dont les suivants : éducation populaire, litige stratégique, rapports thématiques, accompagnement juridique, recours collectifs.

Durant cette phase du projet de recherche, plusieurs enjeux ont été identifiés et regroupés par notre équipe sous quatre catégories principales : 1) constitution, fédéralisme et institutions, 2) accès à la justice et populations en situation de vulnérabilité, 3) consultation et consentement des peuples autochtones, et 4) justice transitionnelle et réconciliation. Une cinquième catégorie a été ajoutée plus tard : 5) institutions internationales. Le détail de l'expérience des acteurs.trices canadien.nes pour chacune des quatre premières catégories est exposé en partie 2 du présent rapport. Ces catégories d'analyse ont également servi de structure pour la consultation d'acteurs.trices latino-américain.es, qui s'est organisée autour de ces axes d'analyse.

iii. *Consultation d'acteurs.trices latino-américain.es*

Dans le cadre de la troisième phase du projet, nous avons invité en sol canadien des expert.es et des membres de la société civile latino-américaine (incluant des organisations de défenseurs.es des droits humains, des autorités autochtones, des chercheurs.euses, de même qu'une Commissaire de la CIDH), afin qu'ils puissent illustrer leurs expériences, leurs luttes, leurs défis et leurs victoires dans ces champs d'innovations politiques et sociales, entre autres grâce aux outils fournis par le SIADH. Les invités ont été appelés à partager leur expérience à travers les axes d'enjeux identifiés lors des sondages, rencontres et événements nationaux.

Le colloque *S'ouvrir aux Amériques pour mieux protéger les droits humains et s'engager dans la réconciliation* au Canada s'est tenu à Montréal les 3 et 4 octobre 2019, grâce au financement et à la collaboration de la Fondation Pierre Elliott Trudeau, de l'Institut d'études internationales de Montréal et de la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal.

Le colloque a été initié dans les bureaux de la Fondation Pierre Elliott Trudeau le 3 octobre, avec la conférence inaugurale de la Commissaire interaméricaine Margarette May Macaulay, intitulée «Le Canada et le Système interaméricain de protection des droits de l'homme» (en anglais). Les panels thématiques se sont quant à eux déroulés au courant de la journée du 4 octobre dans les locaux de l'Université du Québec à Montréal. Les contributions sont présentées dans le détail dans le chapitre 3 du présent rapport. L'événement international s'est conclu par un espace d'échange informel entre acteurs.trices latino-américain.es et canadien.nes afin de contribuer à pérenniser les liens établis.

Le colloque s'est également déroulé via la participation virtuelle de certain.es intervenant.es (via Zoom), il été diffusé intégralement en direct via *Facebook Live* et a été accompagné d'un service de traduction simultanée pour le public présent dans la salle. Les actes du colloque ont été publiés par la Revue québécoise de droit international en 2022¹¹.

iv. *Analyse des résultats et formulation de conclusions et recommandations*

Enfin, la quatrième et dernière phase du projet visait à concrétiser l'objectif central du projet, à savoir de comprendre comment l'expérience latino-américaine d'opérationnalisation des outils des systèmes de défense des droits humains peut influencer les stratégies canadiennes de défense des droits humains et de réconciliation, afin de formuler des recommandations à la population et aux autorités canadiennes à partir des leçons tirées de l'expérience latino-américaine.

Pour ce faire, l'équipe de recherche s'est réunie (virtuellement) à une fréquence régulière de 2020 à 2022 afin de compiler et analyser les résultats des phases 1, 2 et 3 du projet. Nous avons donc suivi la structure initiale des quatre axes afin d'organiser l'information en premier lieu. Ensuite, certains enjeux plus précis ont été identifiés, que nous avons analysés plus en détail en mettant en dialogue les résultats de la revue de la littérature, les avis reçus par certain.es acteurs.trices de la société civile canadienne, ainsi que les apports de la consultation d'acteurs.trices latino-américain.es. L'exercice, loin d'être exhaustif, et donc empiriquement représentatif et l'objectif a l'avantage de poser les bases d'une discussion qui pourra renforcer les liens entre les populations des Amériques en vue d'une meilleure protection des droits humains. À la lumière de la recherche et des discussions menées, ainsi que de l'analyse proposée, nous avons élaboré une série de conclusions et de recommandations.

¹¹ Bernard Duhaime, Rachel Hatcher et Noémie Boivin, dirs, *S'ouvrir aux Amériques pour mieux protéger les droits humains et s'engager dans la réconciliation* (Hors-série juin 2022) Revue québécoise de droit international, en ligne : SQDI <<https://www.sqdi.org/fr/hors-serie-juin-2022/>>.

Le présent rapport est donc divisé en sept chapitres, dont celui-ci qui fait état du contexte de sa réalisation ainsi que de sa méthodologie. Le deuxième chapitre synthétise les avis reçus lors des sondages, des rencontres et des événements menés au Canada auprès d'organisations nationales. Le troisième chapitre, quant à lui, répertorie les informations transmises par les acteurs latino-américains lors du colloque organisé dans le cadre du projet. Dans les deux cas, afin de faciliter le traitement des données, mais sans l'intention d'enfermer les contributions dans des catégories hermétiques, les apports ont été divisés en quatre grandes catégories exposées précédemment, soit la constitution, le fédéralisme et les institutions; l'accès à la justice et les populations en situation de vulnérabilité; la consultation et le consentement des peuples autochtones; et la justice transitionnelle et la réconciliation.

Une catégorie supplémentaire, soit les institutions internationales, a été ajoutée. Le chapitre 4 offre un survol des initiatives touchant aux droits humains au Canada, notamment les obligations et mécanismes en vigueur visant à protéger ces droits, les processus nationaux de mise en œuvre des traités internationaux.

Le cinquième chapitre se concentre sur la justice transitionnelle au Canada et dans les Amériques, le rôle des institutions internationales en matière de droits humains et un historique des diverses initiatives de réconciliation dans plusieurs pays latino-américains. Le chapitre 6 s'inspire des expériences latino-américaines partagées dans le cadre du projet afin d'explorer comment elles pourraient être appliquées en contexte canadien. Il permet de mener aux deux derniers chapitres, qui, pour leur part, émettent des conclusions et des recommandations concrètes à la lumière des informations colligées au cours du projet. La diffusion du rapport auprès du public canadien permettra de mettre de l'avant ses conclusions et recommandations et, ainsi, pérenniser sa contribution à une meilleure protection des droits humains au Canada.

2. SYNTHÈSE DES AVIS REÇUS LORS DES SONDAGES, DES RENCONTRES ET DES ÉVÉNEMENTS NATIONAUX

Tel qu'indiqué antérieurement¹², les avis reçus lors des sondages, des rencontres et des événements nationaux portant sur les priorités des diverses parties prenantes impliquées dans la promotion et la protection des droits humains, les obstacles qu'elles rencontrent et les stratégies qu'elles déploient nous ont permis d'identifier une série d'enjeux soulevés de façon récurrente. Parmi ceux-ci figurent: la réconciliation et le leadership autochtone, les droits des peuples autochtones, le recours aux instruments internationaux, le fédéralisme et la coexistence de traditions juridiques distinctes, les institutions de protection et de promotion des droits humains, le financement et la concurrence des organisations de défenseur.es des droits humains, la coopération entre chercheur.euses et praticien.nes, la stigmatisation des porteurs du discours des droits humains, les programmes de contestation judiciaire, l'accès à la justice, la question des réparations et la responsabilité extraterritoriale du Canada.

L'équipe de recherche a, par la suite, analysé les résultats obtenus et les a regroupés en quatre axes principaux de réflexion: (a) constitution, fédéralisme et institutions; (b) accès à la justice et populations en situation de vulnérabilité; (c) consultation et consentement des peuples autochtones; (d) justice transitionnelle et réconciliation. Ces catégories ont modelé les panels des expert.es latino-américain.es tenus lors du colloque de Montréal en 2019. Pour les fins du présent rapport, l'équipe a également considéré souhaitable de prévoir une catégorie supplémentaire portant sur (e) les institutions internationales. Ces catégories, qui ne sont pas hermétiques, mais ont plutôt été prévues afin de faciliter l'analyse, seront subséquemment reprises comme cadre de réflexion tout au long de ce rapport.

a) Constitution, fédéralisme et institutions

Un des éléments fondamentaux apparus dans la très grande majorité des avis obtenus a trait à l'organisation constitutionnelle et institutionnelle du Canada. En effet, le fédéralisme, la superposition des cadres normatifs, institutionnels et décisionnels fédéral, provinciaux, territoriaux, municipaux et autochtones, le manque de communication entre ces infrastructures et l'absence d'un ancrage centralisé pour les droits humains rendent les démarches se rapportant à ces droits d'une complexité certaine. L'adversité est par ailleurs amplifiée pour les communautés et peuples autochtones qui considèrent souvent que leurs propres systèmes normatifs, institutionnels et décisionnels sont ignorés par un système mal adapté à leurs réalités. Plusieurs ONG, quant à elles, indiquent qu'elles ne parviennent pas toujours à remplir leur mission de promotion et protection des droits humains, se considérant souvent comme un allié affaibli par les défaillances d'un système qui les perçoit comme un obstacle plutôt que comme un partenaire ou une partie prenante à des solutions constructives. Cet affaiblissement est entre autres dû à la concurrence qu'elles se font les unes aux autres, notamment pour obtenir les financements essentiels à leurs activités. Ces complications institutionnelles décriées par les uns, prétextées par les autres, portent évidemment préjudice à la garantie des droits humains au Canada.

i. *La pluralité des ordres juridiques*

Certains aspects de la répartition des pouvoirs issue du fédéralisme canadien sont perçus par plusieurs comme des obstacles à la protection des droits humains en raison de la coexistence d'ordres juridiques et institutionnels qui complexifient les efforts de mise en œuvre des obligations du Canada en la matière. Il est également rapporté que le fédéralisme semble parfois servir de justification invoquée par les autorités publiques pour expliquer les retards ou les impossibilités de traiter certains enjeux importants.

¹² Voir Chapitre 1, sections e) i et e) ii du présent rapport.

En effet, la répartition des compétences entre l'échelon fédéral et l'échelon provincial, ainsi que le manque de communication entre les deux apparaissent à de nombreuses reprises dans les avis comme une explication de certaines lacunes dans le système de garanties des droits humains au Canada, au premier rang desquelles figure la non-ratification de certains traités¹³. Plusieurs ont dénoncé que ce type d'explication lié aux problèmes de compétences partagées est souvent invoqué pour justifier les retards ou les lacunes du Canada dans la mise en œuvre de ses obligations internationales, en particulier lorsqu'il s'agit du respect des droits des peuples autochtones. Ainsi, à la fois les provinces canadiennes et les autorités fédérales refuseraient fréquemment de reconnaître leurs responsabilités, invoquant soit un manque de pouvoir spécifique ou la crainte d'empiéter sur des compétences concurrentes. Ceci semble ouvrir la voie à une complexification souvent inutile des débats, voire à une déresponsabilisation des autorités¹⁴.

Au-delà du fédéralisme, la multigouvernance a été abordée par certain.es des répondant.es, qui ont indiqué qu'il est nécessaire de prendre en compte d'autres formes de gouvernance comme les municipalités¹⁵ ou les gouvernances autochtones¹⁶. Ces dernières font cependant face à divers obstacles, entre autres ceux ayant trait à l'autonomie décisionnelle et au financement¹⁷. Pour plusieurs, les initiatives d'autogouvernance semblent problématiques, car elles se limitent au transfert, vers les communautés visées, de la gestion de politiques préalablement établies par les gouvernements, sans que leur soit permise une réelle autonomie et que les ressources nécessaires ne leur soient assurées¹⁸.

Le conflit entre la structure constitutionnelle étatique et les ordres autochtones, de même que l'assujettissement à des procédures administratives qui ne leur laissent que peu de place, relève aussi d'un conflit d'idées qui est perçu comme une forme d'oppression par plusieurs¹⁹. Les institutions et les structures étatiques valorisent une conception des droits humains qui méconnaît l'existence de certain.es acteurs.trices, sous d'autres formes ou dans d'autres ordres, notamment dans le droit autochtone lui-même²⁰.

Pour plusieurs, c'est le cas pour les formes de démocratie envisagées par les entités constitutionnelles. Elles présument que les sociétés autochtones méconnaissent la démocratie et font dès lors valoir un État démocratique colonialiste qui mine les structures démocratiques et citoyennes des communautés autochtones en leur déniaient cette qualité²¹. S'attacher à une conception unique de la démocratie empêcherait d'en voir la présence dans d'autres ordres juridiques, qui ne lui sont pourtant pas étrangers²². Cette remarque peut être étendue à d'autres principes et d'autres droits²³.

13 Par exemple, la complexité du partage des compétences entre les autorités fédérales et provinciales semble avoir été invoquée par les autorités canadiennes pour expliquer un retard dans la ratification du *Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*. À ce sujet, voir Action des chrétiens pour l'abolition de la torture, *Contribution de l'ACAT CANADA et de la FIACAT au troisième Examen périodique universel du Canada*, Montréal, 2017, en ligne: ACAT <<https://acatcanada.ca/wp-content/uploads/Rapport-EPU-ACAT-Canada-FIACAT-final.pdf>>.

14 Un exemple récent est celui de la question des stérilisations forcées alléguées de femmes autochtones dans certaines provinces canadiennes, entre autres le Québec, la Saskatchewan, le Manitoba, l'Ontario ou l'Alberta. Le 3 avril 2019, le comité sénatorial permanent des droits de la personne se réunissait pour étudier, entre autres, la question des stérilisations forcées subies par des femmes autochtones au Manitoba. Un des points longuement discutés par les députés était la question de la responsabilité fédérale ou provinciale. Voir Canada, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne*, 42e lég, 1re sess, fascicule n° 40, 3 avril 2019.

15 À ce sujet, voir, par exemple Lucie Lamarche, «Le droit à la ville «Made in Québec»: en exercice de gouvernance marqué par le pragmatisme ? Le cas de Montréal» (2008), 5:1 R Gouvernance.

16 Voir par exemple Naomi Metallic, «Indian Act by-Laws: A Viable Means for First Nations to (Re) Assert Control over Local Matters Now and Not Later» (2016), 67 UNB L J 211.

17 Ainsi, certain.es ont invoqué l'exemple des services sociaux en milieux autochtones, qui est symptomatique de cette dépendance. D'un côté, le palier fédéral et le palier provincial ne semblent pas vouloir engager les frais nécessaires à ces services et se déchargent respectivement l'un sur l'autre. Mais de l'autre côté, il n'y a aucune volonté politique de reconnaître un droit à l'autonomie ou à l'autodétermination des peuples autochtones sur ces questions sociales. Voir à ce sujet les débats entourant le droit à l'autonomie aux Premières Nations en matière de protection à l'enfance, notamment Fanny Lévesque, «Québec débouté en bonne partie contre Ottawa devant la Cour d'appel», *La Presse* [de Montréal] (10 février 2022), en ligne: <<https://www.lapresse.ca/actualites/politique/2022-02-10/protection-des-enfants-autochtones/quebec-deboute-en-bonne-partie-contre-ottawa-devant-la-cour-d-appel.php>>; Marie-Laure Josselin, «Les Attikameks, la nation qui s'occupe de ses enfants», *Radio-Canada* (18 avril 2019), en ligne: <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1165113/attikameks-protection-jeunesse-enfants-siaa-manawan-wemotaci>>.

18 Cette dépendance des gouvernances autochtones vis-à-vis des systèmes provinciaux et fédéral se matérialise dans tous les aspects de la vie des communautés autochtones, qu'il s'agisse des infrastructures, des services d'urgence, de l'eau ou de tout autre service essentiel. À ce sujet, voir Naomi Walqwan Metallic, «A Human Right to Self-Government over First Nation Child and Family Services and Beyond: Implications of the *Caring Society* case» (2018) 28 *Osgoode's Journal of Law and Social Policy*; Naomi Metallic, «The Door has a tendency to Swing Shut: The Saga of Aboriginal Peoples' Equality Claims» (2014) [non publié]; Naomi Metallic, «Matson & Andrews: Missing the Forest for the Trees (Reconciliation vs Standard of Review)» Conférence nationale de 2019 de l'Association canadienne des droits de la personne, présentée à l'Île du Prince-Édouard, juin 2019.

19 Voir aussi Val Napoleon, «Extinction by number: colonialism made easy» (2001) 16:1 *Canadian J L & Society* 113.

20 Voir à ce sujet Val Napoleon, «Thinking about Indigenous legal orders» dans Colleen Shepard et Kirsten Anker, dir, *Dialogues on human rights and legal pluralism*, New York, Springer Press, 229 [Napoleon, «Thinking about Indigenous legal orders»]; Val Napoleon et Hadley Friedland, «Indigenous legal traditions: roots to Renaissance» dans Markus Dirk Dubber et Tatjana Hörnle, *The Oxford Handbook on Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 225

21 Voir par exemple Holland-Lulewicz, J., et al. «Keystone Institutions of Democratic Governance Across Indigenous North America. *Front.*» *Polit. Sci* 4 (2022) : 840049; Beckman, Ludvig, Kirsty Gover, and Ulf Mörkenstam. «The popular sovereignty of Indigenous peoples: a challenge in multi-people states.» *Citizenship Studies* 26.1 (2022): 1-20.

22 Voir Amartya Kumar Sen, *La démocratie des autres. Pourquoi la liberté n'est pas une invention de l'Occident*, traduit par Monique Bégot, Paris, Payot et Riages, 2006.

23 Par exemple, certain.es intervenant.es ont indiqué qu'en droit Gitksan, les droits humains relèvent plus sûrement des liens de parenté, et donc des relations horizontales. L'on a dès lors tôt fait de se méprendre en concluant à l'absence de droits humains dans ce régime et de se tourner vers le droit étatique en raison de cette conception erronée de la normativité Gitksan.

ii. *L'importance de faciliter l'accès aux informations relatives aux droits humains et d'assurer plus de transparence*

La superposition de pouvoirs publics concurrents se rapportant à la protection des droits humains donne lieu à d'autres obstacles quant à l'accès et l'échange d'informations relatives aux droits humains et, conséquemment, quant à la transparence des actions des autorités en la matière. En effet, plusieurs répondant.es ont déploré le fait que, malgré le fait que le Canada ait contracté une série d'obligations internationales visant la meilleure protection des droits de la personne, il n'existe pas d'entité centrale permettant aux acteurs.trices intéressé.es d'obtenir et d'échanger des informations relatives à ces obligations, aux mesures de mises en œuvre adoptées ou à la reddition de compte qui est faite à ce sujet auprès des institutions internationales. Cela est également difficile en ce qui a trait aux informations se rapportant à une éventuelle ratification ou adhésion du Canada à de nouveaux instruments internationaux de protection des droits humains, malgré les initiatives menées par Affaires mondiales Canada à cet égard.

Bien qu'une partie du problème puisse s'expliquer par la séparation des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux en matière de ratification et de mise en œuvre des obligations issues de traités internationaux²⁴, la diversité des entités impliquées dans ces initiatives semble également déterminante²⁵. Pour plusieurs, il ne semble pas y avoir de protocole clair permettant les échanges entre ces ministères et entités fédérales ou avec leurs homologues provinciaux, alors que les discussions entre les entités fédérales et provinciales concernées sont généralement tenues à portes fermées. Les sujets, les dates et les résultats de ces échanges ne semblent pas publics, ce qui renforce la perception d'opacité et de manque de transparence qui prévaut au sein des organisations de la société civile.

Même si des événements visant la diffusion ou l'échange d'information entre les diverses parties prenantes sont organisés de façon ponctuelle par Affaires mondiales Canada, en vue de l'exercice d'Examen périodique universel (EPU) du Conseil des droits de l'homme de l'ONU ou avant l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains, par exemple, ces initiatives semblent perçues comme particulièrement limitées et insatisfaisantes (« trop peu, trop tard »).

Pour plusieurs, l'ensemble de ces obstacles contribue au manque de sensibilisation et d'intérêt au sein de la population canadienne en ce qui a trait aux enjeux relatifs à la promotion et la protection des droits humains au pays et internationalement. Il serait par ailleurs assez simple de mettre en place une institution centralisée permettant d'obtenir ou de fournir des informations en la matière, comme nous le verrons plus loin dans le présent rapport.

iii. *La résistance des autorités, telle que perçue, face aux actions visant la protection des droits humains et la réconciliation*

Une déception importante transparaissant des avis reçus lors des sondages, des rencontres et des événements nationaux se rapporte à la résistance qui est perçue des autorités face aux actions visant la protection des droits humains, plus particulièrement aux revendications des peuples autochtones qui s'opèrent dans le cadre de la mise en œuvre, par le gouvernement, de la politique publique de réconciliation avec ceux-ci. Le ministère de la Justice du Canada a, en effet, établi une série de *Principes* régissant la relation du gouvernement du Canada avec les peuples autochtones qui placent les droits de la personne et la réconciliation au cœur de cette relation²⁶.

24 Voir à ce sujet *Attorney-General of Canada v Attorney-General of Ontario et al.*, [1937] 1 DLR 673, [1937] AC 326.

25 Au gouvernement fédéral, la ratification et la mise en œuvre des traités de protection des droits humains relèvent des ministères d'Affaires mondiales Canada, de Justice Canada et du Ministère du patrimoine canadien, en plus des ministères et organismes fédéraux thématiquement pertinents (Affaires Autochtones et du Nord Canada, Services aux Autochtones Canada, en matière de droits des peuples autochtones, par exemple).

26 Ministère de la Justice du Canada, « Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones » (2018), en ligne: <<https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/principes.pdf>>.

Plusieurs interlocuteurs.trices ont, entre autres, fait référence au manque de confiance et de transparence dans les interactions avec les autorités publiques en la matière, qui, selon ces principes, devraient mener leurs actions conformément à ceux de « la bonne foi, de la primauté du droit, de la démocratie, de l'égalité, de la non-discrimination et du respect des droits de la personne », mais qui, dans la réalité, semblent mener un double discours. Un exemple invoqué de façon récurrente est celui du litige sur le financement des services aux enfants autochtones, opposant le gouvernement fédéral à la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada (*Caring Society*)²⁷. En février 2007, la *Caring Society* a lancé une procédure devant la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) contre le gouvernement du Canada en raison du sous-financement des services de protection de l'enfance. L'affaire fut transmise au Tribunal canadien pour les droits de la personne (TCDP), qui a rendu un premier arrêt au fond en 2016, donnant raison à la Société canadienne²⁸. Cette affaire a été marquée par plusieurs accroc importants de la part des autorités gouvernementales, qui – selon plusieurs – remettent en doute l'engagement d'agir de bonne foi dans un esprit de réconciliation. Par exemple, lors du litige, les pouvoirs publics ont omis de divulguer aux demandeurs.resses plus de quatre-vingt-dix mille (90 000) documents pertinents au dossier²⁹.

Après que les demandeurs.resses aient eu gain de cause au TCDP³⁰, celui-ci a rendu sept ordonnances de non-conformité contre le Canada³¹, à l'issue desquelles le Gouvernement canadien réaffirmait la conformité de son système avec la décision initiale du tribunal. Pour plusieurs, le manque de mécanismes efficaces de mise en œuvre dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*³², malgré le fait que les obligations de droit international des droits humains soient considérées comme des normes impératives dans le système juridique national, rend ces droits bien souvent inopérants dans la réalité³³. Ainsi, selon eux, même si justice est obtenue devant les tribunaux, cette dernière n'est que façade tant les problèmes « se logent au cœur du système ».

iv. *La vulnérabilité issue du financement des ONG de défense des droits humains*

Plusieurs organisations non gouvernementales impliquées directement ou indirectement dans la promotion ou la défense des droits humains considèrent qu'elles sont exposées à une situation particulière de vulnérabilité en raison des limites au financement public et des normes applicables en matière de philanthropie qui restreignent leurs activités.

Dans un premier temps, plusieurs ont indiqué que les limites au financement, y compris au financement public, occasionnent une concurrence malsaine entre les organisations dans le milieu, ce qui entretient un climat de compétition et de méfiance, qui a pour résultat de diviser ces parties prenantes, alors qu'elles pourraient souvent bénéficier de faire front commun face aux pouvoirs publics ou à des problèmes transversaux relatifs aux droits humains d'intérêts collectifs (discrimination, environnement, etc.). Ce phénomène est souvent identifié comme une première source de « fragmentation » des activités des défenseurs.es des droits humains au Canada³⁴.

27 Voir généralement Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada, « Une histoire d'iniquité », en ligne: <<https://fncaringociety.com/fr/history-inequity>>.

28 *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et Assemblée des Premières Nations c Commission canadienne des droits de la personne et Procureur général du Canada*, 2016 TCDP 2.

29 Pour déjouer cette stratégie, la *Caring Society*, dont la mission est précisément d'offrir « une éducation publique, de la recherche et du soutien fondés sur la réconciliation pour promouvoir la sécurité et le mieux-être des enfants des Premières Nations, des jeunes, des familles et des Nations », a mis sur pied la campagne « I am a Witness » visant à inviter le public à être témoin du processus judiciaire en venant assister aux audiences. Le succès de la campagne auprès des enfants fut tel qu'il fallut faire des horaires de présences et déménager la salle d'audience. En plus de cette participation de la population comme témoin, la *Caring Society* a diffusé tous les documents de cour en ligne afin de battre en brèche la stratégie menée par le défendeur. Voir à ce sujet Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada, « Je suis un témoin », en ligne: <<https://fncaringociety.com/i-am-witness>>.

30 2016 TCDP 2, *supra* note 28.

31 *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et Assemblée des Premières Nations c Commission canadienne des droits de la personne et Procureur général du Canada*, 2016 TCDP 10; 2016 TCDP 16; 2017 TCDP 14; 2018 TCDP 4; 2019 TCDP 1; 2019 TCDP 7; 2019 TCDP 39.

32 *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 [Loi canadienne].

33 Sur l'expérience de *Caring Society*, voir Cindy Blackstock, Muriel Bamblett et Carlina Black, « Indigenous ontology, international law and the application of the Convention to the over-representation of Indigenous children in out of home care in Canada and Australia » (2020) 110:1 Child abuse & neglect 110; André Picard, « Cindy Blackstock: advocate for First Nations children » *The Lancet* 319:10131 (22 février 2018) 1659.

34 Voir généralement Ondřej Císař et Jiří Navrátil, « Promoting competition or cooperation? The impact of EU funding on Czech advocacy organizations » (2015) 22:3 Democratization 536.

Un autre problème structurel identifié se rapporte au fait que les subventions publiques disponibles suivent une logique de financement par projets ponctuels, de portée et durée limitées. Le renouvellement de ces fonds est conditionnel à des évaluations de rendement axées sur les projets eux-mêmes, plutôt que sur les impacts réels - plus larges et parfois plus diffus dans le temps - que les actions posées ont par rapport à la promotion et la défense des droits humains. Les ressources disponibles ne couvrent pas les dépenses de fonctionnement des organisations, qui doivent s'en remettre, pour ce faire, soit aux actions volontaires de leurs constituant.es (personnel bénévole ou contributions ponctuelles pro bono) ou à la philanthropie (dons de particuliers, par exemple). Pour plusieurs, cette réalité empêche les organisations de planifier leurs actions à long terme et mine leurs tentatives de développement. Ce phénomène, tout comme celui des limites au financement, participe à la « fragmentation » des activités des défenseurs.ses³⁵.

Dans ce contexte, la réglementation applicable au financement d'organisations sans but lucratif expose les organisations de défense des droits à des vulnérabilités supplémentaires. En effet, selon ces dernières, leur dépendance aux aléas de la philanthropie en oblige plusieurs à se constituer en organismes de bienfaisance enregistrés pour que les dons reçus puissent être fiscalement déductibles.

Or, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que ces entités ne peuvent consacrer plus de 10 % de leurs activités à des actions de nature politique³⁶, ce qui a souvent été compris, semble-t-il, comme incluant les actions de plaidoyer ou de revendications (advocacy) des droits humains. Plusieurs organisations perçoivent cette réglementation comme une forme indirecte de limitation à leur liberté d'expression et d'association et ont indiqué que certaines d'entre elles ont déjà fait l'objet de représailles par le passé, alors que cette réglementation aurait été instrumentalisée pour sanctionner certaines de leurs actions qui auraient déplu aux autorités³⁷.

Des organisations ont même indiqué que la politisation de certains débats entourant la défense des droits humains au Canada les a exposées à d'autres formes de répercussions négatives, allant d'être associées à des stéréotypes réducteurs jusqu'à faire l'objet d'attaques à leur crédibilité, voire à être assujetties à des actions de surveillance de la part des autorités. Ce fut entre autres le cas de Mme Cindy Blackstock, alors directrice exécutive de la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada au moment de l'action contre le gouvernement canadien mentionnée précédemment³⁸, qui a fait l'objet de surveillance de la part d'Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, comme indiqué par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada en 2013³⁹. De façon générale, les défenseurs.ses des droits des peuples autochtones, particulièrement ceux et celles qui protègent le territoire, considèrent aussi faire l'objet de surveillance par les autorités publiques.

35 Voir aussi Thomas Parks, « The rise and fall of donor funding for advocacy NGOs: Understanding the impact » (2008) 18:2 *Development in Practice* 213; Barbara A. Frey, « Uneven ground: asymmetries of power in human rights advocacy in Mexico » dans Joel R. Pruce, *The Social Practice of Human Rights*, New York, Palgrave Macmillan, 2015, 121.

36 *Loi de l'impôt sur le revenu*, (L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.)), art 149.1. Notons cependant les changements législatifs importants apportés depuis voir <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/charities-giving/charities/policies-guidance/public-policy-dialogue-development-activities.html>

37 Voir David Grant-Poitras et Diane Alalouf-Hall, « Les organismes de bienfaisance sont désormais les bienvenues sur la scène politique: Qu'est-ce que cela signifie véritablement et à quoi s'attendre pour l'avenir? », *The Philanthropist Journal* (28 octobre 2019), en ligne: <<https://thephilanthropist.ca/2019/10/les-organismes-de-bienfaisance-sont-desormais-les-bienvenues-sur-la-scene-politique-quest-ce-que-cela-signifie-veritablement-et-a-quoi-sattendre-pour-lavenir/>>. L'article indique qu'il y a quelques années, le « gouvernement amandaté l'ARC d'entamer un processus de vérification visant à identifier les OBE trop « politiques », sous le justificatif que ces derniers contrevenaient à cette fameuse réglementation du 10%. Ultimement, ces démarches de contrôle ont abouti à la révocation du statut de bienfaisance d'au moins cinq organisations, et, par conséquent, ont fragilisé leur situation financière en les privant de revenus générés en vertu des avantages fiscaux associés à leur statut ». Notons que la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été modifiée le 13 décembre 2018, et que le concept d'activité politique a été remplacé par celui d'activité relative au dialogue sur les politiques publiques ou à leur élaboration, la limite de 10 % n'y est plus appliquée, mais les activités politiques partisans demeurent interdites. Les activités des OBE qui portent sur l'élaboration de politiques publiques ne sont pas considérées comme des activités de bienfaisance en soi, mais doivent appuyer ou faire avancer une ou plusieurs des autres fins de bienfaisance annoncées par l'organisme de bienfaisance. Ibid. Voir aussi Dan Beeby, *L'Agence du revenu du Canada (ARC) a dit à une organisation caritative bien connue qu'elle ne pouvait plus tenter de prévenir la pauvreté dans le monde, mais seulement la réduire, parce que le fait de prévenir la pauvreté pourrait bénéficier à des personnes qui ne sont pas vraiment pauvres*. Dean Beeby, « Revenu Canada : « prévenir la pauvreté » n'est pas un objectif accepté », *La Presse canadienne* (24 juillet 2014), en ligne: <<https://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-canadienne/201407/24/01-4786581-revenu-canada-prevenir-la-pauvrete-nest-pas-un-objectif-accepte.php>>. Voir aussi Dan Beeby, « Les organismes caritatifs peuvent pratiquer certaines activités politiques », *CBC news* (17 juillet 2018), en ligne: *Radio-Canada* <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1113280/juge-ontarien-decision-agence-revenu-statut-organismes-charite-liberte-expression>>.

38 Voir « Snooping on First Nations activist went too far, privacy commissioner says », *CBC news* (29 mai 2013), en ligne: <<https://www.cbc.ca/news/canada/snooping-on-first-nations-activist-went-too-far-privacy-commissioner-says-1.1364426>>; Tim Harper, « Conservative government found spying on aboriginal advocate », *Toronto Star* (29 mai 2013), en ligne: <https://www.thestar.com/news/canada/2013/05/29/conservative-government_found_spying_on_aboriginal_advocate_tim_harper.html>.

39 Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, « Affaires autochtones et Développement du Nord Canada recueille à tort des renseignements à partir de la page Facebook personnelle d'une militante pour les droits des Premières Nations » (29 octobre 2013), en ligne: <https://priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-institutions-federales/2012-13/pa_201213_01/>.

b) Accès à la justice et populations en situation de vulnérabilité

De façon presque unanime, les acteurs.trices qui ont fourni des avis dans le cadre des sondages, des rencontres et des événements nationaux ont indiqué qu'un des obstacles les plus importants à la défense des droits est l'accès défaillant à la justice⁴⁰ pour prévenir, sanctionner ou réparer des violations des droits humains. Cet obstacle se manifeste sous diverses facettes.

Dans un premier temps, il est rapporté que la population canadienne peine à connaître ses droits et les mécanismes devant lesquels, en principe, les faire valoir et les protéger⁴¹. Cela serait entre autres dû à l'absence d'une institution centrale permettant aux intéressé.es d'obtenir ou d'échanger des informations à ce sujet, tel qu'abordé précédemment. Pour plusieurs, les organisations de défense des droits manquent de ressources pour informer adéquatement la population, alors que les médias traditionnels n'abordent ces enjeux que de façon ponctuelle ou incomplète⁴².

Dans un deuxième temps, les coûts associés aux procédures judiciaires ou administratives constituent, selon la presque totalité des avis sur le sujet, le principal obstacle à la protection des droits humains au Canada⁴³. La très grande majorité de la population n'a pas les moyens d'entreprendre des recours devant les instances spécialisées, encore moins devant les tribunaux, surtout lorsqu'une représentation par avocat.e est souhaitable, sinon nécessaire. Les secteurs les plus marginalisés économiquement et socialement seraient automatiquement exclus de ces voies de recours. Cela est non seulement discriminatoire, mais entraîne une perspective «biaisée» de la réalité des droits humains au Canada, puisque seules les personnes les plus nanties ou, alternativement, les groupes les mieux organisés sont en mesure de s'engager dans ce type de dénonciation, ce qui donne nécessairement lieu à une priorisation des enjeux de droits humains qui sont judiciairisés, analysés et commentés publiquement.

De plus, la suspension du programme de contestation judiciaire entre 2006 et 2019 aurait contribué de façon significative à réduire l'accès à la justice dans le domaine⁴⁴. Les coûts sont tellement importants que, selon plusieurs, la dénonciation judiciaire de violation des droits n'est souvent même pas envisagée par les victimes. Cette réalité est identique pour la dénonciation de violations via des mécanismes ou institutions internationales⁴⁵.

De façon connexe, les délais associés à la judiciarisation des violations des droits humains représentent également un facteur qui limite l'accès à la justice et qui décourage les victimes de dénoncer les violations.

De même, la difficulté pour les victimes d'aborder des enjeux relatifs aux droits humains dans certains forums spécialisés à ces fins (les commissions des droits, par exemple)⁴⁶ ou même hors des forums spécialisés, et la résistance des autorités judiciaires à aborder ces enjeux constituent également un facteur dissuasif⁴⁷.

40 Sur la question générale de l'accès à la justice au Canada, voir Trevor C. W. Farrow, «What is Access to Justice?» (2014) 51:3 Osgoode Hall L J 957; Michael Dempster, «Justice for all» (2013), 22:2 Canadian Bar Association National: Legal Insights & Practice Trends 12.

41 Parmi les enjeux relatifs aux droits humains les moins bien connus du public se trouveraient ceux en lien avec les migrations et avec l'environnement.

42 Sur les défis relevant de l'éducation aux droits humains voir généralement Alan Sears, «Special issue: Canadian perspectives on democracy, diversity and citizenship education» (2009) 5:2 Citizenship Teaching & Learning 1; Wanda Cassidy, Özlem Sensoy et Kumari Beck, «From rhetoric to reality: Identifying teacher opportunities and barriers in educating for human rights» (2020) 7:1 J Global Citizenship & Equity Education.

43 Sur la question des effets des coûts sur l'accès à la justice, voir notamment Maxwell Jenkins, *Access to Justice: The Great Gap in Canada's Justice System*, Edmonton Social Planning Council, 2017, en ligne: <https://edmontonsocialplanning.ca/wp-content/uploads/2017/10/edmontonsocialplanning.ca_joomlatools-files_docman-files_ESPC-Documents_PUBLICATIONS_A.06.G-REPORTS_ESPC-REPORT_ACCESS-TO-JUSTICE_20170930.pdf>.

44 «Ottawa rétablit le programme de contestation judiciaire», *Radio-Canada* (17 février 2017), en ligne: <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1015421/gouvernement-federal-retablissement-programme-contestation-judiciaire>>.

45 Sur les coûts du litige international relatif aux droits humains, voir Curtis A. Bradley, «The costs of international human rights litigation» (2001) 2 Chi J Int'l L 457.

46 Il est recommandé de consulter l'affaire *Matson* qui s'illustre par l'hypertechnicité de l'interprétation judiciaire en évacuant les aspects relatifs aux droits humains soulevés par le plaignant. *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 RCS 230.

47 Voir par ex Bruce Porter, «Homelessness, human rights, litigation and law reform: a view from Canada» (2004) 10:2 Australian J Human Rights 133 à la p 139, à propos du droit au logement: «Where such actions are challenged before rental tribunals as being violations of fundamental human rights, the arguments are ignored. When social assistance recipients have turned to the Ontario Human Rights Commission and asked it to investigate whether the gross inadequacy of shelter components of social assistance violate the rights of welfare recipients to substantive equality in housing, the Human Rights Commission has dismissed the complaints as 'frivolous' and denied the complainants access to a hearing (CB v Her Majesty the Queen in Right of Ontario, as represented by the Minister of Community Family and Children's Social Services; Advocacy Centre for Tenants in Ontario). In a country that prides itself on promoting human rights and the 'rule of law', blatant violations of human rights in the area of housing are denied adjudication and remedy».

Enfin, les difficultés dans l'accès à la justice affectent d'une façon particulière les victimes autochtones, entre autres en raison de la conceptualisation et du fonctionnement des régimes formels de protection des droits humains prévus au Canada, y compris via les tribunaux, qui suivent une culture juridique sous-jacente dont la logique, proprement occidentale, est étrangère aux traditions juridiques autochtones. Les difficultés rencontrées au niveau de la terminologie, de la présentation des éléments de preuve qui suivent un modèle occidental, contribuent à réduire l'accès à la justice de ces victimes⁴⁸. Plusieurs ont indiqué qu'il est difficile de concevoir que les communautés autochtones puissent s'épanouir dans un système de droit qui les maintient dans un *statu quo* socio-économique et dans la pauvreté, et qui fait perdurer des violations de leurs droits humains, dont leur droit à l'égalité. Pour plusieurs et conformément à leur droit à l'égalité et à l'autodétermination, les peuples autochtones devraient pouvoir avoir recours à leurs propres traditions juridiques pour faire valoir leurs droits humains⁴⁹.

c) Consultation et consentement des peuples autochtones

Le droit international et le droit canadien prévoient que les peuples autochtones ont le droit d'être consultés dans le but d'obtenir leur consentement relativement à toute activité pouvant affecter leurs droits, dont leurs droits à la terre.

En effet, l'article 32 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (ci-après « DNUDPA ») prévoit que

« [L]es peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources. Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources [...] »⁵⁰.

Ce droit à la consultation ne se limite pas qu'aux enjeux relatifs aux terres, territoires et autres ressources. En effet, la *Convention No. 169* relative aux peuples indigènes et tribaux (ci-après « *Convention No. 169* ») de l'Organisation internationale du travail (OIT)⁵¹ prévoit que les États doivent « consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement » et que « ces consultations [...] doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées »⁵².

48 Cette situation s'illustre bien par une affaire qui a fait l'objet d'un règlement à l'amiable au Tribunal canadien des droits de la personne, dans le cadre de laquelle la demanderesse avait invoqué divers concepts de droit Gitksan, entre autres le concept juridique de « daxgyet » ou d'autorité politique et morale des dirigeants de la communauté. Voir Indigenous Law Research Unit, *ILRU Case Note : Human Rights in Indigenous (Gitksan) Law*, University of Victoria, en ligne: <<http://ilru.ca/wp-content/uploads/2020/08/ILRU-Case-Note-Human-Rights-FINAL-OCT-26-2016.pdf>>.

49 Voir Napoleon, « Thinking about Indigenous legal orders », *supra* note 20.

50 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG 61/295, 61^e sess, Doc NU A/RES/61/295 (2007), art 32 [DNUDPA]; *Convention no 169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, 27 juin 1989, OIT C169 art 15, 17 (entrée en vigueur: 5 septembre 1991) [*Convention 169*].

51 *Convention 169*, *supra* note 50.

52 *Ibid* à l'art 6.

Ces dispositions reflètent le *corpus juris* du droit international applicable aux peuples autochtones en la matière⁵³, comme l'ont affirmé la Commission⁵⁴ et la Cour interaméricaines des droits de l'homme dans de nombreuses affaires⁵⁵.

Ce principe est également établi en droit canadien, entre autres dans l'*Affaire de la Nation Haida*, où la Cour suprême du Canada a reconnu l'existence d'une «obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs intérêts»⁵⁶. L'étendue de cette obligation peut varier «selon les circonstances : de la simple «obligation de discuter des décisions importantes» [...] «lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur», en passant par l'obligation nécessitant «beaucoup plus qu'une simple consultation» qui s'impose «[d]ans la plupart des cas», jusqu'à la nécessité d'obtenir le «consentement [de la] nation autochtone» sur les questions très importantes. Ces remarques s'appliquent autant aux revendications non réglées qu'aux revendications déjà réglées et auxquelles il est porté atteinte»⁵⁷.

Plusieurs avis obtenus lors des sondages, des rencontres et des événements menés au Canada ont soulevé une série de problèmes importants se rapportant au fonctionnement des processus de consultation et de respect du consentement des peuples autochtones dans divers contextes.

Dans un premier temps, de nombreux.es interlocuteurs.trices ont indiqué que les consultations menées par les autorités publiques s'inscrivent, le cas échéant, dans un processus qui repose sur des normes et des procédés occidentaux et non autochtones. Plusieurs communautés autochtones considèrent ces consultations comme des mécanismes externes et imposés, qui n'émanent pas de leur volonté ou qui ne s'inscrivent pas dans leurs priorités. Ainsi, le processus en soi peut constituer un mode d'acculturation ou d'oppression additionnelles. Dans certains cas, ces processus divisent les communautés et fragmentent le tissu social, entre ceux et celles en faveur d'un règlement, ainsi que ceux et celles qui veulent résister aux projets proposés. C'est particulièrement le cas lorsque les consultations sont menées avec les institutions autochtones désignées par les autorités publiques non autochtones ou conformément à la législation étatique.

Cela pose évidemment la question de savoir si les autorités publiques ont procédé à une consultation «de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause» au sens de la DNUDPA.

Certains avis ont donné comme exemple la crise entourant l'opposition au projet de gazoduc Coastal GasLink par certain.es membres de la nation Wet'suwet'en. En effet, le projet a été accepté par cinq des six conseils de bande de la nation, qui ont signé des ententes de partage de bénéfices et appuyé le projet. Ces conseils de bande, et leurs chefs, ont été élus et formés conformément à la *Loi sur les Indiens*⁵⁸. En revanche, certaines autorités traditionnelles,

53 Voir Isaac de Paz González, *The social rights jurisprudence in the Inter-American Court of Human Rights: Shadow and light in international human rights*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018.

54 Voir par ex *Mayan Indigenous Community of the Toledo District (Belize)* (2004), Inter-Am Comm HR, No 40/04, Doc. 5 rev.1 [*Affaire Toledo*].

55 Concernant la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des peuples autochtones, voir *Affaire des peuples Kaliña et Lokono (Suriname)* (2015), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°309 [*Affaire Kaliña et Lokono*]; *Affaire du peuple Saramaka (Suriname)* (2007), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°172 [*Affaire Saramaka*]; *Affaire des peuples autochtones Kuna de Madungandí et Emberá de Bayano et leurs membres (Panama)* (2014), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°284 [*Affaire Kuna de Madungandí*]. Concernant la Convention 169, voir *Affaire de la communauté autochtone Yakye Axa (Paraguay)* (2005), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°125 aux paras 127-156 [*Affaire Yakye Axa*]; *Affaire de la communauté autochtone Sawhoyamaxa (Paraguay)* (2006), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°146 au para 117 [*Affaire Sawhoyamaxa*]; *Affaire de la communauté autochtone Xákmok Kásek (Paraguay)* (2010), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°214 au para 157 [*Affaire Xákmok Kásek*]; *Affaire du peuple autochtone Kichwa de Sarayaku (Équateur)* (2012), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°245 aux paras 70, 161 [*Affaire Sarayaku*]; *Affaire de la communauté Garifuna Triunfo de la Cruz et ses membres (Honduras)* (2015), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°305 au para 103) [*Affaire Triunfo de la Cruz*]; *Affaire de la communauté Garifuna de Punta Piedra et ses membres (Honduras)* (2015), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°304 au para 168 [*Affaire Punta Piedra*]; *Affaire du peuple autochtone Xucuru et ses membres (Brésil)* (2018), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°246 aux para 35, 36, 116 [*Affaire Xucuru*]. Voir généralement Bernard Duhaime et Éloïse Ouellet-Décoste, «De Genève à San José : Les normes de l'OIT et le Système interaméricain de protection des droits humains» (2020) 159 :4 *International Labour Review* 585 [Duhaime et Ouellet-Décoste, «De Genève à San José»].

56 *Nation haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511, 2004 CSC 73 [*Nation haida*]. Voir aussi *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 [*Delgamuukw*]; *R. c Sparrow* [1990] 1 RCS 1075 [*Sparrow*]; *R c Nikal*, [1996] 1 RCS 1013; *R c Gladstone*, [1996] 2 RCS 723

57 *Nation haida*, supra note 56 au para 24; *Delgamuukw*, supra note 56 au para 168.

58 *Loi sur les Indiens* (L.R.C. (1985), ch. I-5), art 74 et ss.

aussi appelées les chefs héréditaires, constituées suivant la tradition Wet'suwet'en et les normes de la nation, se sont opposées au projet. Les membres de la nation s'en sont retrouvés profondément divisés⁵⁹. Alors que les autorités publiques ont initialement considéré que les institutions autochtones compétentes avaient été adéquatement consultées, l'opposition au projet s'est accentuée, faisant l'objet de violence et de répression⁶⁰.

Un autre type de problème invoqué repose sur l'équilibre des forces des parties impliquées dans les processus de consultation et les perspectives réelles qu'ont les peuples autochtones d'en arriver à un règlement qui leur convienne pleinement.

En effet, les représentant.es des peuples autochtones ont des ressources limitées pour mener ces processus qui sont souvent très longs et coûteux, puisqu'ils peuvent nécessiter des négociations prolongées et plusieurs démarches d'échange d'informations avec les membres des communautés, de même que le recours à des expertises dans des domaines linguistiques ou techniques (en matière d'impact environnemental ou socio-économique, par exemple). Dans ce contexte, il est légitime que les communautés perçoivent leur rapport de force avec les autorités étatiques comme déséquilibré, puisque ces dernières semblent avoir des ressources quasi illimitées pour mener ces processus et puisque l'écoulement du temps semble bien souvent jouer en leur faveur. Par ailleurs, il peut être ardu de négocier une entente dans un contexte où la principale alternative, en cas de refus ou d'impossibilité de parvenir à un règlement, est de contester les projets devant les tribunaux. En effet, l'accès à la justice est limité par les coûts et la durée des recours, alors que les tribunaux canadiens considèrent que le consentement des peuples autochtones n'est exigible que lorsqu'il y a des droits bien établis ou en voie de l'être et que l'atteinte à ces droits est majeure⁶¹, et que ces mêmes tribunaux ont tendance à renvoyer les parties négocier des ententes hors cours⁶².

Enfin, plusieurs avis ont indiqué que, selon eux, les processus de consultation étaient parfois utilisés par les autorités étatiques comme prétextes pour ralentir ou éviter la mise en place de solutions concrètes. Cela permettrait aux autorités de gagner du temps tout en maintenant l'apparence d'être actives dans des processus de consultation interminables et coûteux. Le traitement par le gouvernement du plan global « Spirit Bear Plan »⁶³ développé par la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada est présenté par certain.es comme relativement symptomatique de cette réalité. Ce plan, lié à l'action en justice mentionnée précédemment, a été présenté dans un premier temps à l'Assemblée des chefs des Premières Nations du Canada et y a obtenu un support unanime.

Pourtant, le Canada refuserait de le mettre en œuvre prétextant devoir effectuer des recherches, mettre sur pied des commissions et mandater des études, sans toutefois mettre en œuvre les recommandations déjà existantes. D'une même manière, lorsque la Coalition for the Human Rights of Indigenous people⁶⁴ a fait la demande au gouvernement canadien de respecter son obligation de faire une déclaration d'engagement portant sur la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, celui-ci aurait alors indiqué qu'il devait avant tout consulter les leaders autochtones, alors que ces mêmes leaders étaient unanimement d'accord sur l'urgence d'adopter une telle déclaration.

59 Voir par ex Marie Vastel, « Crise wet'suwet'en: Bennett défend sa stratégie de négociation », *Le Devoir* (11 mars 2020), en ligne: <<https://www.ledevoir.com/politique/canada/574637/crise-wet-suwet-en>>.

60 Voir généralement « A look at the conflict in the Wet'suwet'en Nation », *APTN National News*, en ligne: <<https://www.aptnnews.ca/topic/wetsuweten-conflict/>>. Voir par ex Lee Wilson, « Tensions building on Wet'suwet'en territory as pipeline conflict in northern B.C. continues », *APTN National News* (17 novembre 2021), en ligne: <<https://www.aptnnews.ca/national-news/tensions-building-on-wetsuweten-territory-as-pipeline-conflict-in-northern-b-c-continues/>>.

61 La Cour Suprême du Canada indiquait dans l'Affaire *Nation haïda* « ce processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive. Le « consentement » dont il est question dans *Delgamuukw* n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là, pas dans tous les cas. Ce qu'il faut au contraire, c'est plutôt un processus de mise en balance des intérêts, de concessions mutuelles ». *Nation haïda*, *supra* note 56 para 48.

62 Dans la même affaire, le tribunal indiquait également par exemple que « Même si les revendications autochtones sont et peuvent être réglées dans le cadre de litiges, il est préférable de recourir à la négociation pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones ». *Ibid* au para 14.

63 Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada, « Le Plan de Spirit Bear », en ligne: <https://tncaringssociety.com/sites/default/files/38156_fr_spirit_bear_plan_info_sht_v5f_print.pdf>.

64 Coalition for the Human Rights of Indigenous Peoples, « Declaration Coalition », en ligne: <<https://www.declarationcoalition.com/>>.

d) Justice transitionnelle et réconciliation

En ce qui a trait aux enjeux liés à la justice transitionnelle et à la réconciliation entre le Canada et les peuples autochtones, le premier point qui émerge des avis reçus lors des sondages, des rencontres et des événements menés au Canada est la nécessité d'une action concrète relative à la réparation tout autant qu'à la reconnaissance de responsabilité. Cette reconnaissance est essentielle à la reconstruction d'une relation entre les peuples autochtones et les autorités publiques. Pour ce faire, la représentation directe des peuples autochtones et leur participation active aux processus sont essentielles, d'autant plus que la réconciliation fait l'objet de visions non concordantes entre ceux-ci et les autorités. Quoiqu'il en soit, le processus et son succès sont dépendants d'une volonté politique changeante et inégalement impliquée dans ces processus.

La plupart des avis énoncés sur le sujet de la réconciliation indiquent que, malgré les discours des autorités publiques, davantage d'actions concrètes sont requises. Or, c'est trop peu le cas : il y a beaucoup de promesses, mais la volonté politique semble variable en fonction des communautés, des contextes et des autorités publiques en place. Les enjeux économiques tiennent souvent une grande place dans les processus et influent sur les volontés politiques et l'engagement des gouvernements dans la réussite de ceux-là. Un des éléments décisifs dans le choix des autorités publiques de s'engager dans un processus de réconciliation est qu'une décision judiciaire contre l'État constitue un passif envers les comptes publics, alors qu'un règlement obtenu par une entente est sujet à plus de discrétion ministérielle, doit dès lors être justifié et il n'est pas garanti que l'interlocuteur ou le négociateur ou la négociatrice de l'État puisse effectivement engager les fonds à obtenir des autorités concernées. Ainsi, il peut être plus avantageux financièrement de laisser aller le différend devant les tribunaux. En plus de la volonté politique, déterminante dans l'engagement du gouvernement dans les procédures de réconciliation, la lourdeur bureaucratique empêche, elle aussi, des changements importants. Par ailleurs, la réconciliation ne saurait demeurer qu'une réparation financière des erreurs du passé. Il faut que les gouvernements soient prêts à reconnaître leurs agissements et la responsabilité qui leur incombe. Il ne s'agit pas, pour les autorités, de se déculpabiliser, mais au contraire, de reconnaître la responsabilité qu'elles portent et d'accepter le devoir d'en répondre. L'importance de la réparation intégrale ne peut être sous-estimée dans ce processus qui vise à recréer une relation entre le pouvoir, héritier d'une histoire oppressive, et les peuples autochtones, porteurs d'une histoire opprimée.

Le deuxième point est, quant à lui, relatif à la représentativité des positions en présence. En effet, il est reproché, de manière récurrente, un manque de clairvoyance de la part des autorités. Il y aurait, en effet, un écart entre, d'une part, ce que le Canada rapporte à l'ONU de son travail sur les droits humains et les droits des peuples autochtones et, d'autre part, la réalité sur le terrain. Cette discordance des faits et du discours peut relever en partie du manque de connaissance de la réalité et du terrain. Pour y remédier, il apparaît fondamental de faire une place plus grande aux peuples autochtones eux-mêmes, et à leurs représentant.es dans l'ensemble des processus. Le travail collaboratif entre les ONG et les organisations autochtones doit permettre aux peuples intéressés de ne pas se faire subtiliser la parole ni travestir la vérité. Les organisations non gouvernementales expriment de manière croissante leur inconfort de discuter de réconciliation en l'absence des peuples autochtones intéressés au processus. Il est grand temps de décoloniser les institutions et les processus qui prennent part à ces débats, d'autant que les procédures de vérité et réconciliation doivent une partie de leur succès à la mise en œuvre des solutions trouvées par les peuples autochtones eux-mêmes, davantage que par le gouvernement. Cette nécessité est d'autant plus urgente que la connaissance de l'histoire autochtone est souvent partielle, voire déformée, et tend à considérer les peuples autochtones comme un groupe monolithique, souvent associée à des stéréotypes découlant de la relation coloniale. Dans une volonté de soutenir les peuples autochtones, on romantise souvent leurs histoires politiques,

leurs traditions et leurs pratiques. On présume inutile de porter un regard critique sur celles-ci, ce qui entretient le fantasme de leurs conditions d'existence et constitue un obstacle dans la reconstruction d'une nouvelle relation.

Enfin, il convient de souligner que les conceptions de la réconciliation diffèrent entre ce qui est défendu devant les tribunaux et ce qui est attendu de la part des peuples autochtones. En effet, la conception de la Cour suprême du Canada dans sa jurisprudence relative l'article 35 de la *Constitution canadienne*⁶⁵ définit la réconciliation comme la réconciliation des occupants antérieurs de la terre avec le pouvoir établi subséquent⁶⁶.

Or, cette conception s'articule difficilement avec le besoin de mémoire, de réparation et de reconnaissance exprimé par les peuples autochtones. En effet, certains tribunaux semblent avoir souvent instrumentalisé le concept de réconciliation afin de justifier les limitations aux droits ancestraux des peuples autochtones⁶⁷ plutôt que pour forcer l'État à s'engager dans une réelle démarche de justice transitionnelle⁶⁸.

Nonobstant ces réalités, il est rapporté que, de manière générale, le système de réconciliation et de justice transitionnelle est perçu de façon positive par les victimes, pour qui l'expérience de témoigner, de raconter leur histoire et d'être crues est très bénéfique. Le taux de participation, l'attribution de compensations relativement élevées et l'attitude ouverte du gouvernement qui consent à compenser même si la demande est prescrite font de ce processus un élément prometteur de la construction d'une nouvelle conscience publique.

e) Institutions internationales

Les échanges lors des avis, sondages, rencontres et événements nationaux ont également permis d'aborder plus en détail la connaissance que les défenseurs des droits humains ont des institutions et des mécanismes internationaux de protection des droits humains, de même que l'utilisation qu'ils et elles en font, tant au Canada que sur la scène internationale.

D'entrée de jeu, il nous faut noter que les acteurs consultés sur le sujet ont des degrés considérablement variables de familiarité avec ces institutions et mécanismes. Il n'est pas étonnant de constater que les entités plus

65 *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507 au para 310 [*Van der Peet*]: «Le Juge en chef a raison de dire que la réconciliation entre les communautés autochtones et non autochtones est un objectif d'une importance fondamentale. Ce désir de réconciliation qui, dans de nombreux cas, tarde depuis trop longtemps à inspirer l'adoption du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*».

66 En effet, la Cour suprême du Canada a indiqué que «[...] les deux objectifs du par. 35(1) sont de reconnaître l'occupation antérieure du Canada par des sociétés organisées et autonomes, et de concilier leur existence contemporaine avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur elles. Ces objectifs se reflètent dans la structure de la théorie en matière de droits et de titres ancestraux, qui se penche d'abord sur les pratiques des groupes qui occupaient le territoire canadien avant le contact avec les Européens, la souveraineté ou le contrôle effectif, puis traduit ces pratiques en droits constitutionnels détenus par les groupes successeurs contemporains au sein de l'ordre juridique canadien. Les mêmes objectifs se reflètent dans le principe de l'honneur de la Couronne, selon lequel l'affirmation historique de la souveraineté de la Couronne sur les sociétés autochtones donne lieu à des obligations permanentes envers leurs successeurs, dans le cadre d'un processus de réconciliation continu.» Voir entre autres *R c Desautel*, 2021 CSC 17 au para 22; et *Anderson c Alberta*, 2022 CSC 6 au para 25.

67 Dans l'affaire *Van der Peet* mentionnée antérieurement, la juge McLachlin indiquait dans sa dissidence : « Tout comme je me suis dissociée des propos du Juge en chef sur la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, je dois également, en toute déférence, exprimer ma dissidence à l'égard de son opinion sur ce qui constitue une justification. Ayant défini le droit en cause de telle manière que celui-ci ne comporte aucune limite intrinsèque, le Juge en chef compense en adoptant une conception large de la justification, qui ampute le droit pour le motif que cela est nécessaire à des fins de réconciliation et d'harmonie sociales [...]. De ce point de vue, le droit comporte sa propre limite intrinsèque, savoir l'équivalent de ce que, conformément aux lois et coutumes ancestrales, les autochtones concernés tiraient de la ressource. L'État peut, en respectant le critère de justification, imposer des limites additionnelles visant à faire en sorte que le droit soit exercé de façon responsable et de manière à en assurer la jouissance aux générations futures. Il n'est cependant nul besoin de limiter davantage le droit pour permettre la réconciliation des autochtones et des non-autochtones. [...] J'en arrive par conséquent à la conclusion que la restriction par le gouvernement d'un droit ancestral peut être justifiée, pourvu qu'elle vise à assurer la conservation de la ressource et l'exercice responsable du droit. La validité de restrictions qui iraient plus loin ne saurait être sauvegardée pour le motif que celles-ci sont nécessaires pour assurer la réconciliation ou la paix sociales. Plus précisément, des restrictions ayant pour effet de retirer à des autochtones la jouissance de la ressource pour la transférer à d'autres, et ce sans conclure de traité avec les premiers ou obtenir leur consentement, ne sauraient être justifiées. À moins d'abrogation du par. 35(1), pareils transferts ne peuvent survenir qu'avec le consentement des autochtones visés. C'est aux gouvernements de ce pays et aux autochtones qu'il revient d'en décider, non aux tribunaux. Dans l'intervalle, l'État a la responsabilité de concevoir un régime de réglementation assurant l'utilisation responsable de la ressource et pourvoyant à la répartition, entre les autochtones et les non-autochtones, de ce qui est disponible après avoir tenu compte des besoins de conservation». *Ibid* aux para 302, 312, 316.

68 En effet, la posture adoptée par exemple dans les affaires *R c Desautel* et *Anderson c Alberta* propose comme objectif de concilier les peuples autochtones avec la souveraineté de la Couronne et non de réconcilier deux ordres égaux ou de faciliter le dialogue entre pairs. En effet, cette démarche semble se baser, d'abord et avant tout sur la reconnaissance de l'imposition de la souveraineté de la Couronne sur les peuples autochtones. De même dans *Southwind c Canada*, 2021 CSC 28, la Cour indiquait que le « 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 peuple » (au para 32; voir aussi *R c Desautel*, 2021 CSC 17, au para 22). Il s'agit d'un projet continu dont l'objectif est la « réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel » (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 RCS 103, au para 10).

actives sur la scène internationale en ont une compréhension plus étoffée et en font un usage plus actif, ce qui n'est que rarement le cas en ce qui a trait aux défenseurs. Les défenseurs qui concentrent leurs actions au niveau local. En général, les avis semblent considérer ces institutions et mécanismes trop théoriques ou techniques, trop politiques, trop peu pertinents pour des actions concrètes ou pour le quotidien des victimes et parfois, pour des raisons stratégiques, les défenseurs n'y ont pas recours.

Il est intéressant de constater que les défenseurs consultés ne semblent pas ou ont très peu recours au droit international des droits humains (ou aux décisions des instances internationales) dans le cadre de leurs interventions de plaidoyer au Canada et encore moins dans le cadre de leurs actions devant les tribunaux canadiens. En effet, ce cadre normatif est principalement invoqué par des organisations non gouvernementales qui œuvrent sur la scène internationale, en particulier dans le cadre de la présentation de rapports parallèles – communément appelés *shadow reports* – de l'accompagnement de victimes, lors de consultations menées par le gouvernement fédéral, ou dans le cadre d'activités de sensibilisation du public. Devant les tribunaux, les défenseurs qui s'y réfèrent mentionnent principalement les instruments ratifiés par le Canada, de même que la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁶⁹.

Au Canada, les avis révèlent que les défenseurs consultés semblent avoir une assez bonne compréhension de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Cependant, la majorité semble peu familière avec le Système interaméricain de protection des droits humains (SIADH) qui reste particulièrement nébuleux, y compris pour les avocats et les juges impliqués dans des dossiers de défense des droits. Cela semble dû en partie au fait qu'il y a peu d'information qui circule au Canada à propos de ce système et au fait que les juristes canadiens n'ont pas de formation universitaire axée sur ce dernier. Les victimes, et le public en général, semblent encore moins familiers avec ce système.

Ce désintérêt, en plus d'être le fait d'une méconnaissance des outils internationaux, tient aussi de la conviction selon laquelle les mécanismes internationaux seraient moins efficaces. Par exemple, des ONG ont indiqué avoir participé au processus de l'Examen périodique universel relatif au Canada devant le Conseil des droits de l'homme de l'ONU⁷⁰, mais constatent que les recommandations sont sensiblement les mêmes d'un cycle d'EPU à l'autre et que ces derniers ne fournissent que trop peu de résultats sur le plan interne.

En ce qui a trait à l'utilisation limitée du droit international devant les tribunaux canadiens, les défenseurs considèrent souvent que les tribunaux préfèrent se référer au droit interne canadien et ne mentionnent le droit international qu'indirectement pour confirmer leur interprétation de normes de droit interne. Ces propos semblent conformes à l'approche privilégiée par la Cour suprême du Canada⁷¹.

69 *Déclaration Universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217A (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n°13, Doc NU A/810 (1948) 71.

70 *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada*, CDHNU, 11^e session, Doc NU A/HRC/11/17 (2009); *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada*, CDHNU, 24^e session, Doc NU A/HRC/24/11 (2013); *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada*, CDHNU, 39^e session, Doc NU A/HRC/39/11 (2018).

71 Dans l'affaire *Baker*, la Cour indiquait en effet : « Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire ». *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 [*Baker*]. Comme le dit R. Sullivan « [L]a législation est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes [...] D'autres pays de *common law* ont aussi mis en relief le rôle important du droit international des droits de la personne dans l'interprétation du droit interne ». Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd, Toronto, Butterworths, 1994 à la p 330. Voir par exemple *Tavita c Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257 (C.A.), à la p 266; *Vishaka c. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361 (C.S. Inde), à la p 367. Il a également une incidence cruciale sur l'interprétation de l'étendue des droits garantis par la Charte: *Slaight Communications, précité* with "*Slaight Communications Inc. c Davidson*, 1989 CanLII 92 (CSC), [1989] 1 RCS 1038.

3. SYNTHÈSE DES CONSULTATIONS AUPRÈS DES EXPERT.ES LATINOAMÉRICAIN.ES

Le projet SOAA a pour origine la conviction en la pertinence et la nécessité d'échanges de connaissance entre le Sud global et le Nord global, présumant que l'expérience d'organisations de droits humains en Amérique latine peut servir de terreau fertile en apprentissages pour la société civile au Canada, notamment en ce qui concerne l'utilisation des mécanismes internationaux de protection des droits humains et les approches développées en matière de justice transitionnelle. Dans le cadre de la troisième phase du projet, des expert.es et des membres de la société civile latino-américaine (incluant la commissaire interaméricaine Margarette May Macaulay, des organisations de défenseurs.es des droits humains, des autorités autochtones et des chercheurs.ses) ont été invité.es à Montréal, au Canada, pour qu'ils et elles puissent illustrer leurs expériences, leurs actions, leurs défis et leurs réussites dans ces champs d'innovations politiques et sociales, entre autres grâce aux outils fournis par le SIADH. Les invité.es ont été appelé.es à partager leur expérience à travers les quatre axes d'enjeux identifiés lors des sondages, des rencontres et des événements menés au Canada décrits dans le chapitre précédent.

Le colloque *S'ouvrir aux Amériques pour mieux protéger les droits humains et s'engager dans la réconciliation* s'est tenu dans les locaux de la Fondation Pierre Elliott Trudeau et de l'Université du Québec à Montréal les 3 et 4 octobre 2019⁷². Le colloque a impliqué la participation virtuelle de certain.es intervenant.es grâce à la plateforme Zoom, il a été diffusé intégralement en direct via Facebook Live et s'est accompagné d'un service de traduction simultanée. Les actes de colloque ont été publiés par la Revue québécoise de droit international en juin 2022⁷³.

L'organisation du colloque et la publication du numéro spécial, sans pouvoir englober le vécu des organisations de droits humains et des peuples autochtones latino-américains de façon exhaustive, ont permis de fournir certaines perspectives par rapport aux quatre axes d'enjeux identifiés lors des sondages, rencontres et événements nationaux. Dans cette section, il est proposé de résumer et de schématiser les résultats de ces échanges de connaissances. Pour ce faire, les contributions des acteurs.trices latino-américain.es ont été regroupées selon le thème du panel auquel ils ont participé, à savoir : constitutions, fédéralisme et institutions (a); accès à la justice et populations en situation de vulnérabilité (b); consentement et consultation des peuples autochtones (c); et justice transitionnelle et réconciliation (d). Cet exercice est important afin de pouvoir formuler ensuite certaines recommandations à l'intention de la population canadienne en général, de la société civile et des autorités canadiennes à partir des leçons tirées de ces échanges, comme nous le verrons au Chapitre 6.

a) Constitutions, fédéralisme et institutions

Les sociétés ayant entamé des processus pour aborder les violations des droits humains s'engagent, entre autres, dans la mise en œuvre de profondes réformes politiques et juridiques se définissant par des amendements à la constitution, la suppression de lois aujourd'hui irréconciliables avec leur réalité, ou la création d'institutions pour évaluer, promouvoir et protéger les droits humains. Les présentations incluses dans le cadre de ce panel ont examiné comment les systèmes judiciaires et politiques ont été utilisés pour faire avancer les droits humains en Amérique latine.

La présentation d'ouverture⁷⁴ du colloque de Madame Margarette May Macaulay, ex-juge de la Cour interaméricaine, ex-présidente de la Commission interaméricaine des droits humains (CIDH) et alors première vice-présidente de la CIDH, a abordé des sujets tels que la relation continue de la CIDH avec le Canada, le rôle

72 Le programme de ce colloque est disponible en ligne: <<https://soaa.uqam.ca/wp-content/uploads/2019/10/Programme-final-3-4-oct.-FR-3.pdf>>.

73 Bernard Duhaime, Rachel Hatcher et Noémie Boivin, dirs, *S'ouvrir aux Amériques pour mieux protéger les droits humains et s'engager dans la réconciliation au Canada* (Hors-série juin 2022) Revue québécoise de droit international, en ligne: <<https://www.sqdi.org/fr/hors-serie-juin-2022/>>.

74 Commissioner Margarette May Macaulay, «Canada and the Inter-American Human Rights System» (Hors-série juin 2022) RQDI 15.

important que le Canada a joué dans le passé pour aider la Commission à faire avancer ses mandats thématiques, ainsi que le rôle déterminant qu'il pourrait jouer dans les années et décennies à venir. La Commission ayant célébré son soixantième anniversaire en 2019, la commissaire Macaulay espère que le Canada jouera un rôle de premier plan dans les questions relatives aux droits humains dans notre hémisphère et qu'il participera activement aux initiatives du Système interaméricain alors que la Commission planifie l'atteinte de ses objectifs futurs. En effet, l'accomplissement de ces objectifs futurs n'est envisageable, selon elle, que si le Canada s'engage davantage dans notre système régional des droits de la personne.

Lors de sa présentation, la commissaire Macaulay a pris le soin de mentionner que la Commission a, à ses débuts, porté une attention insuffisante aux États de langues française et anglaise. Toutefois, aujourd'hui, le manque d'implication de ces États s'explique plutôt par le manque d'intérêt et d'engagement actif de leur société civile et de leurs organismes publics à l'égard de la CIDH. En outre, la majorité des États de langues française ou anglaise du continent américain n'a pas ratifié la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*⁷⁵, ce qui entrave la capacité de la Commission à assumer pleinement ses fonctions dans tout l'hémisphère puisque, pour un nombre significatif d'États, dont le Canada et les États-Unis, les affaires qui lui sont soumises ne peuvent être transmises à la Cour interaméricaine. Le leadership du Canada en la matière pourrait encourager par l'exemple les États anglo-caribéens membres de l'OEA et les États-Unis à ratifier eux aussi la Convention. La ratification de ces pays pourrait contribuer à un plus large consensus sur les droits humains dans les Amériques.

Par ailleurs, en ce qui concerne l'argument à l'effet que l'adhésion du Canada pourrait menacer sa souveraineté ou que les tribunaux canadiens sont suffisamment outillés afin de répondre aux violations de droits humains⁷⁶, la commissaire Macaulay a répondu que, justement, la Cour interaméricaine ne se penche que sur les cas où le système interne d'un pays a fait échec. De ce fait, si le système interne du Canada est suffisamment robuste, il ne devrait pas y avoir de plainte ni d'impacts négatifs à adhérer à la Convention. Selon la commissaire Macaulay, ce qui retient les États n'ayant pas ratifié la Convention n'est pas la question de la souveraineté étatique, mais plutôt le fait de savoir que leur système judiciaire pourrait s'avérer incapable de répondre adéquatement aux violations des droits humains qui existent au sein de l'État, ce qui ferait en sorte que plusieurs cas pourraient être transmis à la Cour interaméricaine.

La présentation de Daniel Cerqueira de la Due Process of Law Foundation (DPLF)⁷⁷, quant à elle, a souligné l'interrelation qui existe dans les Amériques en matière de développement des droits des peuples autochtones. Cerqueira a expliqué comment le Canada, malgré le fait qu'il ne fasse pas entièrement partie du Système interaméricain, a exercé une influence sur la façon dont les droits des peuples autochtones sont abordés dans celui-ci et dans les Amériques. Il affirme que l'intégration du multiculturalisme dans la *Constitution canadienne*, et l'adoption sociale de ce principe par opposition à celui d'intégration véhiculé dans plusieurs pays des Amériques avant 1980, a servi d'exemple pour plusieurs pays d'Amérique latine lors de leur processus de réforme constitutionnelle dans les années 80 et 90⁷⁸.

75 Les États n'ayant pas ratifié ou adhéré à la Convention sont: les Bahamas, le Belize, la Guyane, Antigua-et-Barbuda, Saint-Christophe-et-Niévès, Sainte-Lucie, Saint-Vincent et les-Grenadines, les États-Unis, et le Canada. Voir Organisation des États américains, «American Convention on Human Rights «Pact of San José, Costa Rica» (B-32)», en ligne : <http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm>.

76 Voir par ex Canada, Comité sénatorial permanent des droits de la personne, Améliorer le rôle du Canada dans l'OEA: L'adhésion du Canada à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, Ottawa, aux pp 41-43; Report on the Situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System (2000), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/ II.106 Doc. 40 rev au para 167.

77 Daniel Cerqueira, «Indigenous peoples' rights and the multicultural approach: for a twin-track dialogue between Canada and the Inter-American Human Rights System» (Hors-série juin 2022) RQDI 185.

78 Le paradigme intégrationniste repose «sur une perception aux termes de laquelle la seule possibilité d'avenir pour les peuples autochtones [est] l'intégration dans le reste de la société et qu'il [revient] à cette dernière de prendre les décisions concernant leur développement». Tandis que, selon Cerqueira, le paradigme multiculturel est basé sur la reconnaissance des droits différenciés des minorités nationales ou ethniques, et il vise à égaliser les conditions actuelles des groupes qui ont souffert de désavantages historiques par rapport aux autres groupes sociaux. Il est à noter que Cerqueira reconnaît que le multiculturalisme a été critiqué par d'autres et que ce paradigme a eu des effets secondaires parfois délétères pour les minorités et peuples autochtones. Voir OIT, *Comprendre la Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989 - Manuel à l'usage des mandants tripartites de l'OIT*, Genève, BIT, 2013 à la p 4; Chris Andersen, *Metis: Race, Recognition, and the Struggle for Indigenous Peoplehood*, University of British Columbia Press, Vancouver, 2014; Donna Lee Van Cott, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 2000.

Cerqueira a par la suite exploré comment le Système interaméricain et les États des Amériques ont également contribué au développement des droits des peuples autochtones au-delà du cadre de compréhension du multiculturalisme canadien. Par exemple, les droits territoriaux et le droit à la consultation et au consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones ont connu des avancées significatives dans ces pays et au sein du SIADH. Cerqueira a conclu en proposant qu'il puisse maintenant être au tour du Canada de s'inspirer de ses voisins du Sud et des institutions interaméricaines afin de mieux reconnaître les droits des peuples autochtones, et ce, tout particulièrement dans le cadre de ses efforts vers une éventuelle réconciliation.

Viviana Krsticevic du Centre pour la justice et le droit international (CEJIL) a par la suite traité de l'impact du Système interaméricain sur la défense des droits humains en Amérique latine. Elle a entamé sa réflexion sur ce système en précisant que celui-ci n'est pas seulement le fruit de quelques traités et institutions, mais plutôt d'un écosystème de personnes, d'expert.es, de défenseur.es de droits humains et d'États qui contribuent conjointement au développement du droit international, ainsi qu'à son évolution constante. Krsticevic a précisé que l'effet qu'a le Système interaméricain diffère dans chaque communauté puisqu'il est dépendant des processus de changements sociaux au sein même de ces communautés. Le Système interaméricain offre des solutions communes, des pistes de réflexions sur des enjeux qui affectent la région ainsi que des outils afin de lutter pour ces changements. Les recherches de Krsticevic l'amènent ainsi à conclure que, si l'exécution de toutes les mesures de réparation d'un jugement de la Cour interaméricaine demeure relativement faible, les jugements de la Cour ont contribué à faire avancer des cas portant sur des situations similaires à l'échelon national dans les pays d'Amérique latine ayant ratifié la Convention. En effet, les jugements ont des impacts sociaux à travers le lien qui se crée entre, d'une part, les échanges juridiques qui ont lieu dans les tribunaux nationaux et à la Cour interaméricaine, et, d'autre part, les mouvements sociaux qui font avancer ces causes et qui ont mis de l'avant les enjeux discutés dans ces instances judiciaires, ou qui ont émergés en raison du processus juridique. Les mouvements sociaux utilisent, par exemple, les décisions et débats judiciaires comme outil afin de faire pression sur les gouvernements⁷⁹.

Dans le cadre de la publication des actes de colloque, Sara Gold (membre de l'équipe SOAA)⁸⁰ a également contribué à la réflexion entamée lors des présentations en posant la question de ré-imaginer, surtout pour les personnes nord-américaines, ce que signifie le fait d'être «Américain.e». Il est avancé, dans sa contribution, qu'une perception hémisphérique du monde par le Canada et les Canadien.nes pourrait mener à approfondir l'engagement envers le Système interaméricain. L'approfondissement de cet engagement, notamment en prenant part à toutes les institutions qui constituent ce système, pourrait contribuer à une meilleure protection des droits des peuples autochtones au Canada en ouvrant des voies supplémentaires pour obtenir justice en cas de violation. Un tel engagement pourrait ainsi avoir pour effet de renforcer l'engagement récent du Canada à se réconcilier avec les peuples autochtones.

Bernard Duhaime (membre de l'équipe SOAA) et Nancy R. Tapias Torrado (chercheuse postdoctorale à l'IEIM de l'UQAM)⁸¹ ont, pour leur part, signé un article sur certaines des contributions du Système interaméricain à l'élaboration de normes juridiques sur les droits humains des filles et des femmes dans les Amériques. Les auteur.es abordent d'abord les évolutions du cadre normatif et institutionnel en réponse à l'attention accrue du Système interaméricain à la situation particulière de vulnérabilité à laquelle sont exposées les femmes, puis ils présentent les principales avancées jurisprudentielles dans trois domaines spécifiques :

79 Pour plus d'information sur l'impact du Système interaméricain sur la revendication des droits humains à l'échelle nationale et régionale, voir Mariela Morales Antoniazzi et Viviana Krsticevic, «NGOs: a critical link to understanding and strengthening compliance of international decisions» dans Rainer Grote, Mariela Morales Antoniazzi et Davide Paris, dir, *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Edward Elgar, Elgar online, 2021 485; Viviana Krsticevic, «El papel de las ONG en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Trámite de los casos ante al Corte Interamericana de Derechos Humanos» dans Antônio Augusto Cançado Trindade, dir, *Memoria del Seminario : El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, 2^ed, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, 407; Camila Barretto Maia et al., dir, *The Inter-American Human Rights System: Changing Times, Ongoing Challenges*, Due Process of Law Foundation, Washington, 2016; Par Engstrom, dir, *The Inter-American Human Rights System Impact Beyond Compliance*, Palgrave Macmillan, London, 2019.

80 Sara Gold n'a pas présenté d'allocation lors du colloque, mais a contribué à un texte à la publication des actes de celui-ci. Voir Sara Gold, «Somos americanos? The potential of the Inter-American Human Rights System for Indigenous justice in Canada» (Hors-série juin 2022) RQDI 163.

81 Bernard Duhaime et Nancy R. Tapias Torrado, «The Inter-American System's recent contributions to the development of women's human rights standards» (2022) Hors-Série -juin RQDI 211.

l'égalité et la non-discrimination, le droit de vivre libres de la violence sous toutes ses formes et les droits sexuels et reproductifs. Pour ce faire, les auteur.es ont procédé à une revue de la jurisprudence pertinente afin de faire ressortir l'état actuel du droit par rapport à ces enjeux, ainsi que certaines situations sur lesquelles la Cour et la Commission se sont penchées.

Duhaime et Tapias soutiennent en conclusion que les décisions récentes de la Commission et de la Cour interaméricaines ont été cruciales afin de répondre aux situations urgentes de violations des droits humains des femmes et des filles dans les Amériques, et ce, en particulier en ce qui concerne la violence et la discrimination endémiques. Le texte vise à démontrer la pertinence que pourrait avoir le Système interaméricain pour répondre à de nombreuses préoccupations importantes en matière de droits de la personne auxquelles sont confrontées les femmes canadiennes aujourd'hui, notamment en ce qui concerne l'égalité et la non-discrimination, la violence à l'égard des femmes et la santé sexuelle et génésique⁸². Les auteur.es ont cherché à fournir de l'information sur les outils qui pourraient être utiles aux luttes pour les droits de ces dernières.

b) Accès à la justice et populations en situation de vulnérabilité

La quête de justice pour les abus des droits humains est souvent l'une des demandes les plus insistantes des victimes et des membres de leur famille, qui réclament que justice soit rendue et que les auteur.es des violations soient tenu.es responsables de leurs actes. Cependant, plusieurs obstacles entravent le chemin vers l'accès à la justice ou du moins, y portent atteinte. C'est particulièrement le cas pour les populations en situation de vulnérabilité qui ont été marginalisées par la société, l'État et ses institutions, pour diverses raisons.

Rachel Hacher (membre de l'équipe SOAA)⁸³ a ouvert le panel sur l'accès à la justice en présentant les résultats de ses recherches sur les « entrepreneurs de la mémoire » au Salvador⁸⁴. Son travail a retracé les luttes qu'il y a eu entre les différents « entrepreneurs de la mémoire » afin de déterminer le sens de la *Loi d'amnistie* de 1993, loi qui octroyait une amnistie complète et inconditionnelle pour tous les crimes commis pendant la guerre civile du Salvador de 1980 à 1992⁸⁵. Hacher définit les « entrepreneurs de la mémoire » comme des acteurs.trices sociaux qui cherchent à convaincre d'autres acteurs.trices d'adopter une vision narrative particulière du passé ou à lui accorder certaines significations. Ces entrepreneurs se séparent principalement en deux catégories au Salvador : les « entrepreneurs de la mémoire » de l'État qui considèrent que la *Loi d'amnistie* permet de tourner la page et d'oublier les événements du passé, et les « entrepreneurs de la mémoire » des droits humains⁸⁶ qui insistent sur l'importance de la mémoire, de la vérité et de la justice tout en ayant milité pendant plusieurs années afin de faire déclarer inconstitutionnelle cette loi.

Les propos de Hacher mettent en exergue deux réalités qui sous-tendent cette construction de la mémoire et, par le fait même, l'accès à la justice en son sens large. Tout d'abord, la nature fragmentée de l'État a comme résultat que les différentes institutions qui le composent véhiculent des visions différentes de la *Loi d'amnistie*, et de la justice transitionnelle. Toutefois, la signification accordée par les « entrepreneurs de la mémoire » de l'État est caractérisée, de façon globale, par leur constance à travers le temps et les changements de partis politiques.

82 Voir par exemple Bernard Duhaime et Josée-Anne Riverin, « Double Discrimination and Equality Rights of Indigenous Women in Quebec » (2010) 65 U Miami L Rev 903; voir aussi Winona Stevenson, « Colonialism and first nations women in Canada » (1999) *Scratching the surface: Canadian anti-racist feminist thought* 49-80; Pamela Palmater, « Shining light on the dark places: Addressing police racism and sexualized violence against Indigenous women and girls in the national inquiry » (2016) 28:2 CQL CJWL 253.

83 Rachel Hatcher, « Amnesty in El Salvador: the long and winding road to justice, truth, and memory » (2022) Hors-Série -juin RQDI, 121.

84 Voir par ex Rachel Hatcher, *The Power of Memory and Violence in Central America*, Cham, Palgrave Macmillan, 2018.

85 El Salvador, Asamblea Legislativa, *Decreto No. 486 de 1993 -Ley de amnistía general para la consolidación de la paz*, Diario Oficial N° 56, Tomo 318, 20 mars 1993, en ligne : UNHCR *Refworld* <<https://www.refworld.org/docid/3e50fd334.html>>.

86 Appelés en anglais *human rights memory entrepreneurs*.

Ces constats s'expliquent en partie par le fait que la situation politique au Salvador empêche que les « entrepreneurs de la mémoire » de l'État, qui seraient prêts à travailler en faveur de la mémoire, de la vérité et de la justice, ne puissent le faire, notamment en raison de la dépendance de l'État aux structures de sécurité mobilisées pour la commission de la majorité des crimes lors de la guerre civile, qui fait obstacle à la responsabilisation de ces mêmes structures. Il est politiquement risqué de le faire.

L'intervention de Juan Pablo Albán Alencastro (Université San Francisco de Quito, Équateur) s'est concentrée, quant à elle, sur la responsabilité des acteurs.trices privé.es pour la commission de graves violations des droits humains. En guise d'introduction, Albán Alencastro a traité des origines de l'attribution de la responsabilité pénale à des acteurs.trices privé.es pour de graves violations des droits humains ainsi que de la situation dans divers pays. Parmi les exemples qui ont été cités apparaissent les procès d'entrepreneurs nazis par le Tribunal militaire international de Nuremberg ainsi que les cas du Brésil, de la Colombie et du Chili. Selon Albán Alencastro, le cas de l'Argentine est l'un des plus intéressants, notamment en raison des progrès les plus significatifs en la matière. À la lumière de l'expérience récente en Argentine depuis 2007, Albán Alencastro met de l'avant cinq éléments clés qui expliquent les résultats atteints en Argentine, soit : la pression sociale et l'intérêt continu pour la justice transitionnelle de la part de la société; les investigations indépendantes quant à la responsabilité des acteurs.trices privé.es par une multitude d'acteurs.trices travaillant conjointement et parallèlement; le travail de journalisme d'investigation; l'utilisation d'une approche multidisciplinaire; et l'utilisation de recours autres que la seule criminalisation des acteurs.trices privé.es afin de chercher leur responsabilisation. L'utilisation de recours civils ou administratifs ainsi que la mobilisation de commissions de vérité ont permis de dénoncer publiquement ces acteurs.trices et leur attribuer d'autres formes de responsabilité que la seule responsabilité pénale. En outre, il appert que la prévention et les actions prises afin d'éviter que ne soient commises de graves violations des droits humains sont évidemment préférables à l'attribution de la responsabilité à ces acteurs.trices privé.es après le fait.

La troisième présentation s'est pour sa part concentrée sur l'EPU, établi en 2006, et sur son utilisation par la société civile au Brésil en tant qu'outil afin d'exercer de la pression sur l'État. Fernanda Brandão Lapa (Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos, Brésil)⁸⁷ a analysé la manière dont la société civile brésilienne a, dès ses débuts, utilisé de façon stratégique ce nouveau mécanisme des Nations Unies afin d'améliorer la situation des droits humains. Dans le cas du Brésil, les situations de violation de droits humains mises en lumière par ce processus portaient principalement sur la situation des peuples autochtones, des migrant.es et des réfugié.es, des membres de la communauté LGBTQI+ et des femmes, ainsi que sur les abus policiers et les questions environnementales. Brandão Lapa a souligné l'importance de la création, en 2017, de la coalition brésilienne de l'EPU⁸⁸ afin de mieux surveiller la situation des droits humains au Brésil, ainsi que de faire le suivi des recommandations adressées à l'État lors des évaluations périodiques précédentes et celle de 2017. Cette coalition s'avère d'autant plus importante considérant les reculs dans la situation des droits humains engendrés par la pandémie de la COVID-19 ainsi que le peu de progrès fait par l'État afin d'atteindre les recommandations qui lui avaient été adressées. Par ailleurs, Brandão Lapa a mis l'accent sur l'importance d'une évaluation par la société civile des mécanismes de consultation employés par les pays participants à l'EPU dans l'élaboration des rapports et la mise en œuvre des recommandations. Selon elle, cette évaluation peut permettre que l'EPU se transforme en un processus social à l'échelon national.

87 Fernanda Brandão Lapa, Suiany Zimmermann Bail, « Monitoring human rights: the experience of the UPR Brazil Coalition » (2022), Hors-Série -juin RQDI 143.

88 Voir Plataforma RPU BR, « O Coletivo RPU », en ligne : <<https://plataformarpu.org.br/o-coletivo-rpu>>.

c) Consultation et consentement des peuples autochtones

Le droit des peuples autochtones d'être consultés est consacré par la *Convention No. 169* de l'OIT, qui a été approuvée par plusieurs pays d'Amérique latine et du monde entier, de même que par la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Néanmoins, les résultats de ce type de consultations ne sont souvent que partiellement mis en œuvre, voire ignorés, de sorte que les peuples autochtones continuent d'être marginalisés. Bien que la *Convention No. 169* n'ait pas été ratifiée par le Canada, les consultations avec les peuples autochtones y sont consacrées en droit national et par la DNUDPA. Les présentations qui ont fait partie de ce troisième panel ont abordé les questions relatives à ces consultations et le rôle accompli par, ou que n'a pu accomplir, le développement de politiques étatiques afin de consulter les peuples autochtones en réponse à la pression exercée par ces derniers afin que soient pleinement reconnus leurs droits.

L'avocate mizkitu Anexa Brendalee Alfred Cunningham⁸⁹ a analysé le cas emblématique, autant pour le Nicaragua que pour le Système interaméricain, de l'*Affaire de la Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c Nicaragua* de 2001⁹⁰. Premier jugement de la Cour interaméricaine sur le droit des peuples autochtones à la propriété de leurs territoires, cette affaire a pour origine la décision du Nicaragua d'accorder une concession pour l'exploitation forestière sur une partie du territoire ancestral de la communauté Awas Tingni. Après avoir résumé les faits en cause dans l'affaire ainsi que la décision rendue par la Cour, Alfred Cunningham a expliqué les développements qui ont eu lieu au Nicaragua depuis la décision de 2001. Elle a notamment traité des succès et des échecs de la Loi 445 adoptée afin de reconnaître la propriété communale des peuples autochtones et afrodescendants⁹¹.

Si cette loi a été le fruit d'un processus de consultation et a permis l'éventuelle reconnaissance des territoires de plusieurs communautés, certaines lacunes persistent dans sa mise en œuvre, dont la question du «*saneamiento*» des terres, c'est-à-dire l'obligation pour l'État de supprimer tout type d'interférence sur le territoire en question, notamment à travers le retrait ou la relocalisation de tiers n'appartenant pas à la communauté, afin que celle-ci puisse jouir de façon pacifique et effective de son droit à la propriété collective sur ses terres⁹².

Alfred Cunningham s'est montrée critique de la décision de la Cour interaméricaine de se dessaisir de l'affaire avant que toutes les mesures de réparations ordonnées par cette dernière n'aient été remplies, le «*saneamiento*» des terres n'ayant pas été accompli. Cependant, elle a souligné l'importance de la décision pour le Système interaméricain et les droits humains en droit international, ainsi que dans la lutte des peuples autochtones de différents pays. L'*Affaire de la Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni* représente un exemple de succès en matière de litige pour les droits des peuples autochtones en plus d'avoir servi et de continuer de servir de socle normatif à l'évolution du droit international.

La contribution de Juan Segundo Pichún-Collonao⁹³ au panel a aussi eu pour sujet l'exploitation des ressources naturelles en territoire autochtone. Il a retracé, dans un premier temps, l'histoire centenaire de la dépossession des territoires autochtones ainsi que la résilience des peuples au sein du territoire aujourd'hui connu comme le Chili.

89 Anexa Brendalee Alfred Cunningham, « Los pueblos indígenas en el sistema interamericano por la defensa de sus territorios: el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) de Awas Tingni vs Nicaragua » (2022) Hors-Série -juin RQDI 71.

90 *Affaire de la Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni* (Nicaragua) (2001), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°79 [Affaire Awas Tingni].

91 Asamblea Nacional de Nicaragua, Ley No. 445, Ley del Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz, La Gaceta No. 16, (23 Jan. 2003), 13 Dec. 2002. Pour plus d'information sur l'adoption de cette loi et son contenu, voir notamment María Luisa Acosta, « La Política del Estado de Nicaragua Sobre las Tierras Indígenas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica », (2003) 33 Wani, 35; Felipe Gómez Isa, « The Decision by the Inter-American Court of Human Rights on the Awas Tingni vs. Nicaragua Case (2001): The Implementation Gap », (2017) 8 Age Human Rts J 73.

92 Au sujet du «*saneamiento*», voir notamment *Affaire Xucuru*, supra note 55 au para 124; *Affaire Punta Piedra*, supra note 55 au para 181.

93 Ruth Vargas-Forman, Juan Segundo Pichún Collonao et Patricia Viera-Bravo, « Pueblo mapuche vs Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: experiencia del lof Temulemu » (2022) Hors-Série -juin RQDI 81.

Par la suite, il a illustré comment l'État chilien a usé de lois antiterroristes afin de réprimer les leaders autochtones et ainsi taire leurs demandes pour la reconnaissance de leur territoire face à leur dépossession, cette dernière souvent causée par l'octroi de concessions pour l'exploitation forestière.

Les propos de Pichún-Collonao se sont centrés principalement sur la lof (communauté) de Temulemu du peuple Mapuche, plus précisément sur l'expérience du lonko (chef) Pascual Pichún, père de l'auteur, et de sept autres leaders autochtones qui ont été condamnés par l'État pour le fait d'être considérés des « terroristes ». À la suite de cette condamnation, les accusés ont porté recours devant le Système interaméricain afin de faire valoir que l'action de l'État avait violé leurs droits humains. Cette affaire, connue comme l'Affaire Lonkos, a abouti devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui a déclaré que le Chili avait violé plusieurs garanties protégées par la *Convention américaine*⁹⁴. La Cour a alors ordonné à l'État d'annuler les peines condamnatoires, ce que l'État a fait. Toutefois, Pichún-Collonao a souligné que cette réparation symbolique n'a pas pu remédier à la douleur vécue par les leaders incarcérés, leurs familles et leur communauté, ni aider à éliminer les stéréotypes dont souffrent les peuples autochtones depuis longtemps lorsque leurs luttes pour défendre leur territoire sont qualifiées de « terrorisme ». En effet, malgré cette décision de la Cour interaméricaine, les leaders autochtones continuent d'être criminalisés et désignés comme étant des « terroristes » en raison de la discrimination judiciaire et du colonialisme juridique qui, affirment-ils, perdure à ce jour.

Nancy R. Tapias Torrado a contribué à la discussion entamée lors de ce panel en signant un article sur les enjeux liés à la criminalisation des défenseurs des droits⁹⁵. Dans son texte, Tapias Torrado explore les implications de ce phénomène comme mécanisme visant à réduire au silence les revendications exprimées par les mouvements autochtones menés par des femmes. Tapias Torrado analyse le lien entre la criminalisation et la résistance à des mégaprojets par des mouvements dont les leaders sont des femmes autochtones. Dans le cadre de son analyse, elle porte une attention particulière au cas de Berta Cáceres et du Conseil d'organisations populaires et autochtones du Honduras (COPINH)⁹⁶.

Tapias Torrado a développé comme cadre d'analyse la « acción trezada » (l'action tressée) afin d'expliquer comment des groupes de personnes marginalisées, et dans ce qui semble être une position d'impuissance, ont réussi à insuffler des changements comportementaux chez certains des acteurs économiques les plus puissants au monde. Le concept d'acción trezada véhicule la notion d'une tresse dont la force et la capacité de résister et de promulguer des changements provient de l'union de quatre facteurs (filaments) : la transformation du pouvoir du territoire en une force de mobilisation, le leadership de femmes autochtones, la mobilisation des droits humains et la présence d'une violation grave aux droits humains. Tapias Torrado a dépeint le travail des femmes leaders autochtones comme celui d'actrices, de protagonistes, qui réussissent parfois à surmonter les mécanismes visant à les taire, la criminalisation en étant un exemple, afin de forcer certaines corporations à agir différemment.

94 *Affaire Norín Catrín et al. (Dirigeants, Membres et Activistes du Peuple Autochtone Mapuche) (Chili)* (2014), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°279.

95 Nancy R Tapias Torrado, « Indigenous women leading the defense of human rights from abuses related to mega-projects: impacting corporate behaviour — overcoming silencing practices » (2022), Hors-Série -juin RQDI 105.

96 Voir par ex Nancy R. Tapias Torrado, « Berta vive, la lucha sigue! Corporate Accountability for Attacks against Human Rights Defenders in Honduras » dans Leigh A. Payne, Laura Bernal-Bermúdez et Gabriel Pereira, dir, *Economic Actors and the Limits of Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2022; Nancy R Tapias Torrado, « Mujeres indígenas liderando la defensa de los derechos humanos frente a los abusos cometidos en el contexto de megaproyectos en América Latina: Una aproximación desde la acción, que trasciende la victimización » (2019) 50:4 LASA Forum 6.

d) Justice transitionnelle et réconciliation

L'Amérique latine est apparue comme un leader dans ce domaine d'action en mettant en place une série de mécanismes innovants devenus le cœur de la justice transitionnelle. Avec la réconciliation comme but ultime, l'adoption de mécanismes de justice transitionnelle est devenue essentielle dans la transition démocratique de pays se relevant de dictatures et de conflits armés, mais aussi de pays, comme le Canada, héritiers d'une longue histoire démocratique certes, mais non sans oppression pour certaines populations. Les présentations dans ce quatrième panel ont cherché à interroger les mécanismes compris par la société civile comme étant la clé pour cheminer vers la justice transitionnelle et accueillir la réconciliation.

La présentation de Juan Méndez (Washington College of Law, American University, États-Unis)⁹⁷ a offert une vue d'ensemble des origines et du développement de ce que nous appelons aujourd'hui la justice transitionnelle. Son intervention a mis l'accent sur le processus social et juridique de la justice transitionnelle afin de démontrer l'équilibre fragile qui existe entre ces deux processus lors de transitions vers un régime démocratique. Méndez a aussi mis en garde son auditoire contre les tentatives d'imposer la réconciliation du haut vers le bas. Il a souligné que, lorsque la réconciliation émane d'autorités en position de pouvoir et qu'elle est imposée à la population, la ligne entre impunité et réconciliation devient mince. Pour Méndez, la réconciliation n'est positive que lorsqu'elle résulte de processus de vérité et de justice, et de mesures de réparations et de non-répétition, exécutés de bonne foi et avec diligence au maximum des capacités de la société et de l'État. Malgré certains développements négatifs dans les dernières années, Méndez demeure optimiste face aux processus de justice transitionnelle puisque ces processus évoluent de façon constante et que les personnes qui peuplent les Amériques n'ont pas cessé, jusqu'à ce jour, de lutter pour leurs droits.

Sol Ana Hourcade (Centro de Estudios Legales y Sociales, Argentine) a, quant à elle, discuté de la perception du concept de réconciliation en Argentine afin de faire ressortir les raisons pour lesquelles celui-ci est perçu négativement dans ce pays. Elle a d'abord présenté un panorama de l'histoire récente de l'Argentine en matière de justice transitionnelle, notamment de l'importance du Système interaméricain pour repousser les barrières rencontrées en droit interne, avant de conclure en discutant de la notion même de réconciliation. Selon Hourcade, la notion de réconciliation, dans le contexte argentin, a été utilisée comme synonyme des notions de silence, d'amnistie et d'impunité. La réconciliation a ainsi été conçue comme antinomique des notions de vérité et de justice. De ce fait, Hourcade conclut en signalant l'importance de la justice et de la vérité dans tout processus de justice transitionnelle ainsi que le jugement des responsables des crimes commis pendant la dictature.

Luz Marina Monzón Cifuentes⁹⁸, directrice de l'Unité pour la recherche des personnes considérées comme disparues (URPD) de la Colombie⁹⁹, s'appuie sur la riche histoire de la justice transitionnelle afin d'aborder la recherche de la paix en Colombie après un demi-siècle de guerre civile. Sa contribution a examiné le rôle de l'URPD, qui a été instaurée comme composante du Système intégral de vérité, justice, réparation et non-répétition à la suite de la signature des accords de paix. L'URPD a pour particularité d'être la première institution officielle à remplir simultanément le rôle de recherche active des personnes disparues et d'éclaircissement des faits entourant leur disparition. En Colombie, plus de 80 000 personnes sont enregistrées comme disparues, résultat du conflit armé entre 1958 et 2017¹⁰⁰.

97 Juan E. Méndez et Stéfan Dyck (collaborateur), « Memoria, verdad y justicia: situación y perspectivas » (2022) Hors-Série -juin RQDI 27.

98 Luz Marina Monzón Cifuentes et Simon Pierre Boulanger Martel (collaborateur), « La búsqueda de los desaparecidos y la construcción de paz en Colombia » (2022) Hors-Série -juin RQDI 41.

99 Le nom en espagnol de l'unité est la *Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas* (UBPD). Pour plus d'information sur cette unité, voir UBPD – Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, « Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas », en ligne : <<https://ubpdbusquedadesaparecidos.co/>>.

100 En Colombie, au moins 80 000 personnes sont portées disparues. La Commission de la vérité mise en place par les Accords de paix reconnaît par exemple qu'il y a environ 100 000 personnes portées disparues. Voir par ex Centro Nacional de Memoria Histórica, « Lo que sabemos de los desaparecidos en Colombia », en ligne : <<https://www.centrodememorialhistorica.gov.co/micrositios/balances-jep/desaparicion.html>>; Comisión de la Verdad, « Reconocemos la búsqueda de más de 100 000 desaparecidos en Colombia », en ligne : <<https://comisiondelaverdad.co/actualidad/noticias/reconocemos-la-busqueda-de-mas-de-100-000-desaparecidos-en-colombia>>.

Pour Monzón Cifuentes, la création de l'URPD constitue une reconnaissance importante, de la part de l'État colombien, de son incapacité à traiter de l'enjeu des personnes portées disparues. De fait, cette reconnaissance contraste avec le refus de l'État, jusqu'en 2000, d'admettre l'existence de disparitions forcées en Colombie pendant le conflit armé. Elle revêt une importance particulière puisqu'il s'agit d'une composante essentielle à tout processus de justice transitionnelle et de consolidation de la paix, et constitue par ailleurs une réponse aux demandes légitimes des victimes. Selon Monzón Cifuentes, l'URPD contribue à reconstruire la confiance envers les institutions publiques, ainsi que leur légitimité; elle participe au renforcement de l'État de droit recherché par le processus de justice transitionnelle. Comme mentionné par la panéliste, la signature d'un accord de paix n'est pas suffisante pour garantir une paix durable. Les différentes parties impliquées doivent s'engager à respecter l'accord, et celui-ci doit s'attaquer aux problèmes structurels à l'origine de la violence.

La présentation de Cynthia Milton (Université de Montréal) a débuté en sommant la communauté civile, et plus particulièrement le personnel académique, de préparer une nouvelle génération de chercheurs.ses et de mettre de l'avant une culture de l'histoire afin de lutter contre le révisionnisme historique, les mouvements « incivils »¹⁰¹ autocratiques, ainsi que la montée de gouvernements populistes. Elle a ensuite procédé à l'exposé de ses recherches sur le Pérou ainsi que sur le concept de contre-mémoire¹⁰². Pour Milton, la « contre-mémoire » consiste en l'utilisation, par la société « incivile », les militaires et l'élite politique, des mêmes tactiques de la mémoire que celles utilisées par les mouvements de droits humains dans la (re)construction de la mémoire, mais avec pour but de contrecarrer le discours historique défendu par ces mêmes groupes de défense des droits humains. Au Pérou, les militaires ont utilisé divers mécanismes d'influence culturelle afin d'agir sur la perception que le public avait de leur participation aux crimes commis. Ils ont par exemple assis leur communication sur les œuvres de cinémas et l'ouverture de musée et d'espaces publics à la mémoire des soldats. L'exemple des « livres de la mémoire militaire », c'est-à-dire d'ouvrages rédigés par des militaires afin de raconter leur version du « passé », illustre comment ces acteurs.trices ont réussi à accaparer un espace culturel pour véhiculer leur version de « l'histoire ». Ces œuvres de « contre-mémoire », souvent gratuites en raison d'investissements économiques notables, n'ont pas pour fin de promulguer l'oubli ni, à l'instar des mouvements de droits humains, l'action sociale. Elles cherchent plutôt à condamner moralement, ce qui est perçu par les auteur.es comme de l'ingratitude de la part de l'État péruvien à l'égard des « sacrifices » qu'ont faits les militaires, de même que les poursuites judiciaires menées à leur rencontre. Ces œuvres de « contre-mémoire » visent à corriger ce qu'ils perçoivent comme l'injustice d'avoir gagné sur le terrain militaire, mais perdu sur le terrain politique.

Enfin, José Antonio Guevara Bermúdez (Comisión mexicana de defensa y promoción de los derechos humanos au Mexique)¹⁰³ a dépeint, pour sa part, un portrait sombre de la situation passée et actuelle des droits humains au Mexique et du contexte qui a permis la perpétration de violations massives des droits humains. Pour Guevara Bermúdez, le contexte au Mexique post-2006¹⁰⁴ se caractérise par une situation qui peut être qualifiée de conflit armé non international puisque les deux conditions d'application du régime du droit de la guerre sont remplies : le niveau d'organisation des groupes armés et l'intensité des affrontements entre ces groupes atteignant les seuils requis par le droit international humanitaire. Cette caractérisation du conflit permet de mettre en lumière le fait que les actions commises par les acteurs.trices du conflit constituent des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre en vertu du droit international humanitaire et du droit international des droits humains.

101 En anglais *uncivil societies*.

102 Voir par ex Cynthia E Milton, *Art from a Fractured Past: Memory and Truth-Telling in Post-Shining Path Peru*, Durham, Duke University Press, 2014; Cynthia E Milton, *Conflicted Memory: Military Cultural Interventions and the Human Rights Era in Peru*, Madison, University of Wisconsin Press, 2018.

103 José Antonio Guevara Bermúdez, « Los crímenes atroces cometidos en México en el marco de la guerra contra las drogas y la justicia transicional como respuesta » (2022), Hors-Série -juin RQDI 51.

104 En 2006, le président Felipe fut élu comme président du Mexique. À la suite de sa nomination à la tête du gouvernement fédéral mexicain, il a déclaré la guerre contre le narcotrafic. Cette guerre perdue à ce jour et elle a résulté dans le déploiement de milliers de soldats et de nombreuses violations graves des droits humains. Voir Amaya Ordorika Imaz, José Antonio Guevara Bermúdez et Olga Guzmán Vergara, *El costo social de la guerra contra las drogas en México: militarización y vulneración sistemática de los derechos humanos*, Ubijus-Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos-Universidad Autónoma de Tlaxcala, México 2018; Ana Lucía Juárez, Jorge Luis Amaya Lule et Marion Rouillé Saba, *Huellas imborrables: desapariciones, torturas y asesinatos por instituciones de seguridad en México (2006-2017)*, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, México, 2018.

Pour Guevara Bermúdez, reconnaître ces actes comme constituant de graves violations des droits humains et du droit humanitaire permet d'exiger des autorités des réponses d'envergure sur le plan de la vérité, de la justice et des réparations, c'est-à-dire la mise en place d'une politique de justice transitionnelle efficace en réponse à ces violations dans le contexte d'un conflit armé non international.

Guevara Bermúdez a par ailleurs souligné qu'au Mexique, les organisations de droits humains sont critiques des mécanismes de justice transitionnelle qui ont été mis en place jusqu'à présent puisque ceux-ci se sont avérés incapables de répondre aux exigences d'impartialité et d'indépendance de la société en plus de ne pouvoir remplir efficacement leurs fonctions d'éclaircissement des faits, de sanction des acteurs responsables et de réparation des victimes¹⁰⁵. Un des problèmes majeurs relevés par les organisations de droits humains est que les institutions de l'État s'avèrent, dans leur état actuel, incapables de mettre en œuvre de véritables mécanismes de justice transitionnelle, et ce, en raison du profil des fonctionnaires les composant ainsi que des outils à leur disposition. Pour Guevara Bermúdez, il est nécessaire qu'une politique de justice transitionnelle soit mise en place, et pas seulement certains mécanismes ou initiatives sporadiques. Cette politique devrait, en outre, tenir compte du fait que le régime fédéral fragmente la vérité, ce qui peut générer des territoires d'impunité et une disparité dans le respect et la garantie des droits des victimes. Elle devrait aussi promouvoir des processus de justice sélectifs basés sur des critères politiques. Seule une politique globale de vérité, de justice, de réparations et de garanties de non-répétition intégrant des éléments institutionnels et procéduraux nationaux et internationaux pourrait garantir les droits des victimes au Mexique. Il propose, par exemple, une réforme au bureau du procureur général, des mécanismes nationaux de lutte contre l'impunité, l'établissement d'une commission nationale de vérité, l'instauration de programmes de réparations administratives et la reconnaissance de la compétence de la Cour pénale internationale pour juger les cas qui ne seront pas traités par les tribunaux nationaux.

105 À cet effet, Guevara Bermúdez cite comme exemple de mécanismes mis en place et qui ont, selon lui, échoué : la création d'un procureur spécialisé afin de faire enquête sur les faits ayant eu lieu pendant la guerre, la création d'un groupe de travail sur la création d'un mécanisme administratif de justice, et la création d'une commission gouvernementale chargée de soutenir l'enquête sur la disparition forcée de 43 étudiant.es de l'école normale Isidro Burgos à Ayotzinapa.

4. LES DROITS HUMAINS ET LE CANADA

a) Droits humains : normes, institutions et expérience nationale au Canada

Le Canada dispose d'instruments juridiques visant à protéger les droits fondamentaux. Dans la présente section, nous procéderons à un survol des obligations qui incombent à l'État afin d'assurer la protection des Canadiens. Nous présenterons ensuite les mécanismes disponibles pour dénoncer les violations des droits fondamentaux au Canada. Il sera ensuite question des processus de ratification ou d'adhésion du Canada à des instruments internationaux de protection des droits humains.

Dans cette partie, nous présenterons les instruments nationaux protégeant les droits humains (i) ainsi que leurs mécanismes de protection et de mise en œuvre (ii). Un rapide tour d'horizon des ministères et des entités responsables en matière de droit international (iii) précédera un exposé des processus de négociation, de signature de ratification et d'adoption des traités dans l'ordre interne (iv). Enfin, la dernière partie traitera des enjeux du respect par le Canada de ses obligations en droit international des droits humains, qu'il s'agisse de la préparation des rapports ou des litiges en matière de droits humains (v).

i. Instruments nationaux¹⁰⁶

Les droits humains au Canada sont protégés par les lois fédérales, provinciales et territoriales, influencées en partie par la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948.

La *Constitution canadienne* réaffirme les principes fondamentaux d'un gouvernement démocratique fédéral et les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* contenue dans la première partie de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁰⁷, le principal instrument de protection des droits de la personne au Canada.

La *Charte* garantit à toute personne le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne (article 7), le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités (article 12), de même que quatre libertés fondamentales : a) la liberté de conscience et de religion; b) la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication; c) la liberté de réunion pacifique; et d) la liberté d'association (article 2).

Elle prévoit également le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir (article 6.1) pour tout.e citoyen.e canadien.ne, alors que le droit à la liberté de circulation et le droit d'établissement sont garantis pour tout citoyen.e canadien.ne ou tout.e résident.e permanent.e (article 6.2).

Comme la plupart des instruments semblables ailleurs au monde, la *Charte* assure à toute personne une série de garanties judiciaires dont la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (article 8) et contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires (article 9).

De même, en cas d'arrestation ou de détention, elle assure à chacun.e le droit d'être informé.e dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention, le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un.e avocat.e et d'être informé.e de ce droit et le droit de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération (article 10).

¹⁰⁶ Voir généralement Bernard Duhaime, Pierre-Gilles Bélanger, Pierre Foucher and Nelson Ovall, «Canada» dans , Claudio Nash, Constanza Núñez, Natalia Morales, Marie-Christine Fuchs, dir, *Constitución y estado de derecho, Experiencias comparadas*, Konrad-Adenauer-Stiftung & Tirant lo Blanch, Bogota, 2021, aux pp 207-250.

¹⁰⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, ch. 11 [*Charte*].

Par ailleurs, la *Charte* assure à tout.e inculpé.e le droit a) d'être informé.e sans délai de l'infraction précise qu'on lui reproche; b) d'être jugé.e dans un délai raisonnable; c) de ne pas être contraint.e de témoigner contre soi-même dans toute poursuite intentée contre lui/elle pour l'infraction qu'on lui reproche; d) d'être présumé.e innocent.e tant qu'il/elle n'est pas déclaré.e coupable conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable; e) de ne pas être privé.e sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable; f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il/elle est accusé.e est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave; g) de ne pas être déclaré.e coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations; h) d'une part de ne pas être jugé.e de nouveau pour une infraction dont il/elle a été définitivement acquitté.e, d'autre part de ne pas être jugé.e ni puni.e de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré.e coupable et puni.e; i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il/elle est déclaré.e coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la peine (article 11). Enfin, lors de procédures judiciaires, la *Charte* garantit le droit de chacun.e qu'aucun témoignage incriminant qu'il/elle donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires (article 13) et le droit à l'assistance d'un interprète lorsqu'en tant que partie ou témoin, il/elle ne peut suivre les procédures, soit parce qu'il/elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée, soit parce qu'il/elle est atteint.e de surdité (article 14).

La pierre angulaire de la *Charte* est sans nul doute le droit à l'égalité, prévu à l'article 15, garantissant que la loi s'applique également à tous.tes, et que tous.tes ont droit à la même protection et au même bénéfice de celle-ci, indépendamment de toute discrimination. Les motifs de discrimination interdits par la *Charte* sont notamment la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. La *Charte* autorise cependant les initiatives de discrimination positive visant à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait des motifs précités. Il s'agit d'un droit à l'égalité matérielle et non formelle¹⁰⁸.

Sur le plan des principes démocratiques, la *Charte* prévoit le droit de voter et de se faire  lire lors d'élections fédérales ou provinciales (article 3.1) et limite le mandat de la Chambre des communes et des assemblées législatives provinciales à cinq ans, sauf en cas de guerre, d'invasion ou d'insurrection (article 3.2 et 3.3).

Enfin, la *Charte* contient diverses dispositions sur les langues officielles (articles 16 à 22) et sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité (article 23). Les autres droits, plus communément qualifiés d'économiques, sociaux et culturels, ne sont pas prévus expressément par la *Charte*. Certaines tentatives visant à faire reconnaître que certains de ces droits sont implicitement contenus à même les droits civils et politiques garantis par la *Charte* n'ont pas porté fruit¹⁰⁹.

Il est à noter que la *Charte* ne protège les personnes, les citoyen.nes, les accusé.es ou les inculpé.es que contre les actions des agent.es de l'état et non pas contre celles des personnes privées. Elle s'applique tant au gouvernement fédéral qu'aux gouvernements provinciaux (article 32). Elle s'applique à toutes les mesures gouvernementales, et donc aux législatures provinciales et au Parlement, ainsi qu'à toutes les activités découlant de leur autorité.

108 *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 SCR 143.

109 Voir par exemple *Gosselin c Québec (Procureur général)* [2002] 4 RCS 429, où l'on avait tenté de faire reconnaître certains aspects du droit à la sécurité sociale comme étant contenu dans le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne (article 7).

La *Charte* prévoit que les droits qu'elle garantit peuvent « être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » (article 1). La Cour Suprême du Canada a établi que, pour qu'une telle restriction soit valable, le gouvernement doit établir que la loi est importante et nécessaire et qu'elle a un objectif à la fois urgent et réel. La mesure et son effet doivent également être proportionnels, c'est-à-dire que la mesure doit être rationnellement liée à l'objectif poursuivi et porter atteinte le moins possible au droit visé¹¹⁰.

Sur le plan des recours, en plus du droit d'*habeas corpus* mentionné précédemment (article 10), la *Charte* prévoit que toute personne, victime de violation ou de négation de ces droits, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir réparation (article 24)¹¹¹. Pour ce faire, il existe une panoplie de recours¹¹², y compris une action en déclaration d'invalidité en vertu de l'article 52 de Loi de 1982 sur le Canada¹¹³ et le recours en dommages intérêts en cas de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir¹¹⁴. Par ailleurs, en cas d'affaire criminelle, les tribunaux ont la possibilité de déclarer une loi invalide ou contraire à la *Charte*¹¹⁵.

En ce qui concerne les peuples autochtones du Canada, le fait que la *Charte* garantisse certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — de ces peuples (article 25 de la *Charte*). À cet égard, l'article 35 la Loi de 1982 sur le Canada garantit les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada (« Indiens, Inuit et Métis »). Sont ainsi garantis les droits ancestraux, c'est-à-dire les pratiques, les traditions et les coutumes qui caractérisent la culture unique de chaque première nation et qui étaient exercées avant l'arrivée des Européens (par exemple le droit de cueillette, le droit de piégeage, le droit de chasse, le droit de pêche, le droit d'exploiter une ressource naturelle présente sur le territoire, etc.)¹¹⁶. Ces droits doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante. De plus, ils ne peuvent être exercés que si la personne qui le revendique appartient à une telle communauté, sur le fondement de ses origines ancestrales¹¹⁷. Bien que le droit ne puisse pas être détenu par un.e Autochtone en particulier¹¹⁸, cela ne signifie pas que seules les communautés puissent les exercer puisque certains, tels que le droit de chasse et de pêche, peuvent être exercés à titre individuel¹¹⁹. Une forme de droit ancestral est le titre ancestral, qui est un droit au territoire lui-même et comprend celui d'utiliser le territoire détenu en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive¹²⁰.

Il comprend également « le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive »¹²¹. Pour sa part, l'article 25 de la *Charte canadienne* fait état non seulement des mêmes droits ancestraux et issus de traités, mais aussi d'autres droits ou libertés sans les expliciter.

110 *R c Onkes*, [1986] 1 SCR 103 [Oakes].

111 Voir aussi *Schachter c Canada*, [1992] 2 SCR 679. À propos des réparations voir généralement Gouvernement du Canada, Chartepédia - Paragraphe 24(1) Réparations en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/check/art241.html>>

112 Voir notamment *Vancouver (Ville) c Ward*, [2010] 2 RCS 28.

113 *Ontario (P.G.) c G*, 2020 SCC 38.

114 *Mackin c Nouveau Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13; *Rice c Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13.

115 Voir par ex R. c *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 295.

116 Voir par ex *Sparrow*, *supra* note 56.

117 *R c Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 RCS 207 au para 24.

118 *Delgamuukw*, *supra* note 56 au para 115.

119 *Behn c Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, [2013] 2 RCS 227 au para 33.

120 *Delgamuukw*, *supra* note 56.

121 *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 RCS 256, [Tsilhqot'in].

Cet article sert surtout à confirmer que les autres dispositions de la *Charte canadienne* ne portent pas atteinte aux droits et libertés des peuples autochtones du Canada. Cet article dispose aussi que, parmi les droits ou libertés «ancestraux, issus de traités ou autres», se trouvent les droits ou libertés reconnus par la *Proclamation Royale du 7 octobre 1763* et les autres droits ou libertés acquis par règlement des revendications territoriales.

Aucune disposition constitutionnelle spécifique n'aborde explicitement la hiérarchie des normes entre le droit international et le droit canadien, y compris en ce qui a trait aux droits humains. Comme la plupart des autres anciennes colonies britanniques, le Canada est un pays dualiste.

Ainsi,

dans les pays constituant l'Empire britannique, il y a une règle bien établie qui veut que la conclusion d'un traité soit un acte qui relève de l'exécutif, tandis que l'exécution de ses obligations, si elles entraînent une modification aux lois du pays, exige l'intervention du pouvoir législatif. Contrairement à ce qui a lieu ailleurs, les stipulations d'un traité dûment ratifié n'ont pas dans l'Empire, en vertu de ce traité même, force de loi. Si l'Exécutif national, le gouvernement du jour, décide d'assumer les obligations d'un traité qui entraînent des modifications aux lois existantes, il doit demander au Parlement son assentiment, toujours aléatoire, aux modifications proposées¹²².

Ceci étant dit, les tribunaux canadiens sont invités à présumer que le droit canadien est compatible avec les normes de droit international ratifiées par le Canada ou le droit international coutumier¹²³, en particulier avec les normes de droit international des droits humains¹²⁴. Par ailleurs, les normes reconnues de droit international coutumier sont généralement considérées comme faisant partie de la *common law* canadienne et peuvent donc trouver application dans les juridictions internes du Canada¹²⁵.

Il est à noter qu'en plus de la Charte, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹²⁶ protège toute personne contre la discrimination basée sur la race; l'origine ethnique ou nationale; la couleur; la religion; l'âge; le sexe (comprenant la grossesse ou l'accouchement); l'orientation sexuelle; l'identité ou l'expression de genre; l'état matrimonial; la situation de famille; les caractéristiques génétiques; la déficience (comprenant les déficiences mentales ou physiques, le défigurement et la dépendance à l'alcool ou la drogue) et l'état de personne graciée. Les personnes victimes de telle discrimination par des agent.es de l'État de la juridiction fédérale (y compris le gouvernement fédéral, les gouvernements des Premières Nations, les entreprises privées réglementées par le gouvernement fédéral) peuvent présenter des recours à la Commission canadienne des droits de la personne puis au Tribunal canadien des droits de la personne, tel que décrit ci-après.

Cette loi a été précédée de la Déclaration canadienne des droits de la personne¹²⁷, adoptée en 1960. Celle-ci, encore en vigueur, est la première loi fédérale établissant de façon formelle les droits fondamentaux des Canadien.nes et s'applique aux lois et politiques du gouvernement fédéral. Elle énonce plusieurs des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et d'autres lois fédérales, provinciales et territoriales dans le domaine des droits de la personne (dont le droit à l'égalité, aux garanties juridiques, à la liberté de religion, d'expression et d'association).

122 *P.G. du Canada c P.G. de l'Ontario*, [1937] AC 326.

123 Voir par ex *National Corn Growers Assn. c Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 RCS 1324.

124 *Baker*, supra note 71.

125 Voir par ex *Nevsun Resources Ltd. c Araya et al.*, [2020] RCS 5.

126 *Loi canadienne*, supra note 32.

127 *Déclaration canadienne des droits*, LRC 1960, c 44 [Déclaration canadienne].

