

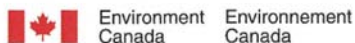
# LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'UTILISATION DES CONNAISSANCES TRADITIONNELLES AUTOCHTONES DEVANT LES TRIBUNAUX

David Laidlaw

Symposium sur l'environnement au tribunal :  
les questions de preuve dans les poursuites et les procès en matière d'environnement

6 et 7 mars 2015  
Université de Calgary

This project was undertaken with the financial support of:



Ce projet a été réalisé avec l'appui financier de :



THE CANADIAN  
BAR ASSOCIATION

L'ASSOCIATION DU  
BARREAU CANADIEN

INFLUENCE. LEADERSHIP. PROTECTION.



Canadian Institute of Resources Law  
Institut canadien du droit des ressources



UNIVERSITY OF CALGARY  
FACULTY OF LAW

L'Institut canadien du droit des ressources favorise l'accessibilité, la diffusion et l'échange des renseignements publics. Vous êtes autorisé à copier, à diffuser, à afficher, à télécharger et, par ailleurs, à traiter cet ouvrage librement, moyennant les conditions suivantes :

- (1) Vous devez mentionner la source de cet ouvrage;
- (2) Vous ne pouvez modifier cet ouvrage;
- (3) Vous ne pouvez en faire un usage commercial sans le consentement écrit préalable de l'Institut.

Tous droits réservés © 2015

Les connaissances traditionnelles autochtones ont régi les relations des peuples autochtones<sup>1</sup> entre eux et leur milieu depuis des temps immémoriaux. Le problème est le manque de reconnaissance de ce savoir au sein de la société canadienne, et plus particulièrement, de son système de justice. L'Assemblée des Premières Nations du Canada (APN) avance trois définitions des connaissances traditionnelles autochtones :

[TRADUCTION] La notion de « connaissances traditionnelles autochtones » ne se définit ou ne se catégorise pas aisément. On peut toutefois la décrire comme l'ensemble des coutumes avec lequel les peuples autochtones ont fait ou font les choses ou se livrent à des activités, ainsi que les nouvelles idées ou façons de faire élaborées dans le respect de leurs traditions, de leur culture et de leurs mœurs. Plusieurs de ces coutumes se sont transmises de génération en génération, et on les considère comme sacrées. Cet ensemble de connaissances prend sa source dans la culture. Il est holistique, et varie d'un contexte et d'un peuple à l'autre.

La Commission royale sur les peuples autochtones (1996) a également décrit les connaissances autochtones comme une culture orale composée d'histoires et de mythes, organisée selon un code et des systèmes de connaissances avec lesquels interpréter l'information et guider les actions, servant la double vocation de gérer la terre et les ressources, puis d'affirmer et de renforcer la relation de l'individu avec la terre et ses habitants.

On peut également voir les connaissances traditionnelles autochtones comme la somme du savoir, de l'information et des points de vue traditionnels relatifs aux habiletés, aux ententes, aux compétences, aux faits, aux connaissances, aux croyances justifiées, aux révélations et aux observations qu'un peuple autochtone particulier détient ou contrôle, et qu'il a créée, préservée et disséminée. Les connaissances traditionnelles autochtones comprennent un ensemble holistique de connaissances, et la communauté détient le droit exclusif de déterminer quel savoir en fait partie.

Il est important de noter que ces définitions sont d'ordre général, et qu'elles ne sont pas nécessairement les mêmes que celles des personnes qui détiennent les connaissances traditionnelles autochtones.<sup>2</sup>

Les points d'entrées des connaissances traditionnelles autochtones dans les tribunaux canadiens se regroupent en trois catégories :

1. une révision judiciaire de l'action gouvernementale en vertu d'une loi qui renvoie aux connaissances traditionnelles autochtones;

---

<sup>1</sup> Dans cet article, cette expression fait référence aux Premières Nations, aux peuples inuits et métis.

<sup>2</sup> Assemblée des Premières Nations (APN), *Aboriginal Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights* (Ottawa : 2011) p 3, en ligne : <[http://www.afn.ca/uploads/files/env/atk\\_and\\_ip\\_considerations.pdf](http://www.afn.ca/uploads/files/env/atk_and_ip_considerations.pdf)> (consulté le 19 février 2015).

2. une révision judiciaire en vertu de la doctrine de *common law* sur l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements;
3. des revendications de droits ancestraux, des titres ancestraux et une défense contre une poursuite au criminel pour une infraction liée à la faune.

## RÉUNIR LES CONNAISSANCES TRADITIONNELLES AUTOCHTONES

En dépit des avertissements de la plus haute autorité dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*,<sup>3</sup> les tribunaux de première instance demeurent réticents à tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones. Plusieurs raisons peuvent l'expliquer, par exemple, le fait que les connaissances traditionnelles autochtones se transmettent oralement, ce qui va à l'encontre des règles du oui-dire. Bien que les tribunaux et les cours de justice ne suivent pas les normes de preuve standard ou révisées (p. ex., *Delgamuukw*), les problèmes de définition et la nature orale font en sorte qu'on accorde bien peu de force probante aux connaissances traditionnelles autochtones.

En réponse à cette attitude, les plaideurs en sont venus à étudier les connaissances traditionnelles autochtones, notamment dans les domaines de l'usage traditionnel du territoire et de l'histoire, et à engager des experts dans des domaines connexes afin de recueillir de l'information et des avis sur ces questions.<sup>4</sup> Avec un si petit nombre d'experts sur les connaissances traditionnelles autochtones, cette collection de seconde main de savoir, rapportée par l'intermédiaire de rapports d'expert, s'expose naturellement à de l'incompréhension et à certains problèmes.<sup>5</sup> Bien que, depuis l'affaire *Delgamuukw*, soit née la tradition en litige autochtone de présenter un membre des Premières Nations en premier,<sup>6</sup> les experts ont généralement présenté globalement les connaissances traditionnelles autochtones, le cas échéant. Il s'agit d'un processus coûteux et lourd, qui mène à des situations où des connaissances traditionnelles autochtones pertinentes ne seront pas avancées, notamment en matière de contraintes financières ou de confidentialité.

---

<sup>3</sup> [1997] 3 R.C.S. 1010, 153 D.L.R. (4th) 193, par 84 [*Delgamuukw*], « que nous adaptions les règles du droit de la preuve de manière à ce que les tribunaux accordent le poids qui convient au point de vue des autochtones sur leurs coutumes, pratiques et traditions, de même que sur les rapports qu'ils entretiennent avec le territoire. » (Se reporter également au par 87.)

<sup>4</sup> *Tsilhqot'in Nation c. British Columbia*, 2007 BCSC 1700 (CanLII), dans le résumé : [TRADUCTION] « l'ensemble de la preuve touchait les domaines de l'archéologie, de l'anthropologie, de l'histoire, de la cartographie, de l'hydrologie, de l'écologie faunique, de l'ethnoécologie, de l'ethnobotanique, de la biologie, des langues, de la foresterie et de l'écologie forestière. »

<sup>5</sup> Pour une description plus approfondie des difficultés que ces experts doivent gérer, se reporter à l'ouvrage d'Arthur Ray, *Telling it to the Judge Taking Native History to Court*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2011, c 8, p 145-159.

