



Université de Montréal

**Les implications de la Commission de vérité et réconciliation du Canada pour l'État de droit et la justice transitionnelle : étude comparée avec l'Afrique du Sud.**

Par

Michelle Mei Lee Corbu

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures  
En vue de l'obtention du grade de  
Maîtrise en droit international (LL.M.)

Juin 2016

© Michelle Mei Lee Corbu, 2016

Université de Montréal  
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

Les implications de la Commission de vérité et réconciliation du Canada pour l'État de droit  
et la justice transitionnelle : étude comparée avec l'Afrique du Sud.

Présenté par :

Michelle Mei Lee Corbu

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Konstantia Koutouki  
Président rapporteur

Stéphane Beaulac  
Directeur de recherche

Amissi Melchiade Manirabona  
Membre du jury

## Résumé

Suite à l'adoption de la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* en 2006, le gouvernement fédéral institua une Commission de vérité et réconciliation dans le but de rétablir la vérité sur l'histoire des pensionnats autochtones et parvenir, éventuellement, à une réconciliation entre Autochtones et non-autochtones. La Commission de vérité et réconciliation du Canada est ainsi la première commission de vérité à voir le jour dans un contexte de paix, qui plus est, dans un État démocratique.

Cette recherche aborde donc le choix fait par le gouvernement fédéral de mettre en place un mécanisme non judiciaire de justice transitionnelle. Tout d'abord, il semblerait qu'un tel choix fragilise le concept même de commissions de vérité en remettant en question les caractéristiques communes qui permettaient leur identification. En effet, l'exemple canadien est en marge des commissions de vérité instituées jusqu'à présent. Enfin, il semblerait que la mise en place de cet instrument fut un moyen pour le gouvernement fédéral d'éviter les recours en justice, posant alors de sérieuses interrogations sur le respect de l'État de droit au Canada.

La Commission de vérité et réconciliation d'Afrique du Sud est souvent considérée comme un modèle dans le domaine de la justice transitionnelle. L'Afrique du Sud et le Canada partagent tous deux un héritage juridique anglo-saxon. Une étude comparée entre les deux commissions s'avérera donc intéressante aux fins de cette recherche.

Mots-clés : Commission de vérité et réconciliation – État de droit – Justice transitionnelle – Canada – Afrique du Sud.

## Abstract

Following the adoption of the *Indian Residential Schools Settlement Agreement* in 2006, the federal government decided to set up a Truth and Reconciliation Commission in order to re-establish the truth regarding the history of Indian Residential Schools and to, eventually, achieve reconciliation between Aboriginals and non-Aboriginals. Thus, the Canadian Truth and Reconciliation Commission is the very first truth commission taking place in times of peace, what's more, in a democratic state.

This research studies the choice made by the federal government to implement a transitional non-judicial measure. First of all, it seems that such a choice could possibly weaken the concept of truth commissions in that it challenges the few common characteristics that allowed until now their identification. Indeed, the Canadian Truth and Reconciliation Commission presents little similarities with previous truth commissions. Finally, it seems that implementing this instrument was for the federal government a way to avoid legal action, thus raising serious questions about upholding the Rule of Law in Canada.

The South African Truth and Reconciliation Commission is often regarded as a role model in the field of transitional justice. South Africa and Canada both share an Anglo-Saxon legal tradition. A comparative study of both truth commissions will then be very interesting for the purpose of this research.

Keywords: Truth and Reconciliation Commission – Rule of Law – Transitional Justice – Canada – South Africa.

## Table des matières

<i>Résumé</i> .....	I
<i>Abstract</i> .....	II
<i>Table des abréviations</i> .....	IX
<i>Dédicace</i> .....	X
<i>Remerciements</i> .....	XI
Introduction.....	1
Partie préliminaire : Cadre théorique de la recherche.....	9
Chapitre 1 : La conception de l'État de droit au Canada et en Afrique du Sud : un héritage juridique anglo-saxon.....	10
Section 1 : La place du droit.....	10
I. La théorie de Dicey.....	10
II. Un héritage juridique britannique commun.....	13
A) La colonisation.....	13
B) L'implantation du système britannique.....	14
C) La remise en cause du principe d'égalité devant la loi.....	17
1) Le Canada.....	17
a) L' <i>Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages</i> .....	17
b) La <i>Loi sur les Indiens</i> .....	19
2) L'Afrique du Sud.....	20
a) Le <i>Population Registration Act</i> .....	20
b) Le <i>Promotion of Bantu Self-Government Act</i> .....	22
Section 2 : Le rôle des juges.....	24
I. La Cour suprême du Canada : gardienne de l'État de droit.....	24
A) <i>Roncarelli c. Duplessis</i> .....	25
B) Le <i>Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba</i> .....	26
C) Le <i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i> .....	27

II. L'indépendance controversée des Cours de justice sud-africaines.....	32
A) Le « <i>Treason Trial</i> » .....	32
B) <i>The State v. Nelson Mandela and others</i> .....	34
Chapitre 2 : Le développement de la justice transitionnelle .....	38
Section 1 : Concept émergent en droit international .....	38
I. Historique.....	38
II. Les caractéristiques.....	39
A) Le droit de savoir .....	40
B) Le droit à la justice .....	42
C) Le droit à la réparation .....	43
D) Le droit aux garanties de non-répétition .....	43
Section 2 : L'éternelle dualité « Justice vs Paix ».....	44
I. Les prémices de cette dualité .....	45
II. Un débat injustifié ?.....	46
Conclusion de la partie préliminaire .....	48
Première partie : Les Commissions de vérité ou l'instrument privilégié en matière de justice transitionnelle .....	50
Chapitre 1 : La particularité des Commissions de vérité et réconciliation.....	51
Section 1 : L'essor du phénomène sur la scène internationale.....	51
I. Les débuts des commissions de vérité .....	51
II. Les aspects de cet instrument .....	53
A) La mise en place.....	53
B) Le degré de succès.....	55
Section 2 : L'absence de définition universelle.....	56
I. Les tentatives de définition .....	56

II. La nature des critères communs d'identification.....	58
Chapitre 2 : Une CVR exemplaire : le cas de l'Afrique du Sud .....	61
Section 1 : Les caractéristiques .....	61
I. Le contexte de mise en place .....	61
A) L'élection de De Klerk et le début des négociations avec l'ANC .....	62
1) Des pressions internationales pour mettre fin au régime .....	62
2) Le discours du Rubicon du 2 février 1990.....	63
3) L'Inkhata Gate .....	63
B) La <i>Constitution intérimaire de 1993</i> et les premières élections multiraciales .....	64
1) Adoption .....	64
2) Les grandes lignes de la Constitution .....	65
a) Le droit à l'égalité .....	65
b) Le droit de vote .....	65
C) Le choix d'une CVR.....	66
II. Le <i>Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 de 1995</i> .....	68
A) Mandat.....	68
B) Pouvoirs.....	68
Section 2 : Le déroulement.....	70
I. Les différents comités .....	70
A) Le Comité pour les violations des droits de l'homme.....	70
1) Pouvoirs d'enquête et recueil de témoignages.....	70
2) La définition de « victimes ».....	71
B) Le Comité pour l'amnistie.....	72
1) Les critères pour l'octroi d'amnistie .....	72
2) Les conséquences.....	73
C) Le Comité pour les réparations et les réhabilitations .....	74



II. Le travail des tribunaux ordinaires .....	75
A) L'affaire du <i>Mandela United Football Club</i> .....	75
1) Les faits .....	75
2) L'avis de la Commission.....	76
B) L'amnistie collective des 37 membres de l'ANC .....	77
C) La demande d'injonction du rapport final par l'ANC.....	79
Section 3 : Les enseignements à tirer de la CVR sud-africaine .....	82
I. Une nouvelle Constitution .....	82
II. Des recommandations ambitieuses.....	83
A) L'établissement d'un État de droit .....	84
1) Le droit d'être représenté par un avocat.....	84
2) Une administration de la justice effective.....	85
3) Une institution judiciaire représentative de la société .....	86
Conclusion de la première partie.....	87
Deuxième partie : Le caractère unique de la CVR canadienne .....	88
Chapitre 1 : Une mise en place dans un contexte non transitionnel.....	89
Section 1 : La politique d'assimilation des pensionnats indiens .....	89
I. 1849 à 1913 : le rapport Davin et les premières écoles .....	89
II. 1920 à 1969 : résoudre le « problème indien ».....	91
III. 1969 à 1996 : la fermeture des pensionnats .....	92
Section 2 : La <i>Convention de règlement relative aux pensionnats indiens</i> .....	93
I. Les recours collectifs devant les tribunaux.....	93
A) <i>Cloud et al. v. The Attorney General of Canada et al</i> .....	94
B) <i>Baxter et al. v. The Attorney General of Canada et al</i> .....	96
II. L' <i>Annexe N</i> : le mandat de la CVR .....	97
A) Les objectifs .....	97

B) Les pouvoirs .....	98
Chapitre 2 : Une CVR digne de ce nom ? .....	101
Section 1 : Différentes dénominations pour un même résultat .....	101
I. Genèse des rapports et autres commissions sur les peuples autochtones .....	101
A) Le rapport Hawthorn-Tremblay .....	101
B) Le rapport Berger .....	103
C) Le rapport Penner .....	104
D) Le rapport Coolican.....	105
II. CVR ou continuité de la Commission royale sur les Peuples autochtones ?.....	106
A) Mise en place.....	106
B) Mandat.....	107
C) Recommandations .....	108
1) Une nouvelle Proclamation royale.....	108
2) Une nouvelle législation.....	110
Section 2 : Les effets du caractère sui generis de la CVR canadienne.....	111
I. Les recommandations timides de la CVR.....	112
A) La justice .....	113
B) La Proclamation royale .....	115
II. Une Cour suprême absente du processus de réconciliation.....	118
A) La reconnaissance des droits autochtones en constante évolution.....	118
1) <i>Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)</i> .....	119
2) <i>R. c. Gladue</i> .....	120
B) « Cour suprême vs CVR »: retour sur le débat « Justice vs Paix ».....	123
III. L'instrumentalisation de la CVR.....	127
Conclusion de la deuxième partie .....	135

Conclusion générale .....	136
<i>Bibliographie</i> .....	143

## **Table des abréviations**

ANC	African National Congress ou Congrès national africain
CONADEP	Commission nationale d'Argentine sur la disparition de personnes
CRPA	Commission royale sur les peuples autochtones
CRRPI	Convention de règlement relative aux pensionnats indiens
CVR	Commission de vérité et réconciliation
IFP	Inkhata Freedom Party
MUFC	Mandela United Football Club
ONU	Organisation des Nations Unies
PAC	Pan Africanist Congress ou Congrès panafricain
SANNC	South African Native National Congress

*À Lim Swee Khiew,  
À Jean Corbu,  
À mes parents*

## Remerciements

Ce projet n'aurait certainement pas abouti sans l'aide précieuse de certaines personnes.

Je souhaite tout d'abord remercier mon directeur de mémoire, le Professeur Stéphane Beaulac, pour son temps et ses précieux conseils. Son écoute ainsi que sa rigueur méthodologique ont grandement apporté à la réalisation de cette étude et je lui en suis infiniment reconnaissant.

Je remercie également mes parents pour leur amour et leur soutien inconditionnel tout au long de mes études. Je ne serais pas où j'en suis aujourd'hui sans vous.

Enfin, un grand merci à Andréa pour ses treize années d'amitié dont les meilleures furent sans aucun doute les cinq dernières partagées sur les bancs de la faculté de droit. Merci à Jérôme pour sa patience et son soutien sans faille. Vous avez été mes piliers tout au long de cette aventure, ainsi ce mémoire est un peu le vôtre aussi.

## Introduction

Après cinq années de travaux, la Commission de vérité et réconciliation (ci-après « CVR ») du Canada transmettait en décembre dernier son rapport final au premier ministre Trudeau dans lequel elle rend ses conclusions et recommandations. La CVR canadienne avait pour mission de rétablir la vérité sur l'histoire des pensionnats autochtones au Canada tout en formulant des propositions amenant à une éventuelle réconciliation entre le pays et ses peuples autochtones.

Durant une centaine d'années, le gouvernement fédéral opéra une politique d'assimilation par le biais de pensionnats dans lesquels les enfants autochtones étaient envoyés afin d'être accoutumés aux valeurs canado-européennes. Plusieurs générations d'Autochtones ont fréquenté ces écoles où régnaient parfois la violence et le mépris des us et coutumes autochtones. Les conséquences de ce système néfaste se répercutent encore aujourd'hui à travers les conditions de vie déplorables des Premières nations.

Pour entreprendre ce vaste projet qu'est la réconciliation, le Canada a choisi un instrument ayant fait ses preuves sur la scène internationale : les commissions de vérité. On en compte aujourd'hui une trentaine dans le monde depuis leur création dans les années 1980. Cet instrument, dont l'objet principal est la mise en lumière des graves violations des droits de l'homme et le rétablissement des liens entre communautés déchirées, fut perçu pour le gouvernement canadien comme un outil prometteur pour la redéfinition des relations entre le Canada et ses nations autochtones.

La Commission de vérité et réconciliation sud-africaine, établie en 1995 pour reconstruire la nouvelle Afrique du Sud après la fin du régime d'apartheid, aurait pu contribuer au choix du Canada d'adopter cet instrument. En effet, la CVR d'Afrique du Sud est souvent considérée comme étant une référence dans le domaine des commissions de vérité<sup>1</sup>. Depuis 1948 et pendant quarante ans, l'Afrique du Sud fut en proie à un régime ségrégationniste mis en place par le Parti national qui souhaitait la prédominance de l'homme blanc et le développement séparé des noirs à travers une politique d'apartheid.

---

<sup>1</sup>Eric WIEBELHAUS-BRAHM, *Truth Commissions and Transitional Societies: The Impact on Human Rights and Democracy*, Londres, Routledge, 2010, p. 35.

Élu président à la suite des premières élections multiraciales du pays, Nelson Mandela choisit une troisième voie se situant à mi-chemin entre la justice rétributive et l'inaction pour répondre aux atrocités passées. La CVR a ainsi habilement réussi à éviter une guerre civile en rassemblant le peuple noir et blanc autour d'une même table après des années de ségrégation. Cette prouesse suscita l'admiration chez les États voulant se défaire d'un régime oppressant pour tenter, à leur tour, l'expérimentation des mécanismes de justice transitionnelle.

### Définitions des termes du sujet

La notion de justice transitionnelle, comme nous le verrons dans la partie préliminaire, ne possède pas de définition universellement adoptée, mais se conçoit à travers les mécanismes judiciaires et non judiciaires qu'elle met en place. Longtemps mis en concurrence avec la justice traditionnelle, le Centre international pour la justice transitionnelle<sup>2</sup> tient à rappeler qu'elle ne constitue pas une justice « spéciale » qu'il faudrait tenir à l'écart :

« Transitional justice is not a « special » kind of justice, but an approach to achieving justice in times of transition from conflict and/or state repression. By trying to achieve accountability and redressing victims, transitional justice provides recognition of the rights of the victims, promotes civic trust and strengthens the democratic rule of law. »<sup>3</sup>

Le rétablissement de la dignité des victimes, la lutte contre l'impunité et la promotion d'un État de droit démocratique forment, le plus souvent, les principaux vecteurs amenant à la création de mécanismes de justice transitionnelle. Parmi ces mécanismes, les commissions de vérité apparaissent de plus en plus présentes sur la scène internationale.

Il n'existe, là encore, pas de consensus quant à la définition des commissions de vérité, mais plusieurs éléments permettent de tracer ses contours. Il s'agit tout d'abord d'un instrument temporaire institué par l'État dont l'objet est de rétablir la vérité sur les violations massives des droits de l'homme perpétrées sur une période définie dans le but d'apporter des réformes institutionnelles. Parmi celles-ci, l'implantation d'un État de droit est récurrente compte tenu

---

<sup>2</sup> Le Centre international pour la justice transitionnelle ou *International Centre for Transitional Justice* est un organisme sans but lucratif qui a pour objet d'apporter une expertise aux États voulant instituer des mécanismes de justice transitionnelle.

<sup>3</sup> INTERNATIONAL CENTRE FOR TRANSITIONAL JUSTICE, « What is Transitional Justice ? », en ligne : <<http://www.ictj.org/about/transitional-justice>> (consulté le 16 novembre 2015).



de l'inexistence ou du mépris d'un tel concept au sein des régimes autoritaires desquels les peuples souhaitent se départir.

L'État de droit dans le cadre de cette étude est à comprendre dans sa conception moderne formulée par le juriste britannique Albert Venn Dicey qui édicte trois principes fondamentaux : la primauté du droit afin d'éviter l'arbitraire, l'égalité de tous devant la loi et les tribunaux ordinaires, et le droit constitutionnel comme la résultante et non la source de la protection des droits individuels<sup>4</sup>. Cette notion sera également davantage détaillée dans la partie préliminaire.

### Intérêt du sujet

L'intérêt de cette recherche est double. Tout d'abord, d'un point de vue national, la CVR canadienne est un sujet d'actualité compte tenu du fait qu'elle a été établie en 2009 et qu'elle n'a rendu, qu'en décembre dernier, son rapport final au gouvernement fédéral. La situation des Autochtones est toujours à l'ordre du jour au Canada en raison des problèmes sociaux économiques rencontrés par ces derniers, auxquels s'ajoutent les cas récents de femmes et jeunes filles autochtones disparues et assassinées ou encore les tentatives de suicides des jeunes autochtones dans les réserves. Ces conditions de vie déplorables représentent sans doute, entre autres, les conséquences des séquelles subies dans les pensionnats.

Il est donc important de comprendre les solutions que tente d'apporter le gouvernement fédéral pour remédier à cette situation. La CVR canadienne s'inscrit dans une lignée de diverses propositions antérieures qui ont été plus ou moins effectives. À l'adoption de la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*<sup>5</sup> (ci-après « *Convention de règlement* » ou « CRRPI ») instituant la CVR, nombreuses étaient les personnes acclamant cet instrument comme novateur et prometteur. Pourtant, peu d'entre elles s'intéressent au contexte de création ni à la légitimité de l'existence même de cet instrument au Canada. Les recherches faites par les personnes s'y intéressant demeurent peu exhaustives et s'attardent davantage à expliquer en quoi la CVR canadienne est unique plutôt que d'analyser les

---

<sup>4</sup> Albert Venn DICEY, *An Introduction To the Study of the Law of the Constitution*, 10<sup>e</sup> éd., New York, St Martin's Press, 1960.

<sup>5</sup> *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*, 8 mai 2006, en ligne : <http://www.residentialschoolsettlement.ca/french/IRS%20Settlement%20Agreement%20-%20FRENCH%20VERSION.pdf> (consulté le 29 septembre 2015), (ci-après « *Convention de règlement* »).

conséquences pouvant découler de son caractère sui generis sur le plan national comme sur le plan international.

Le second intérêt de cette étude est l'apport éventuel d'une perspective juridique dans le domaine des commissions de vérité. En effet, la science politique, la sociologie ou encore l'anthropologie constituent les disciplines où on retrouve une doctrine abondante en matière de mécanismes de justice transitionnelle. Cette tendance peut sans doute s'expliquer par les notions, pour le moins, subjectives de vérité, de paix, de réconciliation et de pardon se rattachant à ce domaine. La sphère juridique, quant à elle, s'intéresse plus particulièrement aux mécanismes judiciaires tels que les tribunaux internationaux ou la Cour pénale internationale.

Cette multidisciplinarité au niveau des mécanismes non judiciaires, d'abord considérés comme un atout, présente néanmoins quelques faiblesses et parmi elles : un manque de cohérence dans la doctrine. L'absence de cadre normatif se fait d'autant plus ressentir à mesure où les commissions de vérité se développent de plus en plus. L'experte en justice transitionnelle, Priscilla Hayner, juge l'explosion de l'utilisation de cet instrument de façon plutôt positive tout en s'inquiétant sur le contexte de leur création :

« I am less worried about the increased use of truth commissions, the apparent quickening in pace of new commissions being created. Most of these seem to spring from national intention, and strong local demands for a recognition of the truth. Rather, my concern would be elsewhere: in the risk of the inquiries being weakened through rushed setting up, badly construed procedures for selecting members, or terms of reference that cut short their potential reach. If the period of creation is the highest risk point, the second concern is in how to make the work of these commissions more effective at the policy level, after they conclude. »<sup>6</sup>

Le principal point faible des commissions de vérité demeure le manque d'homogénéité dans les règles de création. D'un point de vue international, et plus particulièrement en matière de justice transitionnelle, le cas canadien permet de souligner les faiblesses de cet instrument et pourrait ainsi contribuer à combler les lacunes dans le domaine.

---

<sup>6</sup> Priscilla B. HAYNER, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Routledge, 2011 p. 236.

## Questions de recherche

Cette recherche a donc pour objet de comprendre les implications que pourrait avoir la Commission de vérité et réconciliation du Canada pour l'État de droit et la justice transitionnelle dans une étude comparée avec la CVR sud-africaine.

Deux questions de recherche seront abordées de manière plus précise. Nous nous demanderons premièrement, en matière de droit international, en quoi la Commission de vérité et réconciliation du Canada fragilise le concept de commissions de vérité ? Et deuxièmement, en matière de droit national, en quoi le gouvernement fédéral canadien, en ayant recours à une commission de vérité et réconciliation pour répondre à l'histoire des pensionnats indiens, n'a-t-il pas exercé les garanties prévues par un État de droit ?

## Hypothèses

Pour répondre à la première question de recherche, l'hypothèse suivie considère que la CVR canadienne fragilise le concept de commissions de vérité en ce qu'elle comporte un certain nombre d'éléments importants l'a distinguant de ses prédécesseurs. En effet, il s'agit de la première commission de vérité établie dans le monde en temps de paix c'est-à-dire qu'elle ne s'inscrit ni dans un contexte post-conflictuel ni dans un contexte transitionnel. Il est d'autant plus surprenant de constater l'existence d'un mécanisme de justice transitionnelle dans un État de droit démocratique stable et viable tel que le Canada.

De plus, l'absence de définition en matière de commissions de vérité était jusqu'à présent comblée par l'énoncé de critères communs permettant leur identification. Malgré les différences culturelles et institutionnelles des pays dans lesquels elles furent implantées, cet instrument répondait tout de même à un schéma constant : un peuple au bord d'un conflit armé souhaitant instituer un nouveau régime suite à un État autoritaire instigateur de récentes violations massives des droits de l'homme.

L'Afrique du Sud a créé sa CVR dans le cadre du schéma décrit ci-dessus. Considéré comme un modèle en la matière, le choix de cette CVR pour notre étude comparée s'impose légitimement puisqu'il permettra de comprendre les lacunes de la Commission de vérité et réconciliation canadienne.

La première question de recherche arrivera à la conclusion que la nature sui generis de la CVR du Canada souligne l'importance d'un consensus quant à l'adoption d'une définition claire et précise de cet instrument. Le professeur Eric Brahm dit d'ailleurs à ce propos :

« As academics, activists and policymakers, however, we should care about the meaning behind the label. It would be beneficial if a common language was adopted to better facilitate truth commission's research and clarify policy discussions. »<sup>7</sup>

À la deuxième question de recherche, l'hypothèse soutenue considère que le Canada n'a pas exercé les garanties prévues par un État de droit en ayant recours à un mécanisme non judiciaire de justice transitionnelle. Ce dernier est généralement mis en place afin de pallier l'absence d'appareil judiciaire ce qui n'est pas le cas du Canada. Les commissions de vérité se présentaient jusqu'à présent comme un substitut ou une alternative à l'inexistence des tribunaux ou leur défaut d'impartialité. A contrario, le Canada utilise ce mécanisme alors qu'il dispose d'un système judiciaire généralement considéré comme impartial et indépendant.

