

Document de réflexion de l'APN : Article 35 et enjeux constitutionnels

Préparé en vue de la Réunion des Premières Nations et des premiers ministres
*Pour examen par les Chefs des Premières Nations, sans préjudice des droits, du titre ancestral
et des compétences de toute Première Nation*

En bref

Les discussions en vue de la réunion des Premières Nations et des premiers ministres (RPNPM) doivent reposer sur l'affirmation et la reconnaissance des droits issus de traités et des droits inhérents des Premières Nations, ainsi que de leur compétence, tels que reconnus et affirmés par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. La Couronne doit collaborer avec les Premières Nations à la reconnaissance, à la mise en œuvre et à l'affirmation des droits prévus à l'article 35, conformément aux obligations juridiques nationales et internationales. S'inspirant de la résolution 09/2026 de l'APN, intitulée « *Priorités des Premières Nations en vue d'une réunion des Premières Nations et des premiers ministres* », ainsi que de la résolution 67/2025, intitulée « *Promouvoir la reconnaissance, la mise en œuvre et l'application des traités antérieurs à 1975* » (annexe A – Résolutions), il est proposé que les premiers ministres :

1. **mettent en place un Forum des Premières Nations et de la Couronne sur les droits et la mise en œuvre des traités.** Il est proposé de créer un tel forum entre les Premières Nations et la Couronne afin d'examiner de nouveaux mécanismes susceptibles de répondre à la mise en œuvre des droits et de la compétence des Premières Nations, ainsi que des traités, conformément au cadre constitutionnel.

1. Énoncé de position

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et affirme les droits ancestraux et issus de traités, mais cette reconnaissance ne doit pas être interprétée comme une acceptation de l'extinction de ces droits ou de critères judiciaires permettant de justifier les violations commises par la Couronne. Des décisions, notamment dans les affaires Sparrow et Badger, ont rejeté ou strictement limité les affirmations de la Couronne selon lesquelles ces droits peuvent être unilatéralement éteints. L'interaction entre l'article 35 et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (Déclaration des Nations Unies) continue de se développer devant les tribunaux, l'affaire *Première Nation de Kebaowek c. Laboratoires nucléaires canadiens* illustrant comment la Déclaration peut éclairer la portée des obligations de consultation, d'accommodement et de consentement. L'engagement législatif sans réserve du Parlement en faveur de la mise en œuvre de la Déclaration renforce encore davantage l'application de l'honneur de la Couronne.

L'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés* sert de bouclier interprétatif, empêchant que certains droits garantis par la Charte soient interprétés de manière à abroger ou à déroger aux droits et libertés autochtones, issus de traités ou autres, relatifs aux peuples autochtones du Canada.¹ Ensemble, ces dispositions constituent le fondement de la relation constitutionnelle moderne entre les Premières Nations et la Couronne — tant à l'échelle fédérale que provinciale et territoriale.

L'article 35 reconnaît et affirme les droits ancestraux et issus de traités de toutes les Premières Nations sans distinction. Pourtant, l'architecture des politiques fédérales ne reflète pas pleinement cette universalité. Les gouvernements provinciaux et territoriaux sont également soumis à des obligations, mais leurs positions politiques varient considérablement et ne sont pas prises en compte dans les cadres fédéraux.

Si l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et affirme les droits ancestraux et issus de traités existants de toutes les Premières Nations,² il ne prescrit toutefois pas de modèle institutionnel unique pour la *mise en œuvre* de ces droits.

La *Politique sur les droits inhérents* (1995) et la *Directive du Cabinet sur l'approche fédérale pour la mise en œuvre des traités modernes* (2015), ainsi que les *Principes régissant la relation du gouvernement du Canada avec les peuples autochtones* (2017) et la *Directive du procureur général du Canada sur les litiges civils mettant en cause les peuples autochtones* (2019), ont permis d'établir un cadre de mise en œuvre pour certaines obligations de la Couronne, tout en laissant d'autres sans cadre comparable. Il en résulte un décalage entre le statut constitutionnel des traités et leur mise en œuvre par la Couronne.

Par exemple, les Principes de 2017 soutiennent expressément la reconnaissance et la mise en œuvre de l'autodétermination, de l'honneur de la Couronne, de la compétence autochtone, de la mise en œuvre intégrale et en temps opportun des traités, de la capacité financière, des processus évolutifs et des mesures visant à honorer la « promesse constitutionnelle non tenue » de l'article 35. La directive de 2019 sur les litiges soutient le règlement, la conclusion d'accords, l'honneur de la Couronne et la réconciliation. Le Canada ne devrait pas accepter le recours aux tribunaux comme mécanisme de mise en œuvre par défaut. Les droits des Premières Nations ne se limitent pas à un secteur ou à un programme particulier. L'article 35 doit servir de fondement à toutes les discussions dans le cadre de la RPNPM. Chaque discussion,

¹ Dickson c. Première Nation Vuntut Gwitchin, 2024 CSC 10. La Cour a confirmé que l'article 25 peut protéger les droits collectifs des Autochtones contre des revendications incompatibles fondées sur la Charte, mais que l'analyse doit tenir compte du contexte : l'article 25 est une disposition interprétative de protection, et non une source indépendante de droits ancestraux ou issus de traités.