<sup>6</sup> *Ibid*, p 28.

## RÉVISION JUDICIAIRE D' ACTIONS GOUVERNEMENTALES POSÉES EN VERTU D'UNE LOI QUI RENVOIE AUX CONNAISSANCES TRADITIONNELLES AUTOCHTONES

Les deux douzaines de lois canadiennes qui mentionnent les connaissances traditionnelles autochtones<sup>7</sup> en contexte environnemental n'attribuent pas de définition à cette expression. Ces lois tombent dans plusieurs catégories : la protection de l'environnement,<sup>8</sup> l'évaluation environnementale,<sup>9</sup> les océans,<sup>10</sup> les aires marines de conservation,<sup>11</sup> la préservation de la

---

<sup>7</sup> Recherche de l'expression « connaissances traditionnelles autochtones » effectuée le 19 février 2015. Nous avons limité la discussion au domaine environnemental, mais nous invitons le lecteur à prendre note que cette recherche a révélé des dispositions sur la santé *humaine*, le travail social et les coutumes d'élection dans la *Loi sur les Indiens*, LRC 985, c I-5.

<sup>8</sup> *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, 1999, LC, 1999, c 33, au préambule et à l'art 247, qui traite des compétences admissibles des réviseurs qui entendent les appels de personnes sur les ordonnances environnementales. Dans la *Loi sur l'environnement*, LRY 2002, c 76, le rapport triennal sur l'état de l'environnement a pour but de prévoir à l'avance les problèmes, de présenter des renseignements de base et d'établir la responsabilité permanente du ministère, et en vertu de l'art 48(2)(b), il « fait état des connaissances traditionnelles des membres des Premières Nations en ce qui concerne l'environnement »; en vertu de l'art 51(2), le matériel éducatif doit faire de même. L'article 53 parle de partenariat avec les Premières Nations, notamment en faisant usage de leurs connaissances et de leur expérience.

<sup>9</sup> *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, LC 2012, c 19, art 52; l'art 19(3) prévoit qu'on peut tenir compte des connaissances des collectivités et des connaissances traditionnelles autochtones aux fins d'évaluations environnementales. De même, le *Règlement sur l'évaluation environnementale liée au pétrole et au gaz des Premières Nations*, DORS/2007-272, art 11(2), et particulièrement à l'art 42(6)(b), qui protège « les renseignements dont la divulgation ferait en sorte que le public découvrirait des connaissances traditionnelles autochtones qu'une première nation a toujours traitées comme confidentielle ».

<sup>10</sup> Dans la *Loi sur les océans*, LC 1996, c 31, à l'art 42(j), prévoit que le ministre peut « effectuer des études pour mettre à profit les connaissances écologiques traditionnelles en vue d'une meilleure connaissance des océans, de leurs ressources biologiques et de leurs écosystèmes ».

<sup>11</sup> Dans la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*, LC 2002, c 18, le préambule et l'article 8(3) prévoient que le gouvernement peut établir des installations pour « effectuer des recherches scientifiques ... ou des études fondées sur des connaissances écologiques traditionnelles, y compris les connaissances autochtones écologiques traditionnelles, sur les aires marines de conservation ».

faune,<sup>12</sup> la protection des espèces,<sup>13</sup> y compris les oiseaux migrateurs,<sup>14</sup> le savoir relatif à l'arctique,<sup>15</sup> les droits de surface et sur l'eau dans le Nord,<sup>16</sup> l'aménagement du territoire dans le nord de l'Ontario,<sup>17</sup> la gestion des déchets nucléaires<sup>18</sup> et la conservation du gibier

---

<sup>12</sup> La *Loi sur la faune*, LRTN-O 1988, c W-4, art 2(1)(d), où des principes selon lesquels « les valeurs et les pratiques autochtones traditionnelles relatives à la récolte et à la conservation de la faune doivent être reconnues et valorisées », et (e), où « la conservation et la gestion de la faune et de l'habitat doivent faire appel à la meilleure information disponible, dont les connaissances traditionnelles, les connaissances d'experts et les connaissances locales ». Selon l'art 2(2), la définition de *connaissances locales* « vise notamment les connaissances de la faune ou de l'habitat qu'une personne a acquises par le biais de l'expérience ou de l'observation ». L'article 168(1)(b) interdit, à la demande d'une organisation autochtone, la divulgation de connaissances traditionnelles. *Loi sur la faune*, LNun 2003, c 26, est celle qui traite le plus des connaissances traditionnelles autochtones.

<sup>13</sup> *Loi sur les espèces en péril*, LC 2002, c 29, préambule; l'art 10.2(c) prévoit que le plan d'action pour l'intendance doit comprendre « des méthodes de partage, avec d'autres gouvernements et personnes, de l'information concernant les espèces en péril, y compris les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones, lesquelles méthodes respectent, préservent et maintiennent les connaissances et favorisent leur application sur une plus grande échelle avec l'accord des dépositaires de ces connaissances ». L'article 14 prévoit la création du Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, dont les compétences requises par ses membres peuvent notamment être liées aux connaissances des collectivités ou aux connaissances traditionnelles des peuples autochtones en matière de conservation des espèces sauvages ». En vertu de l'art 15(2), le comité doit exécuter sa mission « en se fondant sur la meilleure information accessible sur la situation biologique de l'espèce en question notamment scientifique ainsi que les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles des peuples autochtones ». En vertu de l'art 18, le comité doit établir un sous-comité compétent en matière de connaissances traditionnelles des peuples autochtones. Des provinces se sont dotées de lois similaires : la *Loi de 2007 sur les espèces en voie de disparition*, LO 2007, c 6, la *Loi sur les espèces en péril*, LN-B 2012, c 6, l'*Endangered Species Act*, SNS 1998, c 11 (où la liste des espèces est modifiée selon des renseignements scientifiques et des connaissances traditionnelles documentées dans des rapports d'états révisés par des pairs); *Loi sur les espèces en péril* (TNO), LTN-O 2009, c 16.

<sup>14</sup> *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, LC 1994, c 22, modifiant l'article II de la Convention sur les oiseaux migrateurs (1918) de façon à ce que les principes de conservation comprennent « l'utilisation des connaissances, des institutions et des pratiques autochtones et indigènes ».

<sup>15</sup> *Loi sur la commission canadienne des affaires polaires*, LC 1991, c 6, art 2 : « connaissances » s'entend notamment des connaissances traditionnelles et autochtones.

