

Les 30 ans de l'article 35

Publié par *ACPress* dans *Législatif*, *Mot de la Rédaction* le 17 avril 2012 9:48

ALEXANDRA PARENT – Alors qu'on souligne ce 17 avril 2012 le rapatriement de la Constitution canadienne et l'avènement de la Charte canadienne des droits et libertés, il convient de noter qu'avec la *Loi constitutionnelle de 1982* est aussi né son article 35 sur les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones. Cette protection constitutionnelle, précisée à petits pas par les tribunaux depuis 30 ans, revêt aujourd'hui une importance capitale pour les Autochtones malgré le flou qui l'entoure toujours.

Avant l'adoption de l'article 35, le Parlement pouvait, en vertu de sa souveraineté et de sa compétence sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » (article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*), éteindre ou modifier les droits des peuples autochtones de façon unilatérale, sans même les consulter ni les accommoder.

L'article 35, dont l'objectif est de concilier la présence ancestrale des Autochtones sur le territoire avec la souveraineté de la Couronne, empêche de telles initiatives du Parlement : l'insertion de cette disposition dans la loi suprême du pays permet aux Autochtones de faire invalider les lois, règlements ou décisions qui porteraient injustement atteinte à leurs droits ancestraux (incluant le titre autochtone) ou issus de traité.

Les droits protégés

En 1996, la Cour suprême du Canada a indiqué dans l'arrêt *Van der Peet* que, pour constituer un droit ancestral, une activité devait être un élément d'une coutume, pratique ou tradition qui faisait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question avant son contact avec les Européens. Cette pratique, par exemple la chasse à l'orignal, devait revêtir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée et véritablement « faire de la société ce qu'elle était ».

Il va sans dire que la preuve de tels droits n'est pas simple à établir, bien que l'arrêt *Van der Peet* précise qu'il faut interpréter l'article 35 de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens. Chaque groupe autochtone doit présenter sa propre preuve, au cas par cas pour chaque pratique et chaque lieu, et la protection constitutionnelle de certains droits, comme celui qui mène à l'autonomie gouvernementale, attend des clarifications..

Par contre, la Cour suprême a précisé dans *Haïda* que, dès que « 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 », elle doit consulter, accommoder ou même obtenir le consentement des Autochtones avant d'aller de l'avant avec la mesure visée.

CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Garantie des droits et libertés

Libertés fondamentales

Droits démocratiques

Liberté de conscience et d'établissement

Garanties juridiques

Langues officielles du Canada

Droits à l'égalité

Droits à l'insertion dans la langue de la minorité

Titre

Bill Bracken

Une protection qui se clarifie

La protection contre l'extinction offerte par l'article 35 n'était pas limpide dès son adoption, en 1982. L'article 35 tel qu'adopté alors ne contenait que deux alinéas :

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

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

Pour le constitutionnaliste Peter W. Hogg, cet article ne protégeait toujours pas clairement les droits des peuples autochtones de l'extinction législative en raison du mot « existants ».

En mars 1983, une conférence constitutionnelle prévue par l'article 37 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a discuté des questions de l'identification et de la définition des droits autochtones qui seraient protégés par la Constitution. Tenu avec la participation de représentants des peuples autochtones, elle a mené à l'adoption de la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution* et à l'ajout de deux alinéas à l'article 35. Ces derniers précisent que les nouveaux accords territoriaux, dont la Convention de la Baie-James et du Nord québécois, pourraient être également protégés et *garantis* :

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

L'article 35.1, qui prévoit que les Autochtones devront être impliqués si les dispositions constitutionnelles touchant leurs droits étaient amendées, fut aussi ajouté.

Malgré cela, la conférence de 1983 et celles qui lui succédèrent furent perçues par certains Autochtones comme un échec. Dans un **documentaire de 1987**, le réalisateur Maurice Bulbulian les décrit comme une simple « dance autour de la table ». Les Autochtones ont considéré que la conférence n'avait pas permis de cibler adéquatement quels droits étaient protégés. Ils ont été déçus de ne pas obtenir la

reconnaissance claire de leur droit à l'autonomie gouvernementale ni l'assurance de la pérennité de leurs droits..