² Le traitement constitutionnel de l'extinction d'un droit antérieure à 1982 est abordé en détail dans la section « Fondements juridiques et droits » ci-dessous.

qu'elle porte sur le développement économique, la santé, l'éducation, les terres, les ressources ou les services de police, met en jeu la compétence inhérente des Premières Nations et la relation constitutionnelle entre la Couronne et les Premières Nations. Il faut donc reconnaître que les questions liées à l'article 35 doivent être abordées dans le cadre d'un dialogue concerté entre la Couronne fédérale, les gouvernements provinciaux ou territoriaux et les Premières Nations afin de remédier aux lacunes et aux chevauchements en matière de compétence.

2. Résumé

Le présent énoncé de position soutient que la mise en œuvre par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux de l'article 35 relatif aux droits ancestraux et issus de traités est incomplète.

La jurisprudence de la Cour suprême exige que la Couronne agisse avec honneur, qu'elle interprète les traités de façon large et conforme à leur objet et, lorsque l'honneur de la Couronne implique une obligation constitutionnelle solennelle ou découlant d'un traité, qu'elle s'emploie avec diligence à la respecter. Or, alors que le Canada a mis en place un dispositif pangouvernemental de plus en plus solide pour les traités modernes et les revendications définies, la mise en œuvre de nombreux droits issus de traités historiques et d'autres droits relevant de l'article 35 continue de dépendre de programmes fragmentés, de mandats discrétionnaires et de procédures judiciaires. Il en résulte un fossé structurel entre le statut constitutionnel et le soutien concret apporté par les politiques.

Le présent énoncé fonde cet argument sur la Proclamation royale de 1763 et la jurisprudence nationale ultérieure définissant l'article 35, afin de démontrer que les droits issus de traités et les droits inhérents découlent d'accords de nation-à-nation entre les parties aux traités, exigent une interprétation large et conforme à leur objet, et engagent l'honneur de la Couronne. Il soutient que le recours aux tribunaux constitue une voie coûteuse et fragmentaire. Les tribunaux ont à maintes reprises encouragé la négociation et la réconciliation comme la voie institutionnelle privilégiée pour mettre en œuvre les droits prévus à l'article 35, bien qu'ils n'aient pas fait de la création d'un forum national permanent pour ces négociations une exigence constitutionnelle universelle. La négociation doit être considérée comme la réponse institutionnelle privilégiée, fondée sur les valeurs de stabilité constitutionnelle, de réconciliation et de renouveau de la relation découlant des traités elle-même.

S'appuyant sur l'affirmation et la reconnaissance de la compétence et des droits inhérents et issus de traités des Premières Nations à l'article 35, ainsi que sur les

engagements législatifs et politiques du Canada lui-même, le document recommande la création d'un Forum des Premières Nations et de la Couronne sur les droits et la mise en œuvre des traités, dont le mandat serait défini par les Premières Nations.

Conformément à la résolution 67/2025 de l'APN, intitulée « *Promouvoir la reconnaissance, la mise en œuvre et l'application des traités antérieurs à 1975* », la participation serait facultative et le forum ne négocierait ni ne mettrait en œuvre les droits inhérents et issus de traités au nom des détenteurs de ces droits. Les Premières Nations soutiennent que des mécanismes de mise en œuvre durables, dirigés par les détenteurs de droits et conformes aux traités, sont nécessaires pour combler ce déficit de mise en œuvre. De tels mécanismes doivent préserver les relations directes de nation-à-nation et les relations découlant des traités, respecter les distinctions entre les détenteurs de droits, impliquer chaque gouvernement dont l'autorité ou la conduite est en cause, et garantir une reddition de comptes mesurable ainsi que des voies de recours efficaces.