Toutes les provinces ont également adopté des lois assurant le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux, ainsi que la possibilité de présenter des recours devant des institutions quasi judiciaires ou judiciaires provinciales pour en garantir le respect¹²⁸. C'est le cas dans la province de Québec par exemple, qui dispose de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*¹²⁹ d'une Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et d'un Tribunal des droits de la personne.

ii. *Mécanismes de protection et mise en œuvre*

Cette partie présente les différents recours et identifie certaines lacunes en matière de protection et mise en œuvre des droits énumérés antérieurement. Il y est notamment soulevé la question des lacunes en matière de recours simples et effectifs en cas de violation de droits de la personne. En l'absence d'instance centrale portant sur la question des droits de la personne, ce sont les tribunaux qui sont saisis de toutes les questions relatives aux droits de la personne prévus par la *Charte canadienne*. Or, cela a pour effet que les enjeux de droits de la personne sont traités au cas par cas. Une seule exception est prévue : lorsqu'il est question de discrimination aux termes de la Loi canadienne, les instances compétentes sont la Commission canadienne des droits et libertés ainsi que le Tribunal canadien des droits et libertés. Également, il n'existe pas d'interlocuteur centralisé qui serait consulté dans la ratification de traités portant sur les droits humains, ce dont il sera question plus loin dans cette section.

- *Les recours de la Loi canadienne*

Dans le cas d'une violation d'un droit prévu par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, celle-là peut donner lieu à un recours à la Commission canadienne des droits de la personne et au Tribunal canadien des droits de la personne. Il s'agit de deux entités distinctes et indépendantes, compétentes uniquement en matière de discrimination aux termes de la Loi canadienne. Elles disposent également uniquement d'une compétence fédérale et protègent donc les personnes dont la plainte en matière de droits de la personne vise un employeur ou un service réglementé par le gouvernement fédéral.

128 Ces institutions incluent la Alberta Human Rights Commission, le BC Human Rights Tribunal, la Commission des droits de la personne de l'Île-du-Prince-Édouard, la Commission des droits de la personne du Manitoba, la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, la Commission ontarienne des droits de la personne, la Newfoundland and Labrador Human Rights Commission, la Northwest Territories Human Rights Commission, la Nova Scotia Human Rights Commission, la Saskatchewan Human Rights Commission, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, le Tribunal des droits de la personne du Nunavut et la Yukon Human Rights Commission.

129 *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12.

	MANDAT	FONCTION
Commission canadienne des droits de la personne	<p>Porte d'entrée pour déposer une plainte pour discrimination aux termes de la <i>Loi canadienne sur les droits de la personne</i>;</p> <p>Enquête sur les plaintes de discrimination, qu'elle renvoie au Tribunal canadien des droits de la personne pour instruire la plainte si elle est convaincue que l'instruction est justifiée et si la plainte ne peut pas être réglée au moyen de ses procédures et règlements;</p> <p>Aide les parties à régler les plaintes de discrimination;</p> <p>Examine les programmes, politiques et lois susceptibles de porter atteinte aux droits des groupes désignés (les femmes, les Autochtones, les minorités visibles et les personnes en situation de handicaps);</p> <p>Met en œuvre des programmes d'information destinés à sensibiliser le public à la <i>Loi canadienne</i> ainsi qu'au rôle et aux activités de la Commission canadienne; et</p> <p>Effectue des vérifications auprès d'employeurs pour s'assurer qu'ils se conforment à la <i>Loi sur l'équité en matière d'emploi</i>.</p>	<p>Réalise des études sur certaines questions concernant les droits de la personne;</p> <p>Produit un rapport annuel qui passe en revue les principaux enjeux; et</p> <p>Met des outils et des ressources à la disposition des employeurs fédéraux afin de les aider à susciter une culture durable des droits de la personne dans leur milieu de travail.</p>
Tribunal canadien des droits de la personne	<p>Peut seulement traiter les causes que la Commission lui a soumis.</p> <p>Agit comme une Cour mais il n'instruit que les causes portant sur la discrimination.</p>	<p>Est saisi d'éléments de preuve et entend des témoins relativement à des plaintes de discrimination aux termes de la <i>Loi Canadienne</i>. Il peut adopter des décisions judiciaires;</p> <p>Le cas échéant, détermine la mesure de redressement appropriée (ordonner des réparations, octroyer des dommages et intérêts, rejeter les plaintes en question); et</p> <p>Il est possible d'appeler de cette décision devant un tribunal de révision ou la Cour fédérale du Canada et, en dernier recours, la Cour suprême du Canada.</p>

- *Les recours de la Charte canadienne des droits et libertés*

La législation canadienne suit la tradition juridique anglo-américaine et n'assigne donc pas de cour spécialisée pour les litiges de violation de droits et libertés, ou les questions constitutionnelles, relevant de la *Charte*.

Le pouvoir de trancher une question relative à la *Charte canadienne* dépend de la structure judiciaire d'avant l'adoption de celle-ci en 1982. Pour accorder une réparation en vertu de l'article 24(1) de la *Charte*, la cour ou le tribunal administratif doit avoir une compétence indépendante de la *Charte* sur les parties, l'objet et la réparation¹³⁰. Les contentieux liés à la *Charte canadienne* sont donc soulevés dans un contexte factuel spécifique et sont décidés au travers d'un litige concret entre deux parties¹³¹. Les recours en cas de violation de droits de la personne prévus par la *Charte canadienne des droits et libertés* sont indiqués à l'article 24(1), qui dispose que « [t]oute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ».

La *Charte canadienne* reconnaît que les droits et libertés qu'elle protège peuvent être limités, dans certains cas. En effet, les lois fédérales ou provinciales peuvent restreindre les droits fondamentaux, mais seulement si le gouvernement à l'origine de ces lois peut démontrer que cette restriction est raisonnable, prévue par la loi, et peut être justifiée dans une société libre et démocratique (article 1). Les tribunaux canadiens ont le pouvoir d'examiner les actions gouvernementales et les lois afin de déterminer de leur conformité avec la Constitution, et s'ils concluent à une atteinte, c'est au gouvernement à l'origine des actions ou de la loi de démontrer que celles-ci sont justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Si les tribunaux n'en sont pas convaincus, ils peuvent alors attribuer une réparation à la personne atteinte par cette restriction. Dans l'affaire *R c Oakes*, la Cour suprême du Canada a établi un critère conforme à cet article afin de déterminer si l'on pouvait justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte canadienne*. Il s'agit, en réalité, du cumul de plusieurs critères, soit le critère de l'objectif urgent et réel; le critère de la proportionnalité; l'existence d'un lien rationnel entre la mesure adoptée et l'objectif recherché; le caractère minimal de l'atteinte; la proportionnalité des effets négatifs de la mesure contestée par rapport à l'importance du but poursuivi et la proportionnalité des effets négatifs par rapport aux effets positifs¹³².

Les affaires constitutionnelles de violation des droits de la personne suivent pratiquement le même chemin et la même procédure que les autres litiges à la différence que certains groupes de défense des droits et certaines associations civiles peuvent intervenir dans de tels procès en démontrant qu'elles ont un intérêt à agir¹³³, et peuvent demander que la Cour publie des articles et rapports écrits¹³⁴.

Une exception à cette règle, selon laquelle les litiges sont entendus durant un procès ordinaire, est prévue par la *Loi sur la Cour suprême*¹³⁵. Cette dernière prévoit que le gouvernement fédéral¹³⁶ peut référer directement à la Cour des questions de droit ou des faits qui concernent l'interprétation de la *Constitution* ou des questions concernant la constitutionnalité ou l'interprétation des législations fédérale et provinciales. Il y a une législation similaire dans chaque province concernant les cours d'appel provinciales. Même si on observe une ouverture de la part des tribunaux canadiens, un.e citoyen.ne ne peut pas faire de telle intervention.

130 *Mills v The Queen*, (1986), [1986] 1 SCR 863; *R v 974649 Ontario Inc.*, (2001), 2001 SCC 81, [2001] 3 SCR 575.

131 Robert J Sharpe et Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, 4^e éd, Toronto, Irwin Law, 2009 à la p 112.

132 *Oakes*, *supra* note 110.

133 Il faut pour cela qu'elles démontrent avoir un intérêt sérieux sur la question et qu'elles aient une perspective différente de celle qui va être amenée par les parties au litige.

134 Sharpe et Roach, *supra* note 131 à la p 114.

135 *Loi sur la Cour suprême*, LRC 1985, c S-26, art 53.

136 Cette compétence appartient plus précisément au gouverneur en conseil.

Il est cependant possible de faire une «action déclaratoire», processus dans lequel aucune réparation n'est recherchée, autre que de faire reconnaître qu'une disposition est contraire à la Constitution¹³⁷. Certaines conditions sont nécessaires afin de se prévaloir de ce droit¹³⁸. Il faut tout d'abord que l'affaire soulève un problème juridique sérieux. Ensuite, il faut que la personne se prévalant de ce droit ait un véritable intérêt à soulever cet enjeu. Enfin, il faut démontrer que le moyen choisi est raisonnable, ce dernier critère ayant été assoupli grâce à l'arrêt de la Cour suprême *Downtown Eastside*¹³⁹.

Il est à noter que ces recours ne sont effectués que dans le cadre de litiges entre particuliers et gouvernements. Pour les litiges entre particuliers, relevant de violations des droits et libertés, les recours et instances devant lesquels mener ceux-ci sont prévus par les chartes provinciales. Au Québec par exemple, la *Charte québécoise des droits et libertés* prévoit la possibilité de présenter des recours à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Comme son homologue fédérale, elle n'a compétence que pour les questions de discrimination.

Suite à ces derniers développements, le problème de l'accès à la justice et de la justice simple et effective en matière de droits humains se dessine. En effet, il ne semble pas exister de recours simple en matière de violation de droits de la personne au Canada. Outre les questions de discrimination, la protection des autres droits et libertés est faite au cas par cas, devant les tribunaux civils et administratifs¹⁴⁰.

À titre d'exemple, nous pouvons citer l'arrêt *Jordan*¹⁴¹ traitant de manière empirique une problématique d'accès à la justice¹⁴². Cependant, la règle identifiée à la suite de cette affaire prend effet uniquement dans le cadre des questions pénales et criminelles. Les tribunaux administratifs ne sont donc pas concernés. Bien que le principe d'une justice accessible dans un temps raisonnable vaille toujours, peu importe le tribunal en cause, il n'existe pas de mécanisme général pour faire respecter ce droit.

Certaines autres lois et procédures parallèles aux commissions canadiennes et provinciales existent, mais celles-ci sont peu nombreuses et très spécifiques. On peut donner en exemple la question de la protection contre les «procès bâillons». Ces poursuites judiciaires pour diffamation entreprises contre des individus ou organismes qui défendent les droits humains, engagés dans l'espace public dans le contexte de débats mettant en cause des enjeux collectifs¹⁴³, visent à limiter l'étendue de la liberté d'expression de ces derniers et à neutraliser leur action par le recours aux tribunaux. Le gouvernement du Québec avait alors adopté, en juin 2009, une loi contre ce genre de poursuite¹⁴⁴, ce qui a été efficace¹⁴⁵.

Alors que les recours en matière de violation de droits de la personne sont très axés sur la protection contre la discrimination, il semble difficile d'assurer un accès à la justice simple, effectif et rapide concernant les autres droits de la personne prévus par les chartes.

137 Sharpe et Roach, *supra* note 131 à la p 117.

138 Voir par ex Ariane Rémy Quevedo, « Poids et contrepoids: l'adhésion du Canada à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* » (2019) 49 R générale Dr (Hors-série) 45 à la p 71.

139 *Canada (PG) c Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 RCS 524 [*Downtown Eastside*].

140 Voir notamment *R v Gamble*, [1988] 2 SCR 595, 1988 CanLII 15 (SCC); *R v Boudreau*, 259 APR 104, 103 NBR (2^e 104); *HN c Québec (Ministre de l'Éducation)*, 2007 QCCA 1111, [2007] JQ n° 9410; *Christian Labour Acc v BCTFA*, 2000 BCSC 727, [2000] BCTC 302; *Dickson v Vuntut Gwitchin First Nation*, 2021 YKCA 5, 20-YU872. Ces décisions traitent toutes de droits fondamentaux différents, et sont entendues par diverses instances ainsi que traitées au cas par cas

141 *R c Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 RCS 631.

142 Plus spécifiquement, l'arrêt porte sur le fait que le droit d'une accusée d'être jugée dans un délai raisonnable doit être mesuré en fonction d'un délai présomptif de 18 mois.

143 Voir Lucie Lemonde, « Lutte contre les poursuites-bâillons : une réforme à poursuivre » (2016) 16 Nouveaux cahiers socialisme 154; Roderick A. Macdonald, Pierre Noreau et Daniel Jutras, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique — les poursuites-bâillons (SLAPP): Rapport du comité au ministre de la Justice*, Montréal, 2007 aux pp 6-7.

144 Voir *Code de procédure civile*, RLRQ c-25.01, arts 51-56. Ces articles, initialement 54.1 à 54.6 de l'ancienne version du *Code de procédure civile*, se trouvent dans la section III, qui traite du pouvoir de sanctionner les abus de procédure.

145 Voir par exemple *Barrick Gold Corporation c Éditions Écosociété inc.*, [2011] QCCS 4232.

Or, cela soulève plusieurs autres problèmes tels que, par exemple, l'uniformité des décisions en rapport avec les droits humains. En effet, bien que les tribunaux soient liés par le principe de *stare decisis*, les cours des différentes provinces ou d'un même palier, dont les décisions ne sont soumises à aucune règle de *stare decisis*, peuvent adopter des interprétations distinctes se rapportant à l'interprétation des droits et libertés prévus par la *Charte*. Cela peut poser problème, en particulier en ce qui a trait à l'interprétation faite par les différentes cours d'appel qui n'ont pas à suivre les arrêts des cours d'appel des autres provinces, ce qui peut mener à des résultats divergents.

Par ailleurs, il n'existe pas de centralisation de surveillance et d'application des droits de la personne. En effet, aucun ministère ou organe gouvernemental particulier n'a le mandat de veiller au respect de l'ensemble des obligations du Canada en matière de droits humains. Les responsabilités sont réparties horizontalement entre les ministères et organismes fédéraux.

Enfin, il semble important de mentionner que le Canada ne bénéficie pas d'un mécanisme d'*amparo* comme certains pays d'Amérique latine. Selon le droit de la majorité des pays d'Amérique latine¹⁴⁶, le processus en *amparo* consiste en un recours extraordinaire et exceptionnel, de nature constitutionnelle, permettant à toute personne de revendiquer la garantie et pleine jouissance des droits fondamentaux garantis par la constitution et par les conventions internationales relatives aux droits humains. L'article 25 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* prévoit que les États doivent garantir à toute personne un recours simple et rapide destiné à la protéger contre tout acte violant ses droits fondamentaux. La Cour interaméricaine considère donc que cette disposition revêt un caractère général et consacre l'institution du recours en *amparo*. Il s'agit ainsi d'un recours ayant un champ d'application nettement plus large, ce qui confère à l'article 25 une véritable autonomie d'application. En effet, pour y avoir recours, il n'est pas nécessaire de démontrer préalablement la violation d'une disposition substantielle de la *Convention américaine*. En outre, tout recours visant la protection d'un droit fondamental doit être simple, rapide et effectif.

Comme nous le verrons plus en détail dans la section 6 d), plusieurs États latino-américains se sont dotés d'un processus d'*amparo* afin de protéger les droits et libertés constitutionnels de leurs habitant.es. Il est considéré comme un «instrument procédural pour protéger les droits fondamentaux des citoyen.nes contre les pouvoirs publics, incluant la remise en cause de la constitutionnalité des lois»¹⁴⁷. Il est possible de recourir à l'*amparo*, que les responsables de la violation soient des acteurs.trices public.ques ou privé.es¹⁴⁸. L'*amparo* est «utilisé comme une action procédurale qui protège les personnes des violations potentielles de leurs droits ou encore qui rétablit la situation lorsque ces droits ont été violés. Il protège ainsi non seulement les droits et les garanties prévus dans la Constitution, mais aussi ceux octroyés par les lois et traités internationaux»¹⁴⁹.

Dans le Système interaméricain, l'accès à la justice, et donc le droit à un recours effectif, est érigé en tant que norme impérative afin de garantir la pleine jouissance des droits fondamentaux de chaque individu¹⁵⁰.

146 Dans certains pays d'Amérique latine, certains recours semblables s'apparentent au recours en *amparo*, c'est entre autres le cas du recours en *tutela* en Colombie. Voir à ce sujet Carrera Silva Liliانا «La acción de tutela en Colombia». IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. [en ligne]. 2011, V(27), 72-94; Quinche Ramírez, M. F. (2011). La acción de tutela. El amparo en Colombia. La acción de tutela. El amparo en Colombia, ISBN: 978-958-35-1155-4 (2017); 456 pp.

147 Gloria Orrego Hoyos, «The Amparo Context in Latin American Jurisdiction: An Approach to an Empowering Action» (octobre 2017), *GlobaLex*, en ligne: <<https://www.nyulawglobal.org/globalex/Amparo1.html>>.

148 *Ibid.*

149 Avocats sans frontières Canada, «L'amparo, figure juridique complexe?» (23 juillet 2013), *Le blogue des coopérants* (blogue), en ligne: <<https://www.asfcanada.ca/blogue/l-amparo-figure-juridique-complexe/>>.

150 *Habeas corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights)* (1987), Avis consultatif OC-8/87, Inter-Am Ct HR (Sér A) n°8 au para 34 [Avis consultatif OC-8/87]; *Judicial Guarantees in States of Emergency (Arts. 27(2), 25 and (8) American Convention on Human Rights)* (1987), Avis consultatif OC-9/87, Inter-Am Ct HR (Sér A) n°9 [Avis consultatif OC-9/87].

À l'instar du droit canadien, la *Convention américaine* consacre le recours en *habeas corpus* permettant aux personnes privées de liberté de s'adresser à un tribunal afin de faire valoir son droit à la liberté en cas d'arrestation ou de détention illégales¹⁵¹.

Or, en détaillant les garanties judiciaires indispensables pour la protection de tous les droits de la *Convention américaine*, la Cour interaméricaine détaille également le recours en *amparo*¹⁵², qui pour sa part, ne trouve pas d'équivalent en droit canadien.

Dans un Avis consultatif publié en 1987, la Cour interaméricaine réitère l'importance des processus visant la protection des droits humains, comme l'*amparo* et l'*habeas corpus*. La Cour précise qu'il s'agit de deux garanties jugées fondamentales pour assurer la protection de tous les droits prévus dans la *Convention américaine*¹⁵³. Elle distingue également les deux procédures, affirmant que le recours en *habeas corpus* peut être considéré comme une sous-catégorie de l'*amparo*, qui lui, représente le processus général. En effet, d'après les principes fondamentaux de ces deux garanties contemplées par la *Convention américaine*, ainsi que les différentes formes selon lesquelles elles peuvent être reprises dans les ordres juridiques internes des États parties, il est possible de constater que dans certains cas, l'*habeas corpus* se régit de manière autonome dans le but de protéger essentiellement le droit à la liberté des personnes détenues ou en état d'arrestation. Or, à d'autres occasions, l'*habeas corpus* est nommé «*amparo de la libertad [protection de la liberté]*», et fait donc partie intégrante du recours en *amparo*¹⁵⁴. La Cour poursuit en affirmant qu'il est essentiel pour les États de s'assurer que les procédures d'*habeas corpus* et d'*amparo* sont fonctionnelles en tout temps afin de protéger les droits fondamentaux de la population¹⁵⁵.

Au Canada, le recours en *habeas corpus* semble plus restrictif, puisqu'il concerne essentiellement la liberté de mouvement. Selon l'article 10 c) de la *Charte canadienne*, «[c]hacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention : de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération». Il existe des dispositions semblables dans les lois canadiennes et instruments internationaux liant juridiquement le Canada¹⁵⁶.

L'*habeas corpus* est une prérogative héritée de la *Common law* britannique, importante avancée des libertés individuelles. En effet, il s'agit d'une ordonnance remettant en cause la détention d'un détenu dans le cas où celui-ci jugerait être détenu sans fondement. L'*habeas corpus*, auparavant une procédure destinée à assurer la présence physique devant le tribunal d'un défendeur à une action, est devenu graduellement un droit de contester une détention illégale par l'État et de se voir présenté.e devant un.e juge qui statue sur la validité de son arrestation. Le ou la juge peut alors examiner la justification de l'emprisonnement et rendre à l'individu sa liberté le cas échéant, si elle lui a été enlevée illégalement¹⁵⁷. Il s'agit donc d'un recours essentiel pour la protection de deux droits fondamentaux protégés par la *Charte canadienne*¹⁵⁸, soit le droit à la liberté (et à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale¹⁵⁹) et le droit à la protection contre toute détention ou tout emprisonnement arbitraire¹⁶⁰.

151 Avis consultatif OC-8/87, *supra* note 150 au para 33.

152 *Ibid* au para 32.

153 *Ibid* au para 35.

154 *Ibid* au para 34.

155 *Ibid* au para 42.

156 Voir *Déclaration canadienne*, *supra* note 127 à l'art 2 c) (iii); *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, 2 mai 1948, Doc off OEA/Ser.L/V.II.23/Doc.211, rev 6, art XXV [*Déclaration américaine*]; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 9(4).

157 *Établissement de Mission c Khela*, 2014 CSC 24 au para 27, [2014] 1 RCS 502.

158 *May c Établissement Ferndale*, 2005 CSC 92 au para 22, [2005] 3 RCS 809.

159 *Charte canadienne*, *supra* note 107 à l'art 7.

160 *Ibid* à l'art 9. Notons que l'article 10c) n'est pas restreint à la détention en emprisonnement. Voir *R c Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 RCS 353, para 44.

La règle de l'*habeas corpus* a pour fondement que, même détenue, une personne n'est pas sans droit. En fonction de cette règle, un.e prisonnier.ère doit être relâché.e s'il ou elle est détenu.e sans raison valable aux yeux de l'autorité judiciaire, laquelle doit être placée dans une relative indépendance par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif.

Tel que mentionné plus haut, bien que le Canada prévoit le recours en *habeas corpus* en cas de privation de liberté, il n'existe aucun équivalent plus large de l'*amparo* en droit canadien.

Les procédures en cas de violation de droits fondamentaux semblent donc plus restrictives au Canada qu'en Amérique latine. L'*amparo* est une forme de recours qui pourrait être utile afin d'assurer la protection de davantage de droits fondamentaux, et dont l'intégration en droit canadien pourrait être une avenue à considérer, tel qu'il sera discuté au chapitre 6.

Il semble donc pertinent d'analyser davantage l'interaction entre les droits protégés au Canada et le droit international, puisque les différents systèmes peuvent s'enrichir mutuellement et maximiser la protection des droits humains. Par ailleurs, pour les fins du présent rapport, il s'avère utile de considérer les enjeux entourant les droits humains et la réconciliation depuis un point de vue à la fois national et international. La multiplicité d'expériences, d'instruments juridiques, et de réflexions en place dans les pays des Amériques et dans le reste du monde constituent des exemples significatifs dont le Canada peut s'inspirer. Les traités internationaux, les décisions d'organes et de tribunaux internationaux ainsi que les autres sources de droit peuvent servir d'assise à la revendication de droits et promouvoir un renforcement des institutions démocratiques, de l'état de droit et des droits inhérents à la personne. La prochaine section abordera la répartition des responsabilités ministérielles relatives au droit international des droits humains, elle traitera également des processus de négociation, signature et ratification des traités internationaux, de l'incorporation des normes internationales en droit interne, et de la mise en œuvre des obligations du Canada par les autorités publiques¹⁶¹.

iii. *Les ministères et autres entités responsables en matière de droit international*

Au Canada, il est généralement reconnu que trois ministères fédéraux sont responsables des affaires touchant au droit international : le ministère des Affaires mondiales¹⁶², le ministère de la Justice et le ministère du Patrimoine canadien¹⁶³. En matière de droits humains, le ministère des Affaires mondiales, le ministère de la Justice et le ministère du Patrimoine canadien travaillent de concert pour fournir un soutien et des conseils en matière de droits de la personne sur de multiples fronts :

- le ministère de la Justice élabore et met en œuvre des politiques et des lois au Canada;
- le ministère des Affaires mondiales se penche sur les droits de la personne dans une perspective internationale;

161 Cette section portera essentiellement sur le Gouvernement fédéral, pour plus d'information sur le rôle que jouent les provinces à l'international, voir par ex Stéphane Paquin, « The Role of Canada's Provinces in Canadian Foreign Policy: Multi-level Governance in the Making » dans Robert W. Murray et Paul Gecelovsky, dir, *The Palgrave Handbook of Canada in International Affairs*, Cham, Palgrave MacMillan, 2021, 141; Hugo Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers: Organic Constitutionalism at Work*, New York, PIE Peter Lang, 2009; Ministère des Relations internationales du Québec, *La politique internationale du Québec : la force de l'action concertée*, Gouvernement du Québec, 2006.

162 Le ministère des Affaires Mondiales Canada a eu plusieurs noms au fil des années. Afin de faciliter la lecture, le présent rapport utilisera son nom actuel indépendamment de l'année auquel il est fait référence.

163 D'autres ministères peuvent aussi intervenir lorsque le sujet en discussion touche à un de leur domaine de responsabilité. Par exemple, le ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire intervient auprès de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, le ministère de l'Environnement et du Changement climatique et le ministère des Pêches et des Océans sont les correspondants nationaux pour la Convention sur la diversité biologique, et le ministère des Ressources naturelles « développe une réflexion stratégique intégrée destinée à soutenir la participation du Canada aux instances multilatérales comme le G7, le G20, la Coopération économique Asie-Pacifique (APEC), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), les initiatives des Nations Unies (NU) et les autres institutions multilatérales ». Voir respectivement Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, « Building resilience and women's empowerment for food security and nutrition » (1 avril 2020), en ligne : <<https://www.fao.org/documents/card/fr/c/CA8306EN/>>; Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, « Profils des pays : Correspondants nationaux : Canada », en ligne : <<https://www.cbd.int/countries/nfp/?country=ca>>; Direction de l'audit et de l'évaluation, Ressources naturelles Canada, Audit de la gestion des activités internationales -AU1803, en ligne : <<https://www.nrncan.gc.ca/nrncan/transparency/reporting-accountability/plans-performance-reports/audit-evaluation/reports-year/reports-2013/audit-de-la-gestion-des-activites-internationales-au1803/22299>>.

- le ministère du Patrimoine canadien sert d'agent de coordination et de facilitation des discussions sur les droits de la personne entre les provinces et les territoires et le gouvernement fédéral¹⁶⁴.

Ainsi, le ministère de la Justice dirige généralement le processus d'examen interne lorsque le Canada envisage de devenir partie à un traité international, et il offre des conseils juridiques sur les incidences internes des obligations prévues par le traité¹⁶⁵.

C'est aussi le ministère de la Justice qui représente le Canada dans le cadre de litiges internationaux¹⁶⁶. De façon générale, il est le conseiller juridique du Canada¹⁶⁷.

Le ministère des Affaires mondiales est responsable de la politique étrangère et, généralement, de la direction des négociations du Canada relativement aux nouveaux traités internationaux¹⁶⁸. Il donne des « consultations juridiques sur le droit des traités au sein du ministère et à d'autres ministères et, d'autre part, [s'occupe] des rouages de l'élaboration des traités au Canada »¹⁶⁹. Le ministère étudie aussi – de façon conjointe avec le ministère de la Justice – les questions d'ordre constitutionnel qui peuvent être soulevées dans le cadre de l'application des traités¹⁷⁰. Il est aussi chargé des communications officielles entre le gouvernement du Canada et les gouvernements étrangers ou les organisations internationales¹⁷¹.

Pour sa part, le ministère du Patrimoine canadien « est responsable de la coordination des consultations avec les provinces et territoires lorsque le traité international en matière de droits de la personne sous étude couvre des questions relevant de leur compétence »¹⁷². Cette coordination s'opère à travers le Comité permanent des fonctionnaires chargés des droits de la personne (CPFDP). Le Ministère est aussi responsable « de la sensibilisation au sujet des droits de la personne au Canada, de favoriser leur compréhension, d'assurer leur respect et de promouvoir leur exercice », ainsi que l'élaboration des rapports internationaux sur les droits de la personne¹⁷³.

Contrairement à certains autres pays, le Canada ne compte pas de ministère ou de sous-ministère des droits humains. La forme d'institution nationale pour les droits humains (INDH) utilisée au Canada est celle de la commission de droits humains. La Commission canadienne des droits de la personne a été établie en 1977¹⁷⁴. Cette forme d'INDH est la plus commune parmi les États membres des Nations Unies avec plus de 50 % des institutions nationales étant de ce type¹⁷⁵. Les pouvoirs et fonctions de la Commission canadienne des droits de la personne ressemblent en plusieurs points à ceux qui sont déjà dévolus aux trois ministères mentionnés ci-haut : elle « promeut les droits de l'homme au moyen de l'éducation, d'actions de sensibilisation, de campagnes dans les médias, de publications, de la formation et du renforcement des capacités, ainsi qu'en conseillant et en assistant le gouvernement »¹⁷⁶.

164 Programme des droits de la personne de Patrimoine canadien, « Les droits de la personne au sein du gouvernement fédéral », en ligne : <<https://pch.76engage.com/fr/contenu/droits-personne-gouvernement-f%C3%A9d%C3%A9ral>>.

165 Ministère de la Justice, « Droit international des droits de la personne » (5 août 2021), en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/didp-ihrl/index.html>>.

166 *Ibid.*

167 *Loi sur le ministère de la Justice*, LRC 1985, c J-2 aux arts 4, 4.1, 4.2, 5.

168 Ministère de la Justice, « Droit des traités internationaux en matière de droits de la personne » (5 août 2021), en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/didp-ihrl/dt-tl.html>> [Ministère de la Justice, « Droit des traités »].

169 Direction du droit des traités du ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement, « Bienvenue à la direction du droit des traités », en ligne : <<https://www.treaty-accord.gc.ca/section.aspx?Lang=fra>>.

170 *Ibid.*

171 *Loi sur le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement*, LC 2013, c 33, 174 à l'art 10.

172 Ministère de la Justice, « Droit des traités », *supra* note 168.

173 Programme des droits de la personne de Patrimoine canadien, « Les droits de la personne à Patrimoine canadien », en ligne : <<https://pch.76engage.com/fr/contenu/droits-personne-patrimoine-canadien>>. Voir aussi *Loi sur le ministère du Patrimoine canadien*, LC 1995, c 11 art 4.

174 Sur la Commission canadienne et le Tribunal canadien des droits de la personne, voir le chapitre 4) a) ii) du présent rapport, *supra*.

175 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Institutions nationales pour les droits de l'homme : Historique, principes, fonctions et attributions*, Série sur la formation professionnelle n°4 rev 1, HR/P/PT/4/Rev.1, Genève, Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, 2010 à la p 17.

176 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Le Sous-Comité d'accréditation (SCA) de la GANHRI », en ligne : <<https://www.ohchr.org/FR/Countries/NHRI/Pages/GANHRISSubCommitteeAccreditation.aspx>> [HCDH, SCA]. Voir aussi Assemblée générale des Nations Unies, *Institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme*, Doc off NU A/RES/48/134, 48^e Sess, 4 mars 1994; *Loi canadienne*, *supra* note 32 aux art 27-28.1.

Toutefois, celle-ci est aussi caractérisée par son pouvoir de protéger les droits humains en recevant et traitant des plaintes, en matière de discrimination, et son autonomie vis-à-vis du gouvernement¹⁷⁷. Il est intéressant de noter qu'il ne semble pas y avoir de mécanisme formel de coordination et communication entre les trois ministères et la Commission¹⁷⁸.

Par ailleurs, il n'existe aucun mécanisme national indépendant chargé de contrôler la mise en œuvre des traités adoptés par le Canada¹⁷⁹. Selon le gouvernement fédéral, le Canada met en œuvre les dispositions des traités auxquels il est partie aussi bien à l'échelle fédérale qu'à l'échelle provinciale et territoriale, au moyen d'une variété de mécanismes, tels que les tribunaux de justice, et les commissions et les tribunaux des droits de la personne¹⁸⁰. Lorsqu'il n'y a pas de loi habilitante intégrant un traité en droit canadien (ou en droit provincial ou territorial), les traités correspondants sont mis en œuvre par des mesures législatives et administratives émanant des divers gouvernements canadiens; de « nombreuses lois et politiques, adoptées par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, contribuent plutôt à ce que le Canada s'acquitte de ses obligations internationales »¹⁸¹. En matière de droits humains, le ministre de la Justice veille aussi à ce que tous les projets de loi et toutes les politiques ayant une incidence directe sur les droits et libertés respectent la *Charte canadienne des droits et libertés* et les obligations internationales du Canada¹⁸².

En revanche, il a été indiqué que

Significant gaps exist in the ability of individuals and groups in Canada to assert and realize their rights under international human rights laws and to access human rights justice in relation to those rights. Human rights are illusory if they are not respected, cannot be claimed, and if remedies for violations are unavailable. International treaties and conventions are not considered part of Canadian law unless they have been implemented by statute. Therefore, many of the conventions that Canada has ratified currently have no direct application in Canadian Law. Canadian courts and tribunals typically view international human rights standards as a source of law that can be used to inform interpretation of domestic law. This has delivered limited results, particularly in the realm of economic, social and cultural rights, many of which do not exist as free-standing rights in Canadian law¹⁸³.

Ainsi, afin de se conformer aux obligations du Canada en vertu de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, notamment de l'article 33, le Comité des droits des personnes handicapées a vivement encouragé, dans son rapport de 2017, que le Canada confie officiellement à la Commission canadienne des droits de la personne le rôle de mécanisme de contrôle indépendant¹⁸⁴. En réponse à cette recommandation, la *Loi canadienne sur l'accessibilité* a été adoptée et les pouvoirs de la Commission canadienne ont été modifiés afin de faciliter la mise en œuvre de cette convention ainsi que donner un pouvoir de supervision à la Commission canadienne¹⁸⁵. Cette loi met en place

177 Voir HCDH, SCA, *supra* note 176; Assemblée générale des Nations Unies, *Institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme*, Doc off NU A/RES/48/134, 48^e sess, 4 mars 1994; et *Loi canadienne*, *supra* note 32 aux art 2-24, 27-29, 39-61.

178 En effet, la Commission n'est pas mentionnée sur aucun des sites web des trois ministères responsables des droits humains consultés, et la loi instituant la Commission ne contient aucune disposition à cet effet. Voir *Loi canadienne*, *supra* note 32.

179 Laura Barnett, *Le processus de conclusion des traités au Canada*, 4^e éd., Études de la Colline, Publication n°2008-45-f, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2021 à la p 8 [Barnett, *Conclusion des traités*].

180 Comité des droits des personnes handicapées, *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 35 de la Convention : Rapports initiaux des États parties attendus en 2012 : Canada*, Doc off NU CRPD/C/CAN/1, 7 juillet 2015 au para 15; Nations Unies, *Recueil des Traités : Traités et accords internationaux enregistrés ou classés et inscrits au répertoire au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies*, (2010) 2660 RTNU, 2014, No. 44910 aux pp 69-70.

181 Sénat, *Les enfants: des citoyens sans voix : Mise en œuvre efficace des obligations internationales du Canada relative aux droits des enfants : Rapport final du Comité sénatorial permanent des Droits de la personne* (avril 2007) (présidente : Raynell Andreychuk; vice-présidente : Joan Fraser) à la p 12 [Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*].

182 Ce processus a été décrit comme consistant principalement dans l'application « d'un filtre négatif », plutôt qu'une analyse proactive fondée sur la protection et mise en œuvre des droits humains. Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, *supra* note 181 à la p 14; et Chambre des communes, *L'Examen périodique universel du Canada et l'avenir - Préserver la réputation internationale du Canada comme chef de file mondial en droits de la personne : Rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du développement international : Sous-comité des Droits internationaux* (Novembre 2010) (présidents : Dean Allison et Scott Reid) aux pp 11-12, 18-19 [Chambre des communes, *L'examen périodique*].

183 Commission canadienne des droits de la personne, *Submission to the United Nations Human Rights Council on the Occasion of its Review of Canada during the 3rd Cycle of the Universal Periodic Review*, octobre 2017 à la p 4 [Nos italiques].

184 Comité des droits des personnes handicapées, *Observations finales concernant le rapport initial du Canada*, Doc off NU CRPD/C/CAN/CO/1, 8 mai 2017 aux para 57-58.

185 *Loi canadienne sur l'Accessibilité*, LC 2019, c 10.

un système élaboré et novateur, toutefois la compétence de la Commission canadienne se limite aux domaines de compétence fédérale et la loi ne prévoit pas l'établissement de mécanismes de collaboration avec les autres paliers de gouvernement¹⁸⁶. Pour le moment, aucune loi provinciale ne semble accorder des pouvoirs similaires¹⁸⁷, ce qui, par le fait même, limite la capacité du Canada à mettre en œuvre ses obligations en vertu de cette convention.

iv. *Le processus de négociation, signature, ratification et adoption des traités dans l'ordre juridique interne*

Au Canada, «la négociation, la signature et la ratification de traités internationaux relèvent du pouvoir exécutif du gouvernement fédéral»¹⁸⁸.

Depuis janvier 2008, une politique gouvernementale du ministère des Affaires mondiales, la *Politique sur le dépôt des traités devant le Parlement*¹⁸⁹, encadre ce processus et vise à garantir le dépôt devant la Chambre des communes de tout traité, après sa signature, afin qu'il puisse être débattu avant d'être ratifié¹⁹⁰. Le dépôt des traités devant la Chambre demeure néanmoins «un geste de courtoisie de la part du pouvoir exécutif, qui conserve le plein pouvoir de décider de la ratification du traité après l'examen parlementaire»; les décisions prises en Chambre ne lient pas l'exécutif¹⁹¹. De surcroît, si l'organe législatif «joue maintenant un plus grand rôle avant la ratification officielle», «il convient de se rappeler qu'il découle d'une politique, et non de la loi, et qu'il peut facilement être révoqué ou contourné au besoin»¹⁹². Selon plusieurs auteur.es, «out of all former British colonies, Canada has the least developed process for parliamentary involvement in treaty-making»¹⁹³.

Dans le cadre du processus de négociation d'un instrument juridique international, le ministère des Affaires mondiales joue un rôle de supervision, et les ministres et les sous-ministres des ministères pertinents, les

186 Voir par ex Laverne Jacobs, Martin Anderson, Rachel Rohr and Tom Perry, «The Annotated Accessible Canada Act (S.C. 2019, c. 10)», The Law, Disability & Social Change Project, en ligne : <<https://lawdisabilitysocialchange.com/resources/annotated-accessible-canada-act/>>.

187 *Ibid.*

188 «Au fil des ans, le rôle du Parlement dans la conduite des affaires étrangères s'est limité principalement à examiner les pouvoirs exercés par l'exécutif dans le cadre de la politique étrangère. Cette situation tient dans une large mesure à la structure constitutionnelle dont le Canada a hérité de la Grande-Bretagne, qui fait en sorte que la conduite des affaires étrangères s'inscrit dans l'exercice de la "prérogative royale" par le Cabinet.». «Le droit et la Constitution sont presque muets au sujet des pouvoirs à cet égard [de la négociation, la signature et la ratification de traités internationaux], lesquels dépendent en grande partie de la prérogative royale, de la tradition et des politiques.». Tel que le rappelle Joanna Harrington, «[s]ince prerogative powers, by definition, provide the executive with the power to act without the consent of Parliament, treaty making, including treaty ratification, is legally a wholly executive act». Voir Laura Barnett et Sebastian Spano, *La participation du Parlement à la politique étrangère*, 2^e éd., En bref, n° 2008-60-F, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2013 à la p 1; Barnett, *Conclusion des traités*, supra note 179 à la p 10; et Joanna Harrington, «Scrutiny and Approval: The Role for Westminster-Style Parliaments in Treaty-Making» (2006) 55:1 Int'l & Comparative L Quarterly 121 à la p 125. Voir, pour la citation dans le texte, Barnett, *Conclusion des traités*, supra note 179 à la p 1. Voir aussi A.-G. Canada c A.-G. Ontario et al. : *References Re Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, Minimum Wages Act and Limitation of Hours of Work Act*, [1937] AC 326, [1937] 1 DLR 673 [The Weekly Rest]; Daniel Dupras, *Les traités internationaux : la pratique canadienne*, Division du droit et du gouvernement, PRB 00-04F, 3 avril 2000, en ligne : <https://publications.gc.ca/Collection/R/LoPBdP/BP/prb0004-f.htm>.

189 Gouvernement du Canada, «Politique sur le dépôt des traités devant le Parlement», en ligne : Direction du droit des traités du ministère des Affaires étrangères <<https://www.treaty-accord.gc.ca/procedures.aspx?Lang=fra>> [Canada, dépôt des traités].

190 L'adoption de cette politique vient entériner une pratique qui était commune au Canada de 1926 à 1974, mais qui avait été progressivement délaissée par la suite. Elle fut inspirée par les politiques et lois existantes dans d'autres États héritiers du système démocratique de Westminster, dont la *Ponsonby Rule* (1920) du Royaume-Uni. Il est à noter que les lois et politiques dans ces autres États donnent plus de pouvoirs au Parlement et qu'elles ont évolué depuis, tandis que la politique du Canada ne fut que légèrement modifiée en 2020. En 2020, le gouvernement fédéral a ajouté comme obligation celle de présenter devant le Parlement un avis d'intention d'entamer des négociations d'un traité de libre-échange, au moins quatre-vingt-dix jours civils avant le commencement de telles négociations, et un avis sur les objectifs des négociations, au moins trente jours civils avant le commencement de telles négociations. «The policy, which does not change the procedure concerning the negotiation, signature and ratification of treaties, appears very limited in its scope when compared with the consultation, reporting, blocking or approval mechanisms adopted by other Westminster-style democracies. It differs essentially from the commitment made in the 2006 Conservative Party platform (wherein MPs were granted the power to ratify treaties), and it fails to meet the expectations of domestic demands that require a meaningful parliamentary role at the negotiation stage and before the ratification of treaties. This disparity was highlighted by opposition MPs who criticized their post-signature, non-binding role, arguing that it 'leaves no room for real discussion before treaties are signed or ratified'.» Voir Silvína Lilian Danesi, «Tabling and waiting: a preliminary assessment of Canada's treaty-tabling policy» (2014) 20:2 Canadian Foreign Policy J 189 à la p 193. Voir aussi Gouvernement du Canada, *Communiqué de presse: Le Canada annonce une politique sur le dépôt des traités internationaux à la Chambre des communes*, N° 20, 25 janvier 2008, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/nouvelles/archive/2008/01/canada-annonce-politique-depot-traites-internationaux-chambre-communes.html>>.

191 Un exemple cité par plusieurs auteur.es afin d'illustrer ce point est celui du rejet par le Parlement de l'amendement à la *Convention sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l'Atlantique du Nord-ouest* et la demande par celui-ci que le gouvernement ne ratifie pas la convention. Malgré l'opposition du Parlement, la branche exécutive a procédé à la ratification de la convention une fois le délai de dépôt du traité à la Chambre des communes expiré. Voir par ex, pour l'information contenue dans cette note, Silvína Lilian Danesi, «Tabling and waiting: a preliminary assessment of Canada's treaty-tabling policy» (2014) 20:2 Canadian Foreign Policy Journal 189 à la p 201-202; et Ted L. McDorman, «The Tabling of International Treaties in the Parliament of Canada: The First Four Years» (2012) 35:2 Dalhousie LJ 357 aux pp 371-373. Voir Barnett, *Conclusion des traités*, supra note 179 à la p 4.

192 Barnett, *Conclusion des traités*, supra note 179 à la p 10.

193 Voir par ex Hugo Cyr et Armand de Mestral, «International Treaty-Making and Treaty Implementation» dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, dir, *The Oxford Handbook of Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, 595 à la p 601.

représentant.es diplomatiques et autres négociateurs.trices participent aux négociations¹⁹⁴. Selon la politique adoptée en janvier 2008, avant d'engager des négociations, le ministère ou l'organisme responsable doit obtenir un mandat de négocier auprès du Cabinet¹⁹⁵. Afin qu'un mandat de négocier soit octroyé, le ministère qui parraine l'initiative doit démontrer que d'autres ministères du gouvernement, les provinces et les territoires, les « groupes autochtones » ou des ONG ainsi que les partenaires du milieu de l'industrie ont été consultés¹⁹⁶. La nature de ces consultations n'est pas précisée et il ne semble pas y avoir de mécanisme formel de consultation afin de rendre public ce processus et faciliter la participation de ces acteurs.trices¹⁹⁷.

En outre, les négociations de traités bilatéraux et plurilatéraux semblent souvent menées à huis clos¹⁹⁸, ce qui peut engendrer certaines barrières à la participation de membres de la société civile et des peuples autochtones, et il ne semble pas y avoir d'obligation de consulter pendant la négociation du traité¹⁹⁹.

Une autre directive vient moduler la pratique du gouvernement fédéral en matière de négociation des traités : la *Directive du Cabinet sur l'évaluation environnementale des projets de politiques, de plans et de programmes* adoptée en 1990 puis révisée en 1999, en 2004 et en 2010²⁰⁰. Tout projet, incluant la négociation de traités, dont la mise en œuvre peut entraîner des effets environnementaux importants tant positifs que négatifs, et qui est soumis à l'approbation d'un ministre ou du cabinet, doit faire l'objet d'une évaluation environnementale stratégique²⁰¹.

194 Barnett, *Conclusion des traités*, supra note 179 à la p 2.

195 Canada, dépôt des traités, supra note 189.

196 *Ibid.*

197 Certains mécanismes ont été mis en place de façon *ad hoc*, mais ceux-ci ont principalement visé à favoriser la participation de certains secteurs ou personnes. Il ne semble pas y avoir eu de mécanisme ouvert, public et transparent de discussion et consultation mis en place par le gouvernement fédéral. Voir par ex France Morrisette, *Les procédures canadienne et communautaire de conclusion des traités : démocratie, équilibre institutionnel et principe fédéral : leçons à tirer de la Communauté européenne*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008 aux par 15-72.

198 Barnett, *Conclusion des traités*, supra note 179 à la p 2.

199 Par exemple, dans le cadre des négociations d'un éventuel accord de libre-échange entre le Canada et l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE), des « consultations publiques » ont été menées par la publication d'un avis d'appel à communications dans la Gazette du Canada, et des « consultations » avec des intervenant.es et partenaires choisis par le gouvernement ont eu lieu. Parmi les 49 mémoires reçus par le gouvernement 38 ont été soumis par des intervenant.es du milieu des affaires, 1 par une ONG du monde des affaires, 1 par une organisation des peuples autochtones et 2 par des syndicats. Parmi les 32 intervenant.es lors des « consultations », il n'y a eu qu'une organisation des peuples autochtones interrogée et une ONG du monde des affaires qui a participé au processus. Voir à ce sujet Affaires mondiales Canada, « Consultations publiques sur un éventuel ALE entre le Canada et l'ANASE » (6 février 2019), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/asean-anase/public-consultations-publiques.aspx?lang=fra>>. Pour plus d'information sur le traité, voir Affaires mondiales Canada, « Accord de libre-échange entre le Canada et l'ANASE » (11 mars 2022), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/asean-anase/fta-ale/negotiations-negotiations.aspx?lang=fra>>.

200 Bureau du Conseil privé et Agence canadienne d'évaluation environnementale, *Évaluation environnementale stratégique : La directive du Cabinet sur l'évaluation environnementale des projets de politiques, de plans et de programmes*, N° de catalogue EN106-95/2010F, Ottawa, 2010, en ligne : <https://www.canada.ca/content/dam/iaac-acei/documents/strategic-environmental-assessment/cabinet-directive-environmental-assessment-policy-plan-program-proposals/directive_du_cabinet_sur_levaulation_envirommentale_des_projets_de_politiques_de_plans_et_de_programmes.pdf>.

201 *Ibid.*

À cette fin, une politique spécifique a été élaborée pour les traités commerciaux en 2001 : le *Cadre pour l'évaluation environnementale des négociations commerciales*²⁰². Cette politique a été remplacée en 2020²⁰³. Toutefois, aucun traité ne semble avoir été évalué sur la base de cette nouvelle politique jusqu'à présent²⁰⁴.

Depuis 2018, le gouvernement fédéral s'est engagé à assujettir tous les accords de libre-échange (ALE) à l'Analyse comparative entre les sexes plus (ACS+) en incluant ce point dans son budget annuel²⁰⁵. Il ne semble pas y avoir de politique formelle ou de directive ayant été adoptée à ce sujet. Cette nouvelle façon de procéder ressemble en plusieurs points à celle utilisée pour les évaluations environnementales, et elle vient ainsi ajouter à l'analyse des traités un aspect social et développemental. Elle reflète notamment l'objectif 5 sur l'égalité entre les sexes du Programme de développement durable à l'horizon 2030 des Nations Unies²⁰⁶.

Cependant, elle n'intègre pas les autres objectifs liés au développement durable. Peu d'information est disponible sur cette façon de procéder pour le moment²⁰⁷, notamment concernant son caractère contraignant, mais elle semble être un pas dans la bonne direction.

Une fois l'étape de la négociation du traité complétée, le Conseil des ministres doit donner son accord politique à la signature du traité et octroyer l'autorité juridique de le signer²⁰⁸. Le gouvernement fédéral a « adopté comme politique de consulter les provinces et les territoires avant de signer et de ratifier des traités sur des questions relevant de leur compétence afin de prendre en compte les aspects complexes de cette situation »²⁰⁹. Lorsque signé, le traité est déposé devant le Parlement pendant 21 jours de séance, puis il est ratifié²¹⁰. Cette procédure s'applique aussi aux traités pour lesquels le Canada n'était pas partie à la négociation.

202 Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, « Cadre pour l'évaluation environnementale des négociations commerciales » (février 2001), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/env/framework-cadre.aspx?lang=fra>>. Quelques caractéristiques notables du processus d'évaluation des politiques sont : (i) le rôle de supervision et de rédaction des rapports joué par le ministère des Affaires mondiales (et non par un organe autonome et indépendant), (ii) la coordination entre plusieurs ministères du gouvernement fédéral et d'autres paliers de gouvernements (iii) le fait que ce processus prévoit comme mécanisme de « consultation » principal qu'un appel à communication soit lancé, et qu'il ouvre la possibilité à des consultations ou l'interrogation de témoins, (iv) le fait que les rapports n'évaluent pas l'impact des traités dans les États visés par ceux-ci, qu'il n'évalue que les impacts au Canada, (v) que les rapports n'évaluent pas les effets sociaux ou sur le développement. En ce qui concerne le point (iii) sur les « consultations » menées, le processus de consultations n'est pas encadré par la politique et aucun mécanisme formel ne semble être institué afin de se charger de cette tâche. Les avis donnés par les personnes ayant communiqué avec le ministère des Affaires mondiales sont parfois intégrés dans les rapports publiés, toutefois les recommandations faites ne semblent pas être retenues dans les conclusions. Le fait que les rapports ne concernaient que le Canada (iv), avant la réforme de la politique en 2020, s'est lui aussi avéré une déficience importante au processus puisque les traités négociés avec des États d'Amérique latine par exemple, ne visaient pas toujours à accroître sensiblement la production au Canada, mais plutôt les investissements dans les États visés, notamment dans le secteur de l'exploitation de ressources naturelles telles le gaz et l'or. De ce fait, si des impacts environnementaux résultaient de ces accords, ce serait principalement dans ces États et non au Canada. En outre, s'agissant d'une simple politique, elle n'a pas force de loi et elle ne vise que les traités commerciaux. Voir généralement Markus W. Gehring, « Tools for More Sustainable Trade Treaties with Developing Countries » (2014) 5 World Bank Legal Rev 63; Patrick Reynaud, « Sustainable Development and Regional Trade Agreements: Toward Better Practices in Impact Assessments » (2013) 8:2 McGill Int'l J Sust Dev L & Pol'y 205. Reynaud, *supra* note 241 à la p 224. Voir Ministère des Affaires mondiales, « Évaluation environnementale finale de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) » (16 juillet 2020) en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/final_ea-ee_finale.aspx?lang=fra>.

203 Voir Ministère des Affaires mondiales, « Évaluations environnementales des accords commerciaux: Processus et cadre révisé » (21 janvier 2021), 2020, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/environ-assessments-evaluations-environnementale.aspx?lang=fra>>.

204 Il semble que le premier traité devant être soumis à cette nouvelle politique sera l'accord de libre-échange entre le Canada et l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE). Voir Affaires mondiales Canada, « Avis d'intention de mener des évaluations d'impact, notamment une évaluation environnementale préliminaire et une analyse comparative entre les sexes plus, sur un accord de libre-échange entre le Canada et l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est » (9 mars 2022), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/consultations/asean-anase/notice-avis.aspx?lang=fra>>. Il est à noter que, malgré cela, il semble y avoir eu plusieurs modifications au processus d'évaluation tel qu'en témoignent les rapports publiés entre 2001 et 2020. Voir par ex Ministère des Affaires mondiales Canada, « Guide pour l'évaluation environnementale des négociations commerciales » (mars 2008), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/env/handbook-guide.aspx?lang=fra>>.

205 Ministère des Affaires mondiales Canada, « Aperçu : La politique commerciale et l'analyse comparative entre les sexes plus » (8 février 2022), en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/gender_equality-egalite_genres/gba_plus-acs_plus.aspx?lang=fra>.

206 *Ibid.*

207 Il n'y a eu jusqu'à présent que deux accords de libre-échange évalués suivant cette nouvelle politique : l'accord de libre-échange Canada-Mercosur et l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM). Voir Ministère des Affaires mondiales Canada, « Aperçu : La politique commerciale et l'analyse comparative entre les sexes plus » (8 février 2022), en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/gender_equality-egalite_genres/gba_plus-acs_plus.aspx?lang=fra>.

208 « Si le gouvernement autorise la signature du traité, la Section des traités du MAECD ainsi que le ministère responsable prépareront une demande au gouverneur en conseil, qui sera examinée par le Conseil du Trésor, en vue d'obtenir l'autorisation légale de signer le traité. Le décret sollicitera aussi un instrument de pleins pouvoirs autorisant la signature. » Toutefois, « [l]e Gouverneur général, le premier ministre et le ministre des Affaires étrangères sont habilités en droit international à signer les traités au nom du Canada sans que l'on ait à produire d'instrument de pleins pouvoirs attestant de leur pouvoir. » Voir Gouvernement du Canada, « Politique sur le dépôt des traités devant le Parlement », en ligne : Direction du droit des traités du ministère des Affaires étrangères <<https://www.treaty-accord.gc.ca/procedures.aspx?Lang=fra>>.

209 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, *supra* note 181 à la p 11.

210 Canada, dépôt des traités, *supra* note 189.

Il semble que le Canada ne ratifie « pas un traité tant que les provinces et les territoires n'ont pas appuyé la ratification et ne se sont pas conformés aux obligations prévues dans le traité »²¹¹. Il est nécessaire pour le gouvernement fédéral d'attendre « que les provinces se soient conformées à l'instrument avant de le ratifier »²¹². Ainsi, « [l]e Canada ne peut ratifier un traité international avant que des mesures aient été mises en place pour s'assurer que les modalités du traité peuvent être mises en œuvre dans les lois canadiennes »²¹³. À ce sujet, tel qu'indiqué par le ministère de la Justice : « [l]e ministère de la Justice et ministères fédéraux touchés étudient les lois, règlements, politiques et pratiques fédéraux (afin de déterminer à quel point ils respectent les obligations prévues par le traité ou si de nouvelles mesures sont requises) »²¹⁴. Le Canada a « comme politique d'adhérer à un traité international en droits de la personne seulement lorsqu'il estime se conformer aux obligations prévues par le traité »²¹⁵.

v. *Le respect des obligations du Canada en droit international des droits humains : la préparation des rapports et les litiges en matière de droits humains*

Avant d'aller plus loin, il importe de rappeler, comme le faisait le ministère du Patrimoine canadien, que

*[a]u Canada, les provinces et les territoires doivent collaborer de leur plein gré à la mise en œuvre des traités et des conventions. Le gouvernement fédéral ne peut utiliser la signature de conventions internationales comme moyen d'annuler les compétences provinciales ou territoriales. Cela signifie que la pleine participation du Canada aux mesures internationales nécessite que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux travaillent en étroite collaboration à toutes les étapes.*²¹⁶

À cet effet, Hugo Cyr et Armand de Mestral rappellent que « [t]he leading case on the matter is the Labour Conventions Reference, which still remains good law, and holds that implementation is to be done according to the division of powers— federal or provincial »²¹⁷.

Ils concluent en soulignant qu'à une époque où un nombre croissant de domaines sont le sujet de traités internationaux, il est peu probable qu'il y ait un renversement jurisprudentiel, puisque cela entraînerait de graves conséquences pour l'équilibre des pouvoirs qui existe entre Ottawa et les autres paliers de gouvernement²¹⁸. De ce fait, la collaboration et le dialogue entre les divers paliers de gouvernement sont fondamentaux.

Au Canada, les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux (FPT) « participent à environ quatre-vingts conférences intergouvernementales de niveau ministériel, sous-ministériel et entre premiers ministres [...] sur une grande variété de domaines de politique publique : culture, santé, justice, sécurité publique, environnement, finances, changements climatiques, agriculture, etc. »²¹⁹. Cela dit, les conférences intergouvernementales concernant les droits humains ont été rares, sporadiques et très éloignées dans le temps les unes des autres. Jusqu'à récemment, la dernière conférence intergouvernementale sur ce sujet s'était tenue en 1988. Il a fallu attendre près de 30 ans pour que la conférence suivante se tienne en 2017 à Gatineau, au Québec.

211 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, supra note 185 à la p 12.

212 *Ibid.*

213 Barnett, « Conclusion des traités », supra note 179 à la p 4.

214 Ministère de la Justice Canada, « Processus d'adhésion au Canada aux traités internationaux en matière de droits de la personne », en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/didp-ihrl/pa-ta.html>>.

215 Ministère de la Justice Canada, « Droit des traités internationaux en matière de droits de la personne », en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/didp-ihrl/dt-tl.html>>.

216 Ministère du Patrimoine canadien, « À propos des droits de la personne » (9 février 2017) [Patrimoine Canada, archive], en ligne : Internet Archive Wayback Machine <<https://web.archive.org/web/20170615123910/http://canada.pch.gc.ca/fra/1448633332438/1448633332441>>.

217 Cyr et de Mestral, supra note 193 à la p 613; *The Weekly Rest*, supra note 188.

218 Cyr et de Mestral, supra note 193 à la p 613.

219 Secrétariat du Québec aux relations canadiennes, « Conférences intergouvernementales canadiennes » (8 mars 2022), en ligne : <<https://www.sqrc.gouv.qc.ca/relations-canadiennes/relations-intergouvernementales/conferences-intergouvernementales.asp>>.

Plus récemment, une vidéoconférence a eu lieu en 2020. Alex Neve, ex-Secrétaire général d'Amnistie internationale Canada, souligne que « [t]hat means we can now say that ministers have come together to discuss human rights in Canada three times in the past 33 years »²²⁰.

De ce fait, l'unique mécanisme de coopération intergouvernementale existant au Canada, se réunissant de façon périodique, responsable de la consultation et de la collaboration entre les gouvernements au Canada concernant l'adhésion aux traités internationaux en matière de droits de la personne et leur mise en œuvre, est le Comité permanent des fonctionnaires chargés des droits de la personne (CPFDP)²²¹, un comité dont les activités semblent d'une transparence limitée²²².

Le CPFDP est un comité qui a été instauré en 1975 lors d'une conférence ministérielle sur l'adhésion du Canada au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP) et au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC). Il est constitué de fonctionnaires de rang intermédiaire de chaque gouvernement provincial et territorial, ainsi que de fonctionnaires du Programme des droits de la personne, du ministère du Patrimoine canadien, et des ministères des Affaires mondiales et de la Justice²²³. Le Comité ne possède aucun pouvoir de décision et ne rend pas compte publiquement des sujets qu'il aborde ni des résultats de ces discussions²²⁴. Son mandat principal demeure le même que lorsqu'il a été institué en 1975 : « The Committee may make recommendations to the ministers responsible, but is not empowered to make decisions or to exercise control over any of the jurisdictions. The Committee will serve as a special forum for discussion and information exchange, as a tool for liaison in the implementation of the Covenants »²²⁵.

Désormais, le CPFDP semble se réunir une fois par année en personne, et une fois par mois par téléconférence²²⁶. Cependant, il ne se réunissait auparavant que deux fois par année²²⁷.

Le CPFDP opère *in camera*, à huis clos, et les membres qui le composent ne sont pas connus du public. Dans leur soumission conjointe, 48 organisations de la société civile et de peuples autochtones ont soutenu que le comité : « is virtually unknown by most Canadians, conducts all of its work *in camera* and never reports publicly »²²⁸. De même, le Comité sénatorial permanent des Droits de la personne a conclu que « [t]rès peu de personnes au sein du gouvernement, et encore moins dans le public, sont au courant de sa composition, de ses activités ou de ses délibérations »²²⁹. Selon le témoignage d'Alex Neve à la Chambre des communes, « il mène tout son travail dans un secret total et absolu, en allant même jusqu'à refuser de divulguer l'ordre du jour de ses réunions »²³⁰.

220 Alex Neve, « Here's one thing that must change after Canada's no-change election: human rights », en ligne : <<https://www.alexneve.ca/blog/heres-one-thing-that-must-change-after-canadas-no-change-election-human-rights>>.

221 Ministère du Patrimoine canadien, « À propos des droits de la personne » (23 décembre 2020), [Patrimoine Canada, « Droits de la personne »] en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/a-propos-droits-personne.html>>.

222 Voir par ex Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, *supra* note 181 à la p 24.

223 Chambre des communes, *L'examen périodique*, *supra* note 182 aux pp 15-17; Patrimoine Canada, archive, *supra* note 216.

224 Amnesty International, « Canada: Submission to the UN Human Rights Committee: 114th Session, 5 June 2015 », en ligne : <<https://www.amnesty.org/ar/wp-content/uploads/2021/05/AMR2018062015ENGLISH.pdf>>; « Empty Words and Double Standards: Canada's Failure to Respect and Uphold International Human Rights », Joint Submission to the United Nations Human Rights Council in relation to the May 2013 Universal Periodic Review of Canada, octobre 2012, [Joint Submission], en ligne : L'Association des femmes autochtones du Canada <<https://www.nwac.ca/wp-content/uploads/2015/05/2012%20Joint%20Submission%20to%20UN%20Human%20Rights%20Council.pdf>>.

225 Federal-Provincial-Territorial Continuing Committee of Officials Responsible for Human Rights, *Document HCC-1-28*, Ottawa, septembre 1976 à la p 1, cité dans Noel A Kinsella, « Some Dimensions of Human Rights Standards and the Legislative Process » (1998) 47 UNBLJ 147 à la p 153.

226 Rachel Murray et Christian De Vos, « Behind the State: Domestic Mechanisms and Procedures for the Implementation of Human Rights Judgments and Decisions » (2020) 12 *Journal of Human Rights Practice* 22 à la p 31; Department of Canadian Heritage, « Evaluation of the Human Rights Program: Evaluation Services Directorate » (19 mars 2015).

227 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, *supra* note 181 à la p 19.

228 Joint Submission, *supra* note 224.

229 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, *supra* note 181 à la p 24.

230 Chambre des communes, *L'examen périodique*, *supra* note 186 à la p 16.

La décision du Canada de ne pas adhérer, par exemple, au *Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* a été prise loin du regard public et sans que celui-ci ne soit informé des raisons justifiant ce choix²³¹.

Depuis 2017, plusieurs mesures ont été prises afin de modifier les mécanismes de collaboration entre les gouvernements FPT. Lors de la réunion fédérale-provinciale-territoriale des ministres responsables des droits de la personne de 2017, les ministres ont affirmé leur volonté de tenir de futures réunions ministérielles sur les droits de la personne, convenu d'accroître la collaboration FPT au moyen d'un mécanisme de niveau supérieur, et ils se sont également entendus pour moderniser le mandat du CPFDP²³². En 2018, le Comité des hauts fonctionnaires fédéral-provincial-territorial responsables des droits de la personne (CHFDP) a été mis en place, et, en 2020, plusieurs autres mesures ont été prises, comme, par exemple, officialiser le Forum des ministres responsables des droits de la personne (FMDP), qui se réunira tous les deux ans, et adopter deux politiques afin de renforcer le CPFDP²³³. Le mandat du FMDP ainsi que les deux politiques sont formulés en termes généralement vagues, mais ces mesures représentent néanmoins des avancées. Il sera maintenant possible, par exemple, d'obtenir une liste des membres du CPFDP et du CHFDP et de connaître l'agenda du CPFDP²³⁴. En outre, avec la création du Comité des hauts fonctionnaires fédéral-provinciale-territorial responsables des droits de la personne (CHFDP), il est loisible de croire que les discussions qui auront lieu sur les droits humains auront un plus grand impact. Selon Alex Neve, «[t]his step to convene at ministerial level can and should bring a sense of transparency, accountability and coordinated decision-making to human rights protection in Canada that has been so sorely lacking over the past 50 years»²³⁵. Pour le moment, aucune page internet n'a été créée pour ces organismes, aucun nouveau communiqué n'a été publié et aucun rapport ne semble avoir été publié. Il est alors difficile d'évaluer l'impact qu'ont eu ces mesures dans les deux dernières années ou prédire ceux qu'elles pourraient avoir.

Ayant rapidement survolé le mécanisme du CPFDP, il est possible d'aborder maintenant comment le Canada procède afin de mettre en œuvre les traités de droits humains qu'il ratifie.

Tout d'abord, tel que signalé dans les deux sections précédentes, le gouvernement fédéral s'assure que, selon lui, les lois et politiques du Canada sont conformes aux obligations internationales imputables à celui-ci.

De plus, le ministère de la Justice est responsable d'évaluer tout nouveau projet de loi afin de s'assurer que ceux-ci sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne viole pas directement une obligation conventionnelle du Canada. Toutefois, quelques déficiences ont été soulignées ci-haut, par exemple l'existence d'un fossé entre la capacité des personnes de revendiquer et faire valoir leurs droits issus de traités internationaux et la ratification de ces instruments, ainsi que le fait qu'il n'existe pas de mécanisme précis au Canada ayant pour mandat de veiller spécifiquement à la mise en œuvre des obligations internationales du Canada.

231 *Ibid* à la p 15.

232 Réunion fédérale-provinciale-territoriale des ministres responsables des droits de la personne, *Communiqué – Les ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux de partout au Canada tiennent une réunion pour discuter des droits de la personne*, 831-189, 12 décembre 2017, Gatineau, Québec, en ligne : Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes <<https://scics.ca/fr/product-produit/communiqu%C3%A9-les-ministres-f%C3%A9d%C3%A9raux-provinciaux-et-territoriaux-de-partout-au-canada-tiennent-une-r%C3%A9union-pour-discuter-des-droits-de-la-personne/>>.

233 Vidéoconférence fédérale-provinciale-territoriale des ministres responsables des droits de la personne, *Communiqué – Vidéoconférence fédérale-provinciale-territoriale des ministres responsables des droits de la personne*, 831-326, 10 novembre 2020, en ligne : Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes <<https://scics.ca/fr/product-produit/videoconference-federale-provinciale-territoriale-des-ministres-responsables-des-droits-de-la-personne/>>; Ministère du Patrimoine canadien, «Protocole relatif au suivi des recommandations des organes internationaux des droits de la personne» (23 décembre 2020), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/a-propos-droits-personne/protocole-suivi-recommandations.html>>; Ministère du Patrimoine canadien, «Stratégie d'engagement sur le processus de rapports du Canada sur les droits internationaux de la personne» (23 décembre 2020) [Patrimoine Canada, «Stratégie»] en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/a-propos-droits-personne/strategie-engagement-rapports-droits-personne.html>>.

234 Patrimoine Canada, «Stratégie», *supra* note 233.

235 Alex Neve, «Forum of Ministers on Human Rights: At long last, a chance to advance a national human rights agenda?», en ligne : <<https://www.alexneve.ca/blog/forum-of-ministers-on-human-rights-at-long-last-a-chance-to-advance-a-national-human-rights-agenda/>>.

En ce qui a trait à l'élaboration de rapports internationaux sur les droits humains, « la préparation des rapports du Canada sur la mise en œuvre au pays des instruments internationaux portant sur les droits de la personne et d'autres informations demandées par les instances des Nations Unies chargées des droits de la personne » est dévolue au CPDFP²³⁶. Peu d'information est disponible à ce sujet. Il est fait mention que les activités du CPDFP sont axées, entre autres, sur la création d'un espace de collaboration afin de participer au processus international de rapport relatif aux droits de la personne²³⁷. Toutefois, dans les faits, les fruits de cette collaboration ne semblent pas se manifester de façon claire dans les rapports présentés par le Canada aux instances internationales. En effet, les gouvernements FPT préparent chacun leur partie, puis les rapports sont assemblés pour créer un rapport final du Canada comportant des sections distinctes pour chaque gouvernement²³⁸. Cette manière de procéder résulte en de volumineux rapports qui sont complexes et parfois d'une cohérence difficile²³⁹. En effet, plusieurs organes conventionnels des Nations Unies ont fait remarquer au Canada que ces rapports n'étaient pas conformes à leurs exigences et ont suggéré que les rapports soient plus synthétiques.

Le CPDFP est aussi chargé de favoriser « la collaboration aux discussions au sein des et entre les gouvernements concernant les recommandations reçues par le Canada des instances des Nations Unies chargées des droits de la personne »²⁴⁰. Ce processus, tout comme les autres activités du CPDFP, se déroule à huis clos. À la suite de l'adoption des deux politiques visant à renforcer l'action du CPDFP, il est maintenant prévu que le secrétariat du CPDFP fournisse des « informations générales » à la société civile et aux « groupes autochtones » sur les mesures prises pour mettre en œuvre les recommandations²⁴¹. Toutefois, aucun mécanisme de suivi, de collaboration ou de discussion formel ne semble institué²⁴².

Tel que mentionné précédemment, le ministère de la Justice représente le Canada dans le cadre de litiges internationaux, et ainsi représente le Canada devant les instances internationales de droits humains²⁴³. Il n'est pas clair si, pour ce faire, le ministère de la Justice collabore avec d'autres ministères, le CPDFP ni d'autres paliers de gouvernement.

Si une décision par un organe international de cette nature est rendue à l'effet que le Canada a violé un droit protégé par un instrument international de protection des droits humains, la décision est transmise au ministère des Affaires mondiales qui transmet par la suite la décision au ministère de la Justice²⁴⁴.

Un processus interministériel est alors engagé avec les agences et ministères pertinents afin de déterminer si le Canada doit « accepter » ou non les recommandations émises dans le cadre de la décision, et s'il y a lieu octroyer réparation à la partie intéressée²⁴⁵. Selon plusieurs, le Canada a entretenu avec persistance la perception infondée que les décisions des organes de défense des droits humains ne sont pas juridiquement contraignantes.

236 Patrimoine Canada, « Droits de la personne », *supra* note 221.

237 *Ibid.*

238 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, *supra* note 181 à la p 20.

239 *Ibid* à la p 21.

240 Patrimoine Canada, « Droits de la personne », *supra* note 221.

241 Ministère du Patrimoine canadien, « Protocole relatif au suivi des recommandations des organes internationaux des droits de la personne » (23 décembre 2020), en ligne : < [https:// www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/a-propos-droits-personne/protocole-suivi-recommandations.html](https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/a-propos-droits-personne/protocole-suivi-recommandations.html) >.

242 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, *supra* note 181 aux pp 22-24.

243 Ministère de la Justice, « Droit international des droits de la personne » (5 août 2021), en ligne : < <https://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/didp-ihrl/index.html> >; Ministère de la Justice, « Les programmes juridiques internationaux » (5 août 2021), en ligne : < <https://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/index.html> >.

244 Murray et De Vos, *supra* note 226 à la p 31.

245 *Ibid.*

En effet, dans le cadre de «ce processus de révision» de la décision, «[o]fficials consider ‘negative final views’ in light of the treaty body’s reasoning, facts relied upon and recommendations, as well as domestic law and jurisprudence»²⁴⁶. Le Canada semble ainsi procéder à sa propre analyse du cas, plutôt que se conformer à la décision. En outre, le processus d’évaluation de la décision, et la décision du gouvernement d’octroyer des réparations ou non se fait sans que la partie intéressée ne puisse participer. Celle-ci ne se voit notifiée de la décision du gouvernement que lors d’une brève réunion ou d’un appel téléphonique, ou par l’envoi d’une lettre²⁴⁷. Il ne semble pas, par ailleurs, y avoir de processus interne clair afin de mettre en œuvre les décisions ou réclamer la mise en œuvre de celles-ci²⁴⁸.

b) Les institutions internationales et leur rôle dans la protection, la promotion et la consolidation des droits humains

La présente section fournit d’abord une brève description des systèmes onusien et interaméricain de protection des droits humains, ainsi que les engagements et obligations du Canada en vertu de chaque système. Une attention particulière est portée aux déclarations des Nations Unies et du Système interaméricain relatives aux droits des peuples autochtones. Ensuite, nous analyserons l’utilisation par la société civile des systèmes de pétitions individuelles et autres mécanismes permettant d’attirer l’attention sur des enjeux de droits humains en particulier. Enfin, la section traitera des consultations – ou du manque de consultation – du Canada auprès de la société civile dans l’élaboration de rapports et de stratégies pour la mise en œuvre de ses obligations en matière de droits humains.

i. Le système des droits humains des Nations Unies

Le système des droits humains des Nations Unies, communément appelé le système universel des droits humains, est composé de deux types d’organes : ceux issus de la *Charte* de l’ONU²⁴⁹ et ceux créés par les traités. Les organes issus de la *Charte* sont généralement considérés comme étant composés du Conseil des droits de l’homme (CDH) et de ses procédures spéciales. Ils sont responsables de la promotion et la protection des droits humains à l’échelle internationale, sans égard aux traités ratifiés par chaque État. Les organes basés sur les traités sont des comités d’experts indépendants créés par les traités de droits humains, qui fonctionnent conformément aux dispositions des traités, pour les États qui les ont ratifiés.

- Les organes créés en vertu de la Charte

L’Examen périodique universel (EPU) du CDH ainsi que les études thématiques et les visites par pays des procédures spéciales présentent un intérêt particulier. En effet, ils offrent un aperçu des initiatives entreprises par les gouvernements afin de se conformer à leurs obligations en matière de droits humains, ainsi que des réactions et de la perspective de la société civile face à ces initiatives.

L’EPU a été mis en place en même temps que le CDH, en 2006. Il a été considéré comme un mécanisme encourageant les États membres à s’impliquer dans la protection des droits humains, et faisait partie d’un mouvement plus global voulant s’éloigner de la politisation alléguée de la Commission des droits de l’homme, qui a été remplacée par le CDH en 2006, en faisant la promotion de l’objectivité, la transparence, la non-sélectivité, du dialogue constructif et

246 Murray et De Vos, *supra* note 226 à la p 31. [Nos italiques].

247 *Ibid* à la p 35.

248 *Ibid* à la p 36.

249 *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n°7.

de la non-confrontation²⁵⁰. L'EPU évalue la mesure dans laquelle les États respectent leurs obligations en matière de droits humains, tant issues de la *Charte*, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²⁵¹, des instruments de droits humains auxquels l'État est partie, des engagements volontaires faits par l'État ainsi que du droit international humanitaire applicable²⁵². La *Déclaration universelle des droits de l'homme* est un instrument qui entérine les droits civils et politiques ainsi que les droits sociaux, économiques et culturels. Elle met de l'avant le droit à l'égalité, à la vie, à la propriété, à la sécurité sociale et à la nourriture, notamment.

Les procédures spéciales ont comme mandat d'analyser et de faire un rapport au CDH à propos de la situation des droits humains dans un pays spécifique ou quant à une thématique en particulier²⁵³. Contrairement aux organes basés sur les traités, les procédures spéciales thématiques peuvent aborder la situation des droits humains dans n'importe quel État. Les fonctions principales des procédures spéciales sont de recevoir des communications individuelles attirant l'attention à des situations spécifiques relatives aux droits humains, publier des rapports concernant les obligations et les bonnes pratiques en lien avec le sujet à l'étude, et visiter les États. Durant les visites de pays, des expert.es «évaluent la situation générale en matière de droits de l'humains dans un pays donné, ainsi que la situation particulière sur le plan institutionnel, juridique, judiciaire, administratif et de fait dans le cadre de leurs mandats respectifs»²⁵⁴. Les procédures spéciales cherchent et reçoivent les avis de l'État, des organisations de la société civile et des groupes autochtones, et ce, avant, pendant et après la visite. Chaque mandat se conclut par la publication d'un rapport comprenant des résultats, des conclusions et des recommandations.

- *Les traités internationaux et les organes basés sur les traités*

Les traités internationaux de droits humains contiennent plusieurs dispositions qui, en plus des droits protégés, établissent généralement les fonctions des comités correspondants.

Dépendamment du traité, le comité associé peut : (i) exiger que l'État envoie des rapports sur les mesures prises dans le but de garantir les droits protégés, afin d'émettre les recommandations pertinentes; (ii) procéder à une enquête confidentielle quand il reçoit de l'information crédible concernant la violation systématique de droits protégés, et faire une visite *in loco* dans un État donné si nécessaire, et (iii) recevoir des communications individuelles alléguant la violation de droits protégés. Certaines conventions dépendent de la ratification d'un protocole facultatif établissant les fonctions du comité associé.

250 Assemblée Générale, *Conseils des droits de l'homme*, Doc off AG NU, A/RES/60/251, 60^e sess, 2 avril 2006; Conseil des droits de l'homme, *Mise en place des institutions du Conseil des droits de l'homme*, Doc off CDH NU A/HRC/RES/5/1, 5^e sess, 18 juin 2007. Voir, aussi Mi Hwa Hong, «Legal commitments to United Nations human rights treaties and higher monitoring standards in the Universal Periodic Review» (2018) 17:5 660; Valentina Carraro, «Promoting Compliance with Human Rights: The Performance of the United Nations' Universal Periodic Review and Treaty Bodies», (2019) 63:4 *Intl Studies Q* 1079; Allehone M. Abebe, «Of shaming and bargaining: African states and the Universal Periodic Review of the United Nations Human Rights Council», (2009) 9:1 *Human Rights L Rev* 1; Edward R. McMahon and Elissa Johnson, «Evolution Not Revolution: The First Two Cycles of the UN Human Rights Council Universal Periodic Review Mechanism», 2016, en ligne: *UPR-Info* <https://www.upr-info.org/sites/default/files/general-document/pdf/mcmahon_fes_evolution_not_revolution.pdf>. Pour en savoir plus sur le contexte du CDH et de la Commission des droits de l'homme, voir par ex Rosa Freedman, *The United Nations Human Rights Council: A Critique and Early Assessment*, New York, Routledge, 2013.

251 *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217A (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n°13, Doc NU a/810 (1948) 71 [DUDH].

252 Pour plus de contexte sur l'EPU et le premier examen du Canada, voir Joanna Harrington, «Canada, the United Nations Human Rights Council, and Universal Periodic Review» (2009) 18:2 *Constitutional Forum* 79.

253 Les procédures spéciales sont constituées d'expert.es indépendant.es nommé.es par le CDH. Il peut s'agir d'un Rapporteur spécial ou d'un Groupe de travail. Il y a 44 mandats, actuels ou anciens. Pour une liste complète des mandats thématiques et des mandats par pays, voir HCDH, «Current and Former Mandate-Holders for Existing Mandates, As at 1 May 2020», en ligne: OHCHR <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Currentmandateholders.aspx>>. Pour une évaluation critique des procédures spéciales, incluant le point de vue d'experts ayant rempli ces fonctions, voir Humberto Cantú Rivera, dir, *The Special Procedures of the Human Rights Council: A brief look from inside and perspectives from outside*, Cambridge: Intersentia (2015).

254 HCDH, «Visites dans les pays des procédures spéciales», en ligne: OHCHR <<https://www.ohchr.org/fr/special-procedures-human-rights-council/country-and-other-visits-special-procedures>>.

Le Canada a ratifié la majorité des traités composant le système universel, dont la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*²⁵⁵ (CEDR), le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²⁵⁶ (PIDESC), le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁵⁷ (PIDCP), la *Convention sur toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*²⁵⁸ (CEDAW, selon ses sigles en anglais), la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*²⁵⁹ (CAT, selon ses sigles en anglais), la *Convention relative aux droits de l'enfant*²⁶⁰ (CDE), le *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*²⁶¹, le *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*²⁶², le *Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort*²⁶³ et la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*²⁶⁴ (CPH). Le Canada n'a pas ratifié la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*²⁶⁵ (CIPDTM) ni la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*²⁶⁶ (CPDF). De plus, parmi les sept comités responsables de la supervision des traités susmentionnés ratifiés par le Canada, ce dernier n'a pas reconnu la compétence des comités chargés de recevoir des communications individuelles pour la CEDR, le PIDESC et la CDE²⁶⁷.

ii. Le Système interaméricain de droits humains

Le travail de l'Organisation des États américains (OÉA), créée en 1948, se concentre sur quatre piliers : la démocratie, les droits humains, la sécurité et le développement²⁶⁸. La *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*²⁶⁹ (*Déclaration américaine*), adoptée en 1948, assure la protection des droits civils et politiques ainsi que des droits sociaux, économiques et culturels comme le droit à l'égalité, à la vie, à la propriété, à la sécurité sociale ainsi qu'à la nourriture.

La Commission interaméricaine des droits humains, créée en 1959, est l'organe principal de l'OÉA en matière de droits humains²⁷⁰.

255 *Convention internationale sur l'élimination raciale de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965, 660 RTNU 195 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969) [CEDR].

256 *Pacte international relative aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976) [PIDESC].

257 *Pacte international relative aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [PIDCP].

258 *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 RTNU 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981) [CEDAW].

259 *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85 (entrée en vigueur : 26 juin 1987) [CAT].

260 *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990) [CDE].

261 *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*, 25 mai 2000, 2173 RTNU 222 (entrée en vigueur : 12 février 2002).

262 *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, 25 mai 2000, 2171 RTNU 227 (entrée en vigueur : 18 janvier 2002).

263 *Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relative aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort*, 15 décembre 1989, 1642 RTNU 414 (entrée en vigueur : 11 juillet 1991).

264 *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, 2515 RTNU 3 (entrée en vigueur : 2 mai 2008) [CPH].

265 *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 18 décembre 1990, 2220 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1 juillet 2003) [CIPDTM].

266 *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, 20 décembre 2006, 2176 RTNU 3 (entrée en vigueur : 23 décembre 2010) [CPDF].

267 De plus amples informations sur les instruments de droits humains ratifiés par le Canada se trouvent dans la base de données des traités des Nations Unies : <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/countries.aspx?Lang=fr>.

268 *Charte de l'Organisation des États américains*, 30 avril 1948, 119 RTNU 3 (entrée en vigueur : 13 décembre 1951) [Charte de l'OÉA]; amendée par *Protocole de réforme de la Charte de l'Organisation des États américains (Protocole de Buenos Aires)*, 27 février 1967, 721 RTNU 324 (entrée en vigueur : 27 février 1970); amendée *Protocole d'amendements de la Charte de l'Organisation des États américains (Protocole de Cartagena de Indias)*, 5 décembre 1985, Séries de traités OÉA N°66 (entrée en vigueur : 16 novembre 1988); amendé par *Protocole d'amendements de la Charte de l'Organisation des États américains (Protocole de Washington)*, 14 décembre 1994, OEA Documentos Oficiales OEA/Ser.A/2/Add.3 (SEPF) (entrée en vigueur : 25 septembre 1997); amendé par *Protocole d'amendements de la Charte de l'Organisation des États américains (Protocole de Managua)*, 10 juin 1993, OEA Documentos Oficiales OEA/Ser.A/2.Add.4 (SEPF) (entrée en vigueur : 28 janvier 1996), arts 2-3. Voir aussi OÉA, «Ce que nous faisons», en ligne : OAS <https://www.oas.org/fr/a_propos/que_faisons.asp>.

269 *Déclaration américaine*, supra note 156.

270 *Charte de l'OÉA*, supra note 268 à l'art 53.

Munie d'un système de pétition individuelle, elle assure également le suivi de la situation des droits humains dans les États membres de l'OÉA. Elle vise la protection des droits humains et agit comme organe consultatif sur le sujet pour les États membres²⁷¹.

La *Convention américaine* reconnaît les droits civils et politiques, mais exige également des États, à l'article 26, qu'ils s'engagent «à prendre des mesures visant à assurer progressivement la pleine jouissance des droits qui découlent des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncées dans la *Charte de l'Organisation des États américains* ». La Cour interaméricaine des droits humains a été mise en place en 1979 lors de l'entrée en vigueur de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* (adoptée en 1969). Elle exerce deux fonctions : contentieuse et consultative. D'une part, la Cour est compétente pour entendre des affaires alléguant la violation de droits humains dans tous les États qui sont partie à la Convention et qui ont reconnu la compétence de la Cour. D'autre part, elle peut également émettre des avis consultatifs afin de répondre aux questions posées par les organes ou les États membres de l'OÉA». En plus de la *Convention américaine*, d'autres conventions interaméricaines protègent plus spécifiquement certains droits humains²⁷². Ces conventions complètent et complémentent la *Convention américaine*. Il convient de mentionner plus précisément deux de ces conventions, soit le *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels* (*Protocole de San Salvador*) et la *Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme* (*Convention de Belém do Pará*). Le *Protocole de San Salvador* accorde une meilleure protection aux droits économiques, sociaux et culturels, et la *Convention de Belém do Pará* assure la prévention, la sanction et l'éradication de la violence contre les femmes. La *Convention américaine* joue un rôle central dans la protection complète des droits humains garantis dans d'autres traités de droits humains, notamment parce qu'elle a créé la Cour interaméricaine. La Cour est compétente pour recevoir des communications individuelles découlant de violations alléguées de droits protégés dans les autres traités interaméricains de droits humains.

- *Le Canada et les traités interaméricains de droits humains*

Le Canada est devenu membre de l'OÉA en 1990²⁷³ et, depuis ce moment, a ratifié et adhéré à plusieurs instruments du Système interaméricain²⁷⁴. Toutefois, il n'a ratifié aucun des traités de droits humains. Le Canada est donc seulement tenu de respecter son obligation de garantir les droits protégés par la *Déclaration américaine*²⁷⁵ qui, à l'instar de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, protège les droits civils et politiques ainsi que les droits économiques, sociaux et culturels.

271 Pour un aperçu de la *Convention américaine* et de la Cour interaméricaine des droits humains, voir Cour interaméricaine des droits de l'homme, 40e anniversaire, San José, Cour IDH, 2018, en ligne : Corte IDH <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/40anos_fra.pdf>.

272 *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels* (*Protocole de San Salvador*), 17 novembre 1988, A-52 (entrée en vigueur : 16 novembre 1999) [*Protocole de San Salvador*]; *Protocole à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort*, 8 juin 1990, Séries de traités OÉA N°73; *Convention interaméricaine pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les personnes handicapées*, 7 juin 1999, A-65 (entrée en vigueur : 14 septembre 2001), *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes* (en italique), 33 I.L.M. 1429 (1994); *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, 9 décembre 1985, Série de traités OÉA N°67 (entrée en vigueur : 28 février 1987), *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme* (*Convention de Belém do Pará*), 33 ILM 1534 (entrée en vigueur : 5 mars 1995).

273 Pour de plus amples informations au sujet de la politique du Canada quant aux Amériques et à sa relation avec l'OÉA, voir Comité sénatorial permanent des droits de la personne, *Enhancing Canada's Role in the OAS: Canada's adherence to the American Convention on Human Rights*, Ottawa, Sénat du Canada, 2003 aux pp 8-10; Peter McKenna, *Canada and the OAS: From Dilettante to Full Partner*, Ottawa, Carleton University Press, 1995; James Francis Rochlin, *Discovering the Americas the evolution of Canadian foreign policy towards Latin America*, Vancouver, UBC Press, 1994; Brian JR Stevenson, *Canada, Latin America, and the New Internationalism: A Foreign Policy Analysis, 1968-1990*, Montréal, McGill-Queen's Press, 2000.

274 Dont la *Convention interaméricaine sur l'exécution des décisions rendues par les juridictions pénales étrangères*, ratifiée par le Canada en 1995, la *Convention interaméricaine sur la transparence de l'acquisition des armes classiques*, en 1999, ainsi que la *Convention interaméricaine contre le terrorisme*, ratifiée en 2002.

275 L'obligation de garantir les droits protégés par la *Déclaration américaine* incombe à tous les membres de l'OÉA. Voir OÉA, Assemblée générale, *Means to promote respect for and protection of human rights*, Doc off OEA/Ser.P/AG/RES. 314 (VII-0/77) (1977); OÉA, Assemblée générale, *Report of the Inter-American Commission on Human Rights on the Situation of Human Rights in Uruguay*, Doc Off OEA/Ser.P/370 (VIII-0/78) (1978); OÉA, Assemblée générale, *Support for the Inter-American Human Rights Instruments*, Doc off OEA/Ser.P/1829 (XXXI-0/01) (2001); CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/ II.116, Doc. 5 rev. i corr, 22 October 2002, à la p 39; CIDH, Case 12.379, Report N° 19/02, Alfredo Lares Reyes et al. (États-Unis), *Annual Report of the IACHR 2001* au para 46; Cour IDH, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights* (1989), Avis consultative OC-10/97, Inter-Am Ct HR (Sér A) n° 10, aux para 29-47.

- *Les organes interaméricains de droits humains : la Commission et la Cour*

La Commission interaméricaine de droits humains, mentionnée précédemment, promeut le respect et la protection des droits humains. En accomplissant son mandat, la Commission peut, entre autres :

- a) Recevoir, analyser et enquêter sur les pétitions individuelles alléguant des violations de droits humains;
- b) Surveiller la situation générale des droits humains dans les États membres et publier des rapports spéciaux sur la situation d'un État en particulier lorsqu'elle le juge nécessaire;
- c) Procéder à des visites sur place dans les États membres afin d'effectuer une analyse approfondie d'une situation générale et/ou pour enquêter sur une situation en particulier;
- d) Effectuer des campagnes de sensibilisation au sujet des droits humains dans les Amériques en préparant et publiant des rapports sur des sujets précis;
- e) Favoriser le dialogue en publicisant le travail de la CIADH;
- f) Demander aux États membres d'adopter des mesures préventives concernant des situations sérieuses et urgentes qui présentent un risque de dommages irréparables²⁷⁶; et
- g) Tenir des audiences publiques durant lesquelles chaque partie (soit des individus, l'État et la Commission) partagent leur expérience sur la thématique spécifique de l'audience²⁷⁷.

Le mandat de la Cour interaméricaine est prévu dans la *Convention américaine*. Des affaires peuvent être envoyées devant la Cour par la Commission ou par tout État partie à la *Convention* qui allègue qu'un droit protégé par elle ou tout autre instrument de sa juridiction a été violé. La Cour peut seulement entendre des affaires venant d'États qui ont reconnu sa compétence, par déclaration ou déclaration spéciale. La Cour peut également donner des avis consultatifs à la demande de certains organes de l'OÉA et des États membres de l'OÉA, même de ceux n'ayant pas ratifié la *Convention américaine*. Elle peut répondre à certaines questions concernant l'interprétation de la *Convention* ou de tout autre traité concernant la protection des droits humains dans les Amériques ou la compatibilité des lois internes d'un État avec ces instruments. En cas de gravité et d'urgence extrêmes, et lorsque cela est nécessaire afin d'éviter des dommages irréparables à des individus, la Cour peut adopter des mesures provisoires dans des affaires qui lui sont soumises, ou à la demande de la Commission dans les cas qui ne sont pas encore sous la compétence de la Cour²⁷⁸.

Au départ, les organes interaméricains de protection des droits humains ont été confrontés à des violations flagrantes et systématiques des droits humains commises par des régimes autoritaires ou dans le cadre de conflits armés. Le travail de la Commission, et ensuite de la Cour, s'est premièrement concentré sur des enjeux liés à la lutte contre l'impunité et la protection des droits humains en contexte de conflit armé et de guerre contre le « terrorisme », ainsi que sur des enjeux de liberté d'expression, l'administration de la justice et la consolidation de la démocratie²⁷⁹.

276 Pour plus d'information sur cet enjeu ainsi que les limites établies par la Commission, voir par ex Jorge Contesse, « Resisting the Inter-American Human Rights System » (2019) 44:2 Yale J Intl L 179; Douglass Cassel, « The Perfect Storm: Count and Balance » (2014) 19 *Aportes DPLF* 20; Claudia Martin et Diego Rodriguez-Pinzón, « Strengthening or Straining the Inter-American Human Rights System » dans Yves Haeck, Oswaldo Ruiz-Chiriboga and Clara Burbano Herrera, dir, *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Plymouth, Intersentia, 2015, 795.

277 Voir le Statut de la CIDH ainsi que ses règles de procédures. Pour plus d'informations sur le Système interaméricain de droits humains, particulièrement la Commission, voir CIDH, « Basic Documents in the Inter-American System » (2010) en ligne : OAS <<https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/intro.asp>>. Pour plus d'informations sur le rôle de la Commission et de ses objectifs stratégiques, voir par ex CIDH, *Plan Estratégico 2017-2021*, Doc off OEA/Ser.L/V/II.161 (27/17) (2017); Gabriela Kletzel, « The Inter-American Commission on Human Rights' new Strategic Plan: an opportunity for true strengthening », (2018) 22:9 Intl JHR 1249.

278 Voir généralement Duhaime, « Le Système interaméricain et la protection des droits économiques, sociaux et culturels des personnes et des groupes vivant dans des conditions particulières de vulnérabilité » (2006) 44 Can YB Intl Law 95 aux pp 117-118 [Duhaime, « Le Système interaméricain »].

279 Duhaime, « Protecting Human Rights », *supra* note 2.

Bien que la Commission et la Cour évaluent toujours ces affaires, les deux organes « ont aussi travaillé avec diligence pour défendre les droits des groupes de victimes de processus historiques ou structurels de discrimination »²⁸⁰ et sont « de plus en plus confrontés à un agenda associé à des problèmes d'inégalité et d'exclusion sociale »²⁸¹.

La jurisprudence élaborée dans ce contexte « fait généralement une lecture socialement consciente de plusieurs droits civils prévus dans la *Convention américaine* [...] [en reconnaissant] que certains secteurs sociaux vivent dans des conditions structurelles désavantageuses quant à l'accès ou à l'exercice de leurs droits de base »²⁸². Dans ces cas, la reconnaissance des violations de droits fondamentaux remet en question l'appareil étatique dans son ensemble, tant dans ses fonctions législatives que dans sa conception politique et institutionnelle, et donc à la nécessité de changements structurels de la part de l'État²⁸³.

Le changement vers une lecture plus consciente des droits prévus dans la *Convention américaine* était au cœur de la reconnaissance progressive des droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux (DESCE) dans la jurisprudence de la Cour. Ces droits ont été reconnus par : (a) l'intégration d'éléments des DESCE dans des affaires alléguant des violations des droits politiques et civils²⁸⁴ et (b) la protection indirecte de ces droits²⁸⁵ dans des affaires liées aux garanties procédurales et à l'interdiction de la discrimination²⁸⁶. Depuis 2017, la jurisprudence de la Cour reconnaît de manière constante la justiciabilité des DESCE dans des affaires où l'article 26 pourrait être invoqué. Cela marque une avancée dans la protection de ces droits²⁸⁷. La Cour a conclu à la violation des droits au travail, à des conditions équitables et satisfaisantes visant à assurer les droits des travailleuses, à la grève, à la santé, à un environnement sain à la sécurité sociale, à une alimentation adéquate, à l'eau et à la participation à la vie culturelle²⁸⁸.

En bref, la perspective des peuples autochtones par l'OÉA et ses institutions a évolué depuis 1948. Alors que l'OÉA n'a toujours pas priorisé les droits des peuples autochtones et, au contraire, a encouragé l'exploitation des ressources naturelles sur leurs terres²⁸⁹, les droits des peuples autochtones ont été davantage pris en compte à partir des années 1990. Cela a mené à la création du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones²⁹⁰. Un nombre croissant d'affaires concernant les enjeux autochtones ont été entendues par la Cour depuis les années 2000²⁹¹.

-
- 280 Gabriela Kletzel et Camila Barretto Maia, « The Challenge of Complementarity in Latin America's New Institutional Architecture for Human Rights », dans Camila Barretto Maia et al, dir, *The Inter-American Human Rights System: Changing Times, Ongoing Challenges*, Washington, Due Process of Law Foundation, 2016, 9 à la p 9.
- 281 Victor Abramovich, « From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System » (2009) 11:1 *Sur -Intl J on Human Rights* 7 à la p 16. Voir aussi Laurence Burgogues-Larsen, « Les méthodes d'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : Justice in Context » (2014) 97 *Rev trimestrielle des droits de l'homme* 23 à la p 48.
- 282 *Ibid* à la p 17.
- 283 Elise Hansbury et Bernard Duhaime, « Enjeux de la corruption sur le continent américain: Une réflexion sur le rôle du Système interaméricain de protection des droits humains dans la consolidation des politiques de lutte contre la corruption » (2014) 52 *Can YB Intl Law* 77 aux pp 105-106. Voir aussi Claudio Nash et Marianne González, *Transparencia, Lucha contra la Corrupción y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2012 à la p 24.
- 284 Tara J Melish, « Rethinking the 'Less as More' Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas » (2006), 39 *JILP* 173; James L Cavallaro et Emily J Schaffer, « Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas » (2004), 56 *Hastings Law Journal* 217.
- 285 *Ibid*.
- 286 Duhaime, « Le Système interaméricain », *supra* note 278; César Rodríguez-Garavito, « Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socio-Economic Rights in Latin America » (2011) 89:7 *Texas L Rev* 1669.
- 287 Voir Bernard Duhaime et Elise Hansbury, « Les développements en droit interaméricain pour l'année 2017 » (2018) 55 *Can YB Intl Law* 368; Bernard Duhaime et Éloïse Décoste, « Les développements en droit interaméricain pour l'année 2018 » (2019) 56 *Can. YB Int'l L*. 365. Voir aussi Mariela Morales Antoniazzi et Laura Clerico, dir, *Interamericanización del derecho a la salud: Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.
- 288 Voir généralement Bernard Duhaime et Élise Hansbury, « Les DESC et le Système interaméricain : deus ex machina au dernier acte » (2020) 61:2 *Les cahiers de droit* 539 [Duhaime et Hansbury, « Les DESC »], se référant entre autres à *Affaire Lagos del Campo* (Pérou) (2017), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 340 [Affaire Lagos del Campo]; *Affaire Trabajadores cesados de Petroperú* (Pérou) (2017), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 344 [Affaire Petroperú]; *Affaire San Miguel Sosa et al* (Vénézuéla) (2018), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 348 [Affaire San Miguel Sosa]; *Affaire Spoltore* (Argentine) (2020), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 404 [Affaire Spoltore]; *Affaire Extrabajadores del Organismo Judicial* (Guatemala) (2021), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 445 [Affaire Extrabajadores]; *Affaire Poblete Vilches et al* (Chile) (2018), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 349 [Poblete Vilches]; *Affaire Cuscul Pivaral et al* (Guatemala) (2019), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 378 [Cuscul Pivaral]; *The Environment and Human Rights (State obligations in relation to the environment in the context of the protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity – interpretation and scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)* (Colombie) (2017), Avis consultatif OC-23/17, Inter-Am Ct HR (sér A) n° 23 [Avis consultatif OC-23/17]; *Affaire Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat* (Nuestra Tierra) (Argentine) (2020), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 400 [Affaire Lhaka Honhat]; *Affaire Muelle Flores* (Pérou) (2019), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 375 [Affaire Muelle Flores]; *Affaire Asociación nacional de cesantes y jubilados de la superintendencia nacional de administración tributaria (ANCE) JUB-SUNAT* (Pérou) (2019), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 394 [Affaire ANCE JUB-SUNAT].
- 289 Irène Bellier, *Les droits des peuples autochtones : Entre reconnaissance internationale, visibilité nouvelle et violations ordinaires* (2018) 2018/1 : 206 *L'Homme et la Société*, 137 à la p 159.
- 290 OEA, « Rights of Indigenous Peoples », en ligne : <<https://www.oas.org/en/iachr/indigenous/default.asp>>.
- 291 Voir par exemple *Affaire Awás Tingni*, *supra* note 90; *Affaire Toledo*, *supra* note 54; *Affaire Yakyé Axa*, *supra* note 55; *Affaire Sawhoyomaxa*, *supra* note 55; *Affaire Xámok Kásek*, *supra* note 55; *Affaire Sarayaku*, *supra* note 55; *Affaire Triunfo de la Cruz*, *supra* note 55; *Affaire Punta Piedra*, *supra* note 55; *Affaire Kaliña et Lokono*, *supra* note 55; *Affaire Saramaka*, *supra* note 55; *Affaire Kuna de Madungandí*, *supra* note 55; *Affaire Lhaka Honhat*, *supra* note 288.

Les peuples autochtones ne bénéficient pas de droits spéciaux, tant dans la *Convention américaine* que dans la *Déclaration américaine*. Toutefois, les acteurs.trices autochtones ont régulièrement recours à certains articles dans leurs pétitions, dont l'article 21 de la *Convention américaine* quant au droit à la propriété, lequel protège tant la propriété individuelle que collective²⁹².

L'article 1(1) est également important pour les requérants autochtones, puisqu'il assure une protection contre une application discriminatoire de la *Convention*. L'article 4, quant à lui, concerne le droit à la vie, interprété comme incluant le droit à la vie digne²⁹³. L'article 5 de la *Convention* protège le droit à l'intégrité de la personne et est souvent utilisé par les acteurs.trices autochtones afin de réitérer l'importance de l'honneur des morts²⁹⁴ et de la protection des territoires ancestraux²⁹⁵. Enfin, les articles 8 et 25, qui protègent respectivement les garanties judiciaires ainsi que le droit à la protection judiciaire et à un recours interne efficace, sont fréquemment invoqués, puisque les peuples autochtones bénéficient d'une protection particulière à cet égard²⁹⁶. Plus récemment, la Cour a, de sa propre initiative, étendu sa compréhension des violations des droits qu'ont les peuples autochtones d'inclure l'article 23, qui protège les droits politiques²⁹⁷, ainsi que l'article 26, qui traite du droit à un environnement sain, à une alimentation adéquate, à l'eau et à s'impliquer and la vie culturelle²⁹⁸.

iii. *L'Organisation internationale du Travail et les droits humains*

La protection des droits humains au niveau universel bénéficie de l'expertise de certaines organisations spécialisées, notamment de celle de l'Organisation internationale du Travail (ci-après « OIT »).

Depuis sa création en 1919²⁹⁹, celle-ci œuvre à la promotion de la justice sociale entendue dans une acception large, c'est-à-dire englobant la protection des droits humains³⁰⁰ tel que l'a réaffirmé en 1998 la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*³⁰¹.

À l'appui de cet objectif, la *Déclaration de l'OIT* dévoile les quatre principes et droits fondamentaux au travail que sont la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective; l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire; l'abolition effective du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. Ces quatre catégories sont la base du travail de l'OIT et constituent le sujet fondamental des huit conventions fondamentales de l'OIT³⁰². La justification d'un tel arsenal juridique en soutien aux droits dans le cadre de ses activités se trouve dans le fait que les droits des travailleurs.euses constituent,

292 *Affaire Awas Tingni*, supra note 90 aux paras 148-149; *Affaire Yakye Axa*, supra note 55 au para 143.

293 Voir par exemple *Affaire Yakye Axa*, supra note 55 au para 163.

294 *Affaire du massacre de Rio Negro (Guatemala)* (2012), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 250 au para 160 [*Affaire Rio Negro*].

295 *Affaire de la Communauté Moiwana (Suriname)* (2005), Cour IDH (Sér C) n°124 au para 244 [*Affaire Moiwana*].

296 *Affaire Fernández Ortega (Mexique)* (2010), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°215 au para 200; *Affaire Sarayaku*, supra note 55 au para 264; *Affaire Triunfo de la Cruz*, supra note 55 au para 228.

297 *Affaire Kaliña et Lokono*, supra note 55; *Avis consultatif OC-23/17*, supra note 288; *Affaire Lhaka Honhat*, supra note 288.

298 *Affaire Lhaka Honhat*, supra note 288; *Affaire Maya Kaqchikel de Sumpango et al (Guatemala)* (2021), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 440 [*Affaire Kaqchikel de Sumpango*].

299 Devenue en 1946 la première agence spécialisée des Nations Unies.

300 OIT, *Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation Internationale du Travail adoptée par la Conférence à sa vingt-sixième session*, Philadelphie, 10 mai 1944.

301 OIT, *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*, adoptée par la conférence internationale du Travail à sa 86^{ème} Session, Genève, 18 juin 1998 [*Déclaration de l'OIT*].

302 Sur la liberté d'association : *Convention (n°87) sur la liberté syndicale et le droit d'organisation*, adoptée par la conférence internationale du travail à sa 31^{ème} Session, San Francisco, 9 juillet 1948; *Convention (n°98) sur le droit d'organisation et de négociation collective*, adoptée par la conférence internationale du travail à sa 32^{ème} Session, Genève, 1er juillet 1949. Sur l'élimination du travail forcé : *Convention (n°29) sur le travail forcé ou obligatoire*, adoptée par la conférence internationale du travail à sa 14^{ème} Session, Genève, 28 juin 1930; *Convention (n°105) sur l'abolition du travail forcé*, adoptée par la conférence internationale du travail à sa 40^{ème} Session, Genève, 25 juin 1957. Sur le travail des enfants : *Convention (n°138) sur l'âge minimum*, adoptée par la conférence internationale du travail à sa 58^{ème} Session Genève, 26 juin 1973; *Convention (n°182) sur les pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination*, adoptée par la conférence internationale du travail à sa 87^{ème} Session, Genève, 17 juin 1999. Sur la discrimination : *Convention (n°100) concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale*, adoptée par la conférence internationale du travail à sa 34^{ème} Session, Genève, 29 juin 1951; *Convention (n°111) concernant la discrimination (emploi et profession)*, adoptée par la conférence internationale du travail à sa 42^{ème} Session, Genève, 25 juin 1958.

avant tout, des droits humains³⁰³, tel que l'a souvent rappelé l'OIT : « the ILO's eight core fundamental conventions are also human rights instruments that address such challenges as forced labour, child labour, discrimination in employment and occupation, and freedom of association and collective bargaining which lay important foundations for protecting migrant workers »³⁰⁴. L'OIT dispose d'institutions et procédures pour superviser la mise en oeuvre de ses Conventions³⁰⁵, dont le Comité de la liberté syndicale, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, de même que des comités tripartites chargés d'examiner les réclamations³⁰⁶.

iv. *Les deux déclarations sur les droits des peuples autochtones : des cadres pour le respect des peuples autochtones*

La communauté internationale a adopté deux importantes déclarations sur *les droits des peuples autochtones* : la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*³⁰⁷ et la *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*³⁰⁸. Ces deux instruments constituent des cadres collaboratifs pour la justice, le développement durable, la réconciliation, la guérison, la paix et la réalisation des droits inhérents aux peuples autochtones³⁰⁹, et « ne devraient pas être lus de manière isolée des autres parties du droit international [...] la *Déclaration* doit être considérée comme un instrument vivant, jouant un rôle non statique dans le développement éventuel et le renforcement de la position juridique des peuples autochtones dans leur interaction avec les sociétés globales dans lesquelles ils vivent »³¹⁰.

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* à la suite de 20 ans de négociations³¹¹. Durant la première réunion du Groupe de travail sur les populations autochtones (GTPA), créé en réponse à la première rencontre des peuples autochtones aux Nations Unies en 1977, un « appel a été lancé pour que les Nations Unies se penchent sur les droits spécifiques des peuples autochtones »³¹². Ainsi, la DNUDPA est le résultat d'un « processus extensif, compréhensif, démocratique et délibératif impliquant des représentants des peuples autochtones autour du monde, travaillant avec les États et des experts de l'ONU »³¹³. La DNUDPA a été adoptée par un vote majoritaire, alors que le Canada, les États-Unis, la Nouvelle-Zélande et l'Australie ont voté contre cette dernière.

303 Voir par exemple *Labour rights are worker's Human Rights*, ILO Statement to the Third Committee of the 71th General Assembly, 19 octobre 2016, en ligne: ILO <https://www.ilo.org/newyork/speeches-and-statements/WCMS_532963/lang-en/index.htm>

304 *Labour Rights are Human Rights*, ILO Statement to the Third Committee of the 69th General Assembly, 21 octobre 2014, en ligne: ILO <https://www.ilo.org/newyork/at-the-un/general-assembly/general-assembly-third-committee/promotion-and-protection-of-human-rights/WCMS_316511/lang-en/index.htm>

305 Parmi les conventions de l'OIT, il convient également de mentionner la *Convention 169 relative aux peuples indigènes et tribaux*. Cet instrument sera analysé plus en détail dans la Section 6 g), *infra*.

306 Voir généralement Duhaime et Ouellet-Décoste, « De Genève à San José », *supra* note 55.

307 DNUDPA, *supra* note 50.

308 *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*, Doc off OEA AG/RES.2888 (XLVI-O/16) [DADPA].

309 Voir Mécanisme d'experts sur *les droits des peuples autochtones*, *Access to justice in the promotion and protection of the rights of indigenous peoples: restorative justice, indigenous juridical systems and access to justice for indigenous women, children and youth, and persons with disabilities*, Doc off UN HRC A/HRC/27/65, 27^e sess, 7 août 2014; Paul Joffe, « UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Canadian Government Positions Incompatible with Genuine Reconciliation », 26 NCJL 121 aux pp 121-128; Inuit Tapiriit Kanatami, *Position Paper: Establishing An Indigenous Human Rights Commission Through Federal UN Declaration Legislation*, 1 juin 2020.

310 Willem van Genugten et Federico Lenzerini, « Legal Implementation and International Cooperation and Assistance: Articles 37-42 » dans Jesse Hohmann et Marc Weller, dir, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018 539 à la p 572.

311 Sheryl R. Lightfoot, « Indigenous mobilization and activism in the UN system » dans Damien Short et Corinne Lennox, dir, *Handbook of Indigenous Peoples' Rights*, Routledge, New York, 2016 253.

312 Métis Nation Council, « Forum Held to Mark the 10th Anniversary of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », *Newsletter*, décembre 2017.

313 Union of British Columbia Indian Chiefs and Canadian Centre for Policy Alternatives, *True Lasting Reconciliation: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in British Columbia law, policy and practices*, novembre 2018 à la p 9.

L'Australie a accepté de « donner son soutien » à la *Déclaration* en 2009³¹⁴, suivie par la Nouvelle-Zélande en 2010³¹⁵. À la fin de 2010, le Canada et les États-Unis³¹⁶ l'ont « approuvée ». Les quatre pays ont déclaré y avoir adhéré. Le Canada, par exemple, a maintenu sa position précédente à l'effet que (i) la *Déclaration* était un « document ambitieux » qui n'était pas juridiquement contraignant, et (ii) que les « enjeux » qu'il avait allégués pour justifier son vote initial contre la *Déclaration* subsistaient³¹⁷.

La DNUDPA affirme et développe les droits humains des peuples autochtones. Elle « remplit le vide qui existait précédemment dans le régime de droit international des droits humains en tant qu'instrument qui promeut et protège le statut distinct ainsi que les droits des peuples autochtones »³¹⁸.

Selon la Coalition pour les droits humains des peuples autochtones, la DNUDPA « est l'instrument de droits humains le plus complet qui traite explicitement des droits des peuples autochtones. Elle prévoit un large éventail de droits politiques, économiques, sociaux, culturels, spirituels et environnementaux. Les droits dans la *Déclaration* sont principalement collectifs de nature. En même temps, les droits des individus autochtones sont clairement reconnus et sauvegardés de plusieurs façons »³¹⁹. Le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones des Nations Unies a affirmé que la DNUDPA « constitue un cadre de principes pour la justice, la réconciliation, la guérison et la paix »³²⁰, alors que l'Inuit Tapiriit Kanatami (ITK) a déclaré que « la DNUDPA confirme les normes complètes de droits humains que les Inuits et les autres peuples autochtones ont identifiés comme des standards minimaux pour la survie, la dignité et le bien-être de nos peuples. [...] L'adoption de la DNUDPA par l'Assemblée générale a freiné les tentatives par le droit international traditionnel d'incorporer les peuples autochtones et d'imposer une vision coloniale des nations, des peuples et des communautés autochtones »³²¹.

Certain.es affirment que la DNUDPA ne reflète et ne soutient que les droits qui ont été préservés et transmis par les ancêtres des peuples autochtones. Ces droits existaient et continuent d'exister indépendamment de leur reconnaissance par un instrument en particulier³²².

Depuis une perspective de droits humains, comme l'a affirmé l'ancien Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, « la *Déclaration* est l'extension de standards qui se trouvaient déjà dans plusieurs traités de droits humains qui ont été largement ratifiés et donc juridiquement contraignants pour les États »³²³ :

314 La déclaration de soutien de l'Australie a qualifié la *Déclaration* d'« historique et inspirante », en plus de souligner que « bien qu'elle ne soit pas contraignante et n'affecte pas le droit australien en vigueur, elle établit des principes importants auxquels les Nations doivent aspirer ». Jenny Macklin, ministre de la Famille, du logement, des services sociaux et des affaires autochtones, *Statement on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Canberra, 3 avril 2009, en ligne : Nations Unies <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Australia_official_statement_endorsement_UNDRIP.pdf>.

315 La déclaration de soutien de la Nouvelle-Zélande a précisé que la *Déclaration* était « une déclaration non-contraignante ». Pita Sharples, ministre des Affaires Maori, *Supporting UN Declaration restores NZ's mana*, 20 avril 2010, en ligne : New Zealand Government <<https://www.beehive.govt.nz/release/supporting-un-declaration-restores-nzs-mana#:~:text=This%20Government's%20decision%20to%20formalise,Affairs%20Minister%20Dr%20Pita%20Sharples.>>.

316 Les Nations Unies ont qualifié les droits entérinés dans la *Déclaration* comme étant « des aspirations que nous devons toujours chercher à réaliser ». Barack Obama, Président des États-Unis, *Remarks by the President at the White House Tribal Nations Conference*, 16 décembre 2010, en ligne : *The White House President Barack Obama* <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2010/12/16/remarks-president-white-house-tribal-nations-conference>>.

317 Northern Public Affairs, « Fully Adopting UNDRIP: Minister Bennett's Speech at the United Nations » (10 mai 2016) en ligne : <<http://www.northernpublicaffairs.ca/index/fully-adopting-undrip-minister-bennetts-speech/>>.

318 Inuit Tapiriit Kanatami, *supra* note 309.

319 Coalition for the Human Rights of Indigenous Peoples, « Interpreting the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », juin 2018, en ligne : *Canadians Friends Service Committee* <<https://quakerservice.ca/wp-content/uploads/2018/07/Interpreting-the-Declaration-June-2018-Declaration-Coalition-1-1.pdf>>.

320 Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, *supra* note 309, Annexe, au para 1.

321 Paul Joffe souligne que les droits humains étaient initialement exclus dans les considérations des droits des peuples autochtones. Voir Joffe, *supra* note aux pp 127-128; Inuit Tapiriit Kanatami, *supra* note 313.

322 First Nations Leadership Council of British Columbia, *Recognition and Implementation of Rights Forum Generated by BC Chiefs and Leadership*, 12 avril 2018; First Nations Leadership Council of British Columbia, « Information Package for All Chiefs Meeting: Proposed Federal Recognition and Implementation of Rights Framework », 26 juin 2018 à la p 5. Voir Victoria Tauli-Corpuz, « Statement of Victoria Tauli-Corpuz, Chair of the UN Permanent Forum on Indigenous Issues on the Occasion of the Adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » AG NU, 61^e sess, 13 septembre 2007, en ligne : United Nations <<https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2016/Docs-updates/STATEMENT-VICTORIA-TAULI-CORPUZ-IDWIP-2007.pdf>>; Cheryl Knockwood, « UNDRIP As a Catalyst for Aboriginal and Treaty Rights Implementation and Reconciliation » dans Centre for International Governance Innovation, dir, *UNDRIP Implementation: Braiding International, Domestic and Indigenous Laws*, 2017 81 à la p 82.

323 *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones*, Doc off AG NU A/68/317, 68^e sess, 14 août 2013 aux paras 63-65 [*Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones*, 2013].

le Rapporteur spécial reconnaît facilement qu'en vertu de la doctrine en vigueur en droit international, les déclarations adoptées par résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, contrairement aux traités, ne sont pas une source directe de droit. Mais il serait incomplet et potentiellement trompeur quant à la qualification du poids normatif de la Déclaration de simplement affirmer qu'elle est non-contraignante. [...] Le Rapporteur spécial réitère que la mise en œuvre de la Déclaration être vue comme politique, morale, et oui, comme un impératif légal sans réserve³²⁴.

La Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones (DADPA), quant à elle, a été adoptée par consensus en juin 2016³²⁵. Cet instrument régional de l'OÉA comprend plusieurs dispositions qui reflètent et renforcent la Déclaration des Nations Unies. Néanmoins, l'adoption d'une déclaration régionale quant aux peuples autochtones représente un moment clé pour la région, et, dans les mots du président du Ralliement national des Métis, Clément Chartier, une « étape progressiste dans les relations futures entre les peuples et nations autochtones ainsi que leurs gouvernements, que la Déclaration doit servir et bénéficier »³²⁶. Le directeur du Indian Law Resource Center, Armstrong Wiggins, a affirmé que « pour nous, la Déclaration représente la reconnaissance de l'existence permanente des peuples autochtones dans les Amériques. Nous ne sommes désormais plus une curiosité; nous sommes reconnus par tous les États membres comme des peuples ayant le droit de s'autogouverner, s'autodéterminer et d'assurer le bien-être, la sécurité et le futur de notre peuple »³²⁷.

La DADPA est complémentaire à la DNUDPA et a été « conçue pour s'attaquer à certaines situations propres aux Amériques, comme la défense du vrai esprit et de l'intention des traités conclus entre les Premières Nations au Canada »³²⁸. De plus, les articles XL et XLI indiquent clairement que rien dans la DADPA « ne saurait être interprété de manière à limiter ou entraver les droits dont les peuples autochtones jouissent actuellement ou qu'ils peuvent acquérir à l'avenir » et que la DNUDPA constitue « les normes minimales nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des peuples autochtones des Amériques. En ce sens, en cas de différences entre les deux déclarations, le standard le plus élevé doit toujours s'appliquer »³²⁹. Notons que plusieurs dispositions de la Déclaration rappellent le droit international coutumier et les droits déjà prévus dans d'autres instruments de droits humains. En ce sens, la DADPA réitère et clarifie des obligations qui sont contraignantes en vertu du droit international³³⁰.

La CIADH et la Cour IADH peuvent jouer un rôle actif dans la détermination de la portée des droits protégés par la DADPA et la DNUDPA. Elles peuvent garantir que ces déclarations soient interprétées en conformité avec la protection des droits humains ainsi que leur propre jurisprudence. Elles peuvent ainsi permettre une meilleure mise en œuvre des déclarations et s'assurer que le sort des peuples autochtones ne fluctue pas en fonction du gouvernement en place³³¹. « Le litige sera une partie cruciale pour s'assurer que la Déclaration prenne racine, mais évidemment, ce n'est qu'une partie de l'enjeu »³³².

324 *Ibid* aux para 60, 61, 67.

325 Les États-Unis, le Canada et la Colombie ont tous demandé que leurs positions et interprétations respectives quant à la Déclaration américaine soient incluses dans le texte de la Déclaration, afin qu'ils donnent leur approbation. Ces inclusions paraissent sans effet puisque les obligations semblent avant tout de nature coutumière, et donc obligatoires pour tous les États.

326 Clément Chartier, président du Ralliement national des Métis, « Opening remarks », 13 avril 2018, Fifth Indigenous Leaders Summit of the Americas, Lima, Pérou, en ligne : <<https://www.metisnation.ca/index.php/news/indigenous-leaders-from-the-americas-hold-successful-summit>>.

327 Indian Law Resource Center, « Strategies for implementing the new American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », 2 mars 2017, en ligne : Indian Law Resource Center <<https://indianlaw.org/adrip/statement-armstrong-wiggins-organization-american-states%E2%80%99-committee-juridical-and-political>>.

328 Métis Nation Council, « A New Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », 15 juin 2016, en ligne : Métis Nation Council <<https://www.metisnation.ca/index.php/news/a-new-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples>>.

329 DADPA, *supra* note 308.

330 Voir par ex *Mary and Carrie Dann c. États-Unis* (2001), Inter-Am Comm HR, No 113/01 11.140. Dans cette affaire, la Commission a indiqué vouloir « clarifier qu'en interprétant et en appliquant la Déclaration, il est nécessaire de considérer ses dispositions dans le contexte plus large des systèmes international et interaméricain des droits humains, à la lumière des développements dans le domaine des droits humains depuis la publication de la Déclaration, et en prenant en considération les autres règles pertinentes de droit international qui s'appliquent aux États membres contre lesquels des plaintes de violation de la Déclaration ont été déposées. Note en bas de page : la Cour interaméricaine a également approuvé une interprétation des instruments de droits humains qui prend en compte les développements dans le corpus juris gentium du droit international des droits humains dans le temps et dans ses conditions actuelles. Les développements pertinents du corpus du droit international des droits humains quant à l'application de la Déclaration américaine peuvent eux aussi être tirés d'autres instruments internationaux et régionaux en vigueur. Cela inclut en particulier la Convention américaine des droits humains qui, souvent, peut être considérée comme représentant une expression faisant autorité des principes fondamentaux énoncés dans la Déclaration américaine » (aux para 96-97).

331 OAS_official, « Clément Chartier, President of the Métis Nation @MNC_tweets participates at the meeting of #OAS Permanent Council to commemorate First Inter-American Indigenous Peoples Week #IndigenousWeek, (Part I) #IndigenousPeopleDay @GCIndigenous », 9 août 2018 à 13h34, en ligne : Twitter <https://twitter.com/OAS_official/status/1027608981131472896>.

332 Clive Baldwin et Cynthia Morel, « Using the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Litigation » dans Steve Allen et Alexandra Xanthaki, dir, *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Hart Publishing Ltd, Oxford, 2011.

v. *L'utilisation des systèmes de protection des droits humains par la société civile et les peuples autochtones*

Les sections précédentes ont exploré les différents mécanismes de protection des droits humains disponibles aux individus et aux communautés³³³. Dans cette section, nous nous concentrons sur l'utilisation du système de communications individuelles et des mécanismes plus orientés par pays attirant l'attention sur des situations spécifiques de droits humains, ainsi que sur les consultations (ou plutôt le manque de consultations) du Canada envers la société civile et les peuples autochtones dans un tel contexte.