### Méthode

Le cadre théorique de cette recherche sera essentiellement limité à la conception moderne de l'État de droit selon A.V. Dicey ainsi qu'à l'émergence de la notion de justice transitionnelle.

Une étude comparée entre la CVR du Canada et celle de l'Afrique du Sud s'avéra intéressante aux fins de cette recherche. Il est important, d'ores et déjà, de rappeler que ces deux pays demeurent fondamentalement différents. Leurs histoires, leurs traditions et leurs systèmes institutionnels diffèrent à bien des égards. Cette étude ne conçoit donc la comparaison possible qu'au niveau de la mise en place, du déroulement et des résultats de l'adoption d'un même instrument : la commission de vérité et réconciliation. La comparaison ne s'arrêtera donc en l'espèce qu'à la démonstration de l'utilité d'un tel mécanisme dans une situation parfaite pour son implantation : l'Afrique du Sud, et dans une situation plutôt exceptionnelle : le Canada.

---

<sup>7</sup> Eric BRAHM, « What is a Truth Commission and Why Does it Matter ? », (2009), 3-2 *Peace and Conflict Review* 1, 1-2, en ligne : <<http://www.review.upeace.org/pdf.cfm?articulo=83&ejemplar=17>> (consulté le 5 novembre 2015).

Les travaux de la CVR canadienne ont été peu documentés si bien que la doctrine en la matière est quasi inexistante. L'analyse de la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*, et plus particulièrement de son *Annexe N*<sup>8</sup>, et des six volumes du rapport final<sup>9</sup> fut donc importante pour comprendre les procédures concernant sa mise en place. Si leurs écrits demeurent peu exhaustifs, les professeurs Jula Hughes et Courtney Jung ont ouvert le débat sur le caractère sui generis de cette CVR. L'étude de leur littérature a donc contribué à l'enrichissement de quelques démonstrations présentes dans cette recherche.

En revanche, il existe une doctrine abondante concernant la CVR d'Afrique du Sud. À l'instar de la CVR canadienne, l'analyse du *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34*<sup>10</sup> instituant la commission et les sept volumes du rapport final<sup>11</sup> s'avérera nécessaire. Priscilla Hayner et Mark Freeman demeurent les références en la matière, leur littérature est donc prédominante dans cette recherche.

L'examen de la jurisprudence des cours canadiennes et sud-africaines ainsi que de la législation du Canada et de l'Afrique du Sud sera également nécessaire à l'appréhension du sujet examiné.

### Annonce de plan

Cette recherche se divise en deux parties précédées d'une partie préliminaire posant le cadre théorique. Cette partie préliminaire s'attarde notamment sur la conception de l'État de droit au Canada et en Afrique du Sud, deux pays de tradition juridique anglo-saxonne (chapitre 1) et sur l'émergence de la notion de justice transitionnelle (chapitre 2).

La première partie se concentre sur les commissions de vérité et plus particulièrement celle d'Afrique du Sud. Le premier chapitre aura pour objet de décrire la particularité de cet instrument en expliquant l'essor du phénomène sur la scène internationale (section 1) et

---

<sup>8</sup> *Annexe N*, en ligne : <[http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/pdfs/SCHEDULE\\_N\\_FR.pdf](http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/pdfs/SCHEDULE_N_FR.pdf)> (consulté le 29 septembre 2015).

<sup>9</sup> Commission de vérité et réconciliation du Canada, « À propos de nous », en ligne : <<http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=891>> (consulté le 29 septembre 2015).

<sup>10</sup> *Promotion of National Unity And Reconciliation Act 34*, 19 Juillet 1995, en ligne : <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1995-034.pdf>> (consulté le 3 octobre 2015).

<sup>11</sup> Commission de vérité et réconciliation d'Afrique du Sud, « TRC Report », en ligne : <<http://www.justice.gov.za/trc/report/>> (consulté le 3 octobre 2015).

l'absence de définition universelle (section 2). Le deuxième chapitre s'attarde sur le cas sud-africain considéré comme exemplaire. Pour comprendre son succès, il sera important de revenir sur ses caractéristiques (section 1), son déroulement (section 2) et les enseignements qu'il faut tirer de ce processus (section 3).

La deuxième partie s'intéresse au caractère *sui generis* de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Le premier chapitre est consacré au contexte de sa mise en place en effectuant un bref rappel de la politique d'assimilation des pensionnats indiens (section 1). Nous verrons également que le nombre croissant de recours collectifs des anciens pensionnaires contre le gouvernement donna lieu à l'adoption de la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* qui institua officiellement la CVR (section 2). Le deuxième chapitre pose la question quant à savoir si la CVR canadienne peut être considérée comme une commission de vérité digne de ce nom. L'étude des comités antérieurs, mis en place pour répondre aux revendications autochtones, sera nécessaire à la compréhension du choix d'une CVR (section 1). Enfin, il sera temps d'examiner les effets de cette spécificité canadienne (section 2).

## **Partie préliminaire : Cadre théorique de la recherche**

Cette partie préliminaire pose le cadre théorique de la recherche qui est celui de l'État de droit et de la justice transitionnelle dans une étude comparative entre l'Afrique du Sud et le Canada.

Un premier chapitre analysera tout d'abord la conception de l'État de droit dans ces deux pays de tradition juridique anglo-saxonne. La place du droit en Afrique du Sud et au Canada sera notamment analysée à travers les principes émis par Albert Venn Dicey quant à sa théorie de la *Rule of Law* (section 1). Il sera ensuite question de comprendre le rôle des juges et de l'indépendance judiciaire dans un État fondé sur la primauté du droit (section 2).

Un deuxième chapitre se concentrera sur l'émergence de la notion de justice transitionnelle. Il faudra tout d'abord s'attarder sur son développement et ses caractéristiques particulières (section 1). La dualité, qualifiée de « justice vs paix », entre les partisans de cette nouvelle notion et ses détracteurs constitue un élément essentiel à la compréhension des enjeux de la justice transitionnelle (section 2).

## **Chapitre 1 : La conception de l'État de droit au Canada et en Afrique du Sud : un héritage juridique anglo-saxon**

Le Canada et l'Afrique du Sud partagent tous les deux un héritage juridique anglo-saxon s'incarnant dans une conception du droit et des institutions semblables. Une première section examinera cette conception du droit notamment la théorie du *Rule of Law* développée par le Britannique A.V. Dicey. Une deuxième section analysera le travail de l'institution judiciaire et le rôle des juges afin de comprendre l'articulation de la notion de primauté du droit.

### **Section 1 : La place du droit**

Les expressions d'État de droit et de primauté du droit sont ici employées de manière interchangeable. Toutes deux signifient une seule et même chose : un gouvernement et une société régie par le droit. Il est important de noter que nombreux sont les auteurs ayant théorisé sur la notion d'État de droit. Cependant, compte tenu de la tradition juridique anglo-saxonne du Canada et de l'Afrique du Sud, cette étude s'attardera principalement sur la théorie du *Rule of Law* énoncée par Dicey.

#### **I. La théorie de Dicey**

Albert Venn Dicey ne fut pas le premier à conceptualiser la notion moderne d'État de droit. Aristote et Montesquieu avaient, avant lui, déjà soumis leurs théories. Mais c'est en 1885, dans son ouvrage *An Introduction To the Study of the Law of the Constitution*<sup>12</sup>, que le juriste britannique Dicey pose les principes de base du *Rule of Law*. Selon lui, un État de droit signifie un État où toutes les personnes, les autorités étatiques comprises, sont assujetties à la loi. En d'autres mots, nul n'est au-dessus de la loi.

Ce principe constitue d'ailleurs la première caractéristique de la définition d'un État de droit. En effet, l'arbitraire est écarté au profit d'un principe de légalité où l'administration étatique est tenue de respecter la loi. Dicey définit ce premier principe ainsi :

« The absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government. Englishmen are ruled by the law, and by the law alone, a man

---

<sup>12</sup> A.V. DICEY, préc., note 4.



may with us be punished for a breach of law, but he can be punished for nothing else. »<sup>13</sup>

L'égalité devant la loi, se traduisant par le recours pour tous aux tribunaux ordinaires, constitue le deuxième principe d'un État de droit mentionné par Dicey :

« It means, again, equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary Law Courts, the « rule of law », in this sense excludes the idea of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs other citizens or from the jurisdiction of the ordinary tribunals. »<sup>14</sup>

Cela signifie que tous les citoyens sont assujettis à la loi de façon équitable et nul n'est au-dessus du droit, encore moins le pouvoir exécutif également tenu par ce principe. Il n'y a donc pas de juridiction spéciale qui jugerait les personnes selon leur rang et leur statut social, mais une égalité de traitement devant les tribunaux ordinaires.

Pour le juge sud-africain, Oliver Schreiner<sup>15</sup>, Dicey n'avait pas en tête un exemple comme celui du régime d'apartheid lorsqu'il posait le principe d'égalité devant la loi. En effet, le juriste britannique conceptualisait l'égalité devant la loi dans le but d'éviter un système de privilèges, mais il ne prenait pas en compte le fait qu'une législation pouvait discriminer et être source d'inégalité.

Selon le juriste britannique, le droit constitutionnel n'est pas la source, mais la résultante des droits individuels protégés. Ce dernier point constitue le troisième et dernier critère d'un État de droit :

« The « rule of law », lastly, may be used as a formula for expressing the fact that with us the law of the Constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts, that, in short, the principles of private law have with us been by the action of the Courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and of its servants, thus the constitution is the result of the ordinary law of the land. »<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> *Id.*, p. 202.

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> Oliver D. SCHREINER, *The Contribution of English Law to South African Law: And the Rule of Law in South Africa*, coll. « The Hamlyn lectures », Londres, Stevens, 1967, p. 76.

<sup>16</sup> A.V. DICEY, préc., note 4, p. 203.

Depuis l'adoption de cette définition, la conception de l'État de droit a grandement évolué pour passer d'une conception formelle, où les règles de forme l'emportent sur le fond, à une conception substantielle devant répondre aux impératifs de justice et aux droits fondamentaux des individus. Le professeur en droit, Paul Craig, fait la distinction entre les deux conceptions de la manière suivante :

« Formal conceptions of the rule of law address the manner in which the law was promulgated (was it by a properly authorised person, in a properly authorised manner, etc.); the clarity of the ensuing norm (was it sufficiently clear to guide an individual's conduct so as to enable a person to plan his or her life, etc.); and the temporal dimension of the enacted norm (was it prospective or retrospective, etc.). Formal conceptions of the rule of law do not however seek to pass judgment upon the actual content of the law itself. They are not concerned with whether the law was in that sense a good law or a bad law, provided that the formal precepts of the rule of law were themselves met. Those who espouse substantive conceptions of the rule of law seek to go beyond this. They accept that the rule of law has the formal attributes mentioned above, but they wish to take the doctrine further. Certain substantive rights are said to be based on, or derived from, the rule of law. The concept is used as the foundation for these rights, which are then used to distinguish between « good » laws, which comply with such rights, and « bad » laws which do not. »<sup>17</sup>

Peu à peu, les théories sur l'État de droit s'étoffent jusqu'à y inclure une dimension substantielle accordant une importance particulière au contenu de la règle. Le professeur en droit, Brian Tamanaha, distingue trois degrés différents au sein des conceptions formelle et substantielle qui permettent de reconnaître l'évolution de ce qu'il qualifie « thinner to thicker rule of law »<sup>18</sup>. Le premier degré de la conception formelle ou « thinner version » correspond à la loi comme instrument de l'action gouvernementale ; le deuxième degré comprend la légalité formelle c'est-à-dire que la loi doit être générale, claire, précise et non rétroactive ; et enfin le dernier degré ou « thicker version », intègre la notion de démocratie à la légalité formelle dans le sens où ce sont les citoyens qui vont déterminer le contenu des lois. Quant à la conception substantielle, le premier degré ou « thinner version » tient compte des droits individuels tels que la propriété, les contrats, la vie privée et l'autonomie ; le deuxième degré

---

<sup>17</sup> Paul P. CRAIG, « Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework » (1997) *Public Law* 467, 467.

<sup>18</sup> Brian Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 91.

prend en considération le droit à la dignité et à la justice ; et enfin le troisième degré ou « thicker version » inclus les droits sociaux<sup>19</sup>.

La théorie du *Rule of Law* de Dicey se retrouve, à divers degrés, dans les pays colonisés par le royaume de Grande-Bretagne et parmi eux, le Canada et l’Afrique du Sud qui disposent de cet héritage juridique anglo-saxon. Cet héritage commun permet de comprendre les similitudes que présentent ces deux États quant à leur conception de l’État de droit.

## **II. Un héritage juridique britannique commun**

S’ils sont aujourd’hui des États indépendants, la colonisation britannique au Canada et en Afrique du Sud n’en a pas moins laissé ses empreintes notamment au niveau des institutions législative, exécutive et judiciaire. Mentionnons tout d’abord l’histoire coloniale afin d’évaluer plus tard les répercussions de celle-ci sur l’implantation du système britannique au niveau des institutions étatiques.

### **A) La colonisation**

Le Canada et l’Afrique du Sud furent tous les deux le terrain de nombreuses guerres de conquête coloniale. Le premier opposa l’Empire britannique à l’Empire français, le deuxième opposa les Britanniques aux Néerlandais. Lors de la conquête en 1760, la France perd face à la Grande-Bretagne qui s’empare alors du territoire. Le Canada devient donc officiellement une colonie britannique avec la capitulation de Montréal le 8 septembre 1760. Les conséquences découlant de cette acquisition se retrouvent dans la *Proclamation royale de 1763*<sup>20</sup> qui marque la fin de l’application du droit français public et privé au Canada. Désormais, seul le droit britannique s’applique dans la colonie.

Les Britanniques arrivent en Afrique du Sud à la fin du 18<sup>e</sup> siècle alors que des colons néerlandais y étaient déjà installés depuis 1652. Pour fuir cette nouvelle présence au Cap, les Néerlandais migrent vers le nord du pays. C’est lors de ce « Grand Trek » que se forge l’identité des Boers, aujourd’hui connu sous le nom d’Afrikaners, sur laquelle la doctrine nationaliste du Parti national se fondera comme nous le verrons lors de l’analyse des lois

---

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> *Proclamation Royale de 1763*, 7 octobre 1763, en ligne : <http://www.jamessmithcreenation.com/downloads/ROYAL%20PROCLAMATION%201763.pdf> (consulté le 29 mars 2016).

ségrégationnistes. La Guerre des Boers de 1899 à 1902 sera finalement perdue par les Pays-Bas.

La victoire de l'Empire britannique lors de ces différents conflits permit à ce dernier d'asseoir sa légitimité dans les nouvelles terres conquises et d'y importer le modèle et les systèmes de la métropole que l'on retrouve au sein des institutions étatiques canadiennes et sud-africaines. L'analyse de celles-ci permettra de comprendre davantage l'héritage juridique anglo-saxon que les deux pays ont en commun.

## **B) L'implantation du système britannique**

L'entrée en vigueur de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867*<sup>21</sup> complète l'implantation du système britannique au Canada transformant ce dernier en une fédération composée de quatre provinces : les colonies du Canada-Uni, le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse. Le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867*, rebaptisé la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>22</sup> depuis 1982, dispose ainsi :

« Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni. »<sup>23</sup> (Je souligne.)

Il est donc expressément mentionné que la colonie se fonde sur les mêmes principes que ceux du Royaume-Uni. Le pouvoir exécutif s'incarne alors dans la Reine du royaume de Grande-Bretagne : « À la reine continueront d'être et sont par la présente attribués le gouvernement et le pouvoir exécutifs du Canada »<sup>24</sup> représenté sur le territoire par un Gouverneur général<sup>25</sup>.

À l'image du parlement de la couronne britannique, le pouvoir législatif s'incarne dans un parlement bicaméral avec un Sénat et une Chambre des communes<sup>26</sup>. Il en va de même pour

---

<sup>21</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), (ci-après « L.C. 1867 »).

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> *Id.*, préambule.

<sup>24</sup> *Id.*, art. 9.

<sup>25</sup> *Id.*, art. 10.

<sup>26</sup> *Id.*, art. 17.

l'organisation des provinces compte tenu de la caractéristique fédérale du Canada où deux ordres de gouvernements et deux niveaux d'organes législatifs (le fédéral et les provinces) se partagent les compétences indiquées aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>27</sup>.

Si la primauté du droit n'était pas consacrée par une disposition explicite dans le texte constitutionnel Canadien, la Cour suprême a rendu des arrêts de principe dans lesquels elle indique clairement que le Canada respecte les exigences d'un État de droit. Les juges s'appuient pour cela sur le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui consacre ce principe de manière implicite, puis sur le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982* et la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>28</sup>. Nous développerons davantage ce point dans la deuxième section consacrée au rôle des juges.

\* \* \*

L'implantation du système britannique en Afrique du Sud s'opère lorsque les quatre régions du pays : le Cap, le Natal, l'État libre d'Orange et le Transvaal, tombent sous le pouvoir du royaume de Grande-Bretagne. En effet, en 1909 est adoptée l'*Union of South Africa Act*<sup>29</sup> qui crée l'Union de l'Afrique du Sud faisant de celle-ci un dominion de l'empire de Grande-Bretagne tel que mentionné dans le préambule :

« Whereas it is desirable for the welfare and future progress of South Africa that the several British Colonies therein should be united under one Government in a legislative union under the Crown of Great Britain and Ireland. »<sup>30</sup>

Les mêmes dispositions ayant trait aux pouvoirs législatif et exécutif pour le Canada se retrouvent dans cette loi. L'exécutif s'incarne également dans la personne de Sa Majesté

---

<sup>27</sup> *Id.*, art. 91 et 92.

<sup>28</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

<sup>29</sup> *Union of South Africa Act*, 20 septembre 1909, en ligne : <<http://www.sahistory.org.za/archive/union-south-africa-act-1909>> (consulté le 11 mars 2016).

<sup>30</sup> *Id.*, préambule.

représentée par le Gouverneur général<sup>31</sup> et le pouvoir législatif comprend un Sénat et une Chambre d'assemblée<sup>32</sup>.

Du fait de leur passé colonial particulier, le Canada et l'Afrique du Sud ont quelques caractéristiques qui rendent leur système unique tel que l'application du droit civil français en matière de droit privé dans la province du Québec suite à l'*Acte de Québec de 1774*<sup>33</sup>. En effet, pour éviter que le scénario du conflit indépendantiste des États-Unis ne se reproduise au Canada, la couronne a effectué quelques concessions, le plus important étant la réinstauration du droit privé français (la coutume de Paris) au Québec.

À l'instar de l'application du droit civil au Québec, le droit romano-néerlandais, issu de la tradition romano-civiliste, a également sa place dans toutes les provinces sud-africaines en matière de droit privé. La *Common Law* n'est donc pas le seul droit qui s'applique. Le droit coutumier des tribus indigènes trouve également sa place. Ces trois traditions juridiques cohabitent ainsi devant les juridictions sud-africaines<sup>34</sup>.

\* \* \*

Malgré l'indépendance réalisée progressivement, notamment à l'aide du *Statut de Westminster*<sup>35</sup> en 1931, les institutions canadiennes demeurent fondamentalement empreintes de l'héritage juridique anglo-saxon en étant une monarchie constitutionnelle. L'exécutif est représenté par un premier ministre et son cabinet et le législatif par le Sénat et la Chambre des communes de la même façon que le Royaume-Uni. En revanche, l'Afrique du Sud, pour qui le *Statut de Westminster* valide également l'indépendance, opte pour un régime républicain le 31 mai 1961 suite à une modification constitutionnelle créant la République d'Afrique du Sud.

---

<sup>31</sup> *Union of South Africa Act*, préc., note 29, section 8.

<sup>32</sup> *Id.*, section 19.

<sup>33</sup> *Acte de Québec de 1774*, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.).

<sup>34</sup> Albie SACHS, *Justice in South Africa*, coll. « The Columbus Centre series », Londres, Heinemann for Sussex University Press, 1973, p. 17.

<sup>35</sup> *Statut de Westminster de 1931*, 22 Geo. V, c. 4 (R.-U.).

Tout au long de leurs histoires respectives, le Canada et l’Afrique du Sud ont voué une importance considérable à la suprématie parlementaire<sup>36</sup> à la manière du Royaume-Uni. Ce concept qui place le parlement au-dessus des autres pouvoirs peut expliquer certaines lois qui ont été adoptées et qui remettent en question le principe d’égalité notamment les lois ayant trait aux Autochtones au Canada et les lois ségrégationnistes sud-africaines que nous allons maintenant examiner.

### **C) La remise en cause du principe d’égalité devant la loi**

Le principe d’égalité devant la loi veut que chacun soit traité de manière équitable. Pourtant, ce principe sera remis en question lorsque le Canada et l’Afrique du Sud adopteront des lois dont l’objet est justement la discrimination. Le premier tentera d’assimiler ses peuples autochtones, le deuxième optera pour une politique de séparation. L’analyse de ces lois nous permettra de comprendre le contexte historique dans lequel les atrocités, pour lesquelles les CVR furent implantées, sont survenues. Nous examinerons ces deux situations en débutant avec le Canada.

#### **1) Le Canada**

Le Canada amorça sa politique d’assimilation par l’adoption de deux lois phares : l’*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages*<sup>37</sup> et la *Loi sur les Indiens*<sup>38</sup>. L’analyse de ces dernières aidera à la compréhension de l’institution des pensionnats autochtones où l’esprit d’une supériorité européenne se fait déjà ressentir dans l’*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages* qu’il convient maintenant d’étudier.

##### **a) L’Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages**

L’*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages* a été adopté en 1857. Le préambule de celui-ci distingue explicitement deux catégories de citoyens, d’un côté les sujets canadiens de Sa Majesté, de l’autre les Autochtones mentionnés dans la loi comme « sauvages », ayant des droits fondamentalement différents :

---

<sup>36</sup> Peter Wardell HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 12-1 à 12-8. Voir aussi André TREMBLAY, *Précis de droit constitutionnel*, Montréal, Les éditions Thémis, 1982, p. 57 à 59.

<sup>37</sup> *Acte pour encourager la civilisation graduelle des Tribus Sauvages et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, 10 juin 1857, en ligne : <<http://www.uqac.ca/grh/wp-content/uploads/2012/07/ML-6038.pdf>>, (ci-après « *Acte pour encourager la civilisation graduelle des Tribus Sauvages* »), (consulté le 27 janvier 2016).

<sup>38</sup> *La loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, (ci-après « *Loi sur les Indiens* »).

« Considérant qu'il est désirable d'encourager le progrès de la civilisation parmi les tribus sauvages en cette province, et de faire disparaître graduellement toutes les distinctions légales qui existent entre eux et les autres sujets canadiens de Sa Majesté, et de donner aux membres individuels de ces tribus qui désireraient rencontrer un pareil encouragement et qui l'auraient mérité, plus de facilité pour acquérir des propriétés et les droits qui s'y rattachent. »<sup>39</sup>

S'ils respectaient les critères d'émancipation, les Autochtones pouvaient s'émanciper afin d'acquérir les mêmes droits que ceux des sujets canadiens. Les critères donnant droit à l'émancipation étaient les suivants : avoir plus de 21 ans, savoir parler, lire et écrire en anglais ou en français couramment, démontrer des aptitudes scolaires, avoir un bon caractère moral et ne pas être endetté<sup>40</sup>. L'émancipation engendrait la perte du statut d'indien : « toutes les autres dispositions qui établissent une distinction entre les droits et obligations des sauvages, et les droits et obligations des autres sujets de Sa Majesté, cesseront de s'appliquer »<sup>41</sup>. La femme et les enfants de la personne autochtone émancipée perdaient eux aussi leur statut.