3. Contexte et historique

Architecture des droits de l'article 35

L'ébauche initiale de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne faisait pas référence aux droits inhérents et souverains des Premières Nations. L'inscription de l'article 35 dans la loi suprême du Canada est le résultat de l'action collective des Chefs et des citoyens des Premières Nations visant à reconnaître et à affirmer les droits existants, inhérents et souverains des Premières Nations.³

Tant pour les Premières Nations que pour la Couronne, la portée exacte de l'article 35 reste sujette à des litiges et à des négociations. L'article 35 reconnaît et affirme les droits ancestraux et issus de traités, de promesses et d'autres accords légitimes conclus de nation-à-nation avec la Couronne. Ces droits doivent être interprétés avec souplesse afin de permettre leur évolution au fil du temps.⁴ De plus, bien que l'article 35 ne prescrive pas de modèle institutionnel unique pour la mise en œuvre de ces droits, la jurisprudence de la Cour suprême exige que la Couronne agisse de manière honorable dans toutes ses relations avec les Premières Nations et, lorsqu'une obligation constitutionnelle solennelle ou découlant d'un traité est en jeu, qu'elle s'emploie avec

³ Ce plaidoyer trouve son origine dans le « Constitution Express », dans les délégations envoyées au Royaume-Uni et aux Nations Unies, ainsi que dans la « *Déclaration des Premières Nations* » de la Fraternité nationale des Indiens de 1981, publiée en novembre 1981, <https://primarydocuments.ca/joint-council-of-the-national-indian-brotherhood-a-declaration-of-the-first-nations-18-november-1981/>.

⁴ R c. Sparrow [1990] 1 RCS 1075.

diligence à la respecter.⁵ Cette obligation lie de la même manière les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux.

Les politiques fédérales, provinciales et territoriales doivent refléter ces impératifs constitutionnels. Malgré les orientations claires fournies par la jurisprudence et les engagements fédéraux, l'architecture politique actuelle ne prévoit pas de mécanismes comparables pour la reconnaissance, la mise en œuvre et l'application de toutes les relations découlant de traités. Le Canada a mis en place des mécanismes de mise en œuvre de plus en plus solides pour les traités modernes — notamment la *Politique collaborative de mise en œuvre des traités modernes* de 2023, les forums des dirigeants, l'orientation pangouvernementale et la création proposée d'un poste de commissaire indépendant en vertu du projet de loi C-10. Ces mesures démontrent que la mise en place d'institutions de mise en œuvre est à la fois possible et nécessaire, et que le Canada a engagé une telle réforme de mise en œuvre en ce qui concerne les accords modernes. Parallèlement, les relations découlant de traités historiques ne bénéficient pas d'un soutien pangouvernemental ni de mécanismes de mise en œuvre comparables. Il existe de solides arguments institutionnels en faveur d'un accès équitable à des mécanismes de mise en œuvre efficaces, tenant compte des distinctions et adaptés aux traités, élaborés en collaboration directe avec les détenteurs de droits des Premières Nations, conformément aux obligations juridiques nationales et internationales.

4. Fondements juridiques et droits

La Proclamation royale de 1763

La Proclamation royale de 1763 (la « Proclamation royale ») est un instrument constitutionnel fondamental et une source importante des relations juridiques entre la Couronne et les peuples autochtones. Bien que sa portée territoriale et ses effets juridiques soient spécifiques, et qu'elle ne constitue ni la source ni un instrument de reconnaissance universelle de tous les droits inhérents ou issus de traités, la

⁵ Ontario (Procureur général) c. Restoule, 2024 CSC 27, aux paragraphes 196 à 202, 219 à 226 et 240 à 258. L'honneur de la Couronne exigeait une mise en œuvre diligente de la promesse d'augmentation contenue dans les traités Robinson; le pouvoir discrétionnaire de la Couronne était limité et susceptible de contrôle; un manquement prolongé était déshonorant et exigeait une réparation effective et une négociation honorable. L'affaire Restoule constitue la référence moderne la plus solide en matière de mise en œuvre diligente des traités, bien qu'elle traite spécifiquement des obligations découlant des traités et n'établisse pas que chaque droit nécessite un mécanisme national identique. Pour la proposition plus générale selon laquelle la Couronne doit agir avec diligence afin de remplir ses obligations constitutionnelles solennelles envers les peuples autochtones, voir Manitoba Métis Federation Inc c. Canada (AG), 2013 CSC 14, aux paragraphes 66, 73 à 79, où la Cour a jugé que l'honneur de la Couronne exigeait une approche large et téléologique ainsi qu'une poursuite diligente de la réalisation de la promesse constitutionnelle en cause.

Proclamation royale demeure un instrument significatif dans le cadre de la relation constitutionnelle. Les traités, tels que reconnus et confirmés par l'article 35, sont des accords solennels *sui generis* qui, grâce aux pouvoirs inhérents aux deux parties, créent des pactes durables et intergénérationnels entre les partenaires du traité.

Article 35

L'article 35 constitue la reconnaissance et la confirmation, dans l'ordre constitutionnel canadien, des droits existants des Premières Nations — droits issus de traités et droits inhérents — ainsi que de leur compétence.