- *Le système de droits humains de Nations Unies*

• *Les communications individuelles*

La première communication individuelle alléguant des violations de droits humains protégés au Canada date de 1977³³⁴, soit un an après la ratification du PIDCP et de son *Protocole facultatif* permettant au Comité de recevoir de telles communications. Depuis ce temps, près de 175 communications individuelles ont été adressées à des organes de traités³³⁵. La majorité d'entre elles allèguent la violation de droits protégés par le PIDCP. La CAT et la CEDAW ont toutes deux reçu considérablement moins de communications relatives au Canada. La CDPH n'a reçu aucune communication individuelle depuis 2018, soit l'année où le Canada a adhéré au protocole facultatif permettant ces communications. Le Human Rights Implementation Project (HRIP) a déterminé en 2017 que «les sujets les plus fréquents qui surviennent sont ceux qui sont en lien avec les droits des personnes et/ou communautés autochtones, les retraits (déportation, extradition) du Canada et la discrimination basée sur plusieurs motifs (sexe, langue, religion, etc.)»³³⁶.

La majorité des communications se sont soldées par une décision d'irrecevabilité. Les motifs de ces décisions varient, allant du manque de preuves au manque de fondement pour présenter une communication. Dans certains cas, le Comité responsable a reconnu que le Canada avait plutôt rempli ses obligations en matière de protection des droits humains.

Le gouvernement canadien ne rend pas facilement accessibles les informations sur les cas portés devant les organes de traités ni les actions prises afin de se conformer à la décision d'un comité. Comme indiqué antérieurement, au Canada, aucune agence, comité ou ministère spécifique n'est responsable d'analyser des communications individuelles ou de coordonner les efforts afin de résoudre les enjeux de droits humains soulevés par ces

333 Les peuples autochtones se sont taillé une place dans les systèmes universel et interaméricain de droits humains et se sont battus pour être reconnus par les États. Il ne fait désormais aucun doute qu'ils possèdent des droits collectifs qui sont exercés collectivement au nom des peuples eux-mêmes. Néanmoins, le droit international des droits humains demeure inadéquat dans sa manière de tenir compte des peuples autochtones en tant que communautés autodéterminées. Ils doivent souvent s'appuyer sur un statut de «société civile» au sein d'organisations comme l'OEA et l'ONU, alléguer des violations à leurs droits par des systèmes de plaintes «individuelles», ou détenir un statut distinct qui limite leurs capacités à influencer les prises de décisions. Ces disparités peuvent avoir un effet moindre, comme c'est le cas des plaintes individuelles, ou représenter un obstacle significatif à leur agentivité, comme c'est le cas dans la plupart des organisations internationales devant lesquelles ils sont désignés de membres de la «société civile». Toutefois, il est important de noter que, comme Sheryl R. Lightfoot l'affirme : «historiquement, il y a toujours eu une certaine reconnaissance du caractère international des peuples autochtones»; la «compréhension d'une relation de nation à nation entre les peuples autochtones et les États s'est seulement dissipée vers la fin du 19e siècle, alors que la balance des pouvoirs a changé». Sheryl R. Lightfoot, «Indigenous mobilization and activism in the UN system» dans Damien Short et Corinne Lennox, dir, *Handbook of Indigenous Peoples' Rights*, Routledge, New York, 2016 253 à la p 256. Voir aussi Dalee Sambo, «Indigenous Peoples International Standard-Setting Processes: Are State Governments Listening?» (1993) 3:1 *Transnat'l L & Contemp Probs* 13; Elsa Stamatopoulou, «Indigenous Peoples and the United Nations: Human Rights as a Developing Dynamic» (1994) 16:1 *Hum Rts Q* 58; Bartolomé Claverio, «The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies» (2005) 22:1 *Ariz J Intl & Comp L* 41; Timo Koicurova et Leena Heinämäki, «The Participation of Indigenous Peoples in International Norm-Making in the Arctic» (2006) 42 *Polar Record* 101; Alan Boyle et Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, New York, 2007 aux pp 41-50; Claire Charters, «A Self-Determination Approach to Justifying Indigenous Peoples' Participation in International Law and Policy Making» (2010) 17 *International Journal on Minority and Group Rights* 215; Dalee Sambo Dorrough, «Rough Drafts: A personal account of the 25-year struggle to craft the U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (2017/2018) 34:4 *World Policy J* 46 aux pp 46-49; *Entitlement of legal entities to hold rights under the Inter-American Human Rights System (Interpretation and scope of Article 1(2), in relation to Articles 1(2), 8, 11(2), 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 and 62(3) of the American Convention on Human Rights, as well as of Article 8(1)(A) and (B) of the Protocol of San Salvador* (2016), Avis consultatif OC-22/16, Inter-Am Ct HR (sér A) N° 22 aux para 71-84.

334 La première communication envoyée au Comité des droits de l'homme a été reçue le 20 juin 1977. Voir Comité des droits de l'homme, *C.E. v. Canada* (1977) Doc off CDH NU CCPR/C/CAN/CO/6, 2^e sess, communication n° 13/1977.

335 HCDH, «Jurisprudence» en ligne: OHCHR <<https://juris.ohchr.org/fr/search/documents/>>; Gouvernement du Canada, «Plaintes internationales relatives aux droits de la personne», en ligne: Justice Canada <<https://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/didp-ihrl/com.html>>.

336 Human Rights Law Implementation Project, «Canada: Baseline Study», 2017 non-publié à la p 44.

communications. À cet effet, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a exprimé son inquiétude à propos de « la réticence de l'État partie à se conformer à toutes les constatations et mesures provisoires »³³⁷ et « l'absence dans l'État partie d'un mécanisme approprié qui serait chargé de l'application des constatations en vue, entre autres, d'assurer aux victimes des recours utiles »³³⁸.

Le Canada a longtemps considéré que « les vues définitives, les demandes et les recommandations des organismes créés en vertu d'un traité ne sont pas exécutoires. En d'autres termes, l'État partie n'est pas légalement obligé de les mettre en œuvre »³³⁹. Toutefois, comme l'ont fait remarquer plusieurs comités au Canada, les observations adoptées doivent être entièrement mises en œuvre³⁴⁰. Le refus du Canada de se confirmer aux mesures provisoires est particulièrement inquiétant³⁴¹. Le Canada a parfois refusé d'appliquer les mesures émises par le Comité contre la torture alors qu'il demandait qu'une victime alléguée ne soit pas déportée ou extradée, puisqu'il y avait des raisons de croire qu'elle pourrait faire face à des risques sérieux de traitements inhumains, de torture ou de mort³⁴².

Il est essentiel de souligner l'importance des communications individuelles. D'une part, même en l'absence de reconnaissance d'une violation des obligations du Canada, une affaire peut contribuer à l'évolution de la jurisprudence d'un comité en particulier, ou mettre en lumière des situations de droits humains spécifiques³⁴³. Les communications individuelles sont souvent intégrées dans les rapports des organes de traités, et peuvent donc fournir des informations sur la situation des droits humains au Canada, ainsi que sur le respect des obligations découlant des traités. L'affaire *Sandra Lovelace v. Canada* (1981) en est un bon exemple.

Il s'agissait de la première affaire dans laquelle le Canada a été déclaré responsable de violations du PIDCP, et où la *Loi sur les Indiens* a été jugée discriminatoire envers les femmes autochtones³⁴⁴. Cette décision a été citée par plusieurs comités entre les années 1990 et le début des années 2000, afin de mettre en évidence le manque de progrès du Canada quant à la modification de la *Loi sur les Indiens*. L'affaire de Sandra Lovelace a donc joué un rôle essentiel dans le maintien de l'attention envers cette loi, ainsi que le besoin de réformer ou remplacer celle-ci.

337 Comité des droits de l'homme, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Canada*, Doc off CDH NU CCPR/C/CAN/CO/6, (2016) au para 5. En ce qui concerne, par exemple, les difficultés dans la mise en œuvre par le Canada de la décision du Comité des droits de l'homme dans l'Affaire *Toussaint v Canada* CCPR/C/123/D/2348/2014 (30 août 2018), voir *Toussaint v Canada* (procureur général), 2022 ONSC 4747. Voir aussi Nicholas Keung, « After Canada denied her health care, she lost a leg, her sight and her kidneys. A court just ruled she can sue », *Toronto Star*, 19 août 2022, <<https://www.socialrights.ca/2022/TorontoStar1.pdf>>.

338 *Ibid.*

339 Gouvernement du Canada, « Plaintes auprès d'organismes internationaux » (12 décembre 2019) en ligne : Canada <<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/plaintes-droits-personne/internationaux.html>> Wayback Machine <<http://web.archive.org/web/20200606222723/https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/plaintes-droits-personne/internationaux.html>>.

340 Voir par ex Comité des droits de l'homme, *Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte : Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, 85^e sess, Doc off CDH NU CCPR/C/CAN/CO/5 (2006) aux paras 16-17.

341 Vroi Paola Limon, "Taking Rights Seriously: Canada's Disappointing Human Rights Implementation Record", in *Open Justice Initiative, Implementing Human Rights Decisions: Reflections, Successes, and New Directions*, 2021, aux pp 17-23.

342 Voir par ex Comité contre la torture, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention : Observations finales du Comité contre la torture : Canada*, Doc off NU CAT/C/CAN/CO/6 (2012) au para 10; Comité contre la torture, *Observations finales concernant le septième rapport périodique du Canada*, 48^e sess, Doc off NU CAT/C/ CAN/CO/7 (2018) aux para 26-27.

343 Nous faisons ici référence à la notion de litige stratégique, soit l'emploi du litige dans le but de créer un changement juridique et politique. Bien que le litige stratégique soit généralement utilisé dans un contexte où la réussite de l'affaire joue un rôle fondamental dans l'atteinte du changement voulu, il est également utilisé afin de mettre de l'avant des enjeux auparavant cachés, générer des revendications sociales ou orienter les revendications sociales vers certaines thématiques, ou tester les limites de l'ordre juridique en contestant ses décisions précédentes ou en générant de nouvelles questions qui n'avaient pas été posées par le passé. Voir notamment Amnesty International, « Actions en justice dans des cas stratégiques », en ligne : Amnesty International <<https://www.amnesty.org/fr/strategic-litigation/>>; European Center for Constitutional and Human Rights, « Strategic Litigation », en ligne : ECCHR <<https://www.ecchr.eu/en/glossary/strategic-litigation/>>; Helen Duffy, « Strategic Human Rights Litigation: 'Bursting the Bubble on the Champagne Moment' », Lecture inaugurale à l'Université Leiden, 13 mars 2017, en ligne : <<https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-publiekrecht/grotius-centre/oratie-helen-duffy-spreekversie.pdf>>; Helen Duffy, *Strategic Human Rights Litigation: Understanding and Maximising Impact*, Hart Publishing, Oxford, 2018; Sandra Carvalho et Eduardo Baker, « Strategic Litigation Experiences in the Inter-American Human Rights System » (2014) 11:20 Int JHR 449 [disponible en espagnol], *Avocats sans frontières Canada*, « Actas del Seminario internacional de intercambio de experiencias en materia de litigio estratégico de derechos humanos », Guatemala et Antigua Guatemala, 7 au 9 novembre 2011, en ligne : <https://www.asfcanada.ca/uploads/publications/uploaded_asf-actas-seminario-fevrier-2013-vf-web-pdf-42.pdf>; *Avocats sans frontières Canada*, « Fortalecimiento del acceso a la justicia y del litigio estratégico en casos de violencia contra mujeres: Memoria del seminario internacional de Abogados sin fronteras Canadá en Guatemala- 2016 » (avril 2016) en ligne : <https://www.asfcanada.ca/uploads/publications/uploaded_actas-seminario-finallowres-pdf-93.pdf>; Margarita Luna Ramos, « ¿Qué es el litigio estratégico? » (19 avril 2016) *El Universal*, en ligne : <<https://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/margarita-luna-ramos/nacion/2016/04/19/que-es-el-litigio-estrategico>>; Juan Carlos Gutiérrez Contreras et al, *Litigio Estratégico en Derechos Humanos: Modelo para Armar*, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., Tehuantepec, 2011, en ligne : <<http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-litigio-estrategico-en-derechos-humanos-modelo-para-armar.pdf>>.

344 Comité des droits de l'homme, *Sandra Lovelace v Canada* (1981), communication n° R.6/24, Doc supp No. 40 (A/36/40) à la p 166.

- *Les rapports périodiques aux organes de traités, 1990-2018*³⁴⁵

Les obligations du Canada en vertu du mécanisme de rapports périodiques par pays comprend une série plus large de droits que les communications individuelles, puisqu'en plus des traités précédemment mentionnés (soit le PIDCP, la CEDAW, la CAT et la CDPH), le Canada est partie à la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (CEDR) depuis 1970 et au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC) depuis 1976.

Quant aux communications individuelles, les enjeux de droits humains les plus souvent mentionnés touchent (i) les droits des peuples autochtones, particulièrement le manque de mise en œuvre des recommandations faites par le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones et la Commission de vérité et de réconciliation, (ii) le retrait, la déportation et l'extradition des personnes hors du Canada et (iii) la discrimination basée sur plusieurs motifs et la nature intersectionnelle d'une telle discrimination. Ces enjeux représentent des questions transversales auxquels tous les comités ont fait référence dans leurs différents rapports.

En plus de ces enjeux, d'autres situations de droits humains ont fréquemment été mises en lumière par les comités, parmi lesquelles :

- Le manque d'incorporation des droits prévus dans les conventions dans l'ordre juridique canadien, ainsi que le manque d'accès à la justice et aux recours lorsque des violations des droits protégés par ces conventions étaient alléguées;
- Le manque de coordination entre les différents niveaux de gouvernement, l'absence de stratégies nationales complètes de mise en œuvre de droits humains, et de standards minimaux de protection garantissant une jouissance égale des droits humains dans toutes les provinces et territoires;
- Un manque d'information et de données ventilées, qualitatives et quantitatives, permettant d'évaluer la réalisation des droits humains et l'impact des mesures entreprises par les différents niveaux de gouvernements à cet effet;
- La détention arbitraire de migrant.es, d'immigrant.es, de demandeurs.euses d'asile et de réfugié.es, le profilage racial par les autorités et l'incarcération disproportionnée des personnes autochtones et issues de minorités;
- L'existence de conditions de détention incompatibles avec les droits de la personne;
- La persistance de la violence contre les femmes, particulièrement des femmes et des filles autochtones;
- Les effets discriminatoires des institutions de protection de l'enfance;
- Et l'impact négatif sur la jouissance des droits humains des activités de certaines entreprises enregistrées ou domiciliées au Canada alors qu'elles œuvrent à l'étranger, ainsi que le cadre juridique inadéquat pour les tenir responsables en cas d'abus de droits humains.

L'engagement de la société civile et des peuples autochtones dans l'élaboration des rapports mérite davantage d'analyse. Trois observations générales peuvent être identifiées : (i) le Canada ne consulte pas complètement la société civile et les peuples autochtones lorsqu'il élabore les rapports pour les différents comités, (ii) la société civile et les peuples autochtones s'impliquent de plus en plus dans le processus d'examen périodique, et (iii) la participation de ces groupes a aidé à rendre les rapports des comités plus nuancés complets.

³⁴⁵ Depuis 1970, le Canada a complété près de 50 cycles de rapports périodiques. Toutefois, pour des raisons pratiques, cette section se base uniquement sur des rapports émis entre 1990 et 2018. Le gouvernement canadien fournit de l'information partielle sur ses précédents rapports aux organes de traités. Le Canada n'indique pas non plus clairement que les organisations de la société civile et les peuples autochtones peuvent participer dans l'élaboration des rapports par des consultations ou en soumettant des rapports alternatifs. Aucune information n'est donnée à propos des rapports à venir. Afin de rédiger la présente section, nous nous sommes fiés à l'information disponible sur la base de données des organes de traités des Nations Unies. Voir Gouvernement du Canada, «Rapports sur les traités des Nations Unies relatifs aux droits de la personne» en ligne : Patrimoine Canada <<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/Mexique-canada-nations-unies/rapports-traites-nations-unies.html>>; HCDH, «Base de données relative aux organes conventionnels de l'ONU» en ligne : <<https://tbinternet.ohchr.org/SitePages/HomeFr.aspx?lang=fr>>.

Dans l'élaboration de ses rapports, le Canada ne consulte pas pleinement les peuples autochtones et la société civile. En tant qu'État plurinational³⁴⁶, le Canada se doit de consulter les peuples autochtones dans le respect de leur droit à l'autodétermination ainsi que pour garantir leur droit de participer, s'ils le souhaitent, à des enjeux liés au plein exercice de leurs droits. De manière similaire, bien que peut-être dans une moindre mesure, le Canada a l'obligation de consulter les organisations de la société civile lorsqu'il élabore ses rapports, obligation qui lui a été rappelée par de nombreux comités³⁴⁷.

En ce qui a trait au second point (soit l'élaboration de rapports alternatifs, ou *shadow reports*, par la société civile et les peuples autochtones³⁴⁸), il est possible de constater deux tendances claires : la pratique de soumettre des rapports alternatifs est apparue surtout en 2006, et ceux-ci sont soumis par une variété croissante d'organisations et de groupes non gouvernementaux.

Il est important de souligner que, bien que la soumission de *shadow reports* représente désormais une partie intégrante de l'élaboration des rapports, ils n'affectent en aucun cas l'obligation du Canada de consulter les peuples autochtones et les organisations de la société civile pour préparer son rapport de pays.

Les rapports émis par l'État ainsi que le dialogue subséquent entre les membres du comité onusien et les délégations étatiques demeurent les outils et les sources d'informations principaux. Les rapports alternatifs, quant à eux, jouent donc un rôle complémentaire : ils ajoutent au rapport de pays en offrant des points de vue distincts sur certains enjeux spécifiques.

La participation de la société civile et des peuples autochtones a permis de mettre en lumière une compréhension plus tridimensionnelle de la situation des droits humains au Canada. Il est possible de la constater de plusieurs manières : (i) le changement progressif d'une image généralement positive de la protection des droits humains au Canada, à une constatation plus nuancée et critique de la conduite de l'État, (ii) l'incorporation de certains enjeux ou recommandations provenant des rapports alternatifs, et (iii) l'analyse plus profonde et concrète des situations de droits humains à l'étude. En ce qui a trait au dernier point, « les efforts de la société civile, des ONG nationales et internationales, sont essentiels aux travaux des comités, puisque la capacité de recherche de ces derniers est limitée »³⁴⁹, et, comme certains l'affirment, puisque le Canada ne se conforme pas adéquatement à ses obligations relatives à l'émission de rapports, en les soumettant en retard, en omettant de mettre en œuvre les recommandations des comités et en refusant de mener des consultations appropriées auprès des peuples autochtones et de la société civile. Comme l'affirme la Coalition canadienne pour les droits des enfants, un « rapport alternatif est le seul instrument offrant aux organisations de la société civile [...] une voix dans la révision de la mise en œuvre du Protocole par le Canada »³⁵⁰.

346 Nous utilisons ici le terme « plurinational » pour faire référence au fait que plusieurs nations existent à l'intérieur du Canada. Voir Sarah Morales et Joshua Nichols, *Reconciliation beyond the Box: The UN Declaration and Plurinational Federalism in Canada*, Waterloo, Centre for International Governance Innovation and the Institute for Canadian Citizenship, 2018 à la p 4; Sujit Choudhry, « The Canadian Constitution and the World » dans Peter Oliver, Patrick Macklem, et Nathalie Des Rosiers, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, New York, 2017 1075.

347 Voir par exemple Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding observations on the combined twenty-first to twenty-third periodic reports of Canada*, CERD/C/CAN/CO/21-23, 13 September 2017; Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding observations on the combined eighth and ninth periodic reports of Canada*, CEDAW/C/CAN/CO/8-9, 25 November 2016.

348 Bien que la soumission de rapports alternatifs ne faisait initialement pas partie du processus d'examen, cette pratique a évolué dans la pratique et, grâce à l'influence de la société civile et des peuples autochtones, fait désormais partie intégrante du processus d'examen. Voir notamment Flavia Piovesan, « Economic, Social and Cultural Rights: the experience of the Brazilian shadow report » (2004) 30 *Chronique Amériques* 1; Marsha A. Freeman, « The Committee on the Elimination of Discrimination against Women and the Role of Civil Society in Implementing International Women's Human Rights Norms » (2010) 16 *New Eng J Intl & Comp L* 25; Eric Tars, « Who Knows What Lurks in the Hearts of Human Rights Violators - The Shadow (Reporter)-Knows - Human Rights Shadow Reporting: A Strategic Tool for Domestic Justice » (2009) 42:5 *Clearinghouse Rev* 475; Risa E Kaufman et Joann Kamjuf Ward, « Using Human Rights Mechanisms of the United Nations to Advance Economic Justice » (2011) 45:3 *Clearinghouse Rev* 259; Amnesty International, « Holding Government to Account: A Guide to Shadow Reporting on Economic Social and Cultural Rights » (2014), en ligne: Our Voice, Our Rights <http://www.ourvoiceourrights.ie/assets/files/pdf/amnesty_a_guide_to_shadow_reporting_on_escr.pdf?issuusi=ignore>; The Advocate for Human Rights, « Human Rights Tools for a Changing World: A step-by-step guide to human rights fact-finding, documentation, and advocacy » (2015), en ligne: <<http://www.theadvocatesforhumanrights.org/change>>; Alda Facio, « Cómo hacer informes paralelos a la CEDA », Costa Rica, ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, 2001; Red-DESC, « El uso de informes paralelos para avanzar los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres » (2020), en ligne: <<https://www.escri-net.org/es/informes-paralelos/guia>>.

349 Patrick Thornberry, « The Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) » dans Frédéric Mégret et Philip Alston, dir, *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, New York, Oxford University Press, 2020 309 à la p 323.

350 Canadian Coalition for the Rights of Children, « Civil Society Report on Canada's Implementation of the Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography » (2011) à la p 1.

- *Les procédures spéciales: les rapports par pays et les communications aux États*

Les procédures spéciales ont publié 13 rapports de pays ainsi que 29 communications au sujet du Canada. Les rapports de pays ont réitéré plusieurs des enjeux exprimés dans les rapports d'organes de traités et les plaintes individuelles, mais soulèvent également d'autres questions. Deux sujets d'intérêts semblent se démarquer : (i) la dichotomie entre (a) les valeurs promues par l'État canadien et le respect des droits humains et (b) la perception de profondes discriminations et d'un manque de respect pour les droits humains décriés par les peuples autochtones, les groupes minoritaires et les autres personnes ou groupes en situation de vulnérabilité; et (ii) l'absence d'une approche cohérente en matière de droits humains et de protection de certains droits.

Le contraste entre ce que Doudou Diène, ancien Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, décrit comme «la profondeur et la vivacité du sentiment de discrimination de ces populations et la volonté politique des autorités politiques tant fédérales que provinciales»³⁵¹ a poussé plusieurs procédures spéciales à reconnaître que le Canada a pris des mesures significatives afin de promouvoir les droits des personnes et des communautés sous sa juridiction. Elles ont également affirmé que le Canada partage des valeurs qui s'accordent avec la protection et la réalisation des droits humains. Cependant, comme le notent ces organes, des problèmes systémiques et persistants font entrave à la réalisation efficace de ces droits et, au contraire, empêchent leur plein exercice. Afin de résoudre ces enjeux, plusieurs rapports ont insisté sur le besoin de consultation, de coopération et d'un réel partenariat entre le Canada et les personnes et communautés touchées.

Le deuxième sujet d'intérêt est, d'une certaine manière, lié au premier. Les procédures spéciales reconnaissent que, alors que le Canada a mis en œuvre des mesures qui font avancer les droits humains, il manque un cadre cohérent et une stratégie efficace afin de les garantir.

À cet effet, plusieurs rapports ont souligné le besoin pour le Canada d'adopter une approche axée sur les droits humains, et de s'assurer que ses efforts visant à mettre en œuvre ces droits soient déployés dans un cadre coordonné et cohérent. Comme l'a conclu Catalina Devandas-Aguilar, ancienne Rapporteuse spéciale pour les droits des personnes handicapées, l'un des obstacles au progrès en matière de droits humains «est le fait que l'élaboration de politiques est décousue, et la coordination entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux est défailante»³⁵². Il est possible de constater d'autres obstacles, comme le manque de protection constitutionnelle ou juridique des droits sociaux, culturels et environnementaux, ainsi que l'absence de recours adéquats et opportuns pour les violations des droits humains liées aux entreprises.

En ce qui a trait aux communications reçues, il est à noter que les procédures spéciales communiquent avec les États par rapport aux «affaires individuelles, aux tendances générales de violations des droits humains, aux affaires qui affectent un groupe ou une communauté en particulier, ou au contenu d'un projet de loi ou d'une loi en vigueur, d'une politique ou d'une pratique considérée comme incompatible avec les standards internationaux de droits humains»³⁵³. En d'autres mots, le contenu des communications varie largement et peut «toucher à une violation des droits humains déjà survenue, en cours, ou qui présente un haut risque de survenir»³⁵⁴. Les communications visant le Canada comprennent toutes ces catégories. Les sujets les plus fréquemment mentionnés dans les communications présentées contre le Canada incluent des allégations se rapportant :

351 Commission des droits de l'homme, *Rapport soumis par le Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée*, Doudou Diène, (2004) 60^e sess, Doc off UN ECOSOC E/CN.4/2004/18/Add.2 à la p 2.

352 Conseil des droits de l'homme, *Visite au Canada : Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées* (2019), 43^e sess, Doc off NU AG A/HRC/43/41/Add.2 au para 88.

353 HCDH, «Communications», en ligne: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Communications.aspx>>. Voir aussi HCDH, «Soumission d'informations aux procédures spéciales», en ligne: <<https://spsubmission.ohchr.org/fr>>.

354 *Ibid.*

- à des violations des droits des peuples autochtones, plus particulièrement les suivants : l'autodétermination, la participation aux affaires publiques, la liberté d'expression et d'association, la vie privée et la protection de la vie familiale, les droits économiques, sociaux et culturels, à défendre les droits humains et les droits des femmes et des filles à vivre une vie libre de violence;
- à des violations de droits humains commises par les entreprises canadiennes et les attaques contre les défenseurs des droits humains;
- au potentiel impact des accords commerciaux internationaux et des procédures d'arbitrages liées aux investissements sur la jouissance des droits humains en l'absence de clauses assurant la protection et la promotion de ces droits;
- à des violations des droits économiques, sociaux et culturels, plus précisément le droit à un logement adéquat, et le manque de reconnaissance et de justiciabilité de ces droits; et
- à la discrimination basée sur divers motifs.

- *L'Examen périodique universel (EPU)*

À ce jour, trois EPU ont porté sur le Canada (2009, 2013 et 2018), et le prochain examen est prévu en 2023³⁵⁵. La société civile et les peuples autochtones ont le plus souvent participé à l'EPU par la soumission de « contributions au résumé des communications des parties prenantes », soit la soumission de rapports alternatifs.

Dans son évaluation de l'information soumise par les « parties prenantes » le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) publie une synthèse des communications soumises. Les recommandations qui y figurent le plus souvent sont les suivantes³⁵⁶ :

- Ratifier les protocoles facultatifs relatifs aux traités desquels il est déjà partie, des traités de droits humains desquels il n'est pas partie et aux traités pertinents de l'Organisation internationale du Travail;
- Reconnaître la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels et développer des plans ou des stratégies traitant de l'itinérance, de la faim et la pauvreté, ainsi que garantir l'accès à l'eau sans discrimination;
- Utiliser les dispositions de la *Déclaration sur les peuples autochtones* comme des principes et des standards minimaux dans l'interprétation des relations avec les peuples autochtones et la garantie de leurs droits ainsi protégés;
- Adapter les lois sur l'immigration et l'asile afin qu'elles soient complètement conformes aux standards internationaux;
- Assurer la mise en œuvre des obligations en matière de droits humains par l'établissement d'un mécanisme et l'adoption de lois;
- Adopter des lois et mettre en place un mécanisme de surveillance permettant d'attribuer la responsabilité aux compagnies canadiennes pour des violations des droits humains et environnementales commises à l'étranger, fournir des recours effectifs pour les personnes affectées, et entreprendre des enquêtes rapides, efficaces et indépendantes face aux allégations de ces violations;
- Développer un processus coordonné et transparent visant le suivi de la mise en œuvre des obligations de droits humains, qui implique les deux niveaux de gouvernement, les peuples autochtones et la société civile;
- Entreprendre des mesures visant à garantir l'accès à la justice et aux recours pour toutes les personnes et les communautés sous sa juridiction, en particulier en étendant certains programmes préexistants visant à faciliter l'accès à la justice et à l'aide juridique; et
- Fournir des données ventilées sur les personnes, groupes et communautés en situation de vulnérabilité et combler les lacunes actuelles dans ces données.

355 UPR info, « Canada », en ligne : <<https://www.upr-info.org/en/review/Canada>>; HCDH, « Examen périodique universel – Canada », en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/hr-bodies/upr/ca-index>>.

356 Conseil des droits de l'homme, *Résumé établi par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme conformément au paragraphe 15c de l'annexe à la résolution 5/1 du Conseil des droits de l'homme* (2008), 4^e sess, Doc off AG NU A/HRC/WG.6/4/CAN/3; Conseil des droits de l'homme, *Résumé établi par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme conformément au paragraphe 5 de l'annexe à la résolution 16/21 du Conseil des droits de l'homme* (2013), 16^e sess, Doc off AG NU A/HRC/WG.6/16/CAN/3; Conseil des droits de l'homme, *Résumé des communications des parties prenantes concernant le Canada* (2018), 30^e sess, Doc off AG NU A/HRC/WG.6/30/CAN/3.

Les situations de droits humains apparaissant le plus souvent dans les préoccupations des parties prenantes se rapportaient aux faits suivantes³⁵⁷ :

- Que les peuples autochtones étaient désavantagés au niveau du revenu, de l'emploi, de l'éducation et de la santé, et qu'ils étaient drastiquement surreprésentés dans les indices d'incarcération, de handicap et de santé, de suicide ainsi que de pauvreté, en plus de faire face à de la discrimination systémique et institutionnelle;
- Que la violence contre les femmes demeure un enjeu de taille, alors que les femmes et les filles autochtones font face à des formes de violence graves et systématiques;
- Que les obligations de consultation et de consentement sont régulièrement ignorées par les gouvernements et les entreprises;
- Que les mesures de lutte contre le terrorisme ont mené à plusieurs problèmes dans la jouissance des droits humains;
- Que la détention de certaines personnes, particulièrement de personnes immigrantes, ou réfugiées, était parfois arbitraire, et que les conditions de détention n'étaient pas toujours conformes à la protection des droits humains;
- Que le profilage racial et la surreprésentation des peuples autochtones et des groupes minoritaires dans les systèmes de justice criminelle et de services correctionnels demeuraient un problème persistant;
- Que des personnes, peuples et communautés vivaient de la discrimination en vertu de plusieurs motifs.

Plusieurs États³⁵⁸ ont recommandé que le Canada ratifie la *Convention américaine* et la *Convention de Belém Do Pará*, et de nombreux rapports alternatifs ont également interpellé le Canada, directement³⁵⁹ ou indirectement³⁶⁰, afin qu'il ratifie ces instruments.

Comme l'a constaté la Commission canadienne des droits de la personne en 2018, « des centaines de questions ont été soulevées et de recommandations ont été faites en lien avec la mise en œuvre des obligations internationales de droits humains du Canada »³⁶¹. Néanmoins, « les mêmes recommandations sont faites à chaque année et à chaque examen », et il est « clair que, dans plusieurs domaines, peu de progrès a été fait dans la résolution d'issues de longue date »³⁶². Par exemple, en 2009, le Canada a accepté la recommandation de consulter la société civile et les peuples autochtones dans l'élaboration de son rapport national³⁶³.

357 *Ibid.*

358 Les pays ayant recommandé la ratification par le Canada sont le Brésil, le Mexique, le Paraguay et l'Uruguay. Voir Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada* (2009), 11^e sess, Doc off AG NU A/HRC/11/17 au para 86.8 [Conseil des droits de l'homme, 2009]; Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada* (2013), 24^e sess, Doc off AG NU A/HRC/24/11 au para 128.14 [Conseil des droits de l'homme, 2013]; Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada* (2018), 29^e sess, Doc off AG NU A/HRC/39/11 au para 142.31 [Conseil des droits de l'homme, 2018].

359 Sheldon Chumir Foundation for Ethics in Leadership and Vibrant Communities Calgary, « Towards Economic Justice for all Canadians », soumis au Groupe de travail sur l'Examen périodique universel, 9 octobre 2012; Avocats sans frontières Canada et Lawyers' Rights Watch Canada, « Universal Periodic Review, Third Cycle – Canada » octobre 2017; Alliance féministe internationale Canada, « Women's Inequality in Canada: Report to the Human Rights Council on Canada's Third Universal Periodic Review », octobre 2017; Lawyers' Rights Watch Canada, « Oral Statement to the 39th Session of the UN Human Rights Council from Lawyers' Rights Watch Canada (LRWC), NGO in special consultative status », 20 septembre 2018. Voir aussi Gouvernement du Canada, « What we heard – views on Canada's draft national report under the Universal Periodic Review », Annexe 2, A/HRC/ WG.6/30/CAN/1.

360 Le terme « indirectement » fait référence aux soumissions citant la *Convention américaine* ou la *Convention Belém do Pará* dans leur rapport, ou à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits humains. Voir Canadian HIV/AIDS Legal Network, « Sticking Points: Barriers to Access to Needle and Syringe Programs in Canada » (avril 2007); Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et al, « Joint Submission to the United Nations Human Rights Council in regard to the Universal Periodic Review Concerning Canada (Second Cycle) » (octobre 2012); Canadian Centre on Statelessness and Institute on Statelessness and Inclusion, « Joint Submission to the Human Rights Council at the 30th Session of the Universal Periodic Review: Canada »; Amnesty International, « Submission for the UN Universal Periodic Review 30th Session of the UPR Working Group: Canada » (mai 2018).

361 Commission Canadienne des droits de la personne, *Submission to the United Nations Human Rights Council on the Occasion of its Review of Canada During the 3rd Cycle of the Universal Periodic Review* (octobre 2017) à la p 5 [notre traduction].

362 *Ibid.*

363 La République tchèque a recommandé au Canada de « diffuser largement les conclusions du présent Examen périodique universel, et faire en sorte que la tenue de consultations régulières et largement ouvertes avec la société civile fasse partie intégrante du suivi de l'Examen périodique universel ainsi que de l'établissement du prochain rapport national à cet égard ». D'autres États ont fait des recommandations similaires au Canada. À titre d'exemple, en 2013, le Canada a accepté les recommandations du Pérou d'« accroître, en mettant en place des mécanismes de consultation, la participation des peuples autochtones à l'élaboration des politiques qui les concernent » et de l'Irlande de « veiller à ce que les organes de suivi des traités consultent les groupes concernés de la société civile en vue de la mise en œuvre des recommandations et à ce que les opinions de ces groupes soient dûment prises en compte ». Conseil des droits de l'homme, 2009, *supra* note 358 au para 86.62; Conseil des droits de l'homme, 2013, *supra* note 358 aux paras 128.28, 128.63.

Toutefois, il appert que cette recommandation n'a pas été pleinement appliquée³⁶⁴. La Commission canadienne des droits de la personne a également souligné, en 2018, que « le Canada n'a pas de processus permettant d'assurer une élaboration de politiques coordonnée qui respecte les obligations internationales de droits humains du Canada. Ses politiques sont plutôt mises en place de manière fragmentée, sans que les décideurs ne rencontrent la société civile, les organisations autochtones, les institutions de droits humains et les autres parties prenantes »³⁶⁵.

- Le SIADH

Contrairement au système de droits humains des Nations Unies, les organisations de la société civile et les peuples autochtones du Canada ont considérablement moins utilisé le Système interaméricain de protection des droits humains. Par exemple, alors que plus de 200 organisations canadiennes ont un statut consultatif auprès du Conseil économique et social des Nations Unies³⁶⁶, seulement 13 organisations canadiennes sont enregistrées auprès de l'OÉA³⁶⁷.

• Pétitions individuelles

Tel que mentionné précédemment, quand le Canada s'est joint à l'OÉA et a adhéré à la Charte de l'OÉA en 1990, il a reconnu les obligations se rapportant à la protection des droits humains contenues dans la *Déclaration américaine*. Dans les 30 dernières années, neuf pétitions ont été transmises à la Commission interaméricaine et ont passé le premier processus d'examen³⁶⁸:

- Le Canada a été trouvé non responsable dans une affaire, et responsable dans deux affaires;
- Trois affaires ont été considérées irrecevables; et
- Trois affaires sont présentement à l'étude³⁶⁹.

Dans deux des trois affaires déclarées irrecevables, les demandeurs.resses n'ont pas épuisé les recours internes. Dans la troisième, le demandeur n'a pas soumis sa pétition dans les délais alloués.

Les deux affaires dans lesquelles le Canada a été reconnu comme responsable de violations de la *Déclaration américaine* étaient en lien avec l'immigration et les droits des personnes immigrantes. Dans ces deux cas, le Gouvernement canadien a adopté une posture somme toute décevante quant aux rapports de la CIDH, fournissant une quantité limitée d'information quant aux mesures entreprises afin de se conformer aux recommandations faites par la Commission³⁷⁰.

364 Voir par ex NGO Coalition, «Empty Words and Double Standards: Canada's Failure to Respect and Uphold International Human Rights: A Joint Submission to the United Nations Human Rights Council in relation to the May 2013 Universal Periodic Review of Canada» (octobre 2012), en ligne: Amnesty International <https://www.amnesty.ca/sites/default/files/upr16_ngo_coalition_submission_for_the_upr_of_canada_october_2012_eng.pdf>; NGO Coalition, «Promise and Reality: Canada's International Human Rights Implementation Gap; Joint NGO Submission to the United Nations Human Rights Council in relation to the February 2009 Universal Periodic Review of Canada» (9 septembre 2008) en ligne: Community-University Research Alliance Project <http://socialrightscura.ca/documents/UPR/JS1_CAN_UPR_S4_2009_SocialRightsAdvocacyCentre_Etal_JOINT.pdf>.

365 Commission canadienne des droits de la personne, *supra* note 361 à la p 5.

366 Département des affaires économiques et sociales des Nations Unies, «Recherche avancée pour les Organisations de la Société Civile», en ligne : <<https://esango.un.org/civilsociety/displayAdvancedSearch.do?method=search&sessionCheck=false&locale=f>>.

367 Les organisations de la société civile et les peuples autochtones peuvent participer dans ces systèmes de différentes manières. Nous effectuons cette comparaison pour dresser un portrait de la différence de participation dans les deux systèmes. OÉA, «Civil Society Registry: Canada», en ligne: <http://www.oas.org/en/ser/dia/civil_society/oscanada.shtml>.

368 Bien que les neuf pétitions aient été déposées et traitées, un nombre plus élevé ont été envoyées à la CIADH. Elles sont en attente d'un examen initial. Le processus d'examen initial peut être long, puisque la Commission n'a pas les moyens d'analyser toutes les pétitions qu'elle reçoit. Par exemple, en 2013, 8548 pétitions étaient en attente d'un examen initial.

369 Voir plus généralement Bernard Duhaime, «Time to Become a Full Player», *supra* note 3.

370 Voir *John Doe et al. (Canada)* (2019), Inter-Am Comm HR, Résumé, No 78/11, Affaire 12.586; *Manickavasagam Suresh (Canada)* (2019), Inter-Am Comm HR, Résumé, No 8/16, Affaire 11.661 [Affaire Suresh].

Le Canada n'a pas été trouvé responsable dans l'affaire *Grand Chief Mitchell*. Dans cette affaire à propos du « commerce transfrontalier par des peuples autochtones séparés par une frontière » (entre les États-Unis et le Canada)³⁷¹, la Commission s'est prononcée sur le droit à la culture (article XIII) pour la première fois, et a conclu que le Canada n'avait pas violé le droit à la culture protégé par la *Déclaration américaine*.

Deux des affaires à l'étude sur le fond sont en lien avec des victimes autochtones. Dans l'affaire *Loni Edmonds and children*, les demandeur.esses allèguent que les autorités canadiennes ont privé Mme Edmonds, membre de la Nation Lil-Wat, de ses six enfants par différents processus administratifs et judiciaires qui ont violé ses droits ainsi que ceux de ses enfants³⁷². L'affaire *Hul'qumi'num Treaty Group* (HTG) concerne le titre ancestral allégué des demandeur.esses sur certains territoires et l'exploitation des ressources naturelles sur ces terres par des tierces parties³⁷³.

Bien que les résultats de ces affaires seront significatifs, les décisions se rapportant à la recevabilité en soi ont été déterminantes, puisque la Commission a conclu, ce faisant, en l'absence de recours internes appropriés et efficaces pour remédier aux violations alléguées. Ces décisions pourraient aider à exiger des changements au niveau interne ou à permettre aux peuples autochtones de présenter des pétitions au niveau international sans avoir à épuiser des recours internes considérés comme inefficaces ou inappropriés.

La troisième affaire présentement à l'étude, l'affaire Demers, se rattache à un activiste antiavortement qui a été arrêté puis accusé de trois infractions en vertu du *Access to Abortion Services Act* à Vancouver, en Colombie-Britannique³⁷⁴. La Commission a conclu à l'irrecevabilité de multiples allégations concernant les « enfants à naître » et les « violations du droit des mères »³⁷⁵.

Une analyse des affaires ayant réussi le processus d'examen initial de la CIADH démontre que les enjeux les plus fréquemment soulevés par les pétitions ressemblent à ceux qui sont soumis au système des Nations Unies. Mis à part Demers, tous les cas traitent des droits des peuples autochtones ou des personnes qui risquent la déportation du Canada³⁷⁶.

- *Les rapports et les audiences publiques de la Commission interaméricaine*

Le Canada a fait l'objet de deux rapports thématiques : le *Rapport sur la situation des droits de la personne des demandeurs d'asile dans le système canadien de reconnaissance du statut de réfugié* et le *Rapport sur les femmes et filles autochtones disparues et assassinées en Colombie-Britannique*.

Le *Rapport sur la situation des droits de la personne des demandeurs d'asile dans le système canadien de reconnaissance du statut de réfugié* a analysé « une série d'enjeux liés à la situation des droits humains des personnes soumises au processus de détermination du statut de réfugié au Canada »³⁷⁷. Il s'est attardé à la capacité des demandeur.esses d'asile d'accéder au système de détermination du statut de réfugié, la disponibilité et la portée de la révision administrative et la protection judiciaire pour les demandeur.es d'asile dont la demande a été refusée, la capacité des personnes détenues pour des raisons de sécurité publique d'obtenir une révision judiciaire portant sur la légalité de leur détention, ainsi que sur la disponibilité et la portée de la protection judiciaire pour les droits des enfants nés au Canada qui sont directement affectés par les procédures d'expulsion d'un ou de plusieurs parents qui n'ont pas la citoyenneté canadienne.

371 *Grand Chief Michael Mitchell (Canada)* (2008), Inter-Am Comm HR, No 61/08, Affaire 12.435, au para 78 [*Grand Chief Michael Mitchell*].

372 *Loni Edmonds and children (Canada)* (2013), Inter-Am Comm HR, No 89/13, Pétition 879-07.

373 *Hul'qumi'num Treaty Group (Canada)* (2009), Inter-Am Comm HR, No 105/09, Pétition 592-07 [*Hul'qumi'num Treaty Group*].

374 *James Demers (Canada)* (2006), Inter-Am Comm HR, No 85/06, Pétition 225-04 au para 1.

375 *Ibid* au para 45.

376 Voir entre autres Bernard Duhaime, « Dix raisons pour lesquelles le Canada devrait adhérer à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* » (2018) 31:1 RQDI 267 à la p 193 [Duhaime, « Dix raisons »].

377 *Rapport sur la situation des droits de la personne des demandeurs d'asile dans le système canadien de reconnaissance du statut de réfugié (Canada)* (2000), Inter-Am Comm HR, Doc off OEA/ Ser.L./V/II.106 Doc. 40 rev au para 1 [*Rapport sur les droits des demandeurs d'asile*].

Dans ses conclusions, la Commission a reconnu que «le système dans son ensemble est à la fois humanitaire dans son esprit et très généreux dans ses résultats»³⁷⁸. Cependant, la Commission a également émis une série de recommandations que le Canada n'a pas mises en œuvre en prenant les mesures appropriées³⁷⁹. Il est préoccupant de constater que la Commission a observé, dans son rapport, une méconnaissance du droit international des droits humains, et qu'il y avait «une perception de la part de certains fonctionnaires que les droits humains relevaient des affaires étrangères plutôt que de la mise en œuvre du droit interne»³⁸⁰. De surcroît, les positions défendues par les représentant.es de l'État, lors de l'audience de suivi, n'ont pas laissé entrevoir que des mesures avaient été prises afin de mettre en œuvre le droit international pertinent au sein du droit et des pratiques internes, ni de fournir la formation appropriée aux employés de l'État³⁸¹.

Le *Rapport sur les femmes autochtones disparues et assassinées en Colombie-Britannique*, pour sa part, «analyse le contexte dans lequel des femmes autochtones sont disparues ou ont été assassinées dans les dernières années, ainsi que la réponse de l'État canadien à cet enjeu de droits humains»³⁸². La Commission a tenu une audience en 2012 sur «La situation des femmes et des filles autochtones au Canada» à la demande de l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC), l'Alliance féministe pour l'action internationale (AFAI) et la clinique de droits humains de l'Université de Miami³⁸³. À la suite de cette audience, la Commission a demandé de visiter le pays.

En 2013, une seconde audience a été tenue afin de faire un suivi sur la «Situation du droit à la vie des femmes et des filles autochtones au Canada». Durant cette audience, la Commission a réitéré sa demande de visiter le pays³⁸⁴.

Lors de sa visite au Canada, la Commission interaméricaine a rencontré des hauts fonctionnaires, des organisations de la société civile ainsi que des peuples et des organisations autochtones. Dans son rapport, la Commission a constaté que les «disparitions et assassinats des femmes autochtones au Canada font partie d'un plus grand schéma de violence et de discrimination contre les femmes autochtones dans le pays»³⁸⁵. La Commission a conclu qu'

*agir contre la violence contre les femmes autochtones ne suffit pas, à moins que les facteurs sous-jacents de la discrimination raciale et genrée soient également abordés. Une approche complète et holistique appliquée à la violence contre les femmes autochtones signifie que les inégalités, passées comme présentes, institutionnelles comme culturelles, doivent également être traitées. Parmi les éléments qui doivent être pris en compte se trouve la dépossession de leur territoire, ainsi que les lois et politiques historiques qui ont affecté négativement les femmes autochtones en les plaçant dans une position d'inégalité et en empêchant la pleine jouissance de leurs droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels*³⁸⁶.

La Commission a notamment encouragé «la création d'un plan d'action ou une enquête nationale se penchant sur l'enjeu des femmes et filles autochtones disparues et assassinées, afin de mieux comprendre et d'aborder le problème par des approches intégrales»³⁸⁷.

Le Canada n'a pas adopté la totalité des recommandations formulées récemment par la Commission. Mise à part la mise sur pied de l'*Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, les progrès réalisés sont limités.

378 *Ibid* au para 167.

379 *Follow-up of the recommendations of the IACHR Report on asylum seekers in Canada* (2000), Inter-Am Comm HR, Audience publique, 166^e sess, en ligne: OAS <<http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=en&Session=1157>> [CIDH, *Follow-up*].

380 *Rapport sur les droits des demandeurs d'asile*, *supra* note 377.

381 CIDH, *Follow-up*, *supra* note 379.

382 *Rapport sur les femmes et filles autochtones disparues et assassinées en Colombie-Britannique (Canada)* (2014), Inter-Am Comm HR, Doc off OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30/14 au para 1.

383 *Complaints regarding Missing and Murdered Indigenous Women and Girls in British Colombia (Canada)* (2012), Inter-Am Comm HR, Audience publique, 144^e sess, en ligne: <<http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=en&Session=125&page=2>>.

384 *Situation of the Right to Life of Indigenous Women and Girls in Canada* (2013), Inter-Am Comm HR, Audience publique, 147^e sess, en ligne: <<http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=en&Session=131>>.

385 *Ibid* au para 5.

386 *Ibid* au para 11.

387 *Ibid* au para 309.

Dans le cadre de son rapport annuel de 2016³⁸⁸, la Commission a célébré la décision du Canada de lancer une enquête et d'adopter des mesures sur les meurtres et disparitions des femmes et des filles autochtones. Toutefois, la Commission s'est dite préoccupée par les signalements d'usage excessif de la force et d'agressions contre des membres de la presse lors de manifestations.

Dans ses rapports annuels de 2018 et 2019³⁸⁹, la Commission a noté que le Canada n'avait pas répondu à ses demandes d'information. Dans ces rapports, la Commission a reconnu le progrès et les obstacles du Canada lors de l'année à l'étude. Par exemple, la Commission a félicité la réponse aux Appels à l'action faits par la Commission de vérité et de réconciliation, l'engagement du gouvernement canadien de mettre en œuvre la DNUDPA et la publication du rapport final de *l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*.

Néanmoins, elle a fait part de ses réserves quant aux modifications proposées à la procédure de détermination du statut de réfugié qui pourrait limiter le droit d'asile, les informations continues à propos de stérilisations forcées de femmes autochtones dans plusieurs provinces canadiennes comme l'Alberta, le Manitoba, l'Ontario et la Saskatchewan, l'augmentation des suicides dans les communautés autochtones, le lent progrès vers le respect d'un jugement du Tribunal canadien des droits de la personne prévoyant la fin de l'inégalité des services pour les Premières Nations, ainsi que la situation des femmes autochtones incarcérées.

À la demande de la société civile ou des organisations des peuples autochtones, 15 audiences publiques ont été tenues à propos du Canada, en excluant les audiences publiques en lien avec des affaires soumises ou des rapports émis par la Commission interaméricaine³⁹⁰.

Sept de ces audiences concernaient l'exercice des droits humains des peuples autochtones. Deux audiences étaient en lien avec des mesures visant à prévenir les violations des droits humains commises par des industries extractives canadiennes qui œuvrent en Amérique latine. Les autres audiences étaient à propos de la liberté d'expression et de la législation antiterroriste au Canada; la situation des droits humains des personnes LGBTI au Canada; le droit à la liberté d'expression, de réunion, d'association et de mouvement au Canada; ainsi que la situation des droits des personnes demandant l'asile politique au Canada. Une audience a également été tenue au sujet du suivi et de la mise en œuvre des obligations internationales de droits humains au Canada.

388 Commission interaméricaine des droits humains, «Chapter IV.A: Overview of the human rights situation from the monitoring work of the Thematic Rapporteurships» dans *Rapport annuel 2016* aux para 23, 25, 34, 63, 65.

389 Commission interaméricaine des droits humains, «Chapter IV.A: Overview of human rights situation by Country» dans *Rapport annuel 2018* aux para 111-121; Commission interaméricaine des droits humains, «Chapter IV.A: Overview of human rights situation by Country» dans *Rapport annuel 2019* aux para 140-155.

390 Voir Commission interaméricaine des droits humains, «Hearing and other Public Events: Advanced Search», en ligne: <<http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/advanced.aspx?Lang=en>>.

5. JUSTICE TRANSITIONNELLE ET RÉCONCILIATION AU CANADA ET DANS LES AMÉRIQUES

a) Historique des initiatives en matière de justice transitionnelle et de réconciliation au Canada³⁹¹

Le Canada a amorcé son processus de réconciliation avec les peuples autochtones dans les années 1980, alors que certaines églises commençaient à présenter leurs excuses quant au traitement des peuples autochtones, particulièrement dans le contexte des pensionnats autochtones. Les Missionnaires Oblats de Marie Immaculée, par exemple, ont demandé pardon pour le rôle qu'ils ont joué dans « l'impérialisme culturel, linguistique et religieux » depuis les premiers contacts³⁹². L'Église Presbytérienne a admis avoir « accepté de retirer des enfants autochtones de leurs foyers afin de les placer dans les Pensionnats », où certains.es d'entre eux/elles ont subi des abus sexuels³⁹³. L'Église Unie, dans ses deuxièmes excuses, a précisé que les victimes d'abus physiques, sexuels et mentaux n'avaient « rien fait de mal »³⁹⁴. Les dirigeants autochtones se sont montrés favorables aux excuses présentées par les églises, en précisant toutefois qu'elles ne constituaient que le début d'un processus plus vaste³⁹⁵.

Plusieurs églises se sont référées au gouvernement canadien dans leurs excuses, comme ce fut le cas, par exemple, de l'Église presbytérienne. En effet, le gouvernement a joué un rôle direct dans la gestion des relations avec les peuples autochtones durant les années 1990. Au lendemain de la crise d'Oka et de l'échec de l'*Accord du lac Meech*, le gouvernement a créé la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA)³⁹⁶ afin de mieux comprendre les enjeux relatifs aux relations entre autochtones et allochtones. Dans une entrevue accordée à CBC, Phil Fontaine, à l'époque grand chef de l'Assemblée des Premières Nations, a révélé avoir été victime de plusieurs abus alors qu'il était étudiant dans un pensionnat autochtone. Simpson considère que cette entrevue a grandement marqué les esprits canadiens, voire contribué directement à la création de la CRPA³⁹⁷.

En effet, les pensionnats n'avaient pas été initialement identifiés comme un sujet sur lequel enquêter quand la CRPA a été mise sur pied. Toutefois, les audiences et le rapport final de la CRPA ont permis aux survivant.es de raconter leurs histoires, mettant au premier plan l'enjeu que représentaient ces écoles et les expériences vécues par les étudiant.es³⁹⁸.

La plupart des recommandations de la CRPA, particulièrement celles traitant de la gouvernance autochtone, ont été ignorées³⁹⁹. En revanche, comme l'a fait remarquer Henderson, puisque les recommandations pour la réconciliation, comme les réparations monétaires, « peuvent être plus facilement individualisées et contenues que

391 Voir généralement Jim Miller, *Residential Schools and Reconciliation: Canada Confronts its History*. D'autres sources pertinentes sont les suivantes: Ronald Niezen, *Truth and Indignation: Canada's Truth and Reconciliation Commission on Indian Residential Schools*, Toronto, University of Toronto Press, 2013 [Niezen, « Truth and Indignation I »]; Ronald Niezen, *Truth and Indignation: Canada's Truth and Reconciliation Commission on Indian Residential Schools*, 2^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 2017 [Niezen, « Truth and Indignation II »]; Paulette Regan, *Unsettling the settler within: Indian residential schools, truth telling, and reconciliation in Canada*, Vancouver: UBC Press, 2010; David B. Macdonald, *The sleeping giant awakens: genocide, Indian residential schools, and the challenge of conciliation*, Toronto, University of Toronto Press, 2019.

392 Miller, *supra* note 391 à la p 4.

393 *Ibid* à la p 38.

394 *Ibid* à la p 39.

395 *Ibid* à la p 246.

396 Leanne Betasamosake Simpson qualifie les « cadeaux de réconciliation », comme la CRPA, les traités et les enquêtes, de « partie intégrante d'un vaste cycle de violence coloniale et d'occupation, bien que ces cadeaux sont considérés par l'État comme une manière de briser ce cycle ». Voir Simon Fraser University, « Restoring Nationhood: Leanne Betasamosake Simpson » (13 janvier 2014), en ligne (vidéo): YouTube <https://www.youtube.com/watch?v=fHIQZQIUJlo&feature=emb_rel_end>.

397 University of Saskatchewan, « Audra Simpson—Reconciliation and its Discontents: Settler Governance in an Age of Sorrow » (22 mars 2016) en ligne (vidéo): YouTube <<https://www.youtube.com/watch?v=vG19HkzQsGg&t=220s>>; voir MacDonald, *supra* note 391 à la p 19.

398 Glen Coulthard, *Red Skin, White Masks: Rejecting the Colonial Politics of Recognition*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2014 aux pp 115-116; Miller, *supra* note 395 aux pp 41-42.

399 Brieg Capitaine et Karine Vanthuyne, « Introduction » dans Brieg Capitaine & Karine Vanthuyne, dir, *Power through Testimony: Reframing Residential Schools in the Age of Reconciliation*, Vancouver, UBC Press, 2017 à la p 5.

les revendications territoriales»⁴⁰⁰, le gouvernement a choisi de répondre à la situation des pensionnats dans une déclaration publique de réconciliation, faite en 1998 par la ministre des Affaires indiennes Jane Stewart. Stewart s'est excusée à tous ceux et celles ayant souffert d'abus physiques et sexuels dans les pensionnats autochtones, et a souligné l'importance de la coopération pour aborder l'héritage laissé par ces écoles⁴⁰¹. Corntassel et Holder ont précisé que cette déclaration a été soigneusement formulée pour « tourner la page sur le passé » et n'offrait des excuses qu'à ceux ayant souffert d'abus physiques et sexuels. Comme ils l'ont fait remarquer, « apparemment, la politique des pensionnats en soi, ou tout autre impact culturel, politique, social, économique et psychologique ne méritaient pas d'excuses »⁴⁰². Bien que Fontaine ait accepté les excuses, ce n'a pas été le cas des autres chefs, notamment parce qu'elles n'avaient pas été présentées par le premier ministre lui-même à la Chambre des communes⁴⁰³.

En plus de cette déclaration de réconciliation, le gouvernement a publié son plan pour répondre aux relations entre autochtones et allochtones, « Rassembler nos forces », qui contenait la création de ce qui deviendrait la Fondation autochtone de guérison (FADG). La FADG a financé des projets communautaires axés sur les impacts des pensionnats autochtones et a publié une importante collection de publications visant à sensibiliser les allochtones aux expériences vécues par les survivant.es⁴⁰⁴. Le gouvernement fédéral a mis fin au financement de la FADG en 2010⁴⁰⁵.

En fin de compte, plusieurs peuples autochtones ont été déçus par les efforts du gouvernement au sujet des pensionnats, ce qui en a poussé plusieurs à se rendre devant les tribunaux, bien que certains dossiers d'abus aient déjà été judiciairisés par le passé. C'est le cas des survivant.es d'abus du pensionnat de Gordon, en Saskatchewan, dans lequel l'accusé a été reconnu coupable en 1993, et ses victimes ont été indemnisées. Cette affaire, comme les subséquentes, ont mis en lumière l'insuffisance de l'indemnisation des victimes si elle n'est accompagnée d'aucune mesure plus complète⁴⁰⁶.

Malgré les lacunes que présentent les procédures judiciaires, comme la nature accusatoire des témoignages et des contre-interrogatoires, des milliers de survivant.es ont tout de même poursuivi des églises et le gouvernement en raison des abus qu'ils ont soufferts.

En octobre 2002, plus de 11 000 poursuites avaient été intentées⁴⁰⁷. En réaction à cette explosion du nombre de demandes, mettant en danger l'existence même des églises et laissant planer la menace d'actions collectives de plusieurs milliards de dollars, le gouvernement et les églises ont graduellement reconnu le besoin d'un processus alternatif. Au même moment, le mécanisme de résolution des différends, financé par le gouvernement afin de proposer une alternative au litige, s'est avéré décevant, notamment parce qu'il « revêtait un caractère colonial : créé et contrôlé par le gouvernement, il ne permettait pas les réclamations pour la perte de culture »⁴⁰⁸. Les négociations, auxquelles Fontaine s'était invité, ont donné lieu en 2005 à la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (CRRPI)⁴⁰⁹.

400 Jennifer Henderson, « The Camp, the School, and the Child: Discursive Exchanges and (Neo)liberal Axioms in the Culture of Redress », dans Jennifer Henderson et Pauline Wakeham, dir, *Reconciling Canada: Critical Perspectives on the Culture of Redress*, Toronto, University of Toronto Press, 2013 à la p 67.

401 Miller, *supra* note 391 à la p 75; Capitaine et Vanthuyne, *supra* note 399 à la p 5.

402 Jeff Corntassel et Cindy Holder, « Who's Sorry Now? Government Apologies, Truth Commissions, and Indigenous Self-Determination in Australia, Canada, Guatemala, and Peru » (2008) 9 Hum Rights Rev 465 à la p 473.

403 Miller, *supra* note 391 aux pp 77-78.

404 *Ibid* aux pp 90-93.

405 Coulthard, *supra* note 398 aux pp 121-122.

406 Miller, *supra* note 391 à la p 73.

407 Ronald Niezen, « Templates and exclusions: victim centrism in Canada's Truth and Reconciliation Commission on Indian residential schools » (2016) 22 J Royal Anthropological Institute (N.S.) 920 à la p 921 [Niezen, « victim centrism »].

408 Miller, *supra* note 391 à la p 130. Voir aussi Capitaine et Vanthuyne, *supra* note 399 à la p 6; Niezen, « victim centrism », *supra* note 407 à la p 921. L'action collective de l'Assemblée des Premières Nations, par exemple, totalisait 36 milliards de dollars.

409 Miller, *supra* note 391 à la p 125.

La CRRPI comportait le Processus d'évaluation indépendant pour indemniser les survivant.es d'abus; le paiement d'expérience commune pour indemniser tous.les les ancien.nes étudiant.es; la Commission de vérité et de réconciliation (CVR); des projets de santé et de guérison, financés par la FADG; et un fonds de commémoration⁴¹⁰.

Peu avant la création officielle de la CVR, le premier ministre canadien de l'époque, entouré de dirigeants autochtones, a demandé pardon pour les pensionnats et a reconnu que l'absence prolongée d'excuses a fait obstacle à la guérison et à la réconciliation⁴¹¹. Les réactions ont été mitigées, et les actions subséquentes posées par le gouvernement fédéral d'alors semblent avoir généré des doutes quant à la sincérité de ce dernier. En 2009, le premier ministre canadien de l'époque a déclaré que le Canada n'avait aucun antécédent de colonialisme. Il a ajouté que le Canada tirait ses origines de «deux cultures majeures»⁴¹² (les cultures anglaise et française). En 2010, tel que mentionné précédemment, le financement de la FADG a été interrompu, tout comme l'unité spéciale en charge de l'enjeu des pensionnats autochtones. De surcroît, il est rapporté que le gouvernement d'alors a fait tout ce qui était en son pouvoir afin d'empêcher l'accès d'anciens élèves à l'indemnisation, invoquant la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* afin de justifier sa décision⁴¹³. La *Loi de 2012 sur l'emploi et la croissance (Loi C-45)*, dont plusieurs sections affectent directement les peuples autochtones⁴¹⁴, a été adoptée. Coulthard décrit cette loi comme «la plus récente contribution à la vieille politique de dépossession coloniale du Canada»⁴¹⁵. Finalement, le gouvernement s'est montré très peu coopératif dans sa contribution en information et en archives à la CVR et, comme l'ancien directeur de cette commission l'a suggéré, n'a pas respecté la convention de règlement⁴¹⁶. Plusieurs sont parvenus à la conclusion que le gouvernement fédéral d'alors espérait que ses excuses représentaient la fin de la question, plutôt que le début d'un long processus⁴¹⁷.

Au cours de ses six années d'existence, la CVR a tenu sept événements nationaux, deux événements régionaux et des centaines d'événements locaux, dans lesquels des survivant.es et d'autres personnes ont eu la chance de raconter leur histoire. À travers le processus de la CVR et dans la rédaction du rapport final, le président de la commission, le juge Murray Sinclair, ainsi que les commissaires Marie Wilson et le chef Wilton Littlechild ont insisté sur le fait que le but de la CVR n'était pas d'atteindre la réconciliation, mais plutôt de partager de l'information au sujet des voies pouvant mener à la réconciliation⁴¹⁸.

Par conséquent, le rapport final donne une leçon d'histoire, comme le rapport de la CRPA avant lui, en réévaluant l'histoire autochtone avant le contact avec les Européens, ainsi que les contributions des autochtones à l'histoire après ce contact. Les appels à l'action des commissaires, dont leur qualification de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* comme le cadre adéquat pour amorcer la réconciliation, s'inscrivent eux aussi dans cette catégorie plus large des voies menant à la réconciliation⁴¹⁹.

Le rapport de la CVR a fait l'objet de plusieurs critiques. L'un des reproches principaux concerne la décision de qualifier les pensionnats comme un génocide culturel, et non pas comme un génocide en tant que tel⁴²⁰.

410 Capitaine et Vanthuyne, *supra* note 399 à la p 6

411 Coulthard, *supra* note 398 aux pp 105, 125-126; Miller, *supra* note 391 aux pp 192-193.

412 Kiera L Ladner et Michael McCrossan, «Whose Shared History?» (2014) 73 *Labour/Le Travail* 200; Coulthard, *supra* note 398 aux pp 105-106.

413 Miller, *supra* note 391 aux pp 201-202.

414 Voir plus spécifiquement *Loi de 2012 sur l'emploi et la croissance* (L.C. 2012, ch. 31), section 8 qui porte sur la *Loi sur les Indiens*.

415 Coulthard, *supra* note 398 aux pp 127-128.

416 MacDonald, *supra* 391 aux pp 113-115.

417 Miller, *supra* note 391 à la p 202.

418 *Ibid* à la p 216.

419 *Ibid* à la p 240.

420 *Ibid* à la p 257. Voir MacDonald, *supra* note 391 pour une discussion sur le génocide culturel.

D'autres ont critiqué la CVR pour son cadre narratif qui n'aborde que les situations d'abus vécus dans les pensionnats et non les autres torts que ces derniers ont causés. De plus, certain.es affirment que la perspective axée sur les victimes ne permet pas suffisamment d'entendre la version des responsables, alors que leurs témoignages auraient pu permettre une meilleure compréhension de ce qui s'est produit⁴²¹.

D'autres initiatives semblables à la CVR ont été mises sur pied, comme l'*Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*⁴²² (ENFFADA). En effet, depuis les années 2000, plusieurs organisations autochtones et organisations de défense des droits humains ont demandé au gouvernement canadien d'intervenir face au nombre disproportionné de femmes et filles autochtones disparues ou assassinées, et se sont prononcées en faveur d'une enquête nationale⁴²³. Par exemple l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) a mené sa propre enquête sur la question et, après avoir constaté la disparition de centaines de femmes autochtones dans de nombreuses communautés au Canada, a débuté en 2004 la campagne Sœurs par l'esprit, qui a mené à la publication du rapport *Ce que leurs histoires nous disent* en 2010⁴²⁴, faisant état de la disparition et du meurtre de 582 femmes autochtones à travers le Canada entre 1990 et 2010⁴²⁵. De même, en 2004, Amnesty Internationale Canada francophone a adopté le rapport *On a volé la vie de nos sœurs. Discrimination et violence contre les femmes autochtones*⁴²⁶, et en 2008 le rapport *Assez de vies volées ! Discrimination et violence contre les femmes autochtones au Canada : une réaction d'ensemble est nécessaire*⁴²⁷.

En 2008, l'organisation autochtone de Colombie-Britannique «Walk4Justice», a documenté pour sa part plus de 600 cas de femmes autochtones disparues ou assassinées entre 1970 et 2010⁴²⁸ et a exigé, dès ses débuts, la mise sur pied, par le gouvernement fédéral d'une enquête nationale publique⁴²⁹. De même, en 2013, Human Rights Watch a publié un rapport *Those Who Take Us Away*, à propos des disparitions en Colombie-Britannique, recommandant au gouvernement du Canada la mise en place urgente d'une enquête nationale publique sur ces violations⁴³⁰. En 2014, le gouvernement du Canada a mené un aperçu opérationnel national des dossiers de la Gendarmerie Royale du Canada concernant les cas de disparitions et meurtres des femmes et filles autochtones et a fait état de 1 184 cas de femmes et filles autochtones disparues ou assassinées, entre 1980 et 2012, et a adopté son rapport

421 Niezen, «victim centrism», *supra* note 407 à la p 935.

422 *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*, Ottawa, ENFFADA, 2019 [Rapport ENFFADA]. Voir généralement Léa Serier, «Les disparitions et meurtres des femmes et filles autochtones au Canada: la responsabilité internationale du Canada face à ces violations graves de droits humains», mémoire de maîtrise, UQAM, 2022.

423 L'Association des Femmes Autochtones du Canada, *Ce que leurs histoires nous disent. Résultats de recherche de l'initiative Sœurs par l'esprit*, 2010. Canada Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada : rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, 2015; OEA, *Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), Missing and Murdered Indigenous Women in British Columbia, Canada*, OEA/Ser.L/V/II Doc. 30/14, 2014. en ligne (pdf): <<https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Indigenous-Women-BC-Canada-en.pdf>> au para 288, voir aussi Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, Doc. CEDAW/C/CAN/CO/7, 7 novembre 2008; voir aussi Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Rapport d'enquête concernant le Canada du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes en vertu de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Doc. CEDAW/C/OP.8/CAN/1, 30 mars 2015, au para 217

424 L'Association des Femmes Autochtones du Canada, *supra* note 423.

425 *Ibid* à la p 21.

426 Amnesty Internationale, *On a volé la vie de nos sœurs: Discrimination et violence contre les femmes autochtones*, 2004.

427 Amnesty Internationale, «Assez de vies volées, discrimination et violence contre les femmes autochtones au Canada : Une réaction d'ensemble est nécessaire», 2008 en ligne (pdf): <<https://www.mnesty.org/download/Documents/AMR200122009FRENCH.PDF>>.

428 Gladys Radek, «Walk4Justice summary; 2010» 1 à la p 3, en ligne (pdf) à <https://www2.unbc.ca/sites/default/files/sections/northern-fire/walk4justice_summary2010.pdf>. Voir aussi Robyn Bourgeois, «Perpetual State of Violence: An Indigenous Feminist Anti-Oppression Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls» dans *Making Space for Indigenous Feminism*, 2^e éd, Halifax & Winnipeg, Fernwood Publishing., 2017 253, à la p 257. Voir aussi Yolande Cole, «Walk4Justice aims to raise awareness about murdered and missing women», *Ga Straight* (15 juin 2011), en ligne: <<https://www.straight.com/news/walk4justice-aims-raise-awareness-about-murdered-and-missing-women>>.

429 Radek, *supra* note 428.

430 Human Rights Watch *Those Who Take Us Away. Abusive Policing and Failures in Protection of Indigenous Women and Girls in Northern British Columbia, Canada*, 2013. Voir aussi; Maryanne Pearce, *An awkward silence: missing and murdered vulnerable women and the Canadian justice system*. Université d'Ottawa, 2014 qui a documenté 824 cas de femmes autochtones disparues ou assassinées. Voir aussi KAIROS, «Taking our courage in hand and overcoming fear #KAIROS20», en ligne : <<https://www.kairoscanada.org/taking-our-courage-in-hand-and-overcoming-fear-kairos20>>.

*Les femmes disparues et assassinées : Un aperçu opérationnel national*⁴³¹, mis à jour en 2015⁴³², qui a fait l'objet de nombreuses critiques⁴³³, dont par la *Legal Strategy Coalition on Violence Against Indigenous Women (LSC)*⁴³⁴.

Enfin, dans son rapport final sur les effets durables des politiques des pensionnats sur les enfants et les familles adoptés en 2015, la CVR dénonce également le phénomène⁴³⁵.

De nombreuses organisations internationales ont également demandé au Canada de mettre sur pied une enquête indépendante sur la situation des disparitions et meurtres des femmes et filles autochtones au pays. C'est entre autres le cas du Comité de l'ONU pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes (CEDEF) en 2008⁴³⁶ et du Rapporteur spécial de l'ONU sur les droits des peuples autochtones en 2014⁴³⁷. En 2015, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a publié son *Rapport sur la situation des disparitions et meurtres des femmes et filles autochtones en Colombie-Britannique*⁴³⁸, alors que le Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes de l'ONU a adopté son rapport sur le Canada et la situation des femmes autochtones et a réitéré ses recommandations visant l'établissement d'une enquête nationale sur la question au Canada⁴³⁹.

En 2016, l'Enquête nationale sur les femmes et filles autochtones disparues et assassinées est finalement mise sur pied et a publié son rapport en 2019⁴⁴⁰, qui inclut 231 appels à la justice⁴⁴¹, et qui conclut que le Canada a commis un véritable génocide envers les femmes et filles autochtones⁴⁴². Le rapport indique que ces violations résultent des affirmations coloniales de la souveraineté européenne sur les territoires autochtones, incarnées dans les différentes politiques coloniales, dont la *Loi sur les Indiens*, les pensionnats autochtones, la rafle des années 1960, mais aussi dans les politiques actuelles. Celles-ci constituent, selon l'ENFFADA, des atteintes aux droits des peuples autochtones et les marginalisent, ce qui entraîne une augmentation de la violence à leur rencontre⁴⁴³. Le rapport dénonce également le maintien du *statu quo* de la part du gouvernement canadien, qui contribue à marginaliser les femmes et filles autochtones, et son manque de volonté de répondre à ces violations de droits humains⁴⁴⁴.

En 2022, à la suite d'allégations de femmes autochtones affirmant avoir été victimes de stérilisations imposées dans des établissements de santé, la Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador a publié un rapport de recherche, *Consentement libre et éclairé et les stérilisations imposées de femmes des Premières Nations et Inuit au Québec*. Ce rapport a permis de mettre en lumière et de confirmer « qu'il y a eu des cas

431 Canada, Gendarmerie Royale du Canada, *Femmes autochtones portées disparues ou assassinées : rapport opérationnel national*, 2014;

432 Canada, Gendarmerie Royale du Canada *Les femmes autochtones disparues et assassinées: Mise à jour de 2015 de l'Aperçu opérationnel national*, 2015. En ligne (pdf) <<https://www.rcmp-grc.gc.ca/wam/media/457/original/c6ffd9c760b018f8cfecb86a5eedceb9.pdf>>.

433 Voir notamment Véronique Breton, « Le Canada et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : une obligation d'enquête » (2019) 60:1 *Les Cahiers de Droit* 139 à la p 141

434 Legal Strategy Coalition on Violence Against Indigenous Women, « Part of the Solution, or Part of the Problem? The RCMP Update 2015 A comment by the Legal Strategy Coalition on Violence Against Indigenous Women on the RCMP Update to the National Operational Review, 2015 » (2015), en ligne (pdf) : <<https://www.leaf.ca/wp-content/uploads/2015/06/LSC-Review-of-2015-RCMP-Update.pdf>>.

435 CVR Canada, *Rapport final*, *supra* note 7 aux pp 191, 355.

436 Nations Unies, *Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, Doc. CEDAW/C/CAN/CO/7, 7 novembre 2008.

437 *United Nations, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya, A/HRC/27/52/Add.2*, 2014, au para. 89

438 OEA, *Commission Interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), Missing and Murdered Indigenous Women in British Columbia, Canada*, OEA/Ser.L/V/II Doc. 30/14, 2014. en ligne (pdf) : <<https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Indigenous-Women-BC-Canada-en.pdf>>, au para 288

439 *Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Rapport d'enquête concernant le Canada du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes en vertu de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Doc. CEDAW/C/OP.8/CAN/1, 30 mars 2015, au para 217 et 220

440 Rapport ENFFADA, vol 1, *supra* note 422 à la p 88, Bourgeois, *supra* note 428 à la p 257.

441 Rapport ENFFADA, vol 1, *supra* note 422 aux pp 198 et ss.

442 *Ibid* à la p 6.

443 *Ibid* à la p 54.

444 *Ibid* à la p 189.

de stérilisations imposées, de violences obstétricales et d'avortements imposés»⁴⁴⁵. Plusieurs recommandations y sont émises, tant pour les instances des Premières Nations et Inuit que pour les instances gouvernementales, ainsi que pour les femmes autochtones et les ordres professionnels des corps médicaux⁴⁴⁶.

b) Justice transitionnelle et réconciliation : définition et historique

Le Centre international pour la justice transitionnelle (ICTJ, selon son sigle en anglais), fondé en 2001 par le vice-président de la Commission sud-africaine de vérité et de réconciliation, Alex Boraine, affirme que « la réconciliation est le but ultime de toute société ayant subi des traumatismes et des abus violents »⁴⁴⁷. Les mécanismes et initiatives généralement utilisés dans la recherche de la réconciliation se situent sous l'égide de la justice transitionnelle (JT)⁴⁴⁸.

Dans les décennies qui ont suivi la fin de la dictature argentine de 1983, date qui marque traditionnellement les débuts des efforts de JT en Amérique latine⁴⁴⁹, les Nations Unies en sont venues à identifier quatre piliers de la JT : la vérité, la justice, les réparations et les garanties de non-répétition⁴⁵⁰. Chacun de ces éléments est essentiel afin d'atteindre la réconciliation. Toutefois, la réconciliation en soi est le plus souvent associée à la recherche de la vérité quant aux violations des droits humains⁴⁵¹, comme en témoignent les nombreuses commissions de vérité et de réconciliation. L'enjeu de la vérité, mettant en lumière une période sombre de l'histoire d'un État, a été amplement couvert dans la création de commissions d'enquête⁴⁵², qui sont explicitement liées à la recherche de la vérité, ou de tribunaux, qui servent plus souvent de mécanismes de recherche de justice⁴⁵³. Toutefois, le type de vérité (narrative ou juridique) établi dans ces deux différents mécanismes n'est certainement pas identique, tout comme le processus de recherche de vérité (l'écoute de témoignages ou l'interrogatoire, par exemple)⁴⁵⁴.

En plus des commissions de vérité (et de réconciliation), les mécanismes habituels de JT comprennent des demandes de pardon, des programmes de réparation, la commémoration, des procès et des initiatives éducatives⁴⁵⁵.

i. La justice transitionnelle dans les sociétés non transitionnelles et coloniales

Avant d'aller plus loin, il est important d'aborder brièvement « l'industrie globale de JT »⁴⁵⁶ et ses mécanismes dans le contexte canadien. Le Canada n'est pas en transition d'une dictature militaire à une démocratie comme l'Argentine, le Brésil ou d'autres pays sud-américains dans les années 1980. Le Canada ne ressort pas non plus d'une période de

445 CSSSPNQL, *Consentement libre et éclairé et les stérilisations imposées des femmes des Premières Nations et Inuit au Québec*, Montréal, BANQ, 2022.

446 *Ibid* aux pp 64 et ss.

447 Réconciliation, *Centre for International Justice*, [en ligne] : <<https://www.ictj.org/gallery-items/reconciliation>>.

448 Ruti G Teitel, « Transitional Justice Genealogy » (2003) 16 *Harv Hum Rts J* 69 à la p 78. Alors que Teitel fait remonter les origines de la justice transitionnelle à la fin de la Guerre froide, Paige Arthur évoque la troisième vague de démocratisation. Voir Joanna R Quinn, « The Development of Transitional Justice » dans Cheryl Lawther, Luke Moffett et Dov Jacobs, dir, *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2017 aux pp 11-33.

449 Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2^e éd, New York, Routledge, 2011, aux pp 240-241. Comme le note Hayner, une commission visant à enquêter sur les disparitions en Bolivie a été créée avant la commission argentine. Toutefois, la commission bolivienne n'a jamais publié de rapport.

450 Organisation des Nations Unies, « Guidance Note of the Secretary-General, United Nations Approach to Transitional Justice » (2010), en ligne : <https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf>.

451 Voir Kimberly Theidon, *Intimate Enemies: Violence and Reconciliation in Peru*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2013 à la p 269.

452 Les commissions de vérité ont été créées dans le monde entier, y compris dans des pays aussi diversifiés que le Timor-Leste et le Panama, ou des villes comme Greensboro, en Caroline du Nord. Voir Hayner, *supra* note 449.

453 Nicola Henry, « From Reconciliation to Transitional Justice: The Contours of Redress Politics in Established Democracies » (2015) 9 *Int J Trans Just* 199 à la p 212. La majorité de la littérature antérieure sur la justice transitionnelle se concentrait sur ce qui est désormais considéré comme une fausse dichotomie, soit l'opposition entre la vérité et la justice. Voir Robert Rotberg et Dennis Thompson, *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Princeton, Princeton University Press, 2000; Patricia Naftali, « The Politics of Truth: on Legal Fetishism and the Rhetoric of Complementarity » (2015) *Hors-Série RQDI* 101.

454 Voir Rachel A. May, « "Truth" and Truth Commissions in Latin America » (2013) 21:2 *Investigación & Desarrollo* 494; Anne Orford, « Commissioning the Truth » (2006) 15:3 *Colum J Gender & L* 851.

455 « What is Transitional Justice? », en ligne : *Centre for International Justice* <<https://www.ictj.org/about/transitional-justice>>.

456 Coulthard, *supra* note 398 à la p 106.

guerre civile ou d'un conflit armé interne comme le Guatemala, le Salvador et le Pérou dans les années 1960 à 2000. En effet, il est à se demander si le Canada se trouve réellement en période de transition. Eisenberg, Bonner et James, par exemple, font remarquer que le contexte dans lequel des abus ont été commis contre les peuples autochtones, soit le colonialisme, est le même contexte que celui dans lequel des efforts ont été entrepris pour réparer ces abus⁴⁵⁷. Le Canada a toujours été et est encore une société empreinte de colonialisme.

C'est pourquoi Eisenberg affirme que le résultat du processus interne visant à s'attaquer aux abus passés devrait à tout le moins s'ancrer dans un profond changement de structure⁴⁵⁸. Nagy, Couture-Grondin et Suzack traitent également de la décolonisation dans leurs travaux à ce sujet⁴⁵⁹.

Au même moment, plusieurs chercheur.es préconisent une compréhension large de la justice transitionnelle, afin d'inclure les sociétés non transitionnelles ou colonialistes⁴⁶⁰, alors que Hanson ajoute que la justice transitionnelle «semble avoir perdu sa connexion à "un 'moment' exclusif dans le temps", ce qui suscite des interrogations quant aux moments de début et de fin de ces périodes de transition, ainsi qu'au type de transformation que les outils de justice cherchent à atteindre»⁴⁶¹. James écrit que «le Canada mérite assurément sa place dans les rangs de pays ayant recours à une commission de vérité : les démocraties transitionnelles libérales émergent – de manière précaire, controversée et, surtout, uniquement potentiellement – d'expériences de violations flagrantes et systématiques des droits humains»⁴⁶². Coulthard, d'autre part, n'est pas seul à défendre que l'utilisation des mécanismes de JT au Canada crée un faux sentiment de rupture entre le passé et le présent, ce qui rend plus difficile à concevoir que la violence coloniale puisse continuer à l'heure actuelle⁴⁶³. En effet, il affirme que «le révisionnisme conceptuel est nécessaire dans une approche qui tente d'appliquer les mécanismes de justice transitionnelle à des circonstances non transitionnelles»⁴⁶⁴.

Malgré ces débats, et malgré le fait que le gouvernement canadien n'ait jamais explicitement parlé de JT⁴⁶⁵, le Canada s'est engagé dans un processus qui y ressemble – des excuses ont été présentées, une Commission de vérité et de réconciliation a été créée et a émis une série de recommandations visant la non-répétition et la réconciliation, des initiatives de commémoration des victimes et de préservation de la mémoire ont été organisées, et des programmes de réparations ont été mis sur pied. Compte tenu de cette ressemblance et de l'adoption de mécanismes de JT au Canada, il est important de réfléchir aux autres expériences de JT et de tenter d'en tirer des leçons, en gardant en tête les limites et critiques de la structure de la JT, tant dans le cas du Canada que de manière plus générale.

457 Michelle Bonner et Matt James, «The Three R's of Seeking Transitional Justice: Reparation, Responsibility, and Reframing in Canada and Argentina» (2011) 2:3 Int Indigenous Pol J Article 3; Avigail Eisenberg, «The Challenges of Structural Injustice to Reconciliation: Truth and Reconciliation in Canada» (2018) 11: 1 Ethics Glob Polit 22. Voir aussi Jennifer Balint, Julie Evans et Nesam McMillan, «Rethinking Transitional Justice, Redressing Indigenous Harm: A New Conceptual Approach» (2014) 8 Intl J Tran Just 194; Coulthard, *supra* note 398.

458 Eisenberg, *supra* note 457.

459 Voir Rosemary Nagy, «Truth, Reconciliation and Settler Denial: Specifying the Canada–South Africa Analogy» (2012) 13 Hum Rights Rev 349; Élise Couture-Grondin et Cheryl Suzack, «The Becoming of Justice: Indigenous Women's Writing in the Pre-Truth and Reconciliation Period» (2013) 1:2 Transitional Justice Rev 97.

460 Balint, Evans et McMillan, *supra* note 457; Henry, *supra* note 453; Courtney Jung, «Canada and the Legacy of the Indian Residential Schools: Transitional Justice for Indigenous People in a Non-transitional Society» (2009) Aboriginal Policy Research Consortium Intl (APRCi) 295; Stephen Winter, *Transitional Justice in Established Democracies*, Cham, Palgrave, 2014.

461 Thomas Obel Hansen, «The Time and Space of Transitional Justice» dans Cheryl Lawther, Luke Moffett et Dov Jacobs, dir, *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2017 à la p 35.

462 Matt James, «Uncomfortable Comparisons: The Canadian Truth and Reconciliation Commission in International Context» (2010) 5:2 Ateliers de l'éthique/Ethics Forum

463 Coulthard, *supra* note 398 aux pp 108, 121. Voir aussi Jeff Corntassel, Chaw-win-is et T'lakwadzi, «Indigenous Storytelling, Truth-telling, and Community Approaches to Reconciliation» (2009) 35:1 Engl Stud Can 137; Corey Snelgrove, Rita Kaur Dhamoon et Jeff Corntassel, «Unsettling Settler Colonialism: The Discourse and Politics of Settlers, and Solidarity with Indigenous Nations» (2014) 3:2 Decolonization: Indigeneity, Education & Society 1. Pour Henderson, «movements for reparations, in their framing of historical wrongs, may be pressured to draw lines connecting the wrong of the past with the discredited assumptions of a bygone political order, once and for all surpassed by the post-historical political rationality of neoliberalism». Imaginer le passé comme étant si différent du présent (néolibéral) est clairement inexact. Voir Henderson, *supra* note 400 à la p 63.

464 Coulthard, *supra* note 398 à la p 108 (mots mis en évidence dans l'original).

465 Jennifer Matsunaga, «Two Faces of Transitional Justice: Theorizing the Incommensurability of Transitional Justice and Decolonization in Canada» (2016) 5:1 Decolonization: Indigeneity, Education & Society 24.

ii. *La justice transitionnelle et le colonialisme*

Plusieurs critiques de la justice transitionnelle proviennent de l'enjeu du (néo)colonialisme, particulièrement par son enracinement dans le droit et la loi. Il s'agit d'un enjeu particulièrement pertinent dans le cas du Canada et d'autres contextes coloniaux, comme l'Australie par exemple. En effet, la mise en œuvre de mécanismes de JT dans ces pays est précisément ce qui a poussé les spécialistes à s'interroger sur la signification de la « transition » – de quoi ? vers quoi ? – et les dommages qui peuvent être abordés et réparés à travers les processus de JT⁴⁶⁶. Il convient de répéter que l'adoption des mécanismes de JT dans ces pays n'a toutefois pas pressé leurs gouvernements à parler de la justice transitionnelle.

Par exemple, plutôt que la JT, le Canada se trouve dans un processus de vérité et de réconciliation⁴⁶⁷, une expression qui, selon Cornassel, Chaw-win-is et T'lakwadzi, n'a pas de traduction exacte dans les langues autochtones qu'ils ont citées⁴⁶⁸ (la déclaration de Simpson selon laquelle la réconciliation fait partie de la colonisation pourrait aider les traducteurs.trices dans leurs efforts⁴⁶⁹, tout comme l'avertissement d'Alfred comme quoi le gouvernement associe la réconciliation à la recolonisation⁴⁷⁰).

La discussion d'Orford au sujet de *Bringing Them Home*, le rapport de l'enquête nationale d'Australie sur la séparation des enfants autochtones et indigènes du détroit de Torrès de leurs familles, laisse entrevoir que le but de la JT ne peut être que la démocratie libérale⁴⁷¹, caractérisée, comme l'a souligné McEvoy, par la règle de droit ainsi qu'une compréhension problématique du droit comme étant apolitique et universel⁴⁷². Vieille ajoute que la situation, combinée avec la vision du droit comme « pouvant facilement se soustraire de son contexte social », révèle le biais occidental et ethnocentrique de la JT, se caractérisant à son avis comme une « approche néolibérale uniforme »⁴⁷³. Elle conclut qu'

*inconsciemment, la rhétorique occidentale portant sur la règle de droit et d'autres efforts de transition et de développement « jouent le même rôle que l'impérialisme qu'elle méprise habituellement, reléguant la rhétorique non européenne à un stage moins avancé de développement ». Les autres façons d'interpréter la justice sont simplement reléguées en second lieu ou absorbées dans le corpus de connaissance déjà existant ainsi que dans le cadre conceptuel correspondant*⁴⁷⁴.

An-Na'im aborde également cette hiérarchie des justices, plaidant que « la littérature et les stratégies de justice transitionnelle [...] perçoivent les conceptions autochtones de la justice comme une distraction de la grande mission "modernisante" des sociétés de l'Atlantique Nord »⁴⁷⁵. Il critique la JT pour sa manière de voir les sociétés transitionnelles comme s'étant « perdues dans la voie définie par leur expérience coloniale, mais en revenant désormais par l'application de modèles universels d'imputabilité prévus par des normes universelles de droits humains »⁴⁷⁶. Il se positionne ainsi contre « une approche de la justice [transitionnelle] dictée par une prétendue progression néocoloniale en transition »⁴⁷⁷.

466 Voir Hansen, *supra* note 461; Rosemary Nagy, « Transitional Justice as Global Project: critical reflections » (2008) 29:2 Third World Q 275.

467 Matsunaga, *supra* note 465.

468 Cornassel, Chaw-win-is et T'lakwadzi, *supra* note 463 aux pp 145-146.

469 University of Saskatchewan, *supra* note 397.

470 Charlie O'Connor, « T Alfred 20 sept 2016 » (21 septembre 2016) en ligne (audio): *Internet Archive* <<https://archive.org/details/TAfred20sept2016>>.

471 Orford, *supra* note 454.

472 Kieran McEvoy, « Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice » (2007) 34:4 J Law Soc 411.

473 Stephanie Vieille, « Transitional Justice: A Colonizing Field? » (2012) 4:3 Amsterdam Law Forum 58 aux pp 61-62.

474 *Ibid* aux pp 63-64.

475 Abdullahi Ahmed An-Na'im, « Editorial Note: From the Neocolonial 'Transitional' to Indigenous Formations of Justice » (2013) 7 Int J Trans Just 197 à la p 197.

476 *Ibid*.

477 *Ibid*.

Il est important de prendre en considération le travail de Sitze, qui a mis en lumière les racines coloniales de la Commission sud-africaine de vérité et de réconciliation. Un élément clé de ses recherches traitait de la généalogie de la Commission, soit les indemnités et commissions d'enquête datant de l'ère coloniale, créées dans le but d'examiner les émeutes, révoltes ou autres événements violents. Sitze a écrit que les commissions coloniales « se sont substituées à l'autoreprésentation : elles se sont assigné la responsabilité de représenter la santé, la sécurité et le bien-être des Autochtones qui, selon les principes des règles coloniales, "ne peuvent pas se représenter eux-mêmes" »⁴⁷⁸.

Sitze ne fait pas valoir que la Commission sud-africaine était identique à ces commissions coloniales, mais son travail remet le « statut sans précédent » de la Commission sud-africaine en question, à tout le moins⁴⁷⁹, et a suggéré un lien entre le passé colonial ainsi que le caractère postcolonial du présent et du futur, comme le fait An-Na'im.

La solution au problème de colonialisme de la JT pourrait donc être d'y inclure des processus décoloniaux. Matsunaga, cependant, croit qu'il s'agirait d'une erreur. La décolonisation et la JT sont, selon elle, inconciliables. La JT « consolide le pouvoir étatique et permet à des prétendues démocraties établies de prétendre être des États dont les systèmes de gouvernances sont toujours justes »⁴⁸⁰. Tel que l'indique Jung, les mécanismes de justice transitionnelle « sont conçus en partie pour réinscrire une identité nationale commune, légitimer le gouvernement et rétablir l'autorité morale de la souveraineté étatique »⁴⁸¹. Cependant, la décolonisation veut précisément le contraire. De surcroît, Matsunaga fait remarquer que l'incorporation de la décolonisation dans les mécanismes de justice transitionnelle et dans l'éducation, ainsi que l'accent mis sur la réconciliation « active un réflexe colonial d'innocence, appelé conscientisation »⁴⁸². Ainsi, l'intérêt que vouent les colonisateurs envers la réconciliation nous empêche d'explorer et de confronter notre propre complicité dans cette oppression, et nous fait croire que la décolonisation vise à changer nos attitudes et à « apprendre des leçons du passé »⁴⁸³.

Cette perspective est renforcée par les travaux respectifs d'Orford et Henry⁴⁸⁴. Orford suggère que *Bringing Them Home* raconte « une histoire originelle ne remettant même pas en question ses propres origines, et refusant de s'interroger quant à la légitimité de l'autorité souveraine et de la possession sur le continent australien »⁴⁸⁵. Henry affirme qu'un « paradigme de réconciliation » comme celui de l'Australie, « est incapable d'aborder les questions essentielles à la transformation de la communauté politique et de l'État. L'autodétermination et la souveraineté autochtones, par exemple, sont fondamentalement opposées à la formule de réconciliation libérale de consolidation de la paix, basée sur le concept "d'une seule nation" »⁴⁸⁶. Matsunaga a une vision semblable, considérant la JT (et la réconciliation) comme inconciliable avec la décolonisation, puisque, comme mentionné précédemment, la décolonisation concerne les terres et l'autodétermination⁴⁸⁷. Corntassel et Holder affirment que ce sont ces deux enjeux en particulier qui représentent le cœur des injustices qu'affrontent les peuples autochtones partout dans le monde⁴⁸⁸. Corntassel, Chaw-win-is et T'lakwadzi partagent cet avis et critiquent le fait que « l'enjeu des terres soit

478 Adam Sitze, *The Impossible Machine: A Genealogy of South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2013 à la p 13.

479 *Ibid* à la p 4.

480 Matsunaga, *supra* note 465 à la p 26.

481 Courtney Jung, « Research Brief: Transitional Justice for Indigenous People in a Non-transitional Society » (2009) International Centre for Transitional Justice 1 à la p 3, en ligne: <<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Identities-NonTransitionalSocieties-ResearchBrief-2009-English.pdf>>

482 Matsunaga, *supra* note 469 à la p 32.

483 *Ibid* aux pp 32-3.

484 Henry, *supra* note 453 à la p 204.

485 Orford, *supra* note 454 à la p 879.

486 Henry, *supra* note 453 aux pp 204-5.

487 Matsunaga, *supra* note 465 à la p 33. Henry affirme toutefois que la JT peut « embrasser plus clairement les efforts d'autodétermination et de décolonisation ». Voir Henry, *supra* note 453 à la p 214.

488 Corntassel et Holder, *supra* note 402 aux pp 465-466.

traité séparément de celui des pensionnats, sans prendre en compte le fait que les problèmes auxquels font face les survivants des pensionnats sont enracinés dans le retrait forcé de familles et communautés entières de leurs terres d'origine»⁴⁸⁹. Alfred, parlant du « problème fondamental » du Canada, rend le tout plus clair : « tout est une question de territoire », affirme-t-il⁴⁹⁰, une opinion que partage également Simpson⁴⁹¹.

iii. *Qui se réconcilie ?*

Les commentaires de Henry et Matsunaga au sujet de la réconciliation nous mènent à des critiques plus larges de la justice transitionnelle et de son orientation vers la réconciliation, puisque la réconciliation elle-même est rarement définie explicitement⁴⁹². Certain.es pourraient suggérer que ce manque de spécificité permet aux acteurs.trices de définir la réconciliation en se basant sur le contexte local, ce qui est absolument nécessaire. Cependant, comme nous le constaterons, même les acteurs.trices travaillant dans un contexte particulier ont souvent du mal à définir clairement en quoi consiste la réconciliation.

Plusieurs conviennent que la réconciliation est ancrée dans les relations. Hamber et Kelly partent de la compréhension que la réconciliation « est le processus de résolution des relations conflictuelles et fracturées à la suite d'un conflit politique »⁴⁹³. Heyner affirme que la réconciliation « implique la construction ou la reconstruction de relations qui aujourd'hui ne sont plus hantées par les conflits et la haine d'hier »⁴⁹⁴. Kriesberg voit la réconciliation de manière semblable, la décrivant comme lorsque « les parties qui ont expérimenté une relation oppressive ou un conflit destructeur les unes envers les autres s'efforcent d'atteindre ou de restaurer une relation qu'elles jugent minimalement acceptable »⁴⁹⁵. Pour Brounéus, « la réconciliation est un processus sociétal qui implique la reconnaissance mutuelle de la souffrance passée ainsi que le changement des attitudes destructrices et de comportements vers des relations constructives visant une paix durable »⁴⁹⁶. Natzman soutient que la réconciliation doit être perçue comme la construction de relations fonctionnelles entre les parties impliquées dans le conflit⁴⁹⁷.

Bloomfield adopte une approche similaire: « Reconciliation means finding a way to live alongside former enemies—not necessarily to love them, or forgive them, or forget the past in any way, but to coexist with them, to develop the degree of cooperation necessary to share our society with them, so that we all have better lives together than we have had separately »⁴⁹⁸.

Crocker offre son propre point de vue en abordant également des perspectives déjà existantes sur la réconciliation qui sont similaires aux précédentes, et les place sur un continuum de significations, allant de la plus fine à la plus solide. Les perspectives plus fines limitent la compréhension de la réconciliation à la simple coexistence, dans laquelle d'anciens ennemis ne s'entretient plus. La vision plus solide de la réconciliation qu'il identifie pose

489 Corntassel, Chaw-win-is et T'lakwadzi, *supra* note 463 à la p 146.

490 O'Connor, *supra* note 470. Sept ans plus tôt, Corntassel, Chaw-win-is et T'lakwadzi affirmaient que « nous avons vu comment la réconciliation encadrée par le Canada a servi à légitimer et renforcer les relations coloniales, maintenant le statu quo ». Voir Corntassel, Chaw-win-is et T'lakwadzi, *supra* note 463 à la p 155.

491 Simon Fraser University, *supra* note 396.

492 Pour une discussion complète sur la réconciliation, voir Elin Skaar, « Reconciliation in a Transitional Justice Perspective » (2013) 1:1 Transitional Justice Rev 54.

493 Brandon Hamber et Gráinne Kelly, « The Reconciliation Paradox » (2018) 34 Peace in Progress 1, en ligne: <<https://www.icip.cat/perlapau/en/article/the-reconciliation-paradox/?pdf>>.

494 Hayner, *supra* note 449 à la p 161.

495 Louis Kriesberg, « Changing Forms of Coexistence » dans Muhammad Abu-Nimer, dir, *Reconciliation, Justice, and Coexistence: Theory and Practice*, Lanham, Lexington Books, 2001 à la p 48.

496 Karen Brounéus, « Reconciliation and Development » dans Kai Ambos, Judith Large et Marieke K. Wierda, dir, *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlin, Springer, 2009 à la p 205.

497 Cheryl Natzman, « Remembering and Forgetting: Creative Expression and Reconciliation in Post-Pinochet Chile » dans Jacob J. Climo and Maria G. Cattell, dir, *Social Memory and History: Anthropological Perspectives*, New York, Altamira Press, 2002 à la p 161.

498 David Bloomfield, « Reconciliation: An Introduction » dans David Bloomfield, Teresa Barnes et Luc Huyse, dir, *Reconciliation After Violent Conflict: A Handbook*, Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2003 à la p 12.

davantage problème. Selon cette conception, la réconciliation est comprise comme une « vision globale partagée, une guérison et une restauration, ou un pardon mutuel ». La proposition de Crocker se situe entre ces deux pôles. Il suggère que les sociétés sortant d'une période de conflit devraient aspirer à davantage qu'une simple coexistence; « alors qu'ils continuent d'être en désaccord, ou même d'être des adversaires, d'anciens ennemis doivent non seulement cohabiter de manière non-violente, mais ils doivent également se respecter comme concitoyen.nes »⁴⁹⁹.

Comme le démontrent ces réflexions, l'une des composantes de toute tentative de définir la réconciliation est la question d'identifier précisément qui doit se réconcilier.

Alors qu'aujourd'hui, la réconciliation peut largement se comprendre comme un processus social et non comme un processus limité aux seules parties en conflit (comme le prévoit la définition du dictionnaire), cette compréhension a pris du temps afin d'être développée, et n'est pas nécessairement universelle.

Helen Mack écrit que l'idée de la réconciliation dominante en Amérique centrale est enracinée dans les processus de paix régionaux des années 1980. Dans les accords de paix d'Amérique centrale (*Esquipulas II*), signés en 1987, Mack soutient que la réconciliation était comprise comme « le dépôt des armes et le cessez-le-feu »⁵⁰⁰. Les trois sous-sections incluses sous le titre « Réconciliation nationale » dans *Esquipulas II* sont « le dialogue avec tous les groupes internes d'opposition politique qui ont déposé les armes », les décrets d'amnistie « garantissant l'inviolabilité de la vie, de la liberté sous toutes ses formes, de la propriété et de la sécurité des personnes visées par les décrets » et la fondation de la Commission nationale de réconciliation dans chaque pays d'Amérique centrale pour vérifier « la véritable mise en œuvre du processus de réconciliation nationale ainsi que le respect illimité pour les droits civils et politiques des citoyen.nes d'Amérique centrale »⁵⁰¹. Le dialogue et l'amnistie ne s'appliquaient évidemment qu'aux combattant.es.

Cette vision de la réconciliation destinée uniquement aux combattant.es, en accordant peu d'attention aux victimes des conflits armés, trouve un écho dans les accords de paix du Salvador et du Guatemala, ainsi que dans les lois s'y rattachant. Dans le cas du Salvador, la *Loi nationale de réconciliation de 1992* garantissait l'amnistie à tous.tes ceux ayant déposé les armes et ayant été impliqué.es dans des crimes politiques ou des crimes de droit commun liés à des crimes politiques durant la guerre civile (1980-1992). L'un des objectifs de cette loi était de s'assurer que tous.tes les Salvadorien.nes étaient en mesure de jouir des droits qui leur sont garantis dans la *Constitution*⁵⁰².

Dans le cas du Guatemala, comme le souligne Helen Mack, la réconciliation était seulement abordée dans l'*Accord visant la légalisation de l'Union révolutionnaire nationale guatémaltèque* (Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca – URNG). Cet accord a posé les bases juridiques de ce qui deviendrait la *Loi nationale de réconciliation (d'amnistie)*⁵⁰³.

Dans cet accord, les signataires ont convenu que « la légalisation des membres de l'URNG, dans le plein exercice de leurs droits et devoirs constitutionnels, dans leur sécurité et leur dignité, contribuera au processus démocratique et à sa consolidation, à la restauration du tissu social au Guatemala, à la réconciliation ainsi qu'à l'établissement d'une paix ferme et durable », et que le gouvernement appuierait une loi nationale de réconciliation dans le cadre

499 David A. Crocker, « Truth Commissions, Transitional Justice, and Civil Society » dans Robert I. Rotberg et Dennis Thompson, dir, *Truth v. Justice: The Moral Efficacy of Truth Commissions: South Africa and Beyond*, Princeton, Princeton University Press, 2000 à la p 108.

500 Fundación Myrna Mack, « Justicia Transicional: Una Deuda Pendiente (Extracto de un Estudio a Publicarse en marzo del 2010 Titulado Procesos de Justicia Transicional: ¿Cómo Están Cumpliendo los Estados latinoamericanos con los Estándares Internacionales?) » Guatemala, Fundación Myrna Mack, 2010.

501 *Procedure for the establishment of a firm and lasting peace in Central America*, Doc off AG NU, 42^e sess, Doc NU A/42/521 (1987), en ligne: <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/CR%20HN%20GT%20NI%20SV_870807_EsquipulasII.pdf>.

502 Congreso de la República de Guatemala, « Ley de Reconciliación Nacional Guatemala, Decreto 145-96 » (18 décembre 1996), en ligne : <<http://biblio3.url.edu.gt/Publicos/Libros/Acuerdos-de-Paz/47.pdf>>.

503 Helen Mack, « La Reconciliación en Guatemala: Un Proceso Ausente », dans Gilda Pacheco Oreamuno, Lorena Acevedo Narea et Guido Galli, dir, *Verdad, Justicia y Reparación: Desafíos para la Democracia y la Convivencia Social*, Stockholm, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral / Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005 à la p 196.

du processus d'intégration⁵⁰⁴. Quand la loi a finalement été adoptée à la fin de 1996, elle a été qualifiée d'« outil de base pour réconcilier le peuple impliqué dans le conflit armé interne » et comprenait l'amnistie, les réparations et la vérité⁵⁰⁵.

Ainsi, tant au Guatemala qu'au Salvador, la réconciliation était étroitement liée à la réintégration de la guérilla dans la vie politique afin que ses membres puissent exercer leurs droits constitutionnels. Un tel but exigeait également que des lois d'amnistie soient adoptées. Les violations des droits humains n'ont que très peu été abordées, poussant plusieurs défenseurs des droits humains à voir la réconciliation d'un œil critique, comme moyen de promouvoir l'impunité et l'oubli. Comme l'indique l'organisation argentine de défense des droits humains HIJOS, « nous n'oublions pas, nous ne pardonnons pas, nous ne nous réconcilions pas »⁵⁰⁶.

Il est important de reconnaître qu'au moment où la Commission guatémaltèque de clarification historique (CEH) a publié son rapport final en février 1999, l'idée des personnes impliquées dans la réconciliation s'était développée, et la question des droits humains et de leur violation a été mise de l'avant. Les commissaires de la CEH ont clairement fait remarquer que, puisque pratiquement tous les Guatémaltèques ont été touchés d'une manière ou d'une autre par le conflit et que leurs droits humains ont été violés à grande échelle, tous les Guatémaltèques devaient être inclus dans la réconciliation⁵⁰⁷. Les commissaires ont également désigné des groupes particuliers pour la réconciliation, comme les victimes et les auteurs⁵⁰⁸, l'État et la population autochtone⁵⁰⁹, ainsi que l'armée et la société civile⁵¹⁰. De cette manière, du moins aux yeux des commissaires de la CEH, la réconciliation était un projet plus large que dans *Esquipulas II*, bien que l'accent demeure sur les participant.es au conflit.

Au moment où la CEH publiait son rapport, le Bureau des droits humains de l'Église catholique guatémaltèque et la Commission sud-africaine de vérité et de réconciliation avaient placé la question d'une réconciliation plus large à l'avant-plan des processus transitionnels qui visent à répondre aux violations des droits humains ayant eu lieu. Dirigés par l'archevêque Desmond Tutu, les commissaires de la Commission sud-africaine ont expliqué qu'il y avait plusieurs types de réconciliation. La réconciliation est personnelle. Elle consiste à « se réconcilier avec la vérité douloureuse », faire la paix avec soi-même. La réconciliation survient également au niveau communautaire, « entre les jeunes et les vieux, les hommes et les femmes, les voisins, ainsi qu'entre différents groupes ethniques et raciaux »⁵¹¹. La réconciliation sur le plan communautaire comprend également la réinsertion des responsables et/ou de leur famille au sein de la communauté⁵¹². Enfin, le dernier niveau de réconciliation clairement défini est la réconciliation nationale. Toutefois, dans les quelques paragraphes sur le sujet, il est clair que la réconciliation au niveau national est étroitement liée à la démocratie, comprenant la « dignité humaine commune et la citoyenneté partagée, ainsi que la gestion pacifique des conflits inévitables »⁵¹³.

504 « Agreement on the Basis for the Legal Integration of the Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca », United States Institute for Peace, Peace Agreements Digital Collection, en ligne : <http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/guat_961212.pdf>.

505 Congreso de la República de Guatemala, *supra* note 502.

506 Le nom HIJOS l'indique aussi clairement : les fils et les filles pour l'identité et la justice contre l'oubli et le silence. Voir Vincent Druliolle, « H.I.J.O.S. and the Spectacular Denunciation of Impunity: The Struggle for Memory, Truth, and Justice and the (Re-)Construction of Democracy in Argentina » (2013) 12:2 J Hum Rights 259 à la p 272.

507 Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: Memoria del Silencio*, Guatemala City: Comisión para el Esclarecimiento Histórico, 1999, chapitre 5 « Recomendaciones », à la p 60.

508 *Ibid* à la p 63.

509 *Ibid* à la p 68.

510 *Ibid* à la p 74.

511 Afrique du Sud, Truth and Reconciliation Commission, *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, vol 1, Cape Town: Truth and Reconciliation Commission of South Africa, 1998 aux pp 107-108 [CVR Afrique du Sud, *Rapport*].

512 CVR Afrique du Sud, *Rapport*, vol 3, *supra* note 511 aux pp 667-668.

513 CVR Afrique du Sud, *Rapport*, vol 1, *supra* note 511 aux pp 107-108.

Bien que des observateurs.trices aient critiqué les incohérences dans la définition qu’offre la Commission sud-africaine de la réconciliation⁵¹⁴, il ne fait aucun doute que les réflexions qu’elle a engendrées au sujet d’une réconciliation large et multidimensionnelle ont permis aux compréhensions générales de la réconciliation de s’enrichir. Il est désormais impossible d’imaginer la réconciliation comme uniquement destinée aux parties en conflit et, comme c’était le cas en Amérique centrale, à la capacité des ex-membres de la guérilla d’exercer leurs droits politiques. L’attention portée par la Commission sur les victimes de violations de droits humains, particulièrement celles qui ne portaient pas les armes, a permis d’inclure ces groupes dans les processus de réconciliation.

L’élargissement de ce qui est considéré comme la réconciliation, et d’à qui elle s’adresse, se reflète dans l’affirmation de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada, selon laquelle la « réconciliation » vise à établir et maintenir une relation respectueuse entre les peuples autochtones et allochtones⁵¹⁵.

Le président de la CVR, le juge Murray Sinclair, a ajouté que

la réconciliation n’est pas un problème autochtone. Il faut établir une relation fondée sur le respect mutuel comme elle a été promise dans la Proclamation royale de 1763 et dans le cadre de garanties reçues et énoncées dans de nombreux traités qui ont été conclus entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada, dont la plupart datent de la Confédération.

Or, la réconciliation au Canada ne se limite pas à l’État et aux peuples autochtones. Le juge Sinclair a poursuivi en affirmant que « [t]ous les habitants du Canada, notamment les nouveaux arrivants, ont un rôle à jouer dans le processus d’établissement des relations. Même si nous n’avons pas tous.tes un passé lié aux pensionnats indiens, nous avons un avenir en commun. Nous devons demander un processus de réconciliation continu, sans égard à notre appartenance politique, notre contexte culturel ou nos antécédents personnels »⁵¹⁶. La réconciliation au Canada, par conséquent, est devenue nécessaire en raison d’un long historique de violations des droits humains et, contrairement à la manière dont la réconciliation a été imaginée en Amérique centrale dans les années 1980 et au début des années 1990, doit impliquer tous.tes ceux et celles qui vivent dans les frontières du Canada.

iv. Réconciliation ou conciliation ?

Une fois que la question de savoir qui doit se réconcilier a été résolue, la question de déterminer à quoi ressemble une relation post-réconciliation se pose. Bien que, comme mentionné précédemment, la réponse dépende du contexte, il existe quelques enjeux généraux qui s’appliquent aux différents contextes. La question de la pertinence du « ré » de réconciliation est probablement la plus évidente. Le préfixe « ré » signifie « avant » ou « encore »⁵¹⁷. Ainsi, la réconciliation signifie pratiquement un retour à un état de « conciliation », soit « l’action de mettre en accord »⁵¹⁸, ou de remettre en harmonie. Les chercheurs.ses ont travaillé afin d’ajouter de la complexité à cette définition rudimentaire, comme démontré précédemment. Cela inclut la reconnaissance, tel que le fait Hayner quand elle écrit au sujet de la « construction ou reconstruction des relations »⁵¹⁹, que la réconciliation ne signifie pas nécessairement un retour en arrière. Toutefois, le « ré » demeure problématique pour certain.es, puisque « la relation n’a jamais été bonne »⁵²⁰.

514 Voir Audrey R. Chapman, « The TRC’s Approach to Promoting Reconciliation in the Human Rights Violations Hearings », dans Audrey R. Chapman et Hugo van der Merwe, dir, *Truth and Reconciliation in South Africa: Did the TRC Deliver?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2008 à la p 63. Voir aussi Hugo van der Merwe, « National Narrative versus Local Truths: the Truth and Reconciliation Commission’s Engagement with Dudaza » dans Deborah Posel and Graeme Simpson, dir, *Commissioning the past: understanding South Africa’s Truth and Reconciliation Commission*, Johannesburg, Witswatersrand University Press, 2002.

515 CVR Canada, *Rapport final*, vol 1, *supra* note 7 à la p 3.

516 *Ibid* à la p viii.

517 *Larousse*, 2021, *sub verbo* « ré ».

518 *Ibid*, *sub verbo* « conciliation ».

519 Hayner *supra* note 449 à la p 161.

520 Angela Steritt, « What does reconciliation mean to Indigenous People ? », *CBC News* (3 janvier 2019), en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/reconciliation-doesn-t-exist-yet-say-indigenous-leaders-1.4963594>>.

En Afrique du Sud, la CVR a reconnu que le passé était conflictuel. Les commissaires ont écrit que « le racisme était arrivé en Afrique du Sud en 1652 ». Le rapport poursuit en affirmant que

*[Racism] has been part of the warp and woof of South African society since then. It was not the supporters of apartheid who gave this country the 1913 Land Act which ensured that the indigenous people of South Africa would effectively become hewers of wood and drawers of water for those with superior gun power from overseas. 1948 merely saw the beginning of a refinement and intensifying of repression, injustice and exploitation*⁵²¹.

La chronologie de la législation sur l'apartheid faite par la Commission sud-africaine débute en 1856, avec l'adoption de la première *Loi sur les maîtres et les serviteurs (Masters and Servants Act)*. Les commissaires ont reconnu la différence entre le racisme et l'apartheid, mais ont également admis que les lois adoptées avant 1948 ont posé les bases de l'apartheid⁵²².

Après tout, « les circonstances historiques se construisent sur une longue période ». L'apartheid n'est pas apparu du jour au lendemain, « le conflit remonte à l'apparition initiale des colonisateurs-envahisseurs »⁵²³.

Parler de *réconciliation*, du retour vers un état de conciliation, conduit plus facilement à de la frustration et de la déception quant au rythme lent auquel le processus se déroule. Si 1960, l'année du début du mandat de la Commission sud-africaine de vérité et de réconciliation, marque le début des problèmes raciaux de l'Afrique du Sud, cela veut dire que seulement 34 ans de dommages doivent être réparés. Cependant, si « le conflit » dont la société cherche à s'éloigner a plutôt duré trois siècles, l'ère post-1994 et l'immense tâche à laquelle les Sud-Africain.es sont confronté.es pour construire une nation revêtent une perspective différente. Cette perspective est bien sûr liée au temps, mais intègre également des enjeux de justice sociale et de distribution de ressources, ainsi que des problèmes liés au territoire, au vol de terres, aux déplacements forcés et à l'injustice structurelle de longue date qui s'inscrivent également dans la réconciliation.

Ainsi, le fait de considérer que le but des processus transitionnels consiste en la réconciliation peut engendrer des malentendus, à tout le moins, au sujet du passé, et peut également donner lieu à de graves confusions quant à ce à quoi la société aspire pour le futur. L'encadrement d'initiatives transitionnelles vers la réconciliation demande parfois aux acteurs.trices d'entreprendre une gymnastique discursive et d'accepter certaines contradictions (historiques). L'enjeu du « *ré* » de réconciliation dans la CVR du Canada en est un exemple. En effet, le sous-titre du récent livre de MacDonald au sujet du génocide au Canada était « Le génocide, les pensionnats autochtones et le défi de la conciliation ». Il soutient que la réconciliation est un terme plus approprié pour réparer les relations au sein des peuples autochtones⁵²⁴.

Le sixième volume de la CVR du Canada est entièrement dédié à la réconciliation. Les commissaires reconnaissent que pour certaines personnes, « la réconciliation est le rétablissement d'un état de conciliation. Toutefois, il s'agit d'un état qui, selon plusieurs peuples autochtones, n'a jamais existé entre les Autochtones et les Allochtones ». Il s'agit d'un aveu significatif qui fait état du regard critique de la CVR canadienne. Cependant, les commissaires ne considèrent pas la réconciliation comme le rétablissement de la conciliation. Ils voient plutôt la réconciliation comme le fait d'« établir une relation respectueuse et saine entre les peuples à l'avenir »⁵²⁵. Selon cette conception de la réconciliation, particulièrement entre les Autochtones et les Allochtones, ils ne parlent pas de rétablir, mais bien d'établir.

521 CVR Afrique du Sud, *Rapport*, vol 1, *supra* note 511 à la p 16.

522 *Ibid* à la p 29.

523 CVR Afrique du Sud, *Rapport*, vol 5, *supra* note 511 à la p 277.

524 David B. MacDonald, *The Sleeping Giant Awakens: genocide, Indian residential schools, and the challenge of conciliation*, Toronto, University of Toronto Press, 2019 à la p 7.

525 CVR Canada, *Rapport final*, vol 6, *supra* note 7 à la p 3.

Parallèlement, les commissaires reconnaissent le besoin de rétablir une relation passée entre les peuples autochtones et la Couronne. Les commissaires proposent de réparer la relation de nation à nation, prévue dans la *Proclamation royale de 1763* et confirmée dans le *Traité de Niagara*, signé par certains leaders autochtones en 1764. Pour les peuples autochtones, la *Proclamation* et le traité subséquent reconnaissent le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale, c'est pourquoi «les leaders des Premières Nations ont régulièrement rappelé aux autorités britanniques et canadiennes les engagements contractés à Niagara»⁵²⁶. Il convient de citer la CVR canadienne, dans laquelle les commissaires affirment que :

*[Aboriginal peoples] have always remembered the original relationship they had with early Canadians. This relationship of mutual support, respect, and assistance was confirmed by the Royal Proclamation of 1763 and the Treaties with the Crown that were negotiated in good faith by their leaders. This memory, confirmed by historical analysis and passed down through Indigenous oral histories, has sustained Aboriginal peoples in their long political struggle to live with dignity as self-determining peoples with their own cultures, laws, and connections to the land.*⁵²⁷

Afin de s'assurer que les Canadien.nes comprennent l'importance de ces traités vieux de plusieurs siècles, les commissaires ont ajouté que «sans l'existence des traités, le Canada n'aurait aucune légitimité en tant que nation. Les traités entre les nations autochtones et la Couronne ont établi le fondement juridique et constitutionnel de ce pays»⁵²⁸. Pour les commissaires, avec l'adoption de la *Loi sur les Indiens*, la création des pensionnats et les autres politiques visant l'assimilation et la disparition des peuples autochtones en tant que groupe distinct, la relation entre la Couronne et les peuples autochtones s'est rompue. C'est pourquoi le Canada doit travailler afin de regagner la confiance et de restaurer la relation qu'ils ont déjà eue⁵²⁹.

Ces deux buts sont atteignables si la souveraineté autochtone et le droit à l'autodétermination sont reconfirmés. Plus spécifiquement, le plan de la CVR quant à la réconciliation implique la rédaction d'une proclamation royale pour la réconciliation. Cette proclamation serait fondée sur la précédente ainsi que sur le *Traité de Niagara*, et «réaffirmerait la relation de nation à nation entre les peuples autochtones et la Couronne»⁵³⁰.

Toutefois, les discussions de la CVR canadienne au sujet de l'histoire et de la réconciliation présentent certaines contradictions. La doctrine de la découverte a justifié l'occupation européenne depuis les premiers jours d'exploration et de colonisation. Aux yeux des Européens, le territoire était inoccupé (*terra nullius*) et donc «n'appartenait à personne», ce qui a selon eux légitimé les revendications de l'occupation et de la propriété. La CVR canadienne, d'autre part, comprend la doctrine de la découverte comme «la base juridique selon laquelle la Couronne britannique a revendiqué la souveraineté sur les peuples autochtones et a justifié l'extinction de leurs droits inhérents sur le territoire, les terres et les ressources»⁵³¹.

C'est pourquoi les commissaires insistent sur le fait que la doctrine de la découverte doit être officiellement rejetée. Selon la CVR canadienne, il semble que, pour que les relations des peuples autochtones avec la Couronne ou le Canada reconnaissent la souveraineté autochtone, il est nécessaire de revenir à une situation précédant la doctrine de la découverte. Un retour à 1763 ne suffirait pas. Les relations doivent plutôt revenir à ce qu'elles étaient avant que la doctrine de la découverte ne soit formulée afin de justifier la souveraineté britannique sur les peuples autochtones. De ce point de vue, la réconciliation peut sembler impossible.

526 CVR Canada, *Rapport final*, vol 1, *supra* note 7 aux pp 53-54.

527 CVR Canada, *Rapport final*, vol 6, *supra* note 7 à la p 19.

528 *Ibid* à la p 38.

529 *Ibid* aux pp 20, 91.

530 CVR Canada, *Rapport final*, vol 5, *supra* note 7 à la p 284. Il est important de mentionner que la CVR du Canada a également fortement recommandé l'utilisation des principes contenus dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, afin de structurer les relations futures entre les Autochtones et les Allochtones. Voir aussi CVR (Canada), *Rapport final*, vol 6, *supra* note 7 aux pp 16, 37.

531 CVR Canada, *Rapport final*, vol 6, *supra* note 7 à la p 29.

Les buts de la CVR canadienne quant aux relations respectueuses font jaillir d'autres questions quant au «ré» de réconciliation. La Commission a situé les pensionnats dans le contexte plus large de l'impérialisme et du colonialisme en cours. Le survivant Sol Sanderson décrit leur objectif comme «l'assimilation, l'intégration, la civilisation, la christianisation et la liquidation»⁵³². Le projet colonial et tous ses «-ions» associés a été amorcé par la France en 1541. Les Britanniques ont ensuite apporté leurs propres civilisateurs et missionnaires avec eux. Cette «mission de civilisation» a marqué les relations entre les peuples autochtones et les Européens/Canadiens depuis ce moment, et a été un facteur déterminant dans le système des pensionnats.

Les commentaires des commissaires selon lesquels la «relation initiale» entre les peuples autochtones et les Canadien.nes en était une de «soutien, respect et assistance mutuels»⁵³³ contredisent le fait que les colonisateurs, les missionnaires et les professeurs effectuaient une campagne de civilisation et de conversion. La mission de civilisation semble incompatible avec le respect pour les croyances, cultures et modes de vie autochtones. C'est également le cas de ceux qui ont formulé des politiques et financé des projets de civilisation comme les pensionnats. Qualifier l'avenir des relations des peuples autochtones avec la Couronne et les Allochtones de réconciliation confond l'histoire. Le fait d'imaginer 1763 comme une époque qui vaut la peine d'être répétée efface les deux siècles précédents durant lesquels les Européen.nes se sont engagé.es à civiliser les peuples autochtones qu'ils et elles trouvaient dans le Nouveau Monde et les stratégies qu'ils ont utilisées pour y parvenir.