<sup>16</sup> *Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut*, LC 2002, c 10, art 119 : « accorder l'attention et l'importance voulue à la culture, aux coutumes et aux connaissances des Inuit ». *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie*, LC 1998, c 25 : les offices des terres et des eaux autochtones doivent tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones. *Loi sur l'office des droits de surface*, LTN-O 2014, c 17 : l'article 11 sur les compétences des suppléants; à l'art 32(b), l'office « tient compte de tout élément qu'il juge utile, y compris les connaissances traditionnelles autochtones »; à l'art 90, l'office peut établir des règles relatives à l'admission des connaissances traditionnelles autochtones. [Nous soulignons.]

<sup>17</sup> *Loi de 2010 sur le Grand Nord*, LO 2010, c 18, art 6 : les « Premières Nations peuvent mettre à contribution leurs connaissances traditionnelles et perspectives en matière de protection et de conservation aux fins de l'aménagement du territoire prévu par la présente loi ».

<sup>18</sup> *Loi sur les déchets de combustible nucléaire*, LC 2002, c 23, art (2)(b.1) : les membres du comité consultatif sont nommés « de façon à assurer la représentation ... d'une expertise en connaissances traditionnelles autochtones ».

en vertu d'accords modernes sur les revendications territoriales.<sup>19</sup>

### **Détenteurs des connaissances traditionnelles autochtones reconnus par la loi**

Seule la *Loi sur les espèces en voie de disparition* de l'Ontario<sup>20</sup> définit ce qu'est une « personne autochtone » en renvoyant à l'article 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*,<sup>21</sup> alors que les autres lois utilisent cette expression sans toutefois la définir.

La formule la plus courante dans la législation est *connaissances traditionnelles autochtones*, mais certains emploient aussi *connaissance des collectivités*<sup>22</sup> et, dans un cas, *connaissances locales*<sup>23</sup> en guise de remplacement. Ces formules permettent de tenir compte des connaissances traditionnelles non autochtones en vertu de ces lois. Il est à noter que la *Loi sur les océans* ne parle que de connaissances écologiques traditionnelles,<sup>24</sup> alors que la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada* considère les connaissances écologiques traditionnelles autochtones comme une sous-catégorie de connaissances écologiques traditionnelles.<sup>25</sup>

En ce qui concerne les droits sur les connaissances traditionnelles autochtones et le pouvoir de les déposer en preuve, le groupe autochtone pertinent posséderait généralement un tel savoir, au même titre qu'un droit ancestral sur une base collective, comme on l'explique dans l'arrêt *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*<sup>26</sup> Une caractéristique particulière des connaissances traditionnelles autochtones est leur nature diffuse, en ce que certaines connaissances résident chez quelques familles, qui les divulguent uniquement aux membres du groupe autochtone.<sup>27</sup> Ceci peut concorder avec les propos de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Behn* :

Il suffit de reconnaître qu'en dépit de l'importance cruciale que revêt l'aspect collectif des droits ancestraux et issus de traités, des droits peuvent parfois être attribués à des membres des collectivités autochtones ou exercés par eux sur une base individuelle, ou encore être créés en leur faveur. On

---

<sup>19</sup> *Tsawwassen First Nation Final Agreement Act*, SBC 2007, c 39, Schedule – Chapter 10, article 43 : le ministre provincial, avant d'approuver des plans d'exploitation des ressources fauniques, tient compte de données scientifiques et de connaissances traditionnelles autochtones relatives aux populations d'espèces sauvages, à leurs nombres, à leur santé, à la distribution et aux méthodes de gestion des espèces sauvages. Se reporter également à la *Loi assurant la mise en œuvre de l'Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec*, 2014 (RLRQ c M-35.1.2, r 1).

<sup>20</sup> *Supra* note 11, art 2(1).

<sup>21</sup> Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11 [Constitution].

<sup>22</sup> *Supra* notes 10 et 11.

<sup>23</sup> *Supra* note 12

<sup>24</sup> *Supra* note 10. Ce peut être un renvoi au long historique de pêcheries non autochtones.

<sup>25</sup> *Supra* note 11. Il est intéressant de noter que l'on parle de connaissances *écologiques* en contexte d'administration maritime.

<sup>26</sup> [2013] 2 RCS 227; 2013 CSC 26 (CanLII), par 33 [*Behn*].

<sup>27</sup> Par exemple, songeons à un « coin de pêche favori », dont l'emplacement est secret, et qu'on divulgue en toute confidentialité aux personnes compétentes ou adéquates.

pourrait affirmer, de façon générale, que ces droits leur appartiendraient peut-être ou qu'ils comporteraient un aspect individuel malgré leur nature collective. Il ne convient pas d'en dire davantage pour l'instant.<sup>28</sup>

Ainsi, il est possible d'avoir à chercher plus loin les personnes susceptibles de posséder un savoir complémentaire aux connaissances générales du groupe afin de déterminer les connaissances traditionnelles autochtones pertinentes. Certaines dispositions législatives traitant des connaissances traditionnelles autochtones peuvent protéger leur confidentialité, comme l'article 42(6)(b) du *Règlement sur l'évaluation environnementale liée au pétrole et au gaz des Premières Nation*,<sup>29</sup> l'article 10.2(c) de la *Loi sur les espèces en voie de disparition*<sup>30</sup> et l'article 168(1)(b) la *Loi sur la faune* des Territoires du Nord-Ouest.<sup>31</sup> Il est également possible de protéger les connaissances traditionnelles autochtones grâce à des ordonnances judiciaires ou des accords créatifs rédigés à cette fin, mais en l'absence de tels moyens, les détenteurs de ces connaissances peuvent être réticents à les communiquer.

### Préambules statutaires et énoncés d'objet

Des lois fédérales, comme la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*,<sup>32</sup> la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*<sup>33</sup> et la *Loi sur les espèces en péril*,<sup>34</sup> ainsi que des lois provinciales, comme la *Loi sur les espèces en péril (TNO)*,<sup>35</sup> mentionnent les connaissances traditionnelles autochtones. Comme on le mentionne dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Moses*,<sup>36</sup> l'article 13 de la *Loi d'interprétation* fédérale stipule que :

13. Le préambule fait partie du texte et en constitue l'exposé des motifs.<sup>37</sup>

Par conséquent, un « préambule ne joue jamais un rôle décisif pour déterminer l'intention du législateur — car la loi doit toujours être interprétée dans son ensemble —, il peut néanmoins contribuer à saisir cette intention ».<sup>38</sup>

Qu'en est-il des énoncés d'objet dans les lois qui traitent des connaissances traditionnelles autochtones, et qui témoignent clairement de l'intention du législateur?<sup>39</sup> L'article 4 de la

---

<sup>28</sup> *Supra* note 26, par 37.

<sup>29</sup> *Supra* note 13.

<sup>30</sup> *Supra* note 13.

<sup>31</sup> *Supra* note 12.

<sup>32</sup> *Supra* note 11.

<sup>33</sup> *Supra* note 8.

<sup>34</sup> *Loi sur les espèces en péril*, *supra* note 13.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> [2010] 1 RCS 557; 2010 CSC 17 (CanLII) [*Moses*].

<sup>37</sup> LRC 1985, c I-21. L'article 11 de la *Loi d'interprétation*, LRTN-O 1988, c I-8, est identique.