Cette loi fut complétée en 1869 par l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages*<sup>42</sup> qui ajoute à la distinction entre autochtone et non-autochtone une nouvelle dimension discriminatoire fondée cette fois-ci sur le sexe. Désormais, les femmes autochtones émancipées demeurent mineures, celles choisissant de se marier à un non-autochtone perdent leur statut d'Indien et celles se mariant à un autochtone d'une autre tribu perdent tous liens avec leur propre tribu pour intégrer celle du mari<sup>43</sup>.

À la suite de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui donne au fédéral l'autorité de légiférer en matière d'« Indiens et les terres réservées pour les Indiens » conformément à l'article 91(24)<sup>44</sup>, les différentes dispositions afférentes aux Autochtones sont refondées dans une seule et même loi : la *Loi sur les Indiens* de 1876 que nous allons maintenant étudier.

---

<sup>39</sup> *Acte pour encourager la civilisation graduelle des Tribus Sauvages*, préc., note 37, préambule.

<sup>40</sup> *Id.*, section 3

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, 22 juin 1869, en ligne : <[http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/a69c6\\_1100100010205\\_fra.pdf](http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/a69c6_1100100010205_fra.pdf)> (consulté le 27 janvier 2016).

<sup>43</sup> *Id.*, section 6.

<sup>44</sup> L.C. 1867, art. 91(24).



## **b) La Loi sur les Indiens**

La *Loi sur les Indiens* couvre de nombreux domaines allant de la réglementation et l'administration des réserves à la définition des bandes et des pouvoirs des chefs de bandes. Les hommes autochtones ayant complété leur éducation universitaire sont automatiquement émancipés qu'ils soient consentants ou non<sup>45</sup>.

En 1969, le gouvernement Trudeau publie le Livre blanc dans lequel il souhaite abroger le statut d'Indien, la *Loi sur les Indiens* et le Ministère des Affaires indiennes. Le transfert des compétences des affaires autochtones du gouvernement fédéral aux gouvernements provinciaux est également préconisé. Il se dégage de cette intention une nouvelle forme d'assimilation qui se heurte aux réactions des peuples autochtones. En effet, aussi imparfaite soit-elle, la *Loi sur les Indiens* comporte un certain degré de protection dans le sens où elle reconnaît l'existence des Autochtones et l'unicité de leur statut. Cette singularité pourrait donc être amenée à disparaître si aucun texte de loi ne leur reconnaît ce statut particulier ni même une représentativité à travers un ministère. Le Livre blanc sera finalement retiré en 1970.

La justification derrière l'élaboration de ces lois remonte à la doctrine de *terra nullius* implantée par les Européens lors de leur arrivée dans le Nouveau Monde. La doctrine de *terra nullius* fut articulée notamment par Emer de Vattel dans son ouvrage, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires de nations et des souverains*<sup>46</sup>, publié en 1758. Selon l'auteur, une nation ne peut devenir un État que lorsque celle-ci est capable de s'organiser en société sur un territoire, c'est-à-dire être en mesure d'y exercer une souveraineté exclusive. *Terra nullius* ne signifie donc pas que le territoire est inhabité, mais signifie que les personnes occupant le territoire ne sont pas capables de s'organiser en tant que société fondée sur le modèle européen<sup>47</sup>. Cette fiction juridique permit aux Européens de conclure avec les Premières nations des traités sur la cession de leurs territoires dont l'apogée se retrouve être les lois mentionnées précédemment.

---

<sup>45</sup> AMNISTIE INTERNATIONALE, « Les peuples Autochtones. Droit des peuples autochtones », 2010, p. 24 en ligne, <<http://www.amnistie.ca/sites/default/files/upload/documents/dossiers/autochtone.pdf>> (consulté le 25 février 2016).

<sup>46</sup> Emer DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, coll. « The Classics of international law », Washington, Carnegie Institute of Washington, 1916.

<sup>47</sup> Jérémie GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights Under International Law: From Victims to Actors*, Ardsley New York, Transnational Publishers, 2006, p. 23.

La politique canadienne envers les Autochtones était essentiellement une politique d'assimilation. Si ces derniers souhaitaient acquérir les mêmes droits que les sujets européens, ils devaient renoncer à leur statut d'indien. Une tout autre politique a été adoptée en Afrique du Sud, celle de la séparation incarnée dans le régime d'apartheid que nous allons maintenant analyser.

## 2) L'Afrique du Sud

La création de l'Union d'Afrique du Sud marque le début de l'adoption des lois ségrégationnistes. La première d'une longue série, le *Native Labour Regulation Act*<sup>48</sup> adopté en 1911, oblige tout travailleur noir à obtenir un laissez-passer limitant sa circulation.

En réaction à ces lois de plus en plus nombreuses, l'élite noire forme le *South African Native National Congress* (ci-après « SANNC ») en 1912 pour dénoncer la politique menée par les Afrikaners. Le SANNC deviendra en 1923 le Congrès national africain (ci-après « ANC »), parti politique qui fera de la lutte anti-apartheid son cheval de bataille. Deux lois phares illustrent tout particulièrement cette politique de ségrégation : le *Population Registration Act*<sup>49</sup> et le *Promotion of Bantu Self-Government Act*<sup>50</sup>. Examinons tout d'abord le *Population Registration Act*.

### a) Le *Population Registration Act*

En 1948 est créé le Parti national purifié, branche la plus conservatrice du Parti national dont la politique est bâtie sur un nationalisme afrikaner et où Daniel-François Malan deviendra le premier premier ministre de la politique officielle d'apartheid. Signifiant en Afrikaans séparation, l'apartheid fut une politique dite de développement séparé visant à catégoriser les individus selon leur race<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> *Native Labour Regulation Act*, 1911, en ligne : [http://www.historicalpapers.wits.ac.za/inventories/inv\\_pdfo/AD1137/AD1137-Cb1-5-2-001-jpeg.pdf](http://www.historicalpapers.wits.ac.za/inventories/inv_pdfo/AD1137/AD1137-Cb1-5-2-001-jpeg.pdf) (consulté le 15 décembre 2015).

<sup>49</sup> *Population Registration Act*, 22 juin 1950, en ligne : <http://www.disa.ukzn.ac.za/webpages/DC/leg19500707.028.020.030/leg19500707.028.020.030.pdf> (consulté le 16 décembre 2015).

<sup>50</sup> *Promotion of Bantu Self-Government Act*, 19 juin 1959, en ligne : [http://psimg.jstor.org/fsi/img/pdf/t0/10.5555/al.sff.document.leg19590619.028.020.046\\_final.pdf](http://psimg.jstor.org/fsi/img/pdf/t0/10.5555/al.sff.document.leg19590619.028.020.046_final.pdf) (consulté le 16 décembre 2015).

<sup>51</sup> Geoffrey BINDMAN et INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (dir.), *South Africa: Human Rights and the Rule of Law*, Londres, Pinter Publishers, 1988, p. 5.

Pour le gouvernement, ce système était libérateur en ce qu'il permettait à chaque individu de s'épanouir selon la culture de son groupe racial. Cette politique fut entérinée dans le *Population Registration Act* adoptée en 1950 qui divise et définit la population sud-africaine en trois groupes : les Blancs, les Métis et les Noirs. Il était ainsi disposé à la section 1 :

« In this Act, unless the context otherwise indicates (iii) « coloured person » means a person who is not a white person or a native. (x) « native » means a person who in fact is or is generally accepted as a member of any aboriginal race or tribe of Africa. (xv) « white person » means a person who in appearance obviously is, or who is generally accepted as a white person, but does not include a person who, although in appearance obviously a white person, is generally accepted as a coloured person. »<sup>52</sup>

Chaque personne était donc classée selon son appartenance à l'un de ces trois groupes<sup>53</sup> ce qui avait pour conséquence de conférer à chacun d'entre eux des droits différents. L'appartenance à tel ou tel groupe allait déterminer bien des aspects de la vie de la personne comme son lieu d'habitation, son école, son travail ou encore la personne avec qui elle pourrait se marier<sup>54</sup>.

Ce classement fut très souvent hypocrite puisqu'outre la couleur de peau, le comportement social de la personne pouvait influencer son classement, si bien qu'une personne blanche côtoyant des personnes noires était automatiquement classée dans la catégorie « *native* ». La catégorie « *coloured* » comprenait des Chinois, des Malais et des Indiens. Or les Japonais, qui étaient de sérieux partenaires économiques, se voyaient conférer le statut de « blanc honoraire », de même pour les diplomates africains des pays voisins.

La même année le *Group Areas Act*<sup>55</sup>, créant des zones d'habitation urbaine réservées aux noirs, fut promulgué. Cette loi trouvera son apogée dans le *Reservation of Separate Amenities Act*<sup>56</sup> de 1953 qui prévoit des infrastructures séparant les blancs des noirs dans les lieux publics et les services.

---

<sup>52</sup> *Population Registration Act*, préc., note 49, section 1.

<sup>53</sup> *Id.*, section 5(1).

<sup>54</sup> Özdemir Ahmet ÖZGÜR, *Apartheid, the United Nations and Peaceful Change in South Africa*, Dobbs Ferry, New York, Transnational Publishers, 1982 p. 36.

<sup>55</sup> *Group Areas Act*, 24 juin 1950, en ligne : <<https://blogs.loc.gov/law/files/2014/01/Group-Areas-Act-1950.pdf>> (consulté le 17 décembre 2015).

<sup>56</sup> *Reservation of Separate Amenities Act*, 5 octobre 1953, en ligne : <<https://blogs.loc.gov/law/files/2015/11/Reservation-of-Separate-Amenities-Act-49-of-1953.pdf>> (consulté le 17 décembre 2015).

Ainsi, après une série de lois régissant tour à tour l'éducation, le mariage, l'habitation et la circulation de chaque groupe, l'aboutissement de la politique ségrégationniste s'incarne dans l'adoption du *Promotion of Bantu Self-Government Act* qu'il convient maintenant d'examiner.

### **b) Le *Promotion of Bantu Self-Government Act***

Adopté en 1950, le *Promotion of Bantu Self-Government Act* vise la création de dix bantoustans soit des foyers réservés à la population noire<sup>57</sup>, l'idée étant que celle-ci allait à terme pouvoir s'autogouverner sur ces nouveaux territoires et acquérir la citoyenneté du bantoustan en question.

Il apparaît évident que ces bantoustans n'étaient autres que des États marionnettes du gouvernement afrikaner qui voulait se déresponsabiliser des droits et devoirs lui incombant envers la population noire. Le préambule du *Promotion of Bantu Self-Government Act* dispose ainsi :

« Whereas the Bantu peoples of the Union of South Africa do not constitute a homogeneous people, but form separate national units on the basis of language and culture. And whereas it is desirable for the welfare and progress of the said people to afford recognition to the various national units and to provide for their gradual development within their own areas to self-governing units on the basis of Bantu systems of government. »<sup>58</sup>

Le gouvernement justifiait la création des bantoustans par le droit à l'autodétermination. Avec une langue et une culture différentes, les noirs ont droit à des territoires réservés. Pour le gouvernement, la discrimination ne serait alors plus fondée sur la race, mais sur la citoyenneté. Cependant, en l'espèce, le droit à l'autodétermination ne s'applique pas, car la population noire n'a jamais fait part de son désir d'avoir des terres qui lui soient réservées ni de posséder une autre citoyenneté<sup>59</sup>.

Ces États indépendants ne furent donc jamais reconnus par la communauté internationale qui condamna leur existence en 1971 à travers la résolution 2775<sup>60</sup> de l'Assemblée générale de

---

<sup>57</sup> Ö.A. ÖZGÜR, préc., note 54, p. 34.

<sup>58</sup> *Promotion of Bantu Self-Government Act*, préc., note 50, préambule.

<sup>59</sup> G. BINDMAN et INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, préc., note 51, p. 6.

<sup>60</sup> Assemblée Générale, *Politique d'apartheid du Gouvernement sud-africain*, Rés. 2775, Doc. N.U.

A/RES/2775(XXVI) (29 novembre 1971), par. E, en ligne :

<[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2775\(XXVI\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2775(XXVI)&Lang=F)> (consulté le 24

l'Organisation des Nations Unies (ci-après « ONU »). L'Assemblée générale demandera également aux États membres de ne pas reconnaître ces territoires comme étant des États indépendants<sup>61</sup>.

Pour le gouvernement sud-africain, l'adoption de ces lois n'entrave pas l'existence d'un État de droit. Cette conception de l'État de droit est néanmoins restreinte et formelle, car la seule conformité de l'exécutif aux lois suffit pour que la primauté du droit soit respectée en dépit de la substance même des lois<sup>62</sup>. L'auteure Evelyne Schmid dit d'ailleurs à ce sujet :

« If one would define the rule of law as a mere obedience to laws adopted through formal procedures, irrespective of the substance of those laws, then apartheid was a regime implemented according to a minima, thin, rule of law. But not even Steven Kautz, adherent of a thin notion of the rule of law, would qualify the apartheid regime as one of the rule of law. According to Kautz, it is only « reasonable obedience to laws that respect the natural equality of human beings » which constitutes the rule of law. »<sup>63</sup>

Si Dicey ne pensait pas à l'existence d'un cas sud-africain lorsqu'il énonça sa théorie, il est certain, pour Paul Craig, que le juriste conceptualisait l'État de droit selon une vision strictement formelle : « Dicey's third limb of the rule of law is no more substantive than the previous two »<sup>64</sup>. En effet, selon lui, il n'était pas essentiel d'y incorporer des règles substantielles, car ces dernières, si elles devaient être mises en œuvre et protégées, étaient suffisamment garanties par la *Common Law* de manière générale :

« His argument was not that the rule of law demanded adherence to certain specific substantive rights. It was that if you wished to protect such rights then the common law technique was better than that employed on the continent. This is manifestly clear from Dicey's own formulation of the

---

mars 2016), « la création par le gouvernement sud-africain de foyers bantous (bantoustans) et le transfert forcé dans ces zones des populations africaines d'Afrique du Sud et de Namibie comme une violation de leurs droits inaliénables, contraire au principe de l'autodétermination et préjudiciable à l'intégrité territoriale des pays ainsi qu'à l'unité de leurs populations ».

<sup>61</sup> Assemblée Générale, *Politique d'apartheid du Gouvernement sud-africain*, Rés. 3411, Doc. N.U. A/RES/3411(XXX), (28 novembre 1975), en ligne : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/3411\(XXX\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3411(XXX)&Lang=F) (consulté le 24 mars 2016).

<sup>62</sup> Ö.A. ÖZGÜR, préc., note 54, p. 42.

<sup>63</sup> Evelyne SCHMID, « Thickening the Rule of Law in Transition: The Constitutional Entrenchment of Economic and Social Rights in South Africa », dans Edda KRISTJANSDOTTIR, Andre NOLLKAEMPER et Cedric RYNGAERT (dir.), *International Law in Domestic Courts: Rule of Law Reform in Post-Conflict States*, coll. « Series on Transitional Justice », vol. 9, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 59, à la page 61.

<sup>64</sup> A.V. DICEY, préc., note 4, p. 474.

third principle of the rule of law, and from the ensuing discussion. In this discussion Dicey argued that the protection of rights on the continent through Bills of Rights was ineffective, since such constitutional documents could so easily be abrogated at the stroke of a pen. Under the common law, where individual rights were the result of numerous judicial decisions indicating when the individual was at liberty to speak freely, etc., it would be considerably more difficult for some authoritarian regime to sweep these rights aside. »<sup>65</sup>

Le juriste britannique démontre alors à quel point le rôle de l'instance judiciaire est important pour garantir les droits individuels de la personne. Si les lois peuvent être adoptées et abrogées facilement, la dérogation aux décisions et aux précédents établis par les tribunaux est nettement plus difficile. Les garanties d'un État de droit résident donc dans l'existence d'un pouvoir judiciaire impartial et indépendant. Il est désormais temps d'étudier le rôle des juges au Canada et en Afrique du Sud afin de discerner leur prise de position quant à la conception de l'État de droit dans leur pays respectif.

## **Section 2 : Le rôle des juges**

Le pouvoir judiciaire est garant du respect de la primauté du droit. Les juges canadiens ont toujours défendu ce principe, et ce avant même que le texte constitutionnel n'y fasse référence. En revanche, les juges sud-africains, sous le régime d'apartheid, ont fait preuve de beaucoup plus de timidité lorsqu'il s'agissait d'affirmer leur rôle d'arbitre. Examinons une fois de plus ces deux situations à tour de rôle en débutant avec le Canada où la Cour suprême est considérée comme étant la gardienne de l'État de droit.

### **I. La Cour suprême du Canada : gardienne de l'État de droit**

La Cour suprême du Canada est garante de la mise en œuvre du principe d'égalité devant la loi. De nombreuses décisions ont permis aux neuf juges d'élaborer ce principe. Aux fins de cette recherche, il convient d'examiner brièvement trois de ces décisions qui sont : *Roncarelli c. Duplessis*<sup>66</sup>, le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*<sup>67</sup> et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*<sup>68</sup>. Ces trois décisions permettent de comprendre le cheminement fait par la Cour suprême dans l'élaboration et la consécration de l'État de droit au Canada. Analysons tout d'abord l'affaire *Roncarelli c. Duplessis*.

---

<sup>65</sup> P. CRAIG, préc., note 17, p. 473 et 474.

<sup>66</sup> *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

<sup>67</sup> *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

<sup>68</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

### A) *Roncarelli c. Duplessis*

La Cour suprême rend la décision *Roncarelli c. Duplessis* le 27 janvier 1959. En l'espèce, Monsieur Roncarelli, restaurateur à Montréal, détenait un permis de la Commission des Liqueurs lui permettant de vendre de l'alcool dans son établissement. L'appelant, en tant que membre des témoins de Jéhovah, s'est rendu caution pour 390 coreligionnaires. Il est allégué que le premier ministre du Québec, Maurice Duplessis, aurait contacté le directeur de la Commission des Liqueurs afin de retirer le permis de Roncarelli.

Pour la Cour suprême, Duplessis a exercé un pouvoir arbitraire dans la mesure où rien ne l'autorisait à ordonner le retrait du permis de Roncarelli. Le premier ministre a donc outrepassé le cadre de l'exercice de ses fonctions en s'ingérant dans les affaires de la Commission des Liqueurs<sup>69</sup>. Le juge Rand se fonde sur le principe de la primauté du droit qui constitue, selon lui, l'un des fondements de la Constitution canadienne. Il indique ainsi dans son opinion :

« That an administration according to law is to be superseded by action dictated by and according to the arbitrary likes, dislikes and irrelevant purposes of public officers acting beyond their duty, would signalize the beginning of disintegration of the rule of law as a fundamental postulate of our constitutional structure. »<sup>70</sup>

La primauté du droit ne fait pas l'objet d'une disposition explicite dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais le préambule de cette dernière énonce bien que le Canada repose sur « les mêmes principes que celle du Royaume-Uni »<sup>71</sup> pour qui l'État de droit constitue un principe constitutionnel.

À partir de 1982, les juges de la Cour suprême ont une nouvelle disposition sur laquelle se fonder à savoir le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>72</sup> qui fait référence au principe de la primauté du droit de manière explicite. L'importance de ce préambule se fait d'ailleurs ressentir dans la décision concernant le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* comme nous allons maintenant le voir.

---

<sup>69</sup> Geneviève CARTIER, « L'héritage de l'affaire *Roncarelli c. Duplessis* 1959-2009 », (2010) 55-3 *Revue de droit de McGill* 375, 387-388

<sup>70</sup> *Roncarelli c. Duplessis*, préc., note 66, 142.

<sup>71</sup> L.C. 1867, préambule.

<sup>72</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), (ci-après « L.C. 1982 »).

## **B) Le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba**

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, le gouvernement demande à la Cour suprême de se prononcer sur la validité des lois unilingues du Manitoba. En effet, les lois du Manitoba étaient rédigées uniquement en anglais portant ainsi atteinte à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*<sup>73</sup> qui dispose que les lois de la Législature de ladite province doivent être imprimées et publiées en anglais et en français<sup>74</sup>.

Pour la Cour, les lois unilingues sont inconstitutionnelles, mais doivent rester temporairement en vigueur pour ne pas créer un vide juridique qui serait contraire au maintien d'un ordre public de droit positif. Pour les juges, la primauté du droit signifie que « le droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire »<sup>75</sup>, mais signifie également qu'un système de droit positif doit être à la base de tout ordre public. La Cour motive ainsi :

« La primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif. L'ordre public est un élément essentiel de la vie civilisée. C'est ce second aspect de la primauté du droit qui est en cause dans la présente situation. La conclusion que les lois de la législature du Manitoba sont invalides et inopérantes signifie que l'ordre de droit positif qui est censé avoir réglé les affaires du Manitoba depuis 1890 se trouvera détruit et que les droits, obligations et autres effets découlant de ces règles de droit seront invalides et non exécutoires. »<sup>76</sup>

Cette décision a été rendue le 13 juin 1985 soit après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette dernière ne consacre toujours pas de disposition normative explicite garantissant la primauté du droit si ce n'est son préambule qui dispose : « attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit »<sup>77</sup>. Cela n'empêche pas la Cour suprême de s'y référer de manière implicite :

« En plus de l'inclusion de la primauté du droit dans le préambule des Lois constitutionnelles de 1867 et de 1982, le principe est nettement implicite de par la nature même d'une constitution. La Constitution, en tant que loi suprême, doit être interprétée comme un aménagement fonctionnel des

---

<sup>73</sup> *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3.

<sup>74</sup> *Id.*, art. 23.

<sup>75</sup> *Renvoi relatif aux droits linguistiques du Manitoba*, préc., note 67, 748.

<sup>76</sup> *Id.*, 749.

<sup>77</sup> L.C. 1982, préambule.



relations sociales qui sert de fondement à l'existence d'un ordre réel de droit positif. Les fondateurs de notre pays ont certainement voulu, entre autres principes fondamentaux d'édification nationale, que le Canada soit une société où règne l'ordre juridique et dotée d'une structure normative : une société soumise à la primauté du droit. Même s'il ne fait pas l'objet d'une disposition précise, le principe de la primauté du droit est nettement un principe de notre Constitution. »<sup>78</sup>

La troisième décision de la Cour suprême, qu'il convient maintenant d'examiner, va au-delà de l'analyse implicite et explicite des préambules respectifs de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* consacre la primauté du droit comme un des quatre principes constitutionnels fondamentaux du pays.

### C) Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* rendu le 20 août 1998, la Cour suprême devait répondre à deux questions : est-ce que le Québec possède un droit de faire sécession en droit interne ? Et est-ce que le Québec possède un droit de faire sécession en droit international ? Si la réponse était affirmative pour les deux cas alors la Cour devait déclarer quel droit devait prévaloir.

La Cour se fonde sur la nature des principes constitutionnels sous-jacents qui sont des principes non écrits dans la Constitution, mais qui constituent néanmoins sa « force vitale »<sup>79</sup>. Ces principes sont au nombre de quatre : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit ainsi que le respect des droits des minorités<sup>80</sup>. Pour les juges, ces principes « fonctionnent en symbiose »<sup>81</sup> c'est-à-dire qu'« aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre »<sup>82</sup>.