Selon nous, il est important de prendre en considération l'expérience du Canada, de même que celles d'Amérique latine et d'Afrique du Sud en matière de justice transitionnelle, ainsi que les débats sur ce que représente ou non la réconciliation. Ces informations permettent de mieux comprendre le défi auquel font face les pays qui entreprennent des processus de justice transitionnelle ou s'y apparentant.

c) Initiatives en matière de justice transitionnelle et de réconciliation dans les Amériques

Cette section présente un aperçu de certaines situations latino-américaines dans lesquelles des mécanismes de justice transitionnelle ont été mis à profit dans le but de parvenir à la réconciliation, principalement après des périodes de dictature et de guerre civile. Les commissions de vérité font l'objet d'une attention particulière⁵³⁴. Après avoir présenté les processus de justice transitionnelle de certains pays spécifiques, nous analyserons l'impact politique et juridique des commissions de vérité. Les derniers paragraphes de cette section donnent une vue d'ensemble de la manière dont les commissions de vérité en Amérique latine ont traité des violations des droits des peuples autochtones, l'un des deux enjeux que les Nations Unies ont considérés comme particulièrement problématiques dans le cas du Canada.

Il convient de souligner les différences entre les commissions de vérité d'Amérique latine et leur homologue canadien. En plus d'avoir été créées à des moments politiques distincts, les commissions latino-américaines et canadienne ont été mandatées pour explorer différentes formes de violence et différentes victimes. Les commissions latino-américaines ont enquêté sur ce qui peut être qualifié de violence extraordinaire, soit des massacres, de la torture, des disparitions forcées, des exécutions extrajudiciaires et des génocides, commise dans une période précise de l'histoire du pays. Ces violations étaient commises contre des opposant.es, armé.es ou non, à des régimes particulièrement répressifs et, dans une moindre mesure, par des guérillas armées tentant de renverser ces régimes. L'expression «opposant.es» était interprétée très largement. Au Salvador et au Guatemala, l'armée comparait la

532 *Ibid.*

533 *Ibid* à la p 19.

534 Voir Kochanski pour une liste des commissions de vérité, en Amérique latine et ailleurs dans le monde, qui avaient terminé leur mandat en 2015; Adam Kochanski, «Mandating Truth: Patterns and Trends in Truth Commission Design» (2020) 21 Hum Rights Rev 113, DOI: <<https://doi.org/10.1007/s12142-020-00586-x>>.

guérilla à un poisson nageant dans une mer de paysans ruraux. Afin d’attraper le poisson, les soldats devaient « vider l’océan ». Les rapports des commissions de vérité indiquent clairement que dans le Cône Sud, où les premiers processus de justice transitionnelle ont eu lieu, les victimes étaient principalement des militant.es progressistes blanc.hes, urbain.es, issu.es de la classe moyenne et instruit.es. La majorité des victimes au Salvador, au Guatemala, au Pérou et en Colombie étaient des paysans ruraux. Plusieurs – voire la majorité, dans le cas du Guatemala par exemple – étaient également autochtones ou afro-descendant.es.

Au Canada, en revanche, la CVR a été chargée d’enquêter sur des abus historiques⁵³⁵ – les expériences des pensionnats sur une période de plus de 100 ans. Les commissaires ont également tenu à interroger les survivant.es au sujet de leurs bonnes et leurs mauvaises expériences. Ces dernières incluaient évidemment des actes d’une extraordinaire violence, comme les abus sexuels et physiques, mais l’enquête sur les expériences des pensionnats, leur héritage ainsi que sur le système de pensionnats dans son ensemble implique également d’enquêter sur la violence quotidienne du colonialisme. Cependant, la CVR a été critiquée pour avoir accordé trop d’importance à la violence extraordinaire, négligeant par le fait même les violences quotidiennes vécues par les élèves et leurs communautés⁵³⁶. Les victimes de violence ayant fait l’objet d’une enquête par la Commission de vérité canadienne sont également différentes de leurs contreparties sud-américaines. Loin d’être des résident.es visiblement blanc.hes issu.es de la classe moyenne et des zones urbaines, comme dans le Cône Sud, les cibles de la violence coloniales étaient « invisibles », souvent vivant dans des communautés éloignées de la quotidienneté de la majorité blanche canadienne.

i. Argentine

La Commission nationale sur la disparition des personnes (CONADEP), en Argentine, est la première commission de vérité mise sur pied en Amérique latine, grâce à l’immense pression exercée par les organisations de la société civile, notamment les Mères de la Place de Mai. La CONADEP a été créée par décret présidentiel peu après la fin de la dictature et le retour à la démocratie électorale en 1983, et a enquêté sur la disparition de 10 000 à 30 000 opposant.es à la dictature. La Commission n’avait pas le pouvoir d’exiger de l’information et de la documentation des responsables qui, comme prévu, ont refusé de collaborer. La CONADEP a néanmoins collecté suffisamment de preuves, à partir de plus de 7 000 témoignages, pour condamner l’armée pour ses abus. Dès que l’auto-amnistie des militaires a été révoquée, la Commission a fourni ses documents au procureur général, et un petit nombre d’officiers hauts-gradés ont alors été emprisonnés. La documentation de la CONADEP était essentielle afin de traduire ces individus en justice. Les décennies suivantes ont été marquées par l’adoption d’une série de lois d’amnistie et de pardons rétroactifs, leur annulation et de nombreuses condamnations pour violations des droits humains⁵³⁷. Toutefois, comme le soulignent Sikkink et Booth Walling, aucune de ces mesures n’a inversé les peines : « les membres de la Junte étaient encore (et sont encore) considérés comme coupables des crimes dont ils ont été accusés et pour lesquels ils ont été condamnés »⁵³⁸. La CONADEP, grâce à ses enquêtes sur les anciens centres de détention clandestins, s’est avérée essentielle pour identifier ces centres, aujourd’hui devenus des lieux de mémoire⁵³⁹.

535 Coulthard fait remarquer que ces abus ne sont pas historiques dans le sens qu’ils sont terminés. Au contraire, ils continuent d’être perpétrés: Coulthard, *supra* note 398 à la p 125.

536 Comme l’écrit Orford dans le cas de l’Australie, le rapport de la commission australienne indiquait que « le génocide et les violations massives des droits humains deviennent exceptionnels, des choses du passé qui doivent être confrontées et surmontées. L’accent sur les actes quotidiens, qui sont source de violence dans un système comme l’Apartheid ou [...] une démocratie libérale comme l’Australie, est perdu de vue »; Orford, *supra* note 454 à la p 863.

537 Hayner, *supra* note 449 aux pp 45-47.

538 Kathryn Sikkink et Carrie Booth Walling, « Argentina’s Contribution to Global Trends in Transitional Justice » dans Naomi Roht-Arriaza et Javier Mariezcurrena, dir, *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 à la p 307.

539 « Sitios de Memoria », en ligne: Gobierno de Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos <<https://www.argentina.gov.ar/derechoshumanos/sitiosdememoria>>.

président Aylwin à demander pardon, et a mené à la création d'un programme de réparations. La Commission Valech a été créée au début des années 2000 afin de s'attaquer aux limites du mandat de la Commission Rettig quant aux violations qui pouvaient faire l'objet d'enquêtes. La Commission Valech a été établie dans le but d'enquêter sur des cas de torture dans lesquels les victimes avaient survécu, alors que la Commission Rettig était limitée aux enquêtes dans les cas où la torture avait mené au décès⁵⁴⁶.

En termes de justice, une amnistie a été adoptée en 1978 et est toujours en vigueur, malgré l'affaire *Garay Hermosilla et al* (1997), dans laquelle la Commission interaméricaine a statué qu'elle contrevenait à la *Convention américaine*⁵⁴⁷.

Comme dans le cas de l'Argentine, la Commission Rettig, et ensuite la Commission Valech, ont recommandé que des réparations monétaires soient accordées aux victimes. La liste de la Commission Rettig, qui comptait initialement environ 3000 victimes, a été élargie à plus de 30 000⁵⁴⁸. Les proches des victimes et des survivant.es reçoivent donc une petite pension mensuelle⁵⁴⁹. La Commission interaméricaine a visité le Chili dix mois après le coup d'État de Pinochet de 1973. La Commission a condamné les violations continues des droits humains (détentions arbitraires, exécutions, torture, violation des garanties procédurales, etc.) commises en lien avec le coup d'État⁵⁵⁰.

La Commission a condamné des violations similaires, dont des disparitions forcées, de la torture et une négation des droits politiques, dans des rapports ultérieurs, en 1976⁵⁵¹ et en 1977⁵⁵². Le rapport final de la Commission sur le Chili (1985) a conclu que le gouvernement a continué de violer toute une série de droits humains. Il était également clair que la Commission n'a pas apprécié que le gouvernement chilien ait refusé de l'inviter⁵⁵³.

La Cour interaméricaine a entendu quatre affaires en lien avec des actes de torture, des assassinats et des détentions arbitraires durant la dictature. Dans *Almonacid* (2006)⁵⁵⁴, *García Lucero* (2013)⁵⁵⁵ et *Órdenes García et al* (2018), les recommandations du tribunal se limitaient à ordonner au Chili de payer des réparations et enquêter, juger et punir les responsables. Le Chili n'a respecté ces décisions que partiellement. Dans l'affaire *Maldonado Vargas et al* (2015), la Cour a également recommandé des mesures commémoratives. Encore une fois, l'État ne s'est que partiellement conformé⁵⁵⁶.

iii. *Salvador*

La Commission de vérité salvadorienne a été créée en 1992 et, contrairement à l'Argentine et au Chili, elle incluait la participation explicite des Nations Unies. La Commission de vérité du Salvador se distinguait également des commissions du Cône Sud par la nature de la période sous enquête. Alors que la CONADEP et la Commission Rettig

546 Hayner, *supra* note 439, aux pp 47-49. Voir aussi Cath Collins, « Truth-Justice-Reparations Interaction Effects in Transitional Justice Practice: The Case of the 'Valech Commission' in Chile » (2016) 49 J Lat Amer Stud 55; Elizabeth Lira, « Reflections on Rehabilitation as a Form of Reparation in Chile after Pinochet's Dictatorship » (2016) 5 Int Hum Rights L Rev 19.

547 Josepha Close, *Amnesty, Serious Crimes, and International Law: Global Perspectives in Theory and Practice*, New York, Routledge, 2019 à la p 190.

548 Hayner, *supra* note 449 aux pp 48, 61; Collins, *supra* note 546 à la p 64.

549 Collins, *supra* note 546; Lira, *supra* note 546.

550 *Report on the status of human rights in Chile: Findings of "on the spot" observations in the Republic of Chile* (1974), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.34, doc. 21 corr.1, en ligne: <www.cidh.org/countryrep/Chile74eng/TOC.htm>.

551 *Second report on the situation of human rights in Chile* (1976), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.37, doc. 19 corr.1, en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/Chile76eng/toc.htm>>.

552 *Third report on the situation of human rights in Chile* (1977), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.40, doc. 10, en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/Chile77eng/INDEX.htm>>.

553 *Report on the situation of human rights in Chile* (1985), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.66, doc.17, en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/Chile85eng/TOC.htm>>.

554 *Affaire Almonacid-Arellano et al (Chili)* (2006), Inter-Am Ct HR (sér C) n°154, en ligne: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_ing.pdf> [*Affaire Almonacid-Arellano*]; *Affaire Almonacid-Arellano et al (Chili)* (2010), Inter-Am Ct HR, « Monitoring compliance with judgment », en ligne: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/almonacid_18_11_10_ing.pdf>.

555 *Affaire García Lucero et al (Chili)* (2013), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°267, en ligne: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_267_ing.pdf>; *Affaire García Lucero et al (Chili)* (2015), Inter-Am Ct HR, « Supervisión de cumplimiento de sentencia », en ligne: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garcia_lucero_17_04_15.pdf>.

556 Voir, plus récemment *Affaire des Enseignants de Chañaral et d'autres municipalités (Chili)* (2021), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°443.

cherchaient à établir la vérité sur ce qui s'était produit durant des années de dictature caractérisées par le silence et le secret, la commission salvadorienne a été créée pour enquêter sur 12 ans de guerre civile (1980-1992) entre la guérilla du FMLN et les forces armées ainsi que les organisations paramilitaires. Elle doit sa création aux accords de paix, signés après des années de négociation entre la guérilla et le gouvernement. La Commission faisait donc partie d'un processus de paix plus large, qui incluait plusieurs réformes politiques, toutes mises en place dans le but d'assurer le maintien de la paix. L'ONU a fourni du soutien et a accompagné le processus de paix ainsi que la Commission.

Quand la Commission a accusé l'armée d'avoir commis l'écrasante majorité des violations des droits humains survenues pendant la guerre civile, le gouvernement conservateur a adopté une loi d'amnistie inconditionnelle.

Les critiques ont souligné que les accords de paix comprenaient une section sur la lutte contre l'impunité, que la *Loi d'amnistie* de 1993 et la précédente de 1992 ont certainement aidé à perpétuer. En plus d'aller à l'encontre de l'esprit des accords, les critiques ont insisté que cette loi était inconstitutionnelle : en 2016, la Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême a acquiescé et la loi a été abrogée⁵⁵⁷. Depuis, quelques procès ont débuté, comme c'est le cas pour le tristement célèbre massacre d'El Mozote, et le bureau du procureur général a commencé à enquêter sur d'autres événements. Il est à noter que le gouvernement de gauche, au pouvoir en 2016, a immédiatement déclaré qu'une nouvelle amnistie serait instaurée. La *Loi spéciale de justice transitionnelle, réparation et réconciliation nationale* a finalement été adoptée en février 2020. Cette loi comporte d'importantes avancées en matière de réparations matérielles et immatérielles ainsi que de mémoire historique, mais elle accorde aussi aux juges le pouvoir de commuer les peines des personnes reconnues coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, et de remplacer l'emprisonnement par d'autres types de peines.

De plus, les juges peuvent réduire une peine de manière significative si l'accusé reconnaît sa responsabilité, demande pardon aux victimes, contribue à clarifier les faits et aide à localiser les victimes ou l'emplacement de leur dépouille⁵⁵⁸. Plusieurs victimes considèrent cette loi comme une autre amnistie⁵⁵⁹. Le Procureur des droits humains du Salvador, Julio Guillermo Bendek Panameño, a également affirmé en 2020 que la *Loi* contenait des éléments contraires aux droits des victimes, en plus de contredire les standards nationaux et internationaux établis par les instruments de protection des droits humains⁵⁶⁰. Le président salvadorien a émis son veto contre cette loi en raison de vices de constitutionnalité, mais l'Assemblée législative n'a jamais analysé le veto⁵⁶¹. En 2021, la Commission de justice et de droits humains de l'Assemblée législative a annoncé la future élaboration d'une loi sur la justice transitionnelle, mais selon les organisations de la société civile, les enjeux de constitutionnalité n'ont pas été abordés⁵⁶².

L'importance de la loi de 1993 va toutefois au-delà de ses implications juridiques. Cette dernière est également marquante parce qu'elle a fait taire le rapport de la Commission de vérité au sein de la société, en réduisant son impact et en l'empêchant d'avoir des effets transformateurs significatifs sur la politique salvadorienne. Les individus que le rapport a identifiés comme responsables, par exemple, ont été élus à tous les paliers du gouvernement et continuent d'être considérés comme des héros par une importante partie de la société. En ce sens, le rapport et ses conclusions n'ont pas permis de réécrire le narratif du passé qui circule dans la sphère publique.

557 Rachel Hatcher, *The Power of Memory and Violence in Central America*, Cham, Palgrave, 2018.

558 El Salvador, Asamblea Legislativa, « Dictamen No. 22, Comité Política » (22 février 2020), en ligne : <<https://en.calameo.com/read/006111931d5e684ca83c9>>.

559 Nelson Rauda et Roxana Lazo, « Asamblea aprueba ley de reconciliación en contra de la voluntad de las víctimas » (27 février 2020), *El Faro*, en ligne : <https://elfaro.net/es/202002/el_salvador/24070/Asamblea-aprueba-ley-de-reconciliaci%C3%B3n-en-contra-de-la-voluntad-de-las-v%C3%ADctimas.htm>.

560 El Salvador, « Pronunciamento relacionado a la aprobación de la Ley Especial de Justicia Transicional, Reparación y Reconciliación Nacional, por parte de la Asamblea Legislativa ».

561 « ONGs y víctimas conflicto armado presentan propuesta Ley de Justicia Transicional » (8 octobre 2021), en ligne : *Fundación para el Debido Proceso* <<https://www.dplf.org/es/news/ong-y-victimas-conflicto-armado-presentan-propuesta-ley-de-justicia-transicional>>.

562 « Exigen al Congreso de El Salvador retomar ley para víctimas de guerra civil » (7 septembre 2022), en ligne : *Swiss Info* <https://www.swissinfo.ch/spa/el-salvador-d-humanos_exigen-al-congreso-de-el-salvador-retomar-ley-para-v%C3%ADctimas-de-guerra-civil/47883504>.

La Commission de vérité a également recommandé le paiement de réparations aux victimes et à leur famille⁵⁶³, une recommandation qui n'avait pas été appliquée avant 2013. À ce moment, le gouvernement du FMLN a créé un programme de réparation (problématique et, puisqu'il a été créé par décret présidentiel, temporaire) qui a permis ce que Gutiérrez décrit comme une pension mensuelle « risible » pour les victimes⁵⁶⁴.

Les autres initiatives entreprises au Salvador en matière de justice transitionnelle et de réconciliation comprennent des excuses, la création de comités de recherche d'enfants et d'adultes disparus, des changements de noms et, avec la nouvelle loi de 2020, une interdiction de continuer à commémorer les responsables de violations de droits humains. Le rôle qu'a joué la Commission interaméricaine des droits de l'homme était clair dans plusieurs de ces initiatives, dont la déclaration de la Cour suprême du Salvador en 2016, selon laquelle la loi d'amnistie de 1993 était inconstitutionnelle. Dans sa décision, la Cour suprême a cité les conclusions de la CIDH et de la Cour interaméricaine voulant que la loi d'amnistie violait la *Convention américaine*.

De surcroît, les décisions et les communications de la Cour dans l'affaire *Serrano Cruz*⁵⁶⁵ ont poussé l'État salvadorien à « déplorer » la guerre⁵⁶⁶, à reformuler le décret créant la « Journée dédiée aux garçons et aux filles qui sont disparus durant le conflit armé »⁵⁶⁷, à remplacer la commission qui précédait la Commission nationale de recherche de garçons et de filles disparus durant le conflit armé interne⁵⁶⁸ et à demander pardon pour l'assassinat de Mgr Romero en 1980, notamment.

La Commission interaméricaine des droits humains a visité le Salvador en janvier 1978. La CIDH a condamné les actes (comme l'assassinat et la torture) commis par les « organismes de sécurité et de l'organisation paramilitaire officielle – ORDEN », tout comme les violations des droits humains⁵⁶⁹. Le gouvernement salvadorien n'a pas appliqué les recommandations de la CIDH. Les escadrons de la mort n'ont pas été dissous, comme en témoigne l'assassinat de l'archevêque Romero, et la violence contre les paysans, que la Commission avait soulignée, a augmenté au début des années 1980, comme en témoigne le massacre d'El Mozote en 1981, par exemple. La Cour a également émis de multiples recommandations, que le Salvador a ignorées.

iv. Guatemala

Comme le Chili et le Brésil (dont il est question plus loin), le Guatemala a connu deux commissions d'enquête. Toutefois, contrairement au Chili, les deux commissions guatémaltèques étaient actives simultanément. La Commission d'éclaircissement historique (CEH) a été créée au cours d'une série de négociations de paix par l'ONU qui ont mis fin au « conflit armé interne » du pays (1960-1996)⁵⁷⁰. L'*Accord sur l'établissement de la Commission chargée de clarifier les violations des droits humains passées et les actes de violence ayant fait souffrir la population guatémaltèque* a été signé en juin 1994, bien que la commission n'ait commencé ses travaux qu'après que l'*Accord sur une paix ferme et durable* ait été signé, le 29 décembre 1996⁵⁷¹.

563 Comisión de la Verdad para El Salvador, *From Madness to Hope: The 12-Year War in El Salvador, Report of the Commission on the Truth for El Salvador* (1993), en ligne : <<http://www.usip.org/resources/truth-commission-el-salvador>> à la p 176.

564 Martha Gutiérrez, « Negar el pasado: reparaciones en Guatemala y El Salvador » (2019) 97 *Colombia Internacional* 175, en ligne : <<https://doi.org/10.7440/colombiaint97.2019.07>> aux pp 190-192.

565 *Affaire des soeurs Serrano-Cruz (El Salvador)* (2004), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 118

566 Adriana Valle, « Estado lamenta hechos ocurridos en la guerra », *La Prensa Gráfica* (23 mars 2006).

567 El Salvador, Organo Ejecutivo, « Decreto 197 », 374:23 *Diario Oficial* (5 février 2007), en ligne : <<https://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2007/02-febrero/05-02-2007.pdf>>.

568 El Salvador, Organo Ejecutivo, « Decreto 5 », 386:11 *Diario Oficial* (18 janvier 2010), en ligne : <<https://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2010/01-enero/18-01-2010.pdf>>.

569 *Report on the situation of human rights in El Salvador* (1978), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.46, doc. 23 rev.1, en ligne : <<http://www.cidh.org/countryrep/ElSalvador78eng/conclusions.htm>>.

570 Voir généralement Bernard Duhaime, « Le crime de génocide et le Guatemala: une analyse juridique », 29:3 *Recherches amérindiennes au Québec*, (1999) 101; Bernard Duhaime, « L'administration de la justice et les droits des peuples autochtones -l'apport canadien au débat guatémaltèque », 29:1 *Recherches amérindiennes au Québec* (1999) 106.

571 *Agreement on the establishment of the Commission to clarify past human rights violations and acts of violence that have caused the Guatemalan population to suffer* (23 juin 1994), en ligne : USIP <https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/guat_940623.pdf>.

La deuxième commission guatémaltèque est le projet interdiocésain pour la Récupération de la Mémoire Historique (REMHI). L'archevêque Próspero Penados Barrios a demandé que le Bureau des droits humains de l'archevêché (ODHA) lance l'enquête en octobre 1994. Au moment de la signature des accords de paix en décembre 1996, la majorité des témoignages avaient déjà été recueillis⁵⁷². L'évêque Juan Gerardi, à la tête du REMHI, voyait le projet comme un « effort alternatif et complémentaire » à la CEH⁵⁷³.

Le REMHI cherchait à « préserver la mémoire historique de la violence politique et des graves violations des droits humains subies par les individus et les communautés autochtones durant 26 ans de violence fratricide ayant produit une polarisation sociale infinie »⁵⁷⁴.

Gerardi a été assassiné quelques jours après la présentation publique du rapport final. Comme l'ont immédiatement suspecté les organisations de droits humains, il s'agissait d'un assassinat politique derrière lequel se trouvait l'armée. Les auteurs matériels ont éventuellement été jugés et trouvés coupables, mais les auteurs intellectuels n'ont jamais été identifiés⁵⁷⁵.

Bien que la *Loi de réconciliation nationale* accordant l'amnistie aux responsables ait été adoptée, contrairement au Salvador, elle excluait le génocide, les crimes contre l'humanité, etc.⁵⁷⁶ Ainsi, plusieurs officiers, soldats et membres des Patrouilles d'autodéfense civiles (PAC) ont été jugés et trouvés coupables d'exécutions extrajudiciaires, de disparitions forcées et de violences sexuelles, entre autres. De surcroît, l'ancien chef d'État *de facto*, le général Efraín Ríos Montt, a été reconnu coupable de génocide et de crimes contre l'humanité en 2013. Le verdict a été annulé peu après, et Ríos Montt est décédé avant la fin de son second procès⁵⁷⁷.

Le REMHI et la CEH ont tous deux émis plusieurs recommandations, aucune n'étant contraignante. La CEH a recommandé une série de mesures réparatrices, dont la création d'un Programme de réparations nationales (PNR) qui inclut des réparations matérielles, morales et symboliques. Le PNR a été créé en 2003 et renouvelé en 2013⁵⁷⁸. Toutefois, le programme n'a pas été créé en raison de l'engagement du gouvernement envers les victimes ou des accords de paix; il a plutôt été créé en réaction à l'indignation nationale et internationale quant à la création par le gouvernement d'un programme de compensation pour les anciens membres des PAC⁵⁷⁹.

La Commission interaméricaine a visité le Guatemala en 1982, 1985, 1990, 1992, 1993, deux fois en 1994, 1995⁵⁸⁰ et a publié des rapports en 1981 (fondé sur de l'information recueillie à distance), 1983, 1985, 1993 et 1994. Le rapport de 1981 a condamné le gouvernement pour diverses violations des droits humains et, comme l'on pouvait s'y attendre, a recommandé plusieurs mesures à prendre par le gouvernement afin de remédier à la situation et garantir les droits humains à l'avenir⁵⁸¹. Il ressort clairement des rapports ultérieurs que ces recommandations n'ont pas été respectées⁵⁸².

572 *Proyecto interdiocesano Recuperación de la memoria histórica (Guatemala)*, Guatemala: ODHA, 1998, Volume I « Impactos de la violencia » au chapitre 6 [Rapport REMHI].

573 *Ibid* aux pp xix-xx.

574 *Ibid*.

575 Francisco Goldman, *The Art of Political Murder: Who Killed the Bishop?* New York, Grove Press, 2007.

576 Guatemala, *Ley de reconciliación nacional, Decreto 145-96*, 18 décembre 1996, en ligne: <<http://biblio3.url.edu.gt/Publi/Libros/Acuerdos-de-Paz/47.pdf>>.

577 Voir par ex Jo-Marie Burt, « From heaven to hell in ten days: the genocide trial in Guatemala » (2016) 18:2-3 *J of Genocide research* 143; Rosa María Bolaños et Urias Gamarro « Muere Efraín Ríos Montt, exjefe de Estado de Guatemala » (1 avril 2018) *Prensa Libre*, en ligne: <<https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/efrain-rios-montt-muere-general-ex-jefe-de-estado-presidente/>>.

578 Gutiérrez, *supra* note 564.

579 Ruth Rubio-Marín, Claudia Paz y Paz Bailey et Julie Guillerot, « Indigenous Peoples and Claims for Reparations: Tentative Steps in Peru and Guatemala » dans Paige Arthur, dir, *Identities in Transition: Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 aux pp 17-39.

580 Inter-Am Comm HR, « IACHR on-site visits », en ligne: <https://www.oas.org/en/iachr/activities/countries_all.asp>.

581 *Report on the situation of human rights in the Republic of Guatemala* (1981), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 21 rev.2, en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala81eng/TOC.htm>>.

582 *Report on the situation of human rights in the Republic of Guatemala* (1983), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.61, doc. 47 rev.1, en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala83eng/TOC.htm>>; *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala* (1985), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 16, en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala85sp/indice.htm>>; *Fourth report on the situation of human rights in the Republic of Guatemala* (1993), Inter-Am Comm HR, doc. 16 rev., en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala93eng/toc.htm>>; *Special report on human rights situation in the so-called "Communities of people in resistance in Guatemala"* (1993), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.86, doc. 5 rev.1, en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/CPR.94eng/Table.of.Contents.htm>>.

La Cour interaméricaine a rendu plus d'une douzaine de décisions en lien avec les violations commises durant le conflit armé, dont les affaires *Blake* (1999), *Myrna Mack Chang* (2003), *Massacre de Plan de Sánchez* (2004), *Molina Theissen* (2004), *Chitay Nech et al* (2010) et *Massacre de Río Negro* (2012)⁵⁸³ Bien que le gouvernement guatémaltèque ait appliqué certaines des recommandations de la Cour (par exemple, payer des réparations, renommer une rue en l'honneur de Myrna Mack, etc.), plusieurs des recommandations n'ont pas été respectées.

v. Pérou

Le conflit armé interne du Pérou (1980-2000) se distingue des autres conflits latino-américains de plusieurs manières. La différence la plus importante est la conclusion de la Commission de vérité et de réconciliation, reconnaissant la responsabilité de la guérilla du Sentier lumineux pour la majorité (54 %) des violations des droits humains commises⁵⁸⁴. Milton ajoute que «le conflit a eu lieu sous des gouvernements démocratiquement élus, après une décennie de régime militaire de gauche, et est survenu en réponse à une grave menace subversive»⁵⁸⁵.

La Commission de vérité et de réconciliation a été créée sous le gouvernement du président par intérim Valentín Paniagua, entré en poste après que Alberto Fujimori ait fui le Pérou à la suite d'un important scandale de corruption. La Commission de vérité a été mandatée d'enquêter sur deux décennies impliquant deux mouvements de guérillas (le Sentier lumineux et le MRTA), des organisations paysannes d'autodéfense et les forces de sécurité de l'État⁵⁸⁶. Cette commission a conclu en 2003 que presque 70 000 personnes avaient été tuées ou disparues, que 70 % des victimes n'étaient pas hispanophones et que 75 % vivaient en milieu rural, étaient pauvres et/ou analphabètes⁵⁸⁷.

Bien que la commission n'ait pas conclu que le conflit avait des caractéristiques ethniques ou raciales, elle a déterminé que le Sentier lumineux pouvait avoir commis un génocide contre les Ashánika, un peuple autochtone d'Amazonie⁵⁸⁸.

Parmi les mesures recommandées par la Commission de vérité se trouvait la mise en place d'un programme de réparations globales. Lancé en 2005, le programme s'est fait connaître en 2011, alors qu'Ollanta Humala, peu après son élection, est devenu le premier président à «qualifier les victimes de figures post-conflit et à rappeler la responsabilité de l'État de remédier à la situation»⁵⁸⁹.

Fujimori a été accusé de violations des droits humains et de plusieurs crimes financiers en 2009⁵⁹⁰. Il purge présentement sa peine, mais cette condamnation n'a pas diminué sa popularité ni celle de sa fille. Keiko Fujimori a perdu de peu les élections présidentielles de 2011, 2016 et 2021⁵⁹¹. D'autres responsables ont également été jugés et condamnés pour des violations des droits humains⁵⁹².

583 Voir par exemple *Affaire Blake (Guatemala)* (1999), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 52; *Affaire Bámaca Velázquez (Guatemala)* (2000), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 70; *Affaire Tiu Tojín (Guatemala)* (2008), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 190; *Affaire du Massacre de la « Las Dos Erres » (Guatemala)* (2009), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°211 [*Affaire Dos Erres*]; *Affaire Chitay Nech (Guatemala)* (2010), Cour IDH (Sér C) n°212 [*Affaire Chitay Nech*]; *Affaire des Membres du Village de Chichupac et des communautés avoisinant la Municipalité de Rabinal (Guatemala)* (2016), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 328 [*Affaire Chichupac*]; *Affaire Río Negro*, *supra* note 294; *Affaire du massacre de Plan de Sánchez (Guatemala)* (2004), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 105.

584 Lisa Laplante, «Después de la Verdad: Demandas para reparaciones en el Perú post-Comisión de la Verdad y Reconciliación» (2007) 4 *Antípoda* 119 à la p 124.

585 Cynthia Milton, *Conflicted Memory: Military Cultural Interventions and the Human Rights Era in Peru*, Madison, University of Wisconsin Press, 2018 à la p 4.

586 *Ibid* à la p 123. La Commission de vérité a conclu que le MRTA avait commis 2% des violations, les organisations de défense paysanne, 7%, l'armée et la police, 37%. Jerónimo Ríos, «Narratives about political violence and reconciliation in Peru» traduit par Margot Olavarria, (2019) 46:5 *Lat Am Perspectives* 44 à la p 44.

587 Laplante, *supra* note 584 aux pp 124-125.

588 Rubio-Morín, Paz y Paz Bailey et Guillerot, *supra* note 579 aux pp 23-25. Comme l'indiquent les auteurs, les communautés autochtones dans les Andes s'identifient surtout comme des paysans, alors que les communautés autochtones d'Amazonie s'identifient comme Autochtones.

589 Ivan Ramírez Zapata et Rogelio Scott-Insúa, «From victims to beneficiaries: Shaping postconflict subjects through state reparations in Peru» traduit par Victoria J. Furio (2019) 46:5 *Lat Am Perspectives* 158 à la p 161.

590 Milton, *supra* note 585 à la p 42.

591 Ramírez Zapata et Scott-Insúa, *supra* note 589 à la p 161.

592 Voir par ex Milton, *supra* note 585 aux pp 23-24.

Les nombreuses visites de la CIDH au Pérou entre 1980 et 2000 ont permis la rédaction de deux rapports de pays, condamnant toutes deux les violations des droits humains commises par le gouvernement et les « groupes armés irréguliers »⁵⁹³.

La Cour interaméricaine a entendu plus de 20 affaires en lien avec le conflit armé péruvien, dont *Barrios Altos* (2001), l'une des premières décisions rendues par la Cour après le départ de Fujimori.

vi. Brésil

Le cas du Brésil est particulier en Amérique latine, en raison du temps écoulé entre la transition de la dictature (1964-1985) à la démocratie et la création, en 2011, d'une commission chargée d'enquêter sur les violations commises durant la dictature⁵⁹⁴. Cette commission de vérité officielle n'était pas la première tentative d'enquête sur les crimes passés. L'Église catholique a enquêté sur ces violations et a publié un rapport (*Brasil : Nunca Mais*) en 1985, peu après le retour de la démocratie électorale⁵⁹⁵. De plus, la Commission spéciale sur les morts politiques et les disparitions, créée en 1995, a mené à une décennie d'enquêtes, à la distribution de réparations et à la création d'une base de données ADN. La Commission de vérité officielle est néanmoins importante puisqu'elle a été la première tentative de reddition de comptes pour un passé répressif et d'identification des responsables. Weichert décrit les processus de justice transitionnelle du Brésil avant la création de la Commission de vérité comme étant « caractérisés par un vaste programme de réparation pour les victimes, l'impunité des responsables des initiatives naissantes de récupération de la mémoire [et] des réformes institutionnelles limitées ». Grâce à l'appui de la Cour interaméricaine, 2011 a été une année charnière pour la vérité; en plus de la création de la Commission de vérité, le gouvernement a adopté une loi sur l'accès à l'information⁵⁹⁶.

Le rapport de la Commission de vérité, publié en 2014, a révélé peu de nouveaux éléments, mais a fourni une analyse contextuelle plus large, en plus de parvenir à la conclusion que les agents étatiques ont commis des violations systématiques des droits humains.

En effet, « la répression et l'élimination d'opposants politiques sont devenues la politique de l'État » et constituaient des crimes contre l'humanité⁵⁹⁷. Les commissaires ont émis plusieurs recommandations non contraignantes en lien avec la justice, les réparations, la vérité et la mémoire⁵⁹⁸.

Les déclarations des commissaires n'ont mené à rien, et les campagnes contre l'ancienne présidente Rousseff, qui avait signé la loi créant la Commission, ont certainement détourné l'attention des conclusions de la Commission de 2014. Cependant, en août 2019, un juge a conclu que la *Loi d'amnistie* violait la *Convention américaine*⁵⁹⁹.

Un programme de réparations monétaires pour les 136 victimes identifiées dans *Brasil : Nunca Mais* a été créé dans les années 1990, tel que mentionné plus haut⁶⁰⁰.

593 *Report on the situation of human rights in Peru* (1993), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 31, en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/Peru93eng/toc.htm>>; *Second report on the situation of human rights in Peru* (2000), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/Peru2000en/TOC.htm>>.

594 Par Engstrom offre un court résumé des autres raisons pour lesquelles le processus de justice transitionnelle brésilien se distingue des autres. Ces raisons comprennent la décentralisation ainsi que le fait que la loi d'amnistie n'était pas seulement une autoamnistie. Par Engstrom, « Brazilian Post-Transitional Justice and the Inter-American Human Rights System », Latin American Centre Seminar Series St Antony's College, Oxford, 14 février 2014.

595 Brandon Hamber, « Living with the Legacy of Impunity: Lessons for South Africa about Truth, Justice and Crime in Brazil » (1998) 13:2 Lat Am Rev 4.

596 Marlon Alberto Weichert, « The Outcomes of the Brazilian Truth Commission: Successes and Failures in a Lengthy Transitional Justice Process » dans Nina Schneider, dir, *The Brazilian Truth Commission: Local, National and Global Perspectives*, New York, Berghahn, 2019 203.

597 *Ibid.*

598 *Ibid.* Voir aussi « Brazil Truth Commission Releases Report » (10 décembre 2014), en ligne (blog): *National Security Archive* <<https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB496/>>.

599 Alonso Gurmendi, « At Long Last, Brazil's Amnesty Law Is Declared Anti-Conventional » (16 août 2019), en ligne (blog): *OpinioJuris* <<http://opiniojuris.org/2019/08/16/at-long-last-brazils-amnesty-law-is-declared-anti-conventional/>>.

600 Roht-Arriaza, *supra* note 540 aux pp 170-171.

Le programme a ensuite été modifié pour inclure des victimes supplémentaires, et un programme additionnel a été créé en 2002 afin d'aborder les pertes financières subies durant la dictature⁶⁰¹. La Commission de vérité officielle a également recommandé que ces réparations soient octroyées⁶⁰².

Le Brésil a ratifié la *Convention américaine* en 1992 et a reconnu la juridiction de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en 1998; les groupes de droits humains ont commencé à déposer des requêtes auprès de la Commission dès l'année suivante⁶⁰³.

Des ONG internationales se sont impliquées dans la majorité des deux douzaines d'affaires acceptées par la Commission⁶⁰⁴, dont peu d'entre elles concernaient des violations commises durant la dictature.

La réponse de l'État brésilien dans toutes les affaires était retardée ou inexistante⁶⁰⁵, ce qui a conduit la chercheuse Rocha Reis à suggérer que les mouvements sociaux continuent de déposer des pétitions à la Commission, puisque les décisions de cette dernière « peuvent être des outils fondamentaux dans les luttes politiques internes », et non car ils s'attendent à ce que l'État mette en œuvre les recommandations⁶⁰⁶.

La Cour a entendu deux importantes affaires en lien avec la dictature, *Gomes Lund et al (Guerrilha do Araguaia)* (2010) et *Herzog et al* (2018). Dans son audience sur l'exécution de l'affaire *Gomes Lund*, la Cour a conclu que l'État avait rempli certaines de ses obligations, mais que les recommandations plus importantes n'avaient pas encore été appliquées. Ceci incluait l'enquête sur la disparition forcée de 70 membres de la guérilla, l'identification de leur sort ou de leurs restes, la reconnaissance publique de la responsabilité du Brésil pour les disparitions, la formation des Forces armées en matière de droits humains et le paiement de réparations⁶⁰⁷. Quant à la loi d'amnistie de 1979, peu après que la Cour suprême brésilienne ait conclu, en 2010, que cette loi ne violait pas la constitution brésilienne, la Cour interaméricaine a conclu (dans *Gomes Lund*) que la loi violait la Convention américaine. Tel que mentionné précédemment, en 2019, un juge a souscrit à la décision de la Cour, mais l'impact qu'aura cet appui est encore à déterminer.

vii. Honduras

À l'instar du Guatemala et du Salvador, l'armée hondurienne a également mené une campagne contre les groupes de gauche, les étudiant.es, les dirigeant.es syndicaux.ales, etc., dans les années 1980. Toutefois, le pays n'a jamais vécu un processus de transition officiel comme au Guatemala et au Salvador. Hayner souligne que le commissaire aux droits de l'homme a mené des enquêtes indépendantes au sujet de 179 disparitions forcées attribuées aux forces armées dans les années 1980 et au début des années 1990. Son rapport de 1994 encourageait la création d'une commission de vérité, mais cela n'a jamais eu lieu⁶⁰⁸. Plusieurs affaires de violations des droits humains ont été soumises à la Commission et à la Cour interaméricaines. Dans deux décisions rendues dans les années 1980, la Cour a ordonné à l'État hondurien d'octroyer des réparations monétaires aux familles des victimes, ce que le Honduras a fait⁶⁰⁹.

601 Iasmin Goes, « Between Truth and Amnesia: State Terrorism, Human Rights Violations and Transitional Justice in Brazil » (2013) 94 Eur Rev Lat Am Caribbean Studies 83 à la p 90.

602 Eduardo González, « ICTJ Welcomes the Historic Final Report from Brazil's National Truth Commission » (10 décembre 2014) en ligne: ICTJ <<https://www.ictj.org/news/ictj-welcomes-historic-final-report-brazil%E2%80%99s-national-truth-commission>>.

603 Rossana Rocha Reis, « Transnational Activism and Coalitions of Domestic Interest Groups: Reflections on the case of Brazil », dans Par Engstrom, dir, *The Inter-American Human Rights System: Impact beyond Compliance*, Cham, Palgrave, 2019 à la p 204.

604 *Ibid* à la p 206.

605 *Ibid* à la p 207.

606 *Ibid* à la p 214.

607 *Affaire Gomes Lund et al ("Guerrilha do Araguaia") (Brésil)* (2014), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°219 [*Affaire Gomes Lund*].

608 Hayner, *supra* note 449 à la p 15.

609 *Affaire Velásquez Rodríguez (Honduras)* (1988), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°4 [*Affaire Velásquez Rodríguez*]; *Affaire Godínez Cruz (Honduras)* (1989), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 8, « Supervisión de cumplimiento de sentencia ». Dans la seconde affaire, *Godínez Cruz*, certaines questions demeuraient à savoir si les paiements reçus avaient respecté ou non la décision de la Cour. En 1996, la famille de la victime a demandé que l'affaire soit close.

Dans les années 2000, dans des décisions comme *Juan Humberto Sánchez v. Honduras* (2003), les recommandations de la Cour s'étaient élargies pour inclure la poursuite des enquêtes, le transfert des restes des victimes à l'endroit demandé par les familles, des actes de reconnaissance publique ainsi que des réparations financières⁶¹⁰.

En 2013, le Honduras n'avait que partiellement rempli ses obligations dans cette affaire⁶¹¹.

Ce n'est qu'après le coup d'État de 2009, et non pas en raison des violations des années 1980, que l'État hondurien a finalement mis en place des initiatives qui relèvent de la justice transitionnelle. La Commission de vérité et de réconciliation officielle du Honduras n'a pas été créée à la suite d'une transition politique de la dictature à la démocratie ni aux termes d'une négociation voulant mettre fin à un conflit armé. Elle a plutôt été mise en place après le coup d'État de 2009 contre le président Manuel Zelaya et les nombreuses violations des droits humains visant à réprimer les manifestations pro-Zelaya. Des élections présidentielles frauduleuses ont été tenues dans la même année et le président Porfirio Lobo est entré en fonction en janvier 2010. Dans le mois suivant le coup d'État et avant les élections, afin d'être réadmis au sein de l'OÉA, des membres du gouvernement *de facto* ont accepté de rencontrer des représentants du gouvernement renversé de Zelaya dans le but de négocier ce qui est devenu l'*Accord de San José pour la réconciliation et le renforcement de la démocratie au Honduras*, signé en octobre 2009. Cet accord comprenait une entente visant la création d'une commission de vérité et de réconciliation⁶¹². Compte tenu du non-respect par le gouvernement *de facto* de quelques points de l'*Accord de San José*, Zelaya l'a rapidement déclaré nul. La Commission de vérité et de réconciliation a néanmoins été créée par décret présidentiel en mai 2010. Les organisations honduriennes de la société civile et de défense des droits humains ont rejeté cette Commission et ont créé leur propre Commission de Vérité⁶¹³, de peur que la Commission officielle ne serve à justifier le coup d'État et à masquer les violations de droits humains⁶¹⁴.

La Commission interaméricaine des droits humains a visité le Honduras en août 2009, peu après le coup d'État qui a renversé Zelaya. Le rapport de la CIDH a conclu que l'État avait commis une série de violations durant et après le coup d'État, affectant notamment « les droits à la vie, à un traitement humain, à la liberté de réunion et d'association, à la liberté individuelle, aux garanties judiciaires, à la liberté d'expression, aux droits politiques, aux droits des femmes et des groupes minoritaires »⁶¹⁵.

Des évaluations subséquentes démontrent que la situation des droits humains post-coup d'État ne s'est pas particulièrement améliorée⁶¹⁶.

La Cour interaméricaine a entendu une affaire en lien avec le coup d'État de 2009, concernant la destitution des juges qui s'y sont publiquement opposés⁶¹⁷. En 2017, le Honduras n'avait que partiellement appliqué les recommandations de la Cour⁶¹⁸.

610 *Affaire Juan Humberto Sánchez (Honduras)* (2003), Inter-Am Ct HR (Sér C) N°99.

611 *Affaire Juan Humberto Sánchez (Honduras)* (2013), Inter-Am Ct HR, « Supervisión de cumplimiento de sentencia ».

612 Voir Daniel Altschuler, « Honduras' Truth Commission Controversy » (23 avril 2010), en ligne (blog): *Americas Quarterly* <<https://www.americasquarterly.org/node/1449>>; Kevin Casas-Zamora, « Demanding the Truth in Honduras », (19 avril 2010), en ligne (blog): *Brookings Institute* <<https://www.brookings.edu/opinions/demanding-the-truth-in-honduras/>>; Hayner, *supra* note 449; Michael Kergin, « The Honduran Truth and Reconciliation Commission (2010-2011) » (2011) 41 *Optimum Online* 5; « Diálogo Guaymuras » (30 octobre 2009), en ligne: OEA <www.der.oas.org/index/DI%C3%A1logo%20Guaymuras.doc>; « The Struggle for Truth in Honduras: The Truth and Reconciliation Commission vs. the True Commission » (22 mars 2011), en ligne: *Center for Constitutional Rights* <<https://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/TC%20factsheet%20final%203.22.pdf>>.

613 Honduras, *Informe de la Comisión de Verdad—La voz más autorizada es la de las víctimas*, Tegucigalpa, Comisión de Verdad, 2012.

614 « El pasado no debería olvidarse Participación de las víctimas en las comisiones de la verdad en Honduras » (novembre 2015) a la p 33, en ligne (pdf): *Impunity Watch – CIPRODEH* <<https://toprideh.org/wp-content/uploads/2020/10/Informe-PV-Honduras-1.pdf>>.

615 *Honduras: Human rights and the coup d'État* (1993), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II, doc. 55, en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/Honduras09eng/Toc.htm>>. Les rapports suivants ont été publiés en 2010, 2016 et 2019.

616 Voir par ex *Situation on human rights in Honduras* (2015), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II. doc. 42/15, en ligne: <<http://oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Honduras-en-2015.pdf>>.

617 *Affaire Lopez Lone (Honduras)* (2015), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 302 [*Affaire López Lone*].

618 *Affaire López Lone y otros (Honduras)* (2017), Inter-Am Ct HR, « Supervisión de cumplimiento de sentencia ».

viii. Colombie

La transition colombienne, la plus récente dans la région, a été marquée par quelques innovations. Par exemple, en 2016, les Colombien.nes ont voté pour déterminer s'ils acceptaient les accords de paix négociés par le gouvernement et l'une des guérillas du pays. Ce référendum a échoué, et les accords de paix ont dû être révisés avant d'être approuvés par le Congrès. De plus, les accords de paix comprennent non seulement la création d'une commission de vérité, mais également d'un Système global de vérité, justice, réparations et non-répétition. L'une des parties de ce système est la Juridiction spéciale pour la paix, qui peut entendre des affaires et accorder l'amnistie.

Les réparations, dont les réparations financières (grâce à la *Loi des victimes* de 2011), font donc partie du processus de justice transitionnelle en Colombie⁶¹⁹. En avril 2020, d'après les informations reçues, sur un total de 7254000 victimes, seulement un million avait été indemnisé⁶²⁰.

La Colombie vient tout juste d'entamer un processus transitionnel et d'adopter des initiatives orientées vers la réconciliation, mais la Commission interaméricaine des droits de l'homme a publié plusieurs rapports de pays basés sur plus d'une douzaine de visites sur place. Le ton de ces rapports demeure constant. Dans le rapport de 1981, par exemple, «la Commission croit que la République de Colombie a adopté plusieurs lois qui contribueront au respect des droits reconnus dans la *Convention américaine des droits de l'homme*, à laquelle la Colombie est partie», bien que des violations continuent à être commises et que «les conditions découlant de l'état de siège en vigueur depuis plusieurs décennies sont devenues une situation endémique qui a entravé, dans une certaine mesure, la pleine jouissance des droits et libertés civils»⁶²¹. En 1999, «la Commission aimerait saluer encore une fois les efforts de l'État colombien et de la société [civile] pour faire face à la réalité complexe et exigeante d'un conflit armé qui affecte la population civile depuis plus de 40 ans, et qui continue de le faire à ce jour... Néanmoins, l'évaluation de la Commission révèle que les efforts de la Colombie n'ont pas réussi à faire face à la crise et à la violence, qui ont eu un impact grave, continu et prolongé sur les droits les plus fondamentaux de la population»⁶²².

La Cour interaméricaine a rendu des décisions dans plus de 15 affaires liées au conflit armé depuis *Caballero Delgado y Santana* (1995)⁶²³.

ix. L'impact institutionnel des commissions de vérité

Les chercheur.es s'entendent pour dire qu'évaluer l'impact d'une commission de vérité n'est pas simple; différentes mesures d'évaluation ont été utilisées. Brahm, par exemple, regarde les «contributions au processus de démocratisation» et les «contributions aux pratiques de droits humains»⁶²⁴, alors que Bakiner décline l'impact en «impact politique direct», «impact politique indirect par le biais de la mobilisation de la société civile», évaluation, «impact judiciaire positif : imputabilité» et «impact judiciaire négatif : impunité»⁶²⁵. Skaar, Malca et Eide mesurent l'impact en évaluant la démocratie, la paix et la réforme institutionnelle⁶²⁶.

619 Ana Cristina Portilla Benavides et Cristián Correa, «Estudio sobre la implementación del Programa de Reparación Individual en Colombia» (2015) ICTJ.

620 Cristina Navarro, «Colombia tiene nueve millones de víctimas por reparar» (9 avril 2020) en ligne: *Caracol Radio* <https://caracol.com.co/radio/2020/04/09/nacional/1586458176_948008.html>.

621 *Report on the situation of human rights in the Republic of Colombia* (1988), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.53 doc. 22, en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/Colombia81eng/conclusions.htm>>.

622 *Third report on the situation of human rights in Colombia* (1999), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 9 rev.1, en ligne: <<http://www.cidh.org/countryrep/Colom99en/final%20considerations.htm>>.

623 Voir par exemple *Affaire du massacre de La Rochela (Colombie)* (2007), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér C) n° 163; *Affaire 19 comerciantes (Colombie)* (2002), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 109; *Affaire du massacre de Pueblo Bello (Colombie)* (2006), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°140 [*Affaire Pueblo Bello*]; *Affaire Las Palmeras (Colombie)*(2001), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 90; *Affaire du Massacre de Santo Domingo (Colombie)* (2012), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 259; *Affaire des communautés afro-colombiennes déplacées du bassin de la rivière Cacarica (ou l'Affaire de l'opération Genesis)* (Colombie) (2013), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 270; *Affaire du Massacre de Mapiripán (Colombie)* (2005), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 134; *Affaire du massacre Ituango (Colombie)* (2006), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 148.

624 Eric Brahm, «Uncovering the Truth: Examining Truth Commission Success and Impact» (2007) 8 Intl Studies Perspectives 16.

625 Onur Bakiner, «Truth Commission Impact: An Assessment of How Commissions Influence Politics and Society» (2014) 8 Int Trans Just 6, DOI: <doi:10.1093/ijtj/ijt025>. Le passage sur la Loi d'amnistie salvadorienne entre certainement dans la catégorie de l'impact judiciaire négatif.

626 Elin Skaar, Camille Gianella Malca et Trine Eide, *After Violence: Transitional Justice, Peace, and Democracy*, New York, Routledge, 2016.

Ailleurs, Skaar explore l'impact des commissions de vérité sur la paix, la démocratie et la réconciliation⁶²⁷. Ivasinevic, pour sa part, inclut six catégories d'impact : la rédaction d'un récit officiel faisant autorité au sujet du passé, une reconnaissance officielle de ce qui s'est produit, des réparations matérielles, des procès, la recherche des disparus ainsi qu'une réforme et une démocratisation institutionnelles⁶²⁸.

Plusieurs des mesures d'Ivanisevic, comme celles d'autres chercheurs, sont directement liées aux recommandations émises par des commissions de vérité. Plusieurs de ces mesures ont été présentées plus haut, mais il convient de mentionner que l'impact peut être compris de manière large. Par exemple, bien que le mandat de la CEH empêchait son rapport de contenir des « conséquences juridiques », les chercheurs qui faisaient partie de la CEH et dont les recherches ont permis de conclure qu'un génocide avait été commis au Guatemala contre les Ixil dans le début des années 1980 ont été appelés comme témoins experts dans le procès contre Ríos Montt⁶²⁹.

Une courte revue de l'impact institutionnel de certaines commissions de vérité latino-américaines permet de mieux contextualiser ces dernières ainsi que les processus plus larges de justice transitionnelle. Les recherches d'Ivanisevic sur les commissions argentine, salvadorienne, chilienne, guatémaltèque, péruvienne, haïtienne et plusieurs autres ailleurs qu'en Amérique fournissent un aperçu utile à cette revue, particulièrement en ce qui a trait à la « création immédiate d'institutions de suivi », et à la vérification. Parmi les pays latino-américains, seuls le Chili et Haïti ont créé des institutions de suivi peu après la publication des rapports, soit la Corporation nationale pour la réparation et la réconciliation au Chili et le Bureau du procureur général en Haïti. Seul le Salvador a instauré un processus de vérification⁶³⁰, et dans ce cas, il est important de noter que ce processus a été entamé avant que la Commission de vérité ait publié son rapport. La Commission *ad hoc* a été créée par les accords de paix et a produit un rapport confidentiel au président Cristiani en 1992. La publication du rapport de la Commission de vérité, le fait que des noms y soient nommés, ses recommandations contraignantes en lien avec l'épuration de l'armée et les pressions internationales ont poussé Cristiani à donner suite au rapport de la Commission *ad hoc*. Plus de 100 officiers retraités (avec pension et honneurs) ont été envoyés à l'étranger dans des postes diplomatiques ou ont été traités de différentes manières qui n'avaient pas été recommandées par la Commission (par exemple, des congédiements sans pension ni honneurs)⁶³¹.

Malgré tout, Brahm confirme que « les réformes dans l'entraînement militaire, le renforcement de la protection des droits et un système judiciaire plus efficace pour protéger les droits ont été partiellement permis par les recommandations [de la Commission de vérité] »⁶³². Toutefois, Brahm admet que « l'élévation de nouveaux dirigeants à la tête de ces institutions, avec des idées différentes sur leur rôle approprié dans la société » a été plus importante que les réformes judiciaires⁶³³.

D'autres changements institutionnels entrepris au Salvador et au Guatemala, comme au sein des anciennes forces de police et des autres forces de sécurité non militaires ainsi que la dépolitisation de l'armée, font partie des recommandations des commissions de vérité et ont été convenus dans les accords de paix respectifs. Ivanisevic suggère que des changements similaires, mais beaucoup plus graduels en Argentine et au Chili peuvent également être liés aux conclusions de la CONADEP et à la Commission Rettig, respectivement. Il écrit qu'il « est possible d'affirmer de manière convaincante que les commissions de vérité ont indirectement façonné les réformes [institutionnelles]

627 Elin Skaar, « Transitional Justice for Human Rights: The Legacy and Future of Truth and Reconciliation Commissions » dans Gerd Oberleitner, dir, *International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts*, Singapore, Springer, 2018 à la p 401.

628 Bogdan Ivanisevic, « Comparative Study on the Impact of Truth Commissions » (mai 2009) ICTJ.

629 « Guatemala: Collecting and Protecting Human Rights Data in Guatemala (1991-2013) », en ligne: *Human Rights Data Analysis Group* <<https://hrdag.org/guatemala/>>.

630 Ivanisevic, *supra* note 628 aux pp 18-19.

631 *Ibid* à la p 28.

632 Brahm, *supra* note 624 à la p 28. Brahm conclut que c'est également le cas au Chili.

633 *Ibid* à la p 26. Encore une fois, Brahm conclut qu'il en va de même pour le Chili.

en exposant la responsabilité des institutions clés pour les actes répréhensibles du passé». Il poursuit en affirmant qu'une «telle exposition crée vraisemblablement une pression sur les institutions pour qu'elles se forment afin de regagner leur légitimité». En effet, c'est ce qui s'est produit en Argentine et au Chili dans les décennies qui ont suivi la publication des deux rapports⁶³⁴.

x. *Les commissions de vérité et les peuples autochtones*

Les divers processus transitionnels et commissions de vérité d'Amérique latine ont traité de différentes manières les torts ayant été causés aux peuples autochtones lors des conflits armés internes.

La CEH guatémaltèque, comme vu précédemment, a conclu que des actes constitutifs de génocide avaient été commis contre certains groupes autochtones, à certains moments et dans certaines régions au cours du plus long conflit armé interne. Plus spécifiquement, des actes de génocide ont été commis contre les Mayas-Q'anjob'al et Mayas-Chui à Barillas, Nentón et San Mateo Ixtatán (Huehuetenango); les Mayas-Ixil à Nebaj, Cotzal et Chajul (Quiché); les Mayas-K'iche' à Joyabaj, Zacualpa et Chiché (Quiché); et les Mayas-Achi à Rabinal (Baja Verapaz) au début des années 1980⁶³⁵.

Plus de 83 % des victimes identifiées par la CEH étaient Mayas⁶³⁶, et la CEH a clairement établi que les droits des Mayas étaient spécifiquement visés et violés, ce qui comprend les droits physiques et culturels⁶³⁷. Ces violations ont poussé la CEH à recommander des mesures spécifiques afin de combattre le racisme et de garantir les droits individuels et collectifs des Autochtones⁶³⁸. Ces recommandations s'ajoutaient à la recommandation de respecter l'entière de l'*Accord sur l'identité et les droits des peuples autochtones*, signé par les parties en mars 1995⁶³⁹.

La CEH a également conclu que l'une des causes historiques du conflit armé interne était le long historique d'exclusion et de racisme du Guatemala.

Les commissaires ont fait remonter cette conclusion à l'ère coloniale, mais ont souligné que ces tendances racistes et exclusives ont été concrétisées lors de l'Indépendance en 1821. Ainsi, «il était nécessaire d'attendre [...] 175 ans après l'Indépendance pour que l'État guatémaltèque se définisse comme “un État multiethnique, multiculturel et multilingue” », comme il l'a fait dans les accords de paix⁶⁴⁰.

Trois mois après la publication du rapport de la CEH, les Guatémaltèques se sont rendus aux urnes pour voter lors d'un référendum visant à approuver ou à rejeter les réformes constitutionnelles nécessaires à la mise en œuvre complète des *Accords de paix*. La forme de base de ces réformes est définie dans l'*Accord sur les réformes constitutionnelles et le régime électoral*, qui combine les passages pertinents de chacun des accords de paix en une seule entente. Les réformes tirées de l'*Accord sur l'identité et les droits des peuples autochtones* sont orientées vers la «reconnaissance constitutionnelle de l'identité des peuples maya, garifuna et xinca et, de ce point de vue, du besoin de définir et caractériser le Guatemala comme un état d'unité nationale, multiethnique, multiculturelle et multilingue»⁶⁴¹.

634 Ivanisevic, *supra* note 628 à la p 25.

635 Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: Memory of Silence*, Guatemala, CEH, 1999, «Conclusions and Recommendations» aux pp 38-39 [CEH conclusions]. Voir aussi Bernard Duhaime, «Le crime de génocide et le Guatemala: une analyse juridique», 29(3) *Recherches amérindiennes au Québec*, (1999) 101.

636 Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: Memoria del Silencio*, Guatemala City: CEH, 1999, Chapitre 2 «Las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia» à la p 184.

637 *Ibid*, section VIII.

638 *CEH conclusions*, *supra* note 635 à la p 66.

639 «Agreement on identity and rights of indigenous peoples» (31 mars 1995), en ligne: *USIP Peace Agreements Digital Collection* <https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/guat_950331.pdf>.

640 *CEH conclusions*, *supra* note 635 aux pp 82-83.

641 «Agreement on Constitutional Reforms and the Electoral Regime» (7 décembre 1996), en ligne: *USIP Peace Agreements Digital Collection* <https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/guat_961207.pdf>, section A.

Même si l'accord initial au sujet des droits des peuples autochtones peut être critiqué, la simple déclaration que le Guatemala est multiethnique, multiculturel et multilingue était sans précédent⁶⁴². Les réformes, cependant, n'ont pas été approuvées⁶⁴³, malgré « la grande mobilisation des groupes autochtones et en raison d'une importante campagne menée par l'élite économique, religieuse, militaire et politique, ainsi que la passivité du gouvernement central et des partis politiques principaux »⁶⁴⁴. Ceux qui ont voté contre les réformes « craignaient que les Mayas ne divisent le pays », en privilégiant les peuples autochtones au détriment des Allochtones⁶⁴⁵.

La Commission péruvienne de vérité et de réconciliation est parvenue à plusieurs des mêmes conclusions que son homologue guatémaltèque. Par exemple, une majorité des victimes n'étaient pas hispanophones, c'est-à-dire qu'elles étaient autochtones. Malgré tout, les commissaires n'ont pas qualifié ce conflit d'ethnique, puisqu'aucun acteur n'adoptait une idéologie basée sur l'ethnicité. Le Sentier lumineux, par exemple, considérait sa lutte comme une lutte des classes⁶⁴⁶.

En même temps, tous les acteurs.trices du conflit « faisaient preuve d'une attitude sous-jacente de discrimination ethnique, raciale et récréative, ajoutant de la violence symbolique à la violence physique ». Pour les forces de sécurité, cette attitude incluait l'emploi « du terme indio en tant qu'insulte » et l'utilisation de « l'ethnicité [...] comme un indicateur pour identifier l'ennemi, particulièrement dans les premières années du conflit » alors que, selon celles-là, les communautés autochtones supportaient et coopéraient avec la guérilla⁶⁴⁷.

Il est également à noter que le mouvement péruvien pour les droits humains, qui s'est battu pour la vérité et la justice, n'incluait généralement pas les organisations paysannes ou autochtones. Ces dernières se battaient plus souvent pour le développement, l'environnement ou le territoire, mais pas pour la vérité et la réconciliation⁶⁴⁸.

Un dernier point demeure significatif. Le mandat de la Commission de vérité incluait la violation des droits individuels et collectifs, mais la Commission en soi limitait ses enquêtes aux « déplacements forcés et [...] aux violations affectant le droit à la vie, à la liberté et à l'intégrité physique ». Ainsi, lors de sa création, le plan de réparation a été basé à partir de cette liste de crimes et de ses victimes, « enrayant la possibilité d'inclure des violations des droits culturels et collectifs en tant que catégorie à part, ainsi que certaines des violations les plus sérieuses commises contre des membres de communautés autochtones comme les Ashánikas, dont la détention, la servitude, l'esclavage et le travail forcé »⁶⁴⁹.

Au Brésil, Weichert indique que « de nombreux paysans et peuples autochtones ont clairement été victimes des politiques autoritaires de répression, qui ont pu causer des milliers de morts », bien que la Commission de vérité n'ait pas explicitement compté ni enquêté sur ces décès. En effet, l'enjeu des violations subies par les communautés autochtones durant la dictature a été relégué au Tome II, qui contient des textes supplémentaires au texte principal contenu dans le Tome I. À l'instar d'autres textes du Tome II, les violations dont ont été victimes les communautés autochtones ont fait l'objet d'enquêtes et ont été incluses dans le rapport seulement à l'initiative d'un commissaire individuel⁶⁵⁰.

642 Voir par ex, Marta Casaus Arzu, *Guatemala: Linaje y Racismo*, San José, FLACSO, 1992; Severo Martínez Peláez, *La Patria del Criollo: An Interpretation of Colonial Guatemala* traduit par Susan M. Neve et W. George Lovell (version courte), Christopher H. Lutz, dir, Durham, Duke University Press, 2009.

643 « Triunfa el 'No' en consulta popular de 1999 » (12 mai 2016), en ligne: *Prensa Libre* <<https://www.prensalibre.com/hemeroteca/triunfa-el-no-en-consulta-sobre-acuerdos-de-paz/>> [*Triunfa el No*].

644 Rubio-Morín, Paz y Paz Bailey et Guillerot, *supra* note 579 à la p 38.

645 *Triunfa el No*, *supra* note 643.

646 Rubio-Morín, Paz y Paz Bailey et Guillerot, *supra* note 579 à la p 24.

647 *Ibid* à la p 25.

648 *Ibid* aux pp 27-28.

649 *Ibid* à la p 30.

650 Weichert, *supra* note 596 aux pp 19-20.

Les raisons en sont variées, mais un aspect clé de cette omission est que, bien que les communautés autochtones du Brésil aient certainement souffert durant la dictature, la plupart d'entre elles n'étaient pas politiquement actives comme l'étaient certains militants de groupes politiques de gauche et les autres opposant.es au régime. Par exemple, plutôt qu'être marxistes, les communautés autochtones étaient des cibles de la répression durant la dictature parce qu'elles s'organisaient pour protéger leurs terres et leur culture. Pour un régime intéressé dans le développement et l'expansion de l'agro-industrie, la résistance autochtone face à la construction de routes et des barrages des rivières représentait une menace qui devait être dissipée⁶⁵¹. Le Tome II affirme qu'environ 8 350 Autochtones ont été tués, des communautés entières ont été déplacées contre leur gré, des massacres ont été commis et des peuples autochtones ont été victimes d'esclavage⁶⁵². Comme se demande Weichert, si autant d'entre eux ont été tués, pourquoi cette information ne figurait-elle pas dans le Tome I⁶⁵³? Or, d'un point de vue autochtone, comme le font remarquer Demetrio et Kozicki, la dictature représentait la continuation des violations qui existaient depuis longtemps, pas leur commencement⁶⁵⁴.

La Commission de vérité de Colombie, créée en 2017, a mené à la publication de son rapport final en juin 2022⁶⁵⁵. Ce dernier contient un tome traitant entièrement de l'expérience des Autochtones et des Afro-Colombien.nes durant les cinq décennies du conflit armé en Colombie⁶⁵⁶. Un tome supplémentaire aborde plus précisément les enjeux territoriaux associés au conflit armé et aux peuples autochtones et afrodescendants⁶⁵⁷. De plus, la *Loi des victimes et de restitution des terres* de 2011 a incorporé l'idée du territoire en tant que victime en soi. La loi établit les « liens spéciaux et collectifs » des peuples autochtones avec la « Terre Mère » et reconnaît que le territoire est « une intégrité vivante et un maintien d'identité et d'harmonie » et qu'il « souffre un préjudice quand il est violé ou profané par le conflit armé interne »⁶⁵⁸.

Cependant, les groupes autochtones et afro-colombiens ont été invités aux pourparlers de paix à La Havane trois ans et demi après leur début, et seulement à la suite d'un important lobbying à cet effet. Grâce à leur présence, l'accord final de paix, signé quatre mois plus tard, a inclus un « Chapitre ethnique »⁶⁵⁹.

Bien que ce chapitre de l'accord ait été accusé de ne pas avoir réellement abordé la question de l'accès aux terres⁶⁶⁰, le langage de cet accord de paix est impressionnant. Dans le préambule, les négociateurs.trices ont reconnu que les « communautés ethniques » de la Colombie ont été victimes d'injustices historiques, « le produit du colonialisme, de l'esclavage, de l'exclusion et du fait d'avoir été dépossédées de leurs terres, territoires et ressources ». De plus, ils ont reconnu que ces communautés « avaient été gravement affectées par le conflit armé interne et on doit leur accorder le maximum de garanties pour qu'elles puissent exercer pleinement leurs droits humains et collectifs dans le cadre de leurs propres aspirations, intérêts et cosmovisions ». Selon l'accord, il est fondamental d'avoir une « focalisation ethnique » quand vient le temps de comprendre et de mettre en œuvre les accords.

651 André Demetrio et Katya Kozicki, « Transitional Injustice For Indigenous Peoples From Brazil » (2019) 10:1 Rev Direito Práx 129 à la p 131.

652 *Ibid* aux pp 132-135.

653 Weichert, *supra* note 596 aux pp 19-20.

654 Demetrio et Kozicki, *supra* note 651 aux pp 131-132.

655 Pour plus d'informations au sujet du rapport final de la Commission de vérité colombienne, voir Colombie, Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, *Hay futuro, si hay verdad, Informe final*, Bogotá, 2022, en ligne: <<https://www.comisiondelaverdad.co/>> [Colombie, *Rapport final*].

656 Colombie, *Rapport final*, vol 9, « Resistir no es aguantar: Violencias y daños contra los pueblos étnicos de Colombia », *supra* note 655.

657 Colombie, *Rapport final*, vol 11, « Colombia adentro: Relatos territoriales sobre el conflicto armado », *supra* note 655.

658 Belkis Izquierdo et Lieselotte Viaene, « Decolonizing transitional justice from indigenous territories » (2018) 34 Peace in Progress, en ligne: <http://www.icip-perlapau.cat/numero34/articles_centrales/articulo_central_2/>. Voir aussi « Decreto Ley de Víctimas, No. 4633 de 2011 » (2012) 3 Colección Cuadernos Legislación y Pueblos Indígenas de Colombia, en ligne: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9739.pdf>>.

659 Ana Cecilia Betancur, « El acuerdo de paz y los derechos territoriales indígenas y afrocolombianos » (22 décembre 2016) *Revista Semillas*, en ligne: <<https://www.semillas.org.co/es/revista/el-acuerdo-de-paz-y-los-derechos-territoriales-indigenas-y-afrocolombianos>>; ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia), « Capítulo Étnico en el Acuerdo Final de Paz » (20 juin 2019) en ligne: <<https://www.onic.org.co/comunicados-onic/3056-capitulo-etnico-en-el-acuerdo-final-de-paz>>.

660 Betancur, *supra* note 659. En plus de ne pas aborder le territoire, entre autres enjeux, Valencia Otova et Obispo González déclarent que la mise en œuvre n'est pas garantie. Voir Beatriz Valencia Otova et Higinio Obispo González, « El Mundo Indígena 2020: Colombia » (25 mai 2020), en ligne: *Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas* <<https://www.iwgia.org/es/colombia/3739-mi-2020-colombia.html>>.

Cette focalisation prend en considération, entre autres principes, l'autodétermination, l'autonomie, l'autonomie gouvernementale, le consentement préalable, libre et éclairé, l'identité, ainsi que les « droits à la terre, au territoire et aux ressources, ce qui inclut la reconnaissance des pratiques territoriales ancestrales, le droit à la restitution et le renforcement de la territorialité, des mécanismes de protection et de protection juridique pour la terre et le territoire que les membres des communautés ou leurs ancêtres ont traditionnellement occupés ». Finalement, les accords de paix ne doivent jamais être utilisés au détriment des communautés ethniques⁶⁶¹.

Dans son manuel de 2018 sur la méthodologie relative à la « focalisation ethnique » et à la « lutte contre le racisme, la discrimination raciale et d'autres formes d'intolérances similaires », la Commission de vérité a adopté un langage inclusif semblable.

La Commission a déclaré qu'il était nécessaire d'écouter les expériences du conflit vécues par les communautés ethniques, ce qui, en plus de contribuer à connaître la vérité, pourrait permettre de « surmonter les récits coloniaux historiques qui persistent et qui ont dépeint les communautés ethniques comme étant inférieures, en plus de les avoir déshumanisées à travers l'histoire »⁶⁶². Ainsi, une focalisation ethnique reconnaît que, pour les groupes ethniques, le travail de la Commission comprend « la reconnaissance des violations et de la discrimination historiques, puisque certains impacts du colonialisme et de l'esclavage sont clairs dans l'exclusion et le racisme culturel » subis par les populations ethniques. Par conséquent, et une fois de plus motivée par son orientation ethnique, la Commission pourrait enquêter non seulement sur les violations récentes ou individuelles, mais également sur les violations collectives « afin de contribuer à la réparation symbolique des dommages historiques subis par les populations ethniques »⁶⁶³.

661 ONIC, « Comisión Étnica para la Paz y la Defensa de los Derechos Territoriales » (21 septembre 2016), en ligne: <https://www.onic.org.co/images/pdf/Capitulo_Etnico_Para_la_Paz.pdf> aux pp 5-7.

662 Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, « Metodología del enfoque étnico y contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia » (30 octobre 2018) en ligne: OHCHR <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/StudyRRR/Comision_de_la_Verdad_Colombia.pdf> aux pp 4-5.

663 *Ibid* à la p 13.

6. APPORTS DE L'EXPÉRIENCE LATINO-AMÉRICAINNE

Le projet *S'ouvrir aux Amériques* a pour objectif de dresser un bilan de certaines réalités relatives aux droits humains, au Canada et en Amérique latine. Le bilan, bien que peu reluisant pour le Canada, n'est pas irrévocable. C'est d'ailleurs sur ce constat de révocabilité que repose ce rapport et les recommandations qui le closent. Il ne fait aucun doute que le Canada, loin d'être dépourvu des outils nécessaires, est en mesure d'amorcer les changements requis à des fins de réconciliation et de respect des droits humains. S'il s'agit d'un besoin interne, l'urgence pointe sur la scène internationale. Le Canada trouverait, dans cette quête de changements, l'occasion de redorer son image à l'international et de maintenir sa capacité à influencer d'autres États. Il s'agit donc ici d'assurer sa légitimité et la cohérence de ses propos en matière de politique extérieure. Or, le monde actuel connaît de nombreuses instabilités, en connaîtra de nombreuses autres qui toutes soulèveront le même intangible : il est une nécessité absolue pour les États de collaborer et de renforcer le respect du droit international et des droits humains afin de traverser les guerres, les famines, les pandémies, les changements climatiques ou encore le recul démocratique qui pointe sous les tropiques. Le leadership canadien sera nécessaire, mais il sera certainement conditionné par son aptitude à affronter son passé et à saisir les opportunités d'en redresser les torts afin de devenir un exemple pour le reste du monde.

Les réformes proposées dans les dernières parties de ce rapport suggèrent d'affronter les craintes qui justifient souvent la prudence des gouvernements, mais ne mènent qu'à un *statu quo* infertile et dangereux. Les propositions qui suivent se nourrissent entre elles et participent de logiques similaires. Il s'agit, selon nous, de privilégier une approche holistique, seule à même de mener aux développements attendus.

a) Développement et consolidation d'une politique de droits humains autonome et transversale

Il est proposé que l'État canadien se dote d'une politique claire portant sur les droits humains qui repose sur deux piliers : 1) le développement d'une approche fondée sur les droits humains; 2) la réforme des institutions en soutien de cette approche.

i. Le développement d'une approche fondée sur les droits humains

Une des déficiencLa société civile, les peuples autochtones et les organismes de défense des droits humains ont souligné à différentes reprises la nature persistante et systémique des problèmes de droits fondamentaux au Canada. Tel qu'affirmé par la Commission canadienne des droits de la personne,

[s]ignificant gaps exist in the ability of individuals and groups in Canada to assert and realize their rights under international human rights laws and to access human rights justice in relation to those rights. Human rights are illusory if they are not respected, cannot be claimed, and if remedies for violations are unavailable. Canada's approach to international human rights law] has delivered limited results, particularly in the realm of economic, social and cultural rights, many of which do not exist as free-standing rights in Canadian law⁶⁶⁴.

Plusieurs comités de droits humains et rapporteurs spéciaux des Nations Unies ont ainsi souligné l'absence au Canada d'une approche fondée sur les droits humains et les effets délétères que cela peut avoir sur la mise en œuvre et protection de ces droits. L'absence d'une telle approche a été signalée de façon explicite, notamment, par rapport au droit à l'alimentation, droit à la santé physique et mentale, droit à la non-discrimination et droit des femmes à

⁶⁶⁴ Commission canadienne des droits de la personne, *Submission to the United Nations Human Rights Council on the Occasion of its Review of Canada during the 3rd Cycle of the Universal Periodic Review*, octobre 2017 à la p 4.

vivre libres de violence, droit au logement, droit à un environnement sain, droit à l'alimentation et droit à un niveau de vie suffisant, incluant en ce qui a trait à l'émancipation économique des femmes et en matière de lutte contre la pauvreté⁶⁶⁵. Des ONG et des organisations de peuples autochtones ont aussi fait valoir, par exemple, qu'une telle approche était nécessaire en matière de droits des enfants, droits des peuples autochtones, droits des migrant.es et réfugié.es, et, de façon générale, pour tous les droits économiques, sociaux et culturels⁶⁶⁶. Le Comité permanent des affaires étrangères et du développement international a par ailleurs recommandé en 2010 : « [q]ue le gouvernement du Canada élabore une approche fondée sur les droits de l'homme dans son suivi du bilan des droits de la personne »⁶⁶⁷. Les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux (FPT) doivent alors impérativement adopter une approche fondée sur les droits humains dans l'élaboration de leurs politiques et la mise en œuvre des droits humains. Une telle approche consiste principalement à reconnaître que les gouvernements sont des débiteurs d'obligations tandis que les personnes et collectivités sont les bénéficiaires et titulaires de droits – plus précisément, de droits humains inhérents à la personne et nécessaires à la dignité humaine – qui doivent être respectés et qui sont exigibles⁶⁶⁸.

Tel que cité dans le rapport de 2005 du Comité sénatorial permanent des droits de la personne, « [l']approche fondée sur les droits suppose que les situations sont envisagées non pas en fonction des besoins humains ou des domaines de développement, mais de l'obligation de respecter les droits des personnes. Ainsi, les gens peuvent demander justice parce que c'est leur droit, et non pas comme une aumône »⁶⁶⁹. Dit autrement, « [c]ette démarche exige une forme de programme holistique qui permet d'élargir la protection offerte et de porter en même temps une attention particulière aux plus vulnérables et aux plus marginaux de notre société de façon que leurs droits individuels soient pleinement et également respectés »⁶⁷⁰. Elle est, par ailleurs, une façon de garantir que le Canada respecte ses engagements internationaux et envers sa population; elle ne crée pas de nouveaux droits, mais vise plutôt le respect de droits qui devraient déjà être reconnus et promus au Canada.

Comme cité par le gouvernement du Canada en réponse à une communication par rapport à la Stratégie nationale sur le logement reçue dans le cadre du système de communications des procédures spéciales des Nations Unies, une approche fondée sur les droits humains comprend comme critères : l'inclusivité, la responsabilisation, la participation

665 Voir par ex Conseil des droits de l'homme, *Visite au Canada : Rapport du Rapporteur spécial sur les incidences sur les droits de l'homme de la gestion et de l'élimination écologiquement rationnelles des produits et déchets dangereux*, Doc off NU A/HRC/45/12/Add.1, 2020, 45^e sess; Conseil des droits de l'homme, *Visite au Canada : Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mental possible*, Doc off NU A/HRC/41/34/Add.2, 2019, 41^e sess; Conseil des droits de l'homme, *Visite au Canada : Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences*, Doc off NU A/HRC/41/34/Add.2, 2019, 41^e sess; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales concernant le rapport du Canada valant vingt et unième à vingt-troisième rapports périodiques*, Doc off NU CERD/C/CAN/CO/21-23, 2017; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales concernant les huitième et neuvième rapports périodiques (présentés en un seul document) du Canada*, Doc off NU CEDAW/C/CAN/CO/8-9, 2016; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Canada*, Doc off NU ECOSOC E/C.12/CAN/CO/6, 2016; Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation*, Olivier de Schutter: *Mission au Canada*, Doc off NU A/HRC/22/50/Add.1, 2012, 22^e sess, 2012; Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination à cet égard*, Miloon Kothari: *Mission au Canada*, Doc off NU A/HRC/10/7/Add.3, 2009, 10^e sess.

666 Voir par ex Amnesty International Canada, « Building Hope, Addressing Injustice: Amnesty International's 2019 Human Rights Report Card and Agenda for Canada », en ligne : <https://www.amnesty.ca/sites/amnesty/files/Amnesty_HRA_2018-19_final_ENG.pdf>; Sarah Morales et Joshua Nichols, *Reconciliation beyond the Box: The UN Declaration and Plurinational Federalism in Canada*, Waterloo, Centre for International Governance Innovation and the Institute for Canadian Citizenship, 2018; Brenda L. Gunn, « Bringing a Gendered Lens to Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », dans Centre for International Governance Innovation et Wiyasiwewin Mikiwahp Native Law Centre of the University of Saskatchewan College of Law, dir, *UNDRIP Implementation: More Reflections on the Braiding of International, Domestic and Indigenous Laws*, Special Report, 2018 33; Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee), First Nations Summit, Federation of Saskatchewan Indian Nations, Union of British Columbia Indian Chiefs, Chiefs of Ontario, Native Women's Association of Canada, Canadian Friends Service Committee (Quakers), Treaty Four First Nations, Assembly of First Nations of Québec and Labrador/Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador, Atlantic Policy Congress of First Nations Chiefs Secretariat, Hul'qumi'num Treaty Group, KAIROS, Canadian Ecumenical Justice Initiatives, Maritime Aboriginal Peoples Council, IKANAWTIKET, First Peoples Human Rights Coalition, *Joint Submission to the United Nations Human Rights Council in regard to the Universal Periodic Review Concerning Canada (Second Cycle)*, octobre 2012.

667 Chambre des communes, *L'examen périodique*, supra note 182 à la p 12.

668 Voir par ex Groupe des Nations Unies pour le développement durable, *Approche fondée sur les droits de l'homme pour la coopération en matière de développement : vers une vision commune à toutes les entités de l'ONU*, Attachement 1, 2003; Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Frequently Asked Questions on a Human Rights-Based Approach to Development Cooperation*, HR/PUB/06/8, New York et Genève, Secrétariat des Nations unies, 2006; European Network of National Human Rights Institutions, « Human Rights-Based Approach », en ligne : <<https://ennhri.org/about-nhris/human-rights-based-approach/>>.

669 Sénat, *Qui dirige ici?: Mise en œuvre efficace des obligations internationales du Canada relatives aux droits des enfants: Comité sénatorial permanent des Droits de la personne* (2005) (présidente: Raynell Andreychuk) à la p 13 [Sénat, *Qui dirige ici?*].

670 *Ibid.*

et la non-discrimination⁶⁷¹. À cela s'ajoutent, toutefois, d'autres critères selon les Nations Unies : l'universalité et l'inaliénabilité (que tous les droits humains sont universels et inaliénables), l'indivisibilité (l'indivisibilité des droits humains et le fait qu'ils sont tous également importants en tant que droits), l'interdépendance et le caractère indissociables des droits (que chaque droit contribue à la jouissance des autres et qu'ils se renforcent mutuellement puisqu'interdépendants et intimement liés), ainsi que la responsabilisation de l'État et la préservation et promotion de l'État de droit (qu'en tant qu'acteur assujéti à des obligations, « *duty-bearers* », les États sont responsables du respect des droits humains et qu'ainsi, les titulaires de droits lésés ont le droit d'engager des procédures judiciaires afin d'obtenir une réparation appropriée devant un tribunal ou une autre instance compétente conformément à des règles et procédures prévues par la loi)⁶⁷². Il y a ainsi au minimum 6 critères que doit remplir une politique pour qu'elle soit considérée comme fondée sur les droits humains.

La Commission interaméricaine, dans son rapport thématique sur la politique publique fondée sur les droits humains, adopte une approche légèrement différente en mettant l'emphase sur des critères complémentaires à ceux élaborés par les Nations Unies, dont la production et l'accès à l'information comme garantie de transparence et de responsabilité, la nécessité de protéger de façon prioritaire les groupes qui ont été historiquement placés dans des situations discriminatoires et l'inclusion de perspectives de genre et de diversité⁶⁷³. En outre, dans une publication conjointe entre des entités des Nations Unies et des membres de la société civile, l'autonomisation (l'« *empowerment* ») et la responsabilisation ont été considérées comme des critères fondamentaux d'une telle approche : « [a human rights-based approach (HRBA)] empowers rights-holders to claim their rights, and supports duty-bearers to meet their obligations. Promotion of accountability for meeting obligations is continuous in an HRBA; a “circle of accountability” throughout the policy cycle helps to ensure that policies and programs are responsive to the needs of rights-holders »⁶⁷⁴.

Par exemple, la Stratégie nationale sur le logement a été considérée comme avant-coureuse et une étape significative dans la reconnaissance du droit au logement au Canada.

Cependant, pour reprendre les constats faits en 2010 au sujet du Canada, « [m]ême si le gouvernement tente de se conformer à la démarche fondée sur les droits en théorie, de nombreux témoins soutiennent qu'il hésite à s'y soumettre dans la pratique »⁶⁷⁵. Il y a un écart perçu entre le discours et la réalité en ce qui a trait au respect des droits humains⁶⁷⁶. En l'espèce, la stratégie semble remplir les quatre critères cités par le gouvernement plus haut, soit l'inclusivité, la responsabilisation (sous certains angles), la participation et la non-discrimination. Mais, là où elle présente des lacunes considérables est dans l'absence d'une reconnaissance formelle du droit au logement selon les standards internationaux auxquels le Canada s'est lié volontairement et, de ce fait, l'absence d'un mécanisme de contrôle judiciaire⁶⁷⁷. Il y a alors non-conformité de la stratégie avec les critères de responsabilisation et d'État de droit.

À cet effet, la Rapporteuse spéciale sur le droit au logement a indiqué qu'elle ne pourrait endosser pleinement la stratégie nationale sans le respect de ces deux critères centraux :

671 Mission permanente du Canada auprès des Nations Unies et de l'Organisation mondiale du commerce, *Mandate of the Special Rapporteur on adequate housing*, Lettre en réponse à la communication OL CAN 2/2018, 28 septembre 2018.

672 Groupe des Nations Unies pour le développement durable, *Approche fondée sur les droits de l'homme pour la coopération en matière de développement : vers une vision commune à toutes les entités de l'ONU*, Attachement 1, septembre 2003.

673 *Public Policy with a Human Rights Approach* (2018), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II. Doc.191/18.

674 « Summary Reflection Guide on a Human Rights-Based Approach to Health Application to sexual and reproductive health, maternal health and under-5 child health », en ligne:

675 Sénat, *Qui dirige ici?*, *supra* note 669 à la p 16.

676 *Ibid.*

677 Pour plus d'information, voir par ex Ryan van den Berg, *Quelques notions sur le droit au logement au Canada*, Étude Générale, Publication n°2019-16F, Bibliothèque du Parlement, Ottawa, 21 juin 2019.

«I am writing to make very clear that my support for the new National Housing Strategy was premised on my understanding that the legislation would recognize the right to housing, and that it would ensure effective remedies and accountability for systemic violations of the right by way of a Housing Advocate, a Housing Council and Community Initiatives»⁶⁷⁸. La Rapporteuse spéciale précisait à ce sujet que:

[The Parliamentary Secretary] stated that “declaring it a right will get people, perhaps, into a courthouse, but it will not get them into homes. It may introduce them to lawyers, but they need landlords. ... it creates sort of a hope that they can prosecute their way into housing.” [...] I find the suggestion that marginalized groups simply need housing and should not also be accorded rights and access to courts or tribunals to be discriminatory and patronizing. [...] I must clarify in the most emphatic terms that I would never support, nor can I imagine, a “human rights-based approach” that does not reference and guarantee the right to housing and that does not provide access to justice and effective remedies. [...] I also note that proposals put forward by civil society organizations and experts would provide for hearings and remedies for systemic issues affecting the progressive realization of the right to housing, by way of a Housing Advocate and Housing Council and would not rely on individual claims before courts. I have expressed my opinion to government representatives that these innovative proposals, if implemented through legislation, could satisfy the obligation to ensure accountability and effective remedies, without relying on individual claims before courts. It is inappropriate, therefore, for the government to continue to state that recognizing the right to housing and ensuring effective remedies in the NHS legislation would require individuals to “prosecute their way into housing” using lawyers and courts⁶⁷⁹.

Cette opinion apparaît être partagée par la Commission interaméricaine ainsi que la Rapporteuse spéciale sur les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux (REDESCE) de la Commission⁶⁸⁰. En outre, celles-ci ajoutent que «[t]hese mechanisms should interpret the right to housing widely, including access to public services such as drinking water, sanitation, energy supply and health and education facilities among others»⁶⁸¹, c'est-à-dire que le plan doit être holistique et tenir compte du caractère interdépendant et indissociable des droits humains.

Ce cas d'exemple illustre bien comment «[s]i l'on ne répète pas dans les lois canadiennes les termes explicites employés dans [les instruments de droits humains auxquels le Canada est lié], comment peut-on être certain que [ces droits] soient réellement exécutoires ou que le Canada se conforme intégralement [à ces instruments internationaux]?»⁶⁸²

Tel que mentionné dans certains rapports de la Chambre des communes et du Sénat,

le Canada a acquis une réputation de chef de file dans le domaine des droits de la personne. Depuis la Deuxième Guerre mondiale, il a joué un rôle de premier plan dans l'élaboration et la promotion de nouvelles initiatives en matière de droits de la personne, comme la création de la Cour pénale internationale, et il est aujourd'hui partie à plus de 30 mécanismes internationaux pour la défense des droits de la personne. Et pourtant, de nombreux témoins ont fait remarquer que la réputation actuelle du Canada est surfaite compte tenu de ce qu'il a réellement accompli à cet égard. Comme l'a déclaré Maxwell Yalden, ex-membre du Comité des droits de l'homme de l'ONU, « Je suis d'avis que le Canada a toujours joué un rôle important dans la communauté internationale en ce qui concerne les droits de la personne, mais je dois avouer que je suis de plus en plus impatient devant une communauté aussi riche que la nôtre, qui passe trop souvent son temps à donner des leçons aux autres sans regarder ses propres performances⁶⁸³.

678 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Mandate of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context*, Communication, n° de référence OL CAN 2/2018, 22 juin 2018 à la p. 2.

679 *Ibid* aux pp 3 et 4.

680 Elles ne se sont pas prononcées explicitement sur cette situation puisqu'elle est postérieure à la publication de leur communiqué de presse sur la stratégie. Toutefois, il ressort clairement du texte de ce communiqué qu'une stratégie où le droit au logement n'est pas véritablement reconnu ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada : « An effective rights-based housing strategy requires clear reference to the right to housing, which places on governments both immediate obligations and obligations to meet specific goals and timelines to fulfil the right for everyone within a reasonable period of time. It also requires independent monitoring and reporting to ensure that these progressive obligations are being met, a complaints procedure for systemic violations of the right to housing and full participation by those whose rights are at stake. » Voir « IACHR Joins UN Rapporteur in Recognizing Canadian Human Rights-Based Approach to Housing » (4 décembre 2017), Communiqué de presse, en ligne: [Commission interaméricaine des droits de l'homme <https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2017/198.asp>](https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2017/198.asp).

681 *Ibid*.

682 Sénat, *Qui dirige ici?*, *supra* note 669 à la p 73.

683 Voir Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, *supra* note 181 à la p 41. Voir aussi de façon similaire Sénat, *Qui dirige ici?*, *supra* note 669 aux pp 10-11; et Chambre des communes, *L'examen périodique*, *supra* note 182 aux pp 2 et 23.

Ce constat a amené le Comité du Sénat à avancer que : « le Canada ne pourra continuer à se présenter comme un chef de file international à ce chapitre. Le Canada ne pourra insister pour que d'autres pays respectent les droits [humains] s'il manque à ses obligations [...] »⁶⁸⁴ Selon Martha Mackinnon, une défenseuse des droits humains, le Canada ne peut pas « perdre le leadership moral considérable » qu'il avait auparavant : « il serait très décevant que la signature d'un traité international devienne la limite des hautes eaux. Si l'on ne passe pas à l'étape de la mise en œuvre, c'est comme si le Canada avait dit : 'Voici ce que nous pensons de la norme internationale; les autres pays devraient la suivre, mais pas nous.' »⁶⁸⁵ Le Comité sénatorial conclut ainsi en 2007 en affirmant que : « À quoi bon, en effet, avoir une réputation qui dépasse ses propres frontières si elle n'est pas vraiment méritée chez soi »⁶⁸⁶.

Quelques années plus tard, le Sous-comité des droits internationaux de la personne de la Chambre des Communes soutiendra que « [b]on nombre souscrivent à la déclaration suivante de M. Neve : "Quand il s'agit du bilan de n'importe quel pays en matière de droits humains, ce qui compte avant tout, ce ne sont pas les traités, les promesses ou les examens, ce sont les preuves de conformité et de mise en œuvre. [...] [La] déficience est troublante depuis longtemps en ce qui concerne le Canada" »⁶⁸⁷.

Cette situation « n'a pas échappé aux homologues du Canada dans la communauté internationale »⁶⁸⁸.

Nous proposons ainsi la mise en œuvre d'une politique de droits humains transversale intervenant à travers les différents pouvoirs, et qui soit basée sur l'approche fondée sur les droits humains. Pour ce faire, il est nécessaire d'octroyer du financement permettant de créer de véritables espaces pour la mise en œuvre d'une politique de ce genre. Les actions à prendre doivent aller plus loin que l'inclusion de mesures budgétaires ou de simples politiques; elles doivent faire preuve d'une pérennité certaine, sans dépendre des changements politiques et gouvernementaux, dont notamment à travers l'adoption de lois et une réforme des institutions publiques de protection des droits humains au Canada.

Bien évidemment, dans le cadre de la mise en œuvre de ces changements, les principes énumérés ci-haut, et tout particulièrement ceux d'autonomisation (« *empowerement* »), de responsabilisation et de participation, devront être respectés. Lorsqu'il est question de justice transitionnelle ou de tenter de corriger les injustices du passé subies par les groupes qui ont historiquement été placés dans des situations discriminatoires, il appert que, tel que nous mettent en garde Juan Méndez et Sol Ana Hourcade, les gouvernements FPT ne peuvent imposer des mesures sans prévoir des espaces de discussion, de vérité et de justice et permettre que les initiatives émanent à partir de la base, des personnes, des groupes et des peuples autochtones intéressés⁶⁸⁹.

Une approche fondée sur les droits humains dans la réalisation de certains droits et en matière de politiques publiques a été adoptée par plusieurs États en Amérique latine, dont au Mexique, au Chili et au Pérou, et des méthodologies de mise en œuvre ont été adoptées ou proposées afin de guider l'élaboration de ces politiques ou de ces plans pour la mise en œuvre et protection des droits humains⁶⁹⁰. Cette expérience technique dans divers pays latino-américains pourrait servir d'exemple au Canada. Elle pourrait inspirer le Canada et lui permettre de devenir, à son tour, un exemple dans la région et à l'international.

684 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, supra note 181 à la p 42.

685 Sénat, *Qui dirige ici?*, supra note 669 à la p 11.

686 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, supra note 181 à la p 121.

687 Chambre des communes, *L'examen périodique*, supra note 182 à la p 22.

688 *Ibid* à la p 23.

689 Voir Juan E. Méndez et Stéfan Dyck (collaborateur), « Memoria, verdad y justicia: situación y perspectivas » (2022) Hors-série – Juin RQDI 27. Voir aussi le Chapitre 3 de ce rapport.

690 Voir par ex Mexique, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Guía técnica políticas públicas con enfoque de de Derechos Humanos*, Periférico Sur núm. 3469, 2021; Chili, Subsecretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Análisis de políticas públicas con enfoque de Derechos Humanos*, Informe final, Licitación pública n°957865-4-LE1, 2019; Chili, Subsecretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Primer Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021*; Pérou, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Dirección General de Derechos Humanos, *Manual para la implementación de políticas con enfoque basado en derechos humanos: Guía metodológica y estudios de casos*, N° 2013-19409, 2013.

ii. Réforme des institutions canadiennes responsables des droits humains au Canada et création d'une autorité centralisée attitrée au respect des droits humains

Alors qu'au Canada, le fédéralisme est souvent considéré comme un obstacle à la protection des droits humains, les échanges au sujet d'autres systèmes fédéraux ont permis de réfléchir à des moyens de surmonter les obstacles que cette structure peut poser. Une solution ayant été adoptée dans plusieurs pays fédéralistes, notamment en Argentine et au Brésil, réside dans la mise en œuvre d'une autorité centralisée spécialisée en droits humains; «[e]n fait, ce genre de charge existe couramment en Amérique latine et en Afrique», voire aussi en France et au Royaume-Uni⁶⁹¹. Un tel organe étatique présente son lot d'avantages et peut contribuer à amoindrir certaines des difficultés rencontrées par la société civile et les peuples autochtones ainsi que faciliter la coordination intergouvernementale.

En ce qui concerne les ministères et autres entités responsables en matière de droit international et droits humains⁶⁹², il a été signalé (i) qu'il y a un manque de leadership politique efficace et responsable dans le domaine, qu'aucun ministre n'est responsable au premier chef des droits de la personne au Canada⁶⁹³; (ii) que de multiples ministères, comités intergouvernementaux et groupes de travail sont chargés de la mise en œuvre des obligations internationales du Canada de telle sorte qu'il y a plusieurs recouvrements entre les domaines d'action de ces entités et qu'il est difficile pour ceux-ci de pouvoir donner un suivi adéquat de la mise en œuvre des conventions internationales, dont notamment fournir de l'information aux parties intéressées ou procéder à des conversations et consultations constructives⁶⁹⁴; et (iii) que «le Parlement n'a aucun rôle à jouer sur le plan de la présentation d'observations ou de la surveillance des activités du Canada se rattachant aux traités sur les droits de la personne», qu'il y a un déficit démocratique qui vient s'ajouter au manque de transparence inhérent au système actuel⁶⁹⁵.

En ce qui concerne le Comité permanent des fonctionnaires chargés des droits de la personne (CPFDP)⁶⁹⁶, le Comité sénatorial permanent des droits de la personne a fait observer dès 2001 que :

Le vrai problème, toutefois, n'est pas que le Comité permanent de hauts fonctionnaires chargés des droits de la personne n'offre pas de tribune publique, au niveau national, où la mise en œuvre des engagements du Canada en matière de droits internationaux de la personne peut être examinée et évaluée. Ce n'est pas sa tâche. Le vrai problème pour le Canada est qu'aucune autre organisation ou institution du gouvernement ne remplit cette fonction⁶⁹⁷.

Afin de répondre à ces critiques, il a été recommandé : (i) que le gouvernement du Canada désigne un ministre véritablement chargé du dossier des droits humains qui est responsable de la mise en œuvre intérieure des obligations internationales du Canada en la matière, du suivi du bilan du Canada en matière de droits de la personne et des rapports des observations présentés aux organes conventionnels des Nations Unies, aux organismes d'examen des droits de la personne, et à la Commission interaméricaine de droits de l'homme, et que le ministre reçoive les outils et les ressources nécessaires pour exécuter son mandat; (ii) que de plus amples pouvoirs soient possiblement octroyés à la Commission canadienne des droits de la personne afin qu'elle puisse, par exemple, contrôler la mise en œuvre des obligations internationales du Canada et faire des recommandations aux gouvernements, que le Comité

691 « Comme l'a indiqué M. Neve : « J'aurais bien du mal à trouver un gouvernement n'ayant pas un Minister for Human Rights ou un ministro de derechos humanos [...] C'est très fréquent. » Voir Chambre des communes, *Examen périodique*, supra note 182.

692 Pour plus d'informations à ce sujet, voir section 4 a) du présent rapport.

693 *Examen périodique*, supra note 182 à la p 19. La Commission canadienne des droits de la personne a affirmé, par exemple, que : « Canada lacks a process for ensuring coordinated policy-making in respect of Canada's international human rights obligations. Rather, policy-making happens in a fragmented way with no coming-together of key decision-makers with civil society, Indigenous organizations, human rights institutions, and other stakeholders ». Voir Commission canadienne des droits de la personne, *Submission to the United Nations Human Rights Council on the Occasion of its Review of Canada during the 3rd Cycle of the Universal Periodic Review*, octobre 2017 à la p 5.

694 Mona Paré et Kathy Vandergrift, « Children's Rights: Making Canada Better for Young People » (2017) Working Paper Series Human Rights Research and Education Centre 1, ISSN 2368-7266 à la p 2; et Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, supra note 181 aux pp 14-17.

695 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, supra note 181 à la p 25.

696 Pour plus d'informations à ce sujet, voir section 4 a)(v).

697 Sénat, *Des promesses à tenir : Le respect des obligations du Canada en matière de droits de la personne : Rapport du Comité sénatorial permanent des droits de la personne* (décembre 2001) (présidente : Raynell Andreychuk; vice-présidente : Sheila Finestone) à la p 25.

permanent des fonctionnaires chargés des droits de la personne (CPFDP) soit remplacé par un mécanisme plus efficace et responsable envers les Canadien.nes, et qu’une hiérarchie des responsabilités solide et claire menant à une seule personne au gouvernement soit établie; (iii) que le Parlement joue un rôle plus important dans le processus de mise en œuvre et surveillance des obligations en matière de droits humains du Canada, notamment par le dépôt de rapports, à intervalles réguliers, du CPFDP au Comité permanent des affaires étrangères et du développement international, le dépôt par les gouvernements FPT au Parlement ainsi que dans les assemblées législatives provinciales et territoriales de chaque rapport de l’Examen périodique universel (EPU) sur le bilan du Canada en matière de droits de la personne et tout autre rapport des organismes onusiens créés par traité portant sur la même question, et que chaque rapport soit renvoyé au comité parlementaire compétent pour étude, ainsi que le dépôt de rapports sur l’état d’avancement des gouvernements FPT dans la réalisation des recommandations reçues⁶⁹⁸.

Une autorité centralisée pourrait pallier le manque de transparence associé au dialogue entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux (FPT), qui, à l’heure actuelle, se déroule à portes closes (voir section 4 a). Elle éviterait, notamment, que les personnes intéressées par la mise en œuvre et la promotion des droits humains se confrontent au «labyrinthe du fédéralisme» où il est impossible «de savoir quel ministère ou palier de gouvernement a la responsabilité [de mettre en œuvre certaines obligations], et si le gouvernement a ou non l’intention d’agir à leur sujet»⁶⁹⁹. De plus, une simplification de l’accès à l’information à travers une entité centralisée assurerait une meilleure transparence.

Les fonctions d’une telle entité doivent surpasser le simple rôle d’ombudsman. Par exemple, une solution envisageable serait la création d’un ministère possédant des fonctions, un budget, un mécanisme de reddition de comptes et un programme de politique publique.

Grâce à une telle autorité centralisée, il serait considérablement plus simple d’avoir un portrait clair de l’état des droits humains ainsi que des initiatives visant à les protéger et les promouvoir au Canada.

Par ailleurs, une telle autorité assurerait également une meilleure coordination dans la mise en œuvre des obligations découlant des traités au sein de la fédération, tout en garantissant un certain leadership politique capable de promouvoir de façon proactive cette mise en œuvre et la promotion des droits humains. Ce serait un signal fort de l’engagement du Canada envers les droits humains à l’échelon national et international.

En plus de permettre le développement et l’application d’une politique canadienne des droits humains, les gouvernements FPT devraient entreprendre des mesures visant à faciliter l’accès à la justice, de personnes dont les droits fondamentaux sont affectés. Si une plus grande centralisation et un meilleur leadership permet de mieux connaître la situation de ces droits au Canada et d’entreprendre des actions gouvernementales visant la pleine jouissance de ceux-ci, encore faut-il qu’il y ait la possibilité pour une personne lésée dans ces droits d’entreprendre des actions afin de réclamer réparation auprès des institutions gouvernementales. Une autorité spécialisée pourrait efficacement pallier certaines déficiences dans le système actuel, mais elle ne permettrait pas, à elle seule, d’atténuer les carences existantes en termes d’accès à la justice. De ce fait, il serait nécessaire d’adopter des réformes spécifiques à ce sujet et s’assurer que, peu importe la forme que prendraient ces réformes, elles s’inscrivent dans une perspective holistique et collaborative où les institutions de droits humains dont il est question dans cette section, et celles visant l’accès à la justice, travaillent ensemble.

698 Voir par ex Chambre des communes, *L’examen périodique*, supra note 182 aux pp 4-23; Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, supra note 181 aux pp 19-25; Comité des droits des personnes handicapées, *Observations finales concernant le rapport initial du Canada*, Doc off NU CRPD/C/CAN/CO/18 mai 2017 aux para 57-58; Amnesty international Canada, «From Promise to Reality : Amnesty International’s Recommendations for the 2017 Federal/Provincial/Territorial Human Rights Meeting», en ligne: <<https://www.amnesty.ca/sites/amnesty/files/From%20Promise%20to%20Reality%20-%20EN%20FINAL.PDF>>.

699 Chambre des communes, *L’examen périodique*, supra note 182 à la p 17.

Et cela, notamment, afin d'éviter que, tel qu'il est présentement le cas, les divers ministères et entités gouvernementales travaillent indépendamment des commissions de droits humains et des tribunaux des droits de la personne, dédoublant le travail effectué et empêchant une meilleure efficacité. Dans la section 6 d), nous aborderons en détail les réformes que nous considérons comme pouvant être pertinentes en matière d'accès à la justice.

b) Le fédéralisme à l'ère du Canada plurinational

La structure fédérale du Canada pourrait permettre de par sa nature une application effective d'une politique des droits humains, grâce à une meilleure coopération des acteurs.trices intéressés.es.

i. *Décentraliser la prise de décision pour une adaptabilité aux initiatives locales et des peuples autochtones*

Une structure fédérale comme celle du Canada présente des avantages certains, comme celui d'être un espace considérable pour la création d'initiatives ascendantes («*bottom-up*»), émanant des communautés concernées plutôt que des hautes sphères gouvernementales. Souvent, les municipalités ou les communautés autochtones, en fonction de ce que les peuples autochtones déterminent librement comme priorités politiques et de leurs modes de fonctionnement qui leur sont propres, sont les mieux placées afin de prendre des décisions qui affectent directement leurs membres.

Rappelons que la Commission royale sur les peuples autochtones « estime que le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale est un droit inhérent que personne d'autre n'a à leur déléguer. C'est un droit intrinsèque que la *constitution canadienne* reconnaît déjà à notre avis.

Nous croyons en outre que les autochtones doivent récupérer et exprimer leur autonomie personnelle et collective au niveau de la nation – entité politique reconnue comme telle par les gouvernements impériaux, puis par les gouvernements canadiens qui concluaient des traités avec les autochtones »⁷⁰⁰. À ce sujet elle continue, affirmant que

[L]es gouvernements populaires autochtones détiendront dans divers domaines des pouvoirs reconnus, transférés, dévolus ou délégués de diverses manières par d'autres gouvernements canadiens. Il est à peu près certain que la compétence des gouvernements populaires autochtones sera différente de celle des gouvernements populaires non autochtones comparables. Par exemple, il est possible que les gouvernements autochtones locaux aient une compétence municipale élargie à certains secteurs de compétence provinciale (comme les terres et les ressources, l'environnement, l'éducation, les affaires sociales, l'administration de la justice). Il pourrait être indiqué que les gouvernements locaux et régionaux reçoivent même certains pouvoirs de compétence fédérale⁷⁰¹.

La souveraineté de l'ordre de gouvernement autochtone est réaffirmée tout au long du rapport de la Commission royale comme un moyen pour les peuples autochtones de récupérer leur autonomie tant personnelle que collective et de pouvoir l'exprimer. Cette autonomie, selon la Commission royale, résulte du droit à l'autodétermination de ces peuples et leur garantit la liberté de se doter des structures qu'ils estimeront adaptées à leurs besoins. Des aspects qui, par ailleurs, sont garantis dans les deux déclarations sur le droit des peuples autochtones et d'autres instruments internationaux contraignants⁷⁰².

700 Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol 1, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1996 à la p 848 [*Rapport de la Commission royale*].

701 *Rapport de la Commission royale*, vol 2, *supra* note 700 à la p 360.

702 Voir ci-dessous à la section e). Pour plus d'informations, voir aussi le chapitre 4 a) du présent rapport.

Bien qu'elle reconnaisse sans ambiguïté la possibilité et le droit d'établir un ordre de gouvernement autochtone afin de garantir la prise en compte des besoins des peuples autochtones, la Commission royale n'évoque que très peu la possibilité d'une approche ascendante de gouvernance voulant que les initiatives relatives aux droits humains remontent des ordres autochtones vers l'échelon fédéral⁷⁰³. Cela étant dit, le fait d'octroyer la gestion de domaines de compétence de gouvernements municipaux, provinciaux et fédéraux à des entités autochtones, implique nécessairement de faire place à des initiatives qui soient conçues et promues par les peuples autochtones, et ce, selon le mode qu'ils choisissent et en conformité avec leurs valeurs, droits et orientations politiques. Les politiques de droits humains, conçues au sein de ce cadre, pourraient ainsi être représentatives de la volonté des peuples autochtones en tant qu'entité politique autodéterminante, élément nécessaire et condition *sine qua non* à toute politique de droits humains⁷⁰⁴.

En outre, le fait que les municipalités et provinces puissent mettre en œuvre des politiques qui tiennent compte des besoins de leurs populations, être mieux informées des défis particuliers auxquels elles font face et plus facilement permettre la participation active de personnes et de groupes s'avèrent tous des atouts indispensables dans la mise en œuvre d'une politique de droits humains. Les priorités et déficiences actuelles, d'un océan à l'autre, ne sont pas forcément les mêmes et peuvent exiger des réponses adaptées aux populations vivant dans un territoire.

Il est ainsi loisible de croire que l'établissement clair de normes de droits humains qui doivent être garanties et protégées, dont des normes minimales nécessaires à la jouissance et dignité de tous.tes, de concert avec la mise en place d'initiatives adaptées à la réalité plurinationale et multiculturelle canadienne⁷⁰⁵ puissent permettre au Canada de tirer pleinement profit des réalités qui lui sont propres. Plutôt que de concevoir le fédéralisme comme un obstacle ou comme justifiant la lenteur ou l'inaction, la nature plurinationale du Canada doit favoriser le maintien d'un État démocratique fort qui puisse être tant à l'interne qu'à l'externe un exemple de par sa créativité, son caractère participatif et sa diversité. La promotion d'initiative ascendante (« *bottom-up* ») est l'une des façons possibles d'atteindre cet objectif.

Les gouvernements FPT doivent collaborer, prévoir les fonds nécessaires à la mise en place de mesures proactives, et être tenus responsables lorsqu'ils décident d'éviter de remplir leurs obligations internationales et nationales. Tel qu'avancé par la Cour suprême du Canada : « [n]ous pouvons [...] à bon droit noter l'existence d'une tendance de plus en plus marquée à envisager les problèmes complexes de gouvernance susceptibles de se présenter dans une fédération, non pas comme une simple alternative entre les deux ordres de gouvernement, mais comme une recherche coopérative de solutions qui satisfont les besoins tant de l'ensemble du pays que de ses composantes »⁷⁰⁶.

703 Et ne l'évoque que pour des questions d'autonomie financière. Voir *Rapport de la Commission royale*, vol 2, *supra* note 700 au ch 3.

704 Il importe de signaler que le droit international, incluant le droit international des droits humains, n'a pas toujours pris en compte pleinement les droits des peuples autochtones. Effectivement, en 2001, S. James Anaya écrivait dans son ouvrage de référence que « international law, although once an instrument of colonialism, has developed and continues to develop, however grudgingly or imperfectly, to support indigenous peoples' demands ». Aujourd'hui, le panorama du droit international a considérablement changé et reconnaît pleinement les droits fondamentaux des peuples autochtones, ainsi que leurs droits à l'autonomie et à la libre détermination. Toutefois, il demeure toujours le danger d'occulter de tels droits et d'ainsi promouvoir des formes mésadaptées des droits humains qui ne respectent pas les principes inhérents formant le socle même de ces droits, à savoir la dignité humaine et la non-discrimination. Une politique de droits humains qui passe outre les droits des peuples autochtones pourrait difficilement être qualifiée autrement que colonialiste. Voir S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 3^e édition, New York, Oxford University Press, 2004 à la p 4. Voir par ex Antony Anghie, « Francisco De Vitoria and the Colonial Origins of International Law » (1996) 5 Soc & Legal Stud 321, Brett Bowden, « The Colonial Origins of International Law -European Expansion and the Classical Standard of Civilization » (2005) 7:1 J of the History of Intl L 1; et International Court of Justice, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, Avis consultatif, 25 février 2019, opinion individuelle du juge A.A. Cançado Trindade.

705 Voir ci-dessous à la p concernant les ordres juridiques autochtones. Nous utilisons ici le terme « plurinationale » pour désigner le fait qu'il existe plusieurs Nations au Canada. Notamment, il y a de multiples peuples qui possèdent le droit à la libre détermination. Le plurinationalisme n'est pas « quelque chose de nouveau »; le Canada a été décrit ainsi dans le passé et continue d'être défini de cette manière, notamment en ce qui concerne le Québec. De plus, « [i]n thinking about the potential for Canada to become a plurinational state, one that recognizes nation-to-nation relationships with its Indigenous peoples, it is useful to consider the history of treaty making in Canada. Canada has a long history of recognizing and respecting the self-determination of the nations that inhabit its current borders, both prior to and after European contact. This is evidenced by the numerous treaties entered into between Indigenous nations with other Indigenous nations and Indigenous nations with non-Indigenous nations. » Il appert que le caractère plurinational du Canada reste encore à définir et que de telles discussions impliquent forcément des consultations et un dialogue entre les Nations qui composent le Canada actuellement. Voir par ex Sarah Morales et Joshua Nichols, *Reconciliation beyond the Box: The UN Declaration and Plurinational Federalism in Canada*, Waterloo, Centre for International Governance Innovation et l'Institute for Canadian Citizenship, 2018 à la p 4; et Sujit Choudhry, « The Canadian Constitution and the World » dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, 1075.

706 *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 au para 132. Voir aussi *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48 aux paras 16-20; et *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11 au para 50.

Effectivement, «[c]ooperative federalism is [...] normatively justified by the need for each level of government to protect and promote the interests of a shared citizenry forming a common body politic»⁷⁰⁷. Le fédéralisme «vise à concilier l'unité et la diversité, à promouvoir la participation démocratique en réservant des pouvoirs réels aux administrations locales et régionales et à favoriser la coopération»⁷⁰⁸. De ce fait, «de larges pouvoirs ont été conférés aux provinces afin de respecter [et d'assurer] la diversité»⁷⁰⁹. Résumant la jurisprudence de la Cour suprême en la matière, la Cour d'appel du Québec soutient sans ambages que : «[l']architecture constitutionnelle canadienne est édictée sur la base de gouvernements coordonnés, et non subordonnés, dans le but de garantir à chacun une autonomie "dans la poursuite de leurs objectifs uniques" »⁷¹⁰.

La mise en place de normes minimales de respect des droits humains ne ferait qu'habiliter le gouvernement fédéral à accomplir ce que les provinces ne peuvent pas faire, en garantissant qu'il y ait un respect uniforme de normes minimales afin d'assurer la dignité de tous.tes et en évitant une compétition injuste entre les provinces⁷¹¹. Toutefois, il demeurerait que la responsabilité première de la mise en œuvre d'une telle politique rejaillirait sur les provinces et municipalités, qui auraient l'obligation d'agir et de choisir les mesures qui leur apparaissent être les plus adaptées. Ainsi, un équilibre existerait entre les divers ordres de gouvernements et une grande marge d'appréciation dans la mise en œuvre des droits humains serait accordée aux provinces et aux municipalités.

Une perspective ascendante («*bottom-up*») et collaborative du fédéralisme qui met en lumière le rôle des provinces et des municipalités s'avère être une source de créativité et de possibilités démocratiques à ne pas négliger. À cet égard, rappelons que «[f]ederalism can have an enabling or constraining effect on policy development. From avcomparative point of view, the high propensity for adaptive institutional change in Canada is also reflected at the level of public policies. The concentration of power at both governmental tiers, Westminster democracy, and the weakness of intrastate federalism enable provincial and federal governments to innovate either unilaterally or through co-operation»⁷¹². Il découle de cela que «[b]oth governmental tiers not only enjoy legislative, regulatory, and fiscal resources to innovate, experiment, and learn from each other, but they can also adopt various intergovernmental modes to tackle policy issues. [...] Institutional constraints are lower in Canadian federalism than in other federations, most notably those which feature strong elements of shared rule»⁷¹³.

Tel que l'ont indiqué certain.es auteur.es,

*a trend has developed towards increasing the autonomy of municipal governments. [...] Yet the municipal-provincial relationship is not just about control and autonomy. It is more subtle. The provinces are indeed 'responsible' for their municipalities, but this is a two-edged term. Provincial governments do not just control municipalities. They need to take the municipal system into account, since they are responsible for it. [...] [A]n important cog in the system consists of the associations of municipalities. [...] A major shift in most provincial-municipal systems is the allocation of greater power to the major cities*⁷¹⁴.

707 Hugo Cyr, «Autonomy, Subsidiarity, Solidarity : Foundations of Cooperative Federalism» (2014) 23:4 Const F 20 à la p 21.

708 Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, 2021 CSC 11 au para 48. Voir aussi *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22 au para 22.

709 *Ibid* au para 49.

710 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 au para 569. Citant à Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique, 2020 CSC 17, au para 21; Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, 2021 CSC 11 au para 49; R c Comeau, 2018 CSC 15 au para 78-82; et Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, 2011 CSC 66 au para 71.

711 Voir de façon similaire Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, 2021 CSC 11 aux paras 172-211. Voir aussi les traités de libre-échange moderne auxquels le Canada a souscrit dans les dernières années; tous ces traités prévoient qu'il y aura le plein respect de certaines normes de droits humains afin d'éviter qu'un État profite de normes plus laxistes qui à court terme peuvent générer des «avantages comparatifs», quoique cela ne puisse être soutenable au long terme.

712 Jörg Broschek, «Self-Rule vs. Shared Rule: Canada as a Case of Comparative Federalism» dans Herman Bakvis et Grace Skogstad, dir, *Canadian Federalism : Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, Toronto, University of Toronto Press, 2020, 31 à la p 49.

713 *Ibid* aux pp 49-50.

714 Robert Young, «Conclusion» dans Robert Young and Andrew Sancton, dir, *Foundations of Governance: Municipal Government in Canada's Provinces*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, 487 aux pp 487-498.

La littérature mentionnée antérieurement, de même que la **jurisprudence canadienne** sur le sujet, tendent vers trois principes cardinaux qui doivent guider l'interprétation du fédéralisme au Canada : le principe de l'autonomie et celui de la solidarité, abordés précédemment, de même que le principe de la subsidiarité⁷¹⁵, dont il sera maintenant question.

Promouvoir la subsidiarité, que les décisions gouvernementales soient prises à l'échelle d'organisation la plus locale possible – c'est-à-dire à l'échelon de gouvernement le plus proche des personnes affectées, relève « [...] in a very real sense, [of] the soul of federalism »⁷¹⁶. Au Canada, le principe constitutionnel de subsidiarité implique que les compétences ne sont pas réparties au hasard entre les partenaires fédéraux, mais plutôt qu'elles sont réparties selon des principes de proximité – géographique, d'identité et de valeurs sociales – et d'efficacité⁷¹⁷. Ce n'est que lorsque les provinces ou municipalités s'avèrent incapables d'agir efficacement dans un domaine, ou afin de protéger et promouvoir des valeurs canadiennes communes, que le gouvernement fédéral devrait agir⁷¹⁸. La Cour suprême du Canada a indiqué à ce sujet que « [c]e principe veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité, mais également parce qu'il est le plus proche des citoyen.nes touché.es et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population »⁷¹⁹.

La subsidiarité améliore la sécurité sociale (social welfare) en permettant de satisfaire à des préférences diverses, en encourageant un gouvernement efficace, en favorisant une plus grande efficacité adaptative des systèmes fédéraux, protégeant des intérêts divers, et en promouvant de diverses garanties (« *safeguards* ») au régime démocratique pluraliste par un processus ascendant d'expérimentation et d'acceptation⁷²⁰. La subsidiarité s'avère ainsi à la fois un défi, une source de solution et un aspect essentiel de tout régime fédéral⁷²¹. Plus avant, « [...] it is correct to think of local government activity, in partnership with the provinces, as foundational to governance in Canada »⁷²². En effet, à bien des égards, l'activité provinciale et municipale module de façon importante la vie des citoyen.nes avec qui elle entre en relation de façon plus étroite et directe.

Rappelons à ce sujet que plusieurs États fédéraux ont réussi à instaurer des systèmes décentralisés efficaces pour assurer le respect efficace des droits humains et trouver les aménagements internes nécessaires afin d'en faire la promotion. Comme signalé plus haut, le Canada est un des États fédéraux avec les contraintes institutionnelles les plus faibles, ce qui permet la mise en œuvre de mesures de coopérations qui soient créatives et flexibles.

Dans une étude comparant la Belgique et le Canada, un auteur conclut, par exemple, que le régime en place en Belgique s'est révélé plus efficace en raison de l'existence de mécanismes intergouvernementaux fortement institutionnalisés, qui reposent sur diverses mobilisations verticales et horizontales, et que, *a contrario*, l'absence de règles claires, cohérentes et prévisibles au Canada est à l'origine de nombreux conflits intergouvernementaux et d'interventions politiques⁷²³.

715 Cyr, *supra* note 707 aux pp 20, 34.

716 Jenna Bednar, « Subsidiarity and Robustness: Building the Adaptive Efficiency of Federal Systems » dans James E. Fleming et Jacob T. Levy, dir, *Federalism and Subsidiarity*, New York, New York University Press, 2014, 231 à la p 231.

717 Cyr, *supra* note 707 à la p 27. Voir aussi Erika Arban, « La subsidiarité en droit européen et canadien : Une comparaison » (2013) 56:2 Administration publique du Canada 219.

718 Cyr, *supra* note 707 aux pp 27-28.

719 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40 au para 3. Voir aussi *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 1998 CanLII 793 (CSC), [1998] 2 RCS 217 au para 58; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 au para 70.

720 Jenna Bednar, *supra* note 716 aux pp 232-252.

721 James E. Fleming et Jacob T. Levy, dir, *Federalism and Subsidiarity*, New York, New York University Press, 2014.

722 Young, *supra* note 714 à la p 488.

723 Stéphane Paquin, « Federalism and Compliance with International Agreements: Belgium and Canada Compared » (2010) 5 Hague J Dipl 173 à la p 196.