Comme le reconnaît et l'affirme l'article 35, les droits ancestraux et issus de traités des Premières Nations exigent à la fois une interprétation large et conforme à leur objet, ainsi que le respect de l'honneur de la Couronne dans toutes les relations avec les Premières Nations. Dans *l'affaire Sparrow* [1990], la Cour a statué que la nature des droits ancestraux et issus de traités doit être interprétée conformément à son objet et qu'« une interprétation généreuse et libérale des termes de la disposition constitutionnelle s'impose ».⁶

Les tribunaux ont statué que la relation souveraine entre les Premières Nations et la Couronne, découlant des traités et d'autres accords juridiquement valides, implique : (i) que l'honneur de la Couronne est en jeu, (ii) que la Couronne a l'intention de respecter ses promesses solennelles⁷, (iii) qu'en cas de doute, l'application des traités et autres documents doit être interprétée en faveur des Premières Nations.⁸ L'honneur de la Couronne découle de l'expression inhérente du pouvoir des traités, de la relation particulière de la Couronne avec les Premières Nations et s'étend aux rapports équitables entre la Couronne et les Premières Nations.⁹

Les discussions relatives à la RPNPM s'appuient sur l'architecture juridique et l'architecture des droits, découlant de la relation durable de nation-à-nation issue des traités et autres accords, reconnue et affirmée par l'article 35 de la Constitution, y

⁶ Sparrow, supra note 2, p. 1106. Voir également R c. Marshall, [1999] 3 RCS 456, aux paragraphes 14 et 78. L'interprétation des traités vise à déterminer l'intention commune des parties et tient compte du contexte historique et oral, et non pas uniquement du texte écrit. Cela va dans le sens d'une conception propre à chaque traité et du rejet d'une administration uniformisée.

⁷ Première Nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien), 2005 CSC 69, aux paragraphes 51, 54-55. L'honneur de la Couronne régit l'exécution des traités; toute conduite envisagée par la Couronne susceptible d'affecter les droits issus de traités peut nécessiter une consultation et des mesures d'accommodement. Cela fait passer l'analyse de l'interprétation aux obligations d'exécution continues de la Couronne.

⁸ R c. Badger [1996] 1 RCS 771, paragraphe 41.

⁹ Manitoba Métis Federation Inc c. Canada (Procureur général), 2013 CSC 14, aux paragraphes 66, 73 à 79. En ce qui concerne les obligations constitutionnelles solennelles envers les peuples autochtones, la Couronne doit adopter une approche large et conforme à leur objet, et honorer sa promesse avec diligence.

compris l'honneur de la Couronne. La jurisprudence récente a également soutenu la reconnaissance législative et la place accordée à la compétence autochtone.¹⁰

Il est toutefois important de noter que, bien que l'honneur de la Couronne conserve une importance constitutionnelle, les tribunaux ont statué que l'obligation de consultation ne s'étend pas au processus législatif parlementaire. Ainsi, si les lois adoptées restent susceptibles de contrôle en vertu de l'article 35,¹¹ la manière dont le Parlement ou une assemblée législative provinciale en est venu à adopter cette loi ne l'est pas. Cela renforce l'argument en faveur de mécanismes de mise en œuvre négociés applicables avant et au-delà des procédures judiciaires ou des processus législatifs.¹²

L'expression moderne la plus forte de ces principes se trouve dans l'affaire *Ontario (Procureur général) c. Restoule*, 2024 CSC 27. Dans l'affaire *Restoule*, la Cour suprême du Canada a examiné les traités Robinson-Huron et Robinson-Superior de 1850, ainsi que l'obligation de la Couronne d'augmenter les rentes promises aux Premières Nations signataires. La Cour a statué que l'honneur de la Couronne est un principe constitutionnel ayant des conséquences concrètes sur la mise en œuvre des promesses solennelles contenues dans les traités : lorsque ce principe donne lieu à une obligation de mise en œuvre diligente, la Couronne doit adopter à l'égard de la promesse une approche large et conforme à son objet et s'employer avec diligence à la respecter. Le pouvoir discrétionnaire de la Couronne dans l'exécution d'une obligation découlant d'un traité n'est pas illimité; il doit être exercé dans le respect de l'honneur de la Couronne et est susceptible de contrôle judiciaire. La Cour a conclu que le défaut prolongé de la Couronne — pendant plusieurs générations — de donner suite à la promesse d'augmentation constituait un manquement à l'honneur de la Couronne et

¹⁰ *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, paragraphes 73 à 77 et 89 à 92 (le titre ancestral comprend la prise de décision collective et les avantages économiques); Renvoi concernant la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, 2024 CSC 5 (le Parlement peut créer un cadre législatif coopératif qui affirme la compétence autochtone). Voir également *Chef Heidi Cook et al. c. Le gouvernement du Manitoba et al.*, 2026 MBKB 65, aux paragraphes 461, 677, 688, dans laquelle la Cour du Banc du Roi du Manitoba a reconnu un droit ancestral collectif à l'autonomie gouvernementale en matière de services à l'enfance et à la famille, en appliquant un cadre qui consiste à déterminer si le droit revendiqué touche à la sécurité culturelle, à la continuité et à la survie des peuples autochtones qui le font valoir.