À la différence de *Roncarelli c. Duplessis* et du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême en l'espèce ne se fonde plus seulement sur les dispositions écrites

---

<sup>78</sup> *Renvoi relatif aux droits linguistiques du Manitoba*, préc., note 67, 750 et 751.

<sup>79</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 68, par. 51, 248.

<sup>80</sup> *Id.*, par. 49, 249.

<sup>81</sup> *Id.*

<sup>82</sup> *Id.*

du texte constitutionnel puisque, pour elle, la Constitution du Canada ne se limite pas à l'énoncé de l'article 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>83</sup> :

« La « Constitution du Canada » comprend certainement les textes énumérés au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Même si ces textes jouent un rôle de premier ordre dans la détermination des règles constitutionnelles, ils ne sont pas exhaustifs. La Constitution « comprend des règles non écrites et écrites », comme nous l'avons souligné récemment dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité au par. 92. »<sup>84</sup>

Ainsi, pour la Cour suprême, « il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle »<sup>85</sup> sans les principes constitutionnels sous-jacents.

Pour la professeure Danielle Pinard, la Cour suprême ne cherche plus en l'espèce à se référer au texte constitutionnel, mais se repose plutôt sur « des considérations fonctionnelles »<sup>86</sup>. En effet, la constitution ne prévoyant pas toutes les possibilités de réponse pour les problèmes rencontrés, il importe pour les juges de puiser dans le texte écrit des principes implicites : « en cas de silence du droit constitutionnel écrit, on retrouvera la réponse à toute question dans les principes qui le sous-tendent. »<sup>87</sup>

En effet, la question de la sécession du Québec ne trouve pas de réponse dans le texte constitutionnel si bien que la Cour suprême se trouvait face à un dilemme parfaitement résumé par l'ancien juge Ian Binnie :

« In the *Quebec Secession Reference* the Court was asked to *assume* a unilateral declaration of secession by the Province of Quebec following a hypothetical unilateral declaration of independence by the government of Quebec following a hypothetical majority vote on a hypothetical referendum question. This was an eventuality neither covered by the text of any constitutional document, nor anticipated by the jurisprudence. What

---

<sup>83</sup> L.C. 1982, art. 52(2) : « La Constitution du Canada comprend : a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi ; b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe ; c) les modifications des textes législatifs et les décrets mentionnés aux alinéas a) ou b). »

<sup>84</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 68, par. 32, 239.

<sup>85</sup> *Id.*, par. 51, 258.

<sup>86</sup> Danielle PINARD, « Certaines utilisations de principes constitutionnels implicites par la Cour suprême du Canada », (2007) 55 *JöR* 625, 29, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/13364/Certaines%20utilisations%20de%20principes%20constitutionnels%20implicites%20par%20la%20Cour%20supr%C3%Aame%20du%20Canada.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consulté le 16 juin 2016).

<sup>87</sup> *Id.*

was the Court's answer to be? The judges had either to throw up their collective hands in despair and to declare there to be no satisfactory legal response, or to identify a fresh analytical framework within which to consider the consequences under both domestic and international law. »<sup>88</sup>

Ces principes constitutionnels sous-jacents occupent donc deux rôles importants, le premier d'entre eux étant de guider l'interprétation des dispositions explicites retrouvées dans le texte constitutionnel :

« Ces principes guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétences, la portée des droits et obligations, ainsi que le rôle de nos institutions politiques. Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution, cet « arbre vivant » selon la célèbre description de l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*. »<sup>89</sup>

Deuxièmement, puisque la Constitution ne prévoit pas la solution à tous les litiges présentés devant la Cour, comme ce fut notamment le cas en l'espèce, les principes implicites ont également pour rôle de combler les lacunes du texte écrit : « la solution des litiges constitutionnels se fonde soit sur le libellé de la Constitution, soit sur une interprétation créatrice des tribunaux. »<sup>90</sup>

Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* est d'une importance considérable puisque la Cour suprême donne à ces principes constitutionnels sous-jacents une force normative liant à la fois les tribunaux et les gouvernements :

« Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont « plein effet juridique » selon les termes du *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs ; ils sont aussi investis

---

<sup>88</sup> Ian BINNIE, *Charles Gonthier and the Unwritten Principles of the Canadian Constitution*, Responsabilité, fraternité et développement durable en droit : une conférence en mémoire de l'honorable Charles D. Gonthier, Faculté de droit, Université McGill, Montréal, 2011.

<sup>89</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 68, par. 52, 248.

<sup>90</sup> Olivier COURTEMANCHE, *Les principes constitutionnels implicites. Étude jurisprudentielle de leur nature, de leur rôle et de leur autorité*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2008, p. 100.

d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. »<sup>91</sup>

Cette reconnaissance supralégislative des principes non écrits suscita beaucoup de critiques. Parmi elles, le constitutionnaliste Peter Hogg reconnaît l'existence de principes constitutionnels sous-jacents dans la Constitution, mais exprime tout de même ses craintes : « unwritten constitutional principles are vague enough to arguably accomodate virtually any grievance about government policy. »<sup>92</sup>

Parmi les quatre principes dégagés, la corrélation entre la démocratie et la primauté du droit semble être essentielle pour la Cour qui affirme :

« L'assentiment des gouvernés est une valeur fondamentale dans notre conception d'une société libre et démocratique. Cependant, la démocratie au vrai sens du terme ne peut exister sans le principe de la primauté du droit. C'est la loi qui crée le cadre dans lequel la « volonté souveraine » doit être déterminée et mise en œuvre. Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques. »<sup>93</sup>

L'évolution jurisprudentielle que constitue le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* permet une fois de plus aux juges d'asseoir la légitimité et le respect de la primauté du droit au Canada, ce principe fondamental qui « fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État. »<sup>94</sup> À travers toutes ces références au texte constitutionnel et depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* et donc de la *Charte des droits et libertés*, le Canada est passé d'un système de suprématie parlementaire à un système de suprématie constitutionnelle excluant ainsi tout exercice arbitraire.

\* \* \*

Ces trois décisions démontrent comment l'instance judiciaire canadienne s'est affirmée comme rempart aux manquements au respect de l'État de droit. Pour que celui-ci rayonne, l'existence d'un pouvoir judiciaire impartial et indépendant effectuant un contrôle judiciaire est un élément nécessaire et indispensable. Pour affermir l'existence du contrôle judiciaire, le

---

<sup>91</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 68, par. 54, 249.

<sup>92</sup> P. HOGG, préc., note 36, p. 15-54.

<sup>93</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 68, par. 67, 256.

<sup>94</sup> *Id.*, par. 70, 257.

Canada se repose sur la tradition juridique anglo-saxonne du *judicial review*, si bien que les juges de la Cour suprême canadienne n'ont pas eu besoin d'élaborer un arrêt de principe à l'image de la Cour suprême des États-Unis avec la décision *Marbury v. Madison*<sup>95</sup>.

Pour le professeur Luc Tremblay, il y a dans la décision *Marbury v. Madison*, pour les constitutionnalistes canadiens, deux constats primordiaux : la Constitution est le texte juridique suprême et le contrôle judiciaire des lois par les tribunaux est légitime<sup>96</sup>. Le juge en chef américain Marshall, décrivant ce que signifie « *judicial duty* », écrit d'ailleurs à ce sujet :

« It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably for the law, disregarding the Constitution; or conformably to the Constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the Constitution; and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. »<sup>97</sup>

*Marbury v. Madison* fait donc partie des arrêts historiques du droit constitutionnel américain puisque la Cour suprême des États-Unis confirme son habilité à juger la conformité des lois à la Constitution.

Si la Cour suprême canadienne se fonde sur l'héritage juridique britannique pour consacrer la notion du *judicial review*, on pourrait a priori penser qu'il en va de même pour l'Afrique du Sud. Cependant, nous verrons que sous le régime d'apartheid, une suprématie parlementaire exacerbée ne laissera pas de place au contrôle judiciaire, et ce en dépit des influences anglo-saxonnes retrouvées dans ses institutions. À partir des années 1960, le gouvernement sud-africain s'ingère davantage dans le travail des tribunaux de là à soulever quelques questions concernant l'indépendance de ces derniers qu'il convient maintenant d'analyser.

---

<sup>95</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>96</sup> Luc B. TREMBLAY, « *Marbury v. Madison* and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice », (2004)

36 *George Washington International Law Review* 515, 515.

<sup>97</sup> *Marbury v. Madison*, préc., note 95, 177 et 178.

## II. L'indépendance controversée des Cours de justice sud-africaines

Contrairement au Canada et aux États-Unis pour qui les tribunaux doivent impérativement contrôler la constitutionnalité des lois, l'Afrique du Sud opta pour une tout autre logique. En effet, celle-ci entend par suprématie parlementaire l'absence de contrôle judiciaire des lois adoptées par le parlement. Cette absence de *judicial review* est ainsi consacrée de manière explicite dans la *Constitution sud-africaine de 1961*<sup>98</sup> à la section 59(2) qui prévoit :

« No court of law shall be competent to enquire into or to pronounce upon the validity of any Act passed by Parliament, other than an Act which repeals or amends or purports to repeal or amend the provisions of section 108 or 118. »<sup>99</sup>

Pour l'État sud-africain, le pouvoir judiciaire doit se contenter d'appliquer la loi sans pour autant l'interpréter. À la fin du régime d'apartheid, les juges expliquèrent qu'ils adhéraient à cette pratique restrictive de la justice de peur que le gouvernement ne nomme des juges peu soucieux du respect de l'État de droit<sup>100</sup>.

Deux affaires illustrent cette indépendance judiciaire pour le moins controversée : *R. v. Adams and others*<sup>101</sup>, communément référée par le « *Treason Trial* » et *The State v. Nelson Mandela and others*.<sup>102</sup> Commençons tout d'abord notre analyse avec le « *Treason Trial* ».

### A) Le « *Treason Trial* »

Le 26 juin 1955 se réunit à Kliptown le Congrès de l'Alliance comprenant l'ANC, le parti communiste sud-africain et le congrès des démocrates afin d'adopter une *Charte de la liberté*<sup>103</sup> dans laquelle un ensemble de principes renforcerait l'établissement d'un État démocratique non racial. Le 5 décembre 1955, une centaine de membres de l'ANC sont

---

<sup>98</sup> *Republic of South Africa Constitution Act n° 32*, 24 avril 1961, en ligne : <[http://www.worldstatesmen.org/south\\_africa\\_const1961.pdf](http://www.worldstatesmen.org/south_africa_const1961.pdf)> (consulté le 15 février 2016).

<sup>99</sup> *Id.*, section 59(2). Les sections 108 et 118 mentionnées dans la section 59(2) concernent respectivement l'égalité de l'anglais et de l'afrikaans comme langues officielles du pays et l'amendement des lois.

<sup>100</sup> Desmond TUTU, *No Future Without Forgiveness*, New York, Doubleday, 2000, p. 226 : « when we asked why they did not refuse to collaborate with injustice by resigning they said they feared that the government might very well appoint people even less sympathetic to true justice and that some possibility of justice was better than none of all. »

<sup>101</sup> *R. v. Adams and others* 1959 (3) SA 753 (A).

<sup>102</sup> Joel JOFFE, *The State v. Nelson Mandela: The Trial That Changed South Africa*, Oxford, Oneworld Publications, 2007.

<sup>103</sup> CONGRESS OF THE PEOPLE, *The Freedom Charter*, Kliptown, 26 juin 1955, en ligne : <<http://www.anc.org.za/show.php?id=72>> (consulté le 28 mars 2016).

arrêtés et accusés de haute trahison et de conspiration en vue de faire tomber le régime en place par la violence pour y substituer un État communiste. Parmi les 95 accusés figurent Nelson Mandela et ses camarades.

Le procès *R. v. Adams and others* fut reporté en raison d'un incident bien particulier sur lequel il faut s'attarder afin de comprendre le déroulement de la lutte anti-apartheid ainsi que certaines conclusions rendues par la CVR sud africaine que nous verrons dans la première partie. En effet, le 21 mars 1960, Robert Sobukwe, président du Congrès panafricain (ci-après « PAC »), appelle à des manifestations pacifiques pour dénoncer le système du port du laissez-passer. Plus de 3 000 personnes se réunissent alors à Sharpeville devant les postes de police pour y brûler leurs documents. La police, ayant reçu l'ordre de disperser la foule, finit par tirer des coups de feu qui feront 67 morts et environ 200 blessés. Le massacre de Sharpeville marque un tournant dans la lutte anti-apartheid. Celle-ci, qui avait jusqu'à présent été pacifique dans ses moyens de défense, opte pour une lutte armée qui se fait désormais dans la clandestinité puisque suite à l'incident, le gouvernement décrète l'état d'urgence et bannit les partis d'opposition, notamment l'ANC et le PAC.

Malgré les conséquences engendrées par ce massacre, le juge Rumpff acquitte les accusés. Selon lui, il est vrai que l'ANC possède sa part de responsabilité dans la commission d'actes illégaux en vue de changer de régime. Cependant, la couronne n'a pas réussi à prouver que l'ANC utilisait la violence comme moyen pour y parvenir :

« Yes, the ANC had been working to replace the government with a « radically and fundamentally different form of state » ; yes, the ANC had used illegal means of protest during the Defiance Campaign ; yes, certain ANC leaders had made speeches advocating violence ; and yes, there was a strong left-wing tendency in the ANC that was revealed in its anti-imperialist, anti-West, pro-Soviet attitudes, « but on all evidence presented to this court and on our finding of fact it is impossible for this court to come to the conclusion that the ANC had acquired or adopted a policy to overthrow the state by violence, that is, in the sense that the masses had to be prepared or conditioned to commit direct acts of violence against the state ». »<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> Nelson MANDELA, *Long Walk to Freedom. The Autobiography of Nelson Mandela*, New York, Back Bay Books, 1995, p. 259.

La décision du juge Rumpff met le gouvernement dans l'embarras qui décide de s'ingérer davantage dans le pouvoir judiciaire pour éviter qu'une telle issue ne se reproduise à l'avenir : « the lesson they took away was not that we had legitimate grievances but that they needed to be far more ruthless »<sup>105</sup>. Parmi les nouvelles pratiques utilisées : la torture. Si elle ne fut jamais employée sur les accusés du *Treason Trial* pour obtenir des renseignements, cette pratique allait néanmoins devenir monnaie courante après 1961<sup>106</sup>.

Pour Nelson Mandela, ce procès incarne la dernière manifestation du respect de l'État de droit. Avocat de formation, ce dernier regrette l'instrumentalisation du droit opérée par le gouvernement<sup>107</sup>. Le *Treason Trial* marque ainsi la fin du respect envers la primauté du droit et ouvre une nouvelle ère au sein de l'institution judiciaire sud-africaine. Déjà privée de l'exercice du contrôle judiciaire, elle n'est désormais plus impartiale ni indépendante. L'ingérence de l'exécutif au sein du pouvoir judiciaire s'incarne spécifiquement dans la décision *The State v. Nelson Mandela and others* qu'il convient d'examiner.

### **B) *The State v. Nelson Mandela and others***

Cette affaire marque la volonté pour le gouvernement sud-africain d'éradiquer tous mouvements anti-apartheid désormais illégaux en envoyant leurs dirigeants en prison. Alors que Mandela purge une peine de cinq ans d'emprisonnement pour avoir quitté le territoire de manière illégale et incité des travailleurs à faire grève, 15 de ses camarades de l'ANC et lui-même vont être arrêtés et accusés de plusieurs actes de sabotage en lien avec l'Umkhonto we Sizwe, la branche armée de l'ANC.

La peine applicable pour les actes en question, à savoir la peine capitale, suscita l'indignation de la communauté internationale qui décide d'un embargo sur l'Afrique du Sud. Plusieurs dirigeants internationaux ont également demandé à la justice sud-africaine d'être clémentes dans son jugement.

Le 12 juin 1964, 8 des 10 accusés, dont Nelson Mandela, Walter Sisulu, Denis Goldberg, Govan Mbeki, Ahmed Kathrada, Raymond Mhlaba, Elias Motsoaledi et Andrew Mlangeni,

---

<sup>105</sup> *Id.*

<sup>106</sup> *Id.*, p. 261.

<sup>107</sup> *Id.*, p. 260 « I went from having an idealistic view of the law as a sword of justice to a perception of the law as a tool used by the ruling class to shape society in a way favorable to itself. I never expected justice in court, however much I fought for it, and though sometimes I received it. »



sont jugés coupables. Ces derniers évitent de peu la peine capitale et seront finalement condamnés à la prison à perpétuité. Pour le juge de Wet, les membres de l'ANC n'auraient pas dû être accusés de sabotage, mais de haute trahison. Il argumente ainsi:

« The function of this court as is the function of the court in any other country is to enforce law and order and to enforce the laws of the state within which it functions. The crime of which the accused have been convicted that is the main crime, the crime of conspiracy, is in essence one of high treason. The state has decided not to charge the crime in this form. Bearing this in mind and giving the matter very serious consideration I have decided not to impose supreme penalty which in a case like this would usually be the proper penalty for the crime, but consistent with my duty that is the only leniency which I can show. The sentence in the case of all the accused will be one of life imprisonment. »<sup>108</sup>

Les pressions exercées par la communauté internationale qui décida d'un embargo sur l'Afrique du Sud peuvent, en partie, expliquer l'issue du procès.

Dans sa plaidoirie, Nelson Mandela démontre son admiration pour le système britannique et rappelle que son intention n'est pas de créer un État communiste, fait qui lui était reproché en raison de l'alliance existant entre l'ANC et le parti communiste, mais d'établir un régime démocratique où l'indépendance judiciaire serait garantie<sup>109</sup>.

Sous le régime d'apartheid, l'indépendance judiciaire fut un principe méconnu tel que nous l'avons démontré à travers les dispositions législatives traduisant une suprématie parlementaire excessive en ne permettant pas aux tribunaux d'effectuer de contrôle judiciaire.

\* \* \*

La Cour suprême du Canada, quant à elle, revendique souvent le principe de légalité sur lequel le pays se fonde en appliquant la loi pour tous et excluant ainsi tout exercice arbitraire

---

<sup>108</sup> *Id.*, p. 375 et 376.

<sup>109</sup> *Id.*, p. 367 : « from my reading of Marxist literature and from conversation with Marxists, I have gained the impression that communists regard the parliamentary system of the West as undemocratic and reactionary. But, on the contrary, I am an admirer of such a system. The Magna Carta, the Petition of rights and the Bill of rights, are documents which are held in veneration by democrats throughout the world. I have a great respect for British political institutions, and for the country's system of justice. I regard the British parliament as the most democratic institution in the world, and the independence and impartiality of its judiciary never fail to arouse my admiration. »

de la part du gouvernement. La protection contre l'arbitraire des pouvoirs exécutif et/ou législatif résulte principalement de l'indépendance judiciaire. Pourtant, aucune disposition législative ne garantit ce principe de manière explicite laissant ainsi les juges se référer à la tradition pour soutenir son existence. Pour appuyer cette thèse, la professeure en droit, Martine Valois se fonde sur les arguments présentés dans l'affaire *Valente c. La Reine*<sup>110</sup> :

« La Cour suprême confirme que l'indépendance judiciaire est d'abord un fait social. La validité empirique de l'indépendance judiciaire est bien réelle, quand bien même le droit positif ne contient pas une règle juridique repérable sur l'indépendance judiciaire. Dans *Valente*, la Cour soutient que les juges, la doctrine et le monde juridique en général ont toujours considéré que les tribunaux judiciaires bénéficiaient de la garantie d'indépendance judiciaire, même si aucune disposition ne le prévoyait de manière spécifique pour l'ensemble des tribunaux. »<sup>111</sup>

Cependant, les juges affirment aussi dans *Valente c. La Reine*, que la tradition ne peut servir de seule justification à la protection de l'indépendance judiciaire au Canada<sup>112</sup>. Pour pallier le manque de dispositions, trois principes ont donc été dégagés afin de garantir un pouvoir judiciaire indépendant : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle<sup>113</sup>.

L'indépendance judiciaire constitue la pierre angulaire pour tout État voulant respecter la primauté du droit. L'autonomie institutionnelle explique en grande partie pourquoi « seules les Cours de justice peuvent garantir le respect de la primauté du droit à l'encontre de l'arbitraire du gouvernement »<sup>114</sup> puisque seul le pouvoir judiciaire n'est responsable devant aucune autre entité telle que l'indique la professeure Valois :

« L'indépendance judiciaire, c'est-à-dire la liberté des juges de rendre des décisions fondées sur le droit sans influence extérieure ou pression sous quelque forme que ce soit, est une condition essentielle au maintien de la primauté du droit. Si l'un des seuils évolutifs du système politique est l'imposition du gouvernement responsable, en ce qui a trait au système

---

<sup>110</sup> *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

<sup>111</sup> Martine VALOIS, *L'indépendance judiciaire : La justice entre droit et gouvernement*, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 360.

<sup>112</sup> *Valente c. La Reine*, préc., note 110, par. 36.

<sup>113</sup> Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 814 à 839.

<sup>114</sup> M. VALOIS, préc., note 111, p. 351.

juridique, ce seuil évolutif est l'institutionnalisation d'un système judiciaire qui n'est responsable devant aucune autorité politique ou sociale. »<sup>115</sup>

Sur le plan international, le degré d'indépendance de l'institution judiciaire est une caractéristique essentielle permettant d'évaluer le niveau démocratique d'un État. Pour les pays sortant d'un régime autoritaire, le droit international a récemment mis en place la notion de justice transitionnelle pour répondre aux aspirations démocratiques des sociétés en transition. Les différents instruments de la justice transitionnelle ont pour but d'implanter les garanties d'un État de droit et, plus particulièrement, instaurer un pouvoir judiciaire indépendant s'érigeant comme rempart à l'arbitraire éventuel exercé par le nouveau gouvernement et/ou parlement.

---

<sup>115</sup> *Id.*, p. 385.

## **Chapitre 2 : Le développement de la justice transitionnelle**

Le concept de justice transitionnelle est récent et continue d'évoluer si bien que ses contours aujourd'hui demeurent encore flous. À défaut de faire l'objet d'un consensus quant à sa définition, il existe néanmoins des caractéristiques permettant la délimitation de son champ d'études comme nous allons maintenant le voir.

### **Section 1 : Concept émergent en droit international**

Apparue dans les trente dernières années en droit international, la justice transitionnelle ne finit pas de susciter de l'intérêt chez les défenseurs des droits de l'homme. Un bref rappel sur l'historique de cette notion ainsi que la démonstration de ses principales caractéristiques permettront de comprendre le contexte de création et l'utilité de l'instrument qu'est la CVR dans des situations transitionnelles. Examinons tout d'abord l'historique du concept de justice transitionnelle.

#### **I. Historique**

Le concept de justice transitionnelle prend racine en droit international dans les années 1990 avec la théorisation de cette notion par plusieurs auteurs. Si le terme de « justice transitionnelle » n'est pas encore utilisé, on en retrouve tout de même les prémices à la moitié du 20<sup>e</sup> siècle suite au deuxième conflit mondial. La justice transitionnelle s'incarne dans le procès de Nuremberg mis en place par les puissances alliées dans le but de juger les dirigeants de l'Allemagne nazie. La lutte contre l'impunité débute ainsi avec la création du premier tribunal pénal international.