<sup>38</sup> *Moses supra* note 36, par 101.

<sup>39</sup> *Canada (Ministre de l'Environnement) c Bennett Environmental Inc*, 2005 CAF 261 (CanLII), par 63.



*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*<sup>40</sup> en énonce son objet; un tribunal ne s'est pas encore penché sur son libellé, mais la loi précédente, la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*,<sup>41</sup> contenait un énoncé similaire qui fut l'objet de diverses interprétations. Dans *Environmental Resource Centre c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, une affaire de 2001, la Cour fédérale a déclaré :

L'article 4 n'impose aucune obligation au ministre de l'Environnement, pas plus qu'il ne précise la manière dont il doit s'acquitter de ses obligations en vertu de la Loi. Il s'agit d'un énoncé de principe général. Le ministre de l'Environnement n'a pas contrevenu à cette disposition et les prétentions alléguant qu'une erreur de droit a été commise relativement à l'article 4 sont sans fondement.<sup>42</sup>

En 1996, ce même tribunal a cependant déclaré ce qui suit dans l'affaire *Union of Nova Scotia Indians c. Canada (Procureur général)* :

Les requérantes font valoir également que les ministres se trouvaient dans l'obligation de procéder à une évaluation sérieuse et raisonnable du projet en vertu de l'alinéa 4a) de la LCÉE, lequel précise que cette loi a pour objet, notamment, de « permettre aux autorités responsables de prendre des mesures à l'égard de tout projet susceptible d'avoir des effets environnementaux en se fondant sur un jugement éclairé quant à ces effets ». Je reconnais que cette norme est compatible avec les objets et les processus que fixe la loi.<sup>43</sup>

On peut soutenir qu'en contexte autochtone, la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, compte tenu de l'énoncé de son objet, fait place à un examen plus rigoureux des décisions gouvernementales par les tribunaux. L'arrêt *Moses* vient appuyer cette assertion. Dans cette affaire, on contestait l'application de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* à des accords sur des revendications territoriales à la Baie-James. La Cour suprême du Canada s'est exprimée ainsi :

[45] Partant, contrairement à la Cour d'appel du Québec, je ne crois pas que la solution consiste en l'espèce à substituer la procédure établie au chapitre 22 de la Convention à celle prescrite par la LCÉE. Le processus de la LCÉE s'applique, mais le gouvernement fédéral doit évidemment y recourir de façon à respecter intégralement l'obligation de la Couronne de consulter les Cris sur les sujets qui touchent les droits que leur confère la Convention de la Baie-James, et ce, conformément aux principes dégagés dans les arrêts *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)* et *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)* [citations omises].<sup>44</sup>

Il est à noter que la politique fédérale en vigueur, intitulée *Consultation et accommodement des autochtones – Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter* (2011), mentionne ceci à la page 25 :

---

<sup>40</sup> Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, supra note 9, art 4.

<sup>41</sup> LC 1992, c 37.

<sup>42</sup> 2001 CFPI 1423 (CanLII), par 141.

<sup>43</sup> 1996 CanLII 11847 (CF), 122 FTR 81, par 35 [*Union of Nova Scotia Indians*].

<sup>44</sup> *Moses*, supra note 36, par 45.

Le processus d'évaluation environnementale est généralement considéré par les groupes autochtones et les tiers [...] comme la plus efficace des méthodes gérées par la Couronne pour connaître les effets préjudiciables que les activités envisagées et les changements connexes pourraient avoir sur l'environnement.<sup>45</sup>

La *Loi sur les espèces en péril* (Canada) contient un énoncé d'objet à l'article 6 :

6. La présente loi vise à prévenir la disparition — de la planète ou du Canada seulement — des espèces sauvages, à permettre le rétablissement de celles qui, par suite de l'activité humaine, sont devenues des espèces disparues du pays, en voie de disparition ou menacées et à favoriser la gestion des espèces préoccupantes pour éviter qu'elles ne deviennent des espèces en voie de disparition ou menacées.<sup>46</sup>

Les tribunaux ont interprété cet énoncé d'objet dans *Adam c. Canada (Environnement)*.<sup>47</sup> Cette affaire portait sur une demande de révision judiciaire de la décision du ministre de l'Environnement de ne pas ajouter le caribou des bois de l'Alberta à la liste des espèces en péril. La Cour fédérale a déclaré :

Compte tenu de l'ensemble des renseignements dont la décision fait expressément mention, le fait que le ministre n'ait pas traité expressément des objectifs de la LEP dans sa décision ne constitue pas une erreur susceptible de révision. À mon avis, la manière dont le ministre a traité des données et des autres renseignements pertinents contenus dans le dossier certifié n'était pas incompatible avec les objectifs de la LEP [à l'art. 6].<sup>48</sup>

La question était que si le ministre n'avait pas traité de ces renseignements dans sa décision, il aurait commis une erreur susceptible de révision. Ainsi, en négligeant de répondre à une demande urgente sans motif, le ministre a en effet commis une erreur susceptible de révision.<sup>49</sup> Il convient de noter que dans *Adam*, « les Premières Nations demanderesse ont volontairement cessé de chasser le caribou boréal afin de contrer la menace actuelle pour la survie et le rétablissement du caribou » en s'appuyant sur des connaissances traditionnelles autochtones.<sup>50</sup>

L'énoncé d'objet de l'article 4 de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*<sup>51</sup> a été interprété simplement dans *Alliance animale du Canada c. Canada (Procureur général)*.<sup>52</sup> Parmi les lois qui contiennent un énoncé d'objet et qui mentionnent

---

<sup>45</sup> Consultation et accommodement des Autochtones – Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter (Ottawa, Ministre des Affaires autochtones et Développement du nord du Canada, 2011) [politique fédérale de consultation], en ligne :<[http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/intgui\\_1100100014665\\_fra.pdf](http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/intgui_1100100014665_fra.pdf)>.

<sup>46</sup> *Supra* note 13, art 6.

<sup>47</sup> 2011 CF 962 (CanLII) [*Adam*].

<sup>48</sup> *Ibid*, par 65.

<sup>49</sup> *Ibid*, par 66 à 67.

<sup>50</sup> *Ibid*, par 33 v.

<sup>51</sup> *Supra* note 14, art 4.

<sup>52</sup> [1999] 4 RCF 72; 1999 CanLII 8154 (CF).

les connaissances traditionnelles autochtones, on compte la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*,<sup>53</sup> la *loi sur la commission canadienne des affaires polaires*,<sup>54</sup> la *Loi de 2007 sur les espèces en voie de disparition* de l'Ontario,<sup>55</sup> l'*Endangered Species Act* de la Nouvelle-Écosse,<sup>56</sup> la *Loi sur les espèces en péril* du Nouveau-Brunswick,<sup>57</sup> la *Loi de 2010 sur le Grand Nord* de l'Ontario,<sup>58</sup> la *Loi sur les espèces en péril (TNO)*<sup>59</sup> la *Loi sur la faune* des Territoires du Nord-Ouest,<sup>60</sup> mais elles n'ont pas fait l'objet d'un examen par les tribunaux.