¹¹ *Première Nation crie Mikisew c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40. L'obligation de consultation ne s'applique pas au processus législatif parlementaire en tant que tel, bien que l'honneur de la Couronne conserve une importance constitutionnelle et que les lois adoptées restent susceptibles de contrôle. Cela empêche de présenter la consultation comme une voie exclusive menant à la mise en œuvre législative et renforce l'argument en faveur de mécanismes de négociation avant et au-delà du contentieux.

¹² *Nation haïda c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, aux paragraphes 16 à 18, 25, 32 et 42. L'honneur de la Couronne est un principe constitutionnel orienté vers la réconciliation; il peut exiger une consultation et des accommodements avant la preuve définitive des droits. La bonne foi est requise, mais il n'y a pas d'obligation de s'entendre.

justifiait une réparation effective, notamment la tenue de négociations dans un délai déterminé, sous supervision judiciaire.

L'arrêt *Restoule* ne crée toutefois pas un droit constitutionnel universel à un cadre fédéral de mise en œuvre identique. Il ne retient pas que chaque droit visé à l'article 35 entraîne automatiquement la même obligation de mise en œuvre ou la même mesure de réparation, et il n'ordonne pas la création d'une institution nationale permanente réunissant la Couronne et les Premières Nations. Ce qu'il établit, c'est le lien doctrinal entre la promesse solennelle issue du traité et l'exécution diligente de celle-ci par la Couronne.

Le paragraphe 35-3 précise, pour plus de certitude, que les droits issus de traités visés au paragraphe 35-1 comprennent les droits qui existent actuellement en vertu d'accords sur les revendications territoriales ou qui pourraient être acquis de cette manière. Il confirme le statut constitutionnel des droits issus de traités modernes aux côtés des droits issus de traités historiques. Les traités modernes sont des accords constitutionnels dont la mise en œuvre demeure guidée par l'honneur de la Couronne; les processus détaillés prévus par ces traités doivent être respectés, et les procédures convenues donnent lieu à des obligations continues de mise en œuvre.¹³

Extinction

La question de l'extinction est au cœur de tout débat sur la mise en œuvre de l'article 35. Comme indiqué précédemment, l'article 35 reconnaît et confirme les droits issus de traités et les droits ancestraux qui existaient au moment du rapatriement de la Constitution canadienne en 1982.

Il convient donc de distinguer trois périodes et trois concepts distincts.

Premièrement, les tribunaux ont reconnu que la Couronne pouvait éteindre des droits au cours de la période antérieure à 1982 en vertu de la doctrine de l'extinction en common law. Toutefois, pour ce faire, la Couronne est tenue de démontrer une intention claire et manifeste d'éteindre un droit autochtone ou issu d'un traité. La norme est exigeante : toute ambiguïté était résolue en faveur du maintien du droit, et l'extinction ne pouvait être sous-entendue à la légère.

¹³ Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks, 2010 CSC 53, paragraphes 10, 42 et 54. Les traités modernes sont des accords constitutionnels dont la mise en œuvre reste guidée par l'honneur de la Couronne; les processus détaillés liés aux traités revêtent une importance particulière. Cette jurisprudence met en évidence les obligations continues de mise en œuvre et la valeur des procédures convenues, étayant ainsi l'argument comparatif entre les mécanismes des traités modernes et ceux des traités historiques.

Deuxièmement, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a reconnu et confirmé constitutionnellement les droits ancestraux et issus de traités qui existaient — c'est-à-dire qui n'avaient pas été éteints — au moment de l'entrée en vigueur de ladite *Loi*. L'ancrage constitutionnel a eu pour effet de placer ces droits hors de portée de toute action unilatérale de la Couronne. Depuis 1982, la Couronne ne peut plus éteindre les droits ancestraux ou issus de traités par voie législative ordinaire ou d'acte exécutif.

Troisièmement, depuis 1982, les mesures gouvernementales qui affectent les droits ancestraux ou issus de traités sont évaluées à l'aune du cadre de référence en matière de violation et de justification établi dans *l'affaire Sparrow*. Lorsque le comportement de la Couronne constitue une violation *prima facie* d'un droit visé à l'article 35, il incombe à la Couronne de justifier cette violation en démontrant l'existence d'un objectif législatif impérieux et substantiel ainsi que la conformité avec l'honneur de la Couronne et ses obligations fiduciaires. Les accords conventionnels consensuels peuvent définir, modifier ou donner effet à des droits dans les limites constitutionnelles, mais tout accord de ce type doit résulter du consentement éclairé du détenteur des droits, et non d'une action unilatérale de la Couronne.