La chute des dictatures militaires en Amérique latine dans les années 1970 et 1980 a également contribué au développement de la notion avec la mise en place de plusieurs instruments novateurs chargés de répondre aux violations des droits de l'homme et établir une démocratie. Cette deuxième phase d'évolution de la justice transitionnelle rompt avec la vision stricto judiciaire établie par le procès de Nuremberg.

Les années 1990 marquent enfin la théorisation du concept à travers l'identification de ses caractéristiques particulières que nous allons maintenant étudier afin de comprendre les lignes directrices ayant servi à l'élaboration du mécanisme des commissions de vérité.

## II. Les caractéristiques

Le terme de « justice transitionnelle » est utilisé pour la première fois en 1988 lors de la Conférence d'Aspen réunissant des juristes et des défenseurs des droits de l'homme<sup>116</sup>. Ce terme aurait été inventé dans le but de délimiter un nouveau champ d'études en matière de droits de l'homme dans les situations transitionnelles<sup>117</sup>.

Bien que cette notion soit récurrente dans le discours politique et juridique du 21<sup>e</sup> siècle, sa définition ne fait pas l'objet d'un consensus. La professeure Ruti Teitel tenta néanmoins de définir la justice transitionnelle comme suit : « transitional justice refers to the view of justice associated with periods of political change, as reflected in the phenomenology of primarily legal responses that deal with the wrongdoing of repressive predecessor regimes. »<sup>118</sup>

La tendance actuelle est de définir la justice transitionnelle principalement à travers ses instruments et mécanismes. C'est notamment ce que tenta de faire l'ancien Secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan dans son rapport du 23 juillet 2004 :

« L'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation. Peuvent figurer au nombre de ces processus des mécanismes tant judiciaires que non judiciaires, avec (le cas échéant) une intervention plus ou moins importante que la communauté internationale, et des poursuites engagées contre des individus, des indemnisations, des enquêtes visant à établir la vérité, une réforme des institutions, des contrôles et des révocations ou une combinaison de ces mesures. »<sup>119</sup>

La justice transitionnelle renvoie donc à l'ensemble des procédés mis en œuvre en période de transition par un État ayant été confronté à des violations des droits de l'homme massives et graves perpétrées, le plus souvent, par le régime en place. Ces procédés accompagnent alors

---

<sup>116</sup> Noémie TURGIS, *La justice transitionnelle en droit international*, coll. « StradaLex organisation internationale et relations internationales », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 14.

<sup>117</sup> Paige ARTHUR, « How « Transitions » Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice », (2009) 31 *Human Rights Quarterly* 321, 326.

<sup>118</sup> Ruti G. TEITEL, « Transitional Justice in a New Era », (2002) 26-4 *Fordham International Law Journal* 893, 893.

<sup>119</sup> Secrétaire Général des Nations Unies, *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Doc. N.U. S/2004/616 (23 août 2004), paragraphe 8, en ligne : <<http://www.ipu.org/splz-f/unga07/law.pdf>> (consulté le 20 avril 2016).

la volonté dudit État à établir un nouveau régime fondé sur des valeurs démocratiques et la primauté du droit.

Si la situation le permet, la justice transitionnelle poursuit les responsables, mais elle doit avant tout apporter la vérité et réparer les victimes et faire en sorte que de telles violations ne se reproduisent plus à l'avenir. La justice transitionnelle peut ainsi se résumer par quatre piliers : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non-répétition<sup>120</sup>. Examinons tout d'abord le premier pilier.

### A) Le droit de savoir

Le droit de savoir, ou le droit à la vérité, constitue le premier pilier de la justice transitionnelle. Enquêter sur les violations des droits de l'homme survenues dans l'ancien régime est une nécessité pour tout processus de transition. Depuis peu, la découverte de la vérité fut érigée par différentes Cours internationales et par les Nations Unies comme une obligation incombant aux États<sup>121</sup>.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme fut la première à mentionner ce droit dans l'affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras*<sup>122</sup>. En l'espèce, un étudiant hondurien, arrêté sans mandat par des officiers de l'armée du pays pour crimes politiques, alléguait que ces derniers l'auraient kidnappé et torturé.

Pour la Cour, l'Honduras a deux obligations, celle de respecter les droits et libertés consacrés par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*<sup>123</sup> et celle d'assurer l'exercice plein et effectif de ces droits et libertés. Afin d'y remédier, l'État doit prévenir, enquêter et punir les violations des droits de l'homme comme indiqué au paragraphe 166 de la décision :

« The second obligation of the State Parties is to « ensure » the free and full exercise of the rights recognized by the Convention to every person subject

---

<sup>120</sup> Carol MOTTET et Christian POUT, *La justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable*, Conférence « La justice transitionnelle. Une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable », Yaoundé, Cameroun, 2009, p. 16, en ligne : <<http://www.ohchr.org/Documents/Countries/Africa/ActesConf2JusticeTransit.pdf>> (consulté le 24 avril 2016).

<sup>121</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 23.

<sup>122</sup> *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, jugement, 21 juillet 1989, (Cour interaméricaine des droits de l'homme), en ligne : <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_07\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_ing.pdf)> (consulté le 23 mars 2016).

<sup>123</sup> *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, en ligne : <<http://www.cidh.oas.org/basicos/french/c.convention.htm>> (consulté le 23 mars 2016).

to its jurisdiction. This obligation implies the duty of the States Parties to organize the governmental apparatus and, in general, all the structures through which public power is exercised, so that they are capable of juridically ensuring the free and full enjoyment of human rights. As a consequence of this obligation, the State must prevent, investigate and punish any violation of the rights recognized by the Convention, and moreover, if possible attempt to restore the right violated and provide compensation as warranted for damages resulting from the violation. »<sup>124</sup>

Cette obligation d'accéder à la vérité a par la suite été consacrée par le Conseil économique et social de l'ONU à travers les « Principes Joinet-Orentlicher » reprenant les quatre piliers de la justice transitionnelle. Ces principes se retrouvent dans le rapport intitulé *Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme pour la lutte contre l'impunité*<sup>125</sup> du 8 février 2005 rédigé par l'experte indépendante Diane Orentlicher.

Un des principaux principes retrouvés dans ce rapport concerne le droit inaliénable à la vérité et dispose que :

« Chaque peuple a le droit inaliénable de connaître la vérité sur les événements passés relatifs à la perpétration de crimes odieux, ainsi que sur les circonstances et les raisons qui ont conduit, par la violation massive ou systématique des droits de l'homme, à la perpétration de ces crimes. L'exercice plein et effectif du droit à la vérité constitue une protection essentielle contre le renouvellement des violations. »<sup>126</sup>

Si la communauté internationale s'y réfère de plus en plus, il n'est pas certain que le droit à la vérité soit véritablement ancré en droit international au point de pouvoir être invoqué devant les tribunaux. Il peut être intéressant de se demander si les principes Joinet-Orentlicher constituent du *soft law*. Nous développerons davantage ce point lorsque nous terminerons d'analyser les quatre piliers.

Le droit à la vérité est tout de même reconnu comme un droit indépendant et imprescriptible dont la mise en œuvre passe par la création de divers mécanismes ayant pour objet

---

<sup>124</sup> *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, préc., note 122, par. 166.

<sup>125</sup> Conseil économique et social de l'ONU, *Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme pour la lutte contre l'impunité*, Doc.N.U. E/CN.4/2005/102/Add.1 (8 février 2005), en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/01/PDF/G0510901.pdf?OpenElement>> (consulté le 27 mars 2016).

<sup>126</sup> *Id.*, principe n°2, p. 7.

l'établissement des faits. Les victimes de violations des droits de l'homme possèdent elles aussi un droit de connaître la vérité<sup>127</sup>.

Parmi les mécanismes pouvant mettre en œuvre le droit à la vérité on retrouve les commissions de vérité, les commissions d'enquête ou l'accès aux archives nationales<sup>128</sup>. Si l'appareil judiciaire du pays en transition le permet, le droit à la justice, deuxième pilier de la justice transitionnelle, doit être mis en œuvre comme nous allons maintenant le voir.

## **B) Le droit à la justice**

Deuxième pilier de la justice transitionnelle, le droit à la justice se retrouve au principe intitulé « devoirs des États dans le domaine de l'administration de la justice » des principes Joinet-Orentlicher disposant que :

« Les États doivent mener rapidement des enquêtes approfondies, indépendantes et impartiales sur les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire et prendre des mesures adéquates à l'égard de leurs auteurs, notamment dans le domaine de la justice pénale, pour que les responsables de crimes graves selon le droit international soient poursuivis, jugés et condamnés à des peines appropriées. »<sup>129</sup>

Ce sont principalement les garanties d'une bonne administration de la justice, comme le droit à un recours effectif, qui assurent le respect de ce deuxième pilier. Tout État a l'obligation de condamner les auteurs des violations. Cependant, le droit à la justice est difficile à mettre en œuvre dans les situations de transition en raison du fait que l'instance judiciaire n'est plus viable parce qu'il y a eu la guerre ou parce qu'elle n'est pas suffisamment impartiale et indépendante.

Il y a souvent eu un débat sur le fait de savoir si le droit à la justice était compatible avec les procédés employés par la justice transitionnelle concernant notamment les amnisties. Ce débat « justice vs paix » ou « justice vs vérité » sera l'objet de la deuxième section. Cependant, qu'il y ait actions en justice ou non, cela ne doit pas empêcher l'État de réparer les préjudices subis par les victimes. Il convient désormais d'analyser le troisième pilier à savoir le droit à la réparation.

---

<sup>127</sup> *Id.*, principe n° 4, p. 7 : « indépendamment de toute action en justice, les victimes, ainsi que leur famille et leurs proches, ont le droit imprescriptible de connaître la vérité sur les circonstances dans lesquelles ont été commises les violations et, en cas de décès ou de disparition, sur le sort qui a été réservé à la victime. »

<sup>128</sup> C. MOTTET et C. POUT, préc., note 120, p. 17.

<sup>129</sup> Conseil économique et social de l'ONU, préc., note 125, principe n°19, p. 12.



### **C) Le droit à la réparation**

Le troisième pilier de la justice transitionnelle correspond au droit à la réparation que l'on retrouve au principe « droits et devoirs nés de l'obligation de réparer » des principes Joinet-Orentlicher : « toute violation d'un droit de l'homme fait naître un droit à réparation en faveur de la victime ou de ses ayants droit qui implique, à la charge de l'État, le devoir de réparer et la faculté de se retourner contre l'auteur. »<sup>130</sup>

Le droit à la réparation permet de réparer les préjudices subis par les victimes des violations des droits de l'homme. La réparation peut revêtir plusieurs formes et comprendre « des mesures relatives à la restitution, à l'indemnisation, à la réadaptation et des mesures satisfaisantes conformément au droit international. »<sup>131</sup>

Rétablir la dignité de la victime demeure l'objectif principal de ces mesures de réparation. L'indemnisation est le procédé le plus répandu compte tenu du fait que la restitution, c'est-à-dire rétablir la victime dans sa situation antérieure à la violation est souvent difficile à mettre en œuvre suite à un conflit.

Néanmoins, il ne fait aucun doute que la meilleure des compensations pour les victimes et la société touchée par le régime autoritaire est que les violations survenues ne se reproduisent plus. L'État doit donc être en mesure d'apporter des garanties de non-répétition et s'y tenir conformément au quatrième pilier qu'il convient d'étudier.

### **D) Le droit aux garanties de non-répétition**

Le droit aux garanties de non-répétition des violations constitue le quatrième et dernier pilier de la justice transitionnelle qui dispose que :

« Les États doivent veiller à ce que les victimes ne puissent de nouveau subir des violations de leurs droits. À cette fin, ils doivent entreprendre des réformes institutionnelles et prendre les mesures qui s'imposent pour garantir le respect de l'état de droit, susciter et entretenir une culture du respect des droits de l'homme, et rétablir ou instaurer la confiance de la population dans ses institutions publiques. Une représentation adéquate des femmes et des groupes minoritaires dans ces institutions est essentielle pour atteindre ces objectifs. Des réformes institutionnelles visant à prévenir tout

---

<sup>130</sup> *Id.*, principe n°31, p. 16.

<sup>131</sup> *Id.*, principe n°34, p. 17.

renouvellement des violations devraient être mises en place grâce à de vastes consultations publiques auxquelles participeraient les victimes et d'autres acteurs de la société civile. »<sup>132</sup>

Les garanties de non-répétition comprennent toutes les mesures visant à réformer les institutions publiques de l'État pour rétablir la confiance entre ces dernières et la société dans son ensemble. Parmi ces mesures, la réforme de l'appareil judiciaire est omniprésente, mais on retrouve également des réformes touchant l'éducation ou la santé : « les États devraient revoir de fond en comble leur législation et leur réglementation administrative. »<sup>133</sup>

Le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non-répétition trouvent leur raison d'être dans les instruments de la justice transitionnelle. Les principes Joinet-Orentlicher pourraient constituer du *soft law* dans la mesure où ces derniers font partie d'un document du Conseil économique et social des Nations Unies qui n'a certes pas de caractère obligatoire, mais qui pourtant pourrait avoir des effets fort utiles<sup>134</sup>.

Développé dans les années 1970, le concept de *soft law* se rattache, entre autres, aux instruments de droit international public dont la portée juridique est limitée contrairement aux traités. L'absence de création d'obligations et de sanctions caractérise ces instruments non contraignants. Parmi eux on compte, entre autres, certaines résolutions et déclarations des Nations Unies, les communications et les recommandations<sup>135</sup>.

Les instruments de justice transitionnelle ont souvent été confrontés à de vives critiques du fait du manque de justice qu'ils apportaient aux victimes. C'est ainsi que s'est cristallisée l'éternelle dualité « justice vs paix » distinguant deux écoles de pensée que nous allons maintenant étudier.

---

<sup>132</sup> *Id.*

<sup>133</sup> *Id.*, principe n°38, p. 19.

<sup>134</sup> Filippa CHATZISTAVROU, « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », (2005) *Le portique. Revue de philosophie et de sciences humaines* 15, en ligne : <<https://leportique.revues.org/591>> (consulté le 1 juin 2016).

<sup>135</sup> *Id.*

## **Section 2 : L'éternelle dualité « Justice vs Paix »**

Cette section s'attarde sur les prémices de cette dualité et les raisons la justifiant. Dès ses débuts, la justice transitionnelle fit l'objet de nombreuses critiques sur le manque de justice dans ses procédés qui privilégiaient le rétablissement de la paix à la poursuite des agresseurs. Néanmoins, la justice transitionnelle a su faire ses preuves sur le terrain et, depuis quelques années, ce débat apparaît de moins en moins justifié. Analysons, en premier lieu, les prémices de cette dualité.

### **I. Les prémices de cette dualité**

L'essor de la justice transitionnelle a suscité un important débat entre les procédés de cette dernière et le rôle de l'appareil judiciaire dans ces périodes de transition. Cette dualité « justice vs paix » ou « justice vs vérité » oppose ceux qui considèrent que seuls les tribunaux peuvent éviter que les violations ne se reproduisent à ceux qui pensent que des procédés alternatifs doivent être trouvés afin de rétablir la paix.

Suite au procès de Nuremberg, la communauté internationale considère la justice comme la mieux à même à répondre aux graves violations des droits de l'homme. Cette conception de l'appareil judiciaire comme instrument répressif et dissuasif s'incarne de toute évidence dans la création du tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie et le tribunal pénal pour le Rwanda.

Cette « chasse » à l'impunité atteint son apogée avec l'adoption du *Statut de Rome*<sup>136</sup> le 17 juillet 1998 créant la Cour pénale internationale. Le préambule indique que les États ont une obligation de poursuivre les auteurs de graves violations<sup>137</sup>. La communauté internationale condamne donc la possibilité que ces derniers puissent rester impunis. L'appareil judiciaire doit exercer ses fonctions répressives et dissuasives afin que de telles actions ne se reproduisent pas à l'avenir.

En dépit de cette obligation qui lui incombe, il est rare qu'un État sortant d'un conflit poursuive les auteurs, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les juridictions nationales peuvent ne pas être en état de fonctionner à cause des ravages de la guerre ou parce que

---

<sup>136</sup> *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. N.U. A/CONF.183/9 (17 juillet 1998), en ligne : <[http://legal.un.org/icc/statute/french/rome\\_statute\(f\).pdf](http://legal.un.org/icc/statute/french/rome_statute(f).pdf)> (consulté le 28 avril 2016).

<sup>137</sup> *Id.*, préambule : « affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale. »

celles-ci ont été complaisantes avec l'ancien régime. Les dégâts matériels ou le défaut d'impartialité font alors obstacle à toutes poursuites. Deuxièmement, ces juridictions nationales n'ont pas les ressources nécessaires pour faire comparaître l'ensemble des auteurs lorsque le nombre de victimes est trop élevé, amenant donc la justice à s'attarder uniquement aux « affaires notoires »<sup>138</sup>.

Cependant, face à certains succès émanant des instruments non judiciaires, cette dualité « justice vs paix » semble s'estomper peu à peu et le débat semble aujourd'hui, comme nous allons le voir, plus ou moins injustifié.

## II. Un débat injustifié ?

Les commissions de vérité et les amnisties constituent les principaux mécanismes développés par la justice transitionnelle pour répondre aux cas, mentionnés ci-dessus, où la justice serait déficiente. Ces instruments cristallisent le débat « justice vs paix ». Pour les uns, l'amnistie est un déni de justice et les commissions de vérité un moyen pour le gouvernement d'éviter les poursuites. Pour les autres, rétablir la paix est nécessaire avant de penser aux éventuelles poursuites.

Les résultats mitigés obtenus par le tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie et le tribunal pénal pour le Rwanda ainsi que le nombre croissant des commissions de vérité ont permis à la dualité « justice vs paix » de s'estomper peu à peu.

De plus, certains succès accomplis par la justice transitionnelle expliquent pourquoi le débat semble aujourd'hui moins virulent qu'il ne l'était. Parmi eux, les travaux de certaines commissions de vérité ont débouché sur des actions en justice une fois la paix revenue. En effet, le travail de recherche de vérité mené à grande échelle par ces instruments permet d'archiver les noms (si la commission permet la citation de noms) des victimes ainsi que des personnes suspectées d'avoir commis les violations. L'indépendance et l'impartialité de l'institution judiciaire, la volonté politique ou encore les compétences et les ressources

---

<sup>138</sup> Eduardo GONZÁLEZ et Howard VARNEY, *Recherche de la vérité. Éléments pour la création d'une commission de vérité efficace*, Brasilia, Ministère de la Justice du Brésil, 2013, p. 4, en ligne : <http://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeking-2013-French-TEMP.pdf> (consulté le 30 mars 2016).

possédées par le procureur sont autant d'éléments qui permettent de savoir si des poursuites seront entreprises suite à l'existence de la commission<sup>139</sup>.

Désormais, la communauté internationale conçoit les instruments de justice transitionnelle comme un complément au travail des tribunaux et non plus comme un adversaire à l'administration de la justice. Pour le juriste Wilder Tayler, ce débat n'a donc plus lieu d'être : « this false duality has become obsolete »<sup>140</sup>.

Il est évident que le débat « justice vs paix » semble aujourd'hui obsolète dans le domaine de la justice transitionnelle, mais qu'en est-il pour les États de droit qui implantent un instrument tel que la Commission de vérité et réconciliation et qui ne se trouvent pas dans une situation de transition ? En effet, nous verrons dans une deuxième partie que le Canada institua une commission de vérité dans le but de répondre aux revendications des anciens pensionnaires victimes de la politique d'assimilation des pensionnats indiens. L'utilisation de cet instrument dans un État de droit démocratique tel que le Canada soulève de nouveau la légitimité du débat « justice vs paix » puisque nous partons de l'hypothèse que le gouvernement fédéral canadien s'est servi d'un mécanisme non judiciaire de justice transitionnelle afin d'éviter des poursuites intentées contre lui devant les tribunaux.

Malgré les prouesses réalisées dans le domaine de la justice transitionnelle où le débat « justice vs paix » semble désormais injustifié, ce débat connaît une nouvelle forme dans les démocraties bien établies utilisant des mécanismes non judiciaires en dépit des garanties offertes par un État de droit. En choisissant la « paix » avec les Autochtones plutôt que l'accès à la justice, le Canada remet en doute l'utilité des cours de justice canadiennes et, plus largement, du pouvoir judiciaire indépendant et impartial.

---

<sup>139</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 94.

<sup>140</sup> *Id.*, p. 22.

## Conclusion de la partie préliminaire

Cette partie préliminaire a donc analysé le principe d'État de droit au Canada et en Afrique du Sud et l'émergence de la notion de justice transitionnelle posant ainsi le cadre théorique de l'étude qui s'ensuit.

Le premier chapitre fut consacré à l'adoption et la mise en œuvre de la conception moderne de la primauté du droit opérée par le Britannique Dicey qui pose trois principes essentiels : la primauté du droit pour éviter l'arbitraire, une même loi et le recours pour tous aux tribunaux ordinaires et le droit constitutionnel comme la résultante et non la source des droits individuels.

Le Canada et l'Afrique du Sud partagèrent pendant longtemps un héritage juridique anglo-saxon commun se traduisant par la mise en place des mêmes institutions étatiques et l'adoption, au cours de leurs histoires respectives, de diverses lois ségréguant la population en différentes catégories d'individus.

Depuis, le Canada s'est imposé comme étant un État démocratique en substituant la suprématie constitutionnelle à la suprématie parlementaire excluant ainsi tout exercice arbitraire de la part du gouvernement ou du parlement. La protection de la primauté du droit s'incarne dans l'indépendance judiciaire reconnue aux tribunaux par le biais de la tradition et des garanties d'inamovibilité, de sécurité financière et d'autonomie institutionnelle. La situation est toute autre en Afrique du Sud, sous le régime d'apartheid, où une suprématie parlementaire exacerbée s'exerce à travers l'inexistence, pour les tribunaux, du *judicial review*.

Le deuxième chapitre examina le concept de justice transitionnelle et les principes Joint-Orentlicher qui constituent son fondement. Le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non-répétition sont autant de droits qu'une société en transition doit garantir. Il y a longtemps eu un débat quant à savoir si la justice transitionnelle portait atteinte au processus judiciaire notamment en raison de ses instruments non judiciaires qui privilégient plus souvent la découverte de la vérité à la répression des anciens oppresseurs.

Il faut donc retenir de tout ceci que la justice transitionnelle est essentiellement un moyen utilisé afin d'établir un État de droit en remédiant au manque de transparence du gouvernement et l'absence d'une institution judiciaire indépendante. En effet, les principes Joinet-Orentlicher sont déjà garantis et assurés dans un État de droit puisque ce dernier repose sur un gouvernement responsable et des tribunaux libres de toute influence de la part des autres pouvoirs. Dans ce sens, la justice transitionnelle n'est utile que pour les États qui ne connaissent pas la primauté du droit. Il en va de même pour l'adoption et la mise en œuvre de ses instruments.

L'utilité plus particulière des commissions de vérité servira de ligne directrice tout au long de l'étude. Tout d'abord, au niveau de la première partie afin de démontrer en quoi ce mécanisme a été bénéfique pour l'Afrique du Sud en lui permettant de devenir un État de droit démocratique fondé sur des garanties telles que celles connues au Canada. En effet, nous avons vu que le Canada a maintes fois répété son attachement à la primauté du droit et à l'indépendance judiciaire dans des arrêts de principe prononcés par la Cour suprême. Une seconde partie tentera donc de comprendre l'utilité d'une commission de vérité dans le cadre stricto canadien en partant du postulat que le Canada possède déjà tous les moyens juridiques nécessaires pour répondre aux revendications des peuples autochtones et donc, de tenter, en fin de compte, d'apporter une potentielle réconciliation entre ces derniers et la société canadienne dans son ensemble.