En outre, plusieurs États des Amériques sont des États fédérés, ou des États où les principes d'autonomie et de subsidiarité des départements et municipalités sont reconnus constitutionnellement, ou dans la jurisprudence. Ces États, tout comme le Canada, sont des États où les exigences locales et la diversité nationale ont requis la mise en place d'un système étatique qui soit adapté à ces réalités. Par exemple, en Colombie, le principe de subsidiarité est enchâssé dans la constitution, et la Cour de constitutionnalité a affirmé que

[L]e principe de subsidiarité, d'un point de vue positif, signifie que l'intervention de l'État, et l'attribution correspondante des compétences, doit se faire à l'échelon le plus proche du citoyen, en tant que manifestation et expression du principe démocratique et en accord avec le critère de rationalisation administrative, dans la mesure où ces autorités sont celles qui connaissent le mieux les exigences des citoyens. En même temps, dans sa dimension négative, elle signifie que les autorités du niveau de centralisation le plus élevé ne peuvent intervenir dans les affaires des niveaux inférieurs que lorsque ces derniers sont incapables ou inefficaces dans l'exercice de leurs responsabilités⁷²⁴.

Il y a ainsi plusieurs sources d'inspiration possibles pour les gouvernements FPT s'ils décident d'entreprendre les réformes nécessaires afin de pouvoir pleinement respecter leurs obligations internationales et, surtout, en matière de protection des droits humains. Le fédéralisme ne peut être considéré comme un obstacle; il doit être adapté pour être source de solutions.

Ainsi, rien ne semble appuyer le fait que des gouvernements FPT puissent invoquer le fédéralisme comme justifiant, en grande partie, le manque de mise en œuvre et de respect pour les traités internationaux au Canada⁷²⁵. Comme l'a affirmé une large coalition d'organisations de la société civile et de peuples autochtones dans une soumission pour le premier Examen périodique universel (EPU) du Canada :

[o]ur organizations are deeply concerned about the mounting gap between the commitments Canada has made on the world stage to protect human rights and the failure to live up to those promises at home. [...] We have made little or no progress. Repeatedly we come up against two major barriers. First, excessive government secrecy means that there is virtually no public information about these issues. [...] Second, governments frequently blame federalism. Federal and provincial/territorial governments consistently blame each other for the shortcomings. The constitutional division of powers between the federal and provincial/territorial governments in Canada cannot be an excuse for a failure to implement rights. Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties states the principle that a state may not invoke provisions of its internal law as justification for a failure to perform a treaty.⁷²⁶

ii. Tirer bénéfice de la pluralité des ordres juridiques

Il semble que, contrairement à l'idée selon laquelle la multiplication des ordres juridiques puisse faire obstacle à la mise en œuvre d'initiatives concertées, une telle pluralité peut au contraire permettre de mieux adapter localement les solutions aux besoins des différentes cultures et peuples vivant sur le territoire canadien. Une plus grande variété d'acteurs.trices réfléchissant aux mêmes enjeux donnera lieu à une multiplication des bonnes pratiques en la matière. Pour ce faire, il est alors particulièrement important de donner une réelle place aux épistémologies et normativités autochtones dans les débats concernant les droits humains. Il serait donc pertinent d'adapter la structure des ordres juridiques au Canada, afin de réfléchir à la création de véritables espaces propices à la libre détermination des peuples et à la pluralité normative⁷²⁷.

724 Colombie, Corte Constitucional, *Sentencia SU095/18: Acción de Tutela instaurada por Mansarovar Energy Colombia Ltda., contra el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta*, Expediente T-6.298.958, 11 octobre 2018, en ligne: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU095-18.htm>> [Traduction libre].

725 Voir section 4 a) du présent rapport.

726 NGO Coalition, *supra* note 364 aux pp 1-2.

727 Voir par ex *Rapport de la Commission royale*, vol 1, *supra* note 700 aux pp 23, 840-848; *Rapport de la Commission royale*, vol 2, *supra* note 700 aux pp 1354-1362. Voir aussi la section 2 a) 1), ci-haut.

À ce sujet, comme l'ont indiqué certains.es,

*[c]rucial to this project is respect for and engagement with Indigenous legal orders. [...] Indigenous peoples' rights are rooted in Indigenous peoples' own legal traditions, rather than a colonially imposed legal regime that defines Aboriginal rights according to European understandings of law. Settlers and settler governments committed [...] to the broader project of reconciliation, must therefore be prepared to invest significant amounts of time and resources into substantive engagement with Indigenous legal orders.*⁷²⁸

La Commission royale de 1996 sur les peuples autochtones avait, il y a maintenant plus de 25 ans, réfléchi à la question et proposé une variété de solutions afin de permettre la création d'un troisième ordre de gouvernement, celui des gouvernements des peuples autochtones, ainsi que garantir le droit à la libre détermination et autonomie des peuples autochtones⁷²⁹.

En outre, la Commission de vérité et réconciliation ainsi que l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées ont réaffirmé, en 2015 et en 2018 respectivement, les actions minimales qui doivent être prises dans une variété de domaines afin de garantir le respect des droits des peuples autochtones et traiter du legs colonial du Canada, notamment en matière de gouvernance et dans le domaine du droit⁷³⁰.

À cette fin, la *Déclaration des droits des peuples autochtones des Nations Unies* (DDPA) et la *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones* (DADPA), peuvent servir d'inspiration et guider l'action des gouvernements FPT dans leurs dialogues avec les peuples autochtones afin de renforcer la pluralité juridique au Canada ainsi que reconnaître un ordre de gouvernement autochtone (voir Section 6 b).

Tel que l'a indiqué John Borrows,

*[t]he incorporation of universal human rights standards in the recognition of Indigenous law and governance is an important step in rejecting pre-and post-contact distinctions found in Van der Peet and the Pamajewon decision (which measures Indigenous governmental rights by whether they were integral to the distinctive culture of Aboriginal peoples prior to the arrival of Europeans).*⁷³¹

Les droits des peuples autochtones au sein du cadre établi par la DDPA et DADPA sont exprimés en termes universels; leur exercice n'est subordonné à aucun événement non autochtone⁷³². La Commission royale, en 1996, a soutenu à cet égard que «le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale est un droit inhérent que personne d'autre n'a à leur déléguer»⁷³³.

Il est par ailleurs important de souligner que les droits des peuples autochtones sont inhérents ou préexistants aux *Déclarations*; celles-ci n'ont pas créé de nouveaux droits, mais plutôt cherché à réaffirmer ceux-ci⁷³⁴. Les *Déclarations* sont un prolongement des normes inscrites dans divers traités relatifs aux droits humains qui ont été largement ratifiés, dont certains par le Canada, et qui sont juridiquement contraignants pour les États⁷³⁵.

728 Hannah Askew, «UNDRIP Implementation, Intercultural Learning and Substantive Engagement with Indigenous Legal Orders» dans Centre for International Governance Innovation et Wiyasiwewin Mikiwahp Native Law Centre of the University of Saskatchewan College of Law, dir, *UNDRIP Implementation: More Reflections on the Braiding of International, Domestic and Indigenous Laws*, Special Report, 2018 85 à la p 85.

729 Voir *Rapport de la Commission royale*, vol 1, *supra* note 700 à la p 848.

730 *Rapport de la Commission royale*, vol 4, *supra* note 700; CVR Canada, *Rapport final*, vol 6, *supra* note 7 aux pp 251 et ss; Rapport ENFFADA, vol 2, *supra* note 422 aux pp 189 et ss.

731 John Borrows, «Revitalizing Canada's Indigenous Constitution: Two Challenges», dans Centre for International Governance Innovation, dir, *UNDRIP Implementation: Braiding International, Domestic and Indigenous Laws*, 2017 20 à la p 21.

732 *Ibid.*

733 *Rapport de la Commission royale*, vol 1, *supra* note 700 à la p 848.

734 Coalition for the Human Rights of Indigenous Peoples, «Interpreting the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (juin 2018), en ligne: Canadians Friends Service Committee <<https://quakerservice.ca/wp-content/uploads/2018/07/Interpreting-the-Declaration-June-2018-Declaration-Coalition-1-1.pdf>>.

735 *Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones*, 2013, *supra* note 323 au para 65.

Elles ne visent pas à conférer aux peuples autochtones des droits fondamentaux spéciaux ou nouveaux; elles développent plutôt des principes et des droits généraux dans le domaine des droits de la personne en les situant dans le contexte historique, culturel et social propre aux peuples autochtones⁷³⁶.

En outre, la mise en œuvre des deux *Déclarations* (DDPA et DADPA) est conçue comme un exercice collaboratif, de par les obligations qui incombent à l'État en vertu des droits reconnus aux peuples autochtones. Ainsi, le point de départ et le fondement de cette mise en œuvre réside dans le droit à l'autodétermination de ces peuples. La *Coalition for the Human Rights of Indigenous Peoples* a affirmé à ce sujet que

*The Declaration repeatedly affirms both the right of Indigenous peoples to control their own lives and futures and the obligation of States to work collaboratively with Indigenous peoples. In setting out the rights of Indigenous peoples, the Declaration repeatedly uses phrase such as "the right to determine" and "the right to control." When describing the obligations of States, the Declaration repeatedly calls on States to act "in conjunction" with Indigenous peoples and to both consult and cooperate with them. Unilateral State actions, even for the purpose of implementing the Declaration, would violate the clear intent of the Declaration and the obligations that it sets out.*⁷³⁷

Il est aussi nécessaire de souligner que l'adoption et la mise en œuvre de la DDPA sont une étape essentielle à la réalisation des appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation. Le *Union of British Columbia Indian Chiefs and the Canadian Centre for Policy Alternatives* avancent à ce propos que

*A turning point in Canada's understanding and recognition of the UN Declaration's significance came with the final report of the Truth and Reconciliation Commission in 2015. In Call to Action 43, the TRC calls on federal, provincial, territorial and municipal governments to adopt and implement the UN Declaration as "the framework" for reconciliation. Therefore, the TRC's purpose, as articulated by the Calls to Action, is inseparably linked to the UN Declaration; one cannot say, "I support the TRC Calls to Action but not the UN Declaration."*⁷³⁸

Brad Regehr, ancien président de l'Association du Barreau canadien en 2020, dans une entrevue avec le chef national de l'Assemblée des Premières Nations, Perry Bellegarde, a déclaré, en ce qui concerne la possibilité de mettre en œuvre la DDPA, que

*It's not a question of can it be done, it's a question of is the will there to do it. [...] It can certainly fit within Canada's system, and if our legal system needs to adopt to it, so be it. Our legal system has been described as a living tree and it constantly evolves; well it can evolve to accommodate the principles of UNDRIP. [...] These [principles] are recognizing rights that have been in existence for millennia and have just been formalized in a document.*⁷³⁹

Une meilleure intégration des enjeux autochtones au sein des ordres juridiques pourrait ainsi permettre aux peuples autochtones de s'approprier davantage le discours des droits humains, souvent perçu comme externe à leurs réalités. Les priorités relatives aux droits humains pourraient être établies en recentrant la discussion sur les normativités autochtones, et en incluant des référents normatifs, linguistiques et culturels adaptés.

La jurisprudence du SIADH s'inscrit dans cette perspective en encourageant les États à comprendre les problématiques associées aux droits humains vécus par les peuples autochtones en fonction de leur normativité

736 Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, M. S. James Anaya, Doc off NU A/HRC/9/9, 2008, 9^e sess au para 86.

737 *Coalition for the Human Rights of Indigenous Peoples*, *supra* note 734.

738 *Union of British Columbia Indian Chiefs et Canadian Centre for Policy Alternatives, True Lasting Reconciliation: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in British Columbia law, policy and practices*, novembre 2018 à la p 9.

739 Perry Bellegarde, National Chief, Assembly of First Nations, "Brad Regehr -The First Indigenous President of the Canadian Bar Association", *Ahkameyimok Podcast with National Chief Perry Bellegarde*, Ottawa, September 18 2020 at 14:27 online: Blubrry podcasting <https://blubrry.com/ahkameyimok/67636340/brad-regehr-the-first-indigenous-president-of-the-canadian-bar-association/?fbclid=IwAR1u5px_19IF-1YZWkaFpsRv3a7MNS9ksg30fTFH4Masg05YVS4gYittLxk>.

spécifique. L'image utilisée par Oonagh Fitzgerald et Risa Schwartz en introduction à leur publication collaborative sur la mise en œuvre de DNUDPA est très évocatrice à cet égard :

*A braid is a single object consisting of many fibres and separate strands; it does not gain its strength from any single fibre that runs its entire length, but from the many fibres woven together. Imagining a process of braiding together strands of constitutional, international and Indigenous law allows one to see the possibilities of reconciliation from different angles and perspectives, and thereby to begin to reimagine what a nation-to-nation relationship justly encompassing these different legal traditions might mean.*⁷⁴⁰

Quelle que soit l'approche privilégiée, les sources de droit doivent interagir positivement entre elles, et se répondre les unes aux autres de manière à donner effet aux lois, valeurs, coutumes, normes et traditions des peuples autochtones⁷⁴¹.

Tel qu'indiqué par Anexa Brendalee Alfred Cunningham, l'*Affaire de la Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* de la Cour interaméricaine, en tant que première décision d'un tribunal international sur le droit de propriété des peuples autochtones, a eu une influence significative sur le Système interaméricain et les droits humains en général, ainsi que dans la lutte des peuples autochtones de différents pays. Cette affaire représente un exemple de succès en matière de litige pour les droits des peuples autochtones, en plus d'avoir servi et de continuer de servir comme socle normatif à l'évolution du droit international. En effet, dans cette décision, la Cour interaméricaine a reconnu que « Indigenous groups, by the fact of their very existence, have the right to live freely in their own territory; the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival »⁷⁴². Elle a affirmé plus loin que « Indigenous peoples' customary law must be especially taken into account »⁷⁴³.

La Cour a ainsi posé les fondements d'une analyse des droits des peuples autochtones qui considère ces droits comme des droits collectifs, qui s'exercent de façon collective, et comme étant intimement liés à une reconnaissance de la normativité et culture autochtone⁷⁴⁴.

Ella a maintenu que : « [a]s regards indigenous peoples, it is essential for the States to grant effective protection that takes into account their specificities, their economic and social characteristics, as well as their situation of special vulnerability, their customary law, values, and customs »⁷⁴⁵. Les droits des peuples autochtones ne se définissent pas exclusivement par des droits dans le cadre du régime juridique officiel d'un État, mais également comme des droits qui découlent de la coutume et de la tradition autochtones et qui y sont ancrés⁷⁴⁶. De ce fait, les États « must take into account the characteristics that differentiate the members of indigenous communities from the general population and that make up their cultural identity, when interpreting and applying their domestic laws and regulations »⁷⁴⁷.

En ce qui concerne la participation politique des peuples autochtones, la jurisprudence interaméricaine a souligné que « the right to political participation includes the right to "participate, in equal conditions, in decision-making on matters and policies that affect or could affect their rights [...] from within their own institutions and according

740 Oonagh Fitzgerald et Risa Schwartz, « Introduction » dans Centre for International Governance Innovation, dir, *UNDRIP Implementation: Braiding International, Domestic and Indigenous Laws*, 2017 1 à la p 3.

741 John Borrows, « Introduction: Challenging Law » dans Centre for International Governance Innovation et Wiyasiwewin Mikiwahp Native Law Centre of the University of Saskatchewan College of Law, dir, *UNDRIP Implementation: More Reflections on the Braiding of International, Domestic and Indigenous Laws*, Special Report, 2018 1 à la p 2.

742 *Affaire Awas Tingni*, supra note 90 au para 149.

743 *Ibid* au para 151.

744 *Ibid* au para 149. Voir aussi *Affaire Sarayaku*, supra note 55 aux para 145, 231; *Titularité des droits des personnes morales dans le Système interaméricain de protection des droits humains* (2016), Avis consultatif OC-22/16, Cour IDH (Sér A) n°16 au para 75 [Avis consultatif 22/16].

745 *Affaire Yakye Axa*, supra note 55 au para 63; *Affaire Chitay Nech*, supra note 583 au para 114.

746 Voir *Affaire Toledo*, supra note 54 au para 118.

747 *Affaire Kaqchikel de Sumpango*, supra note 298 au para 137. Voir aussi *Affaire Yakye Axa*, supra note 55 au para 51; *Affaire Sawhoyamaya*, supra note 55 aux para 59-60; *Affaire Sarayaku*, supra note 55 au para 162.

to their values, practices, customs and forms of organization” »⁷⁴⁸. Le droit interaméricain a ainsi reconnu à plusieurs reprises l’importance du droit des peuples autochtones de décider eux-mêmes de la forme que prend leur représentation politique⁷⁴⁹. Une telle reconnaissance des droits politiques, à la libre détermination et à l’autonomie des peuples autochtones démontre les contributions possibles des droits humains au renforcement des modes de représentation du leadership autochtone depuis une perspective juridique respectueuse des droits des peuples autochtones.

Selon Daniel Cerqueira, l’intégration du multiculturalisme dans la *Constitution canadienne*, et l’adoption sociale de ce principe par opposition à celui d’intégration véhiculé dans plusieurs pays des Amériques avant 1980, a servi d’exemple pour plusieurs pays d’Amérique latine lors de leur processus de réforme constitutionnelle dans les années 80 et 90⁷⁵⁰.

Cerqueira propose alors qu’il peut maintenant être au tour du Canada de s’inspirer de ses voisins du Sud et des institutions interaméricaines afin de mieux reconnaître les droits des peuples autochtones, et ce, tout particulièrement dans le cadre de ses efforts vers une éventuelle réconciliation. En effet, non seulement la jurisprudence du Système interaméricain a dépassé le cadre établi au Canada, mais plusieurs États ont maintenant adopté une vision plurinationale ou pluriculturelle qui permet de mieux tenir compte des droits, des institutions et de la culture des peuples autochtones. Tel que l’affirme la Commission interaméricaine, dans plusieurs États des réformes constitutionnelles ont conduit à la reconnaissance du caractère multiethnique, multiculturel ou pluriculturel des États et ainsi à la reconnaissance du pluralisme juridique ou du droit propre des peuples autochtones⁷⁵¹.

À cet effet, il importe de rappeler que, tel que développé lors de la présentation de Viviana Krsticevic pendant le colloque convoqué dans le cadre de ce projet, le Système interaméricain offre des solutions communes et des pistes de réflexion sur des enjeux qui affectent la région. Ce système n’est pas seulement le fruit de quelques traités et institutions, mais plutôt un écosystème de personnes, d’expert.es, de défenseur.ses de droits humains et d’États qui contribuent conjointement au développement du droit international, ainsi qu’à son évolution constante.

Pour reprendre les mots de Brad Regehr, « It’s not a question of can it be done, it’s a question of is the will there to do it »⁷⁵². Le Canada a déjà entrepris de premiers pas vers un changement de paradigme dans les relations entre les gouvernements FPT et les peuples autochtones. Renforcer la collaboration avec les peuples autochtones et donner une place aux ordres juridiques autochtones pourraient constituer le prochain pas vers l’avant. La question n’est pas de savoir comment nous pouvons faire de la place dans le paysage juridique pour les ordres juridiques autochtones, mais plutôt « [t]he answer depends, at least in part, on an inversion of the question: a crucial part of this process must be to find space for ourselves, as strangers and newcomers, within the Indigenous legal orders themselves »⁷⁵³.

748 *Indigenous Peoples, Afro-Descendent Communities, and Natural Resources: Human Rights Protection in the Context of Extraction, Exploitation, and Development Activities* (2015) Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II. Doc.47/15 au para 162. Voir par ex *Affaire Yatama (Nicaragua)* (2005), Inter-Am Ct HR (Sér C) N°127 au para 225 [*Affaire Yatama*].

749 Voir par ex *Affaire Yatama*, *supra* note 748 au para 225; *Affaire Chitay Nech*, *supra* note 583 au para 114; *Affaire Kaliña et Lokono*, *supra* note 55 aux para 178, 180, 196-197, 202-203, 230; *Affaire Lhaka Honhat*, *supra* note 288 aux paras 99, 173.

750 Le paradigme intégrationniste repose « sur une perception aux termes de laquelle: la seule possibilité d’avenir pour les peuples autochtones [est] l’intégration dans le reste de la société et qu’il [revient] à cette dernière de prendre les décisions concernant leur développement. » Tandis que, selon Cerqueira, le paradigme multiculturel est basé sur la reconnaissance des droits différenciés des minorités nationales ou ethniques, et il vise à égaliser les conditions actuelles des groupes qui ont souffert de désavantages historiques par rapport aux autres groupes sociaux. Il est à noter que Cerqueira reconnaît que le multiculturalisme a été critiqué par d’aucuns et que ce paradigme a eu des effets secondaires parfois délétères pour les minorités et peuples autochtones. Voir Organisation internationale du travail, « Comprendre la Convention (n°169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989 -Manuel à l’usage des mandants tripartites de l’OIT : Manuel à l’usage des mandants tripartites de l’OIT », 2013 à la p 4; Cerqueira, *supra* note 77; Chris Andersen, *Metis: Race, Recognition, and the Struggle for Indigenous Peoplehood*, University of British Columbia Press, Vancouver, 2014; Donna Lee Van Cott, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 2000.

751 *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales* (2021), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II Doc.413/21 au para 232 [*Derecho a la libre determinación*].

752 Bellegarde, *supra* note 739.

753 Lance Finch, « The Duty to Learn: Taking Account of Indigenous Legal Orders in Practice » (2012) *Indigenous Legal Orders and the Common Law Conference*, Continuing Legal Education of British Columbia, Vancouver.

c) Soutien au système multiacteurs

Selon plusieurs, les acteurs.trices de la société civile souffrent de n'être pas considéré.es comme des allié.es dans la création et l'administration d'un système de garantie des droits humains. Malgré le fait que, à bien des égards, ceux-ci et celles-ci participent activement à la reconnaissance et à la lutte pour la protection de ces droits, ils et elles semblent pourtant souvent perçus comme des adversaires par les autorités. Pourtant, comme c'est le cas au sein du Système interaméricain, la société civile, et plus particulièrement les ONG, ont un rôle fondamental à jouer dans le régime de garantie des droits humains, et doivent dès lors être approchées non comme des entités qui font obstacle aux politiques étatiques, mais plus sûrement comme des alliées qui peuvent contribuer de façon informée aux débats et à la mise en place de mesures adaptées.

i. *Résistance des autorités aux droits humains, justice transitionnelle et réconciliation*

Dans les processus de justice transitionnelle qui ont été déployés en Amérique latine, notamment ceux ayant contribué à la consolidation des démocraties, les organisations de défense des droits humains ont généralement été perçues comme des alliées appuyant l'État de droit ou le renforcement du système de justice⁷⁵⁴. Même s'il est arrivé que des gouvernements aient dénoncé des organisations de défense des droits humains, en les présentant comme entités rebelles, financées par des opposant.es ou par des puissances étrangères dans le but de déstabiliser le pays, les autorités ont souvent mal compris le rôle joué par ces organisations pour le maintien de l'État de droit et l'effervescence des démocraties pluralistes.

En effet, ces organisations ont comme objectif de dénoncer les abus des autorités, il est alors normal que certaines divergences d'opinions persistent avec celles-ci. Il est toutefois important de permettre et d'encourager la diversité des points de vue, même s'ils ne sont pas toujours accord avec les positions gouvernementales⁷⁵⁵.

Le Canada a adopté des lignes directrices pour le soutien des défenseurs.ses de la personne en 2017 afin de guider son action internationale et favoriser un meilleur soutien à ces défenseurs.ses des droits humains à l'étranger⁷⁵⁶. Cette politique s'inspire en grande partie des normes internationales existantes et offre une assistance technique aux diplomates Canadien.nes à l'étranger sur ces enjeux.

Cela étant dit, la politique a une visée internationale, sans toutefois porter sur la situation au Canada : aucune politique ou législation de ce genre ne semble exister pour une application à l'intérieur du Canada à propos du positionnement des autorités face aux défenseurs.ses des droits humains.

Il pourrait alors s'avérer utile d'adopter une telle politique au Canada pour les défenseurs.ses qui y opèrent, assortie des garanties juridiques nécessaires, afin de donner un réel sens aux deux premières phrases des lignes directrices de 2017 : « Les Canadiens attachent une grande importance aux droits de la personne. Ils s'attendent à ce que leur gouvernement contribue à mieux les faire respecter au Canada et partout dans le monde »⁷⁵⁷.

754 Voir section 5 c) du présent rapport.

755 Voir à ce sujet *Second Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas* (2011), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II Doc 66 [Situation of Human Rights Defenders].

756 Affaires mondiales Canada, *Voix à risque : Lignes directrices du Canada pour le soutien des défenseurs des droits de la personne*, FR5-110/2017F-PDF, Ottawa, Sa Majesté la Reine, chef du Canada, 2017; Affaires mondiales Canada, *Voix à risque : Lignes directrices du Canada pour le soutien des défenseurs des droits de la personne*, FR5-110/2019F-PDF, 2^e éd., Ottawa, Sa Majesté la Reine, chef du Canada, 2019 [Affaires mondiales Canada, *Voix à risque* 2019].

757 Affaires mondiales Canada, *Voix à risque* 2019, *supra* note 756 à la p 1.

Comme l'indiquaient ces mêmes lignes directrices,

Tant dans les États démocratiques que non démocratiques, bon nombre de gouvernements tentent d'étouffer la société civile et de nuire au travail des défenseurs des droits de la personne, y compris en ligne, notamment en adoptant des lois et des règlements qui limitent la pleine jouissance des droits et libertés fondamentaux, en imposant des restrictions aux organisations de la société civile ou aux médias, par exemple le retrait de leur statut juridique, en déclarant illégales des manifestations sociales pacifiques, en discriminant ouvertement les personnes appartenant à des groupes marginalisés et vulnérables et en ayant recours à des tactiques d'intimidation de plus en plus dures, à des mesures de surveillance illégales et arbitraires, à des menaces et à des représailles⁷⁵⁸.

En effet, les défenseurs.es des droits humains font face à des obstacles partout dans le monde, peu importe le caractère démocratique des États où ils œuvrent⁷⁵⁹.

Ainsi, dans les avis reçus lors des sondages, rencontres et événements nationaux consultations de ce projet, plusieurs intervenant.es ont soutenu qu'il y existe plusieurs barrières à la défense des droits humains au Canada et que, dans certains cas, des personnes ou des ONG ont fait l'objet de harcèlement de la part des autorités en raison de leurs activités de défense des droits. À ce sujet, rappelons par exemple que le Groupe sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises des Nations Unies « a été informé de la criminalisation de manifestations pacifiques et du recours aux forces de sécurité et à la police pour disperser et arrêter des militants qui exerçaient leur droit démocratique de protester contre les activités des entreprises au Canada et dans les pays accueillant des entreprises canadiennes »⁷⁶⁰.

En effet, lors des sondages, rencontres et événements nationaux réalisés dans le cadre de ce projet, plusieurs intervenant.es ont soutenu qu'il existe, au Canada, plusieurs barrières à la défense des droits humains, et plus particulièrement que certaines personnes avaient été ciblées pour leur travail ou activités dans ce domaine. À ce sujet, rappelons que l'ancienne coalition d'organisations et d'individus, Voices-Voix, créée afin d'analyser cette question, avait identifié à cet effet huit différents moyens prétendument utilisés par les autorités contre certain.es défenseurs.es des droits humains ou critiques des autorités politiques en place : 1) le défaut de financement, 2) le licenciement ou la démission forcée, 3) le harcèlement et la violation de la vie privée, 4) la rétention d'informations, 5) l'interférence avec des institutions indépendantes, 6) la surveillance, 7) les campagnes de diffamation afin d'entacher la réputation, et 8) la révocation du statut d'organisme de bienfaisance⁷⁶¹.

Ainsi, l'adoption d'une politique ou d'une loi visant la protection des défenseurs.es des droits humains au Canada pourrait appuyer ceux-ci dans leur travail et empêcher que celui-ci ne soit menacé ou compromis par divers facteurs. Une telle politique ou loi pourrait, notamment, favoriser le dialogue en rééquilibrant les capacités des parties en garantissant que l'État ne puisse directement ou indirectement compromettre le travail des défenseurs.es des droits humains et que ceux-ci possèdent des protections nécessaires afin de pouvoir mener un dialogue avec l'État. Dans l'élaboration d'une politique ou d'une loi sur les défenseurs.es des droits humains au Canada ainsi que

758 *Ibid* à la p 4.

759 C'est par exemple le cas de l'Australie, un pays souvent comparé au Canada sur le plan de son respect de l'état de droit et de la démocratie. Voir par ex Groupe de travail sur l'Examen périodique universel, *Compilation concernant l'Australie: Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, Doc off NU A/HRC/WG.6/37/AUS/2, 37^e sess, 13 novembre 2021; Groupe de travail sur l'Examen périodique universel, *Résumé des communications des parties prenantes concernant l'Australie: Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, Doc off NU A/HRC/WG.6/37/AUS/3, 37^e sess, 5 novembre 2021.

760 *Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises sur sa mission au Canada*, Doc off NU A/HRC/38/48/Add.1, 38^e sess, 23 avril 2018 au para 47.

761 Voir par ex Voices-Voix, « Canada: Submission to the UN Universal Periodic Review », 7 octobre 2012, en ligne: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/lib-docs/HRBodies/UPR/Documents/Session16/CA/VoicesVoix_UPR_CAN_S16_2013_VoicesVoix_E.pdf> [Voices-Voix, Submission]; Voices-Voix, « Dismantling Democracy: Stifling Debate and Dissent in Canada », juin 2015, en ligne: <https://justice-project.org/wp-content/uploads/2017/07/dismantlingdemocracy_voicesvoix.pdf>. Voir Maria Gergin, « Silencing Dissent: The Conservative Record », 6 avril 2011, en ligne: *Centre canadien de Politiques Alternatives* <<https://policyalternatives.ca/publications/commentary/silencing-dissent-conservative-record>>.

lors des modifications législatives afférentes, l'expérience latino-américaine et du Système interaméricain pourrait guider les efforts du Canada et bonifier les mesures adoptées.

La Commission interaméricaine a, par exemple, publié une multitude de rapports sur le sujet, dont notamment *Protest and Human Rights: Standards on the rights involved in social protest and the obligations to guide the response of the State*, *Towards Effective Integral Protection Policies for Human Rights Defenders* et *Criminalization of the Work of Human Rights Defenders*⁷⁶². Dans le cadre de ces divers rapports, la Commission s'est livrée à des analyses approfondies et a proposé des recommandations concrètes aux États membres de l'OÉA. Depuis 2011, la CIDH a également créé un poste de Rapporteur spécial pour les défenseurs des droits humains et les administrateurs de justice, chargé d'effectuer un suivi quant aux enjeux spécifiques aux défenseurs.ses des droits humains et aux administrateurs.trices de justice⁷⁶³.

La Commission interaméricaine a ainsi expressément indiqué que les États ont comme obligation d'adopter une politique de protection intégrale des défenseurs.ses de droits humains qui inclut des mesures visant à prévenir les violations des droits humains, à éliminer les obstacles auxquels sont confrontés les défenseurs.ses des droits humains et à garantir que les agent.es de l'État s'abstiennent d'interférer avec leurs droits ou de les restreindre⁷⁶⁴. Par exemple, «[t]ant au niveau administratif que législatif, les États doivent s'abstenir de créer des obstacles ou toute autre entrave ou restriction disproportionnée à l'enregistrement, l'établissement, le financement et les opérations des organisations de défense des droits humains»⁷⁶⁵. Ils doivent respecter les droits des défenseurs.ses et des organisations des droits humains à gérer leurs ressources, y compris leur financement, et à formuler leur programme d'activités en toute indépendance et sans ingérence indue⁷⁶⁶.

La CIDH a également abordé plusieurs aspects cruciaux de la protection devant être accordée aux défenseurs.ses des droits humains ainsi que les mesures qui doivent être prises afin de leur permettre de réaliser librement leurs activités. Ainsi, les États ont l'obligation de «favoriser l'existence d'une culture respectueuse des droits humains, dans laquelle le rôle clé joué par les défenseurs.ses des droits humains dans le renforcement de la démocratie et de l'État de droit est reconnu publiquement et sans équivoque, et dans laquelle cette pratique est reconnue comme une activité légitime»⁷⁶⁷. Il découle alors de cette obligation la nécessité pour l'État de considérer que le fait de «défendre les droits humains ne signifie pas œuvrer contre les institutions de l'État, mais plutôt exercer un contrôle indispensable sur les institutions gouvernementales et contribuer ainsi à renforcer l'État de droit et à étendre les garanties et les droits de tous»⁷⁶⁸.

En ce qui concerne les manifestations et autres formes de revendications sociales des droits⁷⁶⁹, la Commission a indiqué que celles-ci «ont été un moyen d'obtenir à la fois le relèvement du seuil de garantie des droits

762 *Protest and Human Rights: Standards on the rights involved in social protest and the obligations to guide the response of the State* (2019), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/ INF.22/19 [CIDH, *Protest and Human Rights*]; *Towards Effective Integral Protection Policies for Human Rights Defenders* (2017), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 207/17, [CIDH, *Integral Protection Policies*]; *Criminalization of the Work of Human Rights Defenders* (2015), Inter-Am Comm HR, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 49/15 [CIDH, *Criminalization*].

763 CIDH, communiqué, 28/11, «IACHR concludes its 141st session» (28 avril 2011), en ligne: OÉA <https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2011/028.asp>.

764 CIDH, *Integral Protection Policies*, supra note 762 au para 28.

765 *Ibid* au para 131.

766 CIDH, *Criminalization*, supra note 762 au para 286.

767 CIDH, *Integral Protection Policies*, supra note 762 au para 138.

768 *Ibid*.

769 Voir généralement Bernard Duhaime et Andréanne Thibault, «Contestation sociale, liberté de réunion pacifique et d'association: quelles leçons tirer des expériences interaméricaines?» (2020) 57 ACIDI 113; Bernard Duhaime et Maëlys Gaches, «Diritto di riunione» dans Laura Cappuccio et Palmira Tanzarella, dir, *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 425; Bernard Duhaime et Andréanne Thibault, «Diritto di libertà d'associazione» dans Laura Cappuccio et Palmira Tanzarella, dir, *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 445; Bernard Duhaime et Jacynthe Poisson, «International Law and the Silencing of Social Protest» dans Margarette E. Beare et Nathalie Des Rosiers, dir, *The State on Trial: Policing Protest*, Vancouver, UBC Press, 2015, 196; Bernard Duhaime et Jacynthe Poisson, «Protesta social y libertad de expresión en Canadá: reflexiones y lecciones aprendidas de los eventos de junio de 2010 a cerca del G20 en Toronto» (2012) 19 Derecho Comparado de la Información 95.

fondamentaux à l'échelon national et l'inclusion d'un grand nombre de droits dans le développement progressif du droit international des droits humains⁷⁷⁰. En effet, « le Système interaméricain a reconnu la relation entre les droits politiques, la liberté d'expression, la liberté de réunion et la liberté d'association, et que ces droits, pris ensemble, rendent possible le processus démocratique »⁷⁷¹. De façon plus holistique, le droit de manifester est également un mécanisme essentiel pour garantir les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux⁷⁷². La Commission a ainsi examiné en détail les normes entourant le droit de manifester, et traité de cas concrets tels que l'utilisation d'armes moins létales (par exemple de gaz lacrymogène), la criminalisation de personnes ayant participé à des manifestations, le temps et les lieux où peuvent avoir lieu des manifestations, les formes virtuelles d'actions sociales, l'accès à l'information et les états d'urgences⁷⁷³.

Par ailleurs, la Cour interaméricaine a développé une riche jurisprudence en matière de liberté d'expression. Par exemple, elle s'est prononcée à différentes occasions sur l'importance du pluralisme des médias pour la garantie effective du droit à la liberté d'expression, et ainsi l'obligation des États d'établir des lois et des politiques publiques qui démocratisent l'accès aux médias dans les différents domaines de communication, tels que, par exemple, la presse, la radio et la télévision⁷⁷⁴.

En ce qui a trait aux peuples autochtones, la Cour a expressément indiqué, dans une affaire récente, que cette pluralité « implique nécessairement la reconnaissance du droit des peuples autochtones d'être représentés dans les différents médias, notamment en raison de leurs modes de vie distinctifs, de leurs relations communautaires et de l'importance des médias pour ces communautés »⁷⁷⁵. Ce droit des peuples autochtones d'être représentés dans les médias émane des droits à la non-discrimination, à la libre détermination, à prendre part à la vie culturelle et à liberté d'expression⁷⁷⁶. Cette affaire démontre alors l'importance de concevoir la protection de la liberté d'expression de façon holistique, notamment dans un contexte de réconciliation, afin de garantir l'existence d'espaces de discussions et de communications qui permettent la diffusion de narratifs autochtones. Elle fournit, par exemple, un socle normatif qui peut s'avérer intéressant afin de mettre en œuvre certaines des recommandations adressées aux gouvernements FPT par la Commission de vérité et réconciliation ainsi que l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, notamment en matière d'éducation, de culture et des médias, et ce, depuis une approche fondée sur les droits humains.

Par ailleurs, il nous semble ici important de souligner le résultat des recherches de Rachel Hatcher et de Cynthia Milton concernant l'importance de la mémoire dans les processus de justice transitionnelle⁷⁷⁷ ainsi que les obstacles rencontrés par les personnes et collectivités luttant pour que la vérité soit connue, et que leurs voix, auparavant réduites au silence, puissent maintenant se faire entendre.

Rachel Hatcher met en lumière comment les institutions étatiques ne peuvent garantir des espaces tout à fait propices à la récupération de la mémoire puisque celles-ci ont souvent participé, à différents degrés, aux actions aujourd'hui dénoncées⁷⁷⁸. Cynthia Milton, pour sa part, avance que les personnes et collectivités qui ont été victimes de violations de leurs droits se confrontent souvent à des groupes d'intérêts opposés à leur travail et qui possèdent

770 CIDH, *Protest and Human Rights*, supra note 762 au para 3. La Cour interaméricaine a soutenu de façon similaire que : « The ability to protest publicly and peacefully is one of the most accessible ways to exercise the right to freedom of expression, and can contribute to the protection of other rights. » Voir *Affaire Lopez Lone et al. (Honduras)* (2015), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°302 au para 167; *Affaire des femmes victimes de torture sexuelle à Atenco (Mexique)* (2018), Inter-Am Ct Hr (Sér C) n° 350 au para 171.

771 CIRH, *Protest and Human Rights*, supra note 762 au para 17.

772 *Ibid* aux para 24-25.

773 *Ibid* aux para 1, 329.

774 Voir par ex *Affaire Kaqchikel de Sumpango*, supra note 298 au para 91; *Affaire Granier et al (Radio Caracas Televisión) (Vénézuéla)* (2015), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°293 au para 145.

775 *Affaire Kaqchikel de Sumpango*, supra note 298 au para 92.

776 *Ibid* aux para 94-95.

777 Voir aussi Bernard Duhaime, « Les disparitions forcées, la vérité, la mémoire, et le droit international » dans Leila Celio et Martin Hébert, dir, *Devoir de mémoire: Perspectives sociales et théoriques sur la vérité, la justice et la réconciliation dans les Amériques*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, 203.

778 Voir Rachel Hatcher, « Amnesty in El Salvador: the long and winding road to justice, truth, and memory » (2022) Hors-Série -juin RQDI 121. Voir aussi Rachel Hatcher, *The Power of Memory and Violence in Central America*, Cham, Palgrave Macmillan, 2018.

des ressources significativement plus grandes⁷⁷⁹. Ces groupes d'intérêts usent alors de leurs ressources afin de créer des contre-narratifs qui minimisent les violations subies ou qui usurpent les narratifs défendus par les victimes. Ces contributions mettent ainsi en lumière l'importance de prendre des actions positives afin de faciliter la création d'espace de revendication de la mémoire et des droits, ainsi que l'obligation des États de garantir que les personnes affectées par les mesures prises par l'État dans le passé puissent faire entendre leurs voix.

La prise en compte de ces standards et la participation active du Canada au Système interaméricain pourraient ainsi lui fournir des outils utiles afin de favoriser un pluralisme démocratique dynamique qui soit inspiré d'un esprit de réconciliation et de respect des droits humains.

De plus, le maintien du lien de confiance entre l'État canadien et les peuples autochtones exige plus d'engagement et de cohérence dans la réconciliation promue par le gouvernement. En effet, d'une part, des excuses ont été faites par les autorités envers les peuples autochtones, mais, d'autre part, ceux-ci sont confrontés à une résistance persistante des pouvoirs publics lorsqu'ils revendiquent leurs droits. C'est le cas, notamment, dans le cadre de procédures judiciaires intentées et maintenues par ou contre certaines personnes ou groupes autochtones, dans lesquelles le gouvernement canadien a refusé d'obtempérer face à certaines décisions, a omis de fournir l'information nécessaire ou a contesté la recevabilité de certaines preuves⁷⁸⁰. Il est difficile de concevoir que cette réticence à coopérer est informée et inspirée de l'esprit de la réconciliation, conformément aux engagements pris par le gouvernement.

Cette résistance se note également dans certains processus de négociation avec l'État, puisque ce dernier dispose de considérablement plus de ressources, de temps et de documentation institutionnelle que les peuples ou les communautés autochtones avec qui il négocie. Dans leur état actuel, les structures gouvernementales permettent de conserver la mémoire institutionnelle de manière plus pérenne que les autorités autochtones en raison des plus grandes ressources que possède le gouvernement et de sa position avantageuse lors des processus. Cette asymétrie peut permettre aux instances gouvernementales de reporter la concession des bénéfices aux peuples concernés, une situation qui est généralement plus favorable pour la partie gouvernementale. Pour ces raisons, les autorités autochtones se voient d'emblée désavantagées une fois à la table de négociation.

En outre, cette approche semble incohérente, alors qu'à la suite d'un litige judiciaire, les tribunaux exigent de la Couronne qu'elle s'engage dans des processus de négociation de ce genre. Tel que relaté par l'un des participant.es du projet lors des sondages, rencontres et événements nationaux, un obstacle pouvant expliquer cette situation réside dans la manière dont les négociations entre les peuples autochtones et différents ministères ont lieu.

D'une part, si le désaccord mène à un règlement, les fonds nécessaires proviendront du financement ministériel et devront être prévus au budget, mais, d'autre part, si aucun règlement ne survient et que la situation donne lieu à un litige judiciaire, les fonds ne proviennent pas d'un ministère spécifique, et il n'est donc pas nécessaire qu'une somme précise soit préalablement budgétée ou prévue.

Un exemple parlant des déficiences qu'il peut y avoir lors des processus de négociations est le cas de la Bande du lac Lubicon qui, de 1975 jusqu'en 2018, soit presque 45 années, a lutté afin d'atteindre un accord de règlement concernant leurs revendications territoriales⁷⁸¹. En plus d'avoir eu besoin d'attendre une période de temps particulièrement

779 Voir section 2 d). Voir aussi Cynthia E. Milton, *Art from a Fractured Past: Memory and Truth-Telling in Post-Shining Path Peru*, Durham, Duke University Press, 2014; Cynthia E. Milton, *Conflicted Memory: Military Cultural Interventions and the Human Rights Era in Peru*, Madison, University of Wisconsin Press, 2018.

780 Ce fut le cas dans l'affaire *Caring Society*, dont il a été question dans la section 2 du présent rapport. Au cours de la procédure, la Couronne a omis de divulguer près de 90 000 documents pertinents, remettant en doute, selon certaines, la bonne foi du gouvernement.

781 Lubicon Lake Nation, « Lubicon Lake Nation Responds to Premier Notley's Settlement Announcement », *Cision*, 20 novembre 2018, en ligne: <<https://www.newswire.ca/news-releases/lubicon-lake-nation-responds-to-premier-notleys-settlement-announcement-700904641.html>>; Clare Clancy, « Lubicon Lake Band land claim timeline », *Edmonton Journal*, 25 octobre 2018, en ligne: <<https://edmontonjournal.com/news/politics/lubicon-lake-band-land-claim-timeline>>; Bob Weber, « Alberta's Lubicon Lake First Nation inks land deal with feds, province: 'Time to move on' », *Global News*, 13 novembre 2018, en ligne: <<https://globalnews.ca/news/4657510/lubicon-lake-first-nation-land-deal/>>; *Lubicon Lake Band No. 453: Treaty 8 Lands And Benefits Claim Settlement Agreement*, online: *Square Space*, 21 juin 1899, en ligne: <<https://static1.squarespace.com/static/52fba6ee4b03ff7dae515ba/t/5bb3d2fc104c7bf51875062b/1538511840556/LLB+Settlement+-+Final.pdf>>.

longue, la Bande du lac Lubicon a dû épuiser les recours judiciaires internes qui lui étaient disponibles, déposer une demande devant le Comité des droits de l'homme, puis user de tous les mécanismes offerts par les Nations Unies, en l'espèce quatre différents mécanismes, afin de faire pression sur le Canada pour que des négociations de bonne foi aient lieu et, surtout, tenter en vain de protéger leurs terres qui étaient affectées par des exploitations pétrolières et d'autres activités extractives⁷⁸². Une telle saga semble, à première vue, totalement incompatible avec l'engagement de réconciliation annoncé par la Couronne envers les peuples autochtones. Afin d'éviter cela, le gouvernement fédéral devrait considérer adopter des politiques et lois, en consultation avec les peuples autochtones, qui permettent de reconnaître la propriété collective des peuples autochtones de façon plus collaborative, rapide et adaptée à leurs besoins et exigences.

Sur le plan de la justice transitionnelle et de la réconciliation, un encadrement juridique plus clair semble nécessaire. Le processus de négociation, tout comme l'attitude adoptée par l'État, dépend souvent du gouvernement en place. Encadrer les procédures permettrait de les rendre plus prévisibles et efficaces, en plus d'offrir la possibilité d'inclure dans leur élaboration la participation d'acteurs autochtones, ce qui pourrait assurer une meilleure considération de leurs réalités.

À cet égard, il importe de signaler que, comme avancé dans la contribution de Vargas-Forman, Viera-Bravo et Pichún-Collonao⁷⁸³, la dépossession et la discrimination dont peuvent être victimes les peuples autochtones sont souvent ancrées dans un système judiciaire qui peut lui-même tendre à reproduire la discrimination vécue par ces peuples.

Selon ces contributeurs, il n'est alors pas suffisant pour les tribunaux d'octroyer des réparations dans certains cas; il doit y avoir des changements profonds au système judiciaire per se. En outre, lorsque des tensions surviennent entre l'État ou des personnes privées et certaines communautés autochtones, la criminalisation ou les pressions vécues par les leaders autochtones qui s'opposent à certaines mesures sur leur territoire peuvent engendrer des préjudices irréparables pour ces leaders et communautés. Il convient de rappeler que, pour les peuples autochtones, leurs luttes sont souvent liées à la survie même de leur existence en tant que peuple, ce qui requiert une protection particulière de la part de l'État. Lorsque l'État ne respecte pas cette obligation de protection et, plus particulièrement, que l'appareil judiciaire n'est d'aucune utilité pour garantir ces droits, il n'est pas surprenant que certaines personnes ou certains groupes aient recours à des moyens de pression alternatifs.

En effet, le texte de Nancy R. Tapias Torrado⁷⁸⁴ démontre bien comment, par exemple, des communautés autochtones qui ont été marginalisées, et dans ce qui semble être une position d'impuissance, ont réussi à fomentier des changements dans le comportement de certains des acteurs économiques les plus puissants au monde à travers le leadership et la lutte de femmes autochtones. Pour expliquer ce phénomène, elle a ainsi proposé le cadre conceptuel de l'acción trenzada qui véhicule la notion d'une tresse dont la force et la capacité de résister ainsi que de promulguer des changements provient de l'union de quatre facteurs (filaments) : la transformation du pouvoir du territoire en une force de mobilisation, le leadership de femmes autochtones, la mobilisation des droits humains et l'occurrence d'une violation grave aux droits humains.

782 Voir par ex Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels: Canada*, (2006) 36^e sess, Doc off UN ECOSOC E/C.12/CAN/CO/4 et E/C.12/CAN/CO/5 au para 38; Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme: Canada*, (2006) 85e sess, Doc off NU CCPR/C/ CAN/CO/5 au para 9; Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la*

783 Vargas-Forman et al., *supra* note 93.

784 Nancy R. Tapias Torrado, « Indigenous women leading the defense of human rights from abuses related to mega-projects: impacting corporate behaviour — overcoming silencing practices » (2022) Hors-Série -juin, RQDI 105.

Tapias Torrado dépeint ainsi le travail des femmes leaders autochtones comme celui d'actrices, de protagonistes, qui réussissent parfois à surmonter les mécanismes visant à les faire taire, telle la criminalisation, afin de forcer certaines corporations à agir différemment.

Au Canada, il existe plusieurs exemples de luttes similaires à celles décrites par les auteur.es et les défenseur.ses de droits humains et du territoire cité ci-haut. Un des exemples les plus marquants des dernières années est celui de la résistance pacifique menée par les chefs héréditaires de Wet'suwet'en. Cette lutte pour la protection du territoire et la survie de leur peuple a entraîné, notamment, plusieurs expulsions forcées et la destruction de divers camps, l'utilisation par le Canada de forces militarisées, le dépôt d'accusations criminelles contre des défenseur.ses de droits humains, et le dépôt d'une poursuite civile contre la Gendarmerie royale du Canada et Coastal GasLink, la compagnie responsable du projet de gazoduc à l'origine de la lutte territoriale, de la part de membres de la Nation Wet'suwet'en pour harcèlement et intimidation⁷⁸⁵.

D'autres exemples récents sont les luttes menées à Fairy Creek, au Site C Dam; à 1492 Land Back Lane, par la Première Nation de Grassy Narrows et la Nation indépendante de Wabaseemoong (Whitedog) pour un accès à de l'eau potable non contaminée; par les L'nuk afin de pouvoir pêcher selon leurs traditions et ordres juridiques propres, et ce, sans intervention de l'État ou de tiers, tel que fut le cas lorsque des pêcheurs ont attaqué des membres de la Première Nation de Sipekne'katik; et le blocage de routes pour un moratoire sur la chasse à l'original en territoire Anishnabe-Algonquin par la communauté de Lac-Barrière⁷⁸⁶.

D'une façon générale, ces luttes ne doivent pas être perçues par les gouvernements FPT comme des initiatives nuisibles ou hostiles devant être réprimées, mais plutôt comme un exercice légitime de défense du territoire et des droits des peuples autochtones. Afin de pouvoir avancer vers la réconciliation, il doit y avoir la création d'espaces de dialogues et de mise en œuvre de mesures concrètes afin de répondre aux revendications des peuples autochtones. L'adoption d'une posture antagoniste ne sert pas les intérêts du Canada et ne fait que créer de nouvelles brèches dans les relations entre les peuples autochtones et les autres nations sur le territoire du Canada.

Une politique canadienne généralisée de réconciliation devrait ainsi tenir compte de ce type de réalités vécues par les peuples autochtones et tenter de réparer les effets de discriminations historiques, tout en évitant de créer de nouveaux préjudices pour ceux-ci. La collaboration et la protection intégrale des droits humains sont des approches qui peuvent aider le Canada à élaborer une telle politique et à assurer l'effectivité des garanties judiciaires permettant l'exercice et la réclamation des droits des peuples autochtones.

ii. *Apaisement des rapports avec la société civile et soutien de son travail*

Il est également primordial de maintenir un lien de confiance envers les organisations de défense des droits humains, afin qu'elles ne soient pas perçues comme des obstacles aux réformes et aux programmes gouvernementaux. Ces dernières années, tant au Canada qu'ailleurs dans le monde, diverses organisations de défense des droits ont fait

785 Voir par ex Union of BC Indian Chiefs, « Re: Criminal Contempt Charges to Wet'suwet'en Land Defenders and Their Allies », 14 avril 2022, en ligne: <https://www.ubcic.bc.ca/re_criminal_contempt_charges_to_wet_suwet_en_land_defenders_and_their_allies>; Jason Proctor, « Wet'suwet'en members sue RCMP and Coastal GasLink for alleged harassment and intimidation », *CBC News* (22 juin 2022), en ligne: <<https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/wet-suwet-en-pipeline-rcmp-cgl-lawsuit-1.6498022>>; The Canadian Press, « 15 people charged with criminal contempt over B.C. pipeline protest, 10 others await fate », *CTV News Vancouver* (1 juin 2022), en ligne: <<https://bc.ctvnews.ca/15-people-charged-with-criminal-contempt-over-b-c-pipeline-protest-10-others-await-fate-1.5928849>>.

786 Nous tenons à préciser que nous encourageons les lecteurs et lectrices à se renseigner davantage à partir de diverses sources, dont des médias gérés par des équipes autochtones. La liste d'articles que nous proposons dans la présente note n'est pas exhaustive, mais représente un point de départ intéressant afin de mieux comprendre ces situations complexes. Voir Lee Wilson, « Arrests continue as the old-growth protest near Fairy Creek moves into another year », *APTN News* (13 juillet 2022), en ligne: <<https://www.aptnnews.ca/national-news/arrests-continue-as-the-old-growth-protest-near-fairy-creek-moves-into-another-year/>>; The Canadian Press, « Prophet First Nation ends its legal battle over Site C dam », *APTN News* (6 août 2020), en ligne: <<https://www.aptnnews.ca/national-news/prophet-first-nation-ends-its-legal-battle-over-site-c-dam/>>; Brett Forester, « The standoff at 1492 Land Back Lane, one year later », *APTN News* (19 juillet 2021), en ligne: <<https://www.aptnnews.ca/national-news/the-standoff-at-1492-land-back-lane-one-year-later/>>; Annette Francis, « Grassy Narrows members demand compensation because of mercury poisoning », *APTN News* (22 juillet 2022), en ligne: <<https://www.aptnnews.ca/national-news/grassy-narrows-members-demand-compensation-because-of-mercury-poisoning/>>; APTN National News, « The Facts Behind Mi'kmaw Fishing Rights », *APTN News* (22 septembre 2020), en ligne: <<https://www.aptnnews.ca/national-news/the-facts-behind-mikmaw-fishing-rights/>>.

l'objet de critiques des autorités, de mesures visant à restreindre leurs actions, voire de harcèlement. Tel que le souligne Graham Mayeda,

*when social conflict arises, rather than framing it as a conflict between individuals or between an individual and the state, a social rights approach sees the conflict as a transformative moment – i.e., an opportunity to reassess past interpretations of a right in light of newly emergent social circumstances and to engage the public in the process of articulating the meaning of rights in a particular social context. In this way, a social rights approach to law sees conflict as contributing to the strengthening of the social fabric by engaging us in democratic deliberation.*⁷⁸⁷

Par exemple, comme indiqué plus haut, certaines organisations canadiennes ont affirmé avoir fait l'objet de mesures fiscales ciblées visant, selon elles, à limiter leur capacité à opérer librement au Canada et de poursuivre leurs actions de critiques des politiques et actions publiques dans le domaine des droits humains.

Par ailleurs, les difficultés croissantes des organisations de défense des droits à obtenir du financement pour assurer le fonctionnement de leurs activités courantes (*core funding*), y compris à même des sources publiques de financement, constituent aujourd'hui un obstacle important à leur capacité d'agir librement et efficacement, et force plusieurs d'entre elles à opérer dans une logique de compétition malsaine avec leurs consœurs, plutôt que de favoriser la collaboration collégiale des organisations de défense des droits et l'échange d'expertise et de meilleures pratiques, au bénéfice des victimes et de la population en général.

Depuis les années 1970,

*the human rights movement in Canada has depended heavily on government recognition of, and financial support for, the independent role of civil society organizations as a means of giving voice to concerns of groups that would otherwise lack the resources or ability to participate in democratic processes. Unlike their counterparts in other countries, where charitable or development funding is more available, human rights groups in Canada have relied primarily on public rather than private funding.*⁷⁸⁸

De fait,

*[i]n the past, prominent Canadian NGOs, international development and social justice groups have been able to undertake policy research and advocacy work as part of their normal activities, as well as receiving financial support from the federal government of Canada. This was part of the Government's commitment to enable a vibrant civil society and to recognize its role in the protection and promotion of human rights.*⁷⁸⁹

787 Il est à noter que notre Constitution intègre maintenant, depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, une approche visant l'atteinte d'une société juste qui incorpore des éléments du droit social, tel qu'en témoignent les discussions ayant mené à l'adoption de cette loi, ainsi que l'enchâssement dans la Constitution de diverses garanties sociales, tel qu'illustré à l'article 36 et, de façon significative, par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le premier ministre de l'époque, Pierre Elliott Trudeau, fit maintes fois référence à la société juste à l'aune de ce moment charnière pour le système juridique et politique canadien; une vision exprimée notamment dans ces quelques lignes qu'il avait écrites avant d'être élu : «most people take it for granted that every Canadian is assured a reasonable standard of living. Unfortunately, that is not the case ... The Just Society will be one in which all of our people will have the means and the motivation to participate.» Pour la Cour constitutionnelle de la Colombie, par exemple, l'adoption d'une nouvelle Charte constitutionnelle en 1991 signale un changement d'une constitution qui impose des obligations négatives à l'action de l'État à une constitution qui impose des devoirs positifs de garantir la création d'un ordre politique, économique et social juste. «La *Constitution* se transforme alors en un programme.» Programme qui se caractérise, notamment, par «une *Constitution* sociale». Pour la Cour constitutionnelle, «[l]e sujet, la raison et la fin de la *Constitution de 1991* sont la personne humaine. Ce n'est donc pas l'individu dans l'abstrait, considéré isolément, mais précisément l'être humain dans sa dimension sociale, vu dans la tension individu-communauté, qui est la raison ultime de la nouvelle Charte politique.» Voir Graham Mayeda, «Has Public Protest Gone to the Dogs? A Social Rights Approach to Social Protest Law in Canada» dans Martha Jackman et Bruce Porter, dir, *Advancing Social Rights in Canada*, Toronto, Irwin Law, 2014, 383 à la p 384; Pierre Elliott Trudeau, «Economic Rights», (1961) 8:2 *McGill Law Journal* 121 à la p 122; Ron Graham, ed, *The Essential Trudeau*, Toronto, McLelland & Stewart, 1998 aux pp 16-20; Corte constitutional de Colombia, *Sentencia No. T-411/92: José Felipe Tello Varón*, N° T-785, 17 juin 1992; Martha Jackman et Bruce Porter, «Canada: Socio-Economic Rights Under the Canadian Charter» dans Malcolm Langford, dir, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 209 à la p 210; Martha Jackman et Bruce Porter, dir, «Introduction» dans *Advancing Social Rights in Canada*, Toronto, Irwin Law, 2014, 1 [Jackman et Porter, Introduction]; Mirja Trilsch et Jessica Leblanc, «Well-being Matters Under the Constitution — Why Section 36 Is About More Than Money and What It Should Mean for Canadians» (2019) 39:2 *NJCL* 159.

788 Jackman et Porter, «Introduction», *supra* note 787 à la p 17.

789 Voices-Voix, Submission, *supra* note 761 à la p 4.

Toutefois, certaines coupures dans le financement de ces organisations depuis les années 1990 ont affecté durablement le travail de la société civile, dont notamment la pratique insoutenable et non durable au long terme consistant à refuser de soutenir les coûts de base (financement de base)⁷⁹⁰.

De surcroît, le fait que le financement des organisations de la société civile se fasse pour des projets précis, et seulement pour la durée de ceux-ci, empêche ces organisations de pérenniser leurs actions et d'ainsi bénéficier d'une certaine autonomie⁷⁹¹.

En outre, d'autres problèmes liés au financement et au support des défenseurs.ses de droits humains ont eu pour effet de réduire leur capacité d'agir, voire de créer un effet d'intimidation (*chilling effect*) qui a fait perdre au public des voix et des points de vue divers et nécessaires et, ainsi, leur caractère pluraliste – élément essentiel de la liberté de pensée et d'expression, et de la démocratie⁷⁹².

À titre d'exemple, l'utilisation de l'octroi ou de la révocation du statut d'organisation de bienfaisance enregistré en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin de contrôler l'activité de charité a entraîné plusieurs dérives au cours des dernières années. En effet, en sus du financement direct, le fait d'être considéré comme une organisation de bienfaisance et ainsi de bénéficier d'exemptions de taxes, en plus de pouvoir donner des reçus de dons charitables à des individus et des personnes morales, constitue une des principales formes de financement indirect pour les organisations de la société civile. De ce fait, retirer ou refuser de reconnaître un tel statut à une organisation engage un coût significatif pour celle-ci⁷⁹³.

Les exigences afin d'obtenir un tel statut s'avèrent aussi être complexes, et les critères permettant de déterminer si une organisation œuvre dans un domaine considéré comme de « bienfaisance » sont enracinés dans des définitions qui datent du XVIIe siècle⁷⁹⁴. Le rapport du Groupe de consultation sur les activités politiques des organismes de bienfaisance du gouvernement du Canada est clair à cet égard : « [I]e cadre législatif pour la réglementation des organismes de bienfaisance au Canada est dépassé et trop restrictif. [...] [II] est "désuet, subjectif, arbitraire et porte à confusion – refusant aux Canadiens le droit de faire entendre leur voix par l'intermédiaire des organismes de bienfaisance qu'ils appuient" »⁷⁹⁵.

En raison de ces déficiences, il est alors simple pour un gouvernement d'exploiter les faiblesses structurelles existantes au sein du cadre législatif pour restreindre les espaces ouverts à la société civile et faire taire les voix dissidentes, tel que fut le cas sous différents gouvernements FPT⁷⁹⁶. Bien que des initiatives positives aient été mises en place, tel le

790 *Voices-Voix, Enabling Civil Society: Conférence Report*, Montréal, Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique de McGill et Conseil canadien pour la coopération internationale, avril 2019 à la p 6 [*Enabling Civil Society*].

791 « Project funding, by its very nature, isolates and highlights a particular initiative rather than supporting the whole of the grantee's work. Results are often disseminated in a manner that ensures the visibility of the philanthropic foundations [or the government] as "innovators", sometimes to the detriment of established projects that are successful but need ongoing support. Project funding also has the effect of keeping wages low so that workers in the charitable sector, especially those CSOs focusing on advocacy, earn low wages and lack administrative support. The result is that project-based funding can foster precisely the type of marginalization that social justice organizations purport to oppose. » Voir *Ibid* aux pp 7 et 16. Voir aussi Chambre des Communes, *Renouveau du rôle du Canada dans l'aide internationale au développement de la démocratie: Rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du développement international* (juin 2019) (président: Michael Levitt) aux pp 23-24, 42 [*Renouveau du rôle du Canada*]; Chambre des communes, *La coopération en matière de développement pour un monde plus stable, plus inclusif et plus prospère: Une ambition collective: Rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du développement international* (novembre 2016) (président Robert D. Nault) aux pp 12, 20-21 [*Une ambition collective*]; Chambre des communes, *Se faire entendre: Difficultés particulières rencontrées par les femmes défenseurs des droits de la personne: Rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du développement international: Sous-Comité des droits internationaux de la personne* (juin 2019) (président.e: Michael Levitt et Anita Vandenberg) aux pp 23-24, 28-29 [*Se faire entendre*].

792 Voir par ex Gareth Kirkby, *An Uncharitable Chill: A Critical Exploration of How Changes in Federal Policy and Political Climate are Affecting Advocacy-Oriented Charities*, mémoire de maîtrise en Communications, Royal Roads University, juin 2014 [non publié]; Jackman et Porter, « Introduction », *supra* note 787 à la p 18.

793 Voir *Canada Without Poverty v AG Canada*, 2018 ONSC 4147 [*Canada Without Poverty*].

794 Voir *Voices-Voix, Submission to the Canada Revenue Agency's online consultation on charities' political activities*, 13 décembre 2016, en ligne: <https://web.archive.org/web/20180915101816/http://voices-voix.ca/en/document/submission-canada-revenue-agency-online-consultation-charities-political-activities#_ftnref6>; Reid Buchanan et Michelle Gallant, « Modernizing the 'Definition' of Charity: Charting the Tax Terrain of Statutory Reform » (2020) 6 *Can J Comp & Contemp L* 78; *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c M.N.R.*, 1999 CanLII 704 (SCC), [1999] 1 SCR 10.

795 Gouvernement du Canada, *rapport du Groupe de consultation sur les activités politiques des organismes de bienfaisance*, 31 mars 2017, en ligne: <<https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/organismes-bienfaisance-dons/organismes-bienfaisance/a-propos-direction-organismes-bienfaisance/activites-politiques-consultation/rapport-groupe-consultation-2016-2017.html>>

796 Voir par ex *Voices-Voix, Enabling Civil Society, supra* note 790 aux pp 7, 25; Michaela Mayer, « Protecting our freedom to disagree: More than a theoretical concept, enabling civil society can be an active strategy to defend democracy and the right to dissent », 2 juillet 2019, en ligne: *Centre Canadien de Politiques Alternatives* <<https://policyalternatives.ca/publications/monitor/protecting-our-freedom-disagree>>.

retrait de limites explicites aux « activités politiques » pouvant être menées par les organisations de bienfaisance⁷⁹⁷, le fait pour l'État de pouvoir s'immiscer dans la gestion et la réglementation des organisations de défense de droits humains représente toujours un danger.

Une fois de plus, le Système interaméricain a su proposer des standards précis pour ce type de situation qui sauraient informer une meilleure protection des organisations de défense des droits humains au Canada. En effet, comme indiqué récemment, la CIDH et la Cour IDH ont eu l'occasion de rappeler que, bien que l'exercice du droit à la liberté d'association peut être restreint en vertu de lois promulguées par des « organes élus démocratiquement et constitutionnellement légitimes » pour les fins du bien-être général et lorsque nécessaires sur la base d'un des motifs prévus dans les traités des droits humains⁷⁹⁸, les lois restreignant ce droit doivent être adoptées suivant les procédures législatives de l'ordre juridique interne et ne peuvent dépendre de la discrétion du gouvernement ou de ses officiers⁷⁹⁹. De même, ces lois ne peuvent être vagues, mais doivent plutôt être formulées de manière précise et exhaustive. De plus, les autorités doivent justifier la nécessité de chaque restriction, pour assurer la sécurité nationale, l'ordre public, ou bien pour protéger la santé ou la moralité publique, ou les droits et libertés d'autrui, en conformité avec les exigences d'une société libre et démocratique. En ce sens, les mesures restrictives doivent non seulement être conçues spécifiquement pour atteindre l'objectif visé, mais elles doivent également être proportionnelles⁸⁰⁰.

Par exemple, la Commission observait, en 2014, que le Venezuela avait adopté certaines lois pénales faisant référence à une terminologie ambiguë afin de restreindre et de contrôler la liberté d'association, notamment celle des organisations de défense des droits humains⁸⁰¹. La CIDH considéra que la *Loi organique contre la délinquance organisée et le financement du terrorisme* était utilisée pour criminaliser les activités menées par les groupes de défense des droits humains. En effet, certains leaders syndicaux avaient été arrêtés en vertu de cette loi et avaient dû comparaître devant un tribunal militaire puisque les manifestations de ces associations avaient eu lieu en « zone de sécurité nationale ». La Commission indiqua en l'espèce que, bien qu'il revienne aux États de légiférer quant aux activités de nature terroriste, ceux-ci doivent se conformer au principe de légalité, qui commande notamment de légiférer en se référant à des termes clairs et précis, et en se référant au consensus international concernant les pratiques généralement considérées comme terroristes et qui nécessitent de telles sanctions. La CIDH rappela également que l'État doit s'abstenir d'adopter des lois qui limitent indûment le travail des défenseurs des droits humains et des droits syndicaux et garantir à ceux-ci des conditions dans lesquelles ils et elles peuvent exercer librement leurs activités. Ainsi, « [l]e concept de société civile doit être compris démocratiquement par les États, de manière à ce que les organisations dédiées à la défense des droits humains ne puissent pas faire l'objet de restrictions déraisonnables et discriminatoires »⁸⁰².

De plus, la CIDH indiqua que les États doivent garantir aux individus et associations des recours permettant de contester les décisions les affectant dans leur liberté d'association, devant un organe indépendant de celui ayant émis l'autorisation de restriction.

797 En 2018, les règles portant sur les activités politiques non partisans des organismes de bienfaisance ont été révisées et la définition de « activité politique », au paragraphe 149.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, a été abrogée. En outre, les activités relatives au dialogue sur les politiques publiques ou à leur élaboration qu'exerce une organisation, une société ou une fiducie à l'appui de ses buts déclarés sont maintenant considérées comme exercées exclusivement en vue de la réalisation de ces buts selon l'article 149.1 (10.1). Voir *Loi no 2 d'exécution du budget de 2018*, LC 2018, c 27 à l'art 17. Voir par ex *Canada Without Poverty*, supra note 793; Gouvernement du Canada, *Rapport du Groupe de consultation sur les activités politiques des organismes de bienfaisance*, 31 mars 2017, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/organismes-bienfaisance-dons/organismes-bienfaisance/a-propos-direction-organismes-bienfaisance/activites-politiques-consultation/rapport-groupe-consultation-2016-2017.html>>; Dean Beeby, « Canada Revenue Agency's political-activity audits of charities », *CBC News* (5 août 2014), en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/politics/canada-revenue-agency-s-political-activity-audits-of-charities-1.2728023>>.

798 Les motifs pouvant justifier une restriction sont la sécurité nationale, la sécurité publique, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou la protection des droits ou les libertés d'autrui. Voir article 16.2 de la *Convention américaine*.

799 Bernard Duhaime et Andréanne Thibault, supra note 769 aux pp 130 et ss.

800 Voir CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, Doc off OEA/Ser.L/V/II.16 Doc. 5 rev. 1 corr, 22 octobre 2001 aux paras 54-55 et 360. Voir aussi *Situation of Human Right Defenders*, supra note 755 aux paras 163 et ss; *Affaire Baena Ricardo et al (Panama)* (2001), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 72 aux paras 168 et ss [*Affaire Baena Ricardo*]; *Affaire Escher et al (Brésil)* (2009), Cour IDH (Sér C) n° 200 aux paras 173 et ss [*Affaire Escher*]; *Right to freedom of association, right to collective bargaining and right to strike, and their relation to other rights, with a gender perspective* (2021), Avis consultatif OC-27/21, Inter-Am Ct HR (Sér A) n° 27 aux para 76-206 [Avis OC-27/21].

801 CIDH, *Annual Report : Chapter 4: Venezuela*, Doc off OEA/Ser.L/V/II Doc. 50 Corr 1, 2013 aux para 752 et ss.

802 Bernard Duhaime et al, « Mémoire d'amicus curiae relativement à la demande d'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme formulée par la commission interaméricaine des droits de l'homme » (31 décembre 2011), OEA/Ser.L/V/II.Doc.66 citant *Situation of Human Right Defenders*, supra note 755 au para 167.

La Commission interaméricaine s'est aussi prononcée sur la situation des défenseurs. des droits humains et sur le droit à la liberté d'association dans, par exemple, les rapports de pays sur le Salvador, le Nicaragua, le Brésil, Cuba, le Honduras, le Guatemala et le Mexique⁸⁰³.

Elle a par exemple souligné le fait que la stigmatisation et les campagnes de diffamation contre les défenseurs. des droits humains « ont un impact différentiel sur les femmes défenseuses des droits humains, en raison des relations traditionnelles entre les genres, ce qui s'entrecroise souvent avec la discrimination raciale dont sont victimes les défenseurs. des d'origine autochtone ou afro-descendante »⁸⁰⁴. Elle a aussi estimé que « les déclarations stigmatisantes à l'encontre des défenseurs. des peuvent à terme porter atteinte au droit à l'intégrité personnelle, au droit à l'honneur et à la dignité et au principe de la présomption d'innocence »⁸⁰⁵.

Il découle de cela que les organisations de défense des droits humains ont le droit « de déterminer librement leur structure interne, leurs activités et leur programme d'action, sans aucune intervention des pouvoirs publics susceptible de limiter ou d'entraver l'exercice de ce droit »⁸⁰⁶. Des limitations, par exemple, aux types d'activités pouvant être réalisées afin de bénéficier du statut d'organisation de bienfaisance ou d'intérêt public pourraient alors être considérées comme entravant ce droit; l'octroi de tels avantages devrait être considéré de façon large, sans discrimination aucune, et dans le but de renforcer l'État de droit et la démocratie. Effectivement,

*the right of freedom of association] also includes the right of individuals to set up and participate freely in non-governmental organizations, associations or groups involved in human rights monitoring, reporting and promotion. Given the important role of human rights defenders in democratic societies, the free and full exercise of this right imposes upon the State the duty to create the legal and factual conditions for them to be able to freely perform their task.*⁸⁰⁷

La Cour interaméricaine conclut alors que les États ont l'obligation positive de créer les conditions juridiques et factuelles nécessaires à l'exercice du droit à la liberté d'association, dont de fournir les ressources nécessaires aux défenseurs. des droits humains pour qu'ils puissent mener librement leurs activités; de les protéger lorsqu'ils font l'objet de menaces et de parer ainsi à toute tentative d'atteinte à leur vie et à leur sécurité; de s'abstenir de mettre en place des obstacles qui pourraient rendre leur travail plus difficile et de mener des enquêtes consciencieuses et efficaces sur les violations dont ils sont victimes, prévenant ainsi l'impunité⁸⁰⁸.

De même, la Commission interaméricaine a considéré que

*les États doivent garantir l'exercice du droit à la liberté d'association de la manière la plus large possible, ce qui inclut l'obligation de le promouvoir à travers diverses mesures. L'une des façons de se conformer à cette obligation est d'accorder des exonérations fiscales aux organisations qui se consacrent à la protection des droits humains*⁸⁰⁹.

De ce qui précède, il ressort avec clarté le besoin pour les gouvernements FPT de financer adéquatement les organisations de défense des droits humains et de créer un environnement favorable à leur travail.

803 Voir à ce sujet, les rapports de pays de 2015 à 2023 pour ces pays, CIDH, « Rapports de pays », en ligne : OÉA < <https://www.oas.org/fr/cidh/jsForm/?File=/fr/cidh/rapports/pays.asp> >.

804 CIDH, « Situation of Human Rights in Guatemala » (2017) Doc off OEA/Ser.L/V/II Doc. 208/17 au para 161.

805 *Ibid.*, au para 164.

806 *Situation of Human Right Defenders*, *supra* note 755 aux para 183, 169-171, 175-182. Voir aussi *Affaire Baena Ricardo*, *supra* note 800 au para 156; *Affaire Lagos del Campo*, *supra* note 288 au para 156; *Avis OC-27/21*, *supra* note 800 au para 71; *Affaire Extrabajadores*, *supra* note 288 au para 112.

807 *Affaire Kavas Fernández (Honduras)* (2009), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°196 au para 146. Voir aussi *Avis OC-27/21*, *supra* note 800 au para 198; *Affaire Yarce (Colombie)* (2016), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°325 au para 271.

808 Voir *Affaire Nogueira de Carvalho (Brésil)* (2006), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°161 au para 77. Voir *mutatis mutandis Affaire Escher*, *supra* note 800 au para 172; *Affaire Fleury (Haïti)* (2011), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°236 au para 100; *Affaire Gudiel Álvarez (Journal militaire) (Guatemala)* (2012), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°253 au para 314. Voir aussi *Affaire Valle Jaramillo et al (Colombie)* (2008), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°192 au para 91.

809 *Situation of Human Right Defenders*, *supra* note 755 au para 187.

Tout financement devrait être fait à long terme et considérer le fait que : (i) l'approche progressive à long terme requise ne nécessite pas de « gros boums » au chapitre des augmentations budgétaires, mais plutôt une augmentation du financement prévisible et à long terme⁸¹⁰; (ii) les organisations ont besoin de ressources financières et pratiques sous forme de financement de base prévisible; (iii) les obstacles bureaucratiques font en sorte que les groupes qui œuvrent sur le terrain ont de la difficulté à obtenir l'aide dont ils ont besoin; et (iv) la nécessité d'élaborer un plan d'action pour soutenir le travail des organisations de défense de droits humains⁸¹¹.

En ce qui concerne le financement indirect, dont tout particulièrement le statut d'organisation de bienfaisance, les gouvernements FPT devraient adopter des *mesures législatives*⁸¹² visant à : (i) élargir la définition du terme « organisme de bienfaisance » ou, de préférence, introduire un terme plus moderne qui reflète le bien public réalisé par les organismes de bienfaisance/d'intérêt public dans la société actuelle et à l'aune du paradigme des droits humains, et qui reconnaît des objectifs supplémentaires de bien public ou de bienfaisance, dont minimalement celui de défendre les droits humains; (ii) développer un nouveau cadre institutionnel comprenant une commission ou une agence indépendante, sans aucun lien de dépendance, chargée de déterminer quels organismes sans but lucratif sont des organismes d'intérêt public ou de bienfaisance; et (iii) explicitement prévoir la protection du droit à la liberté d'expression, ainsi que les autres droits humains pertinents, tel le droit d'association et de manifestation, des organisations de la société civile considérées comme agissant dans l'intérêt public ou à des fins de bienfaisance⁸¹³. Toute modification législative devrait en outre tenir compte des observations formulées ci-haut et viser à faciliter le travail des organisations de la société civile plutôt qu'ajouter de nouvelles barrières, soit directement ou indirectement. À cet égard, il pourrait être considéré pertinent de financer le processus de demande du statut d'organisation d'intérêt public ou de bienfaisance ou de fournir une aide gratuite afin d'en simplifier la demande, ainsi que financer l'accès à la justice en cas de refus⁸¹⁴.

Par ailleurs, il importe de souligner que le travail de la société civile doit être encouragé dans son ensemble, et ce particulièrement eut égard aux groupes historiquement discriminés ou en situation de vulnérabilité⁸¹⁵. Dans l'adoption de toute mesure, il devrait y avoir un attachement particulier à favoriser l'inclusivité et l'égalité entre toutes les personnes, groupes et peuples.

d) Garantir le respect des droits : assurer l'accès à la justice

Comme indiqué antérieurement, les participant.es aux sondages, rencontres et événements nationaux sont unanimes à l'effet que l'un des principaux obstacles à la jouissance effective des droits humains au Canada réside dans les multiples problèmes d'accès à la justice des victimes. Sans accès à la justice et à des réparations, le respect des droits n'est que théorique. En effet, la garantie judiciaire d'un droit repose sur la sanction d'une violation ainsi que la possibilité d'accéder à une instance chargée de statuer sur la situation et d'octroyer des réparations. Comme le prévoient les *Règles de Brasilia sur l'accès à la justice des personnes vulnérables* :

810 Voir par ex *Renouveau du rôle du Canada*, supra note 791 à la p 42; Chambre des communes, *Une ambition collective*, supra note 791 aux pp 12, 20-21.

811 Voir par ex Chambre des communes, *Se faire entendre*, supra note 791 aux pp 22-29; Sénat, *Catalyseur du changement: une feuille de route pour un secteur de la bienfaisance plus robuste: Comité sénatorial spécial sur le secteur de la bienfaisance* (juin 2019) (président: Terry M. Mercer; vice-présidente Ratna Omidvar) [*Catalyseur du changement*].

812 Il est à noter que « bon nombre de pays, dont l'Angleterre, le Pays de Galles, l'Écosse, l'Irlande, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, disposent d'une définition légale d'organisme de bienfaisance. » Voir Sénat, *Catalyseur du changement*, supra note 811 aux pp 77-78.

813 Voir par ex Voices-Voix, *Submission*, supra note 761; Gouvernement du Canada, supra note 797. Voir aussi Sénat, *Catalyseur du changement*, supra note 811.

814 Sur ce dernier point voir par ex Sénat, *Catalyseur du changement*, supra note 811 à la p 82.

815 Voir par ex Voix-Voix, *Enabling Civil Society*, supra note 790.

« Cela ne sert à rien que l'État reconnaisse officiellement un droit si son titulaire ne peut accéder de manière efficace au système de justice pour obtenir la tutelle de ce droit »⁸¹⁶.

Plusieurs leçons sont à tirer de l'expérience latino-américaine et plus particulièrement des enseignements du Système interaméricain à ce sujet.

Par exemple, la Commission interaméricaine indiquait en 2007, dans son *Rapport sur l'accès à la justice comme moyen de garantir les droits économiques, sociaux et culturels*⁸¹⁷, que

*International human rights law has developed standards on the right of access to judicial and other remedies that serve as suitable and effective grievance mechanisms against violations of human rights. In that sense, States not only have a negative obligation not to obstruct access to those remedies but, in particular, a positive duty to organize their institutional apparatus so that all individuals can access those remedies. To that end, states are required to remove any regulatory, social, or economic obstacles that prevent or hinder the possibility of access to justice.*⁸¹⁸

De façon similaire, les *Règles de Brasilia* ont réitéré que « [l]e système judiciaire doit se configurer, et il est configuré, comme un instrument pour défendre de manière efficace les droits des personnes vulnérables »⁸¹⁹.

À cet effet, la Cour interaméricaine a indiqué que

*the State's obligation to provide a judicial remedy is not restricted to the mere existence of the courts or the formal proceedings, or even to the possibility of having recourse to the courts; rather, the State has the obligation to adopt positive measures to guarantee that the remedies it provides under the judicial system are « truly effective to establish whether or not human rights have been violated and to provide reparation ».*⁸²⁰

De plus,

*States must ensure the existence of judicial or extrajudicial mechanisms that provide an effective remedy [...]. In this sense, States have the obligation to eliminate existing legal and administrative barriers that limit access to justice, and adopt those aimed at achieving its effectiveness. The Court emphasizes the need for States to address cultural, social, physical or financial barriers that prevent access to judicial or extrajudicial mechanisms for persons belonging to groups in situations of vulnerability.*⁸²¹

Au Canada, les gouvernements FPT doivent concevoir l'accès à la justice comme exigeant des actions positives qui mobilisent tout l'appareil étatique à cette fin. L'ancien juge de la Cour suprême, président du Comité d'action sur l'accès à la justice en matières civile et familiale et mentor de la Fondation Pierre Elliott Trudeau, Thomas Cromwell résume bien cette idée en postulant que : « access to justice must be understood in broad terms: do people have what is required to meaningfully address their problem? »⁸²². De la même manière, la Cour suprême du Canada a indiqué qu' « [i]l ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux »⁸²³, et « [qu']en l'absence d'un forum public accessible pour faire trancher les litiges, la primauté du droit est compromise et l'évolution [du droit], freinée »⁸²⁴.

816 Voir *Règles de Brasilia sur l'accès à la justice des personnes vulnérables*, Groupe de Travail constitué au sein du Sommet judiciaire hispano-américain, auquel a également participé l'Association hispano-américain des Ministères publics (AIAMP), l'Association Interaméricaine des Défenseurs publics (AIDEP), la Fédération hispanoaméricaine d'Ombudsman (FIO) et l'Union hispano-américaine des Ordres et des Associations d'Avocats (UIBA), approuvées par le XIV Sommet judiciaire hispano-américain à Brasilia du 4 au 6 mars 2008 à la p 4 [*Règles de Brasilia*].

817 Voir aussi à ce sujet Bernard Duhaime, « L'OEA et le Protocole de San Salvador » dans Lucie Lamarche et Pierre Bosset, dir, *Donner droit de cité aux droits économiques, sociaux et culturels : La Charte des droits et libertés du Québec en chantier*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, 363 aux pp 400 et ss.

818 Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Access to justice as a guarantee of economic, social and cultural rights : a review of the standards adopted by the Inter-American system of human rights*, Doc off OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4 (2007) au para 41.

819 *Règles de Brasilia*, supra note 816 à la p 4.

820 *Affaire Kuna de Madungandí*, supra note 55 au para 165. Voir mutatis mutandis *Affaire Sarayaku*, supra note 55; *Affaire des peuples Kalina et Lokono*, supra note 55 au para 238.

821 *Affaire des Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°432 au para 50 [*Affaire Buzos Miskitos*].

822 Thomas Cromwell, « Access to Justice: Thinking big about access to justice », *The Lawyer's Daily* (3 mars 2017), en ligne : <<https://www.thelawyersdaily.ca/articles/2599/access-to-justice-thinking-big-about-access-to-justice-thomas-cromwell>>.

823 *B.C.G.E.U. c British Columbia (Procureur général)*, 1988 CanLII 3 (CSC), [1988] 2 RCS 214 au para 24. Voir aussi *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34 au para 74.

824 *Hryniak c Mauldin*, 2014 CSC 7 au para 26.

Plus particulièrement en ce qui a trait aux rapports entre l'État canadien et les personnes sous sa juridiction, « [s]i les gens ne sont pas en mesure de contester en justice les mesures prises par l'État [*vis-à-vis the government or other private persons*], ils ne peuvent obliger celui-ci à rendre des comptes – l'État serait alors au-dessus des lois ou perçu comme tel. Si les gens ne sont pas en mesure de saisir les tribunaux de questions légitimes, cela gênera la création et le maintien de règles de droit positif, car les lois ne seront pas appliquées »⁸²⁵.

La primauté du droit repose sur le fait que tous.les les plaideurs.euses potentiel.les doivent avoir une opportunité réaliste de tester l'hypothèse selon laquelle la législation est conforme aux termes explicites de la constitution. Cependant, cette hypothèse disparaît si l'accès à la justice est réservé « aux institutions gouvernementales et aux intérêts privés fortunés »⁸²⁶. Il importe alors de rappeler qu'« [u]ne procédure juste et équitable doit permettre au juge de dégager les faits nécessaires au règlement du litige et d'appliquer les principes juridiques pertinents aux faits établis. Or, cette procédure reste illusoire si elle n'est pas également accessible – soit proportionnée, expéditive et abordable »⁸²⁷. Il doit y avoir « la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif »⁸²⁸.

i. *Élargissement des compétences et pouvoirs des commissions des droits de la personne et des tribunaux des droits humains dans le but de protéger tous les droits fondamentaux efficacement et de façon accessible*

En matière d'accès à la justice, il semble ainsi nécessaire d'octroyer de plus amples compétences aux différentes commissions de protection de droits de la personne déjà en place ainsi qu'aux tribunaux spécialisés en droits de la personne. À l'heure actuelle, ces institutions se voient limitées à se prononcer sur des enjeux de discrimination et d'accès à l'égalité. Toute autre question tombe à l'extérieur de leur compétence et fait l'objet d'un traitement distinct. Cet état des choses semble contraire à l'idée que les droits humains sont tous d'égale importance, ainsi qu'aux principes d'universalité, d'inaliénabilité, d'indivisibilité, d'interdépendance et du caractère indissociables des droits humains⁸²⁹.

Par ailleurs, il appert que la discrimination est, tel que le décrit l'ancienne juge en chef Beverley McLachlin, « [o]f all the rights, [...] the most difficult. [...] [T]he reality of equality can never meet its promise. Equality is not only the Leviathan of rights; it is also a Tantalus. It promises more than it can deliver »⁸³⁰. Le régime actuel limite donc l'accès à ces commissions à des personnes, groupes et peuples non seulement en ce qui a trait à un seul droit, mais aussi à un droit qui s'avère présenter plusieurs défis sur le plan de la preuve et de la revendication⁸³¹, ce qui limite considérablement l'accessibilité des forums publics accessibles pour faire redresser judiciairement les violations

825 *Trial Lawyers Association of British Columbia c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59 au para 40 [*Trial Lawyers Association*].

826 Voir *Christie v. British Columbia*, 2005 BCCA 631 aux para 68-69; *Trial Lawyers Association*, *supra* note 825 au para 40. La Cour suprême évoque aussi le fait que : « [u]n régime de frais d'audience qui ne dispense pas les personnes démunies de l'obligation de payer ces frais outrepassa clairement les limites minimales autorisées par la *Constitution* — comme en témoigne tacitement l'exemption prévue par le régime de la Colombie-Britannique contesté en l'espèce. Mais le fait de n'offrir des exemptions qu'aux personnes véritablement démunies pourrait se traduire par un coût d'accès trop élevé. Des frais si considérables qu'ils obligent des plaideurs non démunis à sacrifier des dépenses raisonnables pour présenter une réclamation peuvent, en l'absence d'exemptions adéquates, être inconstitutionnels parce qu'ils causent aux plaideurs des difficultés excessives et, de ce fait, les empêchent effectivement d'avoir accès aux tribunaux. » Voir *Trial Lawyers Association*, *supra* note 825 au para 46.

827 *Ibid.*

828 *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art. 35, 2021 CSC 27 au para 47; *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, 1985 CanLII 33 (CSC), [1985] 1 RCS 721 au para 60.

829 Voir par ex *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Doc off NU A/CONF.157/23, 12 juillet 1993.

830 La Cour suprême écrit, *mutatis mutandis*, que : [i]l s'agit peut-être de la disposition de la Charte la plus difficile à comprendre au niveau conceptuel » et que, « plus que tous les autres droits et libertés garantis dans la Charte, [il] ne comporte pas de définition précise ». Voir Beverley McLachlin, « Equality: The Most Difficult Right » (2001) 14:2 SCLR 17 aux pp 17 et 20; et *Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 675 (CSC), [1999] 1 RCS 497 au para 2.

831 Vu la difficulté de revendiquer ce droit, il en découle naturellement la nécessité de pouvoir soutenir de façon particulièrement convaincante des arguments à l'effet qu'il y a eu discrimination dans un cas d'espèce, au risque de ne pouvoir établir de façon probante en quoi le cas peut cadrer avec une définition mouvante de la discrimination. De surcroît, ce droit est limité, à l'échelle fédérale, par l'existence ou non d'une loi ou d'un programme mis en place par le gouvernement et, à l'échelle provinciale, par la violation, en sus, à un autre droit protégé, exigeant du fait même la preuve d'une discrimination et que cette discrimination ait pour effet de *détruire* ou de *compromettre* l'égalité dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit protégé. Voir par ex *Schachter c Canada*, [1992] 2 RCS 679 à la p 721; Jonnette Watson Hamilton et Jennifer Koshan, « Equality Rights and Pay Equity: Déjà Vu in the Supreme Court of Canada » (2019) 15 JL & Equal 1 aux pp 19-21; *Québec (Procureure générale) c Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17 au para, 42 *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39 au para 35; *Ward c Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43 au para 44; et Christian Brunelle, « Pour une Restructuration de la Charte Québécoise » (2015) 28:Hors-série (juin 2015) Rev Quebecoise de Droit Int'l 199 aux pp 213-215.

se rapportant à ces droits. Lorsqu'ils revendiquent un droit humain autre que le droit à l'égalité, les victimes doivent alors se tourner vers les tribunaux de droit commun, malgré le fait que ces instances sont, par nature, moins accessibles et moins spécialisées en la matière. Le fait, par exemple, qu'une personne saisissant un tribunal de droit commun sera parfois amenée à présenter plusieurs expertises en appui de sa demande, dépendamment de la nature de son cas, et que ces expertises s'avèrent généralement extrêmement coûteuses, constitue un obstacle matériel évident dans l'accès aux tribunaux en violation du principe de primauté du droit⁸³².

Parfois, les seuls frais de justice et les délais peuvent imposer un fardeau considérable, voire insurmontable, pour certaines personnes ou groupes⁸³³. En effet, « [t]hrough Canada's justice system is considered excellent by several measures, providing affordable and effective access to justice is not one of them »⁸³⁴. Ainsi, comme l'indiquait l'ancienne juge en chef Beverley McLachlin, « [m]ême le système judiciaire de justice le plus avancé du monde constitue un échec s'il ne permet pas aux citoyens d'obtenir justice »⁸³⁵.

Or, rien n'empêche les législatures de modifier le statut de ces commissions et tribunaux afin de leur accorder de plus amples pouvoirs et compétences. En 2016, par exemple, à la suite de l'analyse du rapport initial du Canada en vertu de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*⁸³⁶, le Comité des droits des personnes handicapées a constaté, dans ses observations finales, « que l'État partie n'a pas désigné de mécanisme indépendant chargé de contrôler la mise en œuvre de la *Convention* [...] [et] qu'il n'existe pas de dispositif chargé de veiller à ce que les personnes handicapées, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent, soient associées aux processus de suivi »⁸³⁷. Le Comité a ainsi recommandé de « mettre en place un mécanisme de contrôle indépendant conforme aux principes concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme (les Principes de Paris) » et il a vivement encouragé « l'État partie à confier officiellement à la Commission canadienne des droits de l'homme le rôle de mécanisme de contrôle indépendant »⁸³⁸. En réponse à cette recommandation, le gouvernement a pris des actions en ce sens et il a adopté la *Loi canadienne sur l'accessibilité*⁸³⁹.

Cette loi fait référence, dans son préambule, à la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* et elle instaure divers mécanismes visant sa mise en œuvre et contrôle, dont notamment le fait d'accorder divers pouvoirs de surveillance à la Commission canadienne. Cette loi met en place un système élaboré et novateur. Toutefois, la compétence de la Commission se limite aux domaines de compétence fédérale et la loi ne prévoit pas l'établissement de mécanismes de collaboration avec les autres paliers de gouvernement⁸⁴⁰. Pour le moment, aucune loi provinciale n'accorde des pouvoirs similaires⁸⁴¹, ce qui – par le fait même – limite la capacité du Canada à mettre en œuvre ses obligations en vertu de cette convention. Cela étant dit, l'adoption de la *Loi canadienne sur l'accessibilité* est un pas dans la bonne direction et elle pourrait servir d'inspiration à de futures modifications législatives accordant des pouvoirs de surveillance plus grands à des institutions nationales et provinciales afin de garantir que tous les instruments de droits humains auxquels est lié le Canada soient pleinement mis en œuvre.

832 Voir par ex *Trial Lawyers Association*, *supra* note 825 au para 46. Voir aussi Groupe de travail indépendant sur la réforme de la structure tarifaire de l'aide juridique, *Rapport final*, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, Gouvernement du Québec, mai 2022 aux pp 131-137.

833 Voir ci-dessous la section 6 d) ii) se rapportant à l'aide juridique.

834 Maxwell Jenkins, *Access to Justice: The Great Gap in Canada's Justice System*, Edmonton, Edmonton Social Planning Council, 2017 à la p 5.

835 Conseil canadien de la magistrature, *Rapport annuel 2006-2007: L'accès à la justice : relever le défi*, Numéro de catalogue JU10-2007F-PDF, Ottawa, à la p 1.

836 CPH, *supra* note 264.

837 Comité des droits des personnes handicapées, *Observations finales concernant le rapport initial du Canada*, Doc off NU CRPD/C/CAN/CO/1, 8 mai 2017 au para 57.

838 *Ibid* au para 58.

839 *Loi canadienne sur l'accessibilité*, LC 2019, c 10.

840 Voir par ex Laverne Jacobs et al, «The Annotated Accessible Canada Act (S.C. 2019, c. 10)», The Law, Disability & Social Change Project, en ligne: <<https://lawdisabilitysocialchange.com/resources/annotated-accessible-canada-act/>>.

841 *Ibid*.

Par ailleurs, l'élargissement des compétences des différentes commissions des droits de la personne et des tribunaux spécialisés en droits humains devrait également prévoir la capacité pour des individus, groupes ou peuples de saisir directement ces instances. En effet, celles-ci ne devraient être réservées exclusivement à des plaintes déposées par des commissions spécialisées en la matière puisqu'elles s'avèrent souvent manquer des ressources nécessaires afin de porter toutes les affaires qui lui sont présentées de façon adéquate et dans des délais raisonnables. De plus, les victimes devraient avoir le choix de déléguer ou non la gestion de leur affaire à une tierce partie, notamment afin de pouvoir maintenir le contrôle sur leurs revendications et bénéficier d'une plus grande agentivité⁸⁴².

En Ontario, par exemple, « [b]efore 2008, the Commission had responsibility for screening applications and determining which ones it would carry forward to the Tribunal in the public interest. Dissatisfaction with the Commission's gatekeeper role and chronic delays in the processing of applications led the Ontario legislature to adopt a direct access model, hoping to provide applicants with more autonomy over their cases and speedier access to remedies »⁸⁴³. De façon concomitante, un service d'information et d'aide juridique a été instauré afin de continuer à offrir un support aux personnes déposant des plaintes, et d'autres réformes ont été mises en place dont l'adoption d'une clause privative forte visant à minimiser l'interférence des cours de justice dans les décisions du Tribunal en matière de contrôle judiciaire⁸⁴⁴. Ces réformes peuvent être un point de départ requis en vue de modifier les attributions des commissions et tribunaux spécialisés en droits de la personne.

En outre, il importe de souligner l'importance qu'a pour la défense des droits humains l'accès à un tribunal qui soit spécialisé en la matière, plutôt qu'un tribunal de droit commun. En effet, tel que soutenu par l'ancien juge de la Cour suprême Louis LeBel, « la spécialisation comporte des avantages et permet de développer une culture institutionnelle capable de traiter certaines catégories de problèmes »⁸⁴⁵. Parlant du Québec, le professeur Michel Coutu a indiqué que

*le Tribunal des droits de la personne a pleinement répondu aux attentes du législateur en élaborant un corpus jurisprudentiel impressionnant, en situant adéquatement le texte dans son contexte d'énonciation, notamment par référence aux principes du droit international, et en livrant une interprétation non seulement largement cohérente, mais aussi éminemment créatrice de la Charte – un élément essentiel à l'épanouissement des droits et libertés de la personne*⁸⁴⁶.

L'existence de tribunaux spécialisés constitue ainsi, précisément en raison de leur spécialisation, une garantie supplémentaire contre l'imposition de normes ou approches plus difficilement réconciliables avec la protection des droits humains⁸⁴⁷. Garantir l'accès à des tribunaux spécialisés à toutes personnes, groupes et peuples semble alors être nécessaire afin d'assurer une meilleure protection de leurs droits et favoriser le développement d'une jurisprudence qui soit adaptée⁸⁴⁸.

842 Voir à ce sujet Anne-Marie Santorineos, « L'accès à la justice en matière de droits de la personne: le difficile accès au Tribunal des droits de la personne » (2012) 42:1-2 RDUS 49; Le Tribunal des droits de la personne, *Bilan d'activités 2007-2008* aux pp 19-23; Le Tribunal des droits de la personne, *L'année 2009-2010: Les 20 ans du Tribunal* à la p 18.

843 Audra Ranalli et Bruce Ryder, « Undercompensating for Discrimination: An Empirical Study of General Damages Awards Issued by the Human Rights Tribunal of Ontario, 2000-15 » (2017) 13 JL & Equal 91 à la p 95.

844 *Ibid* aux pp 95-96.

845 Louis LeBel, « L'accès à la justice et son impact sur le droit à l'égalité réelle » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, dir, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 27 à la p 53.

846 Michel Coutu, « Le Tribunal des droits de la personne du Québec comme « gardien de la Constitution » » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, dir, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 87 aux pp 112-113.

847 Voir Stéphane Bernatchez, « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne » (2012) 42:1-2 RDUS 203.

848 Cette proposition n'est pas nouvelle et elle a déjà été formulée par divers acteurs.trices. et auteur.es. Voir par ex Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, dir, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008; Le Tribunal des droits de la personne, *Bilan d'activités 2007-2008*, aux pp 19-23.

ii. *Élargissement de l'accessibilité à l'aide juridique et au programme de contestation judiciaire et rationalisation du système judiciaire*

«L'accès à la justice revêt [...] une importance primordiale. Or, malheureusement, bon nombre de Canadiens sont incapables — principalement pour des raisons financières — d'avoir accès au système de justice canadien»⁸⁴⁹. Ainsi, un autre obstacle à l'accès à la justice se rapporte aux seuils d'accès à l'aide juridique.

Il importe de rappeler que, dans plusieurs provinces, une personne seule qui gagne le salaire minimum n'est pas admissible à l'aide juridique si elle travaille à temps plein. La plupart des personnes touchées par le manque d'aide juridique sont des femmes, des personnes handicapées, des immigrants récents, des membres de minorités visibles et des Autochtones, qui sont surreprésentés parmi les personnes à faible revenu. Les dépenses gouvernementales pour l'aide juridique en matière civile ont diminué au Canada, passant de 11,37\$ par personne en 1994 à 8,96\$ en 2012 pendant que les dépenses dans d'autres domaines (comme la santé et l'éducation) ont augmenté⁸⁵⁰.

Augmenter les seuils d'admissibilité s'avère ainsi une solution possible et nécessaire, et ce particulièrement pour les personnes en situation de vulnérabilité.

Tel qu'en attestent les propos tenus par les témoins entendus par le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes sur le sujet de l'aide juridique, une pléthore de conséquences peut découler de l'absence d'accès à l'aide juridique dont le risque que des personnes, même si elles ont une défense, plaident coupables parce qu'elles n'ont pas d'avocat.e, le risque que plusieurs problèmes reliés aux droits à la famille soient retardés et que cela entraîne un aggravement des situations présentées, le risque que la violence conjugale subie par les femmes s'aggrave en absence des ressources et protections juridiques requises eut égard à leur situation, et le risque que de nombreuses personnes migrantes restent plus longtemps en détention, alors qu'elles auraient pu être mises en liberté si elles avaient été représentées comme il se doit⁸⁵¹. Le Comité conclut ainsi que

[L]es programmes d'aide juridique de tout le pays doivent relever d'importants défis à l'heure où ils tentent de répondre à des besoins juridiques de plus en plus complexes avec le financement dont ils disposent. Des témoignages qu'il a reçus, le Comité conclut que l'aide financière doit être augmentée, de même que le nombre d'initiatives visant à satisfaire des besoins particuliers tels ceux des francophones et anglophones en situation minoritaire⁸⁵².

Toutefois, le seul fait d'augmenter les seuils d'admissibilité à l'aide juridique ne suffirait pas à encourager les justiciables à saisir les tribunaux relativement à des violations de leurs droits humains. En effet, une réforme plus extensive semble nécessaire puisque, dans sa forme actuelle, le système judiciaire n'est pas «intéressant» pour la majorité des individus, en raison des coûts financiers et non financiers, ainsi que des délais engendrés par les procédures judiciaires.

Certaines initiatives intéressantes existent afin de pallier ce problème, comme le programme de contestation judiciaire canadien. Celui-ci permet de faire valoir certains droits, de bénéficier d'une aide spécialisée afin de déterminer la nature d'une affaire, ses caractéristiques distinctives, et de porter l'affaire à procès ainsi qu'en appel⁸⁵³. Une telle aide peut offrir un meilleur encadrement que l'aide juridique en raison des plus grandes ressources disponibles et des possibilités d'adapter l'accompagnement.

849 Voir Conseil canadien de la magistrature, *Rapport annuel 2006-2007: L'accès à la justice : relever le défi*, JU10-2007F-PDF, Ottawa, à la p 1. Voir aussi Association du Barreau du Canada, *Étude sur l'accès au système de justice – aide juridique*, Ottawa, décembre 2016.

850 En 2017, par exemple, les personnes seules devaient gagner moins de 25 000\$, voire en Ontario moins de 10 000\$, par année afin d'être éligibles à l'aide juridique dans leur province. Une famille de quatre membres ne pouvait quant à elle gagner plus de 45 000\$, voire environ 28 000\$ au Québec. Voir Le très honorable Richard Wagner, C.P., Juge en chef du Canada, «L'accès à la justice : un impératif social», allocution présentée à l'occasion de la 7e Conférence annuelle sur le travail pro bono à Vancouver, 4 octobre 2018, en ligne: *Cour suprême du Canada* <<https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/rw-2018-10-04-fra.aspx>>; Maxwell Jenkins, *Access to Justice: The Great Gap in Canada's Justice System*, Edmonton, Edmonton Social Planning Council, 2017 aux pp 6-7.

851 Chambre des communes, *Accès en matière de justice partie 2: Aide juridique: Rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne* (octobre 2017) (président Anthony Housefather) aux pp 7-9.

852 *Ibid* à la p 27.

853 Programme de contestation judiciaire, *Rapport Annuel 2018–2019: Faites valoir vos droits!*, Ottawa, en ligne: <<https://pcjccp.ca/wp-content/uploads/2019/11/Rapport-Annuel-2018-2019.pdf>>.

Cependant, les contestations doivent concerner certains droits linguistiques ou droits de la personne spécifiques, et être considérées comme une « cause type », c'est-à-dire qui soulève un problème ou une question qui n'a jamais été jugée par un tribunal, qui revêt une importance nationale, qui fait valoir et clarifie l'un des droits visés par le programme, qui fait avancer les connaissances et l'état du droit, et qui crée un précédent⁸⁵⁴. C'est dire que le programme n'est pas destiné au grand public et sert à faire avancer des causes hautement particulières et sur des enjeux précis.

Il est possible de formuler à cet égard les mêmes critiques que celles soulevées plus haut par rapport aux compétences et pouvoirs des commissions et tribunaux spécialisés en droits de la personne à propos de la nature sélective du programme et de l'exclusion de certains droits. En outre, plusieurs acteurs.trices ont proposé que les droits des peuples autochtones soient inclus au programme, dont notamment afin de mettre en œuvre le *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*⁸⁵⁵.

À ces critiques s'ajoute, par ailleurs, le fait que le programme soit de nature purement fédérale, qu'il ne semble pas y avoir d'équivalent provincial, et que le programme ne soit pas institué par la loi, mais plutôt par budget parlementaire⁸⁵⁶. Ce dernier point semble crucial puisqu'il expose le programme au risque d'être interrompu à tout moment. Celui-ci ne dispose pas de la pérennité nécessaire à son indépendance et à son bon fonctionnement⁸⁵⁷. Instaurer de tels programmes à l'échelle pancanadienne, élargir les droits couverts et réduire quelque peu les critères d'admissibilité, en plus d'adopter des mesures visant à garantir la pérennité de tels programmes pourraient être des solutions envisageables pour les gouvernements FPT.

Le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes a constaté, au moment où le programme était rétabli, après dix ans d'interruption, que « [l]e rétablissement du PCJ a été perçu comme nécessaire non seulement pour uniformiser les règles du jeu entre les groupes défavorisés et le gouvernement, mais également pour suivre l'évolution de la société »⁸⁵⁸.

iii. Réforme du système judiciaire par la mise en place de mécanismes s'inspirant du recours en amparo, et la consolidation de la qualité pour agir dans l'intérêt public à travers diverses mesures, dont l'instauration d'un procureur des droits humains

De manière générale, le système de justice a besoin d'être réformé afin de faciliter son accessibilité de sorte à être considéré par les victimes comme une option viable afin de défendre leurs droits humains. Ce faisant, il semble impératif de réformer le système afin d'en simplifier ses procédures.

854 Les critères sont un peu différents dépendamment de si les droits visés relèvent de droits linguistiques ou de droits de la personne, les critères pour les réclamations en matière de droits de la personne étant plus exigeants. Voir Programme de contestation judiciaire, « Critères d'admissibilité: Litiges », en ligne: <<https://pcjccp.ca/frn/droits-droits-de-la-personne/litiges-domaine-de-financement/>>; Programme de contestation judiciaire, « Critères d'admissibilité: Litiges », en ligne: <<https://pcjccp.ca/frn/droits-langues-officielles/criteres-dadmissibilite-litiges/>>.

855 Voir par ex Association du barreau canadien, Cabinet du président, René J. Basque, « Reinstatement of the Court Challenges Program » (Lettre envoyée à la ministre du Patrimoine canadien), 7 juin 2017 à la p 4.

856 Lors des discussions entourant la modernisation du programme par le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, « de nombreux témoins ont proposé l'expansion du mandat de manière à ce qu'il inclue les lois, politiques et pratiques provinciales et territoriales ». Voir Chambre des communes, *Accès en matière de justice partie 1: Programme de contestation judiciaire: Rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne* (septembre 2016) (président Anthony Housefather) aux pp 20-21 [*Programme de contestation judiciaire: Rapport*]; Ministère des Finances du Canada, *Budget 2016: Assurer la croissance de la classe moyenne*, n° F1-23/3F-PDF, Ottawa, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2016 aux pp 209-210; et Ministère des Finances du Canada, *Budget 2018: Investir dans les emplois pour la classe moyenne*, n° F1-52F-PDF, Ottawa, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2018 à la p 152.

857 Il faut rappeler que ce programme a, pendant 30 ans, servi à défendre les intérêts linguistiques, et pendant vingt ans les personnes victimes de discrimination, avant d'être aboli en 2006 par le gouvernement fédéral de l'époque. Ce n'est qu'en 2017 qu'il a été réinstauré par le suivant. Dès lors, il y a lieu de se demander si le programme ne pourrait être aboli à nouveau au gré des prochains gouvernements fédéraux. Le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes s'est prononcé à l'effet que: « [l]option la plus souvent proposée par les témoins [afin de mieux protéger le programme contre son abolition éventuelle] consiste à consacrer à tout le moins le nouveau PCJ par la loi, plutôt que d'n faire un programme gouvernemental. Tout comme les témoins qui ont abordé cette question, le Comité reconnaît qu'une telle mesure n'assurerait pas la permanence du nouveau programme puisque de futures mesures législatives pourraient toujours être adoptées pour l'abolir. Toutefois, le Comité convient avec les témoins qu'une loi garantirait au moins que tout gouvernement souhaitant annuler le programme soit tenu d'obtenir l'approbation du Parlement ». Voir par ex Larissa Kloegman, « A Democratic Defence of the Court Challenges Program » (2007) 16:3 Const F 107; et *Programme de contestation judiciaire: Rapport*, supra note 856 à la p 7.

858 *Programme de contestation judiciaire: Rapport*, supra note 856 à la p 6.

À cet égard, il peut être utile de faire référence à une bonne pratique qui s'avère intéressante et avoir fait ses preuves en Amérique latine⁸⁵⁹ : le recours en *amparo*. Celui-ci permet à un individu de saisir rapidement les tribunaux lorsque l'un de ses droits fondamentaux a été violé, ou qu'il est sérieusement menacé de l'être. Institué pour la première fois au Mexique en 1841⁸⁶⁰, le recours en *amparo* partage plusieurs caractéristiques communes avec le recours en *habeas corpus*; il est un recours plus général qui vise à protéger – sauvegarder, conserver ou garantir (*amparar* – en espagnol) – tous droits fondamentaux tandis que l'*habeas corpus* consiste en un recours en *amparo* plus précis visant à contrôler la légalité de la détention d'une personne⁸⁶¹.

La Cour interaméricaine a défini le recours en *amparo* comme « a simple and prompt remedy designed for the protection of all fundamental rights »⁸⁶². Il s'agit d'une action qui peut être intentée par toute personne, tout groupe ou peuple, contre un acte ou une omission d'une autorité gouvernementale, ou d'une personne exerçant de telles fonctions, lorsque la victime estime avoir été gravement lésée ou être en danger imminent de l'être, dans l'exercice ou la jouissance de ses droits fondamentaux et que, en raison de l'urgence de l'affaire, il est impossible de remédier à ce danger par les voies ordinaires⁸⁶³.

Cette action a principalement pour fin d'être restaurative et ne peut être introduite que lorsque la partie affectée n'a aucun autre moyen de défense juridique, sauf lorsqu'elle est utilisée comme mécanisme transitoire pour éviter que ne se matérialise un préjudice irréparable⁸⁶⁴. Il s'agit d'un mécanisme qui peut être utilisé dans des situations urgentes ou extrêmes, où la sauvegarde des droits fondamentaux est mise en danger par l'absence d'autre recours approprié⁸⁶⁵. Doté d'une procédure sommaire et exceptionnelle, le principe de célérité s'applique dans les cas d'action en *amparo*⁸⁶⁶.

Par ailleurs, dans la majorité des pays d'Amérique latine, il y a une tendance à étendre cette protection aux relations entre personnes privées, puisqu'elle est généralement perçue comme visant en premier lieu à rétablir les droits de la personne lésée ou menacée d'une violation grave et imminente, c'est-à-dire comme une mesure garante de la primauté du droit et d'un régime démocratique respectueux de la dignité humaine⁸⁶⁷.

859 Dans les États considérés traditionnellement comme composant l'Amérique latine, seul Cuba ne possède pas de recours en *amparo* ou d'un recours similaire. Voir Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 aux pp 84-86.

860 Le recours en *amparo* prend racine dans le contexte mexicain et est considéré comme étant une institution authentiquement mexicaine, comme un recours initialement *sui generis* et qui par la suite s'est propagé à plusieurs pays des Amériques, et dans une certaine mesure à des pays européens. Il s'inspire, notamment, du droit espagnol de Castilla et d'Aragon, du droit français et du droit des États-Unis. Voir par ex Ferrer Mac-Gregor, *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, Mexico, Porrúa, 2004, à la p 162; Tania Giovanna Vivas Barrera, « El Amparo mexicano y la Acción de Tutela colombiana. Un ejercicio de derecho constitucional comparado en Latinoamérica » (2012) 33 *Pensamiento Jurídico* 13 aux pp 26-29.

861 La Cour interaméricaine a indiqué à ce sujet que: « [if the two remedies are examined together, it is possible to conclude that «amparo» comprises a whole series of remedies and that *habeas corpus* is but one of its components. An examination of the essential aspects of both guarantees, as embodied in the Convention and, in their different forms, in the legal systems of the States Parties, indicates that in some instances *habeas corpus* functions as an independent remedy. Here its primary purpose is to protect the personal freedom of those who are being detained or who have been threatened with detention. In other circumstances, however, *habeas corpus* is viewed either as the «amparo of freedom» or as an integral part of «amparo.» » Voir Avis consultatif OC-8/87, *supra* note 150.

862 Avis consultatif OC-9/87, *supra* note 150 au para 23. Voir *mutatis mutandis* Avis consultatif OC-8/87, *supra* note 150 au para 32.

863 Voir par ex, Brewer-Carías, *supra* note 859 aux pp 139-162, 212-223; Jorge Silvero Salgueiro, « Justicia constitucional y amparo en Paraguay » dans Eduardo Ferrer Mac-Gregor et Jorge Silvero Salgueiro, dir, *La ciencia del derecho procesal constitucional: Homenaje paraguayo a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años*, Asunción, División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios de la Corte Suprema de Justicia; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2012 à la p 392; Héctor Fix-Zamudio, *Protección jurídica de los derechos humanos: Estudios comparativos*, 2e éd, Mexico, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999 aux pp 117-137, 180-191, 417-432; Vivas Barrera, *supra* note 860 aux pp 49-53; Lautaro Ezequiel Pittier, « Derecho a la salud en el derecho interno y la acción de amparo en el derecho constitucional argentino » (2013) 37 *Pensamiento Jurídico* 57 aux pp 59-61, 64-67.

864 *Ibid.*

865 *Ibid.*

866 *Ibid.*

867 « The current situation is that in the majority of Latin American countries the admission of the amparo action against individuals is accepted, as is the case in Argentina, Bolivia, Chile, the Dominican Republic, Paraguay, Peru, Venezuela and Uruguay, as well as, although in a more restrictive way, in Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala and Honduras. In this sense the writ of amparo is also regulated in the Philippines, which can be filed against acts or omission "of a public official or employee, or of a private individual or entity" (Sec. 1). Only a minority of Latin American countries the amparo action remains exclusively as a protective mean against authorities, as happens in Brazil, El Salvador, Panama, Mexico and Nicaragua. This is also the case in the United States where the civil rights injunctions, in matters of constitutional or civil rights or guaranties, can only be admitted against public entities. » « This was admitted for the first time in Argentina, by means of the Supreme Court of the Nation's decision issued in 1958, in the *Samuel Kot* case, in which it ruled that "nothing in the letter and spirit of the Constitution allows for the assertion that the protection of constitutional rights is circumscribed only to attacks from the State," being important not only the origin of the injury on constitutional rights but the rights themselves, thereby accepting the amparo action against individuals. » Voir Brewer-Carías, *supra* note 859 aux pp 295-296, 300.

Ainsi, la personne humaine est le sujet premier du recours en *amparo*, alors que l'État est l'acteur responsable de garantir la pleine jouissance des droits qui sont inhérents à celle-ci.

L'article 25 de la *Convention américaine* consacre expressément un tel droit, et il prévoit que : « [t]oute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention »⁸⁶⁸.

Le recours en *amparo* est ainsi la solution choisie par plusieurs États des Amériques afin de garantir à toute personne la possibilité de saisir rapidement un tribunal judiciaire afin qu'il puisse statuer sur une violation à ces droits.

Un recours extraordinaire pouvant s'inspirer de ce type de procédure serait de toute évidence d'une grande utilité au Canada. En effet, ce moyen vise avant tout à pallier des situations où une personne, groupe ou peuple pourrait se trouver sans autre voie de recours efficace afin de revendiquer ses droits. En outre, il permet, dans des circonstances exceptionnelles, d'éviter les longs délais de justice et d'avoir accès rapidement aux tribunaux. L'action en *amparo* partage ainsi de nombreuses caractéristiques avec les actions en injonctions et les brefs (*writs*), tout en s'en distinguant par le fait qu'elle vise de façon particulière la protection et la *réparation de violations aux droits humains*.

Bien que le système de justice canadien soit passablement différent de ceux d'Amérique latine, un recours s'inspirant de l'*amparo* pourrait s'inscrire sans mal dans l'architecture judiciaire canadienne et s'ajouter aux actions judiciaires existantes. Cet ajout permettrait de réitérer que le Canada, comme tout autre État de droit moderne fondé sur la suprématie de la constitution et des droits de la personne, se doit de garantir la pleine jouissance des droits humains à toutes personnes se trouvant sur son territoire ou sous son contrôle.

En outre, un autre moyen semblable visant à faciliter la protection judiciaire des droits humains serait de favoriser l'exercice de certains recours dans lesquels la qualité requise pour agir est de nature publique.

En effet, de tels recours s'avèrent souvent nécessaires afin d'aborder des situations où les personnes sont incapables de présenter des demandes devant les tribunaux de façon indépendante, ou lorsque les problèmes visés sont de nature systémique ou affectent certains groupes de façon particulière. Ce type de recours s'avère un mécanisme qui est complémentaire au programme de contestation judiciaire et, à certains égards, qui favorise un meilleur accès à la justice.

Au Canada, la qualité pour agir dans l'intérêt public a été confirmée par la Cour suprême en 1975⁸⁶⁹, et elle a par la suite été réitérée et précisée dans divers jugements⁸⁷⁰, dont l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society (Downtown Eastside)*⁸⁷¹, qui en établit les principes. Dans cette affaire, la Cour a déterminé que

*[]orsqu'ils exercent le pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public, les tribunaux doivent prendre en compte trois facteurs : (1) une question justiciable sérieuse est-elle soulevée? (2) le demandeur a-t-il un intérêt réel ou véritable dans l'issue de cette question? et (3) compte tenu de toutes les circonstances, la poursuite proposée constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux*⁸⁷² ?

Ainsi, « [l]e demandeur qui souhaite se voir reconnaître la qualité pour agir doit convaincre la cour que ces facteurs, appliqués d'une manière souple et téléologique, militent en faveur de la reconnaissance de cette qualité.

868 *Convention américaine*, supra note 1.

869 Voir *Thorson c Procureur Général du Canada*, 1974 CanLII 6 (CSC), [1975] 1 RCS 138 [Thorson]. Voir aussi *Nova Scotia Board of Censors c McNeil*, 1975 CanLII 14 (CSC), [1976] 2 RCS 265; *Smith v The Attorney General of Ontario*, 1924 CanLII 3 (SCC), [1924] SCR 331

870 Voir par ex *Ministre de la Justice (Can.) c Borowski*, 1981 CanLII 34 (CSC), [1981] 2 RCS 575; *Finlay c Canada (Ministre des Finances)*, 1986 CanLII 6 (CSC), [1986] 2 RCS 607; *Conseil canadien des Églises c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1992 CanLII 116 (CSC), [1992] 1 RCS 236 [Conseil canadien des Églises]; *Hy and Zel's Inc. c Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c Ontario (Procureur général)*, 1993 CanLII 30 (CSC), [1993] 3 RCS 675 [Hy and Zel's Inc.]; et *Chaoulli c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35.

871 *Downtown Eastside*, supra note 139. Voir *Manitoba Metis Federation Inc. c Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14; et *Delta Air Lines Inc. c Lukács*, 2018 CSC 2.

872 *Ibid* au para 37.

Toutes les autres considérations étant égales par ailleurs, un demandeur qui possède de plein droit la qualité pour agir sera généralement préféré»⁸⁷³.

Une telle reconnaissance s'avère importante et constitue un développement important en matière de droit public au Canada. Toutefois, il y a lieu de s'interroger sur certains problèmes que cette doctrine peut engendrer et d'envisager des améliorations possibles pouvant favoriser un meilleur accès à la justice au Canada, surtout pour garantir les droits humains.

En effet, plusieurs incertitudes peuvent être soulevées quant aux personnes, groupes ou peuples qui peuvent bénéficier d'un tel intérêt pour agir et quant à l'existence d'autres recours possibles, deux variables qui peuvent limiter indûment la capacité pour agir dans certaines circonstances⁸⁷⁴.

En effet, dans deux affaires entendues par la Cour suprême, celle-ci a conclu que les demandeurs.resses avaient rempli les deux premiers critères mentionnés précédemment, mais pas le troisième⁸⁷⁵. Dans l'arrêt *Downtown Eastside*, la Cour «a déclaré d'une part que l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire pour reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public "n'est pas nécessaire [...] lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure" »⁸⁷⁶.

Par contre, la Cour a par la suite indiqué d'autre part que «la décision de reconnaître ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public relève d'un pouvoir discrétionnaire, que les principes applicables devraient être interprétés "d'une façon libérale et souple" et que le facteur relatif aux autres manières raisonnables et efficaces ne doit pas être interprété comme le résultat d'une application mécaniste d'une "exigence technique" »⁸⁷⁷. Nonobstant cette dernière ouverture, le simple fait qu'un particulier puisse, à lui seul, contester la mesure peut être perçu comme un obstacle à la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public. À tout le moins, cette considération peut générer des incertitudes considérables se rapportant à la viabilité d'un tel recours. En effet, dans la préparation d'une action dans l'intérêt public, il pourrait s'avérer extrêmement difficile d'anticiper ce qui pourrait constituer un recours de même nature pouvant être possiblement institué par un particulier, ces actions étant par ailleurs souvent complexes sur le plan des faits et du droit. De plus, comme abordé précédemment, considérant les obstacles importants auxquels font face les victimes voulant accéder à la justice, il semble raisonnable de croire que la victime moyenne ne soit tout simplement pas en mesure d'accéder au système judiciaire pour revendiquer ces droits, entre autres considérant les coûts et délais encourus. Par conséquent, la possibilité qu'un particulier puisse, *in concreto*, mener un litige *de même nature et de même portée* s'avère pour le moins peu probable...

En effet, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, dissidentes dans *Hy and Zel's Inc*, ont affirmé qu'

*il importe de reconnaître les difficultés pratiques et les éléments dissuasifs auxquels font face des appelants dans la situation des [personnes visées par la loi], et de reconnaître qu'il se peut qu'il n'existe aucun autre moyen raisonnable et efficace de saisir les tribunaux de leurs préoccupations. Même si la plupart [de ces personnes] risquent peu de faire l'objet d'accusations en vertu de la Loi, ils n'en sont pas moins touchés par ses dispositions. Il se peut, toutefois, que de tels requérants n'aient, en réalité, qu'une faible possibilité de saisir les tribunaux de leurs préoccupations, si ce n'est, comme c'est le cas en l'espèce, en se joignant à d'autres requérants qui sont capables d'assumer les frais de la requête*⁸⁷⁸.