Le présent document ne suggère pas que chaque droit historique a déjà été établi judiciairement ni que l'article 35 a résolu toutes les questions relatives à sa portée et à son contenu. Ce que l'article 35 a établi, c'est que les droits qu'il reconnaît et affirme sont de nature constitutionnelle et ne peuvent être restreints ou supprimés sans justification constitutionnelle. Le forum proposé doit fonctionner dans ce cadre constitutionnel : ses procédures, ses accords et ses résultats ne doivent pas être utilisés — directement ou indirectement — pour éteindre, céder ou restreindre des droits, un titre ou des compétences.

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (Déclaration des Nations Unies)

Les droits inhérents et la compétence des Premières Nations sont en outre reconnus et affirmés par des instruments internationaux, notamment la Déclaration des Nations Unies, qui a été transposée dans le droit interne canadien par le Parlement.

En 2021, le Parlement du Canada a adopté la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (la *Loi*). L'article 5 de la *Loi* exige que le Canada, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, prenne toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les lois du Canada soient conformes à la Déclaration des Nations Unies. Les articles 6 et 7 prévoient l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan d'action comprenant des mécanismes de suivi, de contrôle, de recours

et de réparation, des mesures de reddition de comptes, ainsi que la présentation d'un rapport annuel au Parlement.¹⁴

La Déclaration des Nations Unies et la *Loi*, en tant qu'instruments juridiques respectant les droits inhérents et la compétence des Premières Nations, complètent la reconnaissance et l'affirmation, prévues à l'article 35, des droits ancestraux et issus de traités existants des Premières Nations. L'article 37 de la Déclaration des Nations Unies revêt une importance particulière pour la reconnaissance internationale des traités des Premières Nations et des autres accords juridiques conclus avec la Couronne :

Article 37¹⁵

- (1) Les peuples autochtones ont droit à ce que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des États ou leurs successeurs soient reconnus et effectivement appliqués, et à ce que les États honorent et respectent lesdits traités, accords et autres arrangements constructifs.
- (2) Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée de manière à diminuer ou à nier les droits des peuples autochtones énoncés dans des traités, accords et autres arrangements constructifs.

5. L'enjeu

Les instances et l'architecture politique dont disposent actuellement les Premières Nations ne permettent pas d'assurer une reconnaissance et une mise en œuvre durables et pérennes des droits ancestraux et issus de traités visés à l'article 35. Les procédures judiciaires imposent aux détenteurs de droits des coûts économiques et moraux extraordinaires pour faire valoir des droits que l'article 35 reconnaît déjà, tout en ne traitant qu'une seule revendication à la fois. De plus, la reconnaissance législative reste révoquant par une future mesure législative ou un changement de priorités politiques.

Cette disparité est accentuée par les initiatives prises par le Canada lui-même : la Politique collaborative de mise en œuvre des traités modernes de 2023 prévoit des principes, un forum des dirigeants intergouvernementaux, un cercle politique intergouvernemental, une orientation pangouvernementale et un engagement en faveur d'un contrôle indépendant des relations découlant des traités modernes. Le projet de loi C-10, intitulé « *Loi concernant le commissaire à la mise en œuvre des traités modernes* », aurait pour objectif d'instituer un commissaire indépendant chargé d'examiner et de contrôler la mise en œuvre des traités modernes par les institutions fédérales et de faire rapport au Parlement.

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

¹⁵ Déclaration des Nations Unies, art. 37, et *Loi sur la Déclaration des Nations Unies*, annexe.

Ensemble, ces instruments démontrent que le Canada reconnaît la nécessité de mécanismes de mise en œuvre structurés — pourtant, leur champ d'application exclut la majorité des relations découlant de traités historiques et d'autres relations relevant de l'article 35. Les tribunaux ont à maintes reprises encouragé la négociation et la réconciliation comme voie menant à la réalisation des droits prévus à l'article 35, ainsi qu'au renouveau de la relation découlant des traités elle-même.¹⁶

De plus, cette question ne concerne pas uniquement le gouvernement fédéral. Le rôle des gouvernements provinciaux et territoriaux dans la mise en œuvre des droits prévus à l'article 35 est essentiel. L'article 35 impose des contraintes tant au gouvernement fédéral qu'aux gouvernements provinciaux dans leurs sphères constitutionnelles respectives. De nombreux territoires, ressources, services et questions réglementaires concernés par les traités et les droits inhérents relèvent de la compétence provinciale et territoriale¹⁷ et ne peuvent être mis en œuvre par le Canada seul.