## Lois permissives

L'importance des préambules et des énoncés d'objet vient de la nature des lois qui font référence aux connaissances traditionnelles autochtones. Bon nombre de ces lois sont rédigées de façon *permissive*, en conférant au gouvernement le pouvoir discrétionnaire de tenir compte ou non des connaissances traditionnelles autochtones ou en les confinant à un rôle consultatif.

En contexte maritime, les connaissances traditionnelles autochtones ne servent que des fins éducatives. L'article 42(j) de la *Loi sur les océans* stipule que le ministre peut « effectuer des études pour mettre à profit les connaissances écologiques traditionnelles en vue d'une meilleure connaissance des océans, de leurs ressources biologiques et de leurs écosystèmes ». <sup>61</sup> L'article 8(3) de la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada* stipule que le ministre « peut aménager et exploiter les installations et exercer les activités nécessaires à l'application de la présente loi et effectuer des recherches ou contrôles scientifiques, ou des études fondées sur des connaissances écologiques traditionnelles, y compris les connaissances autochtones écologiques traditionnelles, sur les aires marines de conservation ». <sup>62</sup> La *Loi sur la commission canadienne des affaires polaires* constitue une commission qui « a pour mission de favoriser le développement et la diffusion des connaissances [y compris les connaissances traditionnelles autochtones] relatives aux régions polaires ». <sup>63</sup>

---

<sup>53</sup> *Supra* note 11, art 4.

<sup>54</sup> *Supra* note 15, art 4.

<sup>55</sup> *Supra* note 13, art 1.

<sup>56</sup> *Ibid*, art 2. Dans l'affaire *Western Canada Wilderness Committee c. British Columbia (Ministry of Forests)*, 2003 BCCA 403 (CanLII), le tribunal a commenté l'inclusion du principe de précaution par la Nouvelle-Écosse.

<sup>57</sup> *Ibid*, art 2.

<sup>58</sup> *Supra* note 19, art 1.

<sup>59</sup> *Supra* note 13, art 9.

<sup>60</sup> *Supra* note 12 à la p 8.

<sup>61</sup> *Supra* note 10.

<sup>62</sup> *Supra* note 11.

<sup>63</sup> *Supra* note 10, art 4 [modification ajoutée].

Dans la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, seul l'article 19(3) mentionne les connaissances traditionnelles autochtones :

19(3) Les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones peuvent être prises en compte pour l'évaluation environnementale d'un projet désigné.<sup>64</sup>

Il diffère ainsi de l'article 19(1) :

19(1) L'évaluation environnementale d'un projet désigné prend en compte les éléments suivants :

a) les effets environnementaux du projet [...]

j) tout autre élément utile à l'évaluation environnementale... [nous soulignons].<sup>65</sup>

De même, l'article 11(1) du *Règlement sur l'évaluation environnementale liée au pétrole et au gaz des Premières Nations*, énumère les facteurs à considérer. L'article 11(2) stipule que l'évaluation environnementale « peut également prendre en compte les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones.<sup>66</sup> Dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*,<sup>67</sup> seul l'article 247 mentionne les connaissances traditionnelles autochtones, où on les assimile seulement à une autre compétence admissible au rôle de réviseur. La *Loi de 2010 sur le Grand Nord* de l'Ontario ne mentionne les connaissances traditionnelles autochtones qu'à l'article 6 : les « Premières Nations peuvent mettre à contribution leurs connaissances traditionnelles et perspectives en matière de protection et de conservation aux fins de l'aménagement du territoire prévu par la présente loi » [nous soulignons].<sup>68</sup>

Ceci dit, en pratique, on accorde toute de même une certaine considération aux connaissances traditionnelles autochtones en vertu de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements (que nous abordons plus loin), surtout lorsqu'on met en œuvre des projets dans des régions auxquelles les peuples autochtones accordent une valeur traditionnelle.<sup>69</sup>

### **Lois sur les espèces en danger**

La *Loi sur les espèces en péril* et ses équivalents provinciaux représentent un cas particulier. L'application de cette loi s'opère généralement par des comités dont la mission consiste à dresser des listes d'espèces en danger, selon diverses catégories. Ces listes

---

<sup>64</sup> *Supra* note 9.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Règlement sur l'évaluation environnementale liée au pétrole et au gaz des Premières Nations*, DORS/2007-272

<sup>67</sup> *Supra* note 8.

<sup>68</sup> *Supra* note 17.

<sup>69</sup> On estime qu'environ 75 % des mégaprojets prévus (valeur de 100 millions de dollars et plus) seront mis en œuvre dans ces régions traditionnelles.

peuvent changer, et si une espèce remplit certaines normes législatives, son statut entraîne l'application de mesures obligatoires d'encadrement à l'exploitation, à la destruction de l'habitat ou aux plans de rétablissement.

Le préambule de la *Loi sur les espèces en péril* stipule que « les connaissances traditionnelles des peuples autochtones du Canada devraient être prises en compte pour découvrir quelles espèces sauvages peuvent être en péril et pour l'élaboration et la mise en œuvre des mesures de rétablissement ». <sup>70</sup> Cette loi, à son article 7, crée le Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril, composé entièrement de ministres ou de leurs délégués. <sup>71</sup> Le rôle du conseil consiste à « diriger d'une façon générale les activités du COSEPAC [le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada], l'élaboration des programmes de rétablissement et l'élaboration et la mise en oeuvre des plans d'action » ainsi que de coordonner les activités du gouvernement. <sup>72</sup> La *Loi sur les espèces en péril* prévoit la création du « Conseil autochtone national sur les espèces en péril, composé de six représentants des peuples autochtones » <sup>73</sup> qui, présumément, tiennent compte des connaissances traditionnelles autochtones, mais ce comité agit uniquement à titre de *conseiller* auprès du Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril du gouvernement.

Le ministre a discrétion, après avoir consulté le Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril, pour créer un « plan d'action pour l'intendance qui prévoit des incitatifs et d'autres mesures destinées à appuyer les activités volontaires d'intendance menées par tout gouvernement au Canada ou toute personne ou organisation ». <sup>74</sup> Le plan d'action pour l'intendance est éducatif et doit comprendre des engagements visant notamment des « méthodes de partage, avec d'autres gouvernements et personnes, de l'information concernant les espèces en péril, y compris les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones, lesquelles méthodes respectent, préservent et maintiennent les connaissances et favorisent leur application sur une plus grande échelle avec l'accord des dépositaires de ces connaissances ». <sup>75</sup>

L'article 14 établit le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada (COSEPAC). Ce comité a pour mission d'évaluer périodiquement la situation de toute espèce sauvage en péril, <sup>76</sup> de déterminer les menaces réelles ou potentielles à son égard et d'établir, selon le cas, que l'espèce est disparue, disparue du pays, en voie de disparition, menacée,

---

<sup>70</sup> Loi sur les espèces en péril, supra note 13.