## **Première partie : Les Commissions de vérité ou l'instrument privilégié en matière de justice transitionnelle**

Cette première partie est consacrée à l'étude des commissions de vérité comme instrument privilégié en matière de justice transitionnelle.

Il sera question, dans un premier chapitre, d'expliquer la particularité de cet instrument en s'attardant notamment sur ses débuts sur la scène internationale et les objectifs justifiant sa mise en place (section 1). Nous verrons qu'un des obstacles rencontrés dans cette étude est l'absence de définition uniforme concernant ce que doit être une commission de vérité. Cette absence de consensus entraîne plusieurs enjeux, l'un d'entre eux étant la création de commissions de vérité dans un contexte non transitionnel (section 2).

Le deuxième chapitre analysera une des commissions de vérité les plus notoires : la CVR sud-africaine mise en place pendant la période de transition du régime d'apartheid à une démocratie multiraciale. Ses caractéristiques (section 1) et son déroulement (section 2) font partie de la réussite de cet instrument à tel point que cette CVR fut la source d'inspiration des commissions créées ultérieurement. Mais c'est avant tout l'objectif et les résultats de la CVR sud-africaine, brillamment traduits dans un rapport final volumineux et ses recommandations ambitieuses, qui donnent au concept de commissions de vérité toutes ses lettres de noblesse (section 3).



## **Chapitre 1 : La particularité des Commissions de vérité et réconciliation**

Le développement des commissions de vérité sur la scène internationale est relativement récent et coïncide à peu près avec l'émergence de la notion de justice transitionnelle. Une première section s'attarde sur l'essor de ce phénomène dans le monde en retraçant notamment ses débuts et ses objectifs. Une deuxième section relèvera le problème qui demeure fondamental avec cet instrument : l'absence de définition universellement adoptée.

### **Section 1 : L'essor du phénomène sur la scène internationale**

Pour contextualiser le phénomène, il sera question, premièrement, d'analyser les débuts des commissions de vérité pour comprendre pourquoi cet instrument a été davantage plébiscité que d'autres recours et, deuxièmement, de souligner les objectifs de leur mise en place. L'examen de tout ceci s'avère nécessaire pour appréhender le fait qu'une CVR est un instrument qui tire toute son utilité dans des contextes bien particuliers comme l'Afrique du Sud dont il sera question dans le deuxième chapitre. De plus, cette analyse permettra de se demander si le Canada correspond aux contextes particuliers où la CVR se présente comme l'ultime recours possible. Commençons par étudier les débuts de création de ce mécanisme.

#### **I. Les débuts des commissions de vérité**

À partir des années 1970, plusieurs États vont vouloir initier leur transition vers un nouveau régime. Dans la plupart des cas ce sont des États qui ont connu la dictature, la barbarie et des guerres civiles qui ont très souvent déchiré toute une population et où tout est à reconstruire. Il faut rétablir un gouvernement légitime, réformer les institutions administratives et judiciaires et tenter en fins de compte de réconcilier un peuple, soit tout un programme auquel il est difficile d'entrevoir les solutions possibles. Il y a cependant deux avenues qui s'offrent à ces États. Ces derniers peuvent tout d'abord choisir la voie de l'amnésie générale, de l'oubli c'est-à-dire tourner la page sur les atrocités et faire comme si elles n'étaient jamais arrivées.

La voie de l'amnésie générale a été adoptée par l'Espagne suite à la dictature de Franco. Après la mort du général, le pays choisit la voie de la démocratie et le nouveau régime adopta des lois d'amnisties pour réparer les injustices faites sous la dictature. Ce « pacte de l'oubli » a un champ d'application très large et accorde l'amnistie pour tous les actes politiques commis avant le 15 décembre 1977 et pour toutes violences institutionnelles commises sous

le régime dictatorial<sup>141</sup>. Ces lois d'amnistie avaient pour objectif de réconcilier le peuple en choisissant la voie de l'oubli pour tourner la page.

La deuxième voie possible est celle du recours à la justice amenant ainsi les anciens responsables du régime autoritaire devant les tribunaux pour les juger et condamner. Pour les victimes cette avenue est à privilégier afin de demander des réparations et de reconnaître un coupable, mais c'est aussi l'avenue la plus difficile à mettre en place. En effet, il ne faut pas oublier que l'institution judiciaire a très probablement été fragilisée au cours de la transition. Il arrive souvent que le nombre de victimes soit trop élevé pour que les tribunaux soient en mesure de fonctionner correctement afin d'apporter aux victimes des réponses adéquates. La voie judiciaire pour régler la transition démocratique est donc rarement employée.

Ces États doivent alors trouver une troisième possibilité qui se situerait à mi-chemin entre l'amnésie générale et le recours aux tribunaux. C'est ainsi que les commissions de vérité, sorte d'instrument hybride entre une commission d'enquête et une instance juridictionnelle, ont trouvé leur place sur la scène internationale. L'Ouganda a été le premier terrain d'expérimentation de cet instrument même si à l'époque la qualification de « commission de vérité » n'était pas encore employée. Le régime du président Idi Amin avait recours à la pratique des disparitions forcées et face à une pression internationale intense et celle des familles des victimes, un décret présidentiel a mis en place la « Commission d'enquête sur les disparitions des personnes en Ouganda depuis le 25 janvier 1971 ». Cette commission avait pour mandat d'enquêter sur les disparitions survenues entre le 25 janvier 1971 et 1974. Elle dura un an et entendra plus de 300 témoins. Le rapport final de la commission conclut à la responsabilité des forces armées et policières du régime. Cependant, la crédibilité du processus est mise à mal par le fait qu'Idi Amin, instigateur des violences perpétrées, soit celui qui ait créé la commission. Il n'est donc pas surprenant de savoir qu'aucune recommandation n'est entrée en vigueur et que les exactions ont continué de plus belle après l'institution de la commission<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> Danielle ROZENBERG, « Le « pacte d'oubli » de la transition démocratique en Espagne. Retours sur un choix politique controversé », (2006) 74 *Politix Revue des Sciences Sociales du Politique* 173, en ligne : <<http://www.cairn.info/revue-politix-2006-2-page-173.htm>> (consulté le 19 janvier 2016).

<sup>142</sup> TRIAL, « Commissions vérité en Ouganda » en ligne : <<http://www.trial-ch.org/fr/ressources/commissions-verite/afrique/ouganda.html>> (consulté le 28 février 2016).

La première commission de vérité connue sur la scène internationale est celle de l'Argentine, la CONADEP ou « Commission nationale sur les disparitions des personnes », mise en place en 1983 par décret présidentiel pour enquêter sur les disparitions forcées survenues lors de la dictature militaire de 1976 à 1983<sup>143</sup>. Il faudra pourtant attendre la Commission chilienne en 1990<sup>144</sup> pour que la communauté internationale attribue finalement à ces instruments le nom de « commissions de vérité » et en fasse leur éloge.

Une trentaine de commissions officielles ont été créées dans le monde depuis les années 2000. Leurs noms varient selon leur objectif. Le terme de « commission de vérité » est utilisé lorsqu'il s'agit uniquement de recouvrir la vérité. Lorsqu'un élément de réconciliation nationale s'ajoute, on parle alors de « commission de vérité et réconciliation ». Il n'en reste pas moins que chacun de ces procédés entend obtenir des résultats similaires comme nous allons maintenant le voir.

## **II. Les aspects de cet instrument**

Malgré la diversité des endroits où elles sont utilisées, ces commissions cherchent toutes à rétablir la vérité, réussir une transition démocratique, établir un État de droit et tenter de réconcilier un peuple. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'évaluer leur succès il apparaît difficile de savoir quels critères apparaissent essentiels. Il convient, en premier lieu, de s'intéresser au contexte de leur mise en place puisque nous verrons plus tard, notamment avec la CVR canadienne, que celui-ci est d'une importance cruciale au bon déroulement de la commission.

### **A) La mise en place**

Il est important de savoir à quel moment une société décide de mettre en place cet instrument. Selon le Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, il y a trois éléments à prendre en considération. Il doit tout d'abord y avoir une réelle volonté politique, c'est-à-dire que la décision doit reposer en grande partie sur le gouvernement en place. Si ce n'est pas le gouvernement qui met en place la commission alors la portée de celle-ci risque d'être moins importante pour l'avenir. Cette décision doit donc impérativement relever d'un choix national.

---

<sup>143</sup> TRIAL, « Commission vérité en Argentine », en ligne : <<http://www.trial-ch.org/fr/ressources/commissions-verite/amerique/argentine.html>> (consulté le 28 février 2016).

<sup>144</sup> TRIAL, « Commission nationale chilienne pour la vérité et la réconciliation », en ligne : <<http://www.trial-ch.org/fr/commissions-verite/amerique/chili.html>> (consulté le 28 février 2016).

Deuxièmement, il faut que les conflits en cours aient cessé, car une CVR n'effectuera pas son travail correctement si le pays se trouve toujours dans une grave instabilité. Dernièrement, les victimes doivent manifester un réel intérêt à participer au processus de réconciliation<sup>145</sup>.

Il n'y a pas un modèle unique de CVR puisqu'elles répondent chacune aux spécificités culturelles des pays dans lesquels elles s'installent. Cependant, elles ont toutes des objectifs communs. Il y a tout d'abord le rétablissement de la vérité à travers les témoignages permettant ainsi à la population de revenir sur les événements passés afin de créer une mémoire collective. Une CVR est également un instrument qui place les victimes au coeur du processus. Les personnes qui ont été laissées pour compte durant les années d'oppression trouvent finalement une plateforme où elles peuvent se confier. Finalement, les commissions de vérité terminent leur travail en recommandant une réforme des institutions qui servira de base à la transition<sup>146</sup>.

Ces objectifs se retrouvent dans le mandat de la commission qui peut également contenir les éléments formels suivants : la durée de vie de la commission, la période sur laquelle la commission va se pencher et la liste d'exactions sur lesquelles elle va enquêter. La durée d'opération moyenne d'une commission se situe généralement entre six mois et deux ans. Ce délai doit être relativement court, car prolonger les travaux au-delà de deux ans risquerait, d'une part, que la commission perde de vue ses objectifs et, d'autre part, de désintéresser la population qui ne verrait alors pas d'issue au problème. La période historique sur laquelle la commission se penche est également importante. Plus la période est longue plus la collecte d'informations et de témoignages sera difficile. Enfin, circonscrire le champ des exactions alléguées sur lesquels enquêter permettra à la commission de ne pas outrepasser ses pouvoirs et compétences et d'agir dans le cadre légal de son mandat. Plus le mandat d'une commission est large, plus elle sera en mesure d'assurer un portrait complet du passé, mais elle risque également de se perdre dans un amas d'informations diverses<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit. Les commissions de vérité*, New York, 2006, p. 3, en ligne : <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionsfr.pdf>> (consulté le 4 décembre 2015).

<sup>146</sup> Eric BRAHM, *Truth Commissions, Beyond Intractability*, 2004, en ligne : <<http://www.beyondintractability.org/essay/truth-commissions>> (consulté le 16 décembre 2015).

<sup>147</sup> *Id.*

Chaque commission possède différents attributs pour mettre en œuvre son mandat. Il y a longtemps eu un débat quant à savoir si les audiences où les victimes venaient témoigner devaient être publiques ou se tenir à huis clos. Les audiences publiques ont l'avantage de faire participer la population dans son ensemble, mais risquent aussi, selon les faits qui y sont rapportés, d'attiser des tensions. Tenir des audiences à huis clos diminue ce risque, mais peut également renvoyer l'image d'une commission complaisante avec le pouvoir qui l'a institué. Certaines commissions peuvent utiliser des pouvoirs d'amnistie générale ou individuelle. Ce pouvoir a très souvent été contesté par la communauté internationale, mais il s'est avéré parfois nécessaire et indispensable comme il le sera démontré dans le deuxième chapitre traitant de la CVR d'Afrique du Sud.

Certaines commissions possèdent un pouvoir de *subpoena*, c'est-à-dire qu'elles peuvent obliger certains individus à comparaître devant les audiences au même titre que devant une Cour de justice. Enfin, certaines commissions autorisent la citation de noms. Tous ces attributs sont essentiels et déterminent, à des degrés variables, le succès de la CVR, élément sur lequel nous allons maintenant nous attarder.

### **B) Le degré de succès**

Il est difficile de mesurer le succès d'une CVR parce qu'il existe beaucoup trop de variables différentes à prendre en considération. Une commission peut avoir eu du succès si elle remplit son mandat, mais si les recommandations suggérées restent lettre morte alors il apparaît légitime de remettre ce succès en question. La professeure Tristan Anne Borer cite d'ailleurs Ash Garton à propos de cela : « by what criterion is 'success' to be judged, in the first place? Is it Truth? Justice? Reconciliation? Closure? Healing? National Unity? Prevention of future abuses? »<sup>148</sup>.

Outre les éléments de réconciliation, de justice ou de vérité à jauger, il faut également prendre en considération le facteur temps. En effet, il est difficile de savoir à quel moment précis on peut déclarer que telle ou telle commission a été une réussite ou un échec, sachant que les recommandations peuvent prendre énormément de temps avant d'entrer en vigueur selon la

---

<sup>148</sup> Tristan Anne BORER, *The State of the Truth about the Truth of the State: An Overview of Lessons, Trends and Challenges in the Field of Truth Telling*, International Studies Association Annual Meeting, San Diego 2006, p. 16, en ligne : [http://citation.allacademic.com/meta/p\\_mla\\_apa\\_research\\_citation/0/9/8/7/3/pages98734/p98734-1.php](http://citation.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/0/9/8/7/3/pages98734/p98734-1.php) (consulté le 29 mars 2016).

volonté du gouvernement en place. Sans mentionner le fait que la réussite ayant trait aux sujets aussi sensibles que l'unité nationale et la réconciliation ne peuvent être mesurées que sur plusieurs générations.

Avant d'inaugurer son travail, une commission se doit d'avertir la population afin de ne pas susciter trop d'espoir quant à l'issue de ce processus. Il existe très souvent un décalage entre ce que réussit à faire la commission et les attentes d'une nation qui finit par être déçue, par exemple, parce que le gouvernement n'a pas su mettre en oeuvre les recommandations<sup>149</sup>.

Le risque de déception est sans doute dû au fait qu'à ce jour il n'existe pas de définition unanime sur ce que doit être une commission de vérité. Cette absence de définition peut alors laisser place à une interprétation trop large à la fois de la part du gouvernement qui la met en place et de la part de la population qui en subit les répercussions comme nous allons maintenant le voir.

## **Section 2 : L'absence de définition universelle**

Un des obstacles rencontrés lors de l'analyse des bienfaits d'une commission de vérité sur les sociétés en transition est l'absence de définition universelle. Plusieurs experts en justice transitionnelle ont proposé leur définition de cet instrument, mais il n'y a encore aujourd'hui aucun consensus au niveau international. De plus, les définitions existantes s'intéressent davantage aux aspects formels qu'aux règles de fond. Mais avant de pouvoir y apporter une critique, il convient tout d'abord d'examiner ces tentatives de définition.

### **I. Les tentatives de définition**

Dans le rapport du Conseil économique et social de l'ONU<sup>150</sup>, mentionné plus haut lors de l'analyse des quatre piliers de la justice transitionnelle, une définition des commissions de vérité était proposée au paragraphe D :

« Au sens des présents principes, l'expression « commissions de vérité » désigne des organes officiels, temporaires et non judiciaires chargés d'établir les faits, qui enquêtent sur un ensemble d'atteintes aux droits de

---

<sup>149</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 5.

<sup>150</sup> Conseil économique et social de l'ONU, préc., note 125.

l'homme ou au droit humanitaire généralement commis au cours d'un certain nombre d'années. »<sup>151</sup>

Cette définition reprend les principes énoncés jusqu'à présent par différents auteurs, à savoir qu'une commission de vérité est un organe officiel autorisé par les pouvoirs exécutif ou législatif en place. C'est également un organe temporaire dans le sens où ce procédé n'a pas pour objectif de s'éterniser dans la durée. Enfin, c'est un organe non judiciaire puisqu'une commission de vérité n'a pas les mêmes attributs et pouvoirs qu'une Cour de justice.

Hayner offre une définition qui est généralement reprise par les praticiens. Sa première définition, rédigée en 1994, reposait sur quatre principes. Premièrement, une commission de vérité doit se concentrer sur le passé ; deuxièmement, elle doit enquêter sur une série de violations et non sur un événement en particulier. Troisièmement, c'est un organe temporaire qui doit, à l'issue de son travail, rédiger un rapport final sur ses découvertes et ses conclusions. Quatrièmement et dernièrement, une commission de vérité doit être officiellement autorisée ou habilitée par l'État<sup>152</sup>.

L'auteure avouera plus tard que cette définition est incomplète parce qu'elle est tout simplement trop large et permettrait de considérer à peu près n'importe quelle commission comme étant une commission de vérité<sup>153</sup>. En 2011, Hayner modifie légèrement sa définition et considère cette fois-ci :

« A truth commission (1) is focused on past, rather than ongoing events, (2) investigates a pattern of events that took place over a period of time, (3) engages directly and broadly with the affected population, gathering information on their experiences, (4) is a temporary body, with the aim of concluding with a final report, and (5) is officially authorized or empowered by the state under review. »<sup>154</sup>

Hayner fait d'une commission de vérité un procédé majoritairement centré sur les victimes en ajoutant le troisième critère ayant trait à la collecte d'informations sur les expériences de la population affectée.

---

<sup>151</sup> *Id.*, par. D, p. 6.

<sup>152</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 11.

<sup>153</sup> *Id.*

<sup>154</sup> *Id.*, p. 11 et 12.

Le juriste Mark Freeman<sup>155</sup> propose quant à lui une définition plus étoffée qui comprendrait des enquêtes sur les violations graves intervenues dans une période récente sous un régime autoritaire ou un conflit armé en décrivant les causes et conséquences de ces actes. Enfin, les commissions devraient être suffisamment indépendantes de l'État pour fournir un travail impartial et de qualité. Freeman ajoute comme élément de définition la réaction de la population envers la création de cet instrument. Un public s'intéressant et prenant part aux travaux augmente les chances de réussite de la commission<sup>156</sup>. Pour Hayner cette définition est trop complexe, trop descriptive et exclurait d'emblée certaines commissions<sup>157</sup>.

Ces définitions contiennent uniquement des aspects formels, c'est-à-dire des repères méthodologiques, mais ne s'attardent pas sur la substance même de ce que doit être une commission. Si la forme est respectée dans quasiment chacune des CVR, le défaut de règles de fond pose problème à tel point que l'on assiste aujourd'hui à l'émergence de nouvelles commissions qui ébranlent le peu de caractéristiques communes permettant jusque là leur identification.

Ce manque de rigueur terminologique rend donc l'étude de ces instruments très délicate. Eric Brahm<sup>158</sup>, favorable à l'adoption d'une définition universelle, conceptualise très bien cette problématique : « the lack of agreement on what cases are truth commissions is likely to be at least partially responsible for the inconsistent findings produced thus far. »<sup>159</sup> Malgré l'absence d'une définition uniforme, les commissions de vérité présentent néanmoins des critères communs permettant leur identification qu'il convient maintenant d'étudier.

## II. La nature des critères communs d'identification

Certains universitaires, comme la professeure Borer, ajoutent aux différentes définitions proposées la dimension post-conflictuelle. En effet, jusqu'à récemment les commissions de vérité ont toujours été employées dans des situations de transition et il apparaît alors étrange de faire l'économie de cet aspect<sup>160</sup>. Malgré la diversité historique des pays ayant mis en place

---

<sup>155</sup> Mark FREEMAN, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, New York, Cambridge University Press, 2006.

<sup>156</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 11.

<sup>157</sup> *Id.*

<sup>158</sup> E. BRAHM, préc., note 7.

<sup>159</sup> *Id.*, p. 2.

<sup>160</sup> *Id.*, p. 4.



une commission de vérité, chacun d'entre eux a été, à un moment donné, confronté à un régime autoritaire entraînant une escalade de violations des droits de l'homme.

Que ce soit la pratique des disparitions forcées opérée par le régime d'Idi Amin en Ouganda, celle opérée par la junte militaire en Argentine, les exactions sous le régime de Pinochet au Chili ou la politique d'apartheid en Afrique du Sud, tous ces exemples trouvent dans la création d'une commission de vérité une justification comme moyen d'accéder à un nouveau régime.

Le fait que l'aspect post-conflictuel et transitionnel ne soit pas mentionné dans les définitions qui existent risque d'engendrer de nouveaux enjeux. Parmi ceux-ci on constate la volonté croissante des pays occidentaux à recourir à cet instrument dans des contextes qui ne sont ni conflictuels ni transitionnels.

La création de la Commission de vérité et de réconciliation de Greensboro en Caroline du Nord aux États-Unis en 2004<sup>161</sup> en est le premier exemple. Cette dernière a été créée par des groupes de la société civile avec le soutien de la municipalité pour enquêter sur la mort de cinq individus lors d'une manifestation du parti communiste dénonçant l'extrémisme du mouvement Ku Klux Klan le 3 novembre 1979. Plusieurs membres du Parti nazi américain et du Ku Klux Klan ont été jugés coupables de meurtre puis acquittés en appel par un jury composé entièrement de personnes blanches. Cette CVR avait pour mandat d'enquêter sur le contexte, les causes et conséquences de la mort des cinq manifestants pour permettre une réconciliation entre les habitants de la communauté. Plusieurs éléments interpellent la qualification de CVR de cette commission. Tout d'abord, ce n'est pas le gouvernement national, mais la société civile qui l'a mis en place. La commission ne répond donc pas au premier critère qui est d'être officiellement adoptée et habilitée par l'État<sup>162</sup>. Deuxièmement, la commission de Greensboro s'intéresse à un événement en particulier, la manifestation, au lieu d'enquêter sur une série de violations.

---

<sup>161</sup> Spoma JOVANOVIĆ, *The Greensboro Truth and Community Reconciliation Project: Communication for Community Change or Communication for Reconciliation : Grassroots Work for Community Change*, Greensboro, 2006, en ligne : <<http://www2.clarku.edu/peacepsychology/Jovanovic.pdf>> (consulté le 30 mai 2016).

<sup>162</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 12.

L'exemple américain pourrait être à première vue l'exception qui confirme la règle voulant que les CVR soient utilisées en période transitionnelle. Or, qu'arrive-t-il lorsque plusieurs autres exemples ressemblent à la commission de Greensboro ? Il n'y a alors plus d'exception<sup>163</sup>. Au-delà de nuire à la définition déjà réduite des commissions de vérité, l'exemple américain vient miner le travail et la crédibilité des tribunaux, car la CVR de Greensboro revient sur une affaire qui a déjà été jugée par des Cours nationales. Alors qu'auparavant ces commissions se présentaient comme un substitut à l'appareil judiciaire qui n'était pas en état de fonctionner, elles viendraient aujourd'hui peut-être contredire ce que décide un appareil judiciaire effectif.

Les experts en la matière excluent la Commission de Greensboro comme faisant partie des CVR, car elle ne répond pas aux critères méthodologiques. Néanmoins, il existe aujourd'hui des commissions qui respectent tous les aspects formels, mais où le cadre transitionnel fait défaut<sup>164</sup>. Peut-on alors parler de véritable CVR dans ces cas de figure ? La CVR canadienne, dont il sera question dans la deuxième partie de cette étude, en est le parfait exemple.