Les questions relatives à l'Accord de transfert des ressources naturelles dans les provinces des Prairies en sont un bon exemple. Une instance qui exclut la participation des gouvernements provinciaux et territoriaux lorsque leur autorité, leur conduite, leurs actifs, leurs lois, leurs services ou leurs responsabilités découlant des traités sont en jeu ne sera pas en mesure d'assurer une mise en œuvre complète. La participation des gouvernements provinciaux et territoriaux devrait s'articuler autour de critères objectifs liés à l'objet du débat, plutôt que par le biais d'une invitation permanente générique adressée à chaque gouvernement.

6. Considérations stratégiques

La reconnaissance, l'affirmation et la mise en œuvre durables des droits ancestraux et issus de traités reconnus et affirmés en vertu de l'article 35 passeront probablement par des processus négociés et administrés conjointement.

La RPNPM offre l'occasion de mettre en place un forum permanent entre les Premières Nations et la Couronne sur la mise en œuvre des traités afin de faire progresser les discussions sur la mise en œuvre équitable des droits reconnus et affirmés par l'article 35, avec la capacité de faciliter la coordination entre les détenteurs de droits des Premières Nations participantes sur la base d'une adhésion volontaire.

¹⁶ Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 RCS 1010, par. 186, et Restoule, supra note 3.

¹⁷ Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles), 2014 CSC 48, par. 31 à 36 et 50 à 53. Une province exerçant l'autorité de la Couronne à l'égard des terres visées par un traité doit respecter les limites du traité et l'honneur de la Couronne.

Le Forum des Premières Nations et de la Couronne sur la mise en œuvre des traités devrait être composé de représentants issus tant du niveau de la gouvernance politique que de celui du soutien technique. Le modèle institutionnel recommandé consiste en un noyau permanent fédéral-Premières Nations, associé à une participation obligatoire et structurée des provinces et des territoires chaque fois que le sujet concerne leur compétence, leur conduite, leurs actifs, leurs pouvoirs réglementaires ou leurs obligations découlant de traités. Les représentants provinciaux et territoriaux **ne devraient pas** disposer d'un droit de veto permanent sur la mise en œuvre fédérale ou sur les relations bilatérales d'une nation découlant d'un traité; leur participation devrait plutôt être déclenchée par des critères objectifs liés au sujet traité.

La représentation politique des Premières Nations passe par la reconnaissance des détenteurs de droits et doit être déterminée par ces derniers. L'appui technique apporté au processus de gouvernance permettrait de garantir que l'instance politique dispose des travaux stratégiques, juridiques et préparatoires appropriés.

Il est important de noter que le Forum des Premières Nations et de la Couronne sur la mise en œuvre des traités, ainsi que tout processus technique associé, ne doivent pas être interprétés comme remplaçant, limitant ou affaiblissant la relation directe de nation-à-nation entre la Couronne et les Premières Nations et les nations signataires de traités, ni l'obligation constitutionnelle du Canada découlant des traités, de l'article 35 et de l'honneur de la Couronne. **Il se peut que des questions propres à certains traités nécessitent la mise en place de forums distincts, dans le prolongement du processus national.** Parallèlement, il incombera aux parties de garantir une représentation égale et équitable de toutes les nations signataires de traités. Cette exigence de représentation sera déterminée par les Premières Nations.

7. Recommandations stratégiques

1. Créer un Forum des Premières Nations et de la Couronne sur les droits et la mise en œuvre des traités

Il est proposé de créer un tel forum entre les Premières Nations et la Couronne afin d'examiner de nouveaux mécanismes susceptibles de favoriser la mise en œuvre des traités conformément au cadre constitutionnel. Le Forum des Premières Nations et de la Couronne fera progresser les discussions constitutionnelles qui soutiennent la reconnaissance, l'affirmation et la mise en œuvre des droits inhérents et issus de traités des Premières Nations, ainsi que de leur compétence. Les grandes lignes, y compris les engagements fédéraux, provinciaux et territoriaux à participer à ce forum, devraient résulter de la RPNPM.

Les Premières Nations détermineront le mandat et les autres questions à débattre au sein de ce forum. Le forum sera mis en place dans les six mois suivant la RPNPM, selon des statuts fondateurs approuvés conjointement et ne pouvant être modifiés sans le consentement de toutes les parties. Il devrait être composé de groupes de travail techniques qui mèneront des travaux de manière continue entre les RPNPM. Le forum devrait se réunir au moins une fois par an entre les Chefs et les premiers ministres afin de recevoir et d'orienter ces travaux. Le Forum devrait bénéficier d'un financement stable et pluriannuel ainsi que des ressources nécessaires pour permettre la participation directe des Premières Nations, notamment aux tables techniques connexes que les dirigeants politiques pourraient juger nécessaires.