<sup>71</sup> *Ibid*, art 7.

<sup>72</sup> *Ibid*. Modification afin d'écrire l'acronyme au long.

<sup>73</sup> *Ibid*, art 8.1. Acronyme créé dans la version originale.

<sup>74</sup> *Ibid*, art 10.1.

<sup>75</sup> *Ibid*, art 10.2(c)

<sup>76</sup> *Ibid*, art 2(1), « rapport de situation » désigne un sommaire de la meilleure information accessible sur la situation d'une espèce sauvage, notamment les données scientifiques ainsi que les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones, dont la forme et le contenu sont conformes aux exigences réglementaires prévues en application du paragraphe 21(2).

préoccupante ou non en péril.<sup>77</sup> Le COSEPAC « exécute sa mission en se fondant sur la meilleure information accessible sur la situation biologique de l'espèce en question notamment les données scientifiques ainsi que les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles des peuples autochtones »;<sup>78</sup> il peut aussi déterminer qu'il ne dispose pas de l'information voulue pour remplir sa mission.<sup>79</sup> Un membre du COSEPAC « possède une expertise liée soit à une discipline telle que la biologie de la conservation, la dynamique des populations, la taxinomie, la systématique ou la génétique, soit aux connaissances des collectivités ou aux connaissances traditionnelles des peuples autochtones en matière de conservation des espèces sauvages ».<sup>80</sup> LE COSEPAC « est tenu de constituer un sous-comité compétent en matière de connaissances traditionnelles autochtones »,<sup>81</sup> dont le président et les membres sont nommés par le ministre après consultation de toute organisation autochtone qu'il estime indiquée.<sup>82</sup>

À partir de ces observations de la *Loi sur les espèces en péril*, on peut conclure que les connaissances traditionnelles autochtones sont reléguées à un rôle consultatif, hormis les questions de compétences exigées pour siéger aux comités. Les lois provinciales suivent le même modèle que celui de la *Loi sur les espèces en péril*.<sup>83</sup>

### Législation contraignante

Il existe des lois provinciales qui obligent à tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones, notamment, la *Loi sur la faune* du Nunavut<sup>84</sup> et la *Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut*, à son article 33, qui prévoit l'obligation d'« accorder l'attention et l'importance voulues à la culture, aux coutumes et aux connaissances des Inuit ». <sup>85</sup> La *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie* établit des offices des terres et des eaux autochtones qui doivent tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones. Dans les Territoires du Nord-Ouest, les audiences de l'Office des droits de surface doivent tenir compte de toute connaissance traditionnelle autochtone.<sup>86</sup> Pour mettre en oeuvre des accords modernes sur les revendications territoriales, il arrive qu'on doive tenir compte des connaissances

---

<sup>77</sup> *Ibid*, art 15.1.

<sup>78</sup> *Ibid*, art 15(2) (nous soulignons).

<sup>79</sup> *Ibid*, art 15(1)(a)(ii).

<sup>80</sup> *Ibid*, art 16(2) (nous soulignons).

<sup>81</sup> *Ibid*, art 18(1) (nous soulignons).

<sup>82</sup> *Ibid*, art 18(3).

<sup>83</sup> Ontario, Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick et Territoires du Nord-Ouest, *supra* note 13.

<sup>84</sup> *Supra* note 12.

<sup>85</sup> *Supra* note 16.

<sup>86</sup> *Supra* note 16, art 32(b).

traditionnelles autochtones relativement à la gestion de la faune avec des parties issues des Premières Nations.<sup>87</sup>

### **Prise en compte des connaissances traditionnelles autochtones**

Que leurs dispositions soient contraignantes ou permissives, les lois offrent peu d'orientation aux tribunaux quant à la pertinence, au poids et aux normes de preuve en matière de connaissances traditionnelles autochtones. Alors que certaines règles de procédures de tribunaux, tel l'article 90 de la *Loi de l'Office des droits de surface* des Territoires du Nord-Ouest, fournissent des indications sur l'admissibilité des connaissances traditionnelles autochtones, il semble qu'il n'y ait pas d'autre choix que de recourir aux notions de droit administratif du tribunal, comme les principes de justice naturelle, les motifs raisonnables, etc., afin de pousser les tribunaux à tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones en vertu des lois qui en traitent.

### **LES CONNAISSANCES TRADITIONNELLES AUTOCHTONES ET L'OBLIGATION DE LA COURONNE DE CONSULTER ET D'ACCOMMODER**

L'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de les accommoder est bien établie en droit canadien, et s'applique aux décisions qui touchent les droits, les terres et les intérêts des peuples autochtones.<sup>88</sup> Il existe des arrêts phares en la matière, comme *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*,<sup>89</sup> *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*<sup>90</sup> et *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*.<sup>91</sup> Ensemble, ces arrêts indiquent clairement que le gouvernement a l'obligation de consulter les peuples autochtones et de les accommoder avant de prendre une décision qui pourrait toucher leurs intérêts. Il existe, dans chaque province et territoire du Canada des politiques de consultation des peuples autochtones qui fournissent des directives aux gouvernements sur l'existence de cette obligation, sur la délégation acceptable d'aspects procéduraux aux

---

<sup>87</sup> *Tsawwassen First Nation Final Agreement Act*, SBC 2007, c 39, Schedule – Chapter 10, art 43 : dans le cadre de plans de gestion de la faune, le ministre provincial, doit tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones de la Première Nation Tsawwassen; *Maa-nulth First Nations Final Agreement Act*, SBC 2007, c 43, Schedule – Chapter 23, l'art 23.10.1 prévoit la consultation de la Première Nation Maa-nulth pour obtenir les connaissances traditionnelles pertinentes.

<sup>88</sup> David Laidlaw et Monique Passelac-Ross, *Alberta First Nations Consultation & Accommodation Handbook*, CIRL Occasional Paper #44 (Calgary, Institut canadien du droit des ressources, 2014) 1<sup>re</sup> partie [*Guide de consultation*], en ligne : <[http://dspace.ucalgary.ca/jspui/bitstream/1880/50216/1/Consultation HandbookOP44.pdf](http://dspace.ucalgary.ca/jspui/bitstream/1880/50216/1/Consultation%20HandbookOP44.pdf)>; voir aussi Chris W Sanderson, QC, Keith Bergner et Michelle S Jones, *The Crown's Duty to Consult Aboriginal Peoples: Towards an Understanding of the Source, Purpose, and Limits of the Duty* (2011-2012) 49 *Alta L Rev* 821.

<sup>89</sup> 2004 CSC 73; [2004] 3 RCS 511 [*Haida*].

<sup>90</sup> 2004 CSC 74; [2004] 3 RCS 550 [*Taku River*].