Il est impératif que la communauté internationale se dote pour les commissions de vérité d'une définition claire et précise faisant consensus, car son absence pourrait affaiblir l'utilité de cet instrument. Cette définition deviendrait, à l'avenir, le gage de réussite de tous pays voulant réussir sa transition démocratique. Il est question ici d'un critère beaucoup plus strict que celui de savoir s'il faut octroyer une amnistie ou non ; on touche plutôt l'essence même du processus. L'Afrique du Sud a exploité et épuisé tous les critères représentatifs d'une commission de vérité exemplaire et ce n'est donc pas surprenant que cette commission soit aujourd'hui considérée comme un modèle dans le domaine.

---

<sup>163</sup> E. BRAHM, préc., note 7, p. 13.

<sup>164</sup> T.A. BORER, préc., note 148, p. 15.

## **Chapitre 2 : Une CVR exemplaire : le cas de l'Afrique du Sud**

Ce chapitre analyse la Commission de vérité et réconciliation sud-africaine considérée comme étant un modèle réussi de justice transitionnelle. Une première section consacrée aux caractéristiques de cette commission nous permettra de comprendre en quoi la situation sud-africaine fut adéquate à l'institution d'un tel instrument. Une deuxième section analyse son déroulement en insistant sur les particularités qui font que la Commission sud-africaine est souvent perçue comme exemplaire. Enfin, une troisième et dernière section sera consacrée aux recommandations ambitieuses de la CVR portant sur la construction d'un régime démocratique fondé sur la primauté du droit. L'analyse de ces trois points sera intéressante pour la compréhension du caractère sui generis de la CVR canadienne qui, nous le verrons, ne ressemble en rien à l'expérience sud-africaine. Il convient tout d'abord d'étudier les caractéristiques de la CVR d'Afrique du Sud.

### **Section 1 : Les caractéristiques**

Promouvoir la réconciliation entre un peuple déchiré par des conflits raciaux depuis 40 ans fut l'ambitieux défi que tenta de relever la Commission de vérité et réconciliation sud-africaine. Sa mise en place fut le fruit de longues années de négociations entre deux camps aux objectifs incompatibles. Le refus du Parti national à renoncer au pouvoir s'opposait à la volonté pour l'ANC d'instaurer un suffrage universel. L'adoption du *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34* sera finalement le terrain d'entente trouvé pour ces deux positions.

#### **I. Le contexte de mise en place**

Le choix de mettre en place une CVR n'est pas apparu évident au premier abord pour les dirigeants sud-africains qui ont longtemps négocié pour savoir quelle serait la meilleure avenue à adopter pour réussir leur transition démocratique. Les négociations furent compliquées, mais ont finalement abouti à une des commissions de vérité les plus efficaces jusqu'à présent. Il est important d'examiner certains temps forts de l'histoire sud-africaine pour comprendre le climat dans lequel les dirigeants ont choisi d'avoir recours à une commission de vérité plutôt qu'un autre procédé. Commençons notre analyse avec l'élection du président De Klerk qui marqua le début des négociations du Parti national avec l'ANC.

## A) L'élection de De Klerk et le début des négociations avec l'ANC

Il est fort à parier que la transition démocratique sud-africaine est due en grande partie aux pressions menées par la communauté internationale, mais cela n'est pas l'unique raison. L'élection du président De Klerk et les idées novatrices de l'ANC ont également contribué au succès de cette CVR. Trois facteurs ont notamment permis à l'Afrique du Sud d'amorcer sa transition : les pressions exercées par la communauté internationale, le discours du Rubicon de 1990 et l'Inkatha Gate. Ces événements préfigurent l'adoption d'une CVR. Il convient, en premier lieu, d'analyser les pressions internationales exercées pour mettre fin au régime.

### 1) Des pressions internationales pour mettre fin au régime

Le début des négociations commença avec l'élection de Pieter Willem Botha à la présidence de la République de l'Afrique du Sud en 1978. En raison des pressions internationales se faisant plus soutenues, ce dernier n'a eu d'autres choix que d'entamer un dialogue avec l'ANC. En effet, lors de sa XXIX<sup>e</sup> session en 1974, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta la résolution 3206<sup>165</sup> rejetant l'accréditation de la délégation sud-africaine. L'Afrique du Sud, dépourvue de toute représentation à l'ONU, ne pouvait donc pas participer aux travaux de l'Assemblée générale.

Le Président Botha feint alors une amélioration du régime d'apartheid en 1986 en abrogeant le *Prohibition of Mixed Marriages Act*<sup>166</sup>, quelques dispositions du *Reservation of Separate Amenities Act*, le système des laissez-passer et libère quelques militants de l'ANC prisonniers qui renoncent à la lutte armée. Cependant, ces quelques décisions ne résolvent en rien le cœur du problème ségrégationniste.

L'état d'urgence est toujours décrété sur l'ensemble du pays et les Noirs restent privés de toute participation politique. Suite à un accident vasculaire cérébrale, Botha démissionne et laisse sa place à celui qui deviendra le réel négociateur de la fin du régime d'apartheid, Frederik De Klerk qui prononcera le fameux discours du Rubicon.

---

<sup>165</sup> Assemblée Générale, *Pouvoirs des représentants à la vingt-neuvième session de l'Assemblée générale*, Rés. 3206, Doc. N.U. A/RES/3206 (XXIX) (30 septembre 1974), en ligne : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/3206\(XXIX\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3206(XXIX)&Lang=F) (consulté le 1 mars 2016).

<sup>166</sup> *Prohibition of Mixed Marriages Act 55*, 1 juillet 1949, en ligne : [http://psimg.jstor.org/fsi/img/pdf/t0/10.5555/al.sff.document.leg19490708.028.020.055\\_final.pdf](http://psimg.jstor.org/fsi/img/pdf/t0/10.5555/al.sff.document.leg19490708.028.020.055_final.pdf) (consulté le 19 décembre 2015).

## 2) Le discours du Rubicon du 2 février 1990

Le président De Klerk finit par « franchir le Rubicon » le 2 février 1990 en prononçant le discours tant attendu par la population noire. Le discours du Rubicon pose les fondements de la transition politique en mettant fin à l'état d'urgence sur tout le territoire. Les partis politiques d'opposition comme l'ANC et le PAC, qui avaient été bannis suite au massacre de Sharpeville en 1960, recouvrent leur licéité. Oliver Tambo, président du Congrès national africain exilé et porte-parole de la cause anti-apartheid à l'étranger, revient en Afrique du Sud. Les camarades de Nelson Mandela condamnés lors du procès de Rivonia sont libérés après 26 années passées en prison, de même pour Mandela qui est libéré le 11 février 1990. Bien que ces changements dénotent une volonté d'aller de l'avant, le climat pour une véritable transition apparaît toujours très hostile. Cette fois-ci, la tension gagne la population noire qui se déchire autour d'un événement politique communément référé par l'Inkhata Gate.

## 3) L'Inkhata Gate

Malgré le vent d'espoir soufflé par la libération de Mandela, l'Afrique du Sud est aux portes d'une guerre civile déchirant, cette fois, la population noire. Dans les années 1980, la communauté Zulu se rassemble autour d'une organisation prônant l'identité Zulu : l'*Inkhata Yenkululeko yeSizwe*. Au départ proche de l'ANC, elle finira par prendre ses distances et sera accusée plus tard d'avoir collaboré avec le régime ségrégationniste en bénéficiant de financements secrets venant du gouvernement.

En 1990, l'organisation se transforme en parti politique sous le nom d'*Inkhata Freedom Party* (ci-après « IFP ») et s'élève en rivale directe de l'ANC. L'IFP sème la terreur dans la province du KwaZulu-Natal et les violents conflits entre communautés feront autour de 20 000 morts. L'ANC décide donc de mettre fin à sa lutte armée pour éviter une guerre civile.

Les dernières lois d'apartheid sont enfin abrogées en 1991. Parmi elles, celles emblématiques du *Population Registration Act*, du *Group Areas Act* et du *Reservation of Separate Amenities*. L'abrogation des lois ségrégationnistes marque le début d'une nouvelle ère en Afrique du Sud entérinée par l'adoption d'une Constitution intérimaire que nous allons maintenant étudier.

## **B) La Constitution intérimaire de 1993 et les premières élections multiraciales**

La volonté de transition de l’Afrique du Sud s’incarne dans la *Constitution intérimaire de 1993*<sup>167</sup> (ci-après « *Constitution intérimaire* »). Pour la première fois dans l’histoire du pays, l’ensemble des citoyens obtient le droit de vote. Comme nous le verrons, tous ces éléments vont préfigurer le choix de mettre en place une CVR.

### **1) Adoption**

À sa sortie de prison, Mandela devient président de l’ANC et les négociations entre les différents partis politiques aboutissent sur la mise en place de la *Constitution intérimaire* le 22 décembre 1993 consacrant les droits fondamentaux de tous les Sud-Africains.

L’établissement d’une Constitution intérimaire traduit souvent la volonté pour un État d’implanter un nouveau régime fondé sur le respect de la primauté du droit. Ces constitutions intérimaires déterminent les grandes lignes des institutions à mettre en place pour assurer la transition ainsi que les procédures juridiques l’accompagnant. Elles ont donc pour but de créer un État de droit intangible où une constitution permanente sera regardée comme la règle juridique suprême respectée par tous<sup>168</sup>.

La légitimité du nouveau régime est donc fondée sur la suprématie de la Constitution<sup>169</sup> et non plus sur la suprématie parlementaire comme ce fut le cas lors du régime d’apartheid. Afin d’assurer le respect du texte constitutionnel, une Cour constitutionnelle<sup>170</sup> contrôlera la constitutionnalité des lois nationales, des projets de lois nationales et veillera à la répartition des compétences entre les différents organes étatiques. La création de la Cour constitutionnelle constitue la pierre angulaire de l’établissement de l’État de droit en Afrique

---

<sup>167</sup> *Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993*, 22 décembre 1993, en ligne : <<http://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-act-200-1993>> (consulté le 11 février 2016).

<sup>168</sup> Nada YOUSSEF, *La transition démocratique et la garantie des droits fondamentaux*, Coll. « Droit et Sciences politiques », Éditions Publibook, 2011, p. 117.

<sup>169</sup> *Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993*, préc., note 167, section 4 : « (1) This Constitution shall be the supreme law of the Republic and any law or act inconsistent with its provisions shall, unless otherwise provided expressly or by necessary implication in this Constitution, be of no force and effect to the extent of the inconsistency. (2) This Constitution shall bind all legislative, executive and judicial organs of state at all levels of government. »

<sup>170</sup> *Id.*, section 98.

du Sud<sup>171</sup>. Parmi les grandes lignes de la *Constitution intérimaire*, on retrouve le droit à l'égalité et le droit de vote que nous allons maintenant étudier.

## 2) Les grandes lignes de la Constitution

Le droit pour tous les citoyens sud-africains d'être égaux face à la loi ainsi que la participation active à la vie politique fut le cheval de bataille de l'ANC. Ce n'est donc pas un hasard qu'une place de choix est accordée à ces droits dans la *Constitution intérimaire*. Examinons d'abord le droit à l'égalité.

### a) Le droit à l'égalité

La *Constitution intérimaire* se distingue des constitutions sud-africaines précédentes. Pour la première fois dans l'histoire du pays, une Constitution consacre l'égalité de tous ses citoyens devant la loi sans distinction de race. Ce droit fondamental est consacré à la section 8 qui dispose que :

« (1) Every person shall have the right to equality before the law and to equal protection of the law. (2) No person shall be unfairly discriminated against, directly or indirectly, and, without derogating from the generality of this provision, on one or more of the following grounds in particular: race, gender, sex, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture or language. »<sup>172</sup>

Pour l'ANC, implanter un suffrage universel direct fut le meilleur moyen de garantir l'égalité de tous les citoyens en leur permettant de choisir leur dirigeant d'où la consécration du droit de vote qu'il convient maintenant d'examiner.

### b) Le droit de vote

La consécration de véritables droits civils et politiques pour tous traduit la victoire des groupes politiques anti-apartheid. Le suffrage universel direct, prévu à la section 21 de la *Constitution intérimaire*, dispose ainsi :

« (1) Every citizen shall have the right : (a) to form, to participate in the activities of and to recruit members for a political party, (b) to campaign for a political party or cause and (c) freely to make political choices. (2) Every

---

<sup>171</sup> Noëlle LENOIRE, *Le nouvel ordre constitutionnel en Afrique du Sud*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 1, décembre 1996, p. 1, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-52895.pdf>> (consulté le 15 février 2016).

<sup>172</sup> *Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993*, préc., note 167, section 8.

citizen shall have the right to vote, to do so in secret and to stand for election to public office. »<sup>173</sup>

La population noire obtient enfin le droit de voter et les premières élections au suffrage universel ont lieu du 26 au 29 avril 1994. L'ANC sort vainqueur en remportant 63% des voix, le Parti national en obtient 20%, soit la quasi-totalité des votes de la population blanche du pays, et l'IFP obtient 10% des voix. Nelson Mandela est élu président de la République d'Afrique du Sud et choisit pour vice-présidents Thabo Mbeki et Frederik De Klerk.

Comme nous allons maintenant le voir, la *Constitution intérimaire* et les premières élections multiraciales préfigurent le choix d'une CVR pour accomplir la transition démocratique.

### **C) Le choix d'une CVR**

Face aux différentes possibilités de réponses aux atrocités commises, la création d'un tribunal similaire à celui de Nuremberg après la Seconde Guerre mondiale fit l'objet de nombreux débats au sein de la population sud-africaine. Nombreuses étaient les personnes qui souhaitaient voir les responsables de l'ancien régime confondus en justice et pourtant la voie judiciaire n'a pas été choisie, et ce pour une simple raison. Les négociations relatives à la transition du régime débutèrent bien avant l'établissement du suffrage universel et il est fort à parier que le Parti national n'aurait certainement pas accepté l'imposition du vote multiracial s'il n'avait pas la garantie que ses anciens dirigeants ne soient pas jugés devant les tribunaux après l'élection de 1994.

Il n'y avait également pas lieu de mettre en place une « justice des vainqueurs » puisqu'aucun camp n'avait réellement triomphé<sup>174</sup>. Si les puissances mondiales alliées, qui avaient mis en place le tribunal de Nuremberg, ont pu rentrer tranquillement chez eux une fois le travail du tribunal terminé, ce n'était pas le cas des Sud-Africains contraints à cohabiter<sup>175</sup>. L'option de mettre en place un tribunal fut donc très rapidement écartée.

Kader Asmal, professeur en droits de l'homme et membre de l'ANC, introduit alors l'idée d'une Commission de vérité et réconciliation<sup>176</sup>. Pour le Parti national, cette idée ne

---

<sup>173</sup> *Id.*, section 21.

<sup>174</sup> D. TUTU, préc., note 100, p. 20.

<sup>175</sup> *Id.*, p. 21.

<sup>176</sup> *Id.*, p. 44



constituait pas une garantie suffisante pour éviter un recours devant les tribunaux une fois le travail de la commission fini. C'est donc dans ce contexte qu'une modalité bien particulière caractérisant la singularité de la CVR sud-africaine fut décidée : l'octroi d'une amnistie individuelle pleine et entière, sous certaines conditions, pour ceux qui confessent leur crime. Cette décision finit par convaincre les principaux intéressés.

Une clause garantissant cette amnistie fut donc introduite dans la *Constitution intérimaire* et le postambule de cette dernière dispose, dans sa dernière section intitulée *National Unity and Reconciliation*, que :

« In order to advance such reconciliation and reconstruction, amnesty shall be granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives and committed in the course of the conflicts of the past. To this end, Parliament under this Constitution shall adopt a law determining a firm cut-off date, which shall be a date after 8 October 1990 and before 6 December 1993, and providing for the mechanisms, criteria and procedures, including tribunals, if any, through which such amnesty shall be dealt with at any time after the law has been passed. »<sup>177</sup>

L'octroi d'une amnistie constituait la contrepartie nécessaire et indispensable à la fin du régime d'apartheid. Selon l'Archevêque Desmond Tutu, président de la CVR, sans la clause mentionnée ci-dessus, il n'y aurait probablement pas eu d'élections multiraciales :

« We did not decide on amnesty. The political parties decided on amnesty. Amnesty made our election possible. The amnesty clause was inserted in the early hours of the morning after an exhausted night of negotiating. The last thing, the last sentence, the last clause, was added: amnesty shall be granted through a process of reconciliation. And it was only when that was put in, that the boere signed the negotiations, opening the door to our election. »<sup>178</sup>

Cet élément est important puisqu'il nous permet de distinguer la situation sud-africaine de celle canadienne. En Afrique du Sud, une commission de vérité se présentait comme le seul recours possible, ce qui n'est pas forcément le cas pour le Canada comme nous le verrons dans la deuxième partie. Il convient maintenant d'examiner l'adoption du *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34* qui entérina le processus transitionnel sud-africain.

---

<sup>177</sup> *Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993*, préc., note 167, postambule.

<sup>178</sup> Antjie KROG, *Country of My Skull. Guilt, Sorrow, and the Limits of Forgiveness in the New South Africa*, New York, Three Rivers Press, 1998, p. 30.

## II. Le *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 de 1995*

Le 19 juillet 1995, le Parlement sud-africain adopte la loi intitulée *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34* instituant la Commission de vérité et réconciliation. Il est rare qu'une loi soit à l'origine de la création d'un tel instrument, les commissions précédentes préférant l'institution par décret présidentiel. Cependant, le processus législatif suivi en l'espèce ne fait qu'asseoir un peu plus la légitimité de la commission. En effet, au-delà d'une commission instituée par décret présidentiel, l'adoption d'une loi traduit un véritable consensus au sein des partis politiques présents. Avant d'aborder les pouvoirs bien spécifiques de cette loi, il convient d'examiner son mandat.

### A) Mandat

La CVR sud-africaine avait pour mandat de promouvoir l'unité nationale et la réconciliation à travers quatre objectifs. Le premier d'entre eux fut d'apporter la vérité sur les atrocités commises entre le 1er mars 1960 et le 10 mai 1994 afin d'établir un portrait complet des violations flagrantes des droits de l'homme. Deuxièmement, la commission devait rétablir la dignité des victimes en leur donnant l'opportunité de venir témoigner devant les commissaires et le public. Troisièmement, la CVR avait le pouvoir d'octroyer l'amnistie à ceux qui venaient confesser un crime de nature politique. Dernièrement, les commissaires devaient formuler les recommandations nécessaires afin d'éviter que de telles violations ne se reproduisent.

Dotée d'un budget de 18 millions de dollars et une équipe de plus de 300 personnes, la CVR sud-africaine dépasse en terme de logistique toutes les autres commissions antérieures<sup>179</sup>. Cette organisation considérable permit à la CVR d'exploiter au maximum ses pouvoirs sur lesquels nous allons maintenant nous attarder.

### B) Pouvoirs

Le mandat de la commission est rédigé dans des termes juridiques très précis et lui confère des pouvoirs qui vont au-delà des pouvoirs traditionnels que les CVR connaissaient jusqu'à présent. Plusieurs éléments caractérisent cette commission. Tout d'abord, la durée des investigations est étendue sur une très longue période, de 1960 à 1994, ce qui n'a jamais été fait auparavant. De plus, la commission ne se concentre pas seulement sur les personnes

---

<sup>179</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 27.

décédées ou disparues, mais s'intéresse également aux cas de tortures, de détentions illégales et à toutes autres formes de violations des droits de l'homme.

Parmi ses larges pouvoirs, le plus novateur et controversé fut sans doute l'octroi d'amnisties individuelles. Les commissions précédentes avaient fait le choix soit d'octroyer une amnistie générale s'étendant à tous les participants aux conflits, soit de n'en octroyer aucune. L'ampleur médiatique était considérable, les chaînes de télévision et de radio couvraient chaque jour les nouvelles de la commission. Jusqu'à présent, les commissions avaient privilégié les témoignages à huis clos. Pour l'Afrique du Sud, il était important que tous les citoyens sachent ce qu'il s'était passé, d'où la mise en place d'audiences publiques. À ce propos, Desmond Tutu disait : « no one in South Africa could ever again be able to say « I don't know » and hope to be believed. »<sup>180</sup>

La commission sud-africaine possédait en outre un pouvoir de *subpoena*<sup>181</sup> et la possibilité de citer le nom des accusés<sup>182</sup>. La citation de nom est très souvent controversée et deux écoles de pensée s'opposent. La première refuse de citer des noms, car cela reviendrait à déclarer la personne concernée coupable alors qu'il n'y a eu aucun verdict de culpabilité venant d'une Cour de justice. Pour la deuxième école de pensée, citer un nom dans une CVR n'équivaut pas à déclarer la personne coupable, mais constitue seulement une allégation<sup>183</sup>.

La totalité de ces pouvoirs confère à la commission un statut quasi judiciaire se traduisant par une profession juridique largement représentée dans les travaux de la commission. En effet, 7 des 17 commissaires étaient des avocats<sup>184</sup>. Ces derniers se répartirent le travail dans trois comités chacun se rapportant à un objectif précis soit les violations des droits de l'homme, les demandes d'amnisties et les réparations appropriées à donner aux victimes. Il est temps d'examiner le déroulement de la commission sud-africaine afin de comprendre en quoi celui-ci a contribué au fait qu'elle soit considérée comme exemplaire.

---

<sup>180</sup> D. TUTU, préc., note 100, p. 120.

<sup>181</sup> *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34*, préc., note 10, section 29(1).

<sup>182</sup> *Id.*, section 4(a)(iii) : « the functions of the Commission shall be to achieve its objectives, and to that end the Commission shall (a) facilitate, and where necessary initiate or coordinate, inquiries into (iii) the identity of all persons, authorities, institutions and organisations involved in such violations. »

<sup>183</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 139.

<sup>184</sup> D. TUTU, préc., note 100, p. 80.

## **Section 2 : Le déroulement**

Les travaux de la commission sud-africaine ont duré deux ans et plus de 21 000 témoignages ont été récoltés<sup>185</sup>. Au cours de son mandat, la CVR a installé plusieurs bureaux régionaux sur tout le territoire afin de maximiser le nombre de témoignages. Le comité pour les violations des droits de l'homme, le comité pour l'amnistie et le comité pour les réparations et réhabilitations furent chargés de remplir les objectifs de la commission comme nous allons maintenant le voir.

### **I. Les différents comités**

Les trois comités mis en place incarnent les différentes matières traitées par la CVR. Il y a d'un côté la volonté d'éclairer la population sud-africaine sur les atrocités survenues, mais il y a aussi, d'un autre côté, une volonté de faire table rase de ce passé en coopérant avec les anciens oppresseurs. Enfin, la CVR souhaite rétablir la dignité humaine des victimes sous divers procédés, le plus répandu étant celui de l'indemnisation. Il convient tout d'abord d'analyser le comité pour les violations des droits de l'homme.

#### **A) Le Comité pour les violations des droits de l'homme**

Le Comité pour les violations des droits de l'homme trouve son mandat dans le chapitre 3 du *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34* s'intitulant *Investigation of Human Rights Violation*<sup>186</sup>. Le président de la CVR, l'Archevêque Desmond Tutu, présidait également ce comité avec deux vice-présidents<sup>187</sup>. Commençons par analyser l'élément clé de ce comité à savoir les pouvoirs d'enquête et le recueil des témoignages servant à l'élaboration du rapport final.