873 *Ibid.*

874 Voir par ex Dana Phillips, «Public Interest Standing, Access to Justice, and Democracy under the Charter: Canada (AG) v Downtown Eastside Sex Workers United against Violence» (2013) 22:2 Const F 21.

875 Voir *Conseil canadien des Églises*, *supra* note 870; *Hy and Zel's Inc.*, *supra* note 870.

876 *Downtown Eastside*, *supra* note 139 au para 48.

877 *Ibid.*

878 *Hy and Zel's Inc.*, *supra* note 870 à la p 722 [Nos italiques].

De même, comme indiqué par la majorité dans *Downtown Eastside*, les tribunaux « devraient tenir compte du fait qu'une des idées associées aux poursuites d'intérêt public est que ces poursuites peuvent assurer un accès à la justice aux personnes défavorisées de la société dont les droits reconnus par la loi sont touchés »⁸⁷⁹. Les organisations bénéficient souvent des connaissances et des expériences collectives des individus au fil du temps, et ne sont pas soumises aux contraintes personnelles et à la vulnérabilité des individus⁸⁸⁰.

La façon dont est intenté un recours, les prétentions en droit qui sont alléguées, la présentation de la preuve qui est faite, ainsi que les ordonnances et les réparations exigées peuvent toutes influencer de façon significative les effets qu'aura un jugement sur la vie des victimes et des autres personnes se trouvant dans une situation similaire. Il s'avère alors nécessaire de reconnaître la capacité d'agir dans l'intérêt public de façon large afin de favoriser l'accès à la justice et la primauté du droit dans une société où les circonstances particulières affectant les personnes peut rendre illusoire la possibilité pour elles de présenter des recours d'envergure qui tentent de s'attaquer à des situations de violations systémiques ou qui soient vécues par plusieurs personnes à différents degrés⁸⁸¹.

Les gouvernements devraient ainsi adopter des lois prévoyant une capacité pour agir dans l'intérêt public qui soient larges et extensives en matière de protection des droits humains afin de clarifier les facteurs applicables et accorder le plus grand accès possible aux tribunaux dans le cadre de litiges d'intérêt public.

Le changement de paradigme vers un État de droit moderne garant des droits humains à toute personne, groupe ou peuple implique que « ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé d'une façon libérale et généreuse »⁸⁸². Ce faisant, il serait par exemple utile de se demander « whether the litigant has the required resources, perspective and relationship to those directly affected by the claim »⁸⁸³.

Rappelons enfin que, même si certaines craintes ont été exprimées quant aux coûts que ce type de réforme pourrait engendrer et quant à la multiplication des recours en résultant, cette perspective ne semble pas constituer un problème significatif⁸⁸⁴.

Finalement, une autre réforme complémentaire à l'instauration d'un recours de type *amparo* et à l'élargissement de l'intérêt pour agir dans l'intérêt public en matière de protection des droits humains, et qui pourrait être aussi une solution envisageable pour remédier au problème de l'accès à la justice, serait d'établir l'institution de *Procureur.e ou Défenseur.se des droits humains*; une institution pouvant initier des procédures de sa propre volonté ou en collaboration avec des individus, groupes ou peuples. Une telle figure a été instituée dans plusieurs pays des Amériques.

879 *Downtown Eastside*, *supra* note 139 au para 51.

880 Voir *Canada (AG) v Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence*, 2012 SCC 45 (Factum of the Respondents) au para 70; Phillips, *supra* note 874 aux pp 23-24.

881 Par ailleurs, « where the problem is systemic in nature, a preference for individualized litigation is highly likely to produce individualized remedies and solutions that do not resolve the issues systemically. » Voir Jane Bailey, « Reopening Law's Gate: Public Interest Standing and Access to Justice » (2011) 44 UBC L Rev, 255 à la p 265.

882 *Hy and Zel's Inc.*, *supra* note 870 à la p 707.

883 Lorne Sossin, « The Justice of Access: Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid? » (2007) 40 UBC L Rev 727 aux pp 734-735.

884 Dès le premier arrêt en la matière, la Cour suprême a mis en lumière le fait que l'élargissement de la capacité pour agir n'entraînerait pas un fardeau excessif pour les tribunaux. De fait, en se référant à un tel élargissement en matière municipale, la Cour indique sans équivoque que « l'expérience nous indique que l'arrêt *MacLreith c. Hart* [de 1907], [...] ne semble pas avoir engendré un nombre excessif d'actions de contribuables visant à contester la légalité de dépenses municipales » et, par ailleurs, « [I]es cours ont tous les pouvoirs nécessaires pour contrôler les actions déclaratoires, soit par voie discrétionnaire, en ordonnant une suspension d'instance, soit par l'imposition de dépens. » À cet effet, les juges dissidentes L'Heureux-Dubé et McLachlin ajoutent aux propos précédents dans un arrêt postérieur que : « les préoccupations relatives à la multiplicité des actions peuvent, dans bien des cas, être exagérées et que, de toute façon, elles sont susceptibles de contrôle judiciaire. » Il appert que : « [t]he extensive resources required to initiate litigation (especially Charter litigation) make a tide of suits improbable. » Dit de façon plus poétique, « [t]he idle and whimsical plaintiff, a dilettante who litigates for a lark, is a specter which haunts the legal literature, not the courtroom. » Dans l'arrêt *Ernst c. Alberta Energy Regulator*, les juges dissidents McLachlin, Moldaver et Brown affirment, dans le même esprit en discutant de l'octroi de dommages en vertu de la Charte, que : « [n]ous prenons note du souci du juge chargé de la gestion de l'instance selon lequel, si les dispositions législatives prévoyant une immunité ne s'appliquent pas automatiquement, [traduction] [I]es justiciables s'adresseraient aux tribunaux vêtus des atours de la Charte chaque fois qu'ils le pourraient' (motifs de première instance, para. 81). Toutefois, un justiciable ne peut s'adresser au tribunal "vêtu des atours de la Charte" que s'il a plaidé tous les éléments d'une violation de la Charte et les faits en raison desquels l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la Charte peut être fondé d'un point de vue fonctionnel. Il n'est pas facile d'établir le bien-fondé d'une demande présentée en vertu de la Charte; une demande de ce genre doit être fondée sur des allégations de fait précises. Si l'État démontre qu'un demandeur s'est contenté de décrire comme étant "fondée sur la Charte" une demande qui, en réalité, constitue une action de droit privé, il y a lieu de radier cette demande [...]. » Voir Thorson, *supra* note 869 à la p 145; *Hy and Zel's Inc.*, *supra* note 870 à la p 705; Phillips, *supra* note 874 à la p 24; Kenneth E. Scott, « Standing in the Supreme Court: A Functional Analysis » (1973), 86 Harv L Rev 645 à la p 674; *Ernst c Alberta Energy Regulator*, 2017 CSC 1 au para 165.

Ce type d'institution pourrait trouver inspiration dans la figure de procureur.e général.e existant déjà au Canada. Effectivement, la Cour suprême du Canada, dans son premier arrêt sur l'intérêt pour agir dans l'intérêt public en 1975, a eu besoin de se pencher sur la question du rôle du Procureur général en matière de contestations constitutionnelles. Elle s'est ainsi prononcée, essentiellement, à l'effet que « [s]i l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que le Procureur général soit sensible aux atteintes portées à des droits publics, il est douteux qu'il en soit ainsi relativement à des questions constitutionnelles, étant donné l'obligation qu'a le Procureur général, en tant que représentant juridique du gouvernement, d'en appliquer les lois »⁸⁸⁵. Ainsi, l'entrave principale à l'exercice par le Procureur général d'un pouvoir d'agir dans l'intérêt public afin de défendre les droits humains est la question de son mandat général, et des intérêts conflictuels qu'il pourrait avoir dans l'exercice de ses fonctions.

Octroyer à un procureur spécialisé – et indépendant – le rôle de veiller à la mise en œuvre et la pleine jouissance des droits humains de toute personne, tout groupe ou peuple pourrait alors être une solution possible et qui s'accorde en tout point avec le système canadien actuel.

Dans les pays des Amériques où de telles figures existent (entre autres en Argentine⁸⁸⁶, en Équateur⁸⁸⁷, au Guatemala⁸⁸⁸, en Colombie⁸⁸⁹, en République dominicaine⁸⁹⁰, au Pérou⁸⁹¹, au Paraguay⁸⁹², au Panama⁸⁹³ et au Mexique⁸⁹⁴), leur apport a été considérable à la protection des droits humains et elle a permis à certaines causes qui auraient autrement sombré dans l'oubli pour diverses raisons d'être entendues. En outre, les victimes alléguées ont pu bénéficier du support d'une figure étatique qui peut procéder à des processus de négociation, avoir accès à plusieurs ressources et offrir un forum qui dépasse ce que des organisations non gouvernementales ne pourraient offrir⁸⁹⁵.

Ici encore, le Canada pourrait prendre inspiration des grandes avancées qu'il a faites en matière de protections des droits humains et de protection de la démocratie, ainsi que des meilleures pratiques des différents pays des Amériques.

iv. *Élargissement de la notion de réparations et adoption de mesures en faisant la promotion*

En matière d'accès à la justice, il y a lieu de discuter de la question des réparations puisque, ultimement, tout recours a pour but d'obtenir d'un tribunal des ordonnances en faveur de la partie ayant introduit la demande, voire d'obtenir justice. Lorsqu'il est question de réconciliation, il est important de garder en tête que celle-ci ne peut

885 Voir *Hy and Zel's Inc.*, *supra* note 870 aux pp 704-705; *Thorson*, *supra* note 869 aux pp 146-162.

886 Argentine, *Constitución de la Nación Argentina*, 22 août 1994 à l'art 86.

887 Équateur, *Constitución de la República del Ecuador 2008, Decreto legislativo 0*, 20 octobre 2008 à l'art 214 et ss.

888 Guatemala, *Constitución Política de la República de Guatemala, Acuerdo legislativo 18-93*, 17 novembre 1993 à l'art 274. Voir aussi Guatemala, *Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos, Decreto Legislativo No 54-86*, 11 novembre 1986. On y retrouve également des défenseurs.ses des femmes, des enfants, des journalistes, des détenu.es, des consommateurs.trices, des personnes âgées, des peuples autochtones, des migrant.es, etc.

889 Colombie, *Decreto 025 de 2014*, 10 janvier 2014 à l'art 5.

890 République dominicaine, *Ley 19-01 que instituye el Defensor del Pueblo*, 1 février 2001; République dominicaine, *Ley 367-09 que modifica los Artículos 4 y 7 de la Ley No.19-01 del lro. de febrero de 2001, que crea el Defensor del Pueblo*, 17 décembre 2009.

891 Pérou, *Constitución Política del Perú 1993*, 30 décembre 1993 aux arts 161-162; Pérou, *Modificatoria a la Ley orgánica de la Defensoría del Pueblo*, n°29882, 7 juin 2012.

892 Paraguay, *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*, n°631/1995, 13 juillet 1995.

893 Panama, *Ley N.7 por la cual se crea la Defensoría del Pueblo*, n°23221, 5 février 1997.

894 Mexique, *Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, 29 juin 1992.

895 Par exemple, au Guatemala, le bureau du Procureur des droits humains a participé à 583 réunions de travail au sein de commissions législatives et de groupes de travail, et présenté 216 cas devant les tribunaux en recours en *amparo* (protection urgente des droits humains) pour l'année 2021. Au Mexique, pour la même année, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos a fourni de l'aide d'une quelconque façon à plus de 400 000 personnes, et elle a présenté devant les cours de divers niveaux et compétences 238 recours. Pour sa part, le bureau du Procureur des droits humains de la Colombie a offert son aide à plus de 80 000 personnes, et il y a eu 364 actions constitutionnelles déposées entre le 1er juillet 2019 et le 30 juin 2020. Voir Guatemala, Procurador de los derechos humanos, *Informe anual circunstanciado de actividades y de la situación de los derechos humanos 2021*, janvier 2022; Mexique, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe de Actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2021*, diciembre 2021; Colombie, Procuraduría General de la Nación, *Informe al Congreso de la República: 2019/2020*, Bogota, août 2020.

avoir lieu dans le vide (voir section 6 c)⁸⁹⁶. Elle doit s'inscrire dans un programme plus large de réparations, ce qui comprend notamment des compensations financières, des initiatives de réhabilitation (comme des programmes psychosociaux, des possibilités de réparer les atteintes à la réputation, des initiatives de mémoire collective, etc.), une reconnaissance de responsabilité et un accès illimité aux archives nationales.

Il en va de même lorsqu'il est question de violations systémiques des droits humains ou de violations affectant des groupes ou collectivités. Il ne suffit pas qu'il y ait réparation dans un cas particulier, encore faut-il que les mesures réparatrices se rapportent aux problèmes sous-jacents soulevés par le recours.

Le droit international, particulièrement grâce à la contribution du Système interaméricain⁸⁹⁷, propose une série de mesures devant être mises en place afin d'assurer le droit à la réparation des personnes, groupes et peuples ayant été victimes de violations des droits humains⁸⁹⁸.

Par exemple, la Cour interaméricaine considère, de façon générale, que les réparations, comme le terme l'indique, consistent en des mesures qui tendent à faire disparaître les effets des violations commises, ce qui exige la réparation intégrale du préjudice causé et ainsi, chaque fois que possible, de rétablir la victime dans la situation existante antérieurement à la violation de ces droits⁸⁹⁹. Si cela n'est pas possible, il est nécessaire d'ordonner que des mesures soient adoptées pour que, en plus d'assurer le respect des droits qui ont été bafoués, les conséquences des violations soient réparées, les dommages causés soient indemnisés, et des mesures positives adoptées par l'État afin que de telles violations ne se reproduisent pas (des garanties dites de non-répétition)⁹⁰⁰. La Cour interaméricaine considère ainsi qu'il est nécessaire d'accorder diverses mesures afin de réparer le préjudice de manière globale et entière puisque – outre la compensation pécuniaire – les mesures de restitution, de réadaptation et de satisfaction, ainsi que les garanties de non-répétition revêtent une importance particulière⁹⁰¹. De surcroît, les réparations doivent comporter une analyse qui tienne compte non seulement du droit des victimes à obtenir réparation, mais aussi de l'obligation d'intégrer une perspective de genre lors de leur conception et leur mise en œuvre⁹⁰².

Elles doivent tenir compte des circonstances ayant mené aux faits préjudiciables, des violations déclarées ainsi que des mesures demandées par les victimes afin de réparer de façon intégrale le préjudice⁹⁰³.

896 Les contributions contenues dans cette section mettent en lumière l'importance de la justice, de la mémoire, de la vérité et des réparations pour les victimes dans le cadre de tout processus de justice transitionnelle. La réconciliation ne doit s'arrimer aux notions d'oubli et d'impunité pour qu'elle soit réelle et offre une véritable possibilité à l'État, et les autres acteurs.trices impliqués, de « corriger » les actes qu'ils et elles ont commis dans le passé.

897 En matière de réparations, les décisions de la Cour interaméricaine ont exercé une influence inestimable sur la jurisprudence d'autres tribunaux internationaux, ainsi que des tribunaux nationaux. Le Système interaméricain sert de référence en la matière. Voir par ex Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 3e éd, Oxford, Oxford University Press, 2015; James L. Cavallaro et al, *Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System*, New York, Oxford University Press, 2019 aux pp 803-877; Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 aux pp 188-250; Diana Contreras-Garduño and Sebastiaan Rombouts, « Collective Reparations for Indigenous Communities Before the Inter-American Court of Human Rights » (2010) 27:72 *Utrecht J Intl European L* 5; Clara Sandoval, « Two steps forward, one step back: reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programmes » (2018) 22:9 *Intl JHR* 1192; Judith Schonsteiner, « Dissuasive Measures and the "Society as a Whole": A Working Theory of Reparations in the InterAmerican Court of Human Rights » (2007) 23:1 *Am U Intl L Rev* 127.

898 La Cour affirme à ce sujet que « any violation of an international obligation that has caused harm entails the duty to repair it adequately and that this provision reflects a customary norm that constitutes one of the fundamental principles of contemporary international law on State responsibility. Reparation of the harm caused by the violation of an international obligation requires, whenever possible, full restitution (*restitutio in integrum*), which consists in the restoration of the previous situation. If this is not feasible, as in most cases of human rights violations, the Court will determine measures to ensure the rights that have been violated and to redress the consequences of those violations. » Voir *Affaire V.R.P., V.P.C. y otros (Nicaragua)* (2018), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°350 [*Affaire V.R.P.*]; *Affaire Digna Ochoa et al. (Mexique)* (2021), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°447 aux paras 150-151 [*Affaire Digna Ochoa*]. Voir aussi *Affaire Velásquez Rodríguez*, *supra* note 609 aux para 25-31; *Affaire Dos Erres*, *supra* note 583; *Affaire Guzmán Albarracín y otros (Équateur)* (2020), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°405 au para 215 [*Affaire Guzmán Albarracín*]; et OÉA, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 32 : Medidas de reparación*, 2021 [OÉA, *Cuadernillo* 32].

899 Voir par ex *Affaire Yakye Axa*, *supra* note 55 au para 182; *Affaire Molina Theissen (Guatemala)* (2004), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°108 au para 42. Voir aussi *Affaire Velásquez Rodríguez*, *supra* note 609 aux para 25-31; *Affaire Dos Erres*, *supra* note 583 au para 226; *Affaire Guzmán Albarracín*, *supra* note 898 au para 215; OÉA, *et al. (Équateur)* (2020), Cour IDH (Sér C) n°405 au para 215; OÉA, *Cuadernillo* 32.

900 Voir par ex *Affaire Molina Theissen (Guatemala)* (2004), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°108 au para 42. Voir aussi *Affaire Velásquez Rodríguez*, *supra* note 613 aux paras 25-31; *Affaire Dos Erres*, *supra* note 903 au para 226; *Affaire Guzmán Albarracín*, *supra* note 903 au para 215; OÉA, *Cuadernillo* 32, *supra* note 903.

901 Voir par ex *Affaire Digna Ochoa*, *supra* note 898 aux paras 150-152; *Affaire V.R.P.*, *supra* note 898 aux paras 336-337.

902 *Ibid.*

903 *Ibid.* Voir aussi *Affaire Velásquez Rodríguez*, *supra* note 609 aux paras 25-31; *Affaire Dos Erres*, *supra* note 583 au para 226; *Affaire Guzmán Albarracín*, *supra* note 898 au para 215; OÉA, *Cuadernillo* 32, *supra* note 898.

Dans le contexte de la justice transitionnelle et de la réconciliation, la Cour interaméricaine accorde ainsi une importance particulière aux mesures de réhabilitation ainsi qu'aux droits à la vérité et à la mémoire, étant considérés comme essentiels à de tels processus⁹⁰⁴. La Cour soutient, par exemple, que

*[t]he absence of a complete and effective investigation into the facts constitutes a source of additional suffering and anguish for the victims, who have the right to know the truth about what happened. This right to the truth requires the determination of the most complete historical truth possible, which includes determination of the collective patterns of action, and of all those who, in different ways, took part in said violations.*⁹⁰⁵

Elle considère ainsi que le droit de connaître la vérité implique d'avoir une connaissance pleine et entière des actes qui ont eu lieu. En outre, ce tribunal a reconnu que l'État a l'obligation de garder vivante la mémoire des victimes et d'assurer la transparence quant aux événements au cours desquels les violations ont eu lieu par divers moyens dont la création de mémoriaux, de monuments ou de musées publics, et ce, en tant que mesures de réparation visant à satisfaire le droit de la société dans son ensemble à connaître la vérité⁹⁰⁶.

De ce fait, la Cour a indiqué que les initiatives visant à recouvrer la mémoire et la dignité des victimes «sont importantes tant pour la préservation de la mémoire et la satisfaction des victimes que pour la récupération et le rétablissement de la mémoire historique dans une société démocratique»⁹⁰⁷.

En outre, la jurisprudence de plusieurs pays des Amériques, tels la Colombie, l'Argentine ou le Guatemala, peut servir d'exemple à certains égards pour le Canada, et elle démontre qu'il est possible pour un État d'adopter des ordonnances de diverses natures, tout en assurant leur mise en œuvre adéquate⁹⁰⁸.

Par exemple, en Colombie, la doctrine juridique en matière de droits humains est à l'effet que «les droits à la vérité, à la justice, à la réparation et à la garantie de non-répétition ont été établis comme “biens cardinaux de toute société fondée sur un ordre juste et une coexistence pacifique, entre lesquels il existe des relations de connexion et d'interdépendance, de telle sorte que : Il n'est pas possible d'obtenir la justice sans la vérité. Il n'est pas possible d'obtenir une réparation sans justice” »⁹⁰⁹. Pour elle, la réparation globale et entière est un droit fondamental parce que «(1) elle vise à restaurer la dignité des victimes dont les droits constitutionnels ont été violés; et (2) parce qu'il s'agit d'un droit complexe, lié à la vérité et à la justice, qui se traduit par des demandes concrètes de restitution, d'indemnisation, de réhabilitation, de mesures de satisfaction et de non-répétition»⁹¹⁰. Par exemple, la Cour de constitutionnalité a ainsi ordonné au directeur de l'Agence nationale des terres, en coordination avec les pouvoirs compétents, de mener à bien le processus de clarification de la propriété d'une communauté afro-descendante dans un délai de deux ans, et ce (1) en donnant la priorité aux droits des communautés d'ascendance africaine, en vertu de la protection constitutionnelle spéciale dont elles bénéficient puisque, comme indiqué dans le jugement et la jurisprudence, cela entraîne l'enrichissement culturel de toute la nation colombienne, et (2) en respectant, bien évidemment, aussi les droits réels et, en général, les droits acquis de bonne foi⁹¹¹. Dans un autre cas, le tribunal a ordonné que le Ministère de l'Intérieur et des Parcs naturels nationaux engage les procédures nécessaires à la

904 *Affaire González et al («Cotton field»)* (Mexique) (2009), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°205 au para 454.

905 *Ibid.*

906 *Affaire Rochac Hernández (Salvador)* (2014), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°285 au para 234.

907 *Affaire González Medina y familiares* (République Dominicaine) (2012), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°240 au para 302 [traduction libre].

908 Voir par ex Raúl Fernando Núñez Marín et Lady Nancy Zuluaga Jaramillo, «Estándares internacionales de reparación de violaciones de derechos humanos: principios de implementación en el derecho colombiano» (2012) 6 *Revista análisis internacional* 207; Corte constitucional de Colombia, *Sentencia T-083/17: Acción de tutela instaurada por: Jesús Esneider Gaviria Gómez contra la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas -UARIV*, Expediente T-5.711.182, 13 février 2017; Fabiana Rousseaux, «Las políticas públicas de reparación y sus incidencias en los procesos de memoria, verdad y justicia: El caso argentino» dans Giuseppe Tosi et al, dir, *Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade*, João Pessoa, Editora da UFPB, 2014, 185; et Argentine, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)*, FA18000036, 12 avril 2018.

909 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-083/17: Acción de tutela instaurada por: Jesús Esneider Gaviria Gómez contra la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas -UARIV*, Expediente T-5.711.182, 13 février 2017 au para 14.1; citant à Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-775/03: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 de la Ley 600 de 2000, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*, expediente D-4479, 9 septembre 2003 au para 4 [traduction libre].

910 Colombie, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-753/13: Demanda de inconstitucionalidad*, expediente D-9608, 30 octobre 2013 au para 6.2.5.

911 Colombie, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-601/16: Acción de tutela instaurada por Edelmira Ortega de Marrugo, contra la Procuraduría General de la Nación y otros*, Expediente T-4588870, 2 novembre 2016, dispositif point résolutoire 3 et 4.

consultation préalable du conseil communautaire de « *Negritudes de la Vereda de Playa Blanca* », et que la consultation porte sur les alternatives qui devraient exister pour protéger l'écosystème du parc naturel de Los Corales et San Bernardo, tout en garantissant les moyens de subsistance de la communauté plaignante et en ayant pour but d'atténuer les impacts négatifs de l'interdiction du transport fluvial vers Playa Blanca⁹¹².

En Argentine, la Cour suprême de la Nation a reconnu, notamment, que les tribunaux doivent prendre toutes les décisions appropriées pour parvenir à une exécution rigoureuse des arrêts émis par l'organe judiciaire, ce qui exige l'anticipation de diverses circonstances et leurs pondérations de façon prudentes⁹¹³. À cet effet, elle a déterminé qu'il peut s'avérer nécessaire, dans certains cas, de déléguer à un tribunal d'instance inférieure ou à elle-même la compétence de surveiller la mise en œuvre des réparations ordonnées et ainsi effectuer la révision judiciaire de celle-ci. Dans l'exécution de ces tâches, le tribunal ainsi investi disposerait alors également des pouvoirs nécessaires pour (1) fixer le montant d'amendes journalières, suffisamment élevées pour dissuader les comportements récalcitrants, en cas de non-respect des délais, et (2) ordonner la tenue d'investigations en cas d'infractions découlant du non-respect des injonctions ordonnées dans la décision judiciaire⁹¹⁴.

Un tribunal de compétence inférieure s'est ainsi vu, par exemple, accorder la compétence de surveiller la mise en œuvre d'un plan d'assainissement de l'environnement et de décontamination d'un bassin d'eau à Buenos Aires en protection du droit à un environnement sain des victimes⁹¹⁵. Ce plan d'assainissement comprendrait comme mesures, par exemple : le contrôle de plus de 6 000 industries qui rejettent des polluants dans l'eau et dans l'air, l'approvisionnement en eau potable et l'évacuation des eaux usées à la population visée, l'élimination des décharges à ciel ouvert, la mise en œuvre d'un système intégré de gestion des déchets pour l'ensemble du bassin d'eau affecté, le relogement de la population à risque et la prévention des maladies causées par la pollution⁹¹⁶.

Au Guatemala, en 2019, la Cour suprême de Justice a adopté une politique qui

*encourage le développement du concept juridique de réparation digne et transformatrice, qui a non seulement été récemment inclus et discuté dans le système juridique pénal guatémaltèque, mais adapte également ses actions aux paramètres et obligations internationaux de la jurisprudence internationale en matière de droits humains sur cette question, et aux principes fondamentaux et aux directives sur les droits des victimes des Nations unies*⁹¹⁷.

Selon cette politique,

*la réparation transformatrice est un concept plus moderne [que la réparation digne], qui est apparu dans le contexte de la justice transitionnelle et dans le cadre de la justice réparatrice. Les réparations transformatrices permettent non seulement de remédier au préjudice subi, mais aussi aux conditions sociales qui ont permis qu'il se produise et se poursuive, afin de prévenir de futures violations.*⁹¹⁸

L'affaire *Sepur Zarco*, où deux anciens officiers militaires ont été condamnés pour crimes contre l'humanité, démontre bien l'importance de cette approche⁹¹⁹. Dans cette décision qui prédate l'adoption de la politique, 18 mesures de réparation ont été prononcées en faveur des survivantes et de leurs communautés, dont de construire une clinique

912 Colombie, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-021/19: Acción de tutela formulada por José David Miranda López, miembro y representante del Consejo Comunitario de Negritudes de la Vereda de Playa Blanca contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Parques Nacionales Naturales de Colombia*, Expediente T-6.809.212, 28 janvier 2019 dispositif point résolutoire 3.

913 Argentine, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)*, FA08000047, 8 juillet 2008 au para 20.

914 *Ibid* au para 21.

915 *Ibid* aux paras 20-22.

916 *Ibid* aux paras 7-19.

917 Guatemala, Organismo Judicial, Corte Suprema de Justicia, *Política de reparación digna y transformadora del Organismo Judicial* (présidente de la Comisión de la Mujer: la juge Delia Marina Dávila Salazar), 23 décembre 2019 à la p viii [traduction libre].

918 *Ibid* à la p 6 [traduction libre].

919 Voir par ex Elisabeth Madeleine Patterson, « Reconciling Indigenous Peoples with the Judicial Process: An Examination of the Recent Genocide and Sexual Slavery Trials in Guatemala and their Integration of Mayan Culture and Customs » (2016) 29:2 RQDI 225; ONU Femmes, « Affaire Sepur Zarco: Les femmes guatémaltèques qui se sont levées pour obtenir justice dans un pays déchiré par la guerre », 19 octobre 2018, en ligne: <<https://www.unwomen.org/fr/news/stories/2018/10/feature-sepur-zarco-case>>.

de santé et une école bilingue à Sepur Zarco, d'offrir des bourses d'études aux membres de la communauté à tous les niveaux d'éducation, d'élaborer un documentaire sur les événements qui eurent lieu, de reconnaître le 26 février comme journée nationale des victimes de violence sexuelle, d'esclavage sexuel et d'esclavage domestique, d'ériger un monument représentant la quête de justice des femmes de Sepur Zarco, d'inclure des cours obligatoires dans le cadre de la formation des forces militaires sur les droits humains des femmes et la prévention de la violence contre les femmes, et de traduire le jugement dans les 24 langues mayas parlées au Guatemala⁹²⁰.

Il serait alors pertinent pour les gouvernements FPT d'également s'inspirer de l'apport du SIADH et des autres États des Amériques en ce qui a trait aux réparations à octroyer. Par exemple, dans une perspective du droit à la vérité et de réconciliation, l'accès à la documentation relative aux violations passées, dont aux archives pertinentes, entre autres concernant les victimes issues des peuples autochtones, devrait être permis aux principaux intéressés⁹²¹.

À l'heure actuelle, il existe encore une certaine réticence de la part des tribunaux canadiens à octroyer ce type de réparations⁹²². Pourtant, la souveraineté parlementaire pourrait permettre d'adopter des lois de portée extensive pouvant pallier certaines déficiences dans l'approche juridique actuelle. Par exemple, une nouvelle initiative législative pourrait encourager les tribunaux à accorder des réparations plus amples ou encore faciliter des processus de réparations à travers l'élaboration d'un mécanisme de suivi de mise en œuvre, à la suite d'un jugement condamnatore, de mesures de réparations conçues de façon large et qui est fait en collaboration avec les tribunaux et les parties concernées; le tout, évidemment, dans les limites permises par le cadre juridique actuel. De fait, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit à son article 53(2) la possibilité d'octroyer des réparations extensives conformément à l'objectif visé par la loi⁹²³. Il est loisible de croire qu'une loi de nature plus générale visant à octroyer des réparations qui soient conformes au droit international et l'esprit de la *Charte* tombe sous la coupe des larges compétences législatives.

En effet, le cadre juridique actuel permet l'octroi de réparations qui puissent être créatives, adaptées à la situation et qui cherchent à réellement réparer la situation plutôt qu'offrir seulement une compensatoire monétaire ou, simplement et sans plus, déclarer inconstitutionnelle une disposition⁹²⁴. Dans l'arrêt de principe en matière de réparation, *Doucet-Boudreau c. Nova Scotia (Minister of Education)*, la Cour suprême du Canada soutient que

[l]a réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d'une demande fondée sur la Charte est celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur. [...] Enfin, il faut se rappeler que l'art. 24 fait partie d'un régime constitutionnel de défense des droits et libertés fondamentaux consacrés dans la Charte. C'est ce qui explique pourquoi, en raison de son libellé large et de la multitude de rôles qu'il peut jouer dans différentes affaires, l'art. 24 doit pouvoir évoluer de manière à relever les défis et à tenir compte des circonstances de chaque cas. [...] [L]'approche judiciaire en matière de réparation doit être souple et tenir compte des besoins en cause⁹²⁵.

920 Guatemala, Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, Ville de Guatemala, *Jugement No C-01076-2012-00021 Of. 2° (Jugement Sepur Zarco)*, 26 février 2016 aux pp 509-511.

921 Il est reconnu à cet effet que : « [l]a connaissance par un peuple de l'histoire de son oppression appartient à son patrimoine et, comme telle, doit être préservée par des mesures appropriées au nom du devoir incombant à l'État de conserver les archives et les autres éléments de preuve se rapportant aux violations des droits de l'homme et du droit humanitaire et de contribuer à faire connaître ces violations. » Les États doivent ainsi assurer le plein accès aux archives par toute personne, dont particulièrement les victimes. La Cour interaméricaine a, par exemple, déclaré que l'État devait « adopter les mesures pertinentes et adéquates pour garantir l'accès public, technique et systématique des agents de la justice et de la société [...] aux archives contenant des informations utiles et pertinentes pour l'enquête dans les cas de violations des droits humains ». Voir *Ensemble de principes actualisés pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité*, Doc off NU ECOSOC E/CN.4/2005/102/Add.1, 61e Sess, 8 février 2005 au principe 3, à la p 7; *Affaire Contreras et autres (Salvador)* (2011), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°232 au para 212, 165-175, 211 [*Affaire Contreras*]. Voir aussi *Affaire Gelman (Uruguay)* (2011), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°221 aux paras 281-282 [*Affaire Gelman*]; Bernard Duhaime, « Les disparitions forcées », *supra* note 777.

922 Voir par ex Bruce Porter, « Canada: Systemic Claims and Remedial Diversity » dans Malcolm Langford, César Rodríguez-Garavito et Julieta Rossi, dir, *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance: Making it Stick*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 201 à la p 201; Louise Arbour, Haute-Commissaire des Nations Unies, « Libérer du besoin: de la charité à la justice », conférence LaFontaine-Baldwin 2005, 3 mars 2005, en ligne: [OHCHR <https://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=3004&LangID=E>](https://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=3004&LangID=E).

923 *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6.

924 Tel que les juges Sopinka, Cory et McLachlin avançaient dans leur motif concordant : « [d]ans le choix d'une réparation convenable en vertu de la Charte, la cour doit veiller avant tout à faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la Charte et à accorder aux victimes d'une atteinte à leurs droits la réparation qui permet le mieux d'atteindre cet objectif. » Dans le même sens, la Cour suprême affirme que « [l]es réparations constitutionnelles doivent encourager le gouvernement à tenir compte de l'opinion des minorités et de leurs intérêts. C'est ainsi que sera le mieux affirmé le principe de la démocratie, qui a été reconnu comme principe sous-jacent de la Constitution dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec, précité, et dont on a souligné l'importance en tant que considération en matière de réparation dans les arrêts Schachter et Vriend, précités. » Voir *Osborne c Canada (Conseil du Trésor)*, 1991 CanLII 60 (CSC), [1991] 2 RCS 69 à la p 104; et *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 1999 CanLII 687 (CSC), [1999] 2 RCS 203 au para 117.

925 *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62 aux para 55 et 59. Cité par *Canada (premier ministre) c Khadr*, 2010 CSC 3 au para 30; *Ontario c Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43 au para 67; *Fraser c Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28 au para 138; *Ontario (Procureur général) c G*, 2020 CSC 38 au para 144.

Puisque la *Charte* doit s'interpréter à la lumière des obligations internationales du Canada en matière des droits humains⁹²⁶, il semble tout à fait raisonnable de s'attendre que les tribunaux veillent à la mise en œuvre des droits humains au Canada, notamment en ordonnant des réparations qui soient basées dans les principes développés en droit international.

Toutefois, tel que le souligne Bruce Porter, « tension between remedies that are most familiar or appealing to courts because of their easy enforceability, and those which are more effective from the standpoint of the violations which claimants seek to remedy is very evident in Canada »⁹²⁷.

Les plaideurs.euses et les tribunaux canadiens semblent faire preuve d'une certaine « timidité » lorsqu'il s'agit de faire valoir des revendications en matière de droits humains ayant des implications complexes en matière de réparation ou de mise en œuvre, ce qui a eu pour effet de soustraire au contrôle judiciaire des violations flagrantes et d'ainsi refuser l'accès à la justice aux personnes les plus défavorisées de la société⁹²⁸.

Pourtant, la jurisprudence de la Cour suprême témoigne d'une grande créativité et variété dans les mesures de réparations pouvant être octroyées⁹²⁹.

Celle-ci a, par exemple : déclaré inconstitutionnelles des dispositions de façon immédiate ou suspendu l'effet d'une telle déclaration, tout en précisant à différents degrés ou même en élaborant des paramètres précis, les mesures devant être prises afin de corriger la situation; donné une interprétation large à des lois pour en étendre le champ d'application; reconnu la capacité pour les tribunaux de superviser ou de surveiller directement l'exécution de leurs jugements dans certaines circonstances; ordonné à des ministres des gouvernements FPT d'agir d'une certaine façon ou d'annuler certaines de leurs décisions; reconnu que la prévention de la discrimination systémique exige des sanctions à caractère systémique, dont l'adoption de programmes, de plans ou d'arrangements spéciaux pouvant imposer à une partie des mesures spéciales temporaires et permis aux tribunaux d'en effectuer le contrôle; et rendu un jugement déclaratoire à des fins de réconciliation, et afin de faciliter des négociations politiques⁹³⁰.

926 La Cour a depuis longtemps soutenu qu'il « faut présumer que la Charte accorde une protection *au moins* aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne. » Par ailleurs, le juge en chef Dickson et le juge Wilson, dissidents à l'époque et maintenant cités avec approbation par la Cour suprême du Canada, affirment que « les diverses sources du droit international des droits de la personne — les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières — doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quand il s'agit d'interpréter les dispositions de la Charte. » Dans le même sens, la Cour suprême a soutenu que : « [l]e législateur est présumé prendre en considération les obligations internationales du Canada, lesquelles militent en faveur d'une interprétation de l'intention du législateur qui soit conforme au droit international coutumier et conventionnel. » Par ailleurs, elle a aussi confirmé que : « les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient renseigner non seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la Charte, mais aussi sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article premier. » En ce qui concerne la coutume, « [i]l ne fait donc aucun doute que le droit international coutumier constitue également le droit du Canada. Pour reprendre les mots employés par la professeure Rosalyn Higgins, ancienne présidente de la Cour internationale de Justice : "Bref, il n'y a pas le 'droit international' d'un côté et la *common law* de l'autre. Le droit international fait partie de ce qui constitue la *common law* sur tout sujet donné". Le fait que le droit international coutumier fasse partie de notre *common law* signifie qu'il doit faire l'objet du même respect que tout autre droit. » Voir par ex *Health Services and Support -Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27 au para 70; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, 1987 CanLII 88 (CSC), [1987] 1 RCS 313, dissidence du juge en chef Dickson et du juge Wilson aux paras 57 et 59; *Michel c Graydon*, 2020 CSC 24 au para 103; *Slaight Communications Inc. c Davidson*, 1989 CanLII 92 (CSC), [1989] 1 RCS 1038 aux pp 1056-1057; *Newsun Resources Ltd. c Araya*, 2020 CSC 5 au para 95; *R c Keegstra*, 1990 CanLII 24 (CSC), [1990] 3 RCS 697 aux pp 750-791; États-Unis c Burns, 2001 CSC 7 aux paras 79-81 *Divito c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47 aux paras 22-23; *Saskatchewan Federation of Labour c Saskatchewan*, 2015 CSC 4 *Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54 au para 65; et *Inde c Badesha*, 2017 CSC 44 au para 38; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65 au para 182.

927 Bruce Porter, *supra* note 922 à la p 201.

928 Par exemple, dans la décision *R c Moise*, le tribunal s'exprime à l'effet que : « les remèdes justes et appropriés pour un profilage racial systémique seraient un remède systémique lequel serait difficilement plaidé devant cette Chambre criminelle et pénale de la Cour du Québec [...]. Un tel remède s'apparente aux principes de la justice réparatrice, la justice collaborative et la réconciliation. En l'espèce, une preuve ou une argumentation relative à la forme systémique du profilage racial n'a pas été présentée. » Voir *R c Moise*, 2017 QCCQ 598 au para 117. Voir par ex Louise Arbour, *supra* note 922; et Bruce Porter, *supra* note 922 aux pp 222-223.

929 Voir par ex Martha Jackman et Bruce Porter, « Canada: Socio-Economic Rights Under the Canadian Charter » dans Malcolm Langford, dir, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 209 aux pp 226-229.

930 Voir Bruce Porter, *supra* note 922. Voir par ex *CN c Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 1987 CanLII 109 (CSC), [1987] 1 RCS 1114; *R c Morgentaler*, 1988 CanLII 90 (CSC), [1988] 1 RCS 30; *Schachter c Canada*, 1992 CanLII 74 (CSC), [1992] 2 RCS 679; *Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 1997 CanLII 327 (CSC), [1997] 3 RCS 624; *Vriend c Alberta*, 1998 CanLII 816 (CSC), [1998] 1 RCS 493; États-Unis c Burns, 2001 CSC 7; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Laseur*, 2003 CSC 54; *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44; *Manitoba Metis Federation Inc. c Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14; *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5; *École secondaire Loyola c Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12;

Le fait, pour les gouvernements FPT, de reconnaître la nécessité pour les tribunaux d’octroyer des réparations conformes aux exigences de la *Charte* et qui s’inspirent du droit international pourrait rompre avec la « timidité » des tribunaux et des plaideurs. euses en envoyant un signal clair. Il appert que

*[j]udicial timidity about positive rights in Canada is often based on a misguided focus on the relationship between courts and legislatures which leaves out of the equation the rights claimants and the interests at stake. The expansion of a two-way “dialogue” between courts and legislatures into a broader engagement with democratic processes to ensure that rights claimants are heard is thus vital.*⁹³¹

Certes,

*l’adoption de la Charte a modifié la relation entre le législateur et les tribunaux, de même que leurs pouvoirs; [mais,] ils demeurent malgré tout « des partenaires et non des rivaux dans le processus global visant à rendre la justice pour la population dans le respect de la primauté du droit ». C’est pourquoi la relation entre les tribunaux et les assemblées législatives a été décrite comme un dialogue entre les branches de l’État*⁹³².

Les législatures peuvent ainsi prendre parole et répondre aux tribunaux de façon positive afin de les encourager à octroyer des réparations qui soient réellement justes et efficaces.

À cet effet, il est intéressant de citer en exemple la Colombie, où des lois ont été mises en œuvre dans le but, notamment, de créer des organismes visant à accorder des réparations aux victimes (de manière individuelle et collective), de rechercher les personnes disparues ou de régler des conflits territoriaux.

Cet exemple démontre bien comment l’État peut prendre des mesures novatrices qui visent à faciliter la réparation de violations du passé, sans obliger les victimes à devoir entreprendre des actions en justice – qui s’avèrent complexes – afin d’exiger ces réparations ou en demander l’exécution.

e) Reconnaître les droits des peuples autochtones et obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé afin de créer un cadre qui permet réellement de répondre aux exigences actuelles : apports jurisprudentiels mutuels

Aux vues de ce qui précède, et en particulier des besoins formulés lors des sondages, rencontres et événements nationaux, il importe d’explorer certaines pistes de solutions en matière de reconnaissance des droits des peuples autochtones au Canada, dont en ce qui a trait au droit à la consultation. Considérant les avis présentés par Anexa Brendalee Alfred Cunningham⁹³³, de même que par Ruth Vargas-Forman, Juan Segundo Pichún Collonao, Patricia Viera-Bravo⁹³⁴, relatés précédemment et portant sur les succès rencontrés par les peuples autochtones en ayant recours au droit interaméricain, il est proposé de comparer ci-après les standards juridiques canadiens et interaméricains dans le domaine, afin de faire ressortir les similitudes, mais aussi les écarts entre ceux-ci, comme l’a proposé Daniel Cerqueira⁹³⁵. Cette analyse permettra de mieux saisir comment l’adhésion au Système interaméricain pourrait être bénéfique pour ceux-là, en ce que la *Convention américaine* semble fournir une protection complémentaire et parfois plus avantageuse que le droit canadien⁹³⁶, entre autres en ce qui a trait au droit à la personnalité juridique, aux droits fonciers, au droit à la consultation et aux réparations.

931 Bruce Porter, *supra* note 922 à la p 250.

932 *R c Chouhan*, 2021 CSC 26 au para 134.

933 Alfred Cunningham, *supra* note 89.

934 Vargas-Forman et al., *supra* note 93.

935 Cerqueira, *supra* note 77.

936 Voir par ex Sara Gold, *supra* note 80

En Amérique latine, de nombreux pays reconnaissent les droits des peuples autochtones dans leur constitution⁹³⁷, dont l'Équateur, la Bolivie et El Salvador qui ont amendé leur constitution, afin de respecter la DNUDPA⁹³⁸. De la même manière, le Système interaméricain possède aussi des standards élevés à ce sujet⁹³⁹. Rappelons d'abord que la jurisprudence riche et progressiste en matière de droits humains⁹⁴⁰ de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme est reconnue et reprise par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que par les rapporteurs spéciaux de l'ONU, qui évoquent abondamment cette jurisprudence⁹⁴¹, y compris en ce qui a trait aux droits des peuples autochtones⁹⁴². Le Système interaméricain prévoit, en effet, plusieurs instruments et institutions qui protègent les droits des peuples autochtones, dont le Bureau du rapporteur sur les droits des peuples autochtones, qui fut le premier bureau de rapporteur thématique sur le sujet établi en 1990⁹⁴³, et récemment, la *Déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, adoptée en juin 2016⁹⁴⁴.

Il est également intéressant d'étudier la jurisprudence de la Cour interaméricaine en matière de droits des peuples autochtones, puisque les standards développés par celle-ci permettent de mieux comprendre la situation des droits humains au Canada et d'assurer une meilleure protection des Canadien.nes⁹⁴⁵. Certaines questions concernant les droits des peuples autochtones n'ont pas été abordées au Canada, alors que la Cour IDH a développé une jurisprudence de plus en plus étendue sur le sujet, entre autres en matière de réparations⁹⁴⁶.

i. *Personnalité juridique et identité culturelle*

La *Convention américaine* reconnaît à son article 3 le droit à la personnalité juridique. Ainsi, en 2007, dans l'affaire *Saramaka*, la Cour IDH a reconnu que cet article protégeait les peuples autochtones en tant que des communautés avec une personnalité juridique collective. Ce droit à la personnalité juridique est primordial, puisqu'il permet subséquemment aux nations autochtones de jouir de leur droit à la propriété, de se prévaloir de tribunaux pour contester les violations alléguées et, ultérieurement, d'être protégées par les droits conférés par la *Convention*⁹⁴⁷.

De ce fait, la Cour a confirmé que l'État avait le devoir d'établir les mesures juridiques et administratives, afin de donner la possibilité de reconnaître la personnalité juridique des peuples autochtones, tout en respectant leurs coutumes et traditions⁹⁴⁸.

937 Voir, entre autres, le rapport AGNU, «Droit des peuples autochtones» 72^e sess, A/72/186, 21 juillet 2017, se référant aux constitutions de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de l'Équateur, du Guatemala, du Mexique, du Nicaragua, du Panama, du Paraguay, du Pérou et du Venezuela.

938 *Ibid* au para 26.

939 Voir Bellier, *supra* note 289 à la p 160.

940 Mariana Balcorta et Pierre-Gilles Bélanger, «Le droit de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : une obligation moderne pour le Canada» (2019) 49 *Hors-Série RGD* 85 à la p 85.

941 Irène Bellier, *supra* note 289 à la p 158.

942 La Cour interaméricaine fournit une jurisprudence riche et progressiste en matière de droits des peuples autochtones, entre autres puisqu'elle utilise deux principes d'interprétation fort intéressants et dynamiques. Le premier est le référencement croisé. Cette technique consiste à référer à un instrument ou à une jurisprudence qui sont étrangers au Système interaméricain. Ainsi, la Cour peut se baser sur des principes innovants sans limitation géographique. Le deuxième principe d'interprétation est celui prévu par l'article 29 b) de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* qui affirme qu'aucune disposition de la *Convention* ne doit être interprétée comme restreignant la jouissance d'un droit. Voir *ibid*. Voir aussi Duhaime et Ouellet-Décoste, «De Genève à San José», *supra* note 55.

943 *DADPA*, *supra* note 308.

944 *Ibid*.

945 Duhaime, «Dix raisons», *supra* note 376.

946 Voir Section 6 f iv), *infra*.

947 *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 aux para 167-175. Voir aussi, plus récemment, *Affaire Kalina et Lokono*, *supra* note 55; *Avis consultatif 22/16*, *supra* note 744. Voir, plus généralement, Christopher Campbell-Durufflé, «The right to juridical personality of arbitrarily detained and unidentified migrants after the case of the Guayubín massacre» dans Bernard Duhaime et Christopher Campbell-Durufflé, dir, «Defending the Human Rights of Migrants in the Americas: The Nadège Dorzema et al v Dominican Republic Case», (2013) Numéro spécial de la RQDI 2013 430.

948 *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 au para 174.

La *Loi constitutionnelle de 1982*, quant à elle, ne reconnaît pas comme tel le droit à la personnalité juridique. Selon l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*, les bandes ont une personnalité juridique. Cela fait en sorte que «les bandes peuvent ester en justice en leur propre nom»⁹⁴⁹.

De plus, l'article 6 de la *Loi sur les Indiens* énonce les conditions pour être reconnu comme «Indien». De même, l'article 17 de la *Loi sur les Indiens* donne les conditions pour constituer une bande indienne. Les critères pour constituer une communauté avec une personnalité juridique semblent assez restrictifs. Selon Ghislain Otis, la personnalité juridique est une «protection “du droit le plus faible” contre l'acculturation»⁹⁵⁰. Ainsi, le pluralisme juridique découlant de cette personnalisation des populations permet aux populations marginalisées de jouir de certains particularismes⁹⁵¹. Selon l'auteur, cela constitue aussi une ouverture vers la véritable autonomie personnelle et culturelle qui pourrait se traduire par une autonomie gouvernementale⁹⁵².

Alors que le droit à l'autonomie gouvernementale n'a jamais été reconnu par la Cour suprême du Canada⁹⁵³, même de manière limitée⁹⁵⁴, la *Déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, adoptée en 2016, consacre un article au droit à l'autonomie et à l'autogouvernement⁹⁵⁵.

En effet, le paragraphe 1 de l'article XXI édicte que : «Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes»⁹⁵⁶.

En ce qui a trait à l'identité culturelle, aucun article de la *Convention américaine* ne protège ce droit explicitement. Toutefois, la jurisprudence de la Cour IDH à cet égard est bien développée. Dans la décision phare *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua*, la Cour avait promulgué le principe directeur de la relation privilégiée des peuples autochtones avec leur territoire et avait reconnu que le territoire devait être compris comme une partie intégrante de leur culture, religion et survie⁹⁵⁷.

En 2005, dans l'affaire *Yakye Axa Indigenous Community c. Paraguay*, la Cour a insisté sur le fait que la relation étroite des autochtones avec le territoire était directement liée à leur identité culturelle :

*The culture of the members of the indigenous communities directly relates to a specific way of being, seeing, and acting in the world, developed on the basis of their close relationship with their traditional territories and the resources therein, not only because they are their main means of subsistence, but also because they are part of their worldview, their religiosity, and therefore, of their cultural identity.*⁹⁵⁸

En 2006, dans l'affaire *Sawhoyamaxa Indigenous Community c. Paraguay*, le Juge A.A. Cançado Trindade a défini ce qu'était l'identité culturelle et en quoi les disparitions et déplacements forcés mettaient à risque l'identité culturelle des communautés autochtones.

949 *Bande indienne de Montana c. Canada*, [1998] 2 CF 3.

950 Ghislain Otis, «Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone» (2006) 47:4 C de D à la p 788.

951 *Ibid* citant Norbert Rouland, «Acculturation juridique» dans D Alland et S Rials, dir, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France 2003, à la p 4.

952 Otis, *supra* note 950

953 Par contre voir la décision récente de la Cour d'Appel du Québec dans *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, où la Cour reconnaît que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* doit être interprété comme incluant certains aspects du droit à l'autonomie gouvernementale.

954 *R c. Pamajewon*, [1996] 2 RCS 821, au para 27.

955 La CA du Québec 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* a indiqué à ce propos : «On notera que cette interprétation de l'art. 35, relative au droit à l'autonomie gouvernementale, paraît tout à fait conforme aux principes qu'énonce la Déclaration des Nations Unies.»

956 *DADPA*, *supra* note 308.

957 *Affaire Awas Tingni*, *supra* note 90 au para 149.

958 *Affaire Yakye Axa*, *supra* note 55 au para 135.

Pour lui, il s'agit d'une identité formée au fil du temps, en lien avec le développement historique de la vie communautaire. L'identité culturelle est un élément au droit à la vie, dans un sens plus large⁹⁵⁹. Le Juge va plus loin en définissant l'identité culturelle pour les peuples autochtones : « [a]s regards members of indigenous communities, cultural identity is closely linked to their ancestral lands. If they are deprived of them, by means of forced displacement, it seriously affects their cultural identity, and finally, their very right to life *lato sensu*, that is, the right to life of each and every member of each community »⁹⁶⁰.

De même, dans l'affaire *Chitay Nech et al. c. Guatemala*, la Cour IDH a constaté que de tels déplacements forcés provoquaient une rupture entre les peuples autochtones et leur identité culturelle⁹⁶¹.

De même, dans l'affaire des *Peuples Kaliña et Lokono c. Suriname*, en 2015, elle a reconnu que l'absence de processus consultatifs en l'espèce violait le droit à la propriété collective, le droit à la participation aux affaires publiques des victimes, ainsi que leur « droit à l'identité culturelle »⁹⁶². Quoique ce concept n'apparaisse pas explicitement dans la *Convention*, il est reconnu implicitement à même le droit à la propriété et le droit à la participation politique des peuples autochtones⁹⁶³. De la même façon, dans *Kichwa Indigenous People of Sarayaku c. Équateur*, la Cour a reconnu en 2012 que « the right to cultural identity is a fundamental right – and one of a collective nature – of the indigenous communities, which should be respected in a multicultural, pluralistic and democratic society »⁹⁶⁴.

Dans l'affaire *López Álvarez c. Honduras*, le tribunal interaméricain indiqua que « the mother tongue represent[ed] an element of identity of Mr. Alfredo López Álvarez as a Garifuna and is the language spoken by the minority group he belongs to. In this way, the prohibition affected his personal dignity as a member of that community »⁹⁶⁵.

De l'avis de la Cour, l'interdiction de parler sa langue traditionnelle en prison était d'autant plus grave que la langue maternelle représentait un élément d'identité de M. Alfredo López Álvarez en tant que Garifuna, qui est aussi la langue parlée par le groupe minoritaire auquel il appartient. Ainsi, l'interdiction porte atteinte à sa dignité personnelle en tant que membre de cette communauté. La Cour a déclaré que les États doivent évaluer les éléments qui différencient la communauté autochtone du reste de la population en termes de protection de leurs identités culturelles. Selon la Cour, « la langue est l'un des éléments les plus importants de l'identité de tout peuple, précisément parce qu'elle assure l'expression, la diffusion et la transmission de sa culture »⁹⁶⁶.

De même, la Cour a décidé, dans l'affaire *Yatama c. Nicaragua*, qu'il était contraire à l'article 23 de la CADH (droit de participer à la vie politique) d'exiger d'une association de défense du droit des peuples autochtones de se constituer formellement en parti politique pour participer aux élections municipales, puisque cette exigence n'était pas conforme avec les valeurs, pratiques, coutumes et formes d'organisations du peuple en question⁹⁶⁷.

Enfin dans son *Avis No 22* portant sur les droits des personnes morales – et comme elle l'avait fait dans l'affaire *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku* – la Cour a indiqué que les communautés autochtones, en tant qu'entités, détiennent certains droits humains distincts de ceux de leurs membres, et peuvent donc se présenter devant la CIDH ou la Cour IDH afin de défendre ceux-là et ceux de leurs membres⁹⁶⁸.

En somme, l'identité culturelle des peuples autochtones est un droit fondamental et reconnu par la Cour IDH. C'est un droit qui découle du droit de la propriété, du droit à la vie et du droit à la participation aux affaires publiques.

959 *Affaire Sawhoyamaya*, *supra* note 55, opinion individuelle du juge A.A. Cançado Trindade au para 28.

960 *Ibid.*

961 *Affaire Chitay Nech*, *supra* note 583 au para 146.

962 *Affaire Kalina et Lokono*, *supra* note 55.

963 Bernard Duhaime et Élise Hansbury, « Les développements en droit interaméricain pour l'année 2015 » (2016) 53 ACIDI aux pp 348-349.

964 *Affaire Sarayaku*, *supra* note 55 au para 217.

965 *Affaire López-Álvarez* (Honduras) (2006), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 141 au para 169.

966 *Ibid* aux para 169-171.

967 *Affaire Yatama*, *supra* note 748 au para 225. Voir à ce sujet Bernard Duhaime et Andréanne Thibault, « Contestation sociale, liberté de réunion pacifique et d'association: quelles leçons tirer des expériences interaméricaines? » (2020) 57 ACIDI 113.

968 *Avis consultatif 22/16*, *supra* note 744 au para 84.

De plus, cette identité culturelle est considérée du point de vue autochtone uniquement, selon leurs coutumes et visions cosmologiques. Rappelons que la *Déclaration américaine des droits des peuples autochtones* consacre toute sa troisième section à l'identité culturelle. Sept articles réaffirment la protection que les États doivent garantir afin de protéger l'identité culturelle des peuples autochtones, reflétant ainsi les principes édictés dans les décisions *Yakye Axa Indigenous Community* et *Kichwa Indigenous People of Sarayaku*⁹⁶⁹.

La protection accordée à l'identité culturelle est bien différente en droit canadien. Alors que la Cour IDH considère l'identité culturelle comme sous-jacente aux autres droits, mais aussi comme étant la prémisse de ces mêmes droits, la Cour suprême du Canada a forgé un concept de l'identité culturelle basé sur la culture distinctive des populations autochtones⁹⁷⁰.

En effet, les droits ancestraux concernés par la *LC1982* protègent l'identité culturelle. Dans sa décision *R. c. Van der Peet*, la Cour suprême indiquait en 1996 que « pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question »⁹⁷¹. Le tribunal a énoncé plusieurs facteurs à prendre en considération lors de l'examen de ce droit. Il faut premièrement que ce droit soit compatible avec le point de vue des autochtones, mais également, avec le système juridique canadien. Il faut, en outre, que la pratique, la coutume ou la tradition ait une importance fondamentale pour la société autochtone concernée et qu'elle soit distinctive par rapport aux pratiques des autres sociétés. Finalement, ce droit doit être apparu avant la rencontre avec les Européens.

La Cour précise à ce sujet que ce droit doit être actuel, soit exister lors de sa revendication, et doit marquer la continuité avec les traditions de l'époque précoloniale⁹⁷². Par ailleurs, dans l'arrêt *R. c. Powley*, la Cour suprême indiquait en 2003 qu'il importe de considérer la dimension collective des droits ancestraux⁹⁷³.

À propos des origines des droits ancestraux, le Juge en chef Lamer indiquait dans *R. c. Van der Peet* que

*quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles C'est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique — et maintenant constitutionnel — particulier*⁹⁷⁴.

Ainsi, le paragraphe 35(1) vise à permettre la reconnaissance des sociétés distinctes que sont les peuples autochtones, et à concilier la préexistence de ces peuples et l'État canadien. Les droits ancestraux sont donc reconnus du fait de l'autochtonie des communautés⁹⁷⁵.

Si la *LC1982* et son article 35 ont pu ouvrir la porte à des contestations judiciaires de la part des nations autochtones, plusieurs critiques ont surgi après la définition des droits ancestraux offerte par la décision *R. c. Van der Peet*⁹⁷⁶. Une de celles-ci porte sur l'interprétation essentialiste des droits des peuples autochtones, c'est-à-dire une interprétation qui folklorise les cultures autochtones en les figeant dans des stéréotypes fondés sur des visions statiques et

969 Par exemple, l'article XIX prévoit le droit à la protection de l'environnement salubre. Son paragraphe 1 énonce : « Les peuples autochtones ont le droit de vivre en harmonie avec la nature et de jouir d'un environnement salubre, sûr et durable ainsi que de conditions essentielles au plein exercice du droit à la vie, à leur propre spiritualité, à leur propre vision cosmique et à leur bien-être collectif ». *DADPA*, *supra* note 308.

970 *Sparrow*, *supra* note 56.

971 *Van der Peet*, *supra* note 65.

972 *Ibid.*

973 *R. c. Powley*, [2003] 2 RCS 207 au para 24.

974 *Van der Peet*, *supra* note 65.

975 *Ibid.*

976 Voir par ex Avigail Eisenberg, « À la défense des droits culturels : Réponse à Jean Leclair » (2011) 41:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 112; Ghislain Otis, « Identitarisme, droits ancestraux et néocolonialisme » (2011) 41:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 115; Jean Leclair, « Penser le Canada dans un monde désenchanté : Réflexions sur le fédéralisme, le nationalisme et la différence autochtone » (2016) 25:1 *Constitutional Forum* 1.

nostalgies de l'identité des peuples⁹⁷⁷. Le professeur Jean Leclair, pour sa part, considère que la doctrine des droits ancestraux telle que définie par *R.c. Van der Peet* « embaum[e] leur identité dans leurs parures de guerre et les mocassins du 17^e siècle »⁹⁷⁸.

Cette idée avait par ailleurs été évoquée dans la dissidence de la juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Van der Peet*. Cette dernière avait proposé la méthode fondée sur le « caractère dynamique des droits » pour déterminer la période nécessaire pendant laquelle une activité avait été pratiquée pour être reconnue comme un droit ancestral⁹⁷⁹. Cette méthode proposait de mettre l'accent sur la pertinence contemporaine des droits ancestraux par rapport aux besoins des peuples autochtones.

Une autre critique formulée à ce sujet porte sur la détermination de la souveraineté britannique comme point tournant pour la culture autochtone. En effet, dans *R. c. Van der Peet*, le juge Lamer a considéré que la souveraineté britannique a été le point tournant pour les traditions autochtones, puisque celle-ci devait être préservée et les droits autochtones devaient être « conciliés » avec le système juridique canadien. Or, la juge L'Heureux-Dubé indiquait, dans sa dissidence, que cette vision : « exagère l'incidence de l'influence européenne sur les collectivités autochtones, cristallise les pratiques autochtones à une date arbitraire et, sur le plan de la preuve, impose aux autochtones un fardeau lourd que ne permet pas d'atténuer l'assouplissement des normes de preuve »⁹⁸⁰.

Ainsi, la professeure Avigail Eisenberg en vient à la conclusion qu'en utilisant le critère du précontact des Européens dans *R. c. Van der Peet*, la CSC a préconisé la préservation de la souveraineté canadienne comme critère fondamental d'interprétation des droits des autochtones, au détriment de la culture des peuples autochtones⁹⁸¹.

Finalement, en utilisant le critère de la « culture autochtone distinctive », la Cour suprême a forcé la distinction entre les traditions autochtones et les traditions allochtones. À ce sujet, Leclair indique : « Comment échapper à ces conceptualisations qui induisent une dynamique d'opposition et de conflit, qui appauvrissent le débat en dépeignant la complexité de nos identités respectives en termes binaires et simplistes, qui nous obligent à distinguer entre le Québécois ou l'Autochtone "authentiques" »⁹⁸²? La Juge L'Heureux-Dubé avait aussi critiqué cette différenciation forcée. « Ce qui constitue une coutume, pratique ou tradition distinctive pour une culture et une société autochtone doit être examiné avec les yeux des autochtones »⁹⁸³.

ii. Droits fonciers

Pour mieux comparer les protections accordées aux droits de propriété des peuples autochtones par les régimes interaméricain et canadien, il est proposé d'aborder les origines de ces droits, leur détermination, leurs attributs et d'aborder les obligations de l'État en la matière.

- Origines

En droit interaméricain, le droit de propriété est garanti par l'article 21 de la *Convention américaine*. Dans *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua*, dictée en 2001, la Cour interaméricaine a reconnu pour la première fois le droit au territoire et à la propriété traditionnelle des peuples autochtones. L'article 21 était auparavant compris comme une disposition protégeant le droit de propriété individuelle.

977 Eisenberg, *supra* note 976 à la p 112.

978 Leclair, *supra* note 976 à la p 6.

979 *Van der Peet*, *supra* note 65.

980 *Ibid.*

981 Eisenberg, *supra* note 976 à la p 114.

982 Leclair, *supra* note 976 à la p 6.

983 *Van der Peet*, *supra* note 65.

Toutefois, grâce à l'article 29b de la *Convention* et l'interprétation large et évolutive qu'il commande, la Cour a conclu que l'article 21 de la *Convention* devait être interprété comme protégeant également le droit aux membres de communautés autochtones d'avoir une propriété collective⁹⁸⁴.

En droit canadien, la *Charte canadienne* ne protège pas explicitement le droit à la propriété. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, principal instrument de protection des droits humains ratifié par le Canada, ne garantit pas ce droit explicitement non plus⁹⁸⁵.

Cela étant dit, la propriété autochtone est protégée par les titres ancestraux. Le titre ancestral a été reconnu par l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* en 1887⁹⁸⁶, puis confirmé par la Cour Suprême du Canada en 1973 comme titre « indien », soit un titre ancestral qui n'était pas codifié dans la *Proclamation royale de 1763* ou dans une autre loi, mais historiquement valide⁹⁸⁷. En tant que sous-catégorie d'un droit ancestral, le titre ancestral est, depuis 1982, garanti constitutionnellement par le paragraphe 35(1) de la *LC1982*. Ces titres ancestraux protègent les territoires occupés par les peuples autochtones avant la souveraineté proclamée des Européens⁹⁸⁸.

- Détermination du droit foncier

Selon la **jurisprudence de la Cour IDH**, la possession traditionnelle des peuples autochtones sur leurs terres équivaut au titre de pleine propriété. Par conséquent, même si le peuple autochtone n'a pas de titre de propriété, la simple possession peut suffire pour permettre une reconnaissance officielle du territoire⁹⁸⁹.

Selon la Cour IDH, la possession du territoire n'est pas une simple question de contrôle et de production, mais également un élément matériel et spirituel dont les communautés peuvent jouir, afin de préserver leur héritage culturel et le transmettre aux générations futures. Elle indiquait en effet dans l'affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* : « Indigenous groups, by the fact of their very existence, have the right to live freely in their own territory; the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival »⁹⁹⁰.

De plus, les membres des peuples autochtones qui, pour des motifs involontaires, ont perdu la possession de leurs terres traditionnelles, maintiennent le droit de propriété sur celles-ci, malgré l'absence de titre juridiquement reconnu en droit interne⁹⁹¹, et ont donc le droit de les récupérer ou d'obtenir des terres de même grandeur et qualité⁹⁹².

Au Canada, la reconnaissance d'un territoire autochtone est indubitablement plus complexe. Pour faire valoir un titre ancestral, la communauté autochtone doit obtenir un jugement déclaratoire. Ces jugements sont rendus par les tribunaux de la province, puisque la reconnaissance du titre ancestral a un impact sur le territoire de la province⁹⁹³.

984 De ce fait, il y a une forme collective de possession et le titre de propriétaire n'est pas attaché à un individu, mais plutôt sur le groupe et sa communauté : *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community (Nicaragua)* (2001) Cour IDH (Sér C) n°79, au para 148. Duhaime et Ouellet-Décoste, « De Genève à San José », *supra* note 55.

985 Duhaime, « Dix raisons », *supra* note 376 à la p 270.

986 *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. R.*, (1887) 13 SCR 577.

987 *Calder et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] RCS 313 à la p 328.

988 *Ibid* à la p 402.

989 *Affaire Sawhoyamaya*, *supra* note 55 au para 127; *Affaire Awas Tingni*, *supra* note 90 au para 151.

990 *Affaire Awas Tingni*, *supra* note 90 au para 149; *Affaire Punta Piedra*, *supra* note 55 au para 166; *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 au para 90; *Affaire Sawhoyamaya*, *supra* note 55 au para 118; *Affaire Yakye Axa*, *supra* note 55 au para 131.

991 *Affaire Sawhoyamaya*, *supra* note 55 au para 127; *Affaire Xucuru*, *supra* note 55 au para 117.

992 *Affaire Sawhoyamaya*, *supra* note 55 au para 127; *Affaire Awas Tingni*, *supra* note 90 au para 163; *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 au para 127.

993 *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashauumuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, para 72. Et *Innus de Uashat Mak Manu-Utenam c. Canada*, 2015 CF 687.

Par après, ce sera à la Cour fédérale, qui n'est pas compétente pour reconnaître des droits ancestraux⁹⁹⁴, de juger si la Couronne a bien rempli ses obligations découlant de ses droits ancestraux⁹⁹⁵.

Un titre ancestral est un droit de propriété qui n'a pas été cédé par un accord, un traité ou qui n'a pas été codifié par la *Proclamation royale de 1763*⁹⁹⁶. En 1997, la décision *Delgamuukw* de la CSC a énoncé les trois critères pour établir un titre ancestral, soit : l'occupation suffisante du territoire avant l'affirmation de la souveraineté européenne⁹⁹⁷; la continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation préeuropéenne⁹⁹⁸ et l'exclusivité de l'occupation au moment de l'affirmation de la souveraineté⁹⁹⁹.

En somme, le critère de la propriété des peuples autochtones selon la Cour IDH est la possession traditionnelle. Cette possession est reliée à l'existence même du peuple autochtone, sa survie économique et culturelle.

Pour sa part, la **jurisprudence canadienne** prévoit que le titre ancestral doit être confirmé par un jugement déclaratoire, qui est rendu s'il y a la preuve d'une occupation suffisante, continue et exclusive, et ce, avant la déclaration de la souveraineté européenne jusqu'à aujourd'hui.

- *Attributs du droit foncier*

La Cour IDH voit la propriété collective des autochtones comme un droit de propriété absolu, au même titre que la propriété individuelle¹⁰⁰⁰. En 2005, dans sa décision *Yakye Axa*, la Cour a énoncé que ce droit inclut le territoire lui-même, ainsi que les ressources naturelles associées à la culture et les éléments immatériels qui en découlent¹⁰⁰¹. Les ressources naturelles visées sont autant les ressources renouvelables que non renouvelables¹⁰⁰². À ce sujet, dans sa décision *Saramaka*, la Cour conclut que « members of tribal and indigenous communities have the right to own the natural resources they have traditionally used within their territory for the same reasons that they have a right to own the land they have traditionally used and occupied for centuries. Without them, the very physical and cultural survival of such peoples is at stake »¹⁰⁰³.

Ainsi, les peuples autochtones peuvent utiliser et contrôler les ressources naturelles qui font l'objet d'une utilisation traditionnelle, qui se retrouvent sur leur territoire et qui sont nécessaires à leur survie, leur développement et à la continuation de leur style de vie¹⁰⁰⁴.

Les attributs du titre ancestral au **Canada** ont été décrits dans l'arrêt *Delgamuukw c. Canada* en 1997, alors appelé le « titre aborigène ». D'abord, ce n'est pas un droit de propriété absolu, puisqu'il est inaliénable. Cela dit, les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent être cédées ou vendues qu'à la Couronne¹⁰⁰⁵. En outre, ce titre

994 *Côté c. Canada*, 2016 CF 296.

995 *Innus de Uashat Mak Manu-Utenam c. Canada*, 2015 CF 687.

996 *Calder et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] RCS 313, à la p 328.

997 Selon la décision *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, cela désigne une occupation régulière du territoire. Le groupe autochtone doit prouver qu'il a toujours informé les tiers qu'il possédait ce territoire pour ses propres besoins. *Tsilhqot'in*, *supra* note 121 au para 37.

998 Il ne doit pas s'agir nécessairement d'une « continuité parfaite », mais un maintien substantiel du lien entre le peuple et le territoire. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, au para 65; *Delgamuukw*, *supra* note 56 au para 153. Selon la décision *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, l'occupation continue signifie « l'occupation actuelle doit tirer son origine de l'époque antérieure à l'affirmation de la souveraineté ». *Tsilhqot'in*, *supra* note 121.

999 *Delgamuukw*, *supra* note 56 au para 143. Selon *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, cela se comprend au sens de l'intention d'avoir le contrôle et la capacité de contrôler le territoire. *Tsilhqot'in*, *supra* note 121 au para 48.

1000 *Affaire Awns Tingni*, *supra* note 90 au para 148.

1001 *Affaire Yakye Axa*, *supra* note 55 au para 137; confirmé par *Affaire Sawhoyamaya*, *supra* note 55 au para 118.

1002 *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 au para 118.

1003 *Ibid* au para 121 [emphasis ajoutée].

1004 *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 aux paras 121-122; *Affaire Kuna de Madungandi*, *supra* note 55 au para 112.

1005 *Delgamuukw*, *supra* note 56 au para 113.

n'est « rien de plus qu'une autorisation d'utiliser et d'occuper les terres visées et qui ne peut pas concurrencer sur un pied d'égalité d'autres droits de propriété »¹⁰⁰⁶. Enfin, le titre aborigène est détenu collectivement¹⁰⁰⁷.

Pour ce qui est des caractéristiques du titre ancestral, la Cour suprême du Canada dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique* de 2014 a brossé un portrait complet des attributs du titre. Ainsi, la Juge McLaughlin a énuméré les droits de propriété comme : « le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive »¹⁰⁰⁸.

Si la décision *Delgamuukw* évoquait que les ressources naturelles pouvaient être utilisées seulement si elles faisaient partie de l'utilisation traditionnelle des terres, la décision *Nation Tsilhqot'in* semble avoir renversé ce critère en déclarant que les utilisations de la terre ne se limitaient pas aux utilisations et coutumes antérieures. Ainsi, les titulaires du titre ancestral peuvent utiliser leurs terres de façon moderne¹⁰⁰⁹. La seule restriction à cette utilisation est sa nature collective et sa nature prospective, en ce qu'elle doit être préservée pour les générations futures.

Qui plus est, la juge McLachlin a indiqué que le titre ancestral confère, en plus de l'utilisation et de l'occupation du territoire, le droit de contrôler le territoire. C'est sur cette base que se fonde l'obligation de l'État d'obtenir le consentement des groupes autochtones lorsqu'il est question de porter atteinte ou d'affecter leur titre ancestral. Si la communauté ne consent pas, le seul recours du gouvernement est de démontrer l'existence d'une justification pour cette atteinte qui est conforme à l'article 35 de la *LC1982*¹⁰¹⁰.

Ainsi, la gestion et la jouissance des terres, ou l'usus et le fructus, sont laissés aux peuples autochtones, mais le droit de propriété et le droit de disposer de la chose, l'abusus, reste à la Couronne.

- Obligations de l'État

Dans sa décision *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentine*, rendue en février 2020, la Cour IDH a détaillé son interprétation des obligations de l'État en lien avec les territoires ancestraux autochtones. Elle prescrit ainsi trois devoirs de l'État afin d'assurer la propriété effective des peuples autochtones : (1) délimiter les territoires autochtones et octroyer le titre collectif de la propriété aux communautés¹⁰¹¹; (2) s'abstenir de poser des gestes qui affecteraient l'existence, la valeur, l'usage ou la jouissance du territoire; et (3) garantir aux peuples autochtones le contrôle de leur territoire et des ressources naturelles et garantir qu'ils seront propriétaires de leur territoire sans aucun type d'interférence de tiers¹⁰¹².

De plus, l'État a l'obligation positive d'assurer des conditions de vie compatibles avec la dignité des individus, notamment les populations placées en situation de vulnérabilité, dont les communautés autochtones¹⁰¹³.

1006 *Ibid.*

1007 *Ibid* au para 115.

1008 *Tsilhqot'in*, *supra* note 121 au para 73.

1009 *Ibid* au para 75.

1010 *Ibid* au para 76.

1011 Voir aussi *Affaire Awas Tingni*, *supra* note 90 au para 153; *Affaire Kuna de Madungandí*, *supra* note 55 au para 119. L'État doit également adopter des mesures législatives et administratives nécessaires pour créer un mécanisme effectif de délimitation, démarcation et attribution de titre qui reconnaît tels droits dans la pratique. En vertu de la conjonction des articles 2, 8, 21 et 25 de la Convention, les États doivent prévoir dans leur droit interne les processus adaptés pour rendre viables les réclamations territoriales autochtones.

1012 *Affaire Lhaka Honhat*, *supra* note 288 au para 98. Voir aussi *Affaire Xucuru*, *supra* note 55 au para 117.

1013 *Affaire Yakyé Axa*, *supra* note 55 au para 162.

Selon la professeure Sophie Thériault, le droit à la vie protégé par l'article 4(1) de la *Convention* doit se comprendre comme incluant un environnement de qualité suffisant pour permettre une existence digne¹⁰¹⁴, une idée également développée par le Pr Thomas Antkowiak¹⁰¹⁵.

Le droit de propriété peut toutefois être limité par l'État. Cette restriction est inscrite à même l'article 21 de la *Convention américaine* :

1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social.
2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi. [Nos soulignements]

Ainsi, l'État pourrait exploiter une ressource naturelle située sur une terre grevée d'un titre de propriété au nom d'une nation autochtone. Toutefois, cette restriction doit être établie par la loi, être nécessaire et proportionnelle, et elle doit viser la réalisation d'un objectif légitime dans une société démocratique¹⁰¹⁶. L'État doit également s'assurer que les restrictions imposées à la jouissance des droits fonciers ne menacent pas entre autres la survie physique et culturelle de la nation autochtone touchée¹⁰¹⁷.

Dans la **jurisprudence canadienne**, la relation des peuples autochtones avec la Couronne tient de la relation fiduciaire que celle-ci entretient avec eux, et qui se concrétise à plusieurs niveaux. D'une part, c'est l'État qui administre les terres au profit des peuples autochtones¹⁰¹⁸. D'autre part, les communautés autochtones ne peuvent aliéner les terres à un tiers¹⁰¹⁹. Enfin, le manquement à une obligation fiduciaire par la Couronne mène à une indemnisation en faveur du peuple touché¹⁰²⁰.

En raison de cette obligation fiduciaire, le gouvernement ne peut pas restreindre le titre ancestral, sauf si la nation consent ou si cette restriction est justifiée conformément à la jurisprudence développée dans l'arrêt *Sparrow* de la Cour suprême du Canada. Cette justification comporte deux critères. En premier lieu, le gouvernement canadien doit « agir d'une manière qui respecte le fait que le titre ancestral est un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures »¹⁰²¹. En deuxième lieu, la justification invoquée par la Couronne doit se conformer au principe de proportionnalité¹⁰²².

En outre, la Couronne, en tant que fiduciaire, a des obligations additionnelles : « loyauté, bonne foi, communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et devoir d'agir de façon raisonnable et diligente dans l'intérêt du bénéficiaire de l'obligation »¹⁰²³.

À cet égard, il s'avère nécessaire de préciser que l'article 35(1) ne fait pas partie de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰²⁴, et que le libellé de cet article ne prévoit pas que les droits des peuples autochtones puissent être restreints

1014 Sophie Thériault, « Justice environnementale et peuples autochtones : les possibilités et les limites de la jurisprudence de la cour interaméricaine des droits de l'homme » (2015) Hors-Série RQDI à la p 135.

1015 Antkowiak, Thomas M., « A 'Dignified Life' and the Resurgence of Social Rights » (2020) 18:1 Nw U J Intl Hum Rts. Voir aussi Thomas M. Antkowiak, « Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court » (2014) 35:1 U Pa J Intl L. Voir aussi Duhaime et Hansbury, « Les DESC », *supra* note 288.

1016 *Affaire Yakye Axa*, *supra* note 55 au para 144; *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 au para 127.

1017 *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 au para 128.

1018 *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, à la p 384. Cette obligation est codifiée au paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté ».

1019 *Ibid* à la p 376.

1020 *Delgamuukw*, *supra* note 56 au para 169.

1021 *Tsilhqot'in*, *supra* note 56 au para 86.

1022 *Ibid* au para 87.

1023 *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, au para 94.

1024 *Sparrow*, *supra* note 56 aux pp 1103, 1109.

ou limités d'une quelconque façon. Une lecture qui aurait reconnu que cet article consacre des droits juridictionnels aux peuples autochtones dans une relation de nation à nation, aurait pu alors reconnaître leur droit à la libre détermination et autogouvernance.

C'est d'ailleurs exactement la posture que la Cour d'Appel du Québec a adoptée en 2022 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 (QCCA 185)*, où celle-ci indiquait «Ce droit à l'autonomie gouvernementale est visé par l'art. 35 puisqu'il s'agit d'une forme de droit ancestral. Il est générique et il s'étend à tous les peuples autochtones, car il est intimement lié à leur continuité et leur survie culturelles» (para. 59).

Toutefois, dans l'arrêt *Sparrow*, la majorité a été de l'avis que l'article 35(1) n'était pas absolu et devait être lu comme étant assujéti au pouvoir juridictionnel fédéral en vertu de l'article 91(24)¹⁰²⁵. Joshua Nichols explique en quoi cette interprétation peut être perçue comme problématique par les peuples autochtones, et être critiquable d'un point de vue juridique :

*The reasoning here seems to suggest that the court is protecting Aboriginal and treaty rights from government infringement by interpreting section 35(1) as a Charter-like limitation on the power of section 91(24). But that is simply not the case. In reality, the court is changing section 35(1) from being a jurisdictional provision that relates to the division of powers and Canadian federalism to being a set of Charter-like provisional rights. In other words, the court is moving away from the possibility of a nation-to-nation model of federalism and preserving the sovereign-to-subject model of rights whose sordid history extends back to early pre-Confederation colonial legislation such as the 1857 Gradual Civilization Act, through to the Gradual Enfranchisement Act in 1869, the Indian Act in 1876 and Lord Watson's infamous characterization of Aboriginal rights as being a "mere burden" in *St Catharine's Milling* in 1888.*

*The actual structure of the reasoning in Sparrow is thoroughly colonial. Let us reconsider it carefully: the court acknowledges that section 35(1) is outside of the Charter and thus not subject to the limitations of either section 1 or section 33, but this jurisdictional character can be negated by the court's absolute reading of section 91(24). The problem is that this reconciliation of constitutional terms is reliant on the notion that section 91(24) is an unlimited federal power over Indians and their lands. The court does not subject section 91(24) to any form of judicial inquiry. Rather, the court simply states that "there was from the outset never any doubt that sovereignty and legislative power, and indeed the underlying title, to such lands vested in the Crown." And, in support of this absence of doubt, the court cites *Johnson v M'Intosh*, the Royal Proclamation of 1763 and *Calder v Attorney-General of British Columbia*. The citation of Chief Justice John Marshall's 1823 decision is particularly telling, as that decision is a locus classicus for the doctrine of discovery. The court's reliance on the doctrine of discovery is made all the more obvious by the failure to cite Chief Justice Marshall's repudiation of it just a few years later in 1832 in *Worcester v Georgia*, where he characterized the doctrine as being an "extravagant and absurd idea"¹⁰²⁶.*

En effet, la Cour suprême est venue à éviter la question des pouvoirs et de la souveraineté autochtones en acceptant que la Couronne britannique,

and thereafter Canada, obtained territorial sovereignty over the land mass that is now Canada by the mere fact of European settlement. The Court's acceptance of the settlement thesis appears to exclude any possibility of the recognition and affirmation of a constitutional right to aboriginal sovereignty. [...] [T]he embrace of the settlement thesis permitted the Court to rein in the scope of s. 35(1) by relying on a contingent rights approach to s. 35(1)'s requirement that aboriginal rights be «existing». The definition of «existing» offered by the Court weakens and renders fragile the constitutional protection of aboriginal forms of self-government that would otherwise flow from an inherent theory of aboriginal right¹⁰²⁷.

1025 *Ibid.*

1026 Joshua Nichols, «UNDRIP and the Move to the Nation-to-Nation Relationship» dans Centre for International Governance Innovation et Wiyasiwewin Mikiwahp Native Law Centre of the University of Saskatchewan College of Law, dir, *UNDRIP Implementation: More Reflections on the Braiding of International, Domestic and Indigenous Laws*, Special Report, 2018 95 aux pp 96-97.

1027 Michael Asch et Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An essay on R v. Sparrow» (1991) XXIX:2 Alb L Rev 498 à la p 507

La présomption juridique promue par les cours canadiennes à l'effet que l'État canadien « jouit effectivement de la souveraineté sur sa population autochtone » justifie, mais *n'est pas justifiée par*, l'interprétation de l'article 91(24) comme autorisant le Parlement à adopter des lois afin de « régir sa population autochtone » sans le consentement de celle-ci¹⁰²⁸. Selon Michael Asch et Patrick Macklem :

[I]f one removes the underlying assumption of Canadian sovereignty over native people from the interpretive picture, s. 91(24) could just as easily be read as not authorizing Parliament to pass laws in relation to native people absent their consent, but simply providing that, as between Parliament and provincial legislatures, Parliament has the exclusive authority to negotiate with Canada's indigenous population and to regulate Indian affairs if and when negotiations have resulted in treaties of mutual consent. Thus, despite initial appearances to the contrary, the justification for the assertion of Canadian sovereignty, an assertion which underpins the coherence of the contingent theory of aboriginal right, cannot be located in the text of the Constitution Act, 1867¹⁰²⁹.

iii. *Droit à la consultation*

Pour traiter du droit à la consultation, la présente section propose d'abord d'analyser la portée de l'obligation de l'État de consulter en droit interaméricain et en droit canadien, puis d'aborder les défis actuels et la nécessité de reconnaître le droit des peuples autochtones au consentement préalable, libre et éclairé, et enfin de discuter des traités modernes en tant que forme de « réconciliation » demandant l'application de standards plus élevés.

- *Obligation de l'État de consulter en droit interaméricain et en droit canadien*

Pour la Cour IDH, le droit à la consultation est fondamental et va de pair avec le droit de propriété et l'identité culturelle des peuples autochtones¹⁰³⁰. Le droit des peuples autochtones à être consultés, tel que traité par la Cour¹⁰³¹, repose sur plusieurs instruments internationaux, dont la *Convention No. 169* de l'Organisation internationale du Travail¹⁰³².

Dans l'affaire *Saramaka People c. Paraguay*, la Cour a indiqué que l'État doit assurer la participation des membres de la communauté autochtone, de façon conforme à leurs traditions et coutumes, et ce, dès lors qu'il y a un plan de développement, d'investissement, d'exploration ou d'extraction des ressources naturelles du territoire ancestral autochtone¹⁰³³. Les membres doivent être consultés avant même que le projet ait été développé¹⁰³⁴ et, subséquemment, à chaque étape du projet. Enfin, l'État doit signaler les risques, notamment pour l'environnement et pour la santé, pour que ceux-ci puissent approuver ou non le plan du projet en toute connaissance de cause¹⁰³⁵.

De façon plus large, dans les affaires *Kichwa Indigenous People of Sarayaku* et *Lhaka Honhat*, la Cour a précisé qu'en vertu de l'article 23 de la *Convention*¹⁰³⁶, l'État doit consulter les communautés autochtones, non seulement lorsqu'il

1028 *Ibid* à la p 510.

1029 *Ibid*.

1030 *Affaire Sarayaku*, *supra* note 55 aux paras 212-217.

1031 *Ibid* au para 160; *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 aux paras 130-132.

1032 *Convention 169*, *supra* note 50.

1033 *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 au para 129.

1034 *Convention 169*, *supra* note 50 à l'art 15(2); *Affaire Sarayaku*, *supra* note 55 au para 180.

1035 *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 au para 133.

1036 *Affaire Lhaka Honhat*, *supra* note 288 au para 173.

y a des projets de développement de ressources naturelles, mais également à propos de toutes les questions qui se rapportent à leurs terres¹⁰³⁷, et de tous les enjeux qui pourraient affecter leur vie culturelle et sociale¹⁰³⁸.

La Cour IDH a également spécifié que les États devaient mener leurs consultations en engageant une communication constante avec la communauté, de bonne foi, avec des procédures culturellement appropriées, et ce, avec l'objectif d'arriver à un accord¹⁰³⁹. Ainsi, dans l'affaire *Lhaka Honhat c. Argentine*, la Cour a précisé que toutes les consultations qui sont préalables à une limitation du droit de propriété doivent avoir comme objectif d'arriver à un accord¹⁰⁴⁰. Dans *Kichwa Indigenous People of Sarayaku*, la Cour rappelait qu'il s'agit d'une obligation de nature substantielle :

[i]n addition, the consultation must not only serve as a mere formality, but rather it must be conceived as « a true instrument for participation, » « which should respond to the ultimate purpose of establishing a dialogue between the parties based on principles of trust and mutual respect, and aimed at reaching a consensus between the parties »¹⁰⁴¹. En plus de cette obligation de consultation, les États ont également une obligation d'obtenir le consentement libre et éclairé, selon les coutumes et traditions autochtones, des peuples autochtones touchés par les projets de développement et d'investissement qui auront un impact majeur sur les droits de propriété des membres de la communauté sur une grande partie de leur territoire¹⁰⁴².

Au Canada, l'obligation de consulter tire sa source de l'honneur de la Couronne, car dans toutes ses relations avec les Autochtones, l'État doit agir honorablement¹⁰⁴³. En effet, « l'obligation de consulter et d'accommoder découle de la proclamation de la souveraineté de la Couronne sur des terres et ressources autrefois détenues par le groupe autochtone concerné »¹⁰⁴⁴.

L'obligation de consulter dépend et varie selon l'existence d'un droit ancestral. S'il y a un droit ancestral reconnu, il y a une relation fiduciaire et donc l'obligation de négocier honorablement, ce qui implique la consultation des peuples autochtones et l'obligation de parvenir à une entente qui tient compte de leurs droits inhérents¹⁰⁴⁵.

S'il n'y a pas de droit ancestral reconnu, l'obligation de consultation varie selon la solidité de la preuve d'un droit ancestral à établir et selon la gravité des effets préjudiciables des mesures envisagées¹⁰⁴⁶. Par ailleurs, la Cour suprême du Canada a indiqué que « cette obligation 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 »¹⁰⁴⁷. Cependant, l'obligation de consultation semble seulement imputée au pouvoir exécutif et non législatif¹⁰⁴⁸.

Finalement, le processus de consultation ne donne pas aux peuples autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises par l'exécutif. Le consentement des groupes n'est nécessaire que lorsque les droits ancestraux ont été établis et « même là pas dans tous les cas »¹⁰⁴⁹.

1037 *Ibid.*

1038 *Affaire Sarayaku*, *supra* note 55 au para 217.

1039 *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 au para 133.

1040 *Affaire Lhaka Honhat*, *supra* note 288 au para 174.

1041 *Affaire Sarayaku*, *supra* note 55 au para 186.

1042 *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 aux paras 134, 137.

1043 *Nation haïda*, *supra* note 56 au para 17.

1044 *Ibid* au para 53.

1045 *Ibid* au para 36.

1046 *Ibid* au para 39.

1047 Cela veut dire que : (a) la Couronne a connaissance de l'existence possible d'une revendication autochtone; (b) la mesure où la décision aurait un effet susceptible sur des revendications autochtones; et (c) il y a un lien de causalité entre la mesure et l'effet préjudiciable. *Ibid* au para 35.2

1048 *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, au para 50 [*Mikisew*]. 1054 *Nation haïda*, *supra* note 56 au para 48.

1049 *Nation haïda*, *supra* note 56 au para 48.

La Cour Suprême se positionne plutôt pour un processus de concessions mutuelles et mise en balance des intérêts « sociétaux » et « les droits ancestraux »¹⁰⁵⁰.

*- Défis actuels et la nécessité de reconnaître le droit des peuples autochtones
au consentement préalable, libre et éclairé*

En premier lieu, la position actuelle du gouvernement du Canada quant à son obligation de consulter les peuples autochtones est que l'État vise à « consulter et accommoder selon les circonstances » lorsque des mesures peuvent porter ou portent atteinte à leurs droits, et ce en fonction de la gravité de l'atteinte en jeu. Dans une communication du Canada au Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, le gouvernement fédéral, même après s'être engagé à maintenant « appuyer pleinement, et sans réserve » la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA)¹⁰⁵¹, a indiqué que

*Canada already has significant experience with implementation of the principle of free, prior and informed consent as found in the Declaration. Prior to the adoption of the Declaration in 2007, Canadian courts held that the Crown (federal, provincial and territorial governments) has a duty to consult and, where appropriate, accommodate, when the Crown contemplates conduct that might adversely impact potential or established Aboriginal or Treaty rights. [...] In Canadian law, consultation does not give Indigenous peoples a veto over Crown conduct*¹⁰⁵².

Ainsi, l'approche préconisée par l'État canadien semble se conformer à celles proposées antérieurement, malgré les reconnaissances formulées à l'endroit des droits reconnus par la *Déclaration*¹⁰⁵³.

Aux vues de l'état actuel de la **jurisprudence canadienne**, l'application de la *Déclaration*, « conformément à la *Constitution canadienne* » et sur la base du « cadre solide de protection des droits des peuples autochtones » déjà existant¹⁰⁵⁴, ne semble pas optimale. En effet, la **jurisprudence canadienne** soutient, de façon similaire aux propos de l'État canadien, que l'obligation de consulter exige que la Couronne « consulte les peuples autochtones (et, s'il y a lieu, trouve des accommodements) avant de prendre des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 faisant l'objet d'une revendication ou dont l'existence a été établie »¹⁰⁵⁵. La Cour suprême du Canada a affirmé, par exemple :

*Ce processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive. Le « consentement » dont il est question dans *Delgamuukw* n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là pas dans tous les cas. Ce qu'il faut au contraire, c'est plutôt un processus de mise en balance des intérêts, de concessions mutuelles*¹⁰⁵⁶.

1050 *Ibid* au para 50.

1051 Voir L'honorable Carolyn Bennett, ministre des Affaires autochtones et du Nord, allocution, Discours livré à l'instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, New York le 10 mai 2016, en ligne: <https://www.canada.ca/fr/affaires-autochtones-nord/nouvelles/2016/05/discours-livre-a-l-instance-permanente-des-nations-unies-sur-les-questions-autochtones-new-york-le-10-mai-2016.html>.

1052 Gouvernement du Canada, « Government of Canada input to the United Nations Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples – Call for submissions on free, prior and informed consent », en ligne: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/FPIC/Canada.pdf>.

1053 Voir par exemple Hayden King, dir, « Manufacturing Free, Prior, and Informed Consent: A brief History of Canada vs UNDRIP » dans *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Canada: Lessons from B.C.*, Special Report, Yellowed Institute, 2020.

1054 Bennett, *supra* note 1051.

1055 Mikisev, *supra* note 1048 au para 1.

1056 *Nation Haida*, *supra* note 56 au para 48.

Par ailleurs, selon la CSC,

[l]’accommodement susceptible de résulter de consultations menées avant l’établissement du bien-fondé de la revendication correspond exactement à cela : la recherche d’un compromis dans le but d’harmoniser des intérêts opposés et de continuer dans la voie de la réconciliation. L’engagement à suivre le processus n’emporte pas l’obligation de se mettre d’accord, mais exige de chaque partie qu’elle s’efforce de bonne foi à comprendre les préoccupations de l’autre et à y répondre¹⁰⁵⁷.

Ainsi, la Couronne semble avoir des obligations principalement de nature procédurale¹⁰⁵⁸, tandis que les peuples autochtones se voient possiblement imposer l’obligation d’accepter un « accommodement » tant que le processus a été suivi, ou alors « de répondre par une action en violation du traité comportant une demande de justification selon le critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow* »¹⁰⁵⁹. Il appartient aux peuples autochtones de défendre leurs droits, en cas de désaccord, et non à la Couronne de justifier une atteinte à de tels droits.

Alors que l’approche proposée semble vouloir éviter à tout prix la reconnaissance d’un droit de veto, il serait sans doute souhaitable d’analyser principalement les droits en jeu et ce qui est nécessaire afin de les protéger et en garantir la pleine jouissance eu égard aux circonstances. Cela serait plus compatible avec une éventuelle réconciliation où les droits des peuples autochtones, comme peuples autodéterminants, sont pleinement respectés sur un pied d’égalité avec celui des pouvoirs de la Couronne, dans une relation de nation à nation¹⁰⁶⁰.

Effectivement, « [c]onsent raises the standard from consultation to participation. Consultation allows indigenous peoples to react to others’ proposals, whereas participation allows them to raise their own »¹⁰⁶¹.

En outre, une interprétation du droit à la consultation et au consentement devrait concevoir la protection des droits des peuples autochtones non pas comme un « obstacle » ou une « limitation » aux projets du Canada, mais plutôt comme une opportunité de considérer en quoi ces droits pourraient aussi aider à protéger d’autres droits et biens d’une façon plus large, et ce sans antagonismes¹⁰⁶². En effet, le Mécanisme d’experts sur les droits des peuples autochtones des Nations Unies affirme en ce sens que

[l]es peuples autochtones peuvent refuser de donner leur consentement après avoir évalué la proposition et déterminé que celle-ci ne servait pas au mieux leurs intérêts. Le refus du consentement devrait convaincre l’autre partie de ne pas prendre le risque de passer à l’exécution de la proposition. Les discussions sur la question de savoir si les peuples autochtones disposent d’un « droit de veto » à cet égard semblent déprécier et porter atteinte dans une large mesure à la légitimité du concept de consentement préalable, libre et éclairé¹⁰⁶³.

1057 *Ibid* au para 49.

1058 À cet effet, le Comité pour l’élimination de la discrimination raciale a écrit dans une communication destinée au Canada conformément à ses mesures d’alerte rapide et procédures d’intervention d’urgence, que « [it] regrets the State party interprets the free, prior and informed consent principle as well as the duty to consult as a duty to engage in a meaningful and good faith dialogue with indigenous peoples and to guarantee a process, but not a particular result. » Il a aussi demandé que l’État mette en arrêt temporairement plusieurs projets le temps que les peuples autochtones affectés soient dûment consultés et que ceux-ci donne leur consentement préalable, libre et éclairé, ainsi qu’exhorter « l’État partie à prendre les mesures nécessaires pour intégrer le consentement préalable, libre et éclairé dans la législation nationale, en consultation avec les peuples autochtones, et conformément aux obligations et à la jurisprudence internationale en matière de droits humains ». Voir Comité pour l’élimination de la discrimination raciale, Lettre, Doc off NU CERD/EWUAP/102 nd session/2020/MJ/CS/ks, 24 novembre 2020, en ligne : <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/CAN/INT_CERD_ALE_CAN_9296_E.pdf>. Comité pour l’élimination de la discrimination raciale, Prevention of Racial Discrimination, Including Early Warning and Urgent Action Procedure: Décision 1 (100), 2801e Réunion, 13 décembre.

1059 *Mikisew*, *supra* note 1048 au para 52.

1060 Voir par ex Robert Hamilton, « Asserted vs. Established Rights and the Promise of UNDRIP » dans Centre for International Governance Innovation et Wiyasiwewin Mikiwahp Native Law Centre of the University of Saskatchewan College of Law, dir, *UNDRIP Implementation: More Reflections on the Braiding of International, Domestic and Indigenous Laws*, Special Report, 2018 103.

1061 Dominic O’Sullivan, *We Are All Here to Stay: Citizenship, Sovereignty and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Acton, Australian National University Press, 2020 à la p 92. Voir aussi Doris Farget et Marie-Pier Fullum-Lavery, « La place réservée à l’avis des peuples autochtones dans le cadre du processus de prise de décision concernant le Plan Nord ou l’exploitation du Nord québécois : perspective juridique interne et internationale » (2014) 59:3 McGill LJ 595.

1062 Voir par ex Dominic O’Sullivan, *supra* note 1061 aux pp 69-89. Voir aussi Farget et Fullum-Lavery, *supra* note 1061.

1063 Conseil des droits de l’homme, *Consentement préalable, libre et éclairé : une approche fondée sur les droits de l’homme: Étude réalisée par le Mécanisme d’experts sur les droits des peuples autochtones*, Doc off NU A/HRC/39/62, 39e Sess, 10 août 2018 au para 26.

À ce sujet, Natan Obed, président du Inuit Tapiriit Kanatami, indiquait que

[t]he rights affirmed by the U.N. Declaration must complement and build upon existing domestic laws and policies, not simply be re-interpreted in ways that align with them.[...] Canada's fears that the Indigenous right to free, prior and informed consent would set a more rigorous standard than "consultation" were at the centre of its original, qualified endorsement of the Declaration in 2010. At that time, the [...] government committed to taking "steps to endorse this aspirational document in a manner fully consistent with Canada's Constitution and laws." Minister Bennett's announcement on Tuesday is in keeping with this position, and appears to suggest that "consultation" and "free, prior and informed consent" are one and the same.¹⁰⁶⁴

En second lieu, l'une des critiques les plus importantes découle de l'imposition par les tribunaux d'un critère de justification similaire à celui employé pour les droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. En effet, dans tous les cas où les titulaires de droits garantis par l'article 35 et la Couronne ne sont pas d'accord sur la question de savoir si cette dernière a rempli ses obligations constitutionnelles de manière à pouvoir justifier une violation aux droits en question ou tout impact négatif sur ceux-ci, la Couronne est autorisée à agir, en fin de compte, malgré tout désaccord¹⁰⁶⁵.

Par ailleurs, la Couronne n'est pas obligée d'obtenir un consentement ou résultat précis lors des discussions ou consultations ni de faire valider les démarches suivies par un quelconque organisme; elle agit *proprio motu*. Par conséquent, les peuples autochtones ont la charge de porter l'affaire devant les tribunaux s'ils souhaitent contester la légalité des actions de la Couronne. Toutefois, «[t]he process of litigating claims via section 35(1) is costly, procedurally complex and uncertain»¹⁰⁶⁶. Joshua Nichols pose alors le constat suivant :

At the moment the so-called full box of rights [, referring to the government's stance that "Section 35 of Canada's Constitution [...] provides a full box of rights for Indigenous peoples",] subdivides roughly into rights, title, treaties and the duty to consult and accommodate. Each one of these areas is beset by thorny jurisprudential questions [...]. Even in cases in which the court seems to offer a clear decision, the actual on-the-ground results of that decision may well be marginal (Gladstone) or so delayed that the actual value of the process itself is undermined (Ktunaxa). It is difficult to see exactly who benefits from a process of litigation that takes decades to resolve any given conflict and then results in decisions whose jurisprudence is so dense and convoluted that the only certainty it can deliver is the promise of further litigation to work on the new legal knots it has tied. This full box of rights does not offer the kind of procedural clarity and legal certainty that the government promises to third party proponents, nor does it serve the Indigenous peoples who struggle with dreadful environmental and socio-economic problems. The only real beneficiary of the existing byzantine system of multi-layered consultative processes, secretive memoranda of understanding and the production of voluminous expert reports are the experts, consultants and lawyers who operate it¹⁰⁶⁷.

Cette critique rejoint de nombreux propos formulés lors des sondages, rencontres et événements nationaux ayant préalablement eu lieu, où plusieurs ont par ailleurs indiqué que les consultations menées par les autorités publiques s'inscrivent, le cas échéant, dans un processus qui repose sur des normes et des procédés occidentaux et non autochtones; que, dans certains cas, ces processus divisent les communautés et fragmentent le tissu social; que le déséquilibre des forces entre les parties impliquées dans les processus de consultation menace la possibilité

1064 Natan Obed, « Minister Carolyn Bennett's announcement is no clear departure from the Conservative government's position on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », *Policy Options* (16 mai 2016), en ligne: <<https://policyoptions.irpp.org/2016/05/16/indigenous-rights-did-anything-really-change-at-the-un/>>. À ce sujet rappelons que, selon l'ex-Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones Victoria Tauli-Corpuz, « [c]onsultation and consent are not a single event, but should readily occur at all stages of a project, from exploration to production to project closure ». Voir Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones concernant la situation des droits de l'homme du peuple sâme dans la région Sápmi en Norvège, Suède et Finlande, Doc off NU A/HRC/33/42/Add.3, 33e Sess, 9 août 2016 au para 10.

1065 Ryan Beaton, « 27 and 46(2): UNDRIP Signposts Pointing beyond the Justifiable-infringement Morass of Section 35 » dans Centre for International Governance Innovation et Wiyasiwewin Mikiwâp Native Law Centre of the University of Saskatchewan College of Law, dir, *UNDRIP Implementation: More Reflections on the Braiding of International, Domestic and Indigenous Laws*, Special Report, 2018 111 à la p 113.

1066 Nichols, *supra* note 1026 à la p 98.

1067 *Ibid* aux pp 98-99.

réelle des peuples autochtones d'en arriver à un règlement qui leur convienne pleinement; et que les processus de consultation étaient parfois utilisés par les autorités étatiques comme prétextes pour ralentir ou éviter la mise en place de solutions concrètes¹⁰⁶⁸.

Enfin, il est impérieux de réitérer que les mécanismes de consultation institués devraient prévoir une place particulière pour les organisations de femmes autochtones. Souvent, le leadership autochtone formel (généralement les Conseils de bande) consulté par les autorités étatiques ne semble pas offrir une pleine place aux femmes autochtones¹⁰⁶⁹. Il serait donc pertinent de renforcer leur inclusion au cœur des processus décisionnels et de consultation.

- *Les traités modernes comme une forme de «réconciliation» demandant l'application de standards plus élevés*

Depuis l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême du Canada a reconnu le pouvoir de la Couronne de porter atteinte de façon justifiée aux droits des peuples autochtones. À travers sa jurisprudence subséquente, elle est venue à préciser les conditions d'application de ce pouvoir et préciser que

[p]our justifier qu'il puisse passer outre aux volontés du groupe qui détient le titre ancestral au motif que l'atteinte sert l'intérêt général du public, le gouvernement doit établir : (1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement; (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel; et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe¹⁰⁷⁰.

Elle a ajouté aussi, par exemple, que «l'obligation fiduciaire de la Couronne signifie que le gouvernement doit agir d'une manière qui respecte le fait que le titre ancestral est un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures» et «[l]es atteintes au titre ancestral ne peuvent donc pas être justifiées si elles priveront de façon substantielle les générations futures des avantages que procurent les terres»¹⁰⁷¹. Toute atteinte doit alors atteindre un seuil de justification particulièrement élevé.

Cela étant dit, tel qu'énoncé plus haut, le Canada devrait considérer les apports du droit international des droits humains, les droits contenus dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, et les exigences de la «réconciliation», avant de considérer porter de telles atteintes.

En outre, lorsqu'il est question de traité moderne entre les gouvernements FPT et les peuples autochtones, il s'avère nécessaire de tenir compte du fait que le traité représente en soi une mesure visant la «réconciliation», le fruit d'un processus complexe et de longue haleine où le consentement des peuples autochtones a été accordé sur la base d'une panoplie de considérations.¹⁰⁷² À ce sujet Roger Townshend a précisé:

The early treaties were brief, with highly general terms, were often ambiguous, and were usually entered into after a short discussion between the parties. In contrast, starting with the James Bay and Northern Quebec Agreement in 1975, modern treaties are entered into after lengthy negotiations, can be hundreds of pages in length, and are highly detailed and precise. While such modern treaties must still be interpreted in accordance with the honour of the Crown, courts should strive to respect the "handiwork" of the parties who took such pains to order their affairs precisely. These features of modern treaties have implications for the application of the doctrine of justified

1068 Voir Section 2 c) ci-haut.

1069 Voir par exemple Joanne Barker, «Gender, sovereignty, and the discourse of rights in native women's activism» (2006) 7:1 *Meridians* 127; Joanne Barker, «Gender, sovereignty, rights: Native women's activism against social inequality and violence in Canada» (2008) 60:2 *Am Q* 259; Joyce Green, «Canaries in the mines of citizenship: Indian women in Canada» (2001) 34:4 *Rev Can science politique* 715; Jo-Anne Fiske, «Native women in reserve politics: strategies and struggles» (1990) 23:30-31 *Journal Leg Pluralism & Unofficial L* 121.

1070 *Tsilhqot'in*, supra note 121 au para 77.

1071 *Ibid* au para 86.

1072 Par exemple à propos de l'affaire *Grassy Narrows (Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48), Roger Townshend a indiqué que, lorsque la Cour suprême a permis la possibilité pour la Couronne de justifier une atteinte aux droits issus de traités modernes, «there was no consideration of whether it was appropriate to further "reconcile" what was already a reconciliation by treaty. Voir Roger Townshend, «What Changes did Grassy Narrows First Nation make to Federalism and other Doctrines?» (2017) 95 *R du B can* 459 à la p 484.

infringement to rights held under such treaties. Aboriginal groups spend years (or decades) negotiating treaties that run to hundreds of pages in length in order to make the treaty rights as precise as possible, and so as not to interfere unduly with the rights and interests of non-Aboriginal people. After Aboriginal groups agreed to such compromises, should the Crown then be allowed to say that it can infringe such treaty rights if this is "justifiable"? I suggest it would reduce the likelihood of ratification of modern treaties if Aboriginal groups were advised that they had negotiated a set of rights after many years and many compromises, but the enforceability of the treaty provisions remained uncertain¹⁰⁷³.

Afin de guider leurs actions et prendre dûment compte des propos précédents, les gouvernements FPT devraient s'appuyer sur la *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones* (DADPA). En effet, la DADPA est complémentaire à la DNUDPA et a été « conçue pour s'attaquer à certaines situations propres aux Amériques, comme la défense du vrai esprit et de l'intention des traités conclus entre les Premières Nations au Canada »¹⁰⁷⁴.

La DADPA précise à son article XXIV que

Les peuples autochtones ont droit à la reconnaissance, au respect et à l'application des traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec les États ou leurs successeurs, conformément à leur esprit et à leur intention, et de bonne foi, et à faire en sorte que les États honorent et respectent ces instruments. Les États prennent dûment en considération l'interprétation donnée par les peuples autochtones aux traités, accords et autres arrangements constructifs.

La *Déclaration américaine* accorde ainsi une grande importance aux traités, à leur respect, ainsi que leur interprétation par les peuples autochtones eux-mêmes. Elle prévoit, en outre, que : « [I]es différends qui ne peuvent être résolus entre les parties aux traités, accords et autres arrangements constructifs doivent être soumis aux organes compétents ». Il en découle l'obligation pour l'État de soit respecter le traité, ou soit, en cas de conflit, obligatoirement présenter le différend devant une instance compétente afin d'identifier une solution qui respecte ce traité.

En effet, comme l'indiquait la Cour suprême du Canada, « le titre ancestral est un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures » et que « [I]es atteintes au titre ancestral ne peuvent donc pas être justifiées si elles priveront de façon substantielle les générations futures des avantages que procurent les terres »¹⁰⁷⁵. Les traités modernes et l'idée de réconciliation prennent racine dans l'idée de protéger aujourd'hui, mais aussi principalement pour le futur, les droits des peuples autochtones. Ils visent à garantir les conditions d'une nouvelle entente de nation à nation, basée sur le droit à la libre détermination et la reconnaissance historique des droits des peuples autochtones, afin de guider les rapports entre la Couronne et les générations futures. Porter atteinte à ces traités pourrait mettre en péril de façon durable l'honneur de la Couronne et la confiance des peuples autochtones envers les gouvernements FPT.

iv. Réparations

À première vue, les réparations pour les atteintes aux droits des peuples autochtones semblent beaucoup plus développées dans la jurisprudence interaméricaine que dans la jurisprudence canadienne. En effet, l'article 63 de la *Convention américaine* se réfère expressément aux réparations, alors que l'article 24 de la *Charte canadienne* prévoit des réparations pour la violation d'un droit protégé par la *Charte*. Cependant, puisque l'article 35 de la LC1982 n'est pas compris dans la *Charte*, il n'existe pas de balise expresse se rapportant aux réparations pour des atteintes aux droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones.

1073 *Ibid* à la p 485.

1074 Métis Nation Council, « A New Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », 15 juin 2016, en ligne : <<https://www.metisnation.ca/index.php/news/a-new-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples>>.

1075 *Tsilhqot'in*, *supra* note 121 au para 86.

De ce fait, si les tribunaux canadiens ont développé une jurisprudence étoffée concernant les droits ancestraux, peu de jugements se sont concentrés sur les réparations pour violations de ceux-ci¹⁰⁷⁶.

La Cour IDH prévoit plusieurs types de réparations : les réparations de type restitutoires, les réparations de type compensatoires et les autres formes de réparation (les mesures de satisfaction, les garanties de non-répétition et les mesures de réhabilitation). Il est proposé d'analyser certains exemples de réparations qui sont particulièrement pertinents dans le cadre des violations des droits des peuples autochtones.

Dans un premier temps, concernant les **réparations de type restitutoire**, la Cour IDH a développé une jurisprudence très précise en ce qui a trait aux territoires autochtones. En effet, le tribunal a affirmé, à plusieurs reprises, que la restitution des terres ancestrales aux communautés concernées constitue une mesure de réparation¹⁰⁷⁷. De surcroît, lorsque les nations autochtones ont perdu leur territoire aux mains de tiers « innocents », la Cour a établi que les communautés ont droit de les récupérer ou d'obtenir des terres de la même grandeur et qualité¹⁰⁷⁸. Par ailleurs, dans l'affaire *Lhaka Honhat*, la Cour IDH a précisé qu'il peut y avoir une contradiction entre ce principe de restitution et la propriété privée individuelle de ces tiers innocents. Dans ces cas, c'est aux États d'évaluer, au cas par cas, la contradiction et les concurrences entre les droits de propriété, ainsi que les restrictions qui ressortiraient de la reconnaissance de l'un ou l'autre des droits. La Cour IDH a ainsi adopté une approche prudente, en laissant le soin aux États de gérer les enjeux de droit privé¹⁰⁷⁹. Toutefois, elle a proposé une marche à suivre : les États devront prendre en considération que les droits territoriaux autochtones englobent le concept du droit collectif à la survie en tant que peuple, avec comme condition nécessaire, le contrôle de leur territoire. De surcroît, la Cour a considéré que la préservation de l'identité culturelle des peuples autochtones peut être un objectif légitime qui rend nécessaire la restriction des droits individuels. Si l'État choisit néanmoins de concéder le territoire au tiers, il devra octroyer à la communauté autochtone une terre de grandeur et qualité égales ou une compensation¹⁰⁸⁰.

Au Canada, la jurisprudence quant à la restitution des terres dans les mains des tiers semble moins étayée. C'est d'ailleurs pourquoi la Commission interaméricaine a accepté d'entendre une affaire contre le Canada en la matière, soit l'affaire *Hul'qumi'num Treaty Group c. Canada*¹⁰⁸¹ qui porte, entre autres, sur une demande de restitution des terres qui étaient entre les mains d'une tierce partie.

La Commission a affirmé que les groupes autochtones rencontraient des difficultés à accéder à des recours judiciaires afin d'obtenir la reconnaissance et la protection des terres ancestrales¹⁰⁸². La Commission indiquait, dans son rapport sur la recevabilité de l'affaire :

the judgments cited by the State recognize the existence of the aboriginal title, the communal nature of indigenous property and the right to consultation in the Canadian legal system. But, the amicus briefs show that none of those judgments has resulted in a specific order by a Canadian court mandating the demarcation, recording of title deed, restitution or compensation of indigenous peoples with regard to ancestral lands in private hands. [...] The Commission notes that the legal proceedings mentioned above do not seem to provide any reasonable expectations of success, because Canadian jurisprudence has not obligated the State to set boundaries, demarcate, and record title deeds to lands of indigenous peoples and, therefore [...] those remedies would not be effective under recognized general principles of international law¹⁰⁸³.

1076 Ghislain Otis, « Les réparations pour la violation des droits des peuples autochtones » dans R. Sharpe et K. Roach, dir, *Les recours et les mesures de redressement : une affaire sérieuse*, Ottawa : ICAJ, 2010 à la p 256.

1077 *Affaire Sawhoyamaxa*, supra note 55 au para 210; *Affaire Yakye Axa*, supra note 55 au para 215; *Affaire Xámok Kásek*, supra note 55 au para 281; *Affaire Saramaka*, supra note 55 au para 194.

1078 *Affaire Sawhoyamaxa*, supra note 55 au para 127.

1079 Otis, supra note 1076 à la p 276

1080 *Affaire Lhaka Honhat*, supra note 288 note 102.

1081 *Hul'qumi'num*, supra note 373.

1082 *Ibid* au para 39.

1083 *Ibid* aux paras 39 et 41 [emphasis ajoutée].

Par ailleurs, la Cour IDH s'illustre également en ce qui a trait **aux mesures compensatoires**, qu'elles soient pécuniaires ou non pécuniaires. Des dommages pécuniaires ont été octroyés, par exemple, pour la perte de revenus des victimes¹⁰⁸⁴, pour les procédures judiciaires menées afin d'amener leur affaire à la Cour¹⁰⁸⁵ ou pour des dommages causés par les activités sur la propriété¹⁰⁸⁶. Quant aux réparations compensatoires de type non pécuniaire, il s'agit de dommage immatériel qui sera compensé monétairement¹⁰⁸⁷. Par exemple, dans l'affaire *Kaliña et Lokono*, la Cour a reconnu que les actions de l'État ont causé un grand préjudice aux valeurs de la communauté autochtone, ce qui a eu un impact considérable sur leur identité culturelle et sur l'héritage culturel transmissible. Ainsi, pour ce dommage non pécuniaire, la Cour a déterminé qu'il faudrait une compensation. Celle-ci a été octroyée sous la forme d'un fonds pour le développement de la communauté. Ainsi, les fonds obtenus du gouvernement ont servi à des projets dans les secteurs de la santé, de l'éducation, de la sécurité alimentaire, entre autres¹⁰⁸⁸.

Au Canada, les peuples autochtones peuvent réclamer le droit à une compensation lorsque la Couronne a manqué à ses obligations, en s'adressant à la Cour fédérale, qui peut octroyer des dommages-intérêts en vertu de l'article 17(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*¹⁰⁸⁹, ou au Tribunal des revendications particulières¹⁰⁹⁰. Ce tribunal entend les griefs qui portent sur les obligations non acquittées découlant de traités ou de l'administration de terres ou de biens autochtones¹⁰⁹¹. Ce tribunal peut octroyer exclusivement des indemnités pécuniaires contre la Couronne, en lien avec l'administration de terres et en lien avec le respect des traités conclus avec les Autochtones. Toutefois, le montant maximal de l'indemnité pécuniaire est de 150 millions de dollars¹⁰⁹².

Enfin, en ce qui a trait aux **autres formes de réparation**, il s'agit d'une particularité de la jurisprudence interaméricaine, non reconnue explicitement en droit canadien, et qui porte essentiellement sur les mesures de satisfaction, les garanties de non-répétition et les mesures de réhabilitation. Les mesures de satisfaction visent à rétablir la dignité des victimes, les aider à réorienter leur vie, ou à honorer leur mémoire lorsqu'elles sont décédées¹⁰⁹³.

La Cour a souligné qu'il s'agissait d'une manière de transmettre un message de condamnation officielle des violations des droits humains¹⁰⁹⁴. Les garanties de non-répétition consistent en des moyens de s'assurer que les actions ayant mené aux violations ne se reproduisent plus¹⁰⁹⁵. Les mesures de réhabilitation ont comme objectif la réparation des dommages physiques, psychologiques et moraux. Elles peuvent comprendre des soins médicaux et psychologiques ainsi que des services juridiques et sociaux¹⁰⁹⁶.

Ainsi, la Cour IDH a ordonné à plusieurs reprises à des États de conduire un acte public de reconnaissance de sa responsabilité¹⁰⁹⁷. La Cour également a ordonné la publication du jugement dans un journal officiel national ou

1084 *Affaire Sawhoyamaya*, *supra* note 55 au para 216

1085 *Affaire Yakye Axa*, *supra* note 55 au para 194.

1086 *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 au para 199.

1087 *Affaire Awas Tingni*, *supra* note 90 aux paras 167, 173(6).

1088 *Affaire Kalina et Lokono*, *supra* note 55 aux para 295-296.

1089 *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. 7-7 à l'art 17 (1): «Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne». Définition réparation : «Toute forme de réparation en justice, notamment par voie de dommages-intérêts, de compensation pécuniaire, d'injonction, de déclaration, de restitution de droit incorporel, de bien meuble ou immeuble.

1090 Voir à ce sujet Juliette Bail et Amélie Gravel, «Le Tribunal des revendications particulières : un exemple canadien de justice transitionnelle?» (2020) 33:2 RQDI 155.

1091 Gretchen Albers, «peuples autochtones: Revendications particulières», 2 mars 2015, en ligne : <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/index.php/fr/article/revendications-particulieres>>.

1092 *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, ch. 22, article 20.

1093 Jorge F. Calderón Gamboa, «La evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos» (2013) Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, en ligne: *Cour IDH* <www.corteidh.or.cr/tablas/r31941.pdf>.

1094 *Affaire De la Cruz Flores (Pérou)* (2004), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°115 au para 164.

1095 *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Doc off AG NU, 60e sess, Doc NU A/RES/60/147, 2006 au principe 23.

1096 *Ibid* au principe 21.

1097 *Affaire Yakye Axa*, *supra* note 55 au para 305.

dans un journal distribué à l'échelle nationale¹⁰⁹⁸ ou encore à la radio¹⁰⁹⁹. La Cour peut aussi ordonner la réforme des lois existantes¹¹⁰⁰ ou encore l'adoption des mécanismes législatifs, par exemple de délimitation du territoire et de délivrance de titre de propriété aux communautés autochtones, en accord avec leur droit coutumier, leurs valeurs et leurs traditions¹¹⁰¹. Elle peut aussi exiger que l'État assure la formation des agent.es de la fonction publique en ce qui a trait aux standards nationaux et internationaux pourtant sur les droits des peuples autochtones, particulièrement concernant le respect, la protection et la garantie du droit à la propriété collective¹¹⁰².

Au Canada, même lorsqu'une décision est rendue et plusieurs ordonnances ont été faites demandant aux gouvernements de s'y conformer, le processus de mise en œuvre de ces ordonnances peut demeurer excessivement long¹¹⁰³. Par exemple, le litige entre le *First Nations Child & Family Caring Society* et le gouvernement du Canada a pour origine plus de 20 ans de recherche, de documentation et puis de litige devant les tribunaux canadiens, et il a fallu six années pour que soit rendue la décision finale, en 2016, afin que les négociations aboutissent à un accord de règlement final¹¹⁰⁴. Comme l'ont indiqué Vargas-Forman, Viera-Bravo et Pichún-Collonao, la dépossession et la discrimination dont peuvent être victimes les peuples autochtones sont souvent ancrées dans un système juridique qui, lui-même, peut reproduire la discrimination vécue par ces peuples. Selon eux, il n'est alors pas suffisant pour les tribunaux d'octroyer des réparations; dans certains cas, il doit y avoir des changements profonds au sein du système de justice lui-même¹¹⁰⁵.