<sup>91</sup> *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69; [2005] 3 RCS 388 [*Mikisew*].

acteurs derrière des projets et sur les normes de consultation et d'accommodement des peuples autochtones afin de s'acquitter de cette obligation.<sup>92</sup>

Au cours du processus de consultation avec le gouvernement en vertu de cette règle de droit, les peuples autochtones feront état de leurs connaissances traditionnelles afin de persuader les gouvernements de l'importance d'une revendication et des répercussions de la décision proposée. Les peuples autochtones peuvent parfois contester devant les tribunaux des actions du gouvernement envers lesquelles ils sont mécontents. Lors de ces instances, des analogies avec le droit administratif s'appliquent, et la norme de révision se concentre sur les procédures.

[TRADUCTION] Si le gouvernement se méprend sur l'importance de la revendication ou sur les répercussions de l'atteinte aux droits, cette question de droit serait probablement examinée en fonction de la norme de la décision correcte. Si le gouvernement a raison sur le fond et agit selon la norme appropriée, la décision sera annulée seulement si le processus qu'il a suivi est déraisonnable.<sup>93</sup>

Comme il est indiqué dans le *Guide de consultation*, un litige de ce genre est coûteux et potentiellement dérisoire, ce qui peut décourager les peuples autochtones d'engager des procédures judiciaires.<sup>94</sup> Un bon exemple où les connaissances traditionnelles autochtones ont joué un rôle dans un litige relatif à la consultation est le jugement *West Moberly First Nations c. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*.<sup>95</sup> Dans cette affaire, un permis d'exploration d'une mine de charbon a été révoqué parce qu'il mettait en danger un habitat essentiel de caribous, une espèce que la Première Nation de West Moberly avait temporairement cessé de chasser en s'appuyant sur leurs connaissances traditionnelles.<sup>96</sup>

Un autre obstacle se dresse devant l'option qu'ont les tribunaux de tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones : l'exécution du processus d'évaluation environnemental en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*,<sup>97</sup> que le gouvernement fédéral considère comme le « meilleur processus » pour s'acquitter de l'obligation de la Couronne.<sup>98</sup> La *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* définit les répercussions environnementales aux articles 5(1)(a) et (b) en incluant les dommages usuels à l'environnement, mais renchérit sur cette définition à l'article 5(1)(c) :

c) s'agissant des peuples autochtones, les répercussions au Canada des changements qui risquent d'être causés à l'environnement, selon le cas :

---

<sup>92</sup> *Guide de consultation*, supra note 80. Se reporter à la 3<sup>e</sup> partie en général et aux annexes 4A et 4B.

<sup>93</sup> *Guide de consultation*, *ibid.*, à 1.3 Citation tirée de l'arrêt *Haida*, supra note 89, par 60.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> 2011 BCCA 247.

<sup>96</sup> *Ibid.*, par 26.

<sup>97</sup> Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, supra note 9.

<sup>98</sup> Politique fédérale de consultation, supra note 45



- (i) en matière sanitaire et socio-économique
- (ii) sur le patrimoine naturel et le patrimoine culturel
- (iii) sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles
- (iv) sur une construction, un emplacement ou une chose d'importance sur le plan historique archéologique, paléontologique ou architectural.<sup>99</sup>

Avec cette définition des répercussions environnementales, il est possible de tenir compte largement des connaissances traditionnelles autochtones à l'article 19(3) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*.<sup>100</sup> Cette loi s'applique aux projets de mines et de mines de sables bitumineux, de barrages hydroélectriques, de pipelines interprovinciaux, etc. qui tombent dans un champ de compétences fédéral.<sup>101</sup> Dans le cas de projets de grande envergure, la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* prévoit l'établissement de commissions conjointes négociées avec les provinces afin de réduire la possibilité de chevauchement réglementaire. Ces commissions conjointes tiendront des audiences et prendront des décisions relatives aux répercussions environnementales d'un projet donné, puis soumettront leurs recommandations au ministère, qui prendra la décision finale.

Le mandat des commissions conjointes consiste aussi à recueillir les commentaires du public, mais le modèle relatif aux questions autochtones semble prédéterminé.<sup>102</sup> Ce mandat, décrit dans *Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Procureur général)*,<sup>103</sup> prévoit que la commission doit donner l'occasion aux peuples autochtones d'exprimer leur point de vue au sujet :

- de leur savoir traditionnel en ce qui concerne les effets environnementaux du projet;
- des effets que les changements dans l'environnement causés par le projet peuvent avoir sur l'utilisation actuelle des terres et des ressources à des fins traditionnelles;
- de la nature et de la portée de leurs droits ancestraux potentiels ou établis ou de leurs droits issus de traités, des répercussions que les activités de la Couronne par

---

<sup>99</sup> La législation provinciale sur l'évaluation environnementale ne comprend pas de dispositions semblables.

<sup>100</sup> Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, supra note 9.

<sup>101</sup> Souvent en vertu de la *Loi sur les pêches*, LRC 1985, c F-14 [*Loi sur les pêches*]

<sup>102</sup> D'autres commissions conjointes ont récemment exprimé le même point de vue : l'Entente concernant la constitution d'une commission d'examen conjoint pour le projet d'expansion de la mine Jackpine, art 6; l'Entente conclue entre l'Office national de l'énergie et le ministre de l'Environnement concernant l'examen conjoint du projet d'oléoduc Northern Gateway, art 8; le Rapport de la Commission d'examen fédéral – Projet de mine d'or et de cuivre New Prosperity (2013) incluait la version initiale du cadre de référence de la commission d'examen fédérale du projet (p 291 du rapport), qui limitait la prise en compte de la validité ou de la solidité.

<sup>103</sup> 2014 CAF 189 (CanLII) [*Ekuanitshit*]. Demande d'autorisation d'appel déposée.

rapport au projet pourraient avoir sur ces droits et les mesures appropriées pour éviter ou atténuer ces répercussions.<sup>104</sup>

Cependant, le mandat de la commission conjointe ne lui permettait pas de se prononcer ou d'interpréter les éléments suivants :

- la validité ou la force de la revendication des droits ancestraux et des titres autochtones
- la portée ou la nature de l'obligation de la Couronne de consulter les personnes ou groupes autochtones;
- la mesure dans laquelle le gouvernement provincial ou fédéral a rempli cette obligation;
- toute interprétation de l'accord pertinent sur les revendications territoriales.<sup>105</sup>

La cour a résumé la question en ces termes : « [e]n d'autres termes, la Commission d'examen conjoint ne pouvait se prononcer sur la solidité des droits revendiqués par les Innus de Ekuanitshit ni sur la portée de l'obligation de consultation, mais elle devrait considérer les impacts du Projet sur leurs droits revendiqués ». <sup>106</sup> On pourrait argumenter qu'en dépit de leur mandat limité, les commissions conjointes finissent *en réalité* par statuer sur l'existence et la solidité de droits ou de titres autochtones au moment de mesurer les « avantages par rapport aux inconvénients ».