Dans le documentaire, on voit le premier ministre du Canada, Pierre Elliott Trudeau, déclarer devant les dix premiers ministres provinciaux (y compris René Lévesque) et les représentants autochtones que « quelle que soit la façon dont la Constitution statuera sur les droits territoriaux des peuples autochtones, elle devra tenir pleinement compte des droits des autres Canadiens ». Il rejette aussi « la notion d'indépendance complète et de souveraineté absolue comme base des rapports des peuples autochtones avec tout gouvernement au sein de notre Fédération ».

L'apport des tribunaux

Ce sont les tribunaux qui héritèrent de la tâche de définir plus précisément le contenu de l'article 35. Ils reprenaient ainsi leur rôle de pionniers du début des années 70 dans la première cause ayant reconnu les droits autochtones, *Calder*, et dans l'injonction ayant permis aux Cris du Québec de lancer les négociations d'un traité moderne (*Gros-Louis et al. c. Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38 (C.S.)).

Pour le professeur Hogg, ce n'est qu'en 1990 que la Cour suprême du Canada a confirmé, dans l'arrêt *Sparrow*, que l'article 35 comprenait une réelle protection constitutionnelle des droits des Autochtones. La Cour y indique que l'article 35, « l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux », protège les droits non éteints au 17 avril 1982 contre l'extinction. La preuve de l'intention claire et expresse de la Couronne est dorénavant essentielle à la déclaration d'extinction d'un droit antérieur à 1982 par le tribunal..

Sparrow ne conclut pas qu'il est impossible de porter atteinte aux droits ancestraux mais, en cas d'atteinte, la Couronne doit se justifier en démontrant, entre autres, un objectif valable, une atteinte minimale, une consultation et un accommodement adéquat, etc.

Et dans 30 ans?

Les tribunaux se pencheront peut-être dans les années à venir sur la teneur de l'article 35 en matière d'autonomie gouvernementale. Bien que le gouvernement fédéral ait fait un pas depuis les années 80 en reconnaissant que ce droit inhérent était prévu par l'article 35, « la portée et la nature des pouvoirs d'autonomie et l'étendue de la protection conférée par l'article 35 ne font toujours pas l'unanimité au sein des groupes autochtones et des gouvernements » (*Mary Hurley, 2009*).

Un débat tourne présentement autour du « consentement préalable, libre et éclairé » des Autochtones. Ces derniers voudraient que les gouvernements respectent ce prérequis avant d'entreprendre, par exemple, des projets de développement, et cela conformément au libellé de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Bien que l'arrêt *Haïda* évoque la probable nécessité d'un consentement, il n'y a pas vraiment eu de tendance ou de reconnaissance en ce sens depuis de la part des tribunaux.

Enfin, certains professeurs* avancent que l'article 35 protègerait un droit à la conservation de l'environnement puisque, pour résumer, sans un écosystème « vivant et viable », plusieurs droits ancestraux comme la chasse ou la pêche deviendraient caducs.

* Voir notamment : Lynda M. Collins et Meghan Murtha, *Indigenous Environmental Rights in Canada: The Right to Conservation Implicit in Treaty and Aboriginal Rights to Hunt, Fish, and Trap*, 2010, 47 Alberta L. Rev. 959

Tags: [30 ans](#), [article 35](#), [autochtones](#), [constitution](#)

Partagez cet article



AUCUN COMMENTAIRE POUR LE MOMENT

...

Soyez le premier à laisser un commentaire.

FAIRE UN COMMENTAIRE

Nom (required)

Courriel (required)

Site web

SOUMETTRE



Domaines de droit

- Droit des Affaires
- Droit Autochtone
- Droit Constitutionnel
- Droit Criminel & Pénal
- Droit disciplinaire
- Droit International
- Droit du Travail
- Propriété intellectuelle
- Droit de l'environnement

© 2012 Agence de presse ACPress. Tous droits réservés. | Les textes publiés sur le site Faits et Causes n'engagent que leurs auteurs et ne sont pas des opinions juridiques.