Bref, en matière de réparations, il n'y a aucun doute que la jurisprudence interaméricaine est plus progressiste et beaucoup plus audacieuse. La Cour IDH prend en compte les préjudices, mais aussi la dignité des nations autochtones et la réconciliation¹¹⁰⁶. Les tribunaux canadiens auront incontestablement à s'inspirer de ces réparations intégrales qui visent le rétablissement de la situation antérieure¹¹⁰⁷. De manière générale, il semble également que les droits des peuples autochtones soient mieux protégés par le droit interaméricain que par le droit canadien. Le droit à l'identité des peuples autochtones, par exemple, est consacré par la *Convention*, alors que la personnalité juridique des peuples autochtones ne semble pas pleinement garantie par le droit constitutionnel au Canada. Une meilleure protection de la personnalité juridique pourrait permettre d'instaurer un réel pluralisme juridique qui mènerait potentiellement à un dialogue entre les ordres juridiques autochtones et étatiques¹¹⁰⁸. De plus, à première vue, les standards développés par la Cour IDH semblent plus complets en ce qui a trait au droit de propriété, mais possiblement plus limités quant à l'utilisation des ressources naturelles. Enfin, en matière de consultation, les standards établis par la jurisprudence interaméricaine semblent mieux protéger les droits territoriaux des peuples autochtones et faciliter la reconnaissance plus générale des titres de propriété.

1098 *Ibid* au para 12; *Affaire Yatama*, *supra* note 748 au para 252; *Affaire Sawhoyamaya*, *supra* note 55 au para 236; *Affaire Kalina et Lokono*, *supra* note 55 au para 312.

1099 *Affaire Yatama*, *supra* note 748 au para 253; *Aff*

1100 *Affaire Yatama*, *supra* note 748 aux paras 256 et ss.

1101 *Affaire Awas Tingni*, *supra* note 90 au para 173(3); *Affaire Yatama*, *supra* note 748 au para 254; *Affaire Sawhoyamaya*, *supra* note 59 aux para 230-231, 235; *Affaire Saramaka*, *supra* note 55 aux para 194 d), e), f).

1102 *Affaire Kalina et Lokono*, *supra* note 55 au para 309.

1103 Voir à la p du présent rapport.

1104 Voir par ex *First Nations Child & Family Caring Society*, «CHRT Orders», en ligne: <<https://fncaringsociety.com/chrt-orders>>; *First Nations Child & Family Caring Society*, «I am a Witness: Tribunal Timeline and Documents», en ligne: <https://fncaringsociety.com/i-am-witness-tribunal-timeline-and-documents?f%5B0%5D=field_year%3A2007&f%5B1%5D=field_year%3A2022>; *First Nations Child & Family Caring Society*, «Pre-Tribunal Timeline: History of First Nations Child and Family Services Funding», en ligne: <<https://fncaringsociety.com/pre-tribunal-timeline-history-first-nations-child-and-family-services-funding>>; British Columbia Civil Liberties Association, «Regarding: Federal Government Compliance with Canadian Human Rights Tribunal rulings to end discrimination against First Nations children», 14 juin 2021, en ligne: <<https://bccla.org/wp-content/uploads/2021/06/Letter-to-PMJT-regarding-First-Nations-Child-and-Family-Caring-Society.pdf>>; et Cindy Blackstock, «Indigenous Child Welfare Legislation: A Historical Change or Another Paper Tiger?» (2019) 14:1 5.

1105 Vargas-Forman et al., *supra* note 93.

1106 Nada Youssef, «La transition démocratique et la garantie des droits fondamentaux : esquisse d'une modélisation juridique», Thèse de doctorat, 2010, Aix-Marseille 3 en cotutelle avec l'Université libanaise, à la p 295.

1107 Bellier, *supra* note 289 à la p 159.

1108 Benoit Éthier, «Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok» (2016) 40:2 *Anthropologie et Sociétés*, à la p 178.

Au Canada, l'obligation d'avoir le consentement des peuples autochtones n'est pas systématique et existe seulement s'il y a un droit ancestral reconnu, ce qui implique un processus de reconnaissance complexe. Les tribunaux canadiens préfèrent les concessions mutuelles, plutôt que l'accommodation des peuples autochtones.

f) Adopter une politique globale de justice transitionnelle qui pourrait permettre une éventuelle «réconciliation» au Canada

Il est raisonnable de se demander si la démarche visant la réconciliation au Canada peut être qualifiée de processus de justice transitionnelle¹¹⁰⁹. Le Canada n'est évidemment pas en transition d'une dictature militaire à une démocratie, comme l'Argentine, le Brésil ou d'autres pays sud-américains dans les années 1980, ou d'un conflit armé interne comme le Guatemala, le Salvador et le Pérou dans les années 1990 et 2000. Peut-on considérer qu'il y a une transition vers un nouvel état de fait politique et juridique ? Et quels seraient les éléments nécessaires afin de considérer qu'une telle «réconciliation» ou «transition» a véritablement eu lieu ? En effet, des questionnements subsistent notamment quant à la nature du colonialisme qui perdure dans le système politique et juridique actuel, et quant à ce que pourrait être un Canada post-colonial¹¹¹⁰. Les diverses voix et opinions exprimées par les peuples autochtones sont fondamentales pour répondre à ces interrogations.

Il est généralement accepté aujourd'hui que ces peuples ont subi des injustices extrêmes. La Commission de vérité et réconciliation a conclu qu'un génocide culturel avait eu lieu au Canada, tandis que l'*Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées* a, quant à elle, conclu au génocide, des conclusions que l'État canadien se doit de considérer¹¹¹¹. En outre, plusieurs leaders religieux ont reconnu leur responsabilité dans la commission des actes décrits dans le rapport de la Commission de vérité et réconciliation et, récemment, le pape François a confirmé qu'il y avait eu un génocide au Canada¹¹¹².

Par ailleurs, d'autres rapports officiels d'enquête, d'investigation ou de commissions sur les injustices subies par les peuples autochtones mettent en lumière le fait que le système canadien perpétue l'existence d'un racisme systémique ou met en péril les droits de ces peuples¹¹¹³.

La réconciliation doit alors «reconnaître la centralité des victimes et leur statut particulier dans la conception et la mise en œuvre» d'un processus de réconciliation¹¹¹⁴.

1109 Voir section 5 a) du présent rapport.

1110 Lors des rencontres d'écoute et du dialogue entrepris par la Commission ontarienne des droits de la personne sur la réconciliation, «[l]a majorité des gens ont qualifié la réconciliation de projet et de processus de décolonisation.» Un intervenant indiquait que : «Il ne peut y avoir de réconciliation en l'absence de justice; si le colonialisme perdure dans ce pays.» Voir Commission ontarienne des droits de la personne, *Rêver ensemble: Rapport relatif au dialogue sur les peuples autochtones et les droits de la personne*, Gouvernement de l'Ontario, septembre 2018 à la p 7 [*Rêver ensemble*].

1111 Voir par ex Premier ministre du Canada, Justin Trudeau, «Déclaration du premier ministre à l'occasion du deuxième anniversaire du rapport final de l'*Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*», en ligne: <<https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/declarations/2021/06/03/declaration-du-premier-ministre-loccasion-du-deuxieme>>; Maan Alhmidy, «Génocide contre les peuples autochtones: La reconnaissance par Trudeau peut avoir de lourdes conséquences», *La Presse* (5 juin 2021), en ligne: <<https://www.lapresse.ca/actualites/national/2021-06-05/genocide-contre-les-peuples-autochtones/la-reconnaissance-par-trudeau-peut-avoir-de-lourdes-consequences.php>>.

1112 Parlant de l'utilisation du mot génocide par le pape, Jennifer Jennifer Wood, qui travaille au Centre national pour la vérité et la réconciliation (CNVR) et est une survivante du système «d'écoles résidentielles», a affirmé, par exemple, que : «Il est temps qu'ils utilisent ce genre de mot pour décrire ce qui nous est arrivé. Il est temps qu'ils prononcent des mots qui ont une signification et qu'ils disent la vérité. [...] C'était une destruction délibérée de nos familles, de notre identité et de notre culture. Je suis donc heureuse qu'il ait dit des mots qui représentent la vérité.» Voir par ex Radio Canada, «L'emploi du mot génocide par le pape : un «changement radical» pour Phil Fontaine», *Radio-Canada ICI Manitoba* (31 juillet 2022), en ligne: <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1902397/genocide-pape-declaration-impact-revendications-survivants>>; Ka'nehsio Deer, «Pope says genocide took place at Canada's residential schools», *CBC News* (30 juillet 2022), en ligne: <<https://www.cbc.ca/news/indigenous/pope-francis-residential-schools-genocide-1.6537203>>; Eric Reguly, «Pope Francis says genocide took place in Canada's residential schools», *The Globe and Mail* (31 juillet 2022), en ligne: <<https://www.theglobeandmail.com/world/article-pope-francis-says-genocide-took-place-in-canadas-residential-schools/>>.

1113 Voir par ex Mary Ellen Turpel-Lafond (Aki-Kwe), *In Plain Sight: Addressing Indigenous-specific Racism and Discrimination in B.C. Health Care*, Full Report, rapport indépendant en réponse à la demande du ministère de la Santé de la Colombie-Britannique, novembre 2020; Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics : écoute, réconciliation et progrès, *Rapport final*, Gouvernement du Québec, 2019; Commission ontarienne des droits de la personne, *Pris à partie : Rapport de recherche et de consultation sur le profilage racial en Ontario*, avril 2017; Scott Clark, *Surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale canadien: Causes et réponses*, Division de la recherche et de la statistique (DRS) du ministère de la Justice, Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre de la Justice et procureur général du Canada, 2019, en ligne: <<https://www.justice.gc.ca/fr/pr-rp/jr/cjs-oip/index.html>>; Bureau du vérificateur général du Canada, *Accès à une eau potable salubre dans les collectivités des Premières Nations — Services aux Autochtones Canada*, Rapports de la vérificatrice générale du Canada au Parlement du Canada, Rapport 3, n° FA1-27/2021-1-3F-PDF, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada représentée par la vérificatrice générale du Canada, 2021.

1114 Nations Unies, Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Transitional Justice, mars 2010 à la p 2 et 6, en ligne: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf>.

Les droits et les opinions des victimes doivent être pleinement respectés et les causes profondes ayant mené aux violations flagrantes – et persistantes – de droits humains, abordées¹¹¹⁵.

En observant les différentes conceptualisations de la réconciliation¹¹¹⁶, il est possible de constater une disparité dans le sens même accordé au mot «réconciliation» par les victimes et les perpétrateurs.trices, tout comme il existe des différences dans l'interprétation et les perceptions à cet égard entre Allochtones et Autochtones. Dans ce contexte, il est primordial qu'un État majoritairement allochtone se questionne dans ce processus, entre autres quant à ses préconceptions et ses biais, quant aux fondements de son système politique et juridique, quant à l'identité des véritables bénéficiaires de la réconciliation, et quant à la façon de mener cette réconciliation. Sans ces remises en question, deux positions irréconciliables risquent de ne jamais se rejoindre. En ce sens, «[l]a société canadienne est un partenaire incertain»¹¹¹⁷; il y a nécessité d'écoute, de dialogue et de prise d'actions.

Par exemple, la Commission ontarienne des droits de la personne, en réponse aux Appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation, a entrepris des actions afin de développer un dialogue avec les peuples autochtones et «approfondir son analyse et sa compréhension des droits de la personne par la réconciliation avec les cultures, lois et traités autochtones, les concepts autochtones de responsabilités et de droits collectifs, ainsi que la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*»¹¹¹⁸. Dans le cadre de ce dialogue et des séances d'écoute, la Commission ontarienne a alors pu «constater un important fossé entre les peuples autochtones et le système actuel des droits de la personne. Nous avons appris que le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, notre organisation et notre mandat portaient des traces importantes de colonialisme (par exemple, dans la primauté perçue du *Code sur le droit et les coutumes autochtones*).»

Elle a également indiqué que

notre système axé sur les droits individuels n'est pas structuré de façon idéale pour composer efficacement avec certaines des questions les plus importantes auxquelles se heurtent les communautés autochtones. C'est pourquoi nous devons réexaminer la façon que la CODP entre en collaboration avec les peuples autochtones de l'ensemble de la province et comment on peut rendre les lois et organismes relatifs aux droits de la personne plus pertinents et plus respectueux de notre relation de nation à nation avec les peuples autochtones. Ce réexamen des droits de la personne en partenariat avec les peuples autochtones – afin d'accroître la reconnaissance et le respect de la souveraineté autochtone et de donner plus de place aux perspectives autochtones des droits de la personne – était l'une des principales raisons d'entreprendre le présent dialogue¹¹¹⁹.

La Commission ontarienne reconnaît ainsi que «la restructuration des relations et processus selon un modèle d'entente entre deux partenaires égaux exige d'accepter la perte de pouvoir et de contrôle pour donner voix au chapitre aux communautés autochtones, non seulement durant le dialogue, mais sur le plan de sa conception, de ses objectifs, de son objet et de son exécution»¹¹²⁰.

Cette section propose certaines pistes de réflexions depuis une perspective principalement juridique, et ce, à partir d'une approche basée sur les droits humains qui s'inspire principalement des expériences qui émanent des Amériques et du Système interaméricain. Ces propositions se veulent de possibles outils pour enrichir le débat portant sur la «réconciliation» et une façon de mettre en lumière les obligations minimales auxquelles l'État canadien est tenu en tant que partie à la *Charte des Nations Unies* et à de multiples traités de droits humains, ainsi qu'en tant que membre de la communauté internationale.

1115 *Ibid* aux pp 6-7.

1116 Voir la section 5 b) du présent rapport.

1117 Extrait d'un témoignage devant la Commission ontarienne des droits de la personne. Commission ontarienne des droits de la personne, *Rêver ensemble*, *supra* note 1110 à la p 1.

1118 *Ibid* à la p 3.

1119 *Ibid* à la p 5.

1120 *Ibid* aux pp 5-6.

i. *Réconciliation et justice transitionnelle : quelques principes qui émanent des expériences passées*

Le gouvernement canadien n'a jamais explicitement fait référence à son engagement envers un processus de justice transitionnelle¹¹²¹. Toutefois, il s'est engagé dans une démarche qui y ressemble – des excuses ont été présentées, une Commission de vérité et de réconciliation a été créée et a émis une série de recommandations visant la non-répétition et la réconciliation, des initiatives de commémoration des victimes et de préservation de la mémoire ont été organisées, et des programmes de réparations ont été mis sur pied.

Compte tenu de cette ressemblance, il est alors important de réfléchir aux potentielles contributions que peuvent fournir le Système interaméricain de droits humains et l'expérience d'autres États des Amériques dans le domaine de la justice transitionnelle. Les contributions présentées par les expert.es latino-américain.es en octobre 2019 s'avèrent des plus pertinentes.

Tel qu'énoncé précédemment, il est généralement reconnu que « la réconciliation est le but ultime de toute société ayant subi des traumatismes et des abus violents »¹¹²². Pour leur part, les mécanismes et initiatives généralement utilisés dans la recherche de la réconciliation se situent d'ordinaire sous l'égide la justice transitionnelle¹¹²³.

La justice transitionnelle est en effet « l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation »¹¹²⁴. Comme indiqué au Chapitre 5, la vérité, la justice, ainsi que les réparations et les garanties de non-répétition en sont les quatre piliers¹¹²⁵, et ils s'avèrent tous essentiels afin d'atteindre la réconciliation.

À cet égard, la Cour interaméricaine a indiqué que

*the rights of the victims to truth, justice and reparation [which include guarantees of non-repetition] must be understood as interdependent. Only the integrated application of measures in favor of victims in all these areas can achieve results that are effective and consistent with the inter-American human rights system. Thus, the simple application of criminal sanctions, without these implying a serious effort to find and report the whole truth, could become a bureaucratic process that does not satisfy the valid objective of the victims to obtain the greatest possible truth. Furthermore, the award of reparations without knowledge of the truth about the violations that occurred, and without establishing conditions for a lasting peace, would only produce an apparent relief for the victims, but not a change in the conditions that would permit a recurrence of the violations*¹¹²⁶.

Dans sa contribution, José Antonio Guevara Bermúdez rappelait que, dans un tel cadre, il est nécessaire non seulement de mettre en place certains mécanismes ou initiatives sporadiques de justice transitionnelle, mais qu'une véritable politique de justice transitionnelle soit établie¹¹²⁷. Se référant à l'expérience mexicaine, il indiquait qu'une telle politique devrait tenir compte du fait que les régimes fédéraux peuvent contribuer à fragmenter la vérité, ce qui peut générer des terrains fertiles à l'impunité, créer une disparité dans le respect et la garantie des droits des victimes, et promouvoir des processus de justice sélectifs basés sur des critères parfois politiques.

1121 Jennifer Matsunaga, « Two Faces of Transitional Justice: Theorizing the Incommensurability of Transitional Justice and Decolonization in Canada » (2016) 5:1 *Decolonization: Indigeneity, Education & Society* 24.

1122 Réconciliation, [en ligne]: *Centre for International Justice* <<https://web.archive.org/web/20201125222220/https://www.ictj.org/gallery-items/reconciliation>>.

1123 Ruti G. Teitel, « Transitional Justice Genealogy » (2003) 16 *Harv Hum Rts J* 69 à la p 78.

1124 Conseil de sécurité, *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit: Rapport du Secrétaire général*, Doc off NU S/2004/616, 23 août 2004 au para 8.

1125 Organisation des Nations Unies, « Guidance Note of the Secretary-General, United Nations Approach to Transitional Justice » (2010), en ligne (pdf): <https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf>.

1126 *Affaire du Massacre d'El Mozote (El Salvador)* (2012), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°252, Opinion concordante du juge Diego García-Sayán, opinion majoritaire à laquelle quatre autres juges ont adhéré, au para 23 [*Affaire El Mozote*].

1127 Guevara Bermúdez, *supra* note 103

Selon lui, seule une initiative globale de vérité, de justice, de réparations et de garanties de non-répétition, intégrant des éléments institutionnels et procéduraux nationaux et internationaux, tels l'instauration de programmes de réparations administratifs et des réformes au système de justice, peut garantir une véritable transition vers le plein respect des droits humains¹¹²⁸.

De façon similaire, l'Équatorien Juan Pablo Albán Alencastro a abordé l'importance de l'utilisation de recours civils, administratifs et pénaux, ainsi que de commissions de vérité et d'investigation indépendantes, dans le cadre des processus de justice transitionnelle afin de pouvoir reconnaître et attribuer la responsabilité des acteurs.trices qui ont commis des violations graves qui ont marqué un État avant sa transition ou réconciliation. Il s'avère en ce sens essentiel de pouvoir dénoncer publiquement ces acteurs.trices et leur attribuer différentes formes de responsabilité, dont notamment la responsabilité pénale. Pour Albán Alencastro, afin qu'il y ait transition ou réconciliation, il est important de reconnaître la responsabilité tant de l'État que des acteurs.trices privé.es. Pour lui, tout comme pour Guevera Bermúdez, la justice transitionnelle exige une approche holistique¹¹²⁹.

Ces deux conceptions réitèrent également que la vérité, la justice et les réparations peuvent provenir de différentes sources et avoir des significations différentes selon les personnes et les besoins de la société. De plus, notons qu'« [a] fin de pouvoir répondre aux besoins particuliers de la société blessée, les mécanismes de justice transitionnelle entrepris doivent être dynamiques, c'est-à-dire qu'ils doivent pouvoir évoluer en même temps que le contexte tout en continuant de répondre aux objectifs pour lesquels ils ont été créés »¹¹³⁰.

À cet égard, le Pr Juan Méndez a formulé une mise en garde face aux tentatives d'imposer la réconciliation du haut vers le bas (« *top-down* »). Il a rappelé que, lorsque la réconciliation émane d'autorités en position de pouvoir et qu'elle est imposée à la population, la démarche peut entretenir l'impunité¹¹³¹.

Sol Ana Hourcade a abondé dans le même sens, indiquant comment la notion de réconciliation, dans le contexte argentin, a été utilisée comme synonyme de silence, d'amnistie et d'impunité et a été perçue comme antinomique aux notions de vérité et de justice¹¹³². Ainsi, selon Méndez, la réconciliation a des effets positifs lorsqu'elle résulte de processus de vérité et de justice, ainsi que de mesures de réparations et de non-répétition, exécutées de bonne foi et avec diligence au maximum des capacités de la société et de l'État¹¹³³.

Comme l'ont rapporté Ruth Vargas-Forman, Patricia Viera-Bravo et Juan Segundo Pichún-Collonao, la discrimination et le colonialisme dont sont victimes les peuples autochtones dans les systèmes de justice de plusieurs États des Amériques, dont au Chili, perpétuent la marginalisation et violation de leurs droits¹¹³⁴.

Dès lors, toute réconciliation basée sur le système actuel risque de maintenir une telle situation de marginalisation et d'exclusion, y compris au Canada. En effet, comme l'indiquait récemment Ardith Walpetko We'dalx Walkem, « Indigenous Peoples identified that much of the discrimination they experience is a direct result of Canadian law and policies aimed at the dispossession of Indigenous Peoples »¹¹³⁵.

1128 *Ibid.*

1129 Voir section 2 d). Reproduction audiovisuelle du colloque disponible sur demande auprès des auteurs.es.

1130 Bail et Gravel, *supra* note 1090 à la p 161. Voir aussi Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, Pablo de Greif*, Doc off NU A/HRC/30/42, 30e Sess, 7 septembre 2015 au para 31.

1131 Méndez et Dyck, *supra* note 97.

1132 Voir section 2 d). Reproduction audiovisuelle du colloque disponible sur demande auprès des auteurs.es.

1133 Méndez et Dyck, *supra* note 97.

1134 Vargas-Forman et al., *supra* note 93.

1135 Ardith Walpetko We'dalx Walkem, QC, Cedar and Sage Law, *Expanding Our Vision: Cultural Equality & Indigenous Peoples' Human Rights*, British Columbia Human Rights Tribunal, 15 janvier 2020 à la p 11 [*Expanding Our Vision*].

Ainsi, dans le contexte canadien, la justice transitionnelle devra inévitablement aborder la question de la décolonisation¹¹³⁶. Par exemple, il est primordial que les droits humains «des peuples autochtones soient traités comme des droits qui appartiennent à des Peuples», et non comme des droits individuels, que les concepts juridiques autochtones soient reconnus, et que leurs propres concepts des droits humains priment¹¹³⁷.

ii. *Le droit à la vérité : détermination de la vérité, ouverture des archives et processus de nature juridique*

Le droit à la vérité consiste à «connaître la vérité absolue et complète quant aux événements qui ont eu lieu, aux circonstances spécifiques qui les ont entourés et aux individus qui y ont participé, y compris les circonstances dans lesquelles les violations ont été commises ainsi que les raisons qui les ont motivées»¹¹³⁸. Il exige aux États «de rendre compte publiquement de l'ampleur des crimes commis, souvent méconnue de ceux qui n'ont pas été directement touchés, ainsi que des motivations sous-jacentes et des moyens et structures utilisés pour commettre ces crimes»¹¹³⁹. Notamment,

*[d]ans les affaires complexes, l'obligation d'enquêter entraîne le devoir de concentrer les efforts de l'appareil étatique afin de dévoiler les structures qui ont permis ces violations, leurs causes, leurs bénéficiaires et leurs conséquences et de ne pas se limiter à découvrir, juger et, le cas échéant, sanctionner les auteurs immédiats*¹¹⁴⁰.

Le droit à la vérité s'avère alors une composante essentielle de tout processus de justice transitionnelle, puisqu'il permet d'orienter les mesures qui seront prises et qui sont nécessaires à la réconciliation; il jette la lumière sur les causes et conséquences des violations causées par le système duquel l'on transitionne, et ainsi ce qui doit être minimalement traité dans la transition vers une nouvelle organisation sociale¹¹⁴¹. En effet, ce droit s'avère être, notamment, «a collective right which allows a society to gain access to information essential to the development of democratic systems»¹¹⁴². En outre, l'éclaircissement des faits et l'atteinte de la vérité constituent, en soi, une forme de réparation pour les personnes ayant vécu des violations, pour leurs familles, ainsi que pour la société en son ensemble¹¹⁴³. L'ancien président de la Cour interaméricaine, Antônio A. Cançado Trindade, indiquait dans une opinion individuelle que «[a]s the State is under the duty to cease the violations of human rights, the prevalence of the right to truth is essential to the struggle against impunity, and is ineluctably linked to the very realization of justice, and to the guarantee of non-repetition of those violations»¹¹⁴⁴.

Ainsi, selon le Pr Bassiouni, «[t]ruth is an imperative, not an option to be displaced by political convenience»¹¹⁴⁵.

1136 Lors des rencontres d'écoute et du dialogue entrepris par la Commission ontarienne des droits de la personne sur la réconciliation, «[l]a majorité des gens ont qualifié la réconciliation de projet et de processus de décolonisation.» On y réitérait «Il ne peut y avoir de réconciliation en l'absence de justice; si le colonialisme perdure dans ce pays.» Voir Commission ontarienne des droits de la personne, *Réver ensemble*, supra note 1110 à la p 7. Voir aussi Colleen Sheppard, «Indigenous peoples in Canada: Understanding divergent conceptions of reconciliation» McGill University, Québec: Institute for the study of international development. Retrieved 11 (2013): 16.

1137 *Ibid* aux pp 6 et 7 [traduction libre].

1138 La Cour interaméricaine a affirmé, de façon similaire, que «the satisfaction of the collective dimension of the right to truth requires a legal analysis of the most complete historical record possible. This determination must include a description of the patterns of joint action and should identify all those who participated in various ways in the violations and their corresponding responsibilities.» Voir Commission des droits de l'homme, Étude sur le droit à la vérité: Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme

1139 Conseil des droits de l'homme, Étude conjointe sur la contribution de la justice de transition à la prévention des violations flagrantes des droits de l'homme, des atteintes patentées à ces droits et des violations graves du droit international humanitaire, y compris du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité, et à la prévention de leur répétition Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition et du Conseiller spécial du Secrétaire général pour la prévention du génocide, Doc off NU A/HRC/37/65, 37e Sess, 6 juin 2018 au para 14.

1140 *Affaire Cepeda Vargas (Colombie)* (2010), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°213 au para 118.

1141 Voir par ex Leena Grover, «Transitional Justice, International Law and the United Nations» (2019) 88 Nordic J Intl L 359 à la p 382; Melanie Klinkner and Ellie Smith, «The Right to Truth, Appropriate Forum and the International Criminal Court» dans Natalia Szablewska et Sascha-Dominik Bachmann, dir, *Current Issues in Transitional Justice Towards a More Holistic Approach*, Cham, Springer International Publishing, 2015, 3 aux pp 5-6.

1142 *Lucio Parada Cea et al. (El Salvador)* (1999) Inter-Am Comm HR, No 1/99, 10.480 au para. 151. 1148

1143 Voir par ex *Affaire Moiwana*, supra note 299 au para 204.

1144 *Affaire Bámaca Velásquez (Guatemala)* (2000), Cour IDH (Sér C) n°70, opinion individuelle du juge A.A. Cançado Trindade au para 32 [*Affaire Bámaca Velásquez*]

1145 Cherif Bassiouni, «International Recognition of Victims' Rights» (2006) 6:2 Hum Rts L Rev 203

Comme l'a rappelé la Cour interaméricaine, le droit à la vérité comporte trois dimensions :

As for the truth component, in addition to the essential issue of the "judicial truth," which I discuss below in relation to the element of justice, on many occasions, this has led to the implementation of mechanisms such as truth commissions. However, the concept of "truth" is not unique and opens the door to different interpretations. Alex Boraine, former vice-chairperson of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa conceptualized the "truth" in this type of situation at three levels: factual truth, personal truth, and social truth. The "factual" truth gives the family specific information on the whereabouts of the mortal remains of the victim or on what happened. The "personal" truth seeks a cathartic effect on the person who expresses or manifests that truth. The "social" truth is that which is adopted by society through dialogue and debate. In pursuit of this "social truth", an important role is played by measures such as access to the documentation held by the State, the revision of scholarly texts, and the construction of museums or memorials relating to what happened¹¹⁴⁶.

Il y a ainsi une vérité factuelle et juridique, individuelle, ainsi que collective. Par ailleurs, il importe de préciser et de mettre l'accent sur le fait que la vérité et la justice sont des concepts complexes et qui peuvent avoir des significations distinctes selon les personnes et peuples – dont les peuples autochtones¹¹⁴⁷. La démarche de recherche de vérité doit alors s'adapter aux besoins spécifiques des victimes et de la société. Dans le contexte de la réconciliation avec les peuples autochtones, le développement de relation de nation à nation requiert donc que les concepts sociaux, politiques, culturels et juridiques autochtones fassent partie intégrante d'un tel processus de justice transitionnelle. La Cour interaméricaine soutenait notamment que « the positive obligations inherent in the right to truth demand the adoption of institutional structures that permit this right to be fulfilled in the most suitable, participatory, and complete way. These structures should not impose legal or practical obstacles that make them illusory »¹¹⁴⁸.

Dans le contexte spécifique du Canada, il est primordial d'analyser de façon plus exhaustive les obligations spécifiques se rapportant aux gouvernements FPT.

Tout d'abord, comme indiqué préalablement, le Canada a déjà entrepris certaines mesures significatives de détermination de la vérité dans le cadre du processus de réconciliation via différentes commissions et enquêtes. La multiplicité de ces initiatives témoigne, par ailleurs, du fait que de telles démarches doivent s'adapter de façon dynamique aux exigences des victimes, des peuples et de la société en général. En effet, bien que plusieurs aspects de la situation actuelle et passée se rapportant aux droits des peuples autochtones au Canada aient été abordés à ces occasions, il est certainement souhaitable de continuer d'analyser certains de ceux-ci et d'en aborder d'autres dans le futur, puisque « the establishment of a Truth Commission — depending on its object, proceedings, structure and purposes — can contribute to build and safeguard historical memory, to clarify the events and to determine institutional, social and political responsibilities in certain periods of time of a society »¹¹⁴⁹. Si les commissions de vérité sont utiles aux processus de réconciliation, leur mise en place ne peut, à elle seule, remplir l'ensemble des obligations que les États ont à l'endroit des victimes. En effet, la Cour interaméricaine rappelait à ce sujet que ce type de démarche constitue « un mécanisme important, parmi d'autres qui existent déjà, pour respecter l'obligation de l'État de garantir le droit à la vérité sur ce qui s'est passé »¹¹⁵⁰.

1146 *Affaire El Mozote*, *supra* note 1126, opinion concordante du juge D. García-Sayán au para 25. Il s'agit de l'opinion majoritaire à laquelle quatre autres juges ont adhéré.

1147 Par exemple, John Borrows met en garde contre le fait que « [t]he potential for misunderstanding is compounded if each culture has somewhat different perceptions of space, time, historical truth, and causality. The cultural specificity of what constitutes a fact may make it difficult for people from different cultures to accept the same information as a fact in their respective cultures. Since variations between groups encode 'facts' with different meanings, to be properly understood, they must be viewed through the lens of the culture that recorded them. » Voir John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010 à la p 140.

1148 *Affaire Rochela*, *supra* note 623 au para 195.

1149 *Affaire Zambrano Vélez (Équateur)* (2007), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°166 au para 128.

1150 *Affaire Gomes Lund*, *supra* note 607 au para 297 [traduction libre; emphase ajoutée].

Par exemple, en ce qui a trait au droit à la vérité, la Commission interaméricaine a rappelé que, « [d]ans les contextes de transition, les droits à la liberté d'expression et à l'accès à l'information revêtent une importance accrue »¹¹⁵¹. Les mesures mises en œuvre par l'État pour garantir l'accès à l'information doivent ainsi inclure

*the opening of archives so that the institutions investigating an event can conduct direct inspections; searches of official installations and inventories; advancing search operations that include searches of the places where the information could be; and holding hearings and questioning those who could know where the information is or those who could reconstruct what occurred, and other measures*¹¹⁵².

Dans le même sens, la Cour interaméricaine a déclaré que l'État devait « adopter les mesures pertinentes et adéquates pour garantir l'accès public, technique et systématique des agents de la justice et de la société [...] aux archives contenant des informations utiles et pertinentes pour l'enquête dans les cas de violations des droits humains »¹¹⁵³. En cas de la destruction ou de la perte de documents, l'État « has the obligation to seek that information using all possible means. To comply with this obligation, the State must make a substantive effort and provide all necessary resources to reconstruct the information that presumably was destroyed »¹¹⁵⁴.

À ce chapitre, il semble que les gouvernements FPT ont encore beaucoup à faire. Par exemple, depuis la création en 2015 du Centre national pour la vérité et la réconciliation¹¹⁵⁵, à la suite de la publication du rapport de la Commission de vérité et réconciliation, l'absence d'entente, de documents provenant des gouvernements FPT et d'actions ont occasionné plusieurs frustrations chez les victimes, certaines ayant indiqué que « we are also still unable to access Indian Hospital records, federal health records, and day school records » et que « [a]ll of these records are crucial not only to support missing children research, but to fully and truthfully document the residential school system, the children who died in the schools, and the ongoing legacy »¹¹⁵⁶. Ces lacunes ont d'ailleurs été considérées comme « an abject failure of those entities to fulfill their legal obligation » par Donald Worme, ancien conseiller principal auprès de la Commission de vérité et réconciliation et membre fondateur de l'Association du Barreau autochtone¹¹⁵⁷.

Bien que certains progrès aient été réalisés à cet égard, plus de sept ans après le dépôt des Appels à l'action, beaucoup reste à faire¹¹⁵⁸. Le *Yellowhead Institute* a d'ailleurs rappelé à cet effet que « [w]hile some Indigenous Nations are doing the sensitive and difficult work of identifying gravesites, there are still outstanding archives that are set to be released »¹¹⁵⁹.

Un autre aspect du débat qui mérite une attention criante est sans aucun doute la question des disparitions des enfants et des femmes autochtones au Canada. Rappelons que, déjà en 2015, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et la Commission interaméricaine des droits de l'homme avaient tous deux adopté des rapports sur la situation des femmes et des filles autochtones disparues et assassinées au Canada¹¹⁶⁰.

1151 *The Right to Truth in the Americas*, Inter-Am Comm HR, Doc off OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2, 13 août 2014 au para 24 [Traduction libre]. [CIDH, *Right to Truth*].

1152 Il est aussi à noter que « the right of access to information imposes on States the duty to preserve and facilitate access to State archives when they exist, and to create and preserve them when they have not been compiled or organized as such » *Ibid* aux paras 27-28 [Traduction libre].

1153 Il est reconnu à cet effet que: « [l]a connaissance par un peuple de l'histoire de son oppression appartient à son patrimoine et, comme telle, doit être préservée par des mesures appropriées au nom du devoir incombant à l'État de conserver les archives et les autres éléments de preuve se rapportant aux violations des droits de l'homme et du droit humanitaire et de contribuer à faire connaître ces violations. » Les États doivent ainsi assurer le plein accès aux archives par toute personne, dont particulièrement les victimes. Voir *Affaire Contreras*, *supra* note 921 aux paras 212, 165-175, 211 [Traduction libre]; *Ensemble de principes actualisés pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité*, Doc off NU ECOSOC E/CN.4/2005/102/Add.1, 61e Sess, 8 février 2005 au principe 3, à la p 7. Voir aussi *Affaire Gelman (Uruguay)* (2011), Cour IDH (Sér C) n°221 aux paras 281-282; Bernard Duhaime, « Les disparitions forcées », *supra* note 777.

1154 *Affaire Herzog et al. (Brésil)* (2018), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°353 au para 337.

1155 Le Centre national pour la vérité et la réconciliation (CNVR) se veut un espace d'enseignement et de dialogue où les vérités sur les pensionnats autochtones seront honorées et protégées, pour qu'en bénéficient les générations futures. Centre national pour la vérité et la réconciliation, en ligne: <<https://nctr.ca/?lang=fr>>.

1156 Indigenous Watchdog, « Call to Action #72 », en ligne: <<https://www.indigenouwatchdog.org/cta/call-to-action-72/>>.

1157 Indigenous Watchdog, « Call to Action #71 », en ligne: <<https://www.indigenouwatchdog.org/cta/call-to-action-71/>>.

1158 Notons que, en janvier 2022, le Gouvernement du Canada « signed a Memorandum of Agreement with the NCTR [National Centre Truth and Reconciliation] to share Residential School narratives not previously in their collection and are working with the NCTR on the next category of information to be shared, more than one million documents converted to a more readable format. » Voir Indigenous Watchdog, « Call to Action #77 », en ligne: <<https://www.indigenouwatchdog.org/cta/call-to-action-77/>> [emphase ajoutée].

1159 Eva Jewell et Ias Mosby, *Calls to Action Accountability: A 2021 Status Update on Reconciliation*, Special Report, Yellowed Institute, 2021 à la p 24.

1160 Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Report of the inquiry concerning Canada of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women under article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Doc off NU CEDAW/C/OP.8/CAN/1, 30 mars 2015; *Missing and Murdered Indigenous Women in British Columbia, Canada*, Inter-Am Comm HR, Doc off OEA/Ser.L/V/II. Doc.30/14, 21 décembre 2014 [*Missing and Murdered Indigenous Women*].

La même année, le rapport final de la Commission de vérité et réconciliation révélait que des milliers d'enfants avaient disparu dans les pensionnats indiens¹¹⁶¹. En 2019, le rapport final de l'*Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées* était publié révélant la disparition de nombreuses victimes¹¹⁶². La localisation en 2021 et 2022 de dépouilles non identifiées dans plusieurs fosses communes près des sites d'anciens pensionnats autochtones s'est avérée une première étape douloureuse vers la détermination de ce qui s'est passé pour de nombreux enfants autochtones disparus. Plusieurs expert.es des Nations Unies, dont le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, le Rapporteur spécial sur les exécutions sommaires, arbitraires et extrajudiciaires et le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité et le Groupe de Travail sur les Disparitions forcées ou involontaires, ont exhorté « les autorités à mener des enquêtes approfondies sur les circonstances entourant ces décès et quant aux personnes responsables pour ces décès, y compris des examens médico-légaux des restes trouvés, et à procéder à l'identification et à l'enregistrement des enfants disparus »¹¹⁶³. Ils ont en outre appelé le Gouvernement « à entreprendre des enquêtes similaires dans tous les autres pensionnats autochtones du pays », tout en rappelant « le droit des victimes à connaître la vérité la plus complète sur les violations endurées », et demandé que le pouvoir judiciaire mène « des enquêtes pénales sur toutes les morts suspectes et les allégations de torture et de violences sexuelles contre des enfants hébergés dans les pensionnats, ainsi que poursuivre et sanctionner les auteurs et les dissimulateurs qui pourraient être encore en vie »¹¹⁶⁴. Notamment, le 22 juillet 2022, le gouvernement du Canada et le Centre national pour la vérité et la réconciliation ont annoncé la création du Comité consultatif national sur les enfants disparus des pensionnats et les sépultures non marquées « afin que les communautés autochtones aient accès à des renseignements indépendants, fiables et spécialisés dans leurs efforts pour cerner, localiser et commémorer leurs enfants disparus »¹¹⁶⁵.

De plus, en 2022, le Comité sénatorial permanent des peuples autochtones a produit un rapport préliminaire dans lequel il a affirmé partager « le point de vue des témoins qui craignent pour la sûreté et le bien-être des femmes, des filles et des personnes 2ELGBTQQIA+ autochtones », rappelant que « plusieurs années après la publication du rapport final de l'Enquête nationale, la mise en œuvre des appels à la justice accuse déjà un retard dans certains domaines importants »¹¹⁶⁶. En effet, selon Hilda Anderson-Pyryz, du National Family and Survivors Circle,

« each day of inaction in this area leads directly to the tragic loss of human life. [...] Without the political will to create transformative change, this genocide will continue »¹¹⁶⁷. Outre les considérations morales, éthiques et politiques qui méritent attention, il peut s'avérer aussi nécessaire de rappeler les obligations qui peuvent incomber au Canada d'un point de vue juridique, en particulier au regard du droit international relatif aux disparitions forcées, c'est-à-dire se rapportant à l'

*arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agent.es de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi*¹¹⁶⁸.

1161 Voir CVR Canada, *Rapport final*, vol 4, *supra* note 7. Voir aussi Scott Hamilton, « Where are the Children buried? », en ligne : <<https://nctr.ca/records/reports/>>.

1162 *Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, « Notre mandat, notre vision, notre mission », en ligne : <<https://www.mmiwg-ffada.ca/fr/mandate/>>.

1163 OHCHR, « UN experts call on Canada, Holy See to investigate mass grave at indigenous school », 4 juin 2021, en ligne : <<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2021/06/un-experts-call-canada-holy-see-investigate-mass-grave-indigenous-school?LangID=E&NewsID=27141>> [traduction libre].

1164 *Ibid.*

1165 Affaires Autochtones et du Nord Canada, « Le gouvernement du Canada et le Centre national pour la vérité et la réconciliation annoncent la création du Comité consultatif national sur les enfants disparus des pensionnats et les sépultures non marquées », 20 juillet 2022, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/relations-couronne-autochtones-affaires-nord/nouvelles/2022/07/le-gouvernement-du-canada-et-le-centre-national-pour-la-verite-et-la-reconciliation-annoncent-la-creation-du-comite-consultatif-national-sur-les-en.html>>.

1166 Sénat, *Il faut agir pour les FFADA: Ce n'est pas l'intention qui compte: Rapport provisoire du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones* (juin 2022) (président: Brian Francis; vice-président: Dan Christmas) à la p 7.

1167 Ka'nhehsíio Deer, « 'A national shame,' say advocates about lack of progress on MMIWG action plan », *CBC News*, 3 juin 2022, en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/indigenous/mmiwg-action-plan-update-1.6476685>>.

1168 Voir *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, 20 décembre 2006, 2716 RTNU 3, article 2 [CIPPDF]; *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, Rés AG NU 47/133, Doc off AG NU, 47e sess, Doc NU A/RES/47/133 (1992), préambule [DPDF]. Voir Duhaime, « Les disparitions forcées », *supra* note 777.

Évidemment, ce cadre juridique n'est envisageable que si des agent.es de l'État ont participé aux disparitions ou si des personnes ou des groupes de personnes ont agi avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, ce qui mérite d'être sérieusement évalué dans le contexte canadien¹¹⁶⁹, tel que le confirment les préoccupations exprimées antérieurement par les expert.es onusiennes.

Rappelons que le Groupe de Travail sur les Disparitions forcées ou involontaires s'est attardé à une situation semblable, portant sur la disparition de nombreux enfants autochtones dans des pensionnats autochtones aux États-Unis¹¹⁷⁰.

Le cas échéant, il convient de rappeler que la Cour interaméricaine a indiqué que « the possibility of the victim's next of kin knowing what happened to the victim and, if that be the case, the whereabouts of the victim's mortal remains, is a means of reparation, and therefore an expectation regarding which the State must satisfy the next of kin of the victims and society as a whole »¹¹⁷¹. De plus, la Cour s'est constamment référée au « right of the next of kin of the victims to know what happened and to know who are the agents of the State responsible for the respective facts »¹¹⁷². Les gouvernements ont ainsi l'obligation « d'offrir un recours simple, rapide et efficace » aux familles de potentielles victimes et « de mener, d'office, une recherche effective pour établir le lieu où se trouvent les victimes de disparition forcée, afin d'établir la vérité sur ce qui s'est passé »¹¹⁷³.

Par ailleurs, « [b]oth the Commission and the Inter-American Court have established that forced disappearance is a permanent or continuous violation of multiple rights, such as the right to personal liberty, to humane treatment, to life and to recognition as a person before the law »¹¹⁷⁴. De ce fait, puisque les disparitions forcées constituent un crime de nature continue¹¹⁷⁵, l'État canadien ne peut se décharger de ses obligations en la matière tant et aussi longtemps que les victimes n'ont pas été localisées ou que leur sort n'ait été établi¹¹⁷⁶.

La Colombienne Luz Marina Monzón Cifuentes a rappelé à cet égard l'importance d'écouter les demandes légitimes des familles de personnes disparues et de leur donner réponse à travers des mécanismes pour la recherche et la détermination de la vérité. Elle considère la mise en place d'une unité spécialisée en la matière comme un élément crucial de la justice transitionnelle. En Colombie, l'Unité pour la recherche des personnes considérées comme disparues (URPD) a été créée et son mandat s'articule autour de différentes fonctions et actions, notamment la collecte et l'analyse d'informations permettant de localiser les personnes disparues, la conception d'un registre national des fosses communes et de cimetières illégaux, la prospection de sites où des personnes disparues pourraient être retrouvées, l'identification de personnes, la publication de rapports sur l'élaboration de plans de recherche ainsi que sur le sort des personnes disparues, la facilitation des réunions entre les victimes et les proches, ainsi que le soutien à la remise digne du corps des personnes décédées¹¹⁷⁷.

En ce qui concerne le droit à la vérité, il s'avère fondamental de clarifier que celui-ci « do[es] not substitute the obligation of the State to establish the truth and ensure the legal determination of individual responsibility by means of criminal legal procedures »¹¹⁷⁸. En effet, « the right to the truth creates an obligation upon States to clarify and investigate the facts, prosecute and punish those responsible for cases of serious human rights »¹¹⁷⁹.

1169 Serier, *supra* note 422.

1170 OHCHR, WGEID, General allegation, 118e sess (13–22 mai 2019), États-Unis, en ligne https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Disappearances/Allegations/118_USA.pdf

1171 *Affaire Bámaca Velázquez*, *supra* note 1144 au para 76 [emphase ajoutée].

1172 Notons que cette obligation s'étend aussi aux personnes privées tel que l'a soutenu la Cour à plusieurs reprises. Voir *Affaire Myrna Mack Chang (Guatemala)* (2003), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 101 au para 237.

1173 CIDH, *Right to Truth*, *supra* note 1151 au para 10.

1174 *Ibid* au para 56.

1175 Voir à ce sujet *DPDF*, *supra* note 1168 à l'art 17; *CIPPDF*, *supra* note 1168 à l'art 8.

1176 Voir *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires*, Doc off NU A/HRC/16/48, 2011.

1177 Monzón Cifuentes et Boulanger Martel, *supra* note 98.

1178 *Affaire Gomes Lund*, *supra* note 607 au para 297.

1179 CIDH, *Right to Truth*, *supra* note 1151 au para 14.

iii. Favoriser une véritable justice pour les peuples autochtones

Dans le contexte de la justice transitionnelle, les États « doivent mettre à la disposition des victimes des voies de recours appropriées pour faire valoir leurs droits »¹¹⁸⁰, ils doivent ainsi poursuivre et sanctionner les responsables de violations flagrantes des droits humains et de violations graves du droit international humanitaire¹¹⁸¹. La Cour interaméricaine a rappelé à ce sujet que

the American Convention establishes that “[e]veryone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse, to a competent court or tribunal for protection against acts that violate his fundamental rights recognized by the constitution or laws of the state concerned or by this Convention [...].” Thus, States must ensure the existence of judicial or extrajudicial mechanisms that provide an effective remedy for human rights violations. In this sense, States have the obligation to eliminate existing legal and administrative barriers that limit access to justice, and adopt those aimed at achieving its effectiveness. The Court emphasizes the need for States to address cultural, social, physical or financial barriers that prevent access to judicial or extrajudicial mechanisms [...]»¹¹⁸².

Ainsi, les États ont l’obligation d’enquêter de manière diligente sur toute violation de droits humains. Cette obligation exige que l’organe qui mène ces enquêtes utilise

all available means to carry out all such steps and inquiries as are necessary to achieve the goal pursued within a reasonable time. The obligation to employ due diligence is particularly stringent and important in the face of the seriousness of the crimes committed and the nature of the rights violated. In this sense, all necessary measures must be adopted in order to prevent the systematic patterns that led to the commission of serious human rights violations»¹¹⁸³.

L’État doit clarifier les schémas qui expliquent la commission de ces *violations aux droits humains*, la structure complexe des personnes impliquées et la position particulière, au sein même de cette structure, des personnes qui pourraient être responsables¹¹⁸⁴.

Dans un contexte de justice transitionnelle, « il faut absolument mettre un terme au règne de l’impunité », notamment en « s’attaquant franchement et sereinement à leurs causes profondes »¹¹⁸⁵. Dans le contexte canadien, cet enjeu prend toute son importance, comme le rappelait Ardith Walpetko We’dalx Walkem dans le rapport *Expanding Our Vision* soumis au Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique :

There can be no true justice where Indigenous Peoples feel that they have no recourse for gross violations of their human rights which occur on a pervasive and ongoing basis, and further, when their own mechanisms for defining and assessing human rights are shut out from the discussion. Human rights, at their core, are about inclusion and honouring the dignity and uniqueness of others, and for Indigenous Peoples, this protection includes the collective expression of those human rights»¹¹⁸⁶.

1180 *Affaire El Mozote*, *supra* note 1126, opinion concordante du juge D. García-Sayán, opinion majoritaire à laquelle quatre autres juges ont adhéré, au para 26 [traduction libre].

1181 *Ibid.*

1182 *Affaire Buzos Miskitos*, *supra* note 821 au para 50.

1183 *Affaire Rochela*, *supra* note 623 au para 156.

1184 *Affaire Contreras*, *supra* note 921 au para 150.

1185 Conseil de sécurité, *Déclaration du Président du Conseil de sécurité*, Doc off NU S/PRST/2004/34, 5052e sess, 6 octobre 2004 à la p 2.

1186 Ardith Walpetko We’dalx Walkem, QC, Cedar and Sage Law, *Expanding Our Vision*, *supra* note 1135 à la p 6.

Ce même rapport a conclu que

Indigenous respondents reported numerous and repeated incidents of what they believed to be discrimination; yet, in the vast majority of cases, the respondents did not file complaints through the BCHRT. Respondents reported a remarkable similarity in their reasons for not filing a complaint. In summary:

- *Discrimination is seen as so pervasive within Canada/British Columbia so as to be a way of life, and*
- *It is widely perceived that the BCHRT mirrors societal discrimination (in both structure and lack of Indigenous Peoples in its staff and tribunal members), and therefore*
- *Filing a complaint is seen as futile*¹¹⁸⁷.

De façon similaire, la Commission ontarienne des droits de la personne a mis en lumière que

*de nombreuses personnes ont fait mention de la célèbre maxime de la militante des droits civils et poète noire Audre Lorde (« [...] les outils du maître ne détruiront pas la maison du maître ») : « On ne peut pas utiliser les outils du maître pour détruire sa maison [...] La Cour suprême du Canada rend des décisions en notre faveur depuis maintenant 20 ans, mais nous parlons encore de [l'exercice de nos] droits de la personne. Il y a quelque chose qui ne fonctionne pas »*¹¹⁸⁸.

Dans la mise en œuvre de mesures visant à rendre effectif ce droit à la justice et l'application des mesures judiciaires entreprises, le Canada doit ainsi respecter ses obligations en vertu du droit international des droits humains et de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* de garantir que les peuples autochtones aient

*le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs. Toute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme*¹¹⁸⁹.

Évidemment, la détermination des mesures devant être adoptées pour assurer un tel accès et garantir le respect des droits des peuples autochtones à la justice dépasse le cadre de la présente analyse et relève avant tout des peuples autochtones eux-mêmes.

Par exemple, l'Inuit Tapiriit Kanatami a énoncé, en parlant des déficiences de l'approche de la Colombie-Britannique dans la mise en œuvre de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, qu'un accès effectif à la justice pour les peuples autochtones est nécessaire, que « an independent enforcement mechanism and / or oversight body is required to ensure that governments act in good faith to implement their human rights obligations »¹¹⁹⁰.

De même, Natan Obed a ainsi soutenu que,

*in the Wet'suwet'en situation, and in countless others, the state is the arbiter of whether it has discharged its human rights obligations to those impacted. This is because B.C.'s declaration does not provide recourse or remedy provisions within its legislation. [...] Full implementation of UNDRIP, combined with universal access to recourse and remedy through mechanisms outlined in the National Inquiry's final report, would set a new foundation for our relationship with the federal government*¹¹⁹¹.

1187 *Ibid* à la p 12.

1188 Commission ontarienne des droits de la personne, *Rêver ensemble*, *supra* note 1110 à la p 16 [emphasis ajoutée].

1189 *DNUDPA*, *supra* note 50 à l'art 40.

1190 Inuit Tapiriit Kanatami, *supra* note 309 à la p 5.

1191 Natan Obed, « Why Canada needs an independent Indigenous human rights commission », *Maclean's*, (19 février 2020), en ligne <<https://www.macleans.ca/opinion/why-canada-needs-an-independent-indigenous-human-rights-commission/>>.

En d'autres mots, la mise en œuvre de la *Déclaration* et la promotion des droits des peuples autochtones doivent être assorties des outils nécessaires pour faire respecter ces droits et faciliter l'accès à des recours efficaces et aux réparations opportunes le cas échéant. En effet, «[r]ights without remedies are not rights»¹¹⁹², they are instead «recast not as enforceable rights but as aspirational principles to be advanced by an action plan»¹¹⁹³.

À cet égard, il ne fait aucun doute qu'au Canada, les mécanismes de règlements de différends et les processus judiciaires sont extrêmement coûteux, complexes et éprouvants, et qu'ils ne permettent pas toujours des solutions qui soient pleinement satisfaisantes pour les peuples autochtones. Dans l'application des mesures requises afin de garantir leur droit à la justice, il semble donc nécessaire de s'assurer que les mécanismes mis en place fassent partie intégrante d'une politique globale de justice transitionnelle et prévoient les moyens et les ressources suffisants afin de réaliser cette politique.

Comme l'indiquait la Cour interaméricaine, les États doivent s'attaquer aux obstacles culturels, sociaux, physiques ou financiers qui empêchent le plein accès aux mécanismes judiciaires ou extrajudiciaires, dont notamment afin de garantir un accès libre et égal à toute personne, collectivité ou peuple¹¹⁹⁴.

À cet égard, l'expérience récente de la mise en place du tribunal des revendications particulières semble des plus pertinentes et intéressantes, et pourrait être élargie ou étendue à d'autres domaines. Cette innovation s'apparente en effet à des mécanismes établis dans des contextes de justice transitionnelle. Il semble impératif de mener des analyses plus approfondies sur cette question, comme celle menée par Juliette Bail et Amélie Gravel¹¹⁹⁵, dont il sera question à la section vi. infra, et que cela se fasse en collaboration avec les peuples autochtones intéressés.

iv. Réparer de façon intégrale et prendre action pour le bien-être de tous et toutes au sein d'un Canada plurinational

La réparation intégrale, incluant les garanties de non-répétition, est le troisième pilier de la justice transitionnelle. Elle « vise à rétablir des relations de confiance au sein de la société, et elle cherche à établir les bases de processus qui empêcheront la répétition du drame » qui a affecté une société¹¹⁹⁶.

La Cour interaméricaine est claire à cet égard : « la réparation intégrale d'une violation d'un droit protégé [...] ne peut être réduite au versement d'une indemnité »¹¹⁹⁷.

Elle a ainsi affirmé que « [a]dequate reparation [...] requires measures of rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition »¹¹⁹⁸. De ce fait, tout acte de réparation de la part de l'État devrait, là où il est pertinent, inclure « a statement of State responsibility for the violation of rights [...] », ainsi que des éléments qui ont trait à la vérité, la justice et « the historical memory, or measures to guarantee non-repetition »¹¹⁹⁹.

1192 Inuit Tapiriit Kanatami, *supra* note 309 à la p 8.

1193 *Ibid* à la p 5.

1194 *Affaire Buzos Miskitos*, *supra* note 821 au para 50.

1195 Bail et Gravel, *supra* note 1090.

1196 *Affaire El Mozote*, *supra* note 1126, opinion concordante du juge D. García-Sayán, opinion majoritaire à laquelle quatre autres juges ont adhéré, au para 32.

1197 *Affaire du Massacre de Mapiripán (Colombie)* (2005), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 134 au para 214.

1198 En plus de réparations pécuniaires pour les dommages matériels et moraux subies, la Cour a ordonné comme réparations visant la satisfaction et non-répétition, en fonction du contexte, des faits et des violations trouvées, que: l'État procède avec diligence afin, d'office, d'investiguer, juger et sanctionner les responsables de violations graves aux droits humains, modifie des lois et règlements nationaux afin d'adapter son ordre juridique interne avec le droit international des droits humains, adopte des mesures visant à déterminer la vérité et préserver la mémoire, entame d'office des recherches et identifie les restes humains des victimes, crée une page en ligne afin de faciliter la recherche de personnes portées disparues, qualifie d'infraction criminelle la disparition forcée d'une personne, met en place des programmes de formations pour les fonctionnaires de l'État, promeut l'éducation et la connaissance de la part de toute la société par rapport aux droits humains et crimes du passé, offre des traitements et services médicaux et psychologiques aux familles et victimes de violations de droits humains, fasse des excuses publiques et reconnaisse pleinement la responsabilité de l'État, offre des bourses et appuis financiers aux victimes et à leur famille, garantisse un accès public aux archives étatiques, et absolve et rende sans effet des condamnations qui furent livrées en violation du droit international des humains à l'encontre de victimes. Voir *Affaire du massacre Ituango (Colombie)* (2006), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 148 au para 341. Voir par ex *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 15: Justicia Transicional*, Inter-Am Ct HR, 2020, en ligne : <<https://www.corteidh.or.cr/publicaciones.cfm?lang=en>>.

1199 *Ibid* au para 337.

Évidemment, dans les cas de violations des droits humains, le devoir de réparation est une obligation qui incombe à l'État. Ainsi, bien que les victimes ou leurs proches doivent avoir la possibilité d'entreprendre leurs propres démarches afin d'obtenir une juste compensation, la réparation intégrale du préjudice subi en raison de la violation de leurs droits humains ne peut reposer uniquement sur leurs propres initiatives procédurales ou sur leur apport privé d'éléments de preuve¹²⁰⁰. En effet, c'est à l'État d'adopter toutes les mesures visant à remédier aux violations¹²⁰¹. L'État « has the non-derogable duty to directly provide redress to the victims of human rights violations », et il doit s'assurer que « the reparation claims formulated by the victims of grave human rights violations and their next of kin do not encounter excessive procedural burdens or obstacles that could present an impediment or obstruction to the satisfaction of their rights »¹²⁰².

Évidemment, l'adoption de mesures de réparations dans un contexte de vastes violations est un processus difficile qui présente de nombreux défis et parfois des impossibilités matérielles¹²⁰³. Il peut s'avérer complexe pour l'État de remettre les personnes à l'état d'être qui prévalait avant que ne soient commises les violations, au *statu quo ante*¹²⁰⁴.

De ce fait,

*societies can demand that mechanisms exist that are complementary to the obligation of criminal justice and that satisfy the aspirations of the victims to a greater or lesser extent. Truth commissions, instruments for integral reparation, mechanisms to provide care and attention, the protection of vulnerable populations, purges in the public sector, and institutional reforms are some of the options that legislators and leaders have when deciding State policies, in combination with the application of criminal justice developed within a framework of weighing the elements*¹²⁰⁵.

Des expériences intéressantes de mise en place de telles mesures de réparations au Chili, en Colombie et en Équateur ont été traitées par le Système interaméricain, entre autres en ce qui a trait aux programmes de réparation administrative visant à faciliter l'accès des personnes à des réparations appropriées, et l'adoption de mesures réparatrices de la part de ministères ou d'organes étatiques pertinents¹²⁰⁶. À ce sujet, la Cour interaméricaine a considéré que

*in transitional justice scenarios, in which the States must assume their duty to provide massive reparations to numbers of victims that may greatly exceed the capacities and possibilities of the domestic courts, administrative reparation programs constitute one of the legitimate ways of satisfying the right to reparation. In such contexts, these reparation measures must be understood in conjunction with other truth and justice measures, provided that they comply with a series of requirements related, inter alia, to their legitimacy and effective capacity for comprehensive reparation. The fact of combining administrative and judicial reparations, according to each State, can be understood as different (exclusive) or complementary in nature and, in this sense, what is granted in one sphere could be taken into account in the other*¹²⁰⁷.

1200 Voir *Affaire Pueblo Bello*, supra note 623 au para 209; *Affaire Goiburú et al (Paraguay)* (2006), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 152 au para 122; *Affaire García Lucero et al (Chili)* (2013), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°267 au para 183.

1201 Voir para ex Le mot « lois » à l'article 30 de la *Convention américaine des droits de l'homme* (1986), Avis consultatif OC-6/86, Inter-Am Ct HR (Sér A) no 6 aux paras 23-37; Avis consultatif OC-8/87, supra note 150 au para 20-26; Avis consultatif OC-9/87, supra note 150 au para 35-37.

1202 *Affaire Rochela*, supra note 623 au para 198.

1203 *Affaire El Mozote*, supra note 1126, opinion concordante du juge D. García-Sayán, opinion majoritaire à laquelle quatre autres juges ont adhéré, au para 33.

1204 *Ibid* au para 33.

1205 *Ibid* au para 36.

1206 Voir par ex *Affaire Vásquez Durand et autres (Équateur)* (2017), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°332; *Affaire Órdenes Guerra et al (Chili)* (2018), Inter-Am Ct HR (Sér C) no372 [*Affaire Órdenes Guerra*]; *Follow-up of Recommendations issued by the IACHR in its Country or Thematic Reports: Colombia*, Inter-Am Comm HR, Rapport annuel, chapitre V, 2021.

1207 En ce qui concerne le critère de la légitimité des réparations administratives, la Cour interaméricaine précise que les facteurs suivants devraient être pris en compte : « the consultation with and participation of the victims; their adoption in good faith; the degree of social inclusion they allow; the reasonableness and proportionality of the pecuniary measures; the type of reasons given to provide reparations by family group and not individually; the distribution criteria among members of a family (succession order or percentages); parameters for a fair distribution that take into account the position of the women among the members of the family or other differentiated aspects, such as whether the land and other means of production are owned collectively. » Voir *Affaire Órdenes Guerra*, supra note 1206 au para 98; *Affaire des communautés afro-colombiennes déplacées du bassin de la rivière Cacarica (ou l'Affaire de l'opération Genesis) (Colombie)* (2013), Inter-Am Ct HR (Sér C) no 270 au para 470.

Au Canada, l'adoption d'une politique globale de la part des gouvernements FPT pourrait s'inspirer de cette jurisprudence et de l'expérience d'États des Amériques afin d'assurer qu'il y ait réparation dans plusieurs domaines essentiels pour les peuples autochtones, tels que ceux déjà énoncés dans les divers rapports publiés au cours des dernières années. La mise en place d'une politique globale de réparation mobilisant *tout l'appareil étatique* pourrait assurer qu'il y ait un accès facilité, rapide et efficace à différents types de réparation, pourrait garantir que les fonds appropriés soient prévus afin de rendre possible un tel processus et permettrait de le soustraire, dans la mesure du possible, aux considérations politiques de court terme.

v. *Adopter une justice transitionnelle fondée sur les droits humains telle que conçue par les peuples autochtones et mettre de l'avant les droits de différentes natures*

Dans son rapport *Rêver ensemble : Rapport relatif au dialogue sur les peuples autochtones et les droits de la personne*, la Commission ontarienne des droits de la personne a affirmé qu'

[u]ne grande partie de la discussion a porté sur diverses perspectives autochtones relatives aux droits de la personne, y compris les points forts et faibles des droits de la personne en tant que cadre d'action, et sur la façon dont le droit, les visions du monde et les constitutions autochtones pourraient se rapporter et contribuer à l'évolution continue des droits de la personne¹²⁰⁸.

Dans le cadre de ce dialogue, plusieurs doutes et critiques ont été soulevés. Notamment, la Commission ontarienne a indiqué que de « nombreuses personnes ont attiré l'attention sur les postulats coloniaux à l'origine des lois relatives aux droits de la personne », et que

[l]a philosophie libérale occidentale des droits de la personne s'articule principalement autour des droits des personnes en regard de l'État. Par conséquent, le paradigme libéral occidental de protection des droits a eu tendance à négliger les obligations positives en matière de droits (p. ex. l'obligation de l'État de promouvoir l'égalité plutôt que d'uniquement protéger les personnes contre la discrimination), ainsi que les responsabilités et droits collectifs¹²⁰⁹.

En comparaison avec d'autres États des Amériques, cette situation semble particulièrement criante au Canada, du fait que les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux demeurent difficilement justiciables¹²¹⁰.

Plus de quarante années après l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit à la vie, à la sécurité et à la liberté, le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruelles et inusitées, et le droit à l'égalité n'ont su être lus de telle sorte à accorder une quelconque protection en matière de droits économiques, sociaux, culturels ou environnementaux¹²¹¹.

1208 Commission ontarienne des droits de la personne, *Rêver ensemble*, supra note 1110 à la p 14.

1209 *Ibid* à la p 19.

1210 Voir par ex Christine Vézina et Margaux Gay, « Présentation : culture juridique des droits de la personne et justiciabilité des droits sociaux : nouvelles perspectives » (2020) 61:2 C de D 277; Jackman, Martha, « Un pas en avant, deux pas en arrière : la pauvreté, la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'héritage de l'affaire Gosselin c. Québec », (2020) 61:2 C de D 427; Miriam Cohen et Martin-Olivier Dagenais, « The Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in Canada: Between Utopia and Reality » (2021) 7:1 Const Rev 26; Kerri Froc, « Immutability Hauntings: Socioeconomic Status and Women's Right to Just Conditions of Work under Section 15 of the Charter » dans Bruce Porter et Martha Jackman, dir, *Advancing Social Rights in Canada*, Toronto, Irwin Law, 2014, 187; Judy Fudge, « Substantive Equality, the Supreme Court of Canada, and the Limits to Redistribution » (2007) 23:2 SAJHR 235; Mirja A. Trilsch, « Les droits sociaux et économiques en tant que droits fondamentaux – Rapport national : Canada », Rapport pour présentation au Rapporteur Général en préparation du 19e Congrès international de droit comparé à Vienne, juillet 2014; Martha Jackman et Bruce Porter, « Canada: Socio-Economic Rights Under the Canadian Charter » dans Malcolm Langford, dir, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 209 à la p 210; Martha Jackman et Bruce Porter, dir, « Introduction » dans *Advancing Social Rights in Canada*, Toronto: Irwin Law, 2014, 1. À ce sujet, dans l'une de ses dissidences, la juge Bertha Wilson indiquait qu'« [i]l est clair que l'une des réalités de la vie moderne est que le pouvoir « privé », lorsqu'il est laissé incontrôlé, peut donner lieu et donne lieu à des problèmes qui sont incompatibles avec la conception canadienne d'une société juste. La pression toujours plus grande en faveur de l'adoption de lois sur les droits de la personne et l'adoption de celles-ci en témoignent clairement. La société canadienne est prête à accueillir et à demander l'aide de l'État à l'égard de plusieurs problèmes sociaux, politiques et économiques qui ont à l'occasion ravagé nos collectivités. Le gouvernement canadien n'a donc jamais été perçu comme un monument d'oppression, mais plutôt comme ayant un rôle salutaire et protecteur à jouer. » Voir *Mckinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 RCS 229 à la p 357.

1211 Voir Commission des droits économiques, sociaux et culturels, *Examen des rapports soumis par les États parties en application des articles 16 et 17 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : Sixième rapport périodique des États parties attendus en 2010 : Canada*, reçu le 17 octobre 2012, Doc off NU ECOSOC E/C.12/CAN/6, 23 avril 2014; Conseil économique et social, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Canada*, Doc off NU ECOSOC E/C.12/CAN/CO/6, 23 mars 2016.

De fait, Martha Jackman a fait remarquer qu'au Canada, la jurisprudence est à l'effet que les personnes en situation d'itinérance ou sans domicile fixe ont le droit de dormir dehors la nuit dans une boîte de carton, mais non pas le droit à un logement ou à d'autres services de base¹²¹². D'autres personnes ont aussi fait remarquer que, selon la Cour suprême, les Canadien.nes ont le droit d'avoir accès à un système privé de santé puisque les temps d'attente s'avèrent être trop longs, mais ne peuvent exiger des gouvernements FPT que le système public offre des soins rapides et adéquats¹²¹³. Il appert que

Les DESC demeurent les « pauvres droits » du droit constitutionnel canadien et quasi constitutionnel québécois, et ce, en dépit des critiques répétées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, chargé du suivi de la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC). Cette formulation, devenue banale, traduit pourtant un constat d'une gravissime importance. Celui de l'exclusion systémique de toute protection, par la voie des textes fondamentaux, dans le cas des personnes aux prises avec des vulnérabilités socioéconomiques protéiforme¹²¹⁴.

Le Bureau du commissaire aux droits de la personne de la Colombie-Britannique ne pourrait être plus clair dans son évaluation de la situation : « economic, social and cultural rights, such as adequate and meaningful access to basic necessities like food, water and housing are routinely violated »¹²¹⁵.

Similairement, la Commission canadienne des droits de la personne a avancé que

there is an ongoing failure in Canada to take ESC rights seriously, to understand these rights as human rights, and to implement them in a meaningful way. [...] [S]tructural and institutional reform is necessary to ensure that systemic ESC rights issues are justiciable and can be effectively claimed, which could include possible legislative amendments¹²¹⁶.

Dit simplement, en droit canadien, l'État ne peut violer ou entraver les droits des personnes, collectivités ou peuples, mais il y a très peu, voire quasiment aucune, obligation de garantir une qualité de vie minimale à ceux-ci. Pour plusieurs, la dignité humaine semble cesser là où les obligations positives de l'État commencent.

Plus spécifiquement, quant aux droits économiques, sociaux, culturels ou environnementaux des peuples autochtones, l'une des recommandations fondamentales présentées par la Commission ontarienne des droits de la personne consiste à insister davantage sur les responsabilités et droits collectifs dans les lois et politiques canadiennes relatives aux droits de la personne, en s'inspirant de la DNUDPA [Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones]. Les participant.es ont aussi sommé les organismes de défense des droits de la personne de sensibiliser davantage les membres du public aux droits collectifs au moyen de l'éducation publique. [...] Nous avons également entendu des critiques à l'endroit de la nature réactionnaire de l'application des droits de la personne¹²¹⁷. Un témoin indiquait à la Commission que :

Les [membres du gouvernement et du public] ne peuvent pas comprendre comment fonctionnent les droits collectifs, comment les personnes existent au sein de ce collectif, comment elles peuvent revendiquer des droits collectifs et comment ces droits ne font pas opposition aux droits individuels. Les commissions des droits de la personne pourraient peut-être aider le gouvernement à le comprendre; à comprendre que ces droits ne s'opposent pas aux droits individuels. Ils ont de la difficulté avec ça, au-delà des questions de chasse et de pêche. [Leur vision] est tellement individualiste [...] C'est donc le type d'alliance que les commissions pourraient nouer¹²¹⁸.

1212 Martha Jackman, « Charter Remedies for Socio-economic Rights Violations: Sleeping Under a Box? », CIAJ 2009 Annual Conference 279.

1213 Voir par ex Geneviève Tremblay McCaig, « L'Affaire Chaoulli c. Procureur General du Québec: appartient-il aux tribunaux de remettre en question les objectifs politiques qui modèlent le système de santé? » (2007) 41:1 RJT ns 157; Marie-Claude Prémont, « Affaire Chaoulli et le système de santé du Québec: cherchez l'erreur, cherchez la raison » (2005) 51:1 McGill LJ 167; Bruce Porter, « A right to health care in Canada: Only if you can pay for it » (2005) 64 ESR Review 8.

1214 Christine Vézina et Margaux Gay, « Présentation : culture juridique des droits de la personne et justiciabilité des droits sociaux : nouvelles perspectives » (2020) 61:2 C de D 277 aux pp 278-279 emphase ajoutée.

1215 Bureau du commissaire aux droits de la personne de la Colombie-Britannique, *List of Issues Prior to Reporting (LOIPR) for Canada's 7th periodic: Present to: Pre-Sessional Working Group of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights United Nations Office of the High Commissioner of Human Rights*, 4 février 2020 au para 4, en ligne: OHCHR <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=CAN&Lang=FR>.

1216 Commission canadienne des droits de la personne, *Submission to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights in Advance of the Committee's Development of the List of Issues Prior to Reporting for Canada's 7th Periodic Review*, janvier 2020 à la p 4.

1217 Commission ontarienne des droits de la personne, *Rêver ensemble*, supra note 1110 à la p 20.

1218 *Ibid.*

À cet effet, le rapport *Expanding Our Vision* présenté au Tribunal des droits de la personne de Colombie-Britannique rappelle que

[f]or a human rights framework and process to have legitimacy with Indigenous Peoples, it cannot further the denial and exclusion of Indigenous laws. Article 40 of UNDRIP calls for “effective remedies for all infringements of their individual and collective rights” with consideration of “the customs, traditions, rules and legal systems of the indigenous peoples concerned and international human rights”¹²¹⁹.

En effet, « Indigenous Peoples talked of the need for human rights protection in all aspects of their lived experiences. The lack of basic human needs such as water and housing; or access to justice or protection of the law were seen to undermine the credibility of the human rights framework »¹²²⁰.

Pour la Commission ontarienne, les approches actuelles adoptées au Canada pour garantir les droits humains semblent en effet incapables

de satisfaire convenablement les besoins fondamentaux de première nécessité comme la sécurité alimentaire et l'accès à l'eau propre et à un logement salubre. De nombreuses personnes ont qualifié ces besoins de questions de première importance pour les communautés autochtones qui ne font pas l'objet d'un traitement adéquat de la part des lois relatives aux droits de la personne du pays¹²²¹.

Parmi les différentes visions et conceptions normatives qui pourraient guider des réformes en la matière, la Commission ontarienne s'est référée aux rapports du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones S. James Anaya et à son allocution dans le cadre du processus de dialogue entrepris par celle-ci. Anaya :

croyait en l'habilité du discours relatif aux droits de la personne de tenir compte d'une variété d'interprétations et de visions du monde concomitantes. Il a mis en lumière la contribution distincte des peuples autochtones à l'interprétation et à l'évolution des droits de la personne, dont les 46 articles de la DNUDPA, qu'il a regroupés selon cinq catégories de droits :

- *le droit à l'égalité*
- *le droit à l'autodétermination et à la participation à la vie politique*
- *les droits à l'intégrité culturelle, laquelle inclut la langue, la culture et*
- *la tradition spirituelle*
- *le droit à la terre et à la propriété*
- *les droits à la justice économique et sociale¹²²².*

En outre, «[d]e nombreuses personnes ont réitéré de façon similaire la valeur stratégique de la DNUDPA, non seulement en tant qu'instrument relatif aux droits de la personne, mais également en tant que "cadre de décolonisation des relations entre les peuples autochtones et l'État" et de promotion de la réconciliation de façon plus générale»¹²²³.

À ce sujet, la jurisprudence du Système interaméricain de protection des droits humains peut être d'un grand secours puisqu'elle a connu deux étapes distinctes quant à la protection des droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux (DESCE), et que toutes deux offrent des pistes de réflexion pertinentes pour le Canada.

1219 Ardith Walpetko We'dalx Walkem, QC, Cedar and Sage Law, *Expanding Our Vision*, supra note 1140 à la p 14.

1220 *Ibid* à la p 11 [emphasis ajoutée].

1221 Commission ontarienne des droits de la personne, *Rêver ensemble*, supra note 1110 à la p 42 [emphasis ajoutée].

1222 *Ibid* à la p 28.

1223 *Ibid* à la p 29.

À la base de ces évolutions, il importe de dénoter que le Système interaméricain a travaillé « diligently to defend the rights of groups of victims of historical or structural processes of discrimination » et, de plus en plus, a été confronté à des problèmes découlant de l'inégalité et de l'exclusion sociale¹²²⁴.

Ainsi, la jurisprudence développée « tends to a socially mindful reading of numerous civil rights in the American Convention [...] [recognizing] that certain social sectors live in disadvantaged structural conditions in accessing or exercising their basic rights »¹²²⁵. La sanction des violations aux droits humains « remet ainsi en cause l'ensemble de l'appareil étatique, dans ses fonctions législatives, ainsi que son organisation politique et institutionnelle »¹²²⁶.

Dans un premier temps, les DESC ont été « judiciarisés » dans la jurisprudence interaméricaine par (i) l'intégration des éléments de ces droits dans les cas de violations alléguées de droits civils et politiques, et (ii) la protection indirecte de ces droits dans des cas liés au respect des garanties procédurales et à l'interdiction de la discrimination¹²²⁷. Une des grandes avancées du Système interaméricain dans le cadre de cette première étape a été notamment la reconnaissance du droit à une vie digne. La Cour interaméricaine a ainsi reconnu que « le droit fondamental à la vie comprend, non seulement le droit de tout être humain de ne pas être privé arbitrairement de sa vie, mais aussi le droit de ne pas être empêché d'accéder aux conditions qui garantissent une existence digne »¹²²⁸.

À partir de ce concept, la Cour interaméricaine a pu conclure, par exemple, qu'un État était responsable de violations au droit à la vie digne en relation avec les droits à l'alimentation, à l'eau, à la santé et à l'éducation d'une communauté autochtone qui se trouvait dans une situation de pauvreté et ainsi de vulnérabilité particulière, principalement, en raison de l'absence de reconnaissance de son droit de propriété ancestral sur ces terres¹²²⁹. De manière similaire, la Cour constitutionnelle de la Colombie a soutenu de façon réitérée que

*le droit constitutionnel fondamental à la vie ne consacre pas la simple possibilité d'exister sans tenir compte des conditions dans lesquelles cela se fait, mais, au contraire, il implique la garantie d'une existence digne, ce qui suppose pour l'individu la plus grande possibilité de développer ses facultés corporelles et spirituelles, de sorte que toute circonstance qui entrave le développement normal de la personne, étant évitable d'une manière ou d'une autre, compromet le droit consacré par la Constitution*¹²³⁰.

Dans un second temps, la Cour interaméricaine est venue à reconnaître progressivement la « justiciabilité » directe des droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux. S'appuyant sur la jurisprudence et les constitutions des divers États des Amériques, ainsi que sur l'évolution du droit international des droits humains, la Cour interaméricaine s'est prononcée, dans le cadre de son *Avis consultatif no. 23* (2017), à l'effet que

[n]umerous points of interconnection arise from this relationship of interdependence and indivisibility between human rights, the environment, and sustainable development owing to which, as indicated by the Independent Expert [on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment], "all human rights are vulnerable to environmental degradation, in that the full enjoyment of all human rights depends on a supportive environment". (para. 154)

1224 Gabriela Kletzel et Camila Barretto Maia, « The Challenge of Complementarity in Latin America's New Institutional Architecture for Human Rights » dans Camila Barretto Maia et al, dir, *The Inter-American Human Rights System: Changing Times, Ongoing Challenges*, Washington, Due Process of Law Foundation, 2016 9 à la p 9; Abramovich, *supra* note 281 à la p 16; Laurence Burgogues-Larsen, « Les méthodes d'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : Justice in Context » (2014) 97 Rev trimestrielle des droits de l'homme 23 à la p 48.

1225 Abramovich, *supra* note 281 à la p 16.

1226 Elise Hansbury et Bernard Duhaime, « Les enjeux de la corruption sur le continent américain: Une réflexion sur le rôle du Système interaméricain de protection des droits humains dans la consolidation des politiques de lutte contre la corruption » (2014) 52 Can YB Intl Law 77 aux pp 105-106.

1227 Voir à ce sujet Duhaime et Hansbury, « Les DESC », *supra* note 288.; Duhaime, « L'OEA et le Protocole de San Salvador », *supra* note 817; Duhaime, « Le Système interaméricain », *supra* note 278; César Rodríguez-Garavito, « Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socio-Economic Rights in Latin America » (2011) 89:7 Tex L Rev 1669.

1228 *Affaire des enfants de la rue (Villagrán Morales et al.) (Guatemala)* (1999) Inter-Am Ct HR (Sér C) no 63 au para 144.

1229 *Communauté autochtone Xákmok Kásek (Paraguay)* (2010), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°214 aux para 186-217.

1230 Cour constitutionnelle de la Colombie, *Sentencia T-444/99: Luz Marina Mahecha Zárate*, Expediente T-209161, 10 juin 1999.

La Cour interaméricaine a ainsi reconnu la justiciabilité de nombreux DESC dans le cadre d'affaires contentieuses, dont entre autres les droits au travail¹²³¹, à des conditions équitables et satisfaisantes visant à assurer les droits des travailleurs.euses¹²³², à la grève¹²³³, à la santé¹²³⁴, à un environnement sain¹²³⁵, à la sécurité sociale¹²³⁶, à une alimentation adéquate¹²³⁷, à l'eau¹²³⁸ et à la participation à la vie culturelle¹²³⁹.

En outre, il s'avère pertinent de rappeler que plusieurs États des Amériques consacrent aujourd'hui dans leur constitution des droits sociaux, économiques, culturels et environnementaux. Par exemple, au Guatemala, le droit à l'eau est protégé par la constitution et son contenu a été principalement développé par les cours, entre autres dans le cadre d'une affaire portant sur le droit de la communauté Poqomam de Chinautla d'avoir accès à l'eau en quantité et qualité suffisante, et ce de façon facilement accessible¹²⁴⁰.

La réflexion portant sur le besoin de reconnaître la justiciabilité des DESCE et une meilleure protection de ceux-ci au Canada, en particulier pour les peuples autochtones, doit inévitablement s'informer des traditions et normativités autochtones en la matière, y compris au regard de la *Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones*.

Ainsi, le *First Nations Leadership Council of British Columbia* a rappelé la nature historique et inhérente des droits inhérents aux peuples autochtones en déclarant que:

Our title and rights as Indigenous Peoples are inherent and have been cared for and passed along to us by our ancestors. Our title and rights are tied to our unique and deep connection to our homelands, water and other resources. Indigenous Nations and peoples pre-existed the arrival of settlers, and continue to exist today with their own laws, governments, political structures, social orders, territories and rights inherited from their ancestors. Included among these are the inherent rights of self-determination and self-government. Our rights are not contingent on recognition by the Crown or others and are not dependent on the Constitution, court declaration or agreement for their existence or application. Rather, they are reflected in and supported by section 35 of the Constitution Act, 1982 and other key instruments such as the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples¹²⁴¹.

Par ailleurs, Cheryl Knockwood, présidente de la *Nova Scotia Human Rights Commission* et membre de la Nation Mi'kmaq, affirmait à ce sujet que :

For Indigenous nations, the adoption of UNDRIP means the full implementation of self-determination and of Aboriginal and treaty rights. Indigenous nations, such as the Mi'kmaq, have been doing the hard work to ensure rights recognition and implementation since before Confederation. For the Mi'kmaq, treaty negotiations began in the 1700s, and the Mi'kmaq have been advocating for, negotiating and litigating their rights ever since. The Mi'kmaq are ready to continue doing the hard work to ensure UNDRIP is recognized and implemented in Canada. [...] UNDRIP provides a beacon of hope for the Mi'kmaq Nation. It is hopeful that with Canada's implementation of UNDRIP, Canada's relationship with the Mi'kmaq and other Indigenous nations can truly move toward reconciliation. The work does not need to be difficult if Canada fulfills its legal and ethical obligations to the Mi'kmaq¹²⁴².

1231 *Affaire Lagos del Campo*, supra note 288; *Affaire Petroperú*, supra note 288; *Affaire San Miguel Sosa*, supra note 2882.

1232 *Affaire Spoltore*, supra note 288.

1233 *Affaire Extrabajadores*, supra note 288.

1234 *Affaire Poblete Vilches*, supra note 288; *Affaire Cuscul Pivaraal*, supra note 288.

1235 Avis consultatif OC-23/17, supra note 288; *Affaire Lhaka Honhat*, supra note 288.

1236 *Affaire Muelle Flores*, supra note 288; *Affaire ANCEJUB-SUNAT*, supra note 288.

1237 *Affaire Lhaka Honhat*, supra note 288.

1238 *Ibid.*

1239 *Ibid.*

1240 Guatemala, Corte de Constitucionalidad, *Expediente 5764-2019*, 10 juin 2019.

1241 First Nations Leadership Council of British Columbia, *Recognition and Implementation of Rights Forum Generated by BC Chiefs and Leadership*, April 12, 2018, cité dans First Nations Leadership Council of British Columbia, *Information Package for All Chiefs Meeting: Proposed Federal Recognition and Implementation of Rights Framework*, 26 juin 2018 à la p 5.

1242 Cheryl Knockwood, «UNDRIP as a Catalyst for Aboriginal and Treaty Rights Implementation and Reconciliation» dans Centre for International Governance Innovation, dir, *UNDRIP Implementation: Braiding International, Domestic and Indigenous Laws*, 2017 20 à la p 82.

vi. Améliorer le fonctionnement du Tribunal des revendications particulières et en étendre la juridiction

Le Tribunal des revendications particulières¹²⁴³ est une instance quasi judiciaire établie en 2008 pour traiter spécifiquement de réclamations formulées par certaines communautés autochtones se rapportant à des violations alléguées commises par les autorités canadiennes¹²⁴⁴.

Cette institution a été créée suite à l'adoption de la « Politique des revendications particulières »¹²⁴⁵ (qui visait « à régler les revendications qui portent sur le non-respect des traités et à la mauvaise administration, par le gouvernement fédéral, des terres de réserve, des fonds des bandes et des autres biens des Indiens »¹²⁴⁶), de même que la mise sur pied de la Commission des revendications particulières¹²⁴⁷ et l'adoption de la *Loi sur le règlement des revendications particulières*¹²⁴⁸ qui avaient le même objectif.

Plusieurs critiques avaient été formulées¹²⁴⁹ à l'encontre de ces initiatives puisqu'elles avaient été imposées aux peuples autochtones, puisque les autorités gouvernementales y agissaient comme juge et partie, et puisqu'elles ne correspondaient pas aux attentes des peuples autochtones.

Le Tribunal des revendications particulières (TRP), quant à lui, a été établi en collaboration avec l'Assemblée des Premières Nations¹²⁵⁰, est composé de juges fédéraux et vise à être une entité équitable, impartiale, et indépendante du gouvernement canadien¹²⁵¹. Ces juges se penchent « sur les revendications qui n'ont pas été acceptées en vue de la négociation d'un règlement dans un délai de trois ans ou qui, à la suite d'une acceptation, ont fait l'objet de négociations pendant trois ans sans aboutir à un règlement »¹²⁵².

Sa juridiction porte sur

- a) l'inexécution d'une obligation légale de Sa Majesté liée à la fourniture d'une terre ou de tout autre élément d'actif en vertu d'un traité ou de tout autre accord conclu entre la première nation et Sa Majesté;
- b) la violation d'une obligation légale de Sa Majesté découlant de la *Loi sur les Indiens* ou de tout autre texte législatif — relatif aux Indiens ou aux terres réservées pour les Indiens — du Canada ou d'une colonie de la Grande-Bretagne dont au moins une portion fait maintenant partie du Canada;
- c) la violation d'une obligation légale de Sa Majesté découlant de la fourniture ou de la non-fourniture de terres d'une réserve — notamment un engagement unilatéral donnant lieu à une obligation fiduciaire légale — ou de l'administration par Sa Majesté de terres d'une réserve, ou de l'administration par elle de l'argent des Indiens ou de tout autre élément d'actif de la première nation;
- d) la location ou la disposition, sans droit, par Sa Majesté, de terres d'une réserve;
- e) l'absence de compensation adéquate pour la prise ou l'endommagement, en vertu d'un pouvoir légal, de terres d'une réserve par Sa Majesté ou un organisme fédéral;
- f) la fraude, de la part d'un employé ou mandataire de Sa Majesté, relativement à l'acquisition, à la location ou à la disposition de terres d'une réserve¹²⁵³.

1243 Voir généralement Bail et Gravel, *supra* note 1090. Voir aussi Jane Dickson, *By Law or In Justice: the Indian Specific Claims Commission and the Struggle for Indigenous Justice*, Vancouver, Purich Books, 2018.

1244 PL C-30, *Loi constituant le Tribunal des revendications particulières et modifiant certaines lois en conséquence*, 2e sess, 39e lég, 2007-2008 (sanctionné le 18 juin 2008), LC 2008, c 22 [*Loi sur le TRP*].

1245 Canada, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, *Dossier en souffrance: Une politique des revendications des autochtones - Revendications particulières*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1982.

1246 Thierry Rodon, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2019 à la p 166.

1247 Canada, Commission des revendications particulières des Indiens, *Un apport unique au règlement des revendications particulières des Premières Nations au Canada*, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2009 à la p 5.

1248 PL C-6, *Loi constituant le Centre canadien du règlement indépendant des revendications particulières des Premières Nations en vue de perme*

1249 Voir entre autres Canada, National Claims Research Directors, *In bad faith: Justice at last and Canada's failure to resolve specific claims* (Rapport conjoint présenté au premier ministre), 9 mars 2015 aux pp 6-7, en ligne: Union of BC Indian Chiefs <www.ubcic.bc.ca> [*In bad faith*]. Voir aussi Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol 2, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1996 à la p 576.

1250 Ministère de la justice du Canada, communiqué, « Tribunal des revendications particulières – Renouvellement de mandat » (18 décembre 2015), en ligne: Gouvernement du Canada <www.canada.ca>.

1251 Dickson, *supra* note 1243 aux pp 149, 162.

1252 Canada, Tribunal des revendications particulières, *Mémoire présenté au Comité permanent des affaires autochtones et du Nord*, par l'honorable Harry Slade, 19 octobre 2017 au para 3, en ligne: Tribunal des revendications particulières <www.sct-trp.ca> [Mémoire au Comité permanent AANO]; *Loi sur le TRP*, *supra* note 1244, arts 6(2), 6(3), 6(4), 16(1).

1253 *Ibid* à l'art 14.

Comme l'ont démontré Bail et Gravel dans leur article de 2020, il est possible de se demander si le TRP, adopté dans la même période et dans le même esprit que la Commission de vérité et réconciliation, constitue une initiative de justice transitionnelle, visant à atteindre des objectifs de réparation, justice, vérité et garanties de non-répétition¹²⁵⁴.

En effet, il vise à remédier à des injustices historiques, nonobstant le droit applicable au moment des violations ou les règles de prescription possiblement applicables dans un cadre judiciaire strict. Comme le rappellent Bail et Gravel, [l]e gouvernement a utilisé son pouvoir répressif afin d'appauvrir les Premières Nations :

« L'inégalité et la pauvreté sont étroitement associées à la violence et aux violations de divers droits, y compris les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels ». Le droit de propriété des groupes autochtones sur leurs terres ancestrales fait partie des droits socioéconomiques, tout comme leur droit de bénéficier des ressources qui y sont présentes. Bien que la redistribution des terres dépossédées n'ait pas été considérée comme un mécanisme de justice transitionnelle à proprement dit, les mesures de réparation liées aux violations territoriales s'intègrent graduellement à la justice transitionnelle. Le gouvernement canadien a porté atteinte à la dignité des Premières Nations et a brisé le lien de confiance qui les unissait, en les traitant avec mépris et en leur niant un statut égal dans le cadre de leurs négociations. En « favoris[ant] les changements institutionnels nécessaires à une nouvelle relation au sein de la population », la justice transitionnelle pourrait offrir des réponses aux injustices historiques subies par les Premières Nations et favoriser le dialogue et la réconciliation entre elles et le gouvernement canadien¹²⁵⁵.

Les réparations offertes dans ce cadre permettent donc, dans une certaine mesure, de remplir l'un des objectifs de la justice transitionnelle, soit que justice soit rendue et que des réparations soient accordées.

Par contre, plusieurs critiques ont été formulées, y compris par Bail et Gravel, quant à divers aspects du fonctionnement du TRP. En effet, dans un premier temps, pour que le Tribunal puisse être saisi d'une affaire, les parties doivent avoir failli pendant trois ans à en arriver à une entente négociée, ou alors, les plaignant.es peuvent accéder au Tribunal pendant les négociations, mais seulement avec l'accord du ministre. Comme indiqué précédemment, le système de négociation atteste du rapport de force asymétrique entre le Canada et les Premières Nations¹²⁵⁶, puisque ce processus est long et coûteux et que les peuples autochtones, contrairement aux autorités publiques, ont des ressources et une capacité temporelle limitées.

D'autres aspects fonctionnels du TRP semblent problématiques. En effet, les réparations financières accordées ne peuvent dépasser 150 millions de dollars¹²⁵⁷, un montant établi en 2008, qui ne correspond plus à la réalité des compensations équitables demandées aujourd'hui. Comme l'indiquent Bail et Gravel,

la Loi sur le TRP lui interdit tous « dommages-intérêts exemplaires ou punitifs » et des indemnités pour « un dommage autre que pécuniaire, notamment un dommage sur le plan culturel ou spirituel ». Par conséquent, les Premières Nations ne peuvent saisir le tribunal si elles demandent autre chose qu'une indemnité pécuniaire et si la réparation demandée dépasse ce seuil de 150 millions de dollars. Comme le recommandent les experts du panel réunis pour examiner le TRP au nom de l'APN, des mécanismes devraient exister pour examiner les revendications évaluées à plus de 150 millions de dollars. Avec la lenteur du processus des revendications particulières, l'indisponibilité des terres, la prolongation de la violation des droits et donc l'augmentation des indemnités pécuniaires pour les Premières Nations, le rapport de l'APN met en avant que cette limite de 150 millions de dollars canadiens va exclure progressivement davantage de revendications. En effet, elles vont gagner de la valeur et ne seront plus admissibles. La réforme de la Loi sur le TRP que propose le Comité permanent des affaires autochtones revoit ce plafond de 150 millions de dollars canadiens. Repenser « les critères d'admissibilité des revendications particulières » est également nécessaire¹²⁵⁸.

1254 Bail et Gravel, *supra* note 1090.

1255 *Ibid* à la p. 163, citant Pablo de Greiff, Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, Doc off CDH NU, 30e sess, Doc NU A/HRC/30/42 (2015), au para 34; DUDH, *supra* note 251 à l'art 17; HCDH, « Transitional Justice and Economic, Social and Cultural Rights », Nations Unies, New York et Genève, 2014 à la p 7; DNÜDPA, *supra* note 50 à l'art 8; Marcos Zunino, *Justice Framed: A Genealogy of Transitional Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019 aux pp 212, 232; Nicola Henry, « From Reconciliation to Transitional Justice : The Contours of Redress Politics in Established Democracies » (2015) 9:2 Intl J Transitional Justice 199 aux pp 213-14; Dominique Leydet, « Autochtones et non-autochtones dans la négociation de nouveaux traités : enjeux et problèmes d'une politique de la reconnaissance » (2007) 2:8 Négociations 55 aux pp 59-60; Aimée Craft, « L'esprit des Traités : Le Traité comme Accord de partage » (30 avril 2018) à la p 5; et Éric Sottas, « Justice transitionnelle et sanction » (2008) 90:870 RICR 371 à la p 371.

1256 Voir aussi *In bad faith*, *supra* note 1249.

1257 *Loi sur le TRP*, *supra* note 1244 à l'art 20.

1258 Bail et Gravel, *supra* note 1090, à la p 171, citant *Loi sur le TRP*, *supra* note 1244, arts 20(1)(a), 20(1)(b), 20(1)(d)(i), 20(1)(d)(ii), 15(4); Canada, Assemblée des Premières Nations, *Specific Claims Review : Expert Based -Peoples Driven (rapport)*, par *Independent Expert Panel*, 15 mai 2015, aux pp 16 et 17 [*Exper Based – Peoples Driven*]; à Christian Nadeau, « Conflits de reconnaissance et justice transitionnelle » (2009) 28:3 Politique Soc 191 à la p 204e; et Canada, Comité permanent des affaires autochtones, « Vers le respect et la mise en oeuvre des droits fonciers des peuples autochtones » (février 2018) (présidente : L'honorable MaryAnn Mihychuk), aux pp 23, 24 et 69-71, en ligne: Chambre des communes du Canada (en italien) <www.noscommunes.ca> [«Droits fonciers des peuples autochtones»].

De plus, le financement public assurant le fonctionnement du TRP est lui-même inadéquat, tel que décrit par plusieurs, dont des juges du tribunal¹²⁵⁹. Rappelons que le nombre de six juges, prévu dans la *Loi sur le TRP*, n'est toujours pas atteint, avec seulement un membre nommé à temps plein et trois membres nommés à temps partiel¹²⁶⁰. Enfin, le TRP n'a plus la main sur ses procédures d'allocation des ressources, ce qui, selon plusieurs critiques autochtones, remet en question son indépendance, sa crédibilité et sa légitimité¹²⁶¹.

Le TRP permet aussi de viser un autre objectif important de la justice transitionnelle puisque ses procédures permettent non seulement la soumission de documentation, mais aussi la présentation de témoignages¹²⁶², y compris ceux des victimes, des aîné.es autochtones qui peuvent transmettre faits et savoir de la tradition orale, de même que ceux d'expert.es pouvant fournir une mise en contexte, y compris sur le plan historique. Ces procédures contradictoires¹²⁶³ permettent ainsi la construction du récit de la vérité, qui est par la suite repris dans les décisions écrites publiées par le Tribunal¹²⁶⁴.

Considérant la nature des affaires entendues, celles-là font généralement état du contexte historique, de même que des violations subies et des négociations des traités, le cas échéant¹²⁶⁵.

Sa principale contribution à l'établissement de la vérité est sans aucun doute le fait que le TRP tient des audiences sur place, au sein des communautés visées par les revendicateur.trices pour y recueillir les témoignages, ce qui permet non seulement aux membres de la communauté d'assister aux débats, mais facilite également la participation directe des aîné.es aux travaux du TRP¹²⁶⁶. En tant que porteur.ses de mémoire et de l'histoire orale des communautés, ceux-ci et celles-ci peuvent contribuer d'une façon inestimable à la documentation de la vérité par le TRP.

Enfin, la publication et la diffusion des décisions du Tribunal contribuent également à l'exercice de ce droit de même que du droit à la mémoire des communautés et des Canadien.nes en général¹²⁶⁷.

Nonobstant ces avantages importants, plusieurs aspects du fonctionnement du TRP se rapportant au droit à la vérité posent problème. Comme l'indiquent Bail et Gravel, les lourdeurs procédurales pour entamer une revendication, et plus particulièrement pour présenter certains éléments de preuve, ont fait l'objet de critiques¹²⁶⁸:

[C]onsidérant que certaines revendications concernent des terres cédées il y a plus d'un siècle, cette documentation peut être difficile à recueillir. Il existe donc un risque que certaines communautés ne puissent faire valoir leurs revendications en raison d'un manque de ressources. Ainsi, plusieurs dossiers demeureront dans l'oubli et n'auront pas la chance d'être portés à la connaissance de la société¹²⁶⁹.

1259 Tribunal des revendications particulières du Canada, communiqué, «Le Tribunal des revendications particulières prêt à recevoir des revendications» (7 juin 2011), en ligne : <www.sct-trp.ca>; Harry Slade, «Message du Président» (23 juin 2011), en ligne : Tribunal des revendications particulières <www.sct-trp.ca>. Voir aussi «Droits fonciers des peuples autochtones», *supra* note 1258 aux pp 23-24; Canada, Tribunal des revendications particulières, *Exposé devant être présenté à l'honorable Bernard Valcourt, ministre des Affaires autochtones et du développement du Nord canadien (rapport annuel)*, par l'honorable Harry A Slade, 30 septembre 2014 à la p 5 [Exposé au ministre des AADNC], à la p. 2.

1260 Membres» (dernière modification le 23 avril 2021), en ligne : Tribunal des revendications particulières <www.sct-trp.ca>.

1261 *In bad faith*, *supra* note 1249 à la p 26. Voir aussi «Droits fonciers des peuples autochtones», *supra* note 1258 aux pp 2-4.

1262 *Loi sur le TRP*, *supra* note 1244 à l'art 13(1)b).

1263 *Ibid* à l'art 28; *Règles de procédure du Tribunal des revendications particulières*, DORS/2011-119, art 106 [*Règles de procédure du TRP*], arts 81, 85-93, 100.

1264 *Loi sur le TRP*, *supra* note 1244 à l'art. 33.

1265 Voir par exemple *We Wai Kai Nation v R*, 2019 SCTC 4 ou *Les Innus de Uashat mak Mani-Utenam c R*, 2020 TRPC .

1266 Voir par exemple Canada, Tribunal des revendications particulières, *Rapport annuel 2019-2020*, Ottawa, Greffe du Tribunal des revendications particulières, 2020 à la p 13, en ligne (pdf) : Tribunal des revendications particulières <www.sct-trp.ca>.

1267 Duhaime, «Les disparitions forcées», *supra* note 777.

1268 Selon le National Claims Research Directors les demandeurs autochtones doivent se soumettre à des «rigorous rules of document production well above litigation standards, including providing transcripts of a substantial portion of historical document collections», alors que l'État «routinely produces substandard documents that contravene the Minimum Standard», voir *In bad faith*, *supra* note 1249 à la p 10.

1269 Bail et Gravel, *supra* note 1090 à la p. 174.

Enfin, bien que les décisions du TRP soient publiées et donc accessibles au public, la diffusion de ces résultats au sein de la population canadienne en général peut parfois sembler problématique¹²⁷⁰.

Sur le plan de l'établissement de garanties de non-répétition – autre exigence importante des processus de justice transitionnelle – l'attitude du Canada face aux revendications particulières, y compris suite à des décisions du TRP, fait l'objet de critiques importantes. Comme l'indiquait l'Honorable Patrick Smith, juge du TRP, le Canada, notamment dans sa manière de régler les revendications de faible valeur, a un comportement «paternaliste, intéress[é], arbitraire et irrespectueu[x] des Premières Nations»¹²⁷¹. Pour certain.es, il est important que «le Canada prenne enfin en compte les critiques du processus et du TRP et repense les institutions pour les revendications particulières»¹²⁷².

Ce rapide survol permet donc d'envisager que, moyennant certaines réformes, le TRP pourrait constituer un mécanisme intéressant de justice transitionnelle et engager le Canada vers une réconciliation plus concrète avec les peuples autochtones. Alors que des réformes au fonctionnement du Tribunal des revendications particulières sont présentement à l'étude par les autorités publiques¹²⁷³, il est important que cette analyse se fasse conjointement avec les organisations de gouvernance autochtone pour assurer des modifications adaptées, effectives et légitimes¹²⁷⁴.

Comme soulevé au début de cette section, le Canada a d'ores et déjà adopté, à certains égards, des mesures qui s'apparentent à des mesures de justice transitionnelle, lesquelles peuvent être modifiées, bonifiées ou remplacées, mais qui doivent surtout être mises en place et renforcées.

g) La ratification ou l'adhésion du Canada aux instruments internationaux de protection des droits humains

Bien que ce sujet n'ait pas fait l'objet de préoccupations formulées de façon centrale dans les avis reçus lors des sondages, des rencontres et des événements nationaux décrits dans le Chapitre 2, la question de la ratification ou de l'adhésion du Canada aux instruments internationaux de protection des droits humains est un enjeu transversal qui transparaît à la fois de ces avis, tout comme des consultations menées avec les expert.es latino-américain.es invité.es (Chapitre 3). Il est donc proposé de conclure le présent chapitre avec quelques réflexions se rapportant à cet enjeu, en abordant la ratification et la mise en œuvre des traités de protection des droits humains par le Canada, ainsi que la question connexe de la transparence de ces processus, de la consultation de la société civile et des peuples autochtones, ainsi que l'éducation et la sensibilisation du public aux droits de la personne.

En effet, rappelons que les instruments internationaux auxquels est partie l'État canadien ont un impact significatif sur l'adoption de normes et mesures nationales de protection des droits au Canada et permettent l'accompagnement du Canada par divers organes internationaux de supervision et mise en œuvre de traités dans le domaine. Comme le rappelait la juge Abella, «l'indifférence choquante à l'égard de la dignité humaine et les atteintes dévastatrices aux droits de la personne [...] ont entraîné non seulement l'adoption de mesures de protection prévues par des instruments internationaux en matière de droits de la personne, mais également de garanties internes de protection des droits»; «les mesures canadiennes de protection des droits ont émergé de la même chrysalide d'outrances que celles adoptées par d'autres pays dans le monde»¹²⁷⁵.

1270 Voir par ex, Superadmin, « La communauté Atikamekw d'Opitciwan devant le Tribunal des revendications particulières du Canada », L'Écho [La Tuque / Haut-St-Maurice] (15 janvier 2014), en ligne <www.lechodelatuque.com>, cité dans Bail et Gravel, *supra* note 1090 à la p. 176.

1271 Aundeck Omni Kaning c R, 2014 TRPC 1 au para 89.

1272 Bail et Gravel, *supra* note 1090 à la p. 177; Dickson, *supra* note 1243 à la p 148.

1273 Radio-Canada avec les informations de Jorge Barrera, «Ottawa achève la refonte du système de règlement des revendications particulières», Radio-Canada (4 décembre 2018), en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/espaces-autochtones/1139796/revendications-particulieres-autochtones-cadre-reconnaissance-droits>>.

1274 *Expert Based – Peoples Driven*, *supra* note 1258 à la p 7.

1275 *Québec (Procureure générale) c 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32 aux para 97-98 (dissidence).

i. *La politique canadienne de ratification ou d'adhésion aux instruments internationaux de protection des droits humains*

Au Canada, le gouvernement fédéral a « comme politique d'adhérer à un traité international en droits de la personne seulement lorsqu'il estime se conformer aux obligations prévues par le traité »¹²⁷⁶. En outre, il ne ratifie « pas un traité tant que les provinces et les territoires n'ont pas appuyé la ratification et ne se sont pas conformés aux obligations prévues dans le traité »¹²⁷⁷. Il est nécessaire pour le gouvernement fédéral d'attendre « que les provinces se soient conformées à l'instrument avant de le ratifier »¹²⁷⁸. Ainsi, « [l]e Canada ne peut ratifier un traité international avant que des mesures aient été mises en place pour s'assurer que les modalités du traité peuvent être mises en œuvre dans les lois canadiennes »¹²⁷⁹.

Bien que cette approche puisse être utile dans la mesure où elle garantit d'emblée, du moins en principe, la conformité du Canada avec ses obligations internationales et où elle minimise les risques de conflits de compétence avec les provinces, elle pourrait sans doute être améliorée à plusieurs égards, entre autres en ce qui a trait aux instruments de protection des droits humains.

En effet, ce positionnement peut indirectement encourager le *statu quo* plutôt que l'amélioration progressive de la protection des droits humains. Les traités internationaux se rapportant aux droits de la personne sont souvent des textes complexes qui prévoient une grande diversité d'obligations pour les États parties.

Dans bien des domaines, ces obligations sont de natures progressives et exigent l'adoption constante de mesures qui permettent d'adapter la réponse des autorités aux besoins changeants de la population, entre autres en ce qui a trait aux politiques publiques se rapportant aux droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux¹²⁸⁰. Par conséquent, il peut être impossible d'avoir adopté toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre d'un traité de protection des droits humains avant la ratification ou l'adhésion du Canada à celui-ci. Dans ces circonstances, il pourrait être contre-productif de vouloir attendre d'avoir adopté toutes les mesures en question, puisque, dans les faits, ce moment risque de ne jamais se matérialiser.

C'est précisément en considération de cette réalité que les organes onusiens issus de traités de protection des droits humains ont tous une procédure de supervision périodique des mesures adoptées par les États parties, justement pour les accompagner dans la mise en œuvre progressive des instruments concernés¹²⁸¹. En effet, la ratification n'est que le premier pas vers la réalisation effective des droits. Garantir la pleine jouissance et protection des droits humains requiert des changements législatifs et l'adoption de politiques publiques. Les organes de traités jouent alors un rôle fondamental dans le développement et la mise en œuvre des droits humains de par leur travail de supervision et le dialogue qui se tisse ainsi avec les États. Ces organes spécialisés s'inspirent des rapports de tous les États parties ainsi que des meilleures pratiques en la matière de protection des droits humains afin de guider les États et leur proposer de possibles avenues de solutions¹²⁸².

1276 Ministère de la Justice Canada, «Droit des traités internationaux en matière de droits de la personne», en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/didp-ihrl/dt-tl.html>>.

1277 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, supra note 181 à la p 12.

1278 *Ibid.*

1279 Barnett, *Conclusion des traités*, supra note 179.

1280 Voir à ce sujet Duhaime et Hansbury, « Les DESC », supra note 288. «L'OEI et le Protocole de San Salvador», supra note 817; Duhaime, «Le Système interaméricain», supra note 278.

1281 Voir par ex Benjamin Mason Meier et Yuna Kim, «Human Rights Accountability through Treaty Bodies: Examining Human Rights Treaty Monitoring for Water and Sanitation» (2015) 26:1 Duke J Comp & Int'l L 139; Kerstin Mechlem, «Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights» (2009) 42:3 Vand J Transnat'l L 905.

1282 Voir Haut-Commissaire aux droits de l'homme, *Le dispositif conventionnel des Nations Unies relatif aux droits de l'homme*, Fiche d'information n° 30/Rev.1, New York, Nations Unies, 2012. Rappelons qu'il en est de même pour les traités adoptés dans le cadre des travaux de l'Organisation internationale du Travail qui dispose d'une commission d'experts chargée d'un mandat semblable. Voir Cédric Leterme, «L'Organisation internationale du travail (OIT)» (2016) 12 : 2297 Courrier hebdomadaire du CRISP 5 à la p 27; Daniel Maul, *L'Organisation internationale du travail: 100 ans de politique sociale à l'échelle mondiale*, Genève, Organisation internationale du travail, 2019 aux pp 54-55; Rachid Nacer, *Les normes internationales du travail entre global et local: Étude internationale et comparée de l'interprétation des instruments de l'OIT*, Paris, L'Harmattan, 2020 à la p 105. Voir aussi Bureau international du travail, *Assurer le respect des normes internationales du travail: le rôle essentiel de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT*, Genève, Organisation du travail, 2019.

Autrement dit, il est possible et parfois souhaitable pour un État de ratifier ou adhérer à un instrument international pour amener des changements législatifs, administratifs, sociaux et autres, progressivement, à la lumière des innovations proposées par la communauté internationale.

De fait, le Canada a reconnu l'utilité de ces processus, indiquant que « [c]es mécanismes internationaux fournissent une perspective indépendante sur l'état des droits de la personne au Canada. Ils permettent au gouvernement canadien d'examiner les lois ou les politiques qui peuvent ne pas être conformes à ses obligations internationales »¹²⁸³. Il est donc suggéré que le Canada adopte une posture plus ouverte et proactive quant à la ratification de traités de protection des droits humains, en cherchant à les ratifier et à les mettre en œuvre progressivement, plutôt que de tenter d'anticiper tous les effets de ceux-ci, pour ensuite adopter par anticipation l'ensemble des mesures nécessaires à leur mise en œuvre, avant d'y adhérer. En ce sens, la ratification de tels traités devrait être perçue comme une opportunité de tendre vers une meilleure réalisation des droits humains au Canada, plutôt que la consécration d'un état de fait.

ii. *L'intégration en droit interne des normes de protection des droits humains issues des instruments que le Canada a ratifiés*

Au Canada, « un traité signé et ratifié par le pouvoir exécutif doit quand même être intégré au droit interne pour être exécuté à l'échelle du pays »¹²⁸⁴. De ce fait, il peut être nécessaire de modifier des lois existantes ou d'adopter une loi habilitante. Toutefois, si le gouvernement juge que les lois nationales en vigueur sont présumées être conformes aux principes énoncés dans le traité international, aucune loi habilitante n'est adoptée¹²⁸⁵. Les traités internationaux relatifs aux droits de la personne semblent rarement, voire jamais, être intégrés explicitement ou directement au droit interne canadien pour ces raisons¹²⁸⁶.

Il va de soi que l'approche privilégiée par le Canada quant à l'opportunité de ratifier ou d'adhérer à une norme de droit international, telle que décrite dans la section g i) ci-haut, a un impact considérable sur l'évaluation de la pertinence ou de la nécessité pour les pouvoirs législatifs fédéral et provinciaux d'adopter de telles normes internes de mise en œuvre. Tel que le remarquait le Comité sénatorial permanent des Droits de la personne,

*Ce qu'on fait valoir, c'est qu'étant donné que le gouvernement fédéral s'est assuré que le Canada respecte ses obligations indirectement de par la conformité de ses lois préexistantes à la Convention, il n'a pas besoin d'incorporer directement la Convention par la voie d'une loi habilitante ou d'autres mesures législatives plus explicites. Ce processus de vérification incombe toutefois au gouvernement lui-même. L'approche du Canada en la matière se fonde donc sur l'évaluation que fait le gouvernement de sa propre conformité aux dispositions de l'instrument international*¹²⁸⁷.

Cette approche présente alors plusieurs déficiences qui ont été soulevées par le Comité sénatorial, des expert.es dans le domaine, des organisations de la société civile ainsi que les divers organes conventionnels des Nations Unies¹²⁸⁸. En absence de loi(s) habilitante(s), les conventions de droits humains n'ont, *stricto sensu*¹²⁸⁹, pas de caractère exécutoire.

1283 Gouvernement du Canada, « Engagements du Canada en matière de droits de la personne », 9 juin 2017, en ligne : <https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/human_rights-droits_homme/commitments-engagements.aspx?lang=fra>.

1284 Barnett, *Conclusion des traités*, supra note 179 à la p 4.

1285 *Ibid* à la p 5. Il est à noter que, lors de cette évaluation, il n'est pas nécessaire de déterminer qu'une loi spécifique permette de se conformer aux obligations du Canada. Le gouvernement peut juger qu'un ensemble de mesures législatives et administratives permettent, d'une façon globale, de répondre à cet objectif. Voir Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, supra note 181 à la p 12.

1286 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, supra note 181 aux pp 11-13. Voir aussi Laura Barnett, *Conclusion des traités*, supra note 179 à la p 5

1287 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, supra note 181 aux pp 12-13.

1288 Pour plus d'information, voir sections 4 a) et b).

1289 Sénat, *Les enfants citoyens sans voix*, supra note 181 à la p 13.

Elles peuvent «tout au plus se prêter à une interprétation», servir d'argument interprétatif ou de persuasion morale¹²⁹⁰. Elles peuvent être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des tribunaux sans pouvoir créer des droits ou permettre à une personne de revendiquer un droit protégé en vertu d'une convention internationale. Il appert que :

*in the absence of a specific treaty incorporating legislation, the general trend is that treaties are not legally enforced on a national level. Effectively, this means that no domestic human rights claims may be based on treaties before domestic courts. Only the incorporation of a treaty into domestic law enables private persons to have access to domestic remedies in cases of violation of legal rights which have been created by that treaty*¹²⁹¹.

Cette pratique de ne pas incorporer en droit canadien les traités représente, en outre, un renversement partiel des compétences exécutives et législatives, car, en théorie, «Parliament is the ultimate lawmaking authority in a Westminster-style democracy»¹²⁹². Puisqu'il incombe au gouvernement de déposer devant la Chambre des communes le traité ainsi que la loi habilitante, si jugée nécessaire, il n'y a pas automatiquement de débats parlementaires sur la question de la conformité des lois canadiennes avec les obligations du traité.

De surcroît, le gouvernement fédéral a adopté la pratique selon laquelle les discussions relatives aux traités internationaux doivent être effectuées pendant les jours parlementaires de l'opposition. Cette pratique semble avoir eu pour effet de limiter les débats s'y rapportant puisque les partis de l'opposition se voient confrontés au dilemme de choisir entre débattre d'un traité, sachant que l'exécutif n'est pas lié par leurs décisions en matière de ratification du traité, ou pouvoir aborder d'autres sujets prioritaires¹²⁹³. Ce faisant, les discussions par rapport à la nécessité d'adopter ou non des lois de mise en œuvre sont menées principalement par le gouvernement¹²⁹⁴.

Il semble donc souhaitable d'assurer une évaluation plus objective et exhaustive de la nécessité d'adopter des normes de droit interne pour assurer la mise en œuvre des obligations du Canada issues de la ratification ou de l'adhésion de celui-ci à des instruments internationaux de protection des droits humains. Ce faisant, il semble primordial d'assurer un maximum de participation au débat démocratique s'y rapportant, y compris à la Chambre des Communes.

iii. L'analyse par les tribunaux canadiens de la conformité des lois canadiennes avec les normes internationales de protection des droits humains qui lient le Canada

Il convient, par ailleurs, d'aborder l'analyse faite par les tribunaux canadiens de la conformité des lois canadiennes avec les normes internationales de protection des droits humains qui lient le Canada. Rappelons à ce sujet qu'avant l'adoption par la Cour suprême de l'arrêt *Baker* en 1999¹²⁹⁵, l'approche des tribunaux canadiens ne semble pas avoir été uniforme ni constante, même si elle s'apparentait à une «Doctrine of Presumption of Conformity», qui établissait une présomption à l'effet qu'une loi est réputée conforme au droit international. En effet, selon la Cour, «les tribunaux sont légalement tenus d'éviter une interprétation du droit interne qui emporterait la contravention de l'État à ses obligations internationales, sauf lorsque le libellé de la loi commande clairement un tel résultat».

1290 *Ibid.*

1291 Amissi M. Manirabona et François Crépeau, «Enhancing the Implementation of Human Rights Treaties in Canadian Law: The Need for a National Monitoring Body» (2012) 1:1 Can J Hum Rts 25 à la p 30.

1292 *Ibid* à la p 27.

1293 Silvina Lillian Danesi, «Tabling and waiting: a preliminary assessment of Canada's treaty-tabling policy» (2014) 20:2 Canadian Foreign Policy Journal 189 aux pp 193, 202-204.

1294 Pour le moment, il ne semble exister qu'une exception partielle à cet état de fait : le projet de loi C-262 sur la *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* présenté par Roméo Saganash, un membre d'un parti d'opposition. Voir PL C-262, *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1re sess, 42e lég, 2016 (mort au feuillet à la troisième lecture du Sénat en 2019). Toutefois, rappelons que ce projet de loi ne concernait pas un traité international et il était tributaire d'un contexte particulier où le gouvernement majoritaire appuyait le projet et qu'il y avait des pressions croissantes afin qu'un tel projet soit mis en place.

1295 *Baker*, *supra* note 71.

« [L]’organe législatif est présumé agir conformément aux obligations du Canada en tant que signataire de traités internationaux et membre de la communauté internationale ». La présomption est toutefois réfutable lorsqu’une « loi [...] exprime l’intention non équivoque du législateur de manquer à une obligation internationale »¹²⁹⁶.

Or, en 1999,

*Rather than discussing the conformity of domestic law with international law, the majority in Baker referred to respect for “the values and principles” enshrined in international law during the interpretation process of domestic law. [...] [T]he Court unnecessarily distinguished between provisions of the law versus values of the law instead of having recognized and allowed recourse to both. By drawing that distinction, the Court “implied that Canada’s international obligations, as expressed in the provisions of the [unincorporated] Convention, are not covered by the presumption of statutory conformity.” Rather than holding that, to the extent possible, statutes should be construed in conformity with Canada’s international legal obligations, the Court ruled that international law “may help inform” – which is something less than what is required by the Doctrine of the Presumption of Conformity*¹²⁹⁷.

Ce manque de clarté et l’incertitude qui en découle, en raison de l’absence de l’adoption d’une approche déterminée et de la nature purement jurisprudentielle de l’intégration des obligations internationales en droit canadien, ont résulté plus récemment en l’adoption d’un arrêt en 2020 dans lequel la Cour suprême apparaît refuser au droit international un quelconque rôle dans l’interprétation des droits protégés par la *Charte canadienne*. En effet, dans cet arrêt divisé, la majorité affirme sans ambages que « les normes internationales peuvent être prises en compte dans l’interprétation de normes nationales, ces normes internationales jouent habituellement un rôle limité consistant à appuyer ou à confirmer le résultat auquel arrive le tribunal au moyen d’une interprétation téléologique », et que « la *Charte* et ses dispositions sont interprétées avant tout au regard du droit et de l’histoire du Canada »¹²⁹⁸.

Malgré les prétentions contraires de la majorité en réponse à la dissidence, force est de constater que le droit international est, selon cette interprétation juridique, appelé à jouer un rôle très limité en matière de droits humains. Ce constat est d’autant plus préoccupant considérant que le droit international a été déterminant à plusieurs moments dans l’évolution du droit canadien, dont notamment en matière de droit du travail, afin « d’inférer que l’al. 2b) de la *Charte* confère au moins » le droit des syndiqués de participer à des négociations collectives et afin de reconnaître un droit de grève protégé par l’al. 2d) puisque « les obligations internationales du Canada militent nettement en faveur »¹²⁹⁹.

Par ailleurs, il y a lieu de se demander si cette approche se limite uniquement aux droits humains puisque, dans une décision subséquente en 2021, la Cour suprême du Canada a utilisé comme outil principal d’interprétation de la *Loi sur l’impôt sur le revenu* un traité ratifié par le Canada avec le Luxembourg afin de déterminer s’il y avait « évitement fiscal abusif », allant même jusqu’à interpréter de façon minutieuse le contenu normatif du traité en fonction du droit international¹³⁰⁰. En l’espèce, le droit international fut la pierre angulaire du jugement et de la décision de considérer que le fait qu’une entreprise ayant une filière canadienne ait ouvert une filière au Luxembourg afin de se prévaloir d’une exonération d’impôts au Canada « et, de ce fait, ne payer aucun impôt au Canada sur un profit de plusieurs millions de dollars réalisé grâce à une propriété qui se trouve au Canada, et ce, même si elle n’avait aucun lien véritable avec le Luxembourg » était licite¹³⁰¹.

1296 Voir *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, 2007 CSC 26.

1297 Voir *Baker*, *supra* note 71 aux para 69-71; *Ibid* au para 53; Amissi M. Manirabona et François Crépeau, « Enhancing the Implementation of Human Rights Treaties in Canadian Law: The Need for a National Monitoring Body » (2012) 1:1 Can J Hum Rts 25 aux pp 37-47.

1298 *Québec (Procureure générale) c 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32 aux para 20 et 22. La décision de la Cour suprême a été rendue par cinq juges contre trois dans cette affaire.

1299 *Health Services and Support -Facilities Subsector Bargaining Assn. c Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27 au para 79; et *Saskatchewan Federation of Labour c Saskatchewan*, 2015 CSC 4 au para 65.

1300 *Canada c Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 CSC 49.

1301 *Ibid* au para 102 (dissidence).

Dans tous les cas, l'approche canadienne par rapport au droit international n'est pas clairement définie et génère plusieurs incertitudes, plutôt qu'être perçue comme une opportunité de contribuer à une meilleure protection des Canadiens et Canadiennes.

Rappelons qu'en Australie, confrontés aux mêmes difficultés que le Canada, les tribunaux ont adopté en 1995 une interprétation plus généreuse : la « Doctrine of Legitimate Expectation ». Selon cette doctrine,

the ratification of a treaty by the executive branch of government creates a legitimate expectation on the part of citizens that executive agencies will honour the international obligations to which it has committed. Being a public and official act, the ratification of a treaty by the executive ought to serve legitimately as legal grounds for citizens wishing to invoke the doctrine [...]. Had the executive branch wished to exempt the domestic law from the obligations which it had undertaken as a result of ratifying an international treaty, it would have informed the concerned citizens about its intention to do so. [...] In general, while this legal doctrine is substantive in Australia and the United Kingdom, it is only of a procedural nature in Canada¹³⁰².

iv. *L'interprétation ou l'application par les tribunaux des normes de protection des droits humains liant le Canada*

De façon générale, puisque le Canada est un État dualiste, comme la plupart des anciennes colonies britanniques, les normes de droit international auxquelles le Canada est lié ne sont pas d'application directe et immédiate par les tribunaux nationaux. Ces normes doivent avoir été intégrées en droit interne, via l'adoption formelle de lois fédérales ou provinciales par les législatures compétentes¹³⁰³. Ceci étant dit, les normes de droit international coutumier¹³⁰⁴ sont généralement reconnues comme faisant partie de la *common law, the law of the land*¹³⁰⁵. En toutes circonstances, les tribunaux canadiens, fédéraux et provinciaux, ont eu tendance à éviter d'appliquer directement les normes de droit international liant le Canada¹³⁰⁶.