Quoiqu'il en soit, la commission et le tribunal dans l'affaire *Ekuanitshit* s'en sont remis aux déterminations de cette commission dans leur décision au sujet des connaissances traditionnelles autochtones.<sup>107</sup> Faire appel à des commissions conjointes pour effectuer les consultations et mettre en œuvre les accommodements au nom de la Couronne ne fait que restreindre la prise en compte des connaissances traditionnelles autochtones par les tribunaux.

## **DÉFENSE DE DROITS OU DE TITRES AUTOCHTONES FACE À DES ACCUSATIONS CRIMINELLES LIÉES À LA FAUNE**

Dans un litige civil visant à déterminer les droits ou les titres autochtones constitutionnels, les connaissances traditionnelles autochtones, par définition, jouent un rôle majeur dans les

---

<sup>104</sup> *Ibid.*, par 93.

<sup>105</sup> *Ibid.*, par 97.

<sup>106</sup> *Ibid.*, par 98.

<sup>107</sup> *Ibid.*, par 101 à 102. Dans ce cas, il a été fatal de ne pas contester les résultats de la commission conjointe en tant que tels, mais cette décision a pu être influencée par un manque de ressources pour financer des études en vue de présenter des connaissances traditionnelles autochtones adéquates; se reporter aux par 114 à 118.

conclusions des tribunaux.

Dans l'arrêt phare *R. c. Van der Peet*,<sup>108</sup> le juge Lamer de la Cour suprême a déclaré 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 »,<sup>109</sup> et la forme actuelle dans laquelle le groupe pratique cette activité doit illustrer les pratiques ancestrales de l'époque avant le contact avec les Européens.<sup>110</sup> Ce mode de vie qui précédait les contacts constitue les connaissances traditionnelles autochtones dans son sens le plus large.

Dans l'affaire *Delgamuukw*, le juge Lamer, au nom de la majorité, a expliqué qu'un droit ancestral autochtone constitue un mélange (*sui generis*) de la *common law* et des systèmes juridiques autochtones.<sup>111</sup> Les connaissances traditionnelles autochtones jouent un rôle dans la détermination d'un droit ancestral en ce qu'elles témoignent de l'occupation exclusive requise<sup>112</sup> et de la nature de l'utilisation qui caractérise l'attachement du peuple autochtone pour le territoire.<sup>113</sup> Comme on l'a mentionné dans la décision du procès,<sup>114</sup> des connaissances traditionnelles autochtones ont été mises de l'avant dans la première déclaration de titre ancestral autochtone dans la récente affaire *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique* de la Cour suprême.<sup>115</sup>

La plus grande partie de la jurisprudence constitutionnelle moderne entourant le droit autochtone découle des affaires où des personnes autochtones sont accusées d'infractions liées à la faune.<sup>116</sup> Le premier arrêt de la Cour suprême où on a interprété les droits des autochtones, *R. c. Sparrow*,<sup>117</sup> découle d'une accusation criminelle en vertu de la *Loi sur les pêches*,<sup>118</sup> à l'instar des jugements *Van Der Peet* et *R. c. Adams*.<sup>119</sup> Les connaissances

<sup>108</sup> *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, 137 DLR (4th) 289 [*Van der Peet*]. Les décisions connexes *R c NTC Smokehouse Ltd*, [1996] 2 RCS 672, 137 DLR (4th) 528 et *R c Gladstone*, [1996] 2 RCS 723, 137 DLR (4th) 648 [*Gladstone*] portaient elles aussi sur des infractions liées à la faune; elles ont eu lieu en même temps et ont toutes deux appliqué le test de l'arrêt *Van der Peet*.

<sup>109</sup> *Van der Peet*, *ibid*, par 46.

<sup>110</sup> Dans *R c Sappier; R c Gray*, 2006 CSC 54, [2006] 2 RCS 686, la Cour suprême a apporté des éclaircissements au sujet du test de l'arrêt *Van der Peet*. Quant au test distinctif, pour savoir ce que signifie la « culture », « il faut en fait se demander en quoi consistait le mode de vie d'une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens, y compris ses moyens de subsistance, ses méthodes de socialisation, son système juridique et, éventuellement, ses habitudes de troc » (par 45).

<sup>111</sup> *Delgamuukw*, *supra* note 3, aux par 110 à 112.

<sup>112</sup> *Ibid*, par 143.

<sup>113</sup> *Ibid*, par 117 et 128 à 130.

<sup>114</sup> *Supra* note 4.

<sup>115</sup> 2014 CSC 44.

<sup>116</sup> Toutes les lois sur les espèces en péril, sur la faune ou sur les pêches comportent des interdictions touchant la chasse ou la pêche.

<sup>117</sup> [1990] 1 RCS 1075, 70 DLR (4th) 385 [*Sparrow*].

<sup>118</sup> *Loi sur les pêches*, *supra* note 10.

<sup>119</sup> [1996] 3 RCS 101, 138 DLR (4th) 657 [*Adams*].

traditionnelles autochtones ont joué un rôle dans ces affaires, en établissant des droits ancestraux de pêche et de chasse. Au fur et à mesure que les doctrines de droit autochtone ont été élaborées, les lois relatives à la faune ont reconnu des exemptions aux autochtones en vertu de leurs droits ancestraux,<sup>120</sup> mais les connaissances traditionnelles autochtones jouent encore un rôle dans la définition des droits des autochtones.

## CONCLUSION

Les connaissances traditionnelles autochtones dans les cours de justice posent des difficultés uniques. Le fait qu'elles se transmettent oralement constitue d'ailleurs un défi. Les plaideurs en droit autochtone l'ont partiellement surmonté en rassemblant des connaissances traditionnelles autochtones dans des rapports d'experts scientifiques, qu'ils déposent en preuve à titre de connaissances traditionnelles autochtones. Il s'agit d'un processus lourd et coûteux, qui comporte un risque d'erreur d'interprétation des connaissances traditionnelles autochtones. En ce qui concerne la prise en compte prévue par la loi des connaissances traditionnelles autochtones dans les instances administratives ou de révision judiciaires, aucune loi ne définit ces connaissances en tant que telles. Sauf quelques exceptions secondaires, la présentation et la prise en compte de connaissances traditionnelles autochtones sont largement autorisées. Les lois et les règlements contiennent peu d'indications sur l'admissibilité, la priorité et la force probante à accorder aux connaissances traditionnelles autochtones.<sup>121</sup> Bien qu'on apporte des innovations législatives prometteuses, la nature holistique et continuellement changeante des connaissances traditionnelles autochtones est contradictoire à la mission des tribunaux, qui consiste à établir les faits. Les juristes doivent surmonter ces difficultés lorsqu'ils déposent une preuve afin de rapporter fidèlement le point de vue des autochtones.

---

<sup>120</sup> Par exemple, la *Loi sur les espèces en péril*, *supra* note 13, art 3.

<sup>121</sup> La Cour fédérale a publié les *Lignes directrices sur la pratique en matière de litiges intéressant les autochtones* (16 octobre 2012), en ligne : <<http://cas-ncr-nter03.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/PracticeGuidelines%20Phase%20I%20and%20II%2016-10-2012%20FR%20final.pdf>>.