Les éléments institutionnels suivants sont essentiels :

- (a) les ministres fédéraux, les organismes centraux et les ministères doivent participer, élaborer des plans de mise en œuvre, recenser les obstacles juridiques et financiers et répondre par écrit aux recommandations dans des délais fixés;
- (b) un bureau indépendant chargé de la mise en œuvre et de la reddition de comptes doit être créé ou renforcé; il doit disposer d'un accès aux informations ministérielles pertinentes, d'un pouvoir de contrôle de gestion et d'une obligation de rendre compte au public, en coordination avec le commissaire à la mise en œuvre des traités modernes proposé dans le cadre du projet de loi C-10, tout en comblant les lacunes historiques en matière de traités et celles relevant de l'article 35;
- (c) un protocole de règlement des différends doit être adopté, prévoyant la médiation, la décision d'un expert, l'arbitrage consensuel et le recours devant un tribunal, ainsi que des suspensions des délais de prescription et des règles de protection provisoire;
- (d) la participation, les propositions, le financement et les dispositions provisoires ne doivent pas définir, céder, éteindre, modifier ou porter atteinte aux droits, au titre, à la compétence ou aux positions en litige, sauf si un détenteur de droits y consent expressément;
- (e) l'accès aux tribunaux doit être préservé : aucun épuisement préalable des recours ne doit être exigé pour obtenir une mesure d'urgence, la compétence des cours supérieures ne doit pas être écartée, et les recours en contrôle judiciaire et en exécution doivent demeurer accessibles.

Le forum devrait présenter, dans un délai de douze mois, une première évaluation nationale des lacunes et un plan d'action, incluant la répartition des compétences entre

les questions fédérales, provinciales et territoriales, convenue conjointement par les parties. Des rapports d'étape publics annuels, des réponses officielles du gouvernement et un examen politique lors de chaque RPNPM seront exigés.

Le forum n'abrogera ni ne dérogera aux processus de gouvernance et de mise en œuvre établis entre les nations et la Couronne et fondés sur les traités, mais constituera plutôt un mécanisme national de dialogue et de coordination concernant la reconnaissance, l'affirmation et la mise en œuvre des droits issus de traités affirmés à l'article 35. Le Forum définira des critères objectifs justifiant la participation des provinces et des territoires lorsque leur autorité, leur conduite, leurs actifs, leurs lois, leurs services ou leurs responsabilités découlant des traités sont en jeu, et mettra en place, si nécessaire, des tables rondes régionales parallèles ou propres à certains traités.

Il conviendrait également d'envisager la création d'un tribunal des traités en tant qu'organe auxiliaire du forum. Les tribunaux sont institutionnellement adaptés aux déclarations faisant autorité, au contrôle de légalité, aux injonctions et aux mesures correctives exécutoires, mais sont peu adaptés à l'élaboration de budgets pluriannuels, à la coordination des ministères, à la gestion de relations découlant des traités en constante évolution et à l'élaboration de plans de mise en œuvre propres à chaque nation. Un tribunal des traités pourrait agir à titre d'organe spécialisé chargé de régler les différends liés à la mise en œuvre, d'évaluer la façon dont la Couronne s'acquitte de ses obligations et de rendre des décisions contraignantes lorsque les processus politiques du Forum aboutissent à une impasse, tout en préservant la compétence des cours supérieures en matière d'interprétation constitutionnelle et de mesures d'urgence.

8. Conclusion

La RPNPM reposera sur l'affirmation et la reconnaissance de la compétence et des droits inhérents des Premières Nations, ainsi que de leurs droits issus de traités, reconnus et affirmés par l'article 35. La RPNPM constitue une occasion historique pour les Premières Nations et la Couronne de dépasser les mesures progressives pour parvenir à la reconnaissance des Premières Nations en tant que partenaires dans la mise en œuvre et l'affirmation des droits. La jurisprudence de la Cour suprême exige que la Couronne agisse de manière honorable et, lorsque des obligations solennelles découlant des traités sont en jeu, qu'elle s'emploie avec diligence à les respecter. Les engagements législatifs et politiques du Canada lui-même appellent à des relations fondées sur la reconnaissance, à une mise en œuvre complète et en temps opportun des traités, à des mécanismes efficaces et à la reddition de comptes. Dans ce contexte juridique et politique, l'absence de mécanismes durables concernant les relations historiques découlant des traités et d'autres relations visées par l'article 35 constitue

une lacune grave et manifeste en matière de mise en œuvre, à laquelle le forum proposé est destiné à remédier. Les obligations constitutionnelles reconnues et confirmées par l'article 35 donnent lieu à l'obligation d'un processus durable, avec des résultats mesurables, qui se poursuivra au-delà de cette réunion. Cette réunion est un point de départ, et non une fin en soi, car le travail doit se poursuivre entre les réunions des premiers ministres.

ANNEXE « A » – Résolutions