Sans prétendre proposer de transformer le Canada en État moniste, il convient toutefois de nous questionner sur la pertinence d'envisager une application plus marquée par les tribunaux canadiens des normes de droit international des droits humains liant le Canada.

En effet, les expériences latino-américaines abordées par les expert.es latino-américain.es et décrites au Chapitre 3, illustrent de façon non équivoque comment l'application directe des normes relatives aux droits humains par les tribunaux internes de l'Hémisphère ont permis des développements jurisprudentiels et normatifs importants et essentiels, entre autres en ce qui a trait au droit à l'égalité, aux droits des peuples autochtones, aux droits des femmes, aux droits des migrant.es, et aux disparitions forcées.

Diverses options pourraient être envisagées en ce sens et mériteraient une plus grande réflexion. Par exemple, il serait possible d'adopter une loi ordinaire encourageant, d'une part, les tribunaux canadiens à appliquer les normes de droit international coutumier dans les décisions judiciaires et d'autre part, l'exécutif à les prendre en considération dans ses actions. De même, une loi entérinant formellement la « Doctrine of Legitimate Expectation » en droit canadien, telle que reconnue en Australie et au Royaume-Uni, pourrait aussi contribuer à rendre exigibles

1302 Manirabona et Crépeau, *supra* note 1297 aux pp 37-47.

1303 *Affaire des Conventions sur le travail, P.G. du Canada c. P.G. de l'Ontario*, (1937) A.C. 326.

1304 La coutume est composée d'une pratique constante et des États qui est acceptée comme étant le droit.

1305 Voir à ce sujet Sophie Rondeau, « Violations du droit international humanitaire et réparation : la place de la victime individuelle » (2008) Mémoire de maîtrise en droit, Montréal (Québec, Canada), Université du Québec à Montréal.

1306 Voir à ce sujet Stéphane Beaulac, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont 'liés' par le droit international » (2004) 38 *Revue juridique Thémis* 359-387. Voir aussi *Québec (Procureure générale) c 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32 aux paras 19-47; *R c Bissonnette*, 2022 CSC 23 aux paras 98, 108; *Toronto (Cité) c Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34 aux paras 14, 55, 65-66.

les normes internationales relatives à la protection des droits humains devant les tribunaux canadiens et à créer un incitatif pour les gouvernements FPT d'adopter des lois de mise en œuvre précisant comment ces traités internationaux sont intégrés en droit interne.

Il convient de rappeler qu'en ce qui a trait aux engagements internationaux souscrits par le Canada et se rapportant aux droits des peuples autochtones, une telle approche serait d'autant plus pertinente qu'elle permettrait une plus grande cohérence sur le plan des promesses faites dans le cadre du processus de réconciliation avec les Premières Nations.

En effet, il est légitime de considérer que lorsqu'il est question du respect d'engagements internationaux touchant directement les droits des peuples autochtones, « l'honneur de la Couronne est toujours en jeu », et ce « [d] ans tous ses rapports avec les peuples autochtones »¹³⁰⁷. Celle-ci « s'applique quand cette dernière [la Couronne] agit soit par le truchement d'une mesure législative, soit dans l'exercice de sa fonction exécutive »¹³⁰⁸.

Ainsi, ne devrait-on pas garantir la pleine application de la « Doctrine of Legitimate Expectation » aux peuples autochtones qui doivent pouvoir invoquer les droits protégés par tout traité de droits humains auxquels le Canada est lié, en plus de pouvoir s'attendre à ce que les déclarations faites par les autorités canadiennes soient pleinement invocables juridiquement? En effet, les engagements pris par les gouvernements FPT et qui touchent aux droits des peuples autochtones lient ceux-ci en leur qualité souveraine, en vertu de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne¹³⁰⁹. Les gouvernements FPT ont « l'obligation de s'acquitter de [leurs] obligations constitutionnelles de façon téléologique et avec diligence », ce qui inclut l'obligation d'agir avec diligence pour réaliser les promesses faites : « les fonctionnaires de la Couronne doivent se comporter honorablement lorsqu'ils agissent au nom du souverain », et [s'assurer] que ces obligations soient respectées « en temps opportun »¹³¹⁰.

Ainsi, John Borrows indiquait que « [t]he minister's promise to adopt and implement UNDRIP in a constitutional context puts the Crown's honour squarely on the line. [...] Failure to advance UNDRIP's implementation in the ways discussed would be a serious setback for Indigenous–Crown relations »¹³¹¹. Comme l'a affirmé une large coalition d'organisations de la société civile et de peuples autochtones dans une soumission pour le premier Examen périodique universel (EPU) du Canada au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies,

*[o]ur organizations are deeply concerned about the mounting gap between the commitments Canada has made on the world stage to protect human rights and the failure to live up to those promises at home. We are particularly concerned that there is no transparent, effective and accountable means of ensuring that those commitments are implemented. [...] Our organizations have repeatedly sought to engage governments at federal, provincial and territorial levels about this serious concern. We have made little or no progress*¹³¹².

1307 Voir *R c Badger*, [1996] 1 SCR 771 au para 41. Voir aussi *R c Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 aux paras 49-51; *Nation Haida*, *supra* note 56 au para 16; *Manitoba Metis Federation Inc. c Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14 au para 70; *Mikisew*, *supra* note 1048 aux paras 22-24; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashatsumat (Innu of Uashat and of Mami-Utenam)*, 2020 SCC 4 au para 22.

1308 *Mikisew*, *supra* note 1048 au para 23.

1309 *Ibid.*

1310 Voir *ibid.* aux paras 28, 97; *Manitoba Metis Federation Inc. c Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14 au para 65, 75-79, 99.

1311 Similairement, une lettre ouverte d'une coalition d'organisations de la société civile et de peuples autochtones, déjà en 2010, avait soutenu que : « Following Canada's endorsement [of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples], it is our hope that the government will respect the rule of law and uphold the honour of the Crown. » Voir John Borrows, « Revitalizing Canada's Indigenous Constitution: Two Challenges » dans Centre for International Governance Innovation, dir, *UNDRIP Implementation: Braiding International, Domestic and Indigenous Laws*, 2017 20 aux pp 22-23; et « Joint Statement in Response to Canada's Endorsement of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », 16 novembre 2010, en ligne : <http://web.archive.org/web/20110401173308/https://www.ubcic.bc.ca/News_Releases/UBCICNews1161001.htm1>.

1312 NGO Coalition, *supra* note 364 aux pp 1-2.

v. *Une plus grande transparence dans les processus d'adoption et de mise en œuvre des instruments internationaux relatifs aux droits humains en assurant une meilleure consultation des organisations de la société civile et des peuples autochtones*

Une préoccupation transversale rencontrée dans les avis reçus lors des sondages, des rencontres et des événements nationaux décrits dans le Chapitre 2 se rapporte à la transparence des processus d'adoption des instruments internationaux relatifs aux droits humains par le Canada et des processus d'évaluation de leur mise en œuvre subséquente. En effet, les démarches liées à la ratification ou à l'adhésion aux traités de droits humains semblent visiblement perçues comme complexes et souvent menées entre entités gouvernementales à portes fermées. Il en va de même pour les processus de vérification de la conformité de la législation interne avec les obligations issues des traités, avec les processus d'élaboration des rapports périodiques destinés aux instances internationales, avec les processus de mise en œuvre des recommandations reçues des institutions internationales à ce sujet, et avec les processus d'évaluation des décisions rendues par des organes internationaux¹³¹³. En outre, il a été signalé que très peu de données concrètes sur la mise en œuvre des obligations du Canada sont disponibles publiquement et qu'il n'y a pas d'évaluation de résultat final des mesures législatives et administratives afin de déterminer si les droits humains sont de plus en plus respectés et protégés et s'il leur est donné effet dans la pratique¹³¹⁴.

Il a alors été suggéré que les gouvernements FPT élaborent une approche fondée sur les droits humains dans le suivi du bilan de ces droits et dans les rapports se rapportant à l'évaluation de la mise en œuvre des obligations internationales du Canada¹³¹⁵. De même, il a été proposé, par exemple, que les gouvernements FPT veillent à ce que leurs réponses aux rapports des organes conventionnels des Nations Unies soient fondées sur les résultats des programmes gouvernementaux et qu'elles comprennent toutes les données pouvant être rendues publiques aux termes de la loi; que le gouvernement du Canada, en partenariat avec les gouvernements des provinces et des territoires, crée et tienne constamment à jour un site Web fournissant des renseignements précis concernant les recommandations de l'EPU, les ministères responsables de chaque recommandation et l'état de la mise en œuvre; que les gouvernements FPT répondent publiquement aux recommandations reçues, et ce, au plus tard une année après avoir reçu leurs rapports; et que soit transmise l'information sur le processus que suit le gouvernement pour mettre en œuvre les obligations du Canada dans le domaine des droits de la personne¹³¹⁶.

D'une même façon, plusieurs ont indiqué que des réformes sont nécessaires de façon urgente au Canada quant aux consultations menées par les gouvernements FPT dans les processus de ratification, d'adhésion, de mise en œuvre et de reddition de comptes effectués à ce sujet, y compris aux institutions internationales. Il a été soutenu, par exemple, que : « [l]e gouvernement du Canada a toujours essayé de faire croire que, dès qu'un rapport a été transmis à la société civile, celle-ci a été consultée. Pour qu'il y ait consultation, il faut être informé des enjeux et des faits et parvenir ensemble à des conclusions »¹³¹⁷. Le fait de créer « une adresse électronique spéciale » et de tenir quelques « séances en personne » ne semble pas suffisant¹³¹⁸. Le Sous-comité des Droits internationaux de la personne de la Chambre des communes a jugé « préoccupant le nombre de fois qu'il a entendu des mots comme « confrontation » et « affrontement » de la part de représentants des groupes de la société civile, lorsqu'ils décrivaient leurs relations avec les ministères au sujet des droits de la personne au Canada »¹³¹⁹.

1313 Voir section 6 f v).

1314 Voir par ex Chambre des communes, *L'examen périodique*, supra note 182 aux pp 7-9, 12-13, 22.

1315 Voir section 6 f v).

1316 Chambre des communes, *L'examen périodique*, supra note 182 aux pp 9-19.

1317 *Ibid* à la p 7.

1318 *Ibid*.

1319 *Ibid*.

À ce sujet, il a été soulevé que les rencontres avec le gouvernement du Canada avaient tendance à se transformer en « échange d'information à sens unique, où seul le gouvernement en communique » et ce, sans souci d'écouter vraiment ce que les participant.es ont à dire dans le cadre d'un dialogue véritable. Le tout donnant ainsi l'impression que la position du gouvernement est déjà arrêtée »¹³²⁰. En outre, quarante-huit (48) organisations de la société civile et de peuples autochtones ont fait valoir dans un communiqué commun que certains des problèmes rencontrés ont été le manque de financement pouvant permettre que les organisations puissent participer aux rencontres organisées par le gouvernement, le manque de suivi mené à la suite de ces rencontres et le fait que les préavis étaient donnés peu de temps avant que ces rencontres aient lieu¹³²¹. Dans son Évaluation du Programme des droits de la personne, la Direction des services d'évaluation du Programme des droits de la personne du ministère du Patrimoine canadien a observé que, de 2009 à 2014, les rencontres menées en personne se sont tenues uniquement à Ottawa, sans que les frais de déplacement des participant.es soient remboursés et que cette contrainte a fait en sorte que seules les ONG ayant des bureaux à Ottawa ou ayant les moyens de couvrir les frais de déplacement de leur personnel ont assisté aux séances menées en personne¹³²².

Il a alors été recommandé, par exemple, qu'une réforme soit mise en place de façon transparente et en consultation avec les groupes de la société civile et de peuples autochtones et les institutions FPT; que les gouvernements se dotent de processus de consultation permanents et continus entre ministères et groupes de la société civile; que les gouvernements FPT mettent en place un mécanisme permettant de travailler en étroite collaboration avec les organisations de la société civile et des peuples autochtones afin d'appuyer et de faciliter toute réunion ministérielle et tout processus décisionnel; et que les mécanismes de consultation prévoient aussi que ces consultations donnent un espace pour une participation de la population générale, qui s'adresse aux Canadien.nes mêmes¹³²³.

En plus de ce qui précède, il pourrait être envisagé de mettre en place un modèle similaire à un Examen périodique universel (EPU), mais mené au niveau national, partout au Canada, comme celui décrit par la Pr Fernanda Lapa, experte brésilienne consultée dans le présent projet à propos du Brésil (Chapitre 3). Dans le modèle brésilien, les organisations de la société civile brésilienne sont impliquées dans l'ensemble des processus internationaux de reddition de compte se rapportant au respect des obligations internationales du Brésil en matière de droits humains¹³²⁴. Ce type de processus consultatif constituerait ainsi non seulement un exercice de reddition de comptes, mais surtout un exercice de réflexion nationale au sujet des droits humains, dans le cadre duquel les gouvernements FPT et les organisations de la société civile pourraient trouver des solutions concrètes dans une approche participative basée sur les droits humains. Cela correspondrait enfin aux recommandations faites au Canada lors des trois derniers exercices d'Examen périodique universel du Canada au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, entre autres en ce qui a trait à l'adoption d'une approche plus proactive et collaborative.

1320 France Morrissette, *Les procédures canadienne et communautaire de conclusion des traités : démocratie, équilibre institutionnel et principe fédéral : leçons à tirer de la Communauté européenne*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008 au para 24, citant à ministère des Affaires étrangères, Évaluation des mécanismes de consultation sur le commerce, octobre 2004 [document non répertorié].

1321 « Empty Words and Double Standards: Canada's Failure to Respect and Uphold International Human Rights », Joint Submission to the United Nations Human Rights Council in relation to the May 2013 Universal Periodic Review of Canada, octobre 2012, en ligne: L'Association des femmes autochtones du Canada <<https://www.nwac.ca/wp-content/uploads/2015/05/2012%20Joint%20Submission%20to%20UN%20Human%20Rights%20Council.pdf>>.

1322 Direction des services d'évaluation du Programme des droits de la personne du ministère du Patrimoine canadien, Évaluation du Programme des droits de la personne, CH7-23/2015F-PDF, 19 mars 2015 à la p 28.

1323 Chambre des communes, *L'examen périodique*, supra note 182 aux pp 7-9, 12-13, 22.

1324 Fernanda Brandão Lapa et Suiany Zimmermann Bail, « Monitoring human rights: the experience of the UPR Brazil Coalition » (2022) Hors-Série -juin RQDI.

vi. *La ratification et l'adhésion du Canada à des traités supplémentaires*

Une partie des avis reçus lors des sondages, des rencontres et des événements nationaux décrits dans le Chapitre 2 a suggéré que le Canada devrait adhérer à certains traités supplémentaires de protection des droits humains.

De même, plusieurs intervenant.es, dont plusieurs États lors des trois derniers Examens périodiques universels du Conseil des droits de l'homme (EPU), ont recommandé que le Canada ratifie ou adhère à une série de conventions, dont la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, la *Convention No. 169* et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*. Rappelons également que, puisque le Canada n'a pas encore souscrit à ces instruments, les personnes, groupes et peuples au Canada ne peuvent accéder à des mécanismes internationaux qui servent à garantir et à protéger les droits prévus par ces conventions. En ratifiant ces instruments, et en reconnaissant la compétence des mécanismes compétents, le cas échéant, le Canada permettrait aux personnes « sous son contrôle » de se référer à ceux-ci pour faire valoir leurs droits. Enfin, bien que le Canada ait ratifié la *Convention contre la Torture*, il a été recommandé par plusieurs que le Canada adhère au *Protocole facultatif se rapportant à cette convention*, de sorte à en assurer une meilleure mise en œuvre.

- *La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (CIPPDF)*

La CIPPDF¹³²⁵ est l'un des neuf traités généraux adoptés au sein du système onusien de protection des droits humains¹³²⁶. Elle vise à prévenir, éradiquer et sanctionner les disparitions forcées, comprises comme

l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agent.es de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi (CIPPDF, art. 2)

Son adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2006, faisait suite à la création du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires en 1980¹³²⁷, l'adoption de la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* par l'AGNU en 1992¹³²⁸ et l'adoption de la *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes* en 1994¹³²⁹. La CIPPDF est entrée en vigueur en 2010, et a été ratifiée par 67 États¹³³⁰. Le Canada, à titre de membre de la Commission des droits de l'homme, a participé aux négociations du texte de la *Convention*¹³³¹, mais il n'a pas signé ni ratifié cette convention.

1325 CIPPDF, *supra* note 1168.

1326 Les huit autres traités sont les suivants: PIDCP, *supra* note 257; PIDESC, *supra* note 256; CEDAW, *supra* note 258, CEDR, *supra* note 255; CAT, *supra* note 259; CDE, *supra* note 260; CIPDTM, *supra* note 265; CPH, *supra* note 264.

1327 Voir par exemple : Bernard Duhaime et Rhiannon Painter, « International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (ICPPED) », dans Christina Binder, Manfred Nowak, Jane A. Hofbauer et Philipp Janig, dir, *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021 aux paras 3-4.

1328 DPDF, *supra* note 1168.

1329 CIDFP, *supra* note 272. Pour une description du phénomène de disparition forcée dans les Amériques et la réponse de l'OÉA ainsi que ces États membres aux phénomènes, voir par exemple : Ariel E. Dulitzky, « The Latin-American Flavor of Enforced Disappearances », (2019) 19 :2 Chicago J Intl L 423. Voir aussi Bernard Duhaime, « Les disparitions forcées », *supra* note 777.

1330 Collection des Traités Nations Unies, « État des traités : Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées », Chapitre IV n°16, en ligne : <<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&clang=_fr>.

1331 Voir par exemple, Commission des droits de l'homme, *Droits civils et politiques, notamment la question concernant les disparitions et les exécutions sommaires : Rapport du Groupe de travail intersessions, à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, Doc off ECOSOC E/CN.4/2006/57, 62e Sess, 2 février 2006 au para 3.

La *Convention* se sépare en trois parties : la première partie (articles 1 à 25) « énonce les dispositions de fond et porte essentiellement sur l'obligation des États parties de prévenir et punir les infractions visées »¹³³²,

la deuxième partie (articles 26 à 36) porte sur la création d'un organe de surveillance, le Comité des disparitions forcées, ainsi que ses fonctions, et la troisième section (articles 37 à 45) encadre les prescriptions formelles concernant l'entrée en vigueur et d'autres formalités¹³³³.

L'adoption de la *Convention* se démarque par son apport de plusieurs innovations en matière de protection des droits humains, notamment en ce qui a trait à la définition de la notion de victime et les obligations qui incombent aux États en matière de disparitions forcées¹³³⁴. La CIPPDF « reprend et, parfois, améliore et complète les principes établis dans la *Déclaration [sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées]* »¹³³⁵. En outre, la création d'un comité spécifique chargé de la mise en œuvre du traité permet une meilleure protection des personnes en créant, entre autres, un mécanisme de plainte individuelle spécialisé, en octroyant au comité le pouvoir d'adresser aux États des demandes de mesures provisoires, et aussi d'envoyer aux États des communications urgentes leur demandant de prendre toutes les mesures nécessaires pour retrouver et protéger une personne supposément disparue¹³³⁶.

Ce mécanisme de recommandations et de requêtes d'urgence représente une nouveauté en matière de protection des droits humains; il est unique à cette convention. Il est aussi à noter que, contrairement aux autres traités de droits humains du système universel, la CIPPDF ne comporte pas d'obligation de présenter des rapports de façon périodique. Les États ayant ratifié la convention doivent présenter un rapport initial, et par la suite, ils ne seront appelés à présenter d'autres rapports que si le Comité des disparitions forcées le demande¹³³⁷.

Le Canada a recommandé à plus de douze (12) États de prendre des actions afin de mettre fin aux disparitions forcées sur leur territoire et investiguer les cas allégués, et il a recommandé au Laos de ratifier la CIPPDF¹³³⁸. Le Canada a pour sa part reçu deux recommandations, dont une acceptée et une « notée », par rapport à des actions spécifiques qu'il devrait prendre afin de mettre fin aux disparitions forcées et investiguer les cas allégués sur son territoire et dix recommandations, qu'il a « notées » ou refusées, de ratifier la CIPPDF au cours des trois EPU auxquels le Canada a participé¹³³⁹. Plusieurs organisations de la société civile et organisations des peuples autochtones ont aussi fait des recommandations similaires au Canada¹³⁴⁰. Le Canada a répondu à la recommandation de ratifier la convention, lors du premier cycle de l'EPU, en indiquant que « le Canada n'envisage pas de devenir une partie », et lors du deuxième cycle que « [l]e Canada est partie à sept des principaux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et concentre son attention sur leur mise en œuvre »¹³⁴¹.

1332 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Disparitions forcées ou involontaires : Fiche d'information n° 6 », rev. 3, en ligne : OHCHR <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev.3_fr.pdf>, à la p 8.

1333 Pour plus d'information, voir Duhaime et Painter, *supra* note 1327 aux paras 8-39

1334 *Ibid* au para 40.

1335 Olivier De Frouville, « La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire », (2006) 6 *Droits fondamentaux* 1 à la p 3.

1336 Duhaime et Painter, *supra* note 1327 aux paras 42-46. Pour plus d'information sur le travail réalisé par le Comité, voir par ex Comité des disparitions forcées, *Rapport du Comité des disparitions forcées : Dix-neuvième session (7 septembre-25 novembre 2020) : Vingtième session (12 avril-7 mai 2021)*, Doc off NU AG A/76/56, 76e Sess, supp n° 56.

1337 Duhaime et Painter, *supra* note 1327 au para 45.

1338 Cette information n'est pas facilement trouvable sur le site web du Canada et l'information se limite au dernier cycle de l'EPU. La base de données de *UIPR info* permet de trouver plus facilement les recommandations faites par le Canada, et ce, à l'aide de mots clés. Toutefois, elle ne semble pas comporter toutes les recommandations qui ont été faites à des États lors de l'EPU. Il est donc possible que d'autres recommandations aient été faites au Canada. Voir Affaires mondiales Canada, « Canada's Universal Periodic Review recommendations for states under review », en ligne : <https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/human_rights-droits_homme/upr-epu/countries-pays.aspx?lang=eng>; UPR info, « Base de données : Recommandations », en ligne : <[https://upr-info-database.uwazi.io/fr/library/?q=\(%275d8ce04361cde0408222e9a8%27\),limit:30,order:desc,sort:creationDate,types:\(%275d8ce04361cde0408222e9a8%27\)>](https://upr-info-database.uwazi.io/fr/library/?q=(%275d8ce04361cde0408222e9a8%27),limit:30,order:desc,sort:creationDate,types:(%275d8ce04361cde0408222e9a8%27)>)>.

1339 Voir Conseil des droits de l'homme, *Examen périodique universel : Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada*, Doc off NU AG A/HRC/11/17, 11e Sess, 29 mai 2009 aux paras 86.4, 86.30; Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada*, Doc off NU AG A/HRC/24/11, 24e Sess, 28 juin 2013 aux paras 128.4, 128.101; Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada*, Doc off NU AG A/HRC/39/11, 39e Sess, 11 juillet 2018 au para 142.7.

1340 Voir les communications des parties prenantes et les Résumés des communications des parties prenantes : Conseil des droits de l'homme, « Examen périodique universel : Canada », en ligne : <<https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/UPR/Pages/CAIndex.aspx>>.

1341 Voir Conseil des droits de l'homme, *Examen périodique universel : Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada : Additif : Opinions sur les conclusions et/ou recommandations, engagements volontaires et réponses présentés par l'État examiné*, Doc off NU AG A/HRC/11/17/Add. 1, 11e sess, 8 juin 2009 au para 9; Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada : Additif : Observations sur les conclusions et/ou recommandations, engagements et réponses de l'État examiné*, Doc off NU AG A/HRC/24/11/Add. 1, 24e sess, 17 septembre 2013 au para 6.

Lors du troisième cycle, la position du Canada a changé et sa réponse fut que : « [I]es gouvernements FPT [fédéral, provinciaux et des territoires] sont en voie d'analyser la *Convention sur les disparitions forcées* et les considérations nationales éventuelles »¹³⁴². Dans son rapport de résultat pour l'année 2017-2018, le ministère de la Justice a précisé qu'il « a également fait progresser les travaux nécessaires pour déterminer si le Canada deviendra partie à trois autres traités sur les droits de la personne » dont la CIPPDF¹³⁴³. Dans ses rapports subséquents, aucune mention n'a été faite à l'égard de traités internationaux de protection des droits humains.

Or le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, et le Comité contre la torture ont, par ailleurs, tous recommandé que le Canada ratifie la CIPPDF¹³⁴⁴. Il est aussi à noter que le rapport thématique de la Commission interaméricaine de 2014 sur le Canada, le rapport d'enquête concernant le Canada effectué par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes de 2015, et le rapport final de *l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées* de 2019 ont tous mis en lumière la persistance au Canada du phénomène de disparitions de femmes et filles autochtones, et la nécessité que des actions concrètes soient prises¹³⁴⁵.

Ces préoccupations rejoignent également celles formulées récemment dans la doctrine¹³⁴⁶. Plusieurs des experts latino-américains consultés dans le cadre du présent projet ont abordé l'importance que la lutte contre les disparitions forcées a eue dans la région, entre autres en Argentine¹³⁴⁷, en Colombie¹³⁴⁸, au Mexique,¹³⁴⁹ au Salvador¹³⁵⁰, de même qu'au Guatemala et en Uruguay¹³⁵¹, soulignant, entre autres, le rôle important que le Système interaméricain a joué dans ce processus. Il n'est donc pas surprenant que l'immense majorité des États d'Amérique latine aient ratifié la CIPPDF¹³⁵², une expérience dont pourrait certainement s'inspirer le Canada.

- *La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CIPDTM)*

L'autre convention que le Canada n'a pas ratifiée parmi les neuf traités de base de protection des droits humains de l'ONU est la CIPDTM, un instrument dont la pertinence contemporaine est particulièrement criante, entre autres dans les Amériques¹³⁵³.

1342 Voir Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada : Additif : Observations sur les conclusions et/ou recommandations, engagements et réponses de l'État examiné*, Doc off NU AG A/HRC/39/11/Add. 1, 39e sess, 18 septembre 2018 au para 6.

1343 Ministère de la Justice du Canada, l'honorable Jody Wilson-Raybould, c.p., c.r., députée et Ministre de la Justice et procureure générale du Canada, *Rapport sur les résultats ministériels 2017-2018*, 2018 à la p 17.

1344 Voir Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales concernant les huitième et neuvième rapports périodiques (présentés en un seul document) du Canada*, Doc off NU CEDAW CEDAW/C/CAN/CO/8-9, 25 novembre 2016 aux paras 26, 27 et 57; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales concernant le rapport du Canada valant vingt et unième à vingt-troisième rapports périodiques*, Doc off NU CERD/C/CAN/CO/21-23, 13 septembre 2017 aux paras 23, 24, 35; Comité contre la torture, *Observations finales concernant le septième rapport périodique du Canada*, Doc off NU CAT CAT/C/CAN/CO/7, 21 décembre 2018 aux paras 48-49.

1345 Voir Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Report of the inquiry concerning Canada of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women under article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Doc off NU CEDAW CEDAW/C/OP.8/CAN/1, 30 mars 2015; CIDH, *Missing and Murdered Indigenous Women*, supra note 1160; *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*, 3 juin 2019.

1346 Voir par ex Serier, supra note 422. 1352

1347 Méndez et Dyck, supra note 97.

1348 Monzón Cifuentes et Boulanger Martel, supra note 98.

1349 Guevara Bermúdez, supra note 103. Voir aussi Gold, supra note 80.

1350 Hatcher, supra note 778.

1351 Duhaime et Tapias Torrado, supra note 81.

1352 Argentine, Belize, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Cuba, Dominique, Équateur, Honduras, Mexique, Panama, Paraguay, Pérou et Uruguay.

1353 Voir à ce sujet Bernard Duhaime et Catherine Lafontaine, « Migrations et droits humains dans les Amériques : réflexions entourant l'affaire *Dorzema et al. c. République Dominicaine* » dans *Droits de la personne : La circulation des idées, des personnes, des biens et des capitaux*, Actes des Journées strasbourgeoises 2012, Yvon Blais, Cowansville, 2013, 217.

En effet, les travailleurs.euses migrant.es sont au cœur du phénomène migratoire mondial. Ces personnes quittent leur résidence habituelle pour se déplacer dans un autre pays afin d’y travailler. Alors que les politiques d’admission des migrant.es au sein du marché du travail relèvent du domaine national¹³⁵⁴, les instruments internationaux cherchent à offrir une garantie que certains droits seront reconnus aux travailleurs.euses migrant.es lorsqu’ils se trouveront sous le contrôle d’un État partie. Les travailleurs.euses migrant.es sont particulièrement vulnérables, puisqu’en plus d’être dans une situation d’étrangers dans le pays d’accueil, ils se retrouvent souvent dans des secteurs défavorisés de l’économie, créés par la désindustrialisation et la déréglementation du marché du travail – ce qui est surtout vrai pour les migrant.es en situation irrégulière¹³⁵⁵. Tel que l’a rappelé l’ancien Rapporteur spécial sur les droits de l’homme des migrants, le Pr François Crépeau, les migrant.es en situation précaire sont sans voix dans leur société d’accueil, que ce soit au Nord comme au Sud; prendre la parole, protester, ou revendiquer leurs droits peut être dangereux et ainsi « passer à autre chose » est le plus souvent une stratégie privilégiée afin d’éviter que leurs sacrifices ne soient vains¹³⁵⁶. Crépeau clarifie, par ailleurs, que

[m]uch of public debates and policy activity is based on stereotypes, threats and fantasies, as was the case when policies about women were made by committees of men. Stereotypes and fantasies fuel the nationalist populist agenda and discourse, reinforcing negative public perceptions of migrants and increasing the pressure in favour of ever more repressive policies, in a very vicious downward spiral¹³⁵⁷.

Plusieurs instruments internationaux ont été adoptés sur cet important sujet par le passé, entre autres dans le cadre des travaux de l’Organisation internationale du Travail, dont la *Convention (n° 97) sur les travailleurs migrants (révisée)* et la *Convention (n° 143) sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires)*, que le Canada n’a pas ratifiées¹³⁵⁸.

En 1990, l’Assemblée générale de l’ONU a adopté la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille* (CIPDTM), qui est entrée en vigueur en 2003¹³⁵⁹. Cette *Convention* complète les quatre instruments de l’OIT sur les travailleurs.euses migrant.es en ce que sa portée est plus large et dépasse les seules questions de travail¹³⁶⁰.

En plus de garantir la non-discrimination en matière de droits pour tous.les travailleurs.euses migrant.es et aux membres de leur famille se trouvant sur le territoire d’un État partie¹³⁶¹, la CIPDTM prévoit la garantie du respect des droits humains — reconnus principalement dans le PIDCP et le PIDESC¹³⁶² — de tous.les travailleurs.euses migrant.es, indépendamment de leur statut d’immigration¹³⁶³.

Par ailleurs, afin de décourager les migrations irrégulières¹³⁶⁴, la *Convention* accorde certains droits supplémentaires aux travailleurs.euses en situation régulière¹³⁶⁵ et ayant des situations particulières¹³⁶⁶.

1354 Michèle Morel et Nicole de Moor, « Migrations climatiques : quel rôle pour le droit international ? » (2012) 88 *Cultures & Conflits*, à la p 81.

1355 Paul de Guchteneire et Antoine Pécoud, « Les obstacles à la ratification de la Convention des Nations Unies sur la protection des droits des travailleurs migrants » (2010) 75:2 *Dr soc* à la p 433.

1356 François Crépeau, « Foreword » dans Alan Desmond, dir, *Shining new light on the UN Migrant Workers Convention*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2017 xiv à la p xiv.

1357 *Ibid* à la p xv.

1358 *Convention (n° 97) sur les travailleurs migrants (révisée)*, 8 juin 1949, 12 RTNU 70 (entrée en vigueur: 22 janvier 1952); *Convention (n° 143) sur les trava*

1359 CIPDTM, *supra* note 265 à l’art 87.

1360 Organisation internationale du Travail, « Normes internationales du travail relatives aux migrations de main-d’œuvre », en ligne : <<https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/standards/lang--fr/index.htm>>.

1361 CIPDTM, *supra* note 265 à l’art 7.

1362 HCDH, « The International Convention on Migrant Workers and its Committee: Fact Sheet No. 24 (Rev. 1) », 2005, en ligne : <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet24rev.1en.pdf>>, à la p 5.

1363 CIPDTM, *supra* note 265 aux arts 8-35.

1364 Morel et de Moor, *supra* note 1354 à la p 82.

1365 CIPDTM, *supra* note 265 aux art 36-56.

1366 *Ibid* aux arts 57-63.

De plus, un Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille est constitué par la *Convention* afin d'examiner son application¹³⁶⁷.

Cinquante-sept (57) États sont parties à la CIPDTM. Le Canada n'a ni signé ni ratifié cette convention, comme c'est souvent le cas pour les grands pays d'immigration occidentaux¹³⁶⁸. La majorité des pays signataires proviennent de l'Amérique centrale et du Sud et de l'Afrique de l'Ouest¹³⁶⁹. Cela peut s'expliquer par le fait que ce sont surtout les pays de destination qui se voient conférer des devoirs en vertu de la *Convention*¹³⁷⁰. Les pays d'émigration conçoivent donc cette convention comme un moyen de protéger leurs ressortissant.es. Cependant, il est intéressant de constater que certains pays d'origine, qui ont ratifié la CIPDTM, sont devenus des pays de transit et de destination, tels que le Mexique, ce qui les oblige à appliquer la *Convention* aux migrant.es qui se retrouvent sous leur contrôle¹³⁷¹.

Tel que mentionné antérieurement, un Comité pour la protection des droits des travailleurs migrants, un organe composé d'expert.es indépendant.es, surveille l'application de la *Convention*. Les États parties doivent soumettre un rapport dès leur adhésion, puis à chaque cinq ans, sur la mise en œuvre de cette convention internationale. Le Comité pourra éventuellement recevoir des communications individuelles et des communications des États parties, lorsque dix États parties auront accepté ces procédures conformément aux articles 76 et 77 de la *Convention*. Il s'agit de la seule convention des neuf traités relatifs aux droits humains fondamentaux de l'ONU pour laquelle le mécanisme de plainte individuelle n'est pas entré en vigueur¹³⁷². Depuis 2016, le Comité a produit un rapport sur les observations finales concernant les rapports périodiques de onze pays des Amériques, soit le Honduras, Nicaragua, Jamaïque, Mexique, Équateur, Saint-Vincent-et-Grenadines, Guyana, Guatemala, Colombie, Argentine et Chili.

Selon certain.es, cette *Convention* est un instrument potentiellement utile à l'heure où le nombre de migrant.es croît et où les violations des droits humains en lien avec les migrations augmentent¹³⁷³. Le relatif faible succès de cet instrument international, particulièrement auprès des pays occidentaux habituellement défenseurs des droits humains, s'explique de diverses manières. Comme mentionné précédemment, les pays de transit ou de destination se voient imposer la plupart des devoirs pour protéger des citoyen.nes qui ne sont pas les leurs. Cette convention est également perçue, à certains égards, comme une forme de perte de souveraineté dans les politiques d'admission des migrant.es, comme trop ambitieuse et complexe. Finalement, certains États, comme le Canada, invoquent l'incompatibilité de la convention avec leurs lois internes. Ainsi, au Canada, le problème majeur tient à l'existence des programmes de migration temporaires, incompatibles avec la *Convention*¹³⁷⁴.

Toutefois, plusieurs de ces critiques nous semblent devoir être mises en contexte et nuancées. En effet, comme expliqué dans une étude réalisée par des expertes dans le domaine à la commande du Parlement Européen, « [m]any of the obstacles evoked by [...] States are based on a number of misconceptions on the scope and purposes of this instrument »¹³⁷⁵. Tout d'abord, la CIPDTM est le fruit de longues négociations pendant lesquelles les États de

1367 *Ibid* aux arts 72-78.

1368 de Guchteneire et Pécoud, *supra* note 1355 à la p 432; CIPDTM, *supra* note 265.

1369 OHCHR, « Status of Ratification Interactive Dashboard », *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*, en ligne : <<https://indicators.ohchr.org/>>.

1370 de Guchteneire et Pécoud, *supra* note 1355 à la p 435.

1371 *Ibid* à la p 437.

1372 Voir HCDH, « Organes chargés des droits de l'homme – Procédures de plainte », en ligne : <<https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx>>; Bureau des affaires juridiques, Section des traités, « Collection des traités : 13. Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille », en ligne : <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_fr>.

1373 Voir par ex de Guchteneire et Pécoud, *supra* note 1355 à la p 432. Voir aussi Alan Desmond, dir, *Shining new light on the UN Migrant Workers Convention*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2017; Alan Desmond, « The Triangle That Could Square the Circle: The UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, the EU and the Universal Periodic Review » (2015) 17:1 Eur J Migration & L 39 [Desmond, « Triangle »].

1374 *Ibid* aux pp 438-441.

1375 Kristina Touzenis et Alice Sironi, « Current challenges in the implementation of the UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families », Direction générale des politiques externes de l'Union, n° EXPO/B/DROI/2013/05 PE 433.715, juillet 2013 à la p 4.

destination des migrant.es se sont efforcés de faire en sorte que la *Convention* soit acceptable pour leurs gouvernements en vue de sa ratification et que le texte définitif mette en équilibre la reconnaissance des droits fondamentaux des migrant.es avec les droits des États à contrôler l'admission et la résidence des non citoyen.nes¹³⁷⁶. En ce qui concerne la critique par rapport à l'empiétement sur la souveraineté des États, celle-ci est grandement exagérée puisque la *Convention* prévoit, à son article 79, qu'« [a]ucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte au droit de chaque État partie de fixer les critères régissant l'admission des travailleurs migrants et des membres de leur famille » et que les droits accordés aux migrant.es, comme prévu à la troisième partie du traité, ne limitent pas la souveraineté des États en ne protégeant que certains droits humains inhérents à toute personne humaine¹³⁷⁷. L'argument à l'effet que la CIPDTM est trop ambitieuse et complexe semble, lui aussi, offusquer le fait que la *Convention* résume le régime juridique international déjà applicable aux travailleurs.euses migrant.es et à leurs familles, en tant que personne et ainsi bénéficiaire de droits; la *Convention* s'est inspirée en grande partie d'instruments existants s'appliquant à tous et à toutes¹³⁷⁸. En effet, tel que le rappelle l'ancien Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, « [t]he statement that migrants are rights-holders is absolutely true, even self-evident, in law »¹³⁷⁹. La CIPDTM, tout comme plusieurs autres conventions ratifiées par le Canada, est un instrument qui vise des personnes en situation de vulnérabilité particulière et qui leur applique de façon plus précise et claire le régime de droit universel des droits humains reconnus à tout être humain¹³⁸⁰.

Enfin, l'argument à l'effet que la *Convention* est incompatible avec l'ordre juridique interne canadien mérite une analyse plus approfondie, mais surtout d'être considéré à l'aune des propos déjà exprimé dans cette section à ce sujet. Le Canada doit faire plus et considérer la ratification de traités de droits humains comme représentant une opportunité de déclarer ici et à l'international son engagement envers la protection complète des droits humains, en tant qu'objectif auxquels doit tendre toute société libre et démocratique.

Par ailleurs, il importe de souligner que la CIPDTM vise avant tout à créer un cadre juridique permettant de gérer les migrations de manière durable à long terme¹³⁸¹. Plusieurs préjugés et discours sur les migrations ne reflètent pas la réalité et vont à l'encontre des faits et des chiffres; « [I]es migrants sont des moteurs et des catalyseurs du développement » et la migration « fait naturellement partie de l'existence humaine »¹³⁸². En ce sens, le Canada s'est récemment engagé par la *Déclaration de Los Angeles sur la migration et la protection* de 2022 du Sommet des Amériques à « intensifier les efforts nationaux, régionaux et hémisphériques visant à créer les conditions d'une migration sûre, ordonnée, humaine et régulière et à renforcer les cadres de protection internationale », et à « protéger la sécurité, la dignité, les droits de la personne et les libertés fondamentales de tous.tes les migrants, réfugié.es, demandeurs.euses d'asile, personnes déplacées et apatrides, quel que soit leur statut migratoire »¹³⁸³. Ratifier la CIPDTM serait un pas significatif dans cette direction et permettrait de conférer une assise juridique solide aidant à éviter la politisation des migrations aujourd'hui et demain.

Une fois de plus, les avis présentés par les expert.es latinoaméricains.es consulté.es réaffirment l'importance qu'a joué, dans la région, le régime international de protection des droits des migrant.es, entre autres le régime interaméricain¹³⁸⁴ et le régime onusien basé sur la CIPDTM, ainsi que les travaux du Comité qui supervise le respect

1376 Desmond, « Triangle », *supra* note 1373 aux pp 44-45.

1377 *Ibid* à la p 48.

1378 Crépeau, *supra* note 1356 à la p xvi.

1379 *Ibid*.

1380 Voir par ex Touzenis et Sironi, *supra* note 1375 aux pp 6-7.

1381 *Ibid* à la p 34.

1382 Voir *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants*, Doc off AG NU A/72/173, 72e Sess, 19 juillet 2017 aux paras 19-25; *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants sur le programme pour faciliter la mobilité humaine à l'horizon 2035*, Doc off CDH NU A/HRC/35/25, 35e Sess, 28 avril 2017 au para 16.

1383 Sommet des Amériques, *Déclaration de Los Angeles sur la migration et la protection*, 10 juin 2022, en ligne: *premier ministre du Canada* <<https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/declarations/2022/06/10/declaration-de-los-angeles-la-migration-et-la-protection>>.

1384 May Macaulay, *supra* note 74.

de sa mise en œuvre par les États parties¹³⁸⁵. Une fois de plus, la majorité des États latino-américains ont ratifié cet instrument¹³⁸⁶, une pratique dont devrait s'inspirer le Canada.

- *La Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux (Convention 169)*

La *Convention 169* de l'Organisation internationale du Travail¹³⁸⁷ est, à ce jour¹³⁸⁸, le seul traité multilatéral de nature générale qui porte sur la protection des droits des peuples autochtones¹³⁸⁹. Rappelons que les dispositions de la *Convention 169* sont semblables en bien des points à celles de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* et complètent celles-ci.

Dans les dernières années, la *Convention 169* a connu un important succès en réaffirmant « le respect, la consultation, la participation, et la reconnaissance du droit continu de ces peuples à exister »¹³⁹⁰. En effet,

*seuls 20 pays [ont] ratifié [maintenant 24] la convention, mais son influence sur les politiques nationales et internationales a dépassé toutes les attentes que ce faible nombre semble impliquer. Les politiques de développement adoptées par la Banque mondiale, les Banques asiatique et américaine de développement, le PNUD et par un certain nombre de gouvernements se sont indéniablement basées sur cette convention pour définir leurs actions. Des pays comme le Danemark, les Pays-Bas et l'Espagne l'ont ratifiée pour leur servir de guide dans leurs politiques de développement international. La convention a eu des conséquences significatives pour les pays qui l'ont ratifiée, et elle a servi de modèle aux actions d'un certain nombre d'autres pays*¹³⁹¹.

Par ailleurs, la *Convention 169* a été fondamentale dans le développement d'une jurisprudence internationale reconnaissant les droits des peuples autochtones¹³⁹². Elle a notamment été citée tant par le Système interaméricain de droits humains que le Système africain de droits humains¹³⁹³.

De plus, tel que le souligne le Mécanisme d'experts des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, « [l]a *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* et la *Convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169)* de l'OIT sont complémentaires, se renforcent mutuellement et sont l'une comme l'autre invoquées par des organes judiciaires et des organes quasi judiciaires »¹³⁹⁴. En effet, en tant qu'unique traité protégeant spécifiquement les droits des peuples autochtones, les droits entérinés par la *Convention 169* représentent, en partie, « l'opinion internationale contemporaine concernant les questions liées aux peuples autochtones » et, par conséquent, ces dispositions doivent être prises en compte dans l'interprétation et l'application des articles d'autres traités de droits humains lorsque ceux-ci se rapportent aux droits des peuples autochtones¹³⁹⁵.

1385 Guevara Bermúdez, *supra* note 103.

1386 Argentine, Bélice, Bolivie, Chili, Colombie, Cuba, El Salvador, Équateur, Guatemala, Guyane, Honduras, Jamaïque, Mexique, Paraguay, Pérou, Saint-Vincent-et-Grenadines, Uruguay et Venezuela.

1387 *Convention 169*, *supra* note 50.

1388 Peter Bille Larsen et Jérémie Gilbert, « Indigenous rights and ILO Convention 169: learning from the past and challenging the future » (2020) 24:2-3 Intl JHR 83.

1389 Rappelons que, cependant, l'OIT avait adopté précédemment une série d'autres instruments se rapportant directement ou indirectement aux droits des peuples autochtones, qui furent, pour ainsi dire, remplacés par la *Convention 169*. Voir à ce sujet Lee Swebston, *The Foundations of Modern International Law on Indigenous and Tribal Peoples: The Preparatory Documents of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, and Its Development through Supervision: Volume 1: Basic Policy and Land Rights*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015 à la p 8; Gerry Rodgers et al, *L'Organisation internationale du travail et la quête de justice sociale, 1919-2009*, Genève, Bureau International du Travail, 2009; Michael Hudson, « La Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux de l'O.I.T. : Observation sur son importance et son actualité au Canada » (1989) 6:1 RQDI 98. Voir aussi Duhaime et Ouellet-Décoste, « De Genève à San José », *supra* note 55.

1390 *Ibid* à la p 98.

1391 *Ibid* à la p 99.

1392 Voir à ce sujet Duhaime et Ouellet-Décoste, « De Genève à San José », *supra* note 55.

1393 Voir par ex Isabel M. Madariaga Cuneo « ILO Convention 169 in the inter-American human rights system: consultation and consent » (2020) 24:2-3 Intl JHR 257; et *Centre for Minority Rights Development (Kenya) et Minority Rights Group (pour le compte d'Endorois Welfare Council) (Kenya)* (2009), Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (46e Sess) n°276/03.

1394 Conseil des droits de l'homme, *Consentement préalable, libre et éclairé : une approche fondée sur les droits de l'homme: Étude réalisée par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, Doc off NU A/HRC/39/62, 39e sess, 10 août 2018 au para 46.

1395 *Affaire Toledo*, *supra* note 54 au para 87, 118 et à la note de pas de page 123 [traduction libre].

Sur le plan de la réconciliation et de justice transitionnelle, la *Convention 169* a su jouer un rôle fondamental dans plusieurs États parties. Par exemple, au Guatemala, la ratification de ladite convention fut inscrite comme un des éléments nécessaires pour la paix et la lutte contre la discrimination que vivent les peuples autochtones dans l'*Accord relatif à l'identité et aux droits des populations autochtones*, un des accords de paix visant à permettre un processus de justice transitionnel après plusieurs décennies de conflits¹³⁹⁶.

Il va sans dire que, dans le cadre des efforts déployés par le Canada pour s'engager dans la réconciliation avec les peuples autochtones, ceux-ci devraient être consultés quant à la pertinence pour le Canada de ratifier cet instrument¹³⁹⁷, entre autres comme complément à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, qui sert de cadre pour l'engagement des gouvernements FPT envers la réconciliation.

C'est d'ailleurs ce que semblent suggérer divers expert.es autochtones, y compris au Canada, qui réaffirment la pertinence de l'interrelation et de la complémentarité entre ces deux instruments¹³⁹⁸. Rappelons que

*the ILO Convention is framed around Indigenous Peoples participation, adherence to principles of equality and prohibition of racial discrimination. These aspects continue as a central concern in current times concerning policies and actions by States. [...] The Convention, in this aspect, directs States away from the past policies which sought to assimilate Indigenous Peoples into the dominant societies*¹³⁹⁹.

Ainsi, plusieurs organisations des peuples autochtones ont exigé que le Canada ratifie la *Convention 169*¹⁴⁰⁰ et ont réitéré la pertinence de celle-ci, en tant que source de droit international réaffirmant la pleine reconnaissance de leurs droits¹⁴⁰¹.

Notons enfin que les avis présentés par les expert.es latinoaméricains.es consultés.es¹⁴⁰² réaffirment l'importance qu'a joué, dans la région, le régime international de protection des droits des peuples autochtones, entre autres le Système interaméricain, le régime onusien, et, bien évidemment le régime issu de la *Convention 169*¹⁴⁰³ et des instances de supervision de la mise en œuvre de cet instrument au sein de l'OIT¹⁴⁰⁴.

C'est entre autres le cas pour la situation des droits des peuples autochtones au Nicaragua¹⁴⁰⁵ et au Chili¹⁴⁰⁶, mais aussi, plus largement dans l'ensemble des Amériques¹⁴⁰⁷. Une fois de plus, la majorité des États latino-américains ont ratifié cet instrument¹⁴⁰⁸, une pratique dont devrait s'inspirer le Canada.

1396 *Accord relatif à l'identité et aux droits des populations autochtones*, 31 mars 1995 dans Conseil de sécurité et Assemblée générale, « Lettre datée du 5 avril 1995, adressée au Président de l'Assemblée générale et au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général », Doc off NU A/49/882 et S/1995/256, 10 avril 1995. Voir à ce sujet Bernard Duhaime et Marc Porret, *La Convention 169 de l'O.I.T. relative aux peuples indigènes et tribaux: le cas du Guatemala*, Rights and Democracy, Montréal, 1996; Virginia A. Leary, *La Utilización del Convenio 169 de la OIT para proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas*, IIDH, San José, Costa Rica, 1999 aux pp 57 et ss.

1397 Hudson, *supra* note 1389 à la p 98.

1398 Voir par exemple Union of British Columbia Indian Chiefs and Canadian Centre for Policy Alternatives, *True Lasting Reconciliation: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in British Columbia law, policy and practices*, novembre 2018 à la p 9. Voir aussi Dalee Sambo Dorough, présidente du *Inuit Circumpolar Council*, qui parle du « dynamic linkage between the UN Declaration and ILO C169 » et souligne que « the two instruments are 'compatible and mutually reinforcing' as the ILO itself has confirmed ». Conseil des droits de l'homme, *Consentement préalable, libre et éclairé : une approche fondée sur les droits de l'homme: Étude réalisée par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, Doc off NU A/HRC/39/62, 39e sess, 10 août 2018 au para 46. Voir aussi Dalee Sambo Dorough, « Perspective on Convention 169, its significance to Inuit and some troubling developments » (2020) 24:2-3 Intl JHR 293.

1399 Les Malezer, « Perspective on the Convention 169: its significance to Aboriginal peoples » (2020) 24:2-3 Intl JHR 297 à la p 298. Voir aussi Dalee Sambo Dorough, « Perspective on Convention 169, its significance to Inuit and some troubling developments » (2020) 24:2-3 Intl JHR 293 à la p 294.

1400 L'Association des femmes autochtones du Canada, *Native Women's Association of Canada's Report in Response to Canada's Fourth and Fifth Reports on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights covering the period of September 1999 – December 2004*, avril 2006 à la p 3; Assemblée des Premières Nations, *Participation des Premières Nations et des personnes handicapées des Premières Nations à la Loi fédérale sur l'accessibilité: Rapport de mars 2017 (Ébauche)*, 2017 à la 14.

1401 Voir par ex Assemblée des Premières Nations, *Rapport Annuel 2018-2019*, juin 2019 aux pp 37-38; Congrès des peuples autochtones, *Trousse de réconciliation pour dirigeants d'entreprise*, 2019 à la p 3; Association des femmes autochtones du Canada, *Final Written Submission of the Native Women's Association of Canada: National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls*, 11 décembre 2018 au para 85; British Columbia Assembly of First Nations (Jody Wilson-Raybould et Tim Raybould), *Governance Toolkit: A Guide to Nation Building*, 2e éd, 2014 aux pp 9 et 10.

1402 Voir également le texte des experts chiliens José Aylwin et Pablo Policzer, « No Going Back: The Impact of ILO Convention 169 on Latin America Comparative perspective » (2020) 13:8 SPP Research Paper 1 à la p 2.

1403 Voir à ce sujet Patrick Thornberry, *Indigenous peoples and Human rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002 à la p p 367.

1404 OIT, *Assurer le respect des normes internationales du travail: le rôle essentiel de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT*, Genève, 2019, en ligne: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_730866.pdf >.

1405 Alfred Cunningham, *supra* note 89.

1406 Vargas-Forman et al, *supra* note 93.

1407 Tapias Torrado, *supra* note 81.

1408 Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Équateur, Guatemala, Honduras, Mexique, Nicaragua, Paraguay, Pérou et Venezuela.

- *La Convention américaine relative aux droits de l'homme et la Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme (Convention Belém do Pará).*

Il va de soi qu'en ce qui a trait à la question de la ratification par l'État canadien de nouveaux traités de protection des droits humains, une majorité d'avis reçus lors des sondages, des rencontres et des événements nationaux décrits dans le Chapitre 2 a insisté sur la nécessité pour le Canada d'adhérer à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* (ou *Pacte de San José*), le principal instrument régional en la matière.

Plusieurs ont également invité le Canada à ratifier la *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme*, également appelée *Convention Belém do Pará*.

Ces propos reflètent les recommandations formulées par le Comité sénatorial permanent des droits de la personne en 2003 et en 2005, qui incitait les autorités canadiennes à adhérer à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* avant 2008¹⁴⁰⁹. Il indiquait alors que « [b]eaucoup se demandent pourquoi le Canada est si réticent à ratifier cet instrument et à devenir ainsi membre à part entière du système des droits de la personne de l'OEA. Au cours de nos audiences, nous avons constaté qu'il n'existait en fait aucune raison impérieuse pour que le Canada ne ratifie pas la *Convention* »¹⁴¹⁰.

Rappelons qu'il s'agit d'une position partagée par l'ensemble des acteurs.trices de la société civile consulté.es par ce comité lors des travaux menés à l'époque¹⁴¹¹. Le Comité sénatorial indiquait à ce sujet « [a]u Canada, la société civile exprime le même souhait. [...] Tous les témoins qui ont comparu devant le Comité, ainsi que les personnes et les organisations [canadiennes] qui ont exprimé leur position [...], se sont prononcés en faveur de la ratification de la *Convention* »¹⁴¹². Il en va de même de « divers organismes des Nations Unies et de nombreuses organisations non gouvernementales vouées à la défense des droits de la personne » rencontrés lors d'une séance tenue au Costa Rica par le Comité sénatorial¹⁴¹³.

Enfin, notons que la littérature portant sur le sujet semble unanime à recommander au Canada d'adhérer ou ratifier ces instruments du Système interaméricain¹⁴¹⁴. À ce sujet, il convient de rappeler que l'auteur principal de la présente contribution a déjà analysé la question à de multiples reprises¹⁴¹⁵ et réitéré que le Canada devrait souscrire tant à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* qu'à la *Convention Belém do Pará* pour un ensemble de raisons, qui seront abordées sommairement ci-après.

Dans un premier temps, le Canada devrait adhérer à la *Convention américaine* et reconnaître la compétence obligatoire de la Cour interaméricaine parce que cela permettrait de renforcer et d'amplifier la protection des droits humains des personnes vivant au Canada en mettant à leur disposition un autre régime et un autre recours international pour ce faire. L'adhésion du Canada offrirait ainsi une meilleure protection à travers une meilleure intégration au Système interaméricain et, surtout, l'accès à toute personne ou tout groupe à la Cour interaméricaine.

1409 Voir le Rapport du Comité sénatorial permanent des droits de la personne, *Améliorer le rôle du Canada dans l'OEA : l'adhésion du Canada à la Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 2003, en ligne : Sénat du Canada <www.sencanada.ca> [Rapport du Sénat de 2003]; Comité sénatorial permanent des droits de la personne, *Adhésion du Canada à la Convention américaine relative aux droits de la personne : le temps est venu de passer à l'action*, 18e rapport, mai 2005, en ligne : Gouvernement du Canada <publications.gc.ca/site/fra/397899/publication.html> [Rapport du Sénat de 2005].

1410 Rapport du Sénat de 2003, *supra* note 1409 à la p 1.

1411 Voir, par exemple, *Droits et Démocratie*, « Brief Regarding Ratification by Canada of the American Convention on Human Rights », 2000 [Droits et Démocratie « Brief »]; Rebecca Cook, « Les droits des femmes et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* » (2001) *Droits & Démocratie*; John W Foster, « La ratification canadienne de la CARDH et du Protocole de San Salvador : vers un plus grand respect des droits économiques, sociaux et culturels des Canadiens et Canadiennes » (2001) *Droits & Démocratie*; Amnistie internationale, « Letter Concerning Canada's Commitment to the Inter-American Human Rights System », 2004; Association des juristes canadiens pour le respect des droits de la personne, *Canada's Accession to the American Convention on Human Rights*, 2003 [CLAIHR].

1412 Rapport du Sénat de 2003, *supra* note 1409 aux pp 2, 59.

1413 *Ibid* à la p 1.

1414 Balcorta et Bélanger, *supra* note 940. Ariane Rémy Quevedo « Poids et contrepoids : l'adhésion du Canada à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* » (2019) 49 RGD 45 aux pp 51-84; David Gómez Gamboa, « El rol de Canadá frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el contexto de la OEA » (2012) 6:1 *Cuestiones Jurídicas* 33; Maxwell Gill, « Canada and the OAS: Hemispheric Cooperation or Regional Development? » (2020) 1:1 *General Assembly* 1.

1415 Bernard Duhaime, et Léa Serier (collaboratrice), « Why Canada Should Join the American Convention on Human Rights » (2021) 23 *Aportes DPLF* aux pp 10-13, Duhaime, « Dix raisons », *supra* note 376 à la p 272; Bernard Duhaime, « Ten reasons why Canada should join the American Convention on Human Rights » (2019) 49 RGD 187; Duhaime, « Time to Become a Full Player », *supra* note 3; Duhaime, « A Role for Canada », *supra* note 3.

Tel qu'expliqué dans la section 4 b ii), l'accès à la Cour interaméricaine, à une procédure contentieuse devant une cour, garanti aux victimes, et au Canada, l'accès à un procès complet, elle permet une plus grande visibilité aux victimes et de mettre davantage en lumière les enjeux de droits humains soulevés, et elle prévoit des garanties judiciaires procédurales plus importantes que devant la Commission interaméricaine, ou les organes de traités des Nations Unies compétents pour recevoir des plaintes¹⁴¹⁶. L'accès à un tribunal des droits humains supranational serait alors un point tournant significatif pour la protection des droits humains au Canada. Par ailleurs, bien que le Canada soit tenu de respecter de bonne foi les recommandations du Comité de l'ONU et de la CIDH¹⁴¹⁷, il aurait alors l'obligation juridique de mettre en œuvre les décisions contraignantes et autres ordonnances émises à cet égard par la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁴¹⁸. Aussi, s'il adhérerait à la *Convention américaine*, le Canada pourrait par la suite adhérer à d'autres traités interaméricains relatifs aux droits de la personne qui exigent des États parties d'avoir préalablement adhéré à ladite *Convention*, dont le *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels*¹⁴¹⁹.

En outre, les normes élaborées par le Système permettent de mieux comprendre la situation actuelle des droits de la personne au Canada et de mieux protéger les Canadiens.nes, notamment au sujet des principaux enjeux soulevés au cours du dernier cycle de l'Examen périodique universel entrepris par le Canada au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies¹⁴²⁰, tels que les droits des peuples autochtones¹⁴²¹, la violence contre les femmes¹⁴²², la sécurité nationale et la sécurité publique¹⁴²³, la pauvreté, l'itinérance et la sécurité alimentaire, la discrimination raciale et religieuse¹⁴²⁴, et la situation des groupes et des personnes en situation de vulnérabilité¹⁴²⁵, comprenant les migrant.es¹⁴²⁶.

De plus, le Comité sénatorial permanent des droits de la personne soulignait en 2003 que

*la ratification de traités internationaux et la reconnaissance de la compétence des organismes créés pour superviser leur application apportent un autre niveau de protection qui n'est pas fourni par les tribunaux nationaux, notamment au Canada où l'absence de lois mettant en œuvre les traités internationaux relatifs à la protection des droits de la personne limite sérieusement la possibilité de les invoquer devant les tribunaux*¹⁴²⁷.

1416 « Bien que les deux types de recours soient utiles [devant la Commission ou un organe de traité des Nations unies], aucun d'eux ne permet la tenue d'un procès en bonne et due forme au cours duquel il serait possible de présenter une plaidoirie orale, d'interroger des témoins et des experts, etc., à l'instar d'un procès régulier. » Duhaime, « Time to Become a Full player », *supra* note 3 à la p 649; Duhaime « Dix raisons », *supra* note 376 à la p 271.

1417 Voir *James Terry Roach et Jay Pinkerton (États-Unis)* (1987), Inter-Am Comm HR, No 3/87 aux paras 46-49; *Michael Edwards (Bahamas)* (2000), Inter-Am Comm HR, No 24/00 au para 107 [*Affaire Michael Edwards*]. Voir aussi *Observations générales No 33 Les obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, HCR, 94e session, Doc NU CCPR/C/GC/33 (2008).

1418 Voir entre autres *Convention américaine*, *supra* note 1 aux arts 51-62.

1419 *Protocole de San Salvador*, *supra* note 272. Voir aussi Duhaime et Hansbury « L'OEA et le Protocole de San Salvador », *supra* note 817 aux pp 363, 369-71; Duhaime, « Le Système interaméricain », *supra* note 278.

1420 Voir *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Canada*, CDHNU, 24e session, Doc NU A/HRC/24/11 (2013).

1421 Entre autres en ce qui a trait aux droits des femmes autochtones. Voir *Affaire Fernández Ortega*, *supra* 296 note; *Affaire Rosendo Cántú (Mexique)* (2010), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 216; *Indigenous Women and Their Human Rights in the Americas* (2017), Inter-Am Comm HR Doc off OEA/Ser.L/V/II.17/Doc.44; CIDH, *Missing and Murdered Indigenous Women*, *supra* note 1160.

1422 À ce sujet, Duhaime et Tapias ont rappelé, dans leur contribution aux actes du colloque tenu dans le cadre du présent projet que la Commission et la Cour ont adopté des normes très détaillées concernant la protection des femmes contre la violence et l'obligation des États de lutter contre l'impunité dans ce contexte. Ces développements jurisprudentiels, de même que ceux portant plus particulièrement sur la protection des femmes autochtones contre la violence, sont d'une pertinence évidente pour le Canada. Voir Duhaime et Tapias Torrado, *supra* note 81. Voir aussi voir aussi Bernard Duhaime, « Women's Rights in Recent Inter-American Human Rights Jurisprudence » dans *Processings of the ASIL Annual Meeting*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 258. Voir aussi, plus généralement Rosa M Celorio, « The Rights of Women in the Inter-American System of Human Rights: Current Opportunities and Challenges in Standard-Setting » (2011) 65:3 U Miami L Rev 819. Voir aussi Karla I Quintana Osuna, « Recognition of Women's Rights Before the Inter-American Court of Human Rights » (2008) 21:2 Harv Hum Rts J 301; Ruth Rubio-Marin et Clara Sandoval, « Engendering the Reparations Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: The Promise of the Cotton Field Judgment » (2011) 33:4 Hum Rts Q 1062; Juana I Acosta López, « The Cotton Field Case: Gender Perspective and Feminist Theories in the Inter-American Court of Human Rights Jurisprudence » (2012) 21 International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional 17; Caroline Bettinger-Lopez, « Human Rights at Home: Domestic Violence as a Human Rights Violation » (2008) 40:1 Colum HRLR 19; Caroline Bettinger-Lopez, « Jessica Gonzales v. United States: An Emerging Model for Domestic Violence & Human Rights Advocacy in the United States » (2008) 21:2 Harv Hum Rts J 183.

1423 Voir par exemple *Report on Terrorism and Human Rights : 2002*, Doc off OEA/Ser.L/V/II.116/Doc.5, rev.1 (2002).

1424 Voir par ex Bernard Duhaime, « Vers une Amérique plus égalitaire? L'interdiction de la discrimination et le Système interaméricain de protection des droits de la personne » dans Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja, dir, *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, A. Pedone, Paris, 2009.

1425 Voir par ex Duhaime, « Le Système interaméricain », *supra* note 278.

1426 Voir par ex Duhaime et Lafontaine, *supra* note 1353. Voir aussi *Report of the Situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System* (2000), Inter-Am Comm HR, Doc off OEA/Ser.L/V/II.106/Doc.40, rev. 1 [*Situation of Asylum Seekers*].

1427 Rapport du Sénat de 2003, *supra* note 1409 à la p 41 [Emphase ajoutée].

Malgré les inquiétudes que certain.es pourraient formuler à ce sujet, les cultures juridiques du Canada sont tout à fait compatibles avec celle du Système interaméricain de protection des droits humains. Effectivement, bien qu'il y ait différentes cultures juridiques dans les Amériques (sous l'influence du droit civil continental européen, de la *common law* anglaise et des traditions juridiques autochtones)¹⁴²⁸, la Commission et la Cour ont été en mesure d'interpréter les obligations internationales de chaque État membre en vertu des instruments interaméricains, en tenant compte des garanties normatives et procédurales internes en conformité avec le principe de subsidiarité et un recours généralement équilibré au principe de retenue à l'égard des tribunaux nationaux¹⁴²⁹. En effet, même si la Commission et la Cour rendent souvent des jugements très étoffés – en particulier en ce qui a trait aux mesures de réparation – la spécificité des recommandations ou des ordonnances est essentiellement conforme à la capacité de chaque État de mettre en œuvre ces dernières par l'entremise de ses institutions législatives, exécutives et judiciaires après une analyse détaillée de chaque cas particulier¹⁴³⁰.

De plus, malgré le fait que la majorité des affaires interaméricaines proviennent de pays de droit civil, la CIDH¹⁴³¹ et la Cour¹⁴³² ont souvent eu à trancher des questions complexes de *common law*, entre autres dans le domaine du droit criminel et des garanties judiciaires, et en ce qui a trait aux droits des peuples autochtones¹⁴³³, y compris au Canada¹⁴³⁴. À ce sujet, la pleine adhésion du Canada aux instruments interaméricains permettrait aux Canadien.nes de s'inspirer des leçons de l'expérience de l'Amérique latine dans la défense des droits de la personne. En effet, bien que la région ait subi de nombreuses violations des droits de la personne, elle a également trouvé des solutions complexes, créatives et bien adaptées à certains de ses problèmes¹⁴³⁵. À une époque où le Canada est aux prises avec plusieurs enjeux touchant les droits de la personne, notamment en ce qui concerne les droits des peuples autochtones, la violence faite aux femmes, la discrimination, les politiques relatives à la sécurité et à l'immigration, etc., certaines de ces expériences pourraient être utiles au Canada. Par exemple, l'expérience de la région à l'égard du phénomène des disparitions forcées¹⁴³⁶ ainsi que des commissions de vérité et des mécanismes de justice transitionnelle¹⁴³⁷, qui est abordée en partie par la jurisprudence interaméricaine, peut certainement orienter les débats qui ont lieu aujourd'hui au Canada.

Sur le plan substantif, il ne semble pas exister d'incompatibilité entre le droit interne canadien et la *Convention américaine*. Par le passé, certaines préoccupations avaient été exprimées concernant la compatibilité de certaines dispositions de celle-ci avec la législation canadienne actuellement en vigueur, plus particulièrement à savoir si le paragraphe 4 (1) de la *Convention américaine* protégeant le droit à la vie « en général à partir de la conception »

1428 Voir à ce sujet Paolo Carozza, « The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights » (2015) 5:1 Notre Dame J Int & Comp L 152.

1429 Sur cette question en particulier, voir Bernard Duhaime, « Standard of Review in the Practice of the Inter American Human Rights Institutions. Subsidiarity and the Struggle Against Impunity in the Americas: What Room Is There for Deference in the Inter-American System? » dans Lukasz Gruszczynski & Wouter, dir, *Deference in International Courts and Tribunals : Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

1430 C'est ce que démontre bien l'affaire Suresh portant sur le droit de l'immigration et de la protection des réfugiés – la seule décision rendue à l'encontre du Canada jusqu'à présent – dans laquelle la Commission a recommandé, de façon très générale, que celui-ci accorde à la victime « une réparation intégrale, y compris une indemnisation et des mesures de satisfaction; et [...] prenne des mesures législatives ou de toute autre nature pour s'assurer que les personnes faisant l'objet d'une certification de sécurité aient accès sans délai à un contrôle judiciaire de leur détention, qu'elles ne soient pas soumises à une détention arbitraire illimitée, et qu'elles se voient accorder un accès égal à un examen judiciaire de leur détention à intervalles raisonnables [notre traduction] ». *Affaire Suresh*, supra note 370.

1431 Voir par ex *Affaire Michael Edwards*, supra note 1417; *Cases 12.023 (Desmond McKenzie)*, *12.044 (Andrew Downer And Alphonso Tracey)*, *12.107 (Carl Baker)*, *12.126 (Dwight Fletcher)*, and *12.146 (Anthony Rose) (Jamaïque)* (2000), Inter-Am Comm HR, No 41/00.

1432 Voir par ex *Affaire Dacosta Cadogan (Barbade)* (2009), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°204; *Affaire Boyce et al (Barbade)* (2007), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°169; *Affaire Caesar (Trinité-et-Tobago)* (2005), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°123; *Affaire Hilaire, Constantine et Benjamin et al (Trinité-et-Tobago)* (2002), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°94; *Affaire Constantine et al (Trinité-et-Tobago)* (2001), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°82; *Affaire Benjamin et al (Trinité-et-Tobago)* (2001), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°81; *Affaire Hilaire (Trinité-et-Tobago)* (2001), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°80.

1433 Voir par ex *Mary et Carrie Dann (États-Unis)* (2002), Inter-Am Comm HR, No 75/02.

1434 Voir par ex *Affaire Grand Chief Michael Mitchell*, supra note 371.

1435 Voir par exemple Ariel E. Dulitzky, *Desapariciones Forzadas : Las Contribuciones de América Latina y de José Zalaquett*, 2017, en ligne : <<http://www.law.utexas.edu>> [Dulitzky, *Desapariciones Forzadas*]. Voir aussi Ariel E. Dulitzky, *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano, Modelos para (des)armar*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

1436 Dulitzky, *Desapariciones Forzadas*, supra note 1435.

1437 Rachel A May, « Truth' and Truth Commissions in Latin America » (2013) 21:2 Investigación y Desarrollo 494; Kathryn Sikkink et Carrie Booth Walling, « The Impact of Human Rights Trials in Latin America » (2007) 44:4 J Peace Research 427; Cynthia E Milton, « At the Edge of the Peruvian Truth Commission: Alternative Paths to Recounting the Past » (2007) 98 Radical History Rev 3

serait compatible avec l'état actuel du droit canadien relatif à l'avortement¹⁴³⁸. Or comme l'ont rappelé Duhaime et Tapias dans les actes du colloque mené dans le cadre du présent projet¹⁴³⁹, la CIDH avait indirectement abordé cette question dans l'affaire *Baby Boy*¹⁴⁴⁰, où, la CIDH a jugé que le paragraphe 4 (1) de la *Convention américaine* n'interdit pas comme tel aux États de permettre l'avortement¹⁴⁴¹. Plus récemment, dans l'affaire *Artavia Murillo* portant sur la fertilisation in vitro, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a indiqué que « le but et l'objet du paragraphe 4 (1) de la *Convention américaine* sont que le droit à la vie ne doit pas être compris comme étant un droit absolu, dont la protection alléguée peut justifier la négation totale d'autres droits »¹⁴⁴². Elle a ajouté que « [l'] on peut conclure d'après l'expression "en général" que la protection du droit à la vie aux termes de cette disposition n'est pas absolue, mais plutôt graduelle et progressive selon son développement, puisqu'il ne s'agit pas d'une obligation absolue et inconditionnelle, mais qui suppose plutôt que des dérogations à la règle générale sont admissibles » [notre traduction]¹⁴⁴³.

La Commission et la Cour ont abordé certaines de ces dérogations dans des décisions portant sur des ententes à l'amiable, ainsi que des mesures conservatoires et mesures provisoires, dans lesquelles celles-ci ont statué qu'il fallait rendre disponible l'avortement dans certaines circonstances, notamment dans les cas de femmes enceintes en raison d'un viol, lorsque la santé de la mère est à risque, ou lorsque le fœtus n'est pas viable¹⁴⁴⁴. Ces développements semblent être conformes à des décisions similaires rendues par des organismes des Nations Unies¹⁴⁴⁵ concernant des traités des Nations Unies sur les droits de la personne qui ont déjà été ratifiés par le Canada, notamment le PIDCP, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹⁴⁴⁶, et la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁴⁴⁷. Rappelons par ailleurs que, dans les cas où la législation canadienne ou un autre traité international ratifié par le Canada devait assurer une meilleure protection des droits humains que la *Convention américaine*, cette dernière ne pourrait être interprétée de manière à restreindre cette plus grande protection, conformément à l'article 29 du traité. Enfin, bien que cela ne soit pas la pratique habituelle du Canada, il serait également possible de dissiper toute inquiétude résiduelle en formulant une réserve ou une déclaration interprétative de certains aspects de la *Convention américaine* au moment d'y adhérer¹⁴⁴⁸.

Il va sans dire que, sur le plan géopolitique, l'adhésion à la *Convention américaine* aurait une série d'effets positifs pour le Canada. Dans un premier temps cela renforcerait sa capacité à exercer une plus grande influence sur la politique d'autres États en matière de droits de la personne, particulièrement dans les Amériques.

En effet, le fait qu'il n'ait pas accepté les mêmes obligations normatives et institutionnelles du Système interaméricain de protection des droits humains que la majorité des pays de l'OEA affecte considérablement sa crédibilité et sa

1438 Voir Rapport du Sénat de 2003, *supra* note 1409 aux pp 42-44, indiquant que « [l]a Cour suprême du Canada a statué dans *R c Morgentaler* que la procédure créée en vertu de l'article 251 du *Code criminel* pour obtenir un avortement était incompatible avec le droit d'une femme à la sécurité de sa personne. Aucune nouvelle disposition n'a été adoptée pour remplacer l'article 251 ». Voir *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30, 1988 CanLII 90 (CSC).

1439 Duhaime et Tapias Torrado, *supra* note 81.

1440 *Christian White and Gary Potter (États-Unis)* (1981), Inter-Am Comm HR, No 23/81, 2141.

1441 En effet, selon la Commission, une analyse des travaux préparatoires de l'article I de la *Déclaration américaine* révèle que les législateurs ont supprimé la référence à « la conception » du texte envisagé initialement, pour le remplacer par son libellé final, évitant ainsi que plusieurs États aient à déroger à leur droit interne permettant l'avortement dans certaines circonstances. De même, la Commission a également analysé les travaux préparatoires du paragraphe 4 (1) de la *Convention américaine* et a conclu que l'expression « en général » avait été insérée dans la version finale de l'article en raison d'un compromis effectué durant les négociations entre les États qui toléraient l'avortement et ceux qui s'y opposaient. Par conséquent, le libellé actuel de ce texte tient compte du fait que les législateurs n'avaient pas l'intention de s'écarter de l'esprit de l'article 1 de la *Déclaration américaine*.

1442 *Artavia Murillo (in vitro fertilization) (Costa Rica)* (2012), Inter-Am Ct HR (Sér C), n°257 au para 25 [notre traduction].

1443 *Ibid* au para 264.

1444 Au sujet de ces décisions, voir M. A. Olaya, « Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B con El Salvador y el fortalecimiento de la protección de los derechos reproductivos en el sistema interamericano » (2014) 10 Anuario de Derechos Humanos 177.

1445 Voir généralement Christina Zampas, Jaime M. Gher, « Abortion as a Human Right—International and Regional Standards » (2008) 8:2 Hum Rts L Rev 249.

1446 CEDAW, *supra* note 258.

1447 CDE, *supra* note 260.

1448 Duhaime, « A role for Canada? », *supra* note 3.

légitimité, ainsi que sa capacité morale et politique d'inciter ces États à améliorer leur participation à la protection des droits de la personne. Tel qu'avancé par le Comité sénatorial en 2005 dans un rapport de suivi sur le sujet,

[i]l est temps que le gouvernement reconnaisse l'importance de cette convention régionale sur les droits de la personne et prenne des mesures tangibles pour la ratifier. Le Canada a un rôle crucial à jouer dans la protection et la promotion de la démocratie et des droits de la personne dans les Amériques, un rôle qui ne saurait être pris au sérieux si le Canada continue d'atermoyer. Le Canada doit prêcher par l'exemple¹⁴⁴⁹.

L'absence d'engagement du Canada envers le Système interaméricain de droits humains et sa non-adhésion à la *Convention américaine* sont « d'ailleurs souvent souligné[s] par certains diplomates des États membres de l'OÉA »¹⁴⁵⁰. Ainsi, comme le rappelait la vice-présidente de la Commission interaméricaine Margarete May Macaulay lors du colloque tenu dans le cadre du présent projet, l'adhésion du Canada aux instruments interaméricains « would increase its legitimacy and credibility when it calls on other States to respect human rights, thereby increasing its leadership position in the hemisphere »¹⁴⁵¹. Il appert que le Canada ne peut que difficilement faire la promotion des droits humains dans l'Hémisphère et reprocher à certains États des lacunes dans l'exécution de leurs obligations en matière de droits humains, tandis que lui-même refuse de s'engager pleinement dans le projet régional de mise en œuvre et protection des droits humains.

Rappelons, par exemple, que cela a joué en défaveur du Canada, par le passé, dans ses échanges relatifs à la situation des droits humains à Trinité-et-Tobago, ainsi qu'au Pérou¹⁴⁵². De même, en n'étant pas partie à la Convention, le Canada risque également d'être exclu de certaines négociations portant sur les institutions et les normes du régime interaméricain¹⁴⁵³.

En outre, l'adhésion à la *Convention américaine* serait une initiative qui renforcerait la cohérence de la politique régionale du Canada dans les Amériques, entre autres dans le cadre de sa politique favorisant une plus grande intégration économique régionale¹⁴⁵⁴. Similairement, cela qui s'inscrirait dans la continuité du rôle du Canada comme fervent défenseur des droits de la personne. En effet, est-ce qu'un État qui désire être un champion régional ou universel des droits de la personne peut raisonnablement refuser de se joindre pleinement aux mécanismes fondamentaux des droits de la personne de sa propre région?¹⁴⁵⁵

Enfin, l'adhésion du Canada aux instruments interaméricains permettrait non seulement d'enrichir le cadre juridique canadien des expériences et meilleures pratiques de l'Hémisphère, tel qu'abordé précédemment, mais cela aurait également pour effet de renforcer le régime interaméricain.

En plus d'être un pilier de l'Organisation des États américains et un allié du Système interaméricain de protection des droits de la personne, entre autres sur le plan financier, le Canada pourrait, par son adhésion à part entière

1449 Sénat, *Adhésion du Canada à la Convention américaine relative aux droits de l'homme : Le temps est venu de passer à l'action: Rapport intérimaire du Comité sénatorial permanent des droits de la personne* (2005) (présidente : Raynell Andreychuk; vice-présidente : Landon Pearson), en ligne : <https://sencanada.ca/fr/content/SEN/Committee/381/huma/rep/rep18may05-f#_ftnref7>.

1450 Balcorta et Bélanger, *supra* note 940 à la p 101.

1451 May Macaulay, *supra* note 1374 à la p 23.

1452 Voir Duhaime, « Time to Become a Full Player », *supra* note 3 à la p 651. Voir aussi « An Amber Light for Fujimori », *The Economist*, 8 juin 2000, en ligne : <https://www.economist.com/the-americas/2000/06/08/an-amber-light-for-fujimori>. Voir aussi Lloyd Axworthy, « A Model for Promoting Democracy in the Americas » (2003) 10:3 *Canadian Foreign Policy* 13. Voir aussi Amnistie Internationale, *Summit of the Americas : Canada Must Take Concrete Action in Favour of Human Rights*, 2001; CLAIHR, *supra* note 1411 à la p 4; Cook, *supra* note 1411 à la p 2. Voir aussi Droits et démocratie, 2000, *supra* note 1411 à la p 3; Jean-Philippe Thérien, Patrick Héneault et Myriam Roberge, « Le régime interaméricain de citoyenneté : acquis et défis » (2002) 33:3, *Études int* 421 à la p 440.

1453 Ce fut presque le cas en 1999 lors des discussions sur de possibles réformes du Système (certains États membres de l'OEA avaient tenté, en vain, d'exclure du débat les États qui n'avaient pas encore adhéré à la *Convention*). Voir Droits et Démocratie, « Brief », *supra* note 1416 à la p 3. Rappelons également que lorsque les États parties à la *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre les femmes* ont discuté de la création d'un mécanisme de surveillance du traité, ils ont exclu des négociations les États qui n'étaient pas parties à cet instrument, dont le Canada.

1454 Duhaime, « Time to Become a Full Player », *supra* note 3 à la p 654.

1455 Voir de façon plus générale Kris Cates-Bristol, *Is Canada Still a Leader when It Comes to Human Rights?*, Waterloo, Centre for International Governance Innovation, 2009, en ligne : <<https://www.cigionline.org/articles/canada-still-leader-when-it-comes-human-rights>>.

à celui-ci, lui manifester un appui politique important à l'heure où de nombreux pays hostiles au Système, dont le Venezuela et le Nicaragua, en attaquent la crédibilité. De plus, l'adhésion du Canada constituerait une étape importante vers l'universalisation du Système, c'est-à-dire la tendance à ce que tous les États de l'OEA, de diverses traditions juridiques et linguistiques, reconnaissent le même noyau dur d'obligations internationales en matière de protection des droits humains¹⁴⁵⁶. À ce titre, « through its ratification of the Convention, Canada's leadership in this matter would encourage by example and would lead English Caribbean OAS member States and possibly the United States to ratify the Convention, thereby contributing to a broader human rights consensus in the Americas »¹⁴⁵⁷. Cette universalisation est, à long terme, une nécessité absolue puisqu'« un système régional des droits de la personne solide, stable et prévisible devrait prévoir les mêmes droits et obligations pour tous »¹⁴⁵⁸.

En définitive, une adhésion du Canada aux instruments interaméricains permettrait aussi d'enrichir le droit interaméricain grâce à de nouveaux types d'affaires en provenance du Canada¹⁴⁵⁹. Enfin, si le Canada désire vraiment renforcer le Système interaméricain, il doit logiquement s'y joindre à part entière.

Les régimes de protection des droits humains font souvent l'objet de critiques – parfois à juste titre – en raison de leurs aspirations postcoloniales présumées de vouloir civiliser « les autres »¹⁴⁶⁰ ou de leur utilisation stratégique des droits de la personne pour discréditer certains gouvernements¹⁴⁶¹. On accuse parfois les États du Nord d'exiger uniquement des États du Sud le respect des droits de la personne, sans en faire autant chez eux. L'asymétrie actuelle observée dans le Système interaméricain alimente certes ce type de critiques et affaiblit le Système de façon générale. À long terme, l'universalisation est une absolue nécessité pour le Système¹⁴⁶².

En effet, comme l'indiquait la Commission interaméricaine,

*[a]pplication of the standards of the inter-American human rights system throughout the Americas has been and is an uneven, slow-moving process requiring specific, deliberate, and immediate efforts on the part of the States to close the gap between the principles upheld in the inter-American instruments and their implementation in practice. Full ratification of all inter-American human rights treaties is an effort that must be undertaken to achieve the best protection possible of the human rights of all persons*¹⁴⁶³.

À cet égard, le refus du Canada d'adhérer aux traités interaméricains sur les droits de la personne, y compris la *Convention de Belém do Pará*, contraste fortement avec sa position sur les traités de l'OEA portant sur d'autres sujets. Le fait que le Canada n'ait pas ratifié la *Convention de Belém do Pará* est particulièrement surprenant compte tenu de la participation du Canada dans l'élaboration de la Convention, ainsi que la position en faveur des droits humains des femmes et l'agenda féministe développé par l'État canadien ces dernières années.

1456 En effet, un système régional des droits de la personne solide, stable et prévisible devrait prévoir les mêmes droits et obligations pour tous les États, ainsi que le prévoit le modèle européen dans lequel tous les États du Conseil de l'Europe doivent être parties à la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, modifiée par les protocoles 11 et 14, 4 novembre 1950, ETS 5 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953).

1457 Présentement, il y a un certain clivage anglo-latin au sein du système régional. Les États anglophones de tradition juridique de *common law* ne sont, pour la majorité, pas liés par la *Convention américaine* et ils n'ont pas reconnu la juridiction de la Cour interaméricaine, tandis que les États latino-américains de tradition juridique civiliste sont liés par la *Convention américaine* et ils ont reconnu la compétence obligatoire de la Cour. *Ibid* à la p 17. Voir aussi Bernard Duhaime, « Dix raisons », *supra* note 376 aux pp 280-281; Paolo Carozza, « The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights » (2015) 5:1 *Notre Dame J of Intl & Comparative L* 153;

1458 Bernard Duhaime, « Dix raisons », *supra* note 376 à la p 281.

1459 En effet, de nombreux cas sont actuellement soumis à la Commission et à la Cour, non pas parce que le requérant a épuisé toutes les voies de recours internes, mais parce que de tels recours sont inadéquats, inefficaces ou inopportuns. Par conséquent, de nombreuses affaires actuelles concernent les dysfonctionnements des systèmes et leurs conséquences sur l'impunité, sur les garanties judiciaires, etc. En raison de l'efficacité relative du système juridique canadien, la plupart des requérants épuiseront d'abord leurs recours nationaux, conformément à la *Convention américaine* et aux principes du droit international, puis soumettront leur affaire à la Commission et à la Cour, qui se pencheront alors sur des questions sociales et juridiques complexes plutôt que sur les dysfonctionnements du régime juridictionnel interne.

1460 Voir par exemple Makau Wa Mutua, « Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights » (2001) 42:1 *Harv Intl L J* 201; Makau Wa Mutua, « The Ideology of Human Rights » (1996) 36 *Va J Intl L* 589.

1461 Voir Rémi Bachand, « Le droit international et l'idéologie droits-de-l'homme au fondement de l'hégémonie occidentale » (2014) *Hors-série RQDI* 69.

1462 *Considerations Related to the Universal Ratification of the American Convention and other Inter-American Human Rights Treaties* (2014), Inter-Am Comm HR, Doc off OEA/Ser.V/ II.152/Doc.21.

1463 *Considerations Related to the Universal Ratification of the American Convention and other Inter-American Human Rights Treaties* (2014), Inter-Am Comm HR, Doc off OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.21 au para 5 [Empahse ajoutée].

Or, la *Convention de Belém do Pará* est le premier instrument international à avoir formellement établi le droit des femmes à vivre une vie sans violence. C'est une convention historique¹⁴⁶⁴ qui a eu un grand impact au niveau régional et international, ainsi que dans tous les États parties à l'OÉA en servant d'inspiration et de référence pour la « modernisation » du cadre législatif applicable aux violences basées sur le genre dans ces pays¹⁴⁶⁵. La *Convention* établit des normes innovantes qui offrent des solutions proactives à la violence « injuste, douloureuse, aberrante, ancestrale et historique » à laquelle les femmes ont été exposées dans les Amériques¹⁴⁶⁶. Il s'agit d'un instrument qui trouve son origine dans les mouvements féministes qui ont lutté pour que la violence fondée sur le genre ne soit plus considérée comme une question privée, mais comme un problème social et public de sorte qu'aujourd'hui « there can be no doubt that violence against women is a global problem which directly impacts the basic human rights of half of the world's population »¹⁴⁶⁷.

Lors du Sommet des Amériques de 2018 à Lima, au Pérou, le Canada a annoncé qu'il « entreprendra le processus d'adhésion à la Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence faite à la femme » (*Convention de Belém do Pará*)¹⁴⁶⁸.

Le Comité d'experts du Mécanisme de suivi de la *Convention de Belém do Pará* (MESECVI) a accueilli favorablement la déclaration du Canada et s'est mis à la disposition de celui-ci pour tout soutien technique qui pourrait être nécessaire au cours de ce processus. Peu de progrès semble avoir été réalisé; quatre ans plus tard, et aucune action ne semble avoir été entreprise concrètement afin d'adhérer à la Convention¹⁴⁶⁹. La commissaire Macaulay a réitéré à ce sujet que « there is a certain amount of irony in Canada's promotion of and financial provision for the rights of women and girls in the hemisphere, when juxtaposed with its refusal to ratify the American and Belém do Pará Conventions. The Belem do Para Convention is the most important convention on women's rights in the hemisphere »¹⁴⁷⁰.

Rappelons que le Canada a investi près de 20 millions de dollars de 2012 à 2015 afin d'atteindre comme résultat, *inter alia*, « la mise en vigueur, par les états membres, des instruments de droits humains reliés à l'égalité des sexes tels que la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* et la *Convention de Belém do Pará* »¹⁴⁷¹. En outre, la vice-présidente Macaulay rappelait, sur une note plus positive, que la *Convention Belém do Pará* pourrait permettre au Canada « to better protect all women in Canada and [...] provide a road map [...] to deal effectively with the issue of violence and discrimination against women in general, and Indigenous women in particular »¹⁴⁷².

1464 « La notion de violence contre les femmes en tant que forme de discrimination et de violation des droits humains, introduite pour la première fois par le mouvement mondial des droits de la femme, est de plus en plus reconnue au niveau international depuis les années 1990. En 1992, le Comité de la convention pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes adoptait une recommandation novatrice, la Recommandation générale n°19, d'après laquelle la violence fondée sur le sexe est une forme de discrimination à l'égard des femmes et l'instauration de l'égalité des sexes passe par l'élimination de la violence contre les femmes, et inversement. La déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, adoptée un an plus tard, en 1993, précise les types et les formes de violence à l'égard des femmes, et les contextes dans lesquels cette violence s'exerce. Le premier traité régional sur la violence contre les femmes, la Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme (Convention de Belém do Pará, 1994), reconnaît dans son préambule que la violence à l'égard des femmes est une violation des droits humains. » Voir Conseil de l'Europe, « Un instrument global de prévention et de lutte contre la violence à l'égard des femmes et des jeunes filles », 2014, en ligne: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046e60b>>.

1465 « The Belém do Pará Convention was a pioneer in placing violence against women on the international agenda and in recognizing it as a violation of human rights in the political, judicial, social, economic, and cultural spheres. The Convention establishes proactive obligations for States to prevent, sanction, and eradicate violence against women, and has served as an inspiration and reference for the modernization of the legislative framework in the region. » Inter-American Commission of Women. Follow-up Mechanism to the Belém do Pará Convention (MESECVI), Third Hemispheric Report on the Implementation of the Belém do Pará Convention : Prevention of violence against women in the Americas: Paths to follow, Doc off OEA/Ser.L/II.7.10 MESECVI/CEVI/doc.242/17, 2017 au para 2.

1466 Federación Latinoamericana de Abogadas (FEDLA), « XX Aniversario de la Entrada en Vigencia: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer y el Convenio Europeo sobre la Prevención y Lucha contra la Violencia hacia las Mujeres y la Violencia Doméstica », à la p 2, en ligne: <http://www.juristasproiberoamerica.org/app/download/11967284/BELEM+DO+PAR%C3%81+-+XX+ANIVERSARIO+-+CONVENIO+ESTAMBUL+-+VIOLENCIA+DE+GENERO....pdf>.

1467 *Ibid.*

1468 Premier ministre du Canada, Justin Trudeau, « Le premier ministre conclut sa participation au VIIIe Sommet des Amériques », Lima, Pérou, 14 avril 2018, en ligne: <<https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/communiqués/2018/04/14/premier-ministre-conclut-sa-participation-au-viii-sommet-des>>.

1469 Inter-American Commission of Women, Follow-up Mechanism to the Belém do Pará Convention (MESECVI), « Committee of Experts celebrates political will of Canada to be part of the Belém do Pará Convention », en ligne: <https://www.oas.org/es/mesecevi/docs/CEVI-ComunicadoCanada-2018-EN.pdf>.

1470 May Macaulay, *supra* note 74 à la p 23.

1471 Gouvernement du Canada, « Profil de projet — Plan de coopération de l'Organisation des États américains », en ligne: <<https://w05.international.gc.ca/projectbrowser-banqueprojets/project-projet/details/a035032001?Lang=fra>>

1472 Margarete May Macaulay, *supra* note 74 à la p 23.

- *Le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*

Enfin, il nous faut conclure en rappelant qu'une partie des avis reçus lors des sondages, des rencontres et des évènements nationaux décrits dans le Chapitre 2, ont suggéré que le Canada adhère au *Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*¹⁴⁷³. En effet, bien que le Canada ait ratifié cette *Convention*¹⁴⁷⁴ en 1987 et soit assujéti à la compétence du Comité contre la torture qui révisé des rapports périodiques concernant la mise en œuvre de la *Convention* au pays et qui peut instruire des plaintes individuelles alléguant des violations de cet instrument, le Canada n'a toujours pas adhéré à son protocole facultatif venant compléter les mécanismes de supervision de son application au pays. Rappelons qu'une vaste majorité d'États des Amériques ont adhéré à ce *Protocole*¹⁴⁷⁵.

Rappelons que ce *Protocole* vise d'abord et avant tout la prévention de la torture et prévoit la mise en place d'institutions internationales et nationales chargées d'évaluer le respect de la convention sur le terrain.

Il instaure le «Sous-Comité de la prévention», composé d'experts indépendants chargés d'effectuer des visites régulières aux lieux de détention dans tous les États parties au *Protocole facultatif*. Après ces visites, le Sous-Comité fournit un rapport contenant des recommandations faites aux autorités compétentes. De même, le *Protocole* prévoit que les États parties établissent ou désignent des organes nationaux chargés d'effectuer des visites régulières de lieux de détention et de faire des recommandations aux autorités compétentes.

1473 Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 2375, p. 237; Résolution de l'Assemblée générale A/RES/57/199 du 9 janvier 2003

1474 Le Canada a ratifié la CAT le 24 juin 1987.

1475 C'est le cas de l'Argentine, le Belize, la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Costa Rica, l'Équateur, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela.

7. CONCLUSION

S'ouvrir aux Amériques (SOAA) est un projet de recherche académique ancré dans une perspective axée sur le transfert des connaissances du Sud vers le Nord. Les chercheurs.ses qui ont pris part à ce projet sont convaincu.es que les organisations de la société civile canadienne peuvent apprendre beaucoup de l'expérience des institutions publiques et des organisations latino-américaines de défense des droits humains, entre autres en ce qui a trait aux interactions beaucoup plus étendues de celles-ci avec les mécanismes internationaux de protection des droits. D'une même façon, l'expertise développée dans l'Hémisphère, y compris par ces organisations, en matière de justice transitionnelle, saurait certainement enrichir les débats qui ont actuellement lieu au Canada, entre autres en ce qui a trait aux droits des peuples autochtones (Chapitre un).

Entre l'automne 2017 et l'automne 2019, et avec le soutien financier de la Fondation Pierre Elliott Trudeau, S'ouvrir aux Amériques a organisé des sondages à distance, puis une série de tables rondes et d'entrevues individuelles avec des institutions publiques, avec des organisations de défense des droits de la personne, des dirigeants autochtones et des universitaires partout au Canada, notamment à Montréal, à Ottawa, à Toronto et Vancouver, pour mieux comprendre les enjeux auxquelles ces organisations de défense des droits de la personne et les Premières Nations font face.

Tels que décrits au **Chapitre deux, les avis reçus lors des sondages, des rencontres et des événements nationaux** ont permis à l'équipe de recherche d'aller à la rencontre des différentes parties prenantes impliquées dans la promotion et la protection des droits humains et de mieux comprendre les obstacles qu'elles rencontrent et les stratégies qu'elles déploient à cet égard. Cette démarche a permis d'identifier une série d'enjeux et de priorités.

Ceux-ci portent, dans un premier temps, sur les **droits humains et la constitution, le fédéralisme et les institutions**. Plusieurs parties prenantes ont indiqué que la structure fédérale de l'État canadien semble occasionner une série d'obstacles importants à la protection des droits humains, entre autres en raison de la répartition des compétences entre les ordres de gouvernements, dont les effets pourraient être amoindris en assurant une meilleure coexistence d'ordres juridiques au Canada. Dans ce contexte institutionnel complexe, l'accès aux informations relatives aux droits humains et la transparence des actions publiques s'y rapportant gagneraient à être améliorés. Plusieurs parties prenantes ont également indiqué avoir fait l'expérience de diverses formes de résistance de la part des autorités en ce qui a trait aux mesures qu'elles proposent pour améliorer le bilan du Canada sur le plan de la protection des droits humains et de la réconciliation, alors que d'autres indiquent travailler en contexte de vulnérabilité considérant les difficultés que vivent les organisations de la société civile sur le plan du financement de leurs activités.

Les avis reçus lors des sondages, des rencontres et des événements nationaux ont permis de constater, dans un deuxième temps, une préoccupation importante des parties prenantes quant **aux difficultés vécues dans l'accès à la justice** pour la population en général et plus particulièrement pour les victimes de violations des droits humains. Les contrecoups de ces difficultés sont plus sévères pour les personnes et groupes vivant en situation de vulnérabilité, entre autres pour les femmes, les personnes migrantes, et les peuples autochtones.

À ce sujet, une troisième préoccupation importante exprimée par les parties prenantes porte sur la **nécessité de mieux reconnaître et protéger les droits humains des peuples autochtones au Canada**, non seulement quant aux droits ancestraux et issus de traités, mais plus particulièrement quant à leur droit d'être consultés par les autorités publiques lorsque celles-ci planifient, adoptent ou appliquent des mesures pouvant les affecter, plus particulièrement dans le contexte des droits des peuples autochtones au territoire, à l'environnement et à la culture.

À cet égard, les parties prenantes ont rappelé que, conformément au droit international, le Canada doit se concerter et coopérer de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés — par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives — avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, **afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.**

Un élément important aux yeux des parties prenantes résidait dans le besoin d'actions concrètes de la part du Canada, en matière **de réconciliation, de justice transitionnelle et de réparation intégrale des peuples autochtones.** Les parties prenantes ont décrié l'écart existant entre les discours des autorités canadiennes et la réalité sur le terrain, au sein des communautés autochtones. La conception qu'ont les tribunaux de la réconciliation est également remise en question, puisqu'elle s'articule difficilement avec les besoins exprimés par les peuples autochtones.

Enfin, des avis reçus lors des sondages, des rencontres et des événements nationaux ont rappelé l'inquiétude se **rapportant aux interactions du Canada et de sa société civile avec les institutions internationales de supervisions des obligations des États en matière de protection des droits humains** et au fait que le Canada n'a toujours pas ratifié ou adhéré à certains instruments internationaux importants en matière de protection des droits humains, entre autres en ce qui a trait aux principaux traités du système onusien, à la *Convention 169* de l'OIT et des instruments du Système interaméricain de protection des droits duquel le Canada fait partie.

Tel qu'abordé au **Chapitre trois**, le projet S'ouvrir aux Amériques a organisé, à l'automne 2019, un important colloque à l'Université du Québec à Montréal, lors duquel ont été invité.es différent.es expert.es latino-américain.es issu.es des diverses régions du continent. Lors de cet événement scientifique, les expert.es ont été invité.es à discuter de leurs expertises et de leur vision se rapportant aux divers thèmes mentionnés précédemment, soit : 1) Constitutions, fédéralisme et institutions; 2) Accès à la justice et personnes et groupes populations en situation de vulnérabilité; 3) Consultation et consentement des peuples autochtones; et 4) Justice transitionnelle et réconciliation. Ainsi, la Commissaire Margarette May Macaulay de la Commission interaméricaine des droits de l'homme a parlé du travail de la Commission et de ses relations avec le Canada. Rachel Hatcher (chercheuse de l'équipe SOAA), Juan Pablo Albán Alencastro (Université San Francisco de Quito, Équateur) et Fernanda Brandão Lapa (Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos, Brésil) ont évoqué la question de l'accès à la justice. Anexa Brendalee Alfred Cunningham (de la nation Mizkitu au Nicaragua, avocate et expert en droits et politique autochtones), et Juan Segundo Pichún Collonao, lonko (leader) de Lof Temulemu (de la nation Wallmapu au Chili) ont abordé la question des droits territoriaux et des peuples autochtones. Viviana Krsticevic (Centre pour la justice et le droit international aux États-Unis), José Antonio Guevara Bermúdez (Comisión mexicana de defensa y promoción de los derechos humanos au Mexique) et Daniel Lopes Cerqueira (Due Process of Law Foundation, États-Unis) ont présenté des exposés sur le thème des constitutions, des fédéralismes et des institutions. Enfin Sol Ana Hourcade (Centro de Estudios Legales y Sociales, en Argentine), Luz Marina Monzón Cifuentes (Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en Colombie), Cynthia Milton (Université de Montréal) et Juan Méndez (American University aux États-Unis) ont discuté des questions liées à la réconciliation et à la justice transitionnelle. Ces discussions ont permis au public et à l'équipe de recherche de mieux comprendre les expériences, bonnes pratiques et acquis dont les sociétés latino-américaines ont fait l'objet ces dernières années sur le plan de la protection des droits humains et de la justice transitionnelle, en lien avec les enjeux identifiés précédemment au Canada. Les actes de ce colloque, ainsi que des contributions additionnelles de Nancy Tapias Torado (sur la contribution des femmes autochtones des Amériques à la défense du territoire et de l'environnement), Sara Gold (sur le Système interaméricain et le Canada) et de Bernard Duhaime (sur les contributions du Système interaméricain à la défense des droits des femmes dans les Amériques), ont été publiés dans un numéro spécial de la Revue québécoise de droit international en juin 2022.

Par la suite, le présent rapport a proposé, au **Chapitre quatre**, un court survol des obligations, institutions et mécanismes internes de protection des droits humains en droit canadien, abordant les normes nationales applicables et leurs mécanismes de mise en œuvre.

Il a aussi abordé le processus de négociation, signature, ratification et mise en œuvre des instruments internationaux de protection des droits humains au Canada, traitant à la fois des ministères et autres entités publiques responsables en la matière, et du respect des obligations du Canada en droit international des droits humains, y compris de la préparation de rapports et la poursuite de litiges en matière de droits humains.

Le **Chapitre cinq**, portant sur la **justice transitionnelle et la réconciliation au Canada et dans les Amériques**, a dans un premier temps présenté une courte rétrospective sur les initiatives canadiennes en matière de réconciliation et de justice transitionnelle. Dans un second temps, le chapitre a défini les notions de justice transitionnelle et de réconciliation, en plus d'en présenter un historique. La relation entre la justice transitionnelle et le colonialisme a été abordée, ainsi que certains débats entourant l'utilisation du terme « réconciliation ». Dans un troisième temps, le Chapitre cinq a abordé les expériences latino-américaines dans le domaine de la justice transitionnelle, traitant d'abord du cadre conceptuel et de l'historique de ces expériences, de l'usage de cette approche dans un contexte postcolonial, du rôle des acteurs.trices dans ces processus et de nuances existant entre la conciliation et la réconciliation. Enfin, le chapitre propose une rétrospective des expériences dans ce domaine en Argentine, au Chili, au Salvador, au Pérou, au Brésil, au Honduras et en Colombie, tout en discutant de l'impact institutionnel des commissions de vérité et de l'interaction de celles-ci avec les peuples autochtones.

Le **Chapitre six**, quant à lui, discute des apports de l'expérience latino-américaine pour l'amélioration de la protection des droits humains et pour un meilleur engagement vers la réconciliation au Canada. Il traite, entre autres, du développement et de la consolidation d'une politique de droits humains autonome et transversale, de même que du fédéralisme à l'ère du Canada plurinational et du soutien devant être apporté au système multiacteurs. Ce chapitre s'intéresse aussi à l'importante question de l'accès à la justice, discutant entre autres des compétences et pouvoirs des commissions et tribunaux des droits de la personne, de l'élargissement de l'accessibilité à l'aide juridique et au programme de contestation judiciaire, de la mise en place de mécanismes s'inspirant du recours en *amparo*, et de la consolidation de la qualité pour agir à travers diverses mesures, dont l'instauration d'un procureur des droits humains, de même que de l'élargissement de la notion de réparations. Ce chapitre propose également de mieux reconnaître les droits des peuples autochtones et de mieux obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé en ce qui a trait à divers enjeux, dont celui de la personnalité juridique et de l'identité culturelle, des droits fonciers, et du droit à la réparation. En ce qui a trait à la proposition d'adopter une politique globale de justice transitionnelle qui pourrait permettre une éventuelle « réconciliation » au Canada, ce sixième chapitre s'intéresse aux principes qui émanent des expériences passées en matière de justice transitionnelle et de réconciliation, il s'intéresse également au droit à la vérité, à l'adaptation de la justice envers les peuples autochtones, tenant compte d'une justice transitionnelle fondée sur les droits humains telle que conçue par les peuples autochtones, et à l'amélioration du fonctionnement et de l'élargissement du Tribunal des revendications particulières. Ce chapitre propose enfin une réflexion sur la ratification ou l'adhésion du Canada aux instruments internationaux de protection des droits humains, tenant compte de la politique canadienne actuelle, de l'intégration en droit interne des normes de protection des droits humains issues des instruments que le Canada a ratifiés, de l'analyse par les tribunaux canadiens de la conformité des lois canadiennes avec les normes internationales de protection des droits humains qui lient le Canada, de l'interprétation ou de l'application par les tribunaux des normes de protection des droits humains liant le Canada, d'une plus grande transparence dans les processus d'adoption et de mise en œuvre des instruments internationaux relatifs aux droits humains et de la ratification et de l'adhésion du Canada à plusieurs des traités supplémentaires.

Finalement, le rapport se conclut par une série de recommandations visant à mieux assurer les droits humains et à s'engager dans la réconciliation au Canada, influencées par les expériences, acquis et meilleures pratiques constatées au Canada, en Amérique latine ou issues du droit international.

RECOMMANDATIONS

Ce rapport de recherche a mis en évidence quelques problèmes auxquels le Canada est confronté, mais il permet aussi de faire émerger quelques solutions dont voici la liste :

1. Adopter une approche fondée sur les droits humains dans l'élaboration des politiques publiques. Il faut que le respect des droits humains, leur garantie effective et leur promotion soient au cœur de toute politique publique. Les gouvernements sont débiteurs d'obligations à l'égard des personnes et collectivités. Ces dernières doivent dès lors pouvoir demander justice en cas de violation, non comme une faveur, mais parce que c'est leur droit, et parce qu'il est du devoir des pouvoirs fédéraux, provinciaux et municipaux de respecter et promouvoir les droits humains. Cette approche, en plus d'être holistique, doit, avant toute considération, reprendre à son compte les critères suivants : inclusivité, responsabilisation, participation, non-discrimination, universalité, inaliénabilité, indivisibilité, interdépendance et indissociabilité des droits. L'autonomisation des détenteurs.trices de droits et la responsabilisation des autorités doivent être considérées comme des critères fondamentaux d'une telle approche. L'objectif est ainsi la mise en place d'une politique transversale intervenant à travers les différents pouvoirs, axée sur les droits humains. Il importe dès lors de décloisonner ces derniers afin de leur permettre d'infuser pleinement chaque pan de la gouvernance. Il est par ailleurs nécessaire à cette politique qu'elle vienne avec la mise en place d'un financement pérenne, détaché des contingences politiques et gouvernementales, afin d'être véritablement mise en œuvre. En plus de permettre au Canada de conserver son leadership en matière de droits humains sur la scène internationale, une telle approche construite sur les droits humains comme point central de toute politique publique garantira la consolidation de l'État de droit et rendra plus exécutoire l'ensemble des droits humains. Cette nouvelle approche fondée sur les droits humains doit être élaborée de concert avec les peuples autochtones.
2. Réformer les institutions des droits humains. Il s'agit ici essentiellement d'attribuer plus de pouvoirs aux institutions canadiennes déjà impliquées dans les mécanismes de garantie et de protection des droits humains. Cette réforme des institutions devrait impliquer trois éléments centraux.
3. Dans un premier temps, il s'agit d'octroyer de plus grands pouvoirs à la Commission canadienne des droits de la personne afin qu'elle puisse contrôler la mise en œuvre des obligations internationales du Canada et faire des recommandations aux gouvernements. Par ailleurs, il serait bénéfique de remplacer le Comité permanent des fonctionnaires chargés des droits de la personne par un mécanisme plus efficace et responsable envers les Canadien.nes. Enfin, la mise en place d'une hiérarchie des responsabilités claire et solide devrait être établie, menant à une seule personne.
4. Dans un second temps, les institutions existantes ainsi réformées devraient être placées sous l'autorité d'un ministre ou ministre délégué chargé des droits humains et responsable de la mise en œuvre intérieure des obligations internationales du Canada et chargé du suivi du bilan du Canada ainsi que des rapports présentés aux différentes instances internationales, telles que la Commission interaméricaine des droits de l'homme et les organes conventionnels des Nations Unies.
5. Enfin, cette réforme devrait mettre à contribution, plus franchement, les institutions démocratiques canadiennes. Il serait par exemple bénéfique que le Parlement joue un rôle plus important dans le processus de mise en œuvre et de surveillance des obligations relatives aux droits humains. Le dépôt de rapports du CPFDP au Comité permanent des affaires étrangères et du développement international ou encore le dépôt par les gouvernements FPT de rapports exposant leur avancement dans la réalisation des recommandations reçues à la suite des EPU permettraient au parlement d'effectuer une surveillance efficace et réelle du respect des obligations du Canada et de ses gouvernements en matière de droits humains.

6. Créer une autorité centralisée spécialisée en droits humains. Cet organe devrait permettre la communication intergouvernementale et la centralisation des informations, ainsi que pallier le manque de transparence allégué par plusieurs. Sa mise en place contribuerait à amoindrir certaines difficultés rencontrées par la société civile et les peuples autochtones lorsqu'ils recherchent des informations relatives aux droits de la personne ou aux procédures à suivre. Ses compétences doivent aller au-delà du simple rôle d'ombudsman. Il s'agirait par exemple de créer un ministère responsable de la mise en œuvre intérieure des obligations internationales du Canada en matière de droits humains. Il devrait assurer le suivi du bilan du Canada en matière de droits de la personne et des rapports des observations présentés aux organes conventionnels des Nations Unies, aux organismes d'examen des droits et de la personne, et à la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Il faut par ailleurs que ce ministre ou ministre délégué.e soit pourvu.e d'un budget et des outils nécessaires à l'exécution de son mandat. Cette autorité serait dès lors la principale répondante en ce qui a trait aux obligations du Canada en matière de droits humains. Il faudrait dès lors qu'elle soit dotée d'un véritable mécanisme de reddition de comptes.
7. Renforcer la subsidiarité du fédéral sur les enjeux relatifs aux droits des peuples autochtones. Un des atouts du Canada est la pluralité des ordres juridiques. Il faudrait qu'il s'appuie davantage sur cette structure afin de permettre l'expression et la prise de décisions selon des modes plus proches des réalités locales, et notamment des réalités des peuples autochtones. Le renforcement de la subsidiarité du fédéral passe par deux voies.
8. Cet accomplissement doit passer par la décentralisation de la prise de décision et relève de la réaffirmation du droit autochtone à l'autonomie gouvernementale comme droit autonome et inhérent. Il s'agit dès lors de pouvoir garantir une place effective et pérenne aux initiatives menées par les peuples autochtones, tout en respectant les modalités qu'ils et elles choisissent. L'objectif est de reconnaître une autonomie politique transversale qui aille outre les répartitions classiques de compétences entre le provincial et le fédéral et qui permette notamment aux peuples autochtones de se saisir des questions les touchant, tout autant que leur garantir l'opportunité de se doter des structures les plus adaptées à leur réalité.
9. Le second temps est celui de l'adaptation de la structure juridique au Canada afin de pouvoir réfléchir à la création de véritables espaces propices à la libre détermination des peuples autochtones et à la pluralité normative. La reconnaissance de la normativité autochtone comme autorité légitime face aux questions de droits humains est nécessaire à l'exercice des droits des peuples autochtones. Cette reconnaissance de la pluralité des ordres juridiques impliqués dans la promotion des droits humains doit permettre le développement de bonnes pratiques toujours plus nombreuses. Elle doit aussi permettre de mieux adapter localement les solutions aux besoins des différentes cultures et peuples vivant sur le territoire canadien. La reconnaissance d'une multitude de normativités devra s'accompagner de la garantie d'une place réelle aux épistémologies et normativités autochtones dans les débats, notamment ceux concernant les droits humains.
10. Se doter d'une politique interne de soutien aux défenseur.ses des droits humains. Rappelons que la Commission interaméricaine a expressément indiqué que les États ont l'obligation d'adopter une politique de protection intégrale des défenseur.ses de droits humains, politique devant inclure des mesures de prévention des violations des droits humains et d'élimination des obstacles auxquels sont confronté.es les défenseur.ses des droits humains. La politique doit par ailleurs garantir que les agent.es de l'État s'abstiennent d'interférer avec les droits des défenseur.ses des droits humains, ou de les restreindre.

11. Il s'agit d'apaiser les rapports entre les autorités de gouvernance et la société civile en appuyant le travail des défenseurs des droits humains. L'un des premiers pas pourrait être de reconnaître publiquement l'apport des défenseurs des droits humains à la défense et à la promotion de l'État de droit. En plus de témoigner publiquement d'un soutien de principe à leurs activités, les autorités devraient garantir à ces acteurs des espaces de liberté et de mobilisation afin d'œuvrer à la publicisation des défis relatifs aux droits humains. Il s'agit par exemple de restreindre l'usage de la force par les autorités policières dans le cadre de manifestations afin de ne pas faire taire les revendications.
12. Par ailleurs, afin d'encourager et de pérenniser leur travail, les autorités devraient favoriser le financement des organisations de défense des droits humains en révisant par exemple les définitions catégorisant les domaines de « bienfaisance » et en permettant un financement à long terme et prévisible. La pérennisation du financement pourrait aussi passer par l'instauration d'une commission indépendante chargée de déterminer quels organismes sans but lucratif sont des organismes d'intérêt public.
13. Enfin, la protection des droits humains passe par la garantie d'un système plurimédiatique. Il faut donc établir des lois et des politiques publiques qui démocratisent l'accès aux médias dans les différents domaines de communication. La présence des peuples autochtones dans ces médias doit par ailleurs être assurée et promue. La présence des peuples autochtones dans les médias est d'autant plus importante qu'elle doit leur permettre de perpétuer la mémoire dans les processus de justice transitionnelle.
14. Agir globalement et proactivement pour l'accès à la justice en mobilisant l'appareil étatique dans sa globalité. L'objectif final est de permettre un meilleur accès aux tribunaux afin de garantir la possibilité de contester les dispositions de l'État au regard de ses obligations de droits humains. Cet élargissement de l'accès à la justice passe par 4 voies.
15. La première consiste en l'élargissement des compétences et des pouvoirs des commissions des droits de la personne et des tribunaux qui, pour l'instant, en ce qui a trait aux droits humains, ne traitent principalement que de questions de discrimination et d'égalité. Il s'agit dès lors de leur permettre d'effectuer un contrôle de la mise en application des différentes conventions. Il s'agit aussi de permettre aux institutions nationales et provinciales d'exercer un pouvoir de surveillance des décisions de tous les échelons de gouvernement impliqués.
16. La deuxième voie repose sur l'élargissement de l'aide juridique. Il faudrait ici augmenter le seuil d'admissibilité et élargir l'accès au programme de contestation judiciaire ainsi que d'en développer un équivalent provincial tout en pérennisant son existence par l'adoption d'une loi. La question ici est donc de permettre financièrement un accès aux institutions judiciaires qui seront devenues largement compétentes en termes de protection des droits humains.
17. La troisième approche consisterait en la simplification des procédures, notamment en s'inspirant de la procédure d'*amparo*. Il s'agit ainsi de mettre en place une procédure simple et rapide de protection des droits fondamentaux, une procédure restaurative à l'encontre de l'État tout autant qu'à l'encontre des individus qui vise à rendre effectifs et efficacement invocables les droits humains. Sans induire que le Canada se dote de son *amparo* identique au recours latino-américain, il semble souhaitable de réfléchir à l'instauration d'une procédure s'inspirant de celui-ci, adaptée au système canadien et à ses réalités.

18. Enfin, la quatrième voie implique d'élargir la notion de réparation afin d'en faire non plus un enjeu financier, mais aussi - et peut-être même avant tout - un enjeu de mémoire. Il s'agirait par exemple de garantir l'accès aux archives. Par ailleurs, il est évident que le système doit se doter des outils nécessaires à la surveillance de la mise en œuvre des jugements condamnatoires.
19. Mettre en place une politique globale de justice transitionnelle qui répond aux injustices vécues par les peuples autochtones. La première étape de cette politique consisterait avant tout, pour l'État, en un profond questionnement sur ses préconceptions et ses biais concernant le sens même de réconciliation. Il faut aussi qu'il regarde ses biais quant aux fondements de son système politique et juridique, tout autant qu'à l'égard de ceux qu'il considère comme les véritables bénéficiaires de la réconciliation et de sa façon de mener le processus en lui-même.
20. Comme pour les questions de droits humains, il faut que la justice transitionnelle soit l'objet d'une politique globale, intégrant des éléments institutionnels et procéduraux à l'échelle nationale. Cette politique de réconciliation ne peut émaner seulement des autorités en position de pouvoir, car cela risquerait d'entretenir l'impunité et le maintien de situations de marginalisation et d'exclusion.
21. Il faut aussi que le Canada mobilise les institutions internationales. Il faudrait par ailleurs travailler à la simplification du processus de revendication des titres ancestraux. Pour cela, ici encore, la création d'un ministère responsable, l'élargissement des compétences de la commission des droits de la personne et la création d'un procureur des droits humains permettraient de s'assurer de la mise en place d'une politique véritablement construite autour de la question de la justice transitionnelle. Cette politique doit pallier le manque de documents et d'action provenant des gouvernements FPT, qui, depuis la publication du rapport de la Commission de vérité et réconciliation en 2015, provoque de la frustration chez les victimes.
22. Il faudra dès lors reconnaître la place centrale des victimes et leur statut particulier dans la conception et la mise en œuvre d'un processus de réconciliation dans l'établissement de cette politique de justice transitionnelle. Ici encore, le droit à la vérité devra tenir une place centrale dans le processus de justice transitionnelle afin d'orienter les mesures nécessaires à la réconciliation.
23. Par ailleurs, évidemment, le Canada a l'obligation d'enquêter de manière diligente sur toute violation des droits humains afin de garantir l'accès et le respect des droits des peuples autochtones. Enfin, la réparation intégrale, incluant les garanties de non-répétition, est l'ultime pilier de la justice transitionnelle. C'est donc à l'État d'adopter toutes les mesures visant à remédier aux violations.
24. À court terme, une réforme institutionnelle viable tendant vers les objectifs de la justice transitionnelle et la réconciliation devrait porter sur l'amélioration du fonctionnement du Tribunal des revendications particulières, pour en garantir un meilleur accès, assurer son indépendance et son financement adéquat. Le seuil maximal des compensations devrait être revu à la hausse, la diffusion de ses décisions améliorée, et surtout, il devrait être en mesure de dicter des mesures de garantie de non-répétition, pour que le Canada entame une réelle réflexion sur les causes des violations occasionnées et leurs effets multiples. Il est également proposé que la juridiction du TRP soit élargie aux revendications se rapportant aux droits ancestraux y compris aux titres ancestraux, ou qu'une institution semblable au TRP soit établie en ce sens. Ces réformes devraient, cela va de soi, être établies et convenues conjointement avec les autorités autochtones concernées.

25. Intégrer plus efficacement les institutions internationales dans le processus canadien. Cette intégration doit passer par trois voies. La première serait une adoption proactive des traités internationaux afin d'encourager les différents niveaux de gouvernance à élever leurs standards de droits humains. La deuxième impliquerait de communiquer plus clairement et plus efficacement les informations aux citoyens concernant les obligations et les procédures internationales, pour garantir une meilleure connaissance, une plus grande transparence et une participation accrue de la société civile dans la mise en place effective des obligations internationales. La troisième voie serait de mettre en place une procédure inspirée des EPU, à l'interne, afin d'encourager les autorités à rendre compte de leurs efforts.
26. Par ailleurs, divers instruments de protection des droits humains, dont la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, devraient être ratifiés et ce, le plus rapidement possible.

Le projet S'ouvrir aux Amériques (SOAA) est un projet de recherche universitaire dont la vocation est de mettre de l'avant le transfert de connaissances du Sud vers le Nord. La conviction qui guide ce projet est que la société canadienne peut apprendre beaucoup de l'expérience des institutions publiques et des organisations latino-américaines de défenses des droits de la personne, entre autres en ce qui a trait aux interactions de celles-ci avec les mécanismes internationaux de protection des droits. Les meilleures pratiques latino-américaines en matière de justice transitionnelle sauraient par ailleurs enrichir les débats qui ont actuellement cours au Canada.

Ce rapport, divisé en sept chapitres, s'appuie sur les avis reçus lors de sondages, de rencontres et d'évènements nationaux s'étant tenus entre l'automne 2017 et l'automne 2019 avec le soutien financier de la Fondation Pierre Elliott Trudeau. Ces avis ont donné lieu à un ensemble de réflexions qui structurent ce rapport et qui sont le fruit de l'interaction avec différentes parties prenantes impliquées dans la promotion et la protection des droits de la personne.

Bernard Duhaime est professeur de droit à l'Université du Québec à Montréal, chercheur associé à l'Académie de Genève et commissaire de la Commission internationale de juristes. Il a été membre du Groupe de travail des Nations unies sur les disparitions forcées ou involontaires. Bernard Duhaime a été boursier Fullbright, boursier de la Fondation Trudeau et chercheur ou professeur invité au Canada, aux États-Unis, en France, en Italie et en Argentine. Il contribue à la défense et à la promotion des droits de la personne depuis 1996, entre autres en représentant des victimes devant des institutions judiciaires et quasi judiciaires internationales. Il est avocat émérite du Barreau du Québec, au Canada.