##### **1) Pouvoirs d'enquête et recueil de témoignages**

Le comité pour les violations des droits de l'homme avait pour mandat d'enquêter sur les violations des droits de l'homme à travers les audiences publiques. La nature, la cause et l'ampleur de ces violations devaient être déterminées ainsi que les circonstances dans lesquelles elles étaient arrivées. L'identité des personnes impliquées dans ces crimes devait

---

<sup>185</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 28.

<sup>186</sup> *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34*, préc., note 10, section 12 à 15.

<sup>187</sup> *Id.*, section 13.

également être dévoilée. Ces objectifs se retrouvent à la section 4(a) de la loi instituant la commission :

« The functions of the Commission shall be to achieve its objectives, and to that end the Commission shall (a) facilitate, and where necessary initiate or coordinate, inquiries into (i) gross violations of human rights, including violations which were part of a systematic pattern of abuse ; (ii) the nature, causes and extent of gross violations of human rights, including the antecedents, circumstances, factors, context, motives and perspectives which led to such violations ; (iii) the identity of all persons, authorities, institutions and organisations involved in such violations ; (iv) the question whether such violations were the result of deliberate planning on the part of the State or a former state or any of their organs, or of any political organisation, liberation movement or other group or individual ; and (v) accountability, political or otherwise, for any such violation. »<sup>188</sup>

Les commissaires posaient généralement quatre questions aux témoins en leur demandant tout d'abord comment la commission pouvait leur venir en aide. Deuxièmement, il était demandé au témoin s'il voulait connaître l'identité de son agresseur. Il s'agissait, troisièmement, de savoir s'il avait participé de manière active et de quelque manière que ce soit à des manifestations politiques anti-apartheid. Dernièrement, il lui était demandé en quoi les événements survenus entre 1960 et 1994 ont affecté sa vie personnelle<sup>189</sup>. Toutes les personnes venant témoigner devant le comité n'étaient pas considérées comme des victimes. Pour être déclarées comme telles, nous allons voir que plusieurs critères étaient à prendre en considération.

## **2) La définition de « victimes »**

Compte tenu du très grand nombre de témoins, le comité devait décréter, selon les critères de la loi habilitante, ceux qui pouvaient être considérés comme étant des victimes. Cette qualification est importante, car elle ouvrait la porte aux demandes d'indemnisation auprès du comité pour les réparations et réhabilitations. Les victimes étaient définies comme telles :

« 'Victims' includes (a) persons who, individually or together with one or more persons, suffered harm in the form of physical or mental injury, emotional suffering, pecuniary loss or a substantial impairment of human

---

<sup>188</sup> *Id.*, section 4(a).

<sup>189</sup> Stéphane LEMAN-LANGLOIS et Clifford SHEARING, « Transition, Forgiveness and Citizenship: The TRC and the Social Construction of Forgiveness », dans François DU BOIS et Antje DU BOIS-PEDAIN (dir.), *Justice and Reconciliation in Post-Apartheid South Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 206, à la page 211.

rights (i) as a result of a gross violation of human rights ; or (ii) as a result of an act associated with a political objective for which amnesty has been granted ; (b) persons who, individually or together with one or more persons, suffered harm in the form of physical or mental injury, emotional suffering, pecuniary loss or a substantial impairment of human rights, as a result of such person intervening to assist persons contemplated in paragraph (a) who were in distress or to prevent victimization of such persons ; and (c) such relatives or dependents of victims as may be prescribed. »<sup>190</sup>

Trois catégories de victimes se distinguaient. Tout d'abord, étaient considérées comme victimes passives, les personnes victimes de leur statut social, de leurs relations sociales, familiales ou politiques contraires aux idées du Parti national. Les victimes actives étaient celles qui participaient directement aux soulèvements et aux manifestations politiques. Enfin, les victimes des mouvements de libération constituaient la troisième catégorie<sup>191</sup>.

La CVR ne voulait cependant pas que son travail soit uniquement centré sur les victimes au risque de ne rapporter qu'une partie de l'histoire. Le comité pour l'amnistie permettait ainsi aux agresseurs et oppresseurs de participer au processus transitionnel comme nous allons maintenant le voir.

## **B) Le Comité pour l'amnistie**

Le comité pour l'amnistie fut le seul comité dirigé par la profession juridique. Le Parti national négocia cette modalité de peur de voir la commission devenir l'instrument de l'ANC. Un juge impartial présidait donc ce comité qui bénéficiait d'une grande autonomie dans ses décisions. En effet, aucun autre commissaire, ni même le président de la CVR ne pouvaient s'immiscer dans le travail du comité ni revenir sur ses décisions. La contestation d'une décision d'amnistie se faisait par la voie judiciaire traditionnelle à travers un recours devant un tribunal ordinaire. Avant d'analyser les conséquences engendrées par l'amnistie, il convient d'abord d'examiner les critères permettant son octroi.

### **1) Les critères pour l'octroi d'amnistie**

Les personnes pouvant présenter une demande d'amnistie étaient les suivantes : tout membre ou sympathisant d'une organisation politique ou d'un mouvement de libération, tout employé

---

<sup>190</sup> *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34*, préc., note 10, section 1.

<sup>191</sup> Stéphane LEMAN-LANGLOIS, *Réconciliation et justice*, Outremont, Athéna éditions, 2008, p. 119.

de l'État exerçant dans le cadre de ses fonctions, tout employé des forces policières ou armées ou toute personne désirant faire un coup d'État<sup>192</sup>.

De plus, l'acte, l'omission ou l'infraction commis par une des personnes mentionnées ci-dessus devait avoir un motif politique. Le contexte dans lequel l'acte s'est produit (par exemple lors d'un soulèvement populaire) et l'objectif découlant de la commission de cet acte sont autant de critères justifiant un motif politique. L'acte commis devait donc avoir pour but de créer un changement dans le paysage politique et avoir une véritable influence sur le système mis en place<sup>193</sup>. Les actes commis de nature à obtenir un gain personnel ou par simple malice étaient donc exclus<sup>194</sup>. L'octroi d'une amnistie a bien évidemment des conséquences qu'il s'agit désormais d'analyser.

## 2) Les conséquences

Il était impératif pour le comité de motiver les amnisties refusées. Si un procès en cours était suspendu en raison d'une demande, le comité devait alors notifier la Cour concernée<sup>195</sup>. Les décisions octroyant l'amnistie allaient avoir des conséquences. Parmi elles, les personnes amnistiées ne pourront plus faire l'objet de poursuites au civil et/ou au criminel pour l'acte pour lequel l'amnistie fut accordée<sup>196</sup>. Pour les personnes amnistiées qui ont été condamnées au civil auparavant pour l'acte en question, les effets de la condamnation seront déclarés nuls<sup>197</sup>. Enfin, tout casier judiciaire d'une personne qui vient de se voir octroyer l'amnistie pour l'acte de sa condamnation devra être radié<sup>198</sup>.

1 167 amnisties sur un total de 7 115 demandes ont finalement été octroyées. La plupart des demandes ont été refusées parce que le motif politique de leur acte n'était pas suffisamment motivé<sup>199</sup>. Si aucune action en justice ne pouvait être intentée contre la personne amnistiée, les victimes pouvaient cependant demander réparation pour leurs torts auprès du comité pour les réparations et réhabilitations qu'il convient maintenant d'étudier.

---

<sup>192</sup> *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34*, préc., note 10, section 20(2).

<sup>193</sup> S. LEMAN-LANGLOIS, préc., note 191, p. 98.

<sup>194</sup> *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34*, préc., note 10, section 20(3).

<sup>195</sup> *Id.*, section 21.

<sup>196</sup> *Id.*, section 20(7).

<sup>197</sup> *Id.*, section 20(9).

<sup>198</sup> *Id.*, section 20(10).

<sup>199</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 29.

### C) Le Comité pour les réparations et les réhabilitations

Le dernier comité de la CVR fut chargé de rétablir la dignité humaine des victimes en les indemnisant à travers des mesures de réparations adéquates tel que mentionné à la section 3(1)c) du *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34* :

« The objectives of the Commission shall be to promote national unity and reconciliation in a spirit of understanding which transcends the conflicts and divisions of the past by (c) establishing and making known the fate or whereabouts of victims by granting them an opportunity to relate their own accounts of the violations of which they are the victims, and by recommending reparation measures in respect of them. »<sup>200</sup>

Le comité pour les réparations et réhabilitations travaillait en collaboration avec les deux autres comités. Ces derniers pouvaient se référer à lui pour lui demander de statuer sur l'indemnisation d'une victime s'étant présentée devant leurs comités<sup>201</sup>. De même pour le comité pour l'amnistie s'il juge que la victime d'une personne demandant l'amnistie remplit les critères pour être indemnisée<sup>202</sup>.

Enfin, à l'instar des deux autres comités, le comité pour les réparations et réhabilitations fut chargé de recueillir les informations nécessaires à la publication d'un rapport final qui proposera au chef d'État des recommandations quant au meilleur moyen de réparer les victimes.

On remarque à travers le travail de la CVR une réelle volonté de vouloir engager la communauté sud-africaine dans son ensemble, élément qui nous le verrons sembler manquer à l'expérience canadienne. Cette volonté découle de l'envie pour les négociateurs sud-africains de ne pas transformer la commission en instrument de l'ANC utilisé à des fins politiques. Comme nous allons le voir, les tribunaux ordinaires, oeuvrant en parallèle aux travaux de la commission, ont rendu des décisions importantes prônant l'impartialité de cette dernière.

---

<sup>200</sup> *Promotion of National Unity And Reconciliation Act 34*, préc., note 10, section 3(1)c).

<sup>201</sup> *Id.*, section 15(1).

<sup>202</sup> *Id.*, section 22(1).



## II. Le travail des tribunaux ordinaires

Le succès de la Commission sud-africaine réside dans son habilité à traiter les différents agresseurs de la même façon que ces derniers soient issus du régime d'apartheid ou bien des groupes d'opposition. Dans la nouvelle Afrique du Sud, fondée sur une moralité complètement différente du régime précédent, la commission a toujours voulu que ce principe d'égalité soit respecté dans son travail :

« We have been criticized for what had been termed criminalizing the liberation struggle and insulting those who engaged in it by placing them on the same level as the upholders of apartheid. Nothing could be further from the truth. We obeyed the provisions of the act. A gross violation is a gross violation whoever commits it and for whatever motive. Torture by a Nationalist is a gross violation. Torture by a member of the liberation movement is equally a gross violation of human rights. »<sup>203</sup>

Trois affaires ont confirmé cette égalité de traitement. Il y a d'abord eu l'affaire du *Mandela United Football Club* (ci-après « MUFC ») qui impliquait Winnie Madikizela-Mandela. Plusieurs allégations affirmaient que cette dernière avait commandité l'enlèvement et le meurtre de plusieurs jeunes adolescents. Il y a ensuite eu la décision du comité pour l'amnistie d'octroyer une amnistie générale à 37 membres de l'ANC haut placés contrevenant ainsi aux pouvoirs qui lui sont attribués par la loi habilitante. Enfin, il y a eu la demande d'injonction du rapport final faite par l'ANC. Examinons tout d'abord l'affaire du *Mandela United Football Club*.

### A) L'affaire du *Mandela United Football Club*

De tous les témoignages partagés devant la commission, le plus attendu et controversé fut sans doute celui de Winnie Madikizela-Mandela pour son rôle dans l'affaire du *Mandela United Football Club*. Il convient de rappeler brièvement les faits pour comprendre par la suite la décision rendue par la Commission sur cette affaire.

#### 1) Les faits

À son retour d'exil en 1986, Winnie Madikizela-Mandela fonde le *Mandela United Football Club* en vue de recruter des gardes du corps qui auront pour mission de semer la terreur dans une violente lutte armée contre le régime d'apartheid. Entre août 1988 et février 1989,

---

<sup>203</sup> D. TUTU, préc., note 100, p. 106.

plusieurs incidents mettent en cause l'implication, directe ou indirecte, du MUFC dans l'agression, l'enlèvement et les tentatives d'assassinats d'une douzaine de personnes<sup>204</sup>.

En janvier 1989, le corps décomposé et roué de coups de Stompie Seipei, un jeune adolescent de 14 ans, est retrouvé. Ce dernier et trois de ses camarades furent enlevés du presbytère méthodiste d'Orlando par le MUFC qui soupçonnait le Révérend Paul Verryn d'entretenir des relations sexuelles avec ses élèves. Derrière cette justification officielle, le MUFC soupçonnait avant tout Stompie Seipei et ses camarades d'être des informateurs.

Winnie Madikizela-Mandela est condamnée à six ans de prison en 1991 pour enlèvement et complicité dans le meurtre de Seipei. En 1993, la peine sera finalement réduite en une simple amende en appel. Il n'en reste pas moins que la réputation de celle que l'on surnommait « la mère de la Nation » est entachée. L'affaire émerge de nouveau lorsque ses anciens collègues du MUFC et la mère de Seipei témoignent devant la Commission. En effet, le témoignage de celle-ci en 1996 et la demande d'amnistie de Jerry Richardson, bras droit de Mme Mandela, pour le meurtre de l'adolescent obligent la CVR à se pencher sur l'incident<sup>205</sup> et ainsi rendre son avis sur cette affaire.

## 2) L'avis de la Commission

La CVR utilise ses pouvoirs de *subpoena* pour contraindre Winnie Madikizela-Mandela à comparaître devant le comité pour les violations des droits de l'homme. L'audience a duré neuf jours au cours desquels 43 personnes ont témoigné. Pour la première fois depuis la mise en place de la commission, les blancs étaient écartés des travaux. Il était question cette fois-ci pour la population noire de déterminer ce qui est moral de ce qui ne l'est pas, et ce au-delà des simples clivages ségrégationnistes<sup>206</sup>.

Durant son interrogatoire, Winnie Madikizela-Mandela a dénié être impliquée dans le meurtre de Seipei. Or, au regard de toutes les informations collectées par le comité pour la violation

---

<sup>204</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume One. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 1998, par. 5, p. 556, en ligne : <http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%201.pdf> (consulté le 18 février 2016).

<sup>205</sup> *Id.*, par. 13, p. 557.

<sup>206</sup> A. KROG, préc., note 178, p. 337 : « this hearing is about my country, I am thinking. And whether there is space for all of us. And the conditions for this space. I also have a distinct feeling that for now this hearing has nothing to do with me, with whites. Blacks are deciding among themselves what they regard as right and wrong. They are making the decision here, today. Either a black person may kill because of apartheid, or none of us may kill, no matter the reason. This hearing has little to do with the past. It has everything to do with the future. »

des droits de l'homme, la commission en est venue à la conclusion que la « mère de la Nation » fut bien au cœur de la création du MUFC et qu'elle était au courant des activités criminelles conduites par l'organisation<sup>207</sup>.

De plus, la commission constate que les accusations sur le fait que Stompie Seipei était un informateur et les relations sexuelles qu'entretenait le Révérend avec ses élèves étaient fausses et servaient tout simplement de justification aux actes de l'organisation<sup>208</sup>. La complicité de Winnie Madikizela-Mandela dans le meurtre de l'adolescent ne fait aucun doute pour le comité. La commission confirme ainsi dans son rapport final :

« The Mandela United Football Club phenomenon was replicated in the vigilante actions of other, similar groups across the country during this period. The fundamental difference, however, was that this group enjoyed the patronage, support and protection of Ms. Madikizela-Mandela and the prestige of association with the Mandela name. The club was initially admired by many in the local community, but within a few years became feared and loathed as it engaged in a series of acts of terror against its perceived enemies and those that defied its authority. Madikizela-Mandela's proximity to these events is as undeniable as her complicity. »<sup>209</sup>

Cette affaire fut l'occasion pour la CVR de prouver qu'elle n'était pas la marionnette de l'ANC et qu'elle savait être impartiale lorsqu'il s'agissait de condamner de graves violations, peu importe les motifs derrière. Les tribunaux ordinaires ont renforcé cette impartialité dans la vive polémique concernant l'amnistie générale octroyée à 37 membres de l'ANC que nous examinons maintenant.

### **B) L'amnistie collective des 37 membres de l'ANC**

L'impartialité du comité pour l'amnistie a été violemment critiquée lorsqu'il décida d'octroyer une amnistie générale à 37 membres de l'ANC dont le vice-président Thabo Mbeki. Les partis politiques d'opposition se sont levés contre cette décision qui contrevient aux dispositions du *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34* et ont menacé d'attaquer la CVR en justice.

---

<sup>207</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume Two. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 1998, par. 111, p. 581, en ligne : <http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%202.pdf> (consulté le 19 février 2016).

<sup>208</sup> *Id.*, p. 569.

<sup>209</sup> *Id.*, par. 116, p. 582.

Le mandat du comité pour l'amnistie est rédigé dans des termes très clairs. Nulle part est-il mentionné que l'octroi d'une amnistie générale collective est possible, il ne s'agit que d'amnistie individuelle. Le 28 novembre 1997, le comité a octroyé une amnistie générale et collective à une demande commune faite par 37 membres de l'ANC pour les actes que l'organisation a commis durant la période de lutte contre l'ancien régime sans pour autant préciser ni les actes ni le contexte alors que l'amnistie requiert un motif politique pour un acte bien spécifique<sup>210</sup>. La décision du comité ne fut jamais publiée si bien qu'il est impossible de connaître les motifs derrière la décision du juge président ce comité.

Le Parti national fut le premier à dénoncer cette décision en menaçant d'attaquer la CVR en justice pour défaut d'impartialité. De peur que cette action ne fragilise le processus de réconciliation, la commission s'est elle-même pourvue devant la *High Court* pour que celle-ci se prononce sur la validité de la décision du comité pour l'amnistie. Une telle décision pouvait affaiblir la légitimité de tout le processus réconfortant ainsi les opinions de ceux qui pensaient déjà que l'ANC instrumentalisait la CVR à ses fins.

La décision d'amnistier les membres de l'organisation envoyait le message selon lequel les victimes des mouvements de libération étaient moins importantes que les victimes du régime d'apartheid<sup>211</sup>. Une telle vision n'avait donc pas sa place dans la nouvelle Afrique du Sud qui rebâtissait ses principes moraux sur le droit à l'égalité. La professeure Lorna McGregor explique d'ailleurs qu'une telle décision ne fait que renforcer un système d'apartheid en hiérarchisant les différentes catégories sociales selon leur combat :

« The TRC represented a pioneering force in the implementation of democracy through reconciliation, its actions were intended to lead South Africans, the majority of whom had never experienced democracy, to an integrated and equal society. However, when an arm of this institution subordinates the victims of the ANC to a lower level of worth than other victims of human rights atrocities, it authorizes a social hierarchy within postapartheid South Africa. This hostile exclusion of a particular societal group clearly allows apartheid to linger indefinitely. »<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> D. TUTU, préc., note 100, p. 234 : « they had a very commendable motive for having applied, they wanted to demonstrate that they took collective responsibility for the actions of their cadres. Unfortunately, there was no provision in the law for this kind of corporate amnesty where no specific crimes had been itemized. »

<sup>211</sup> Lorna MCGREGOR, « Individual Accountability in South Africa: Cultural Optimum or Political Facade? », (2001) 95-1 *American Journal of Law* 32, 40.

<sup>212</sup> *Id.*, p. 41.

Dans *TRC v. Coleman and 36 Others*<sup>213</sup>, la *High Court* renverse la décision du comité pour l'amnistie respectant ainsi à la lettre les dispositions de la loi. La Cour respecte ainsi la primauté du droit, mais réaffirme aussi la légitimité de la commission en tant qu'instrument impartial dans le processus de réconciliation nationale<sup>214</sup>. Elle aura une nouvelle occasion de réaffirmer ceci lorsque l'ANC présentera une demande d'injonction du rapport final. Comme nous allons maintenant le voir, les tribunaux ordinaires se sont prononcés une dernière fois sur un élément fondamental qui aurait pu anéantir les deux années de dur labeur de la commission

### **C) La demande d'injonction du rapport final par l'ANC**

Parmi les obligations décrites dans le mandat de la commission figurait la publication d'un rapport final décrivant son travail et ses conclusions. Quelques heures avant la remise de ce rapport au président Mandela, fixée au 29 octobre 1998, l'ANC a fait une demande d'injonction.

La commission n'a jamais caché le fait qu'elle reconnaissait que l'ANC était un mouvement de libération ayant un mandat noble. Cependant, la CVR se devait d'établir un portrait complet des violations survenues pour tout le public sud-africain, y compris les violations commises par les mouvements de libération au risque de trahir un de ses objectifs<sup>215</sup>.

Grâce aux pouvoirs qui lui sont conférés par la loi habilitante, la commission a demandé à l'ANC, le 24 août 1998, si ce dernier voulait revenir, avant la publication du rapport final, sur certains témoignages qui l'auraient mis en cause ou bien apporter des preuves justifiant ses actes<sup>216</sup>. En effet, la CVR a notifié l'ANC du fait que le rapport final allait contenir des informations pouvant nuire à l'image du parti et l'invitait donc à se prononcer devant une ultime audience<sup>217</sup>.

---

<sup>213</sup> *TRC v. Coleman and 36 others*, arrêt, (8 mai 1998), (Cape Town High Court).

<sup>214</sup> L. MCGREGOR, préc., note 211, p. 40.

<sup>215</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, préc., note 204, par. 77, p. 69 : « thus, the Commission adopted the view that human rights violations could be committed by any group or person or outside the state: by persons within the Pan Africanist Congress, the IFP, the South African Police, the South African Defence Force, the ANC or any other organisation. »

<sup>216</sup> *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 43*, préc., note 10, section 30(2).

<sup>217</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume six, section one, chapter one. Report of the Amnesty Committee. The Legal Basis of the Amnesty Process*, 1998, par. 12, p. 56, en ligne : <[http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/vol6\\_s1.pdf](http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/vol6_s1.pdf)> (consulté le 21 février 2016).

Le premier délai accordé pour cela était fixé au 8 septembre 1998, soit un mois avant la remise du rapport final. La CVR, n'ayant toujours pas reçu de notification de la part de l'ANC, a prolongé le délai au 5 octobre. L'ANC, qui a envoyé ses documents le 19 octobre, a reçu une réponse de la commission le 26 lui disant qu'elle ne pouvait pas instituer d'audience finale vu la date tardive. Néanmoins, la commission mentionne le fait qu'elle a pris en compte quelques arguments et avait fait les modifications nécessaires dans le rapport final<sup>218</sup>. Mécontent, l'ANC demande une injonction à la *High Court*, le 29 octobre (soit la date à laquelle le rapport final devait être publié).

Le rapport final est le résultat du travail colossal mené par la commission et comprend 5 volumes. Le premier volume traite de la méthodologie employée et du mandat de la CVR<sup>219</sup>, le deuxième résume le contexte historique<sup>220</sup>. Le troisième volume traite des violations des droits de l'homme<sup>221</sup>, le quatrième fait un résumé des audiences<sup>222</sup> et le cinquième volume contient les recommandations faites par les commissaires<sup>223</sup>. Deux volumes s'ajouteront plus tard : le sixième en 2003 concernant le comité pour l'amnistie<sup>224</sup> et le septième en 2002 concernant les victimes<sup>225</sup>.

Ces sept volumes représentent l'aboutissement de la CVR sud-africaine. Cependant, la demande faite par l'ANC donne un goût amer à la célébration du dur labeur fourni par les

---

<sup>218</sup> *Id.*, par. 16, p. 57.

<sup>219</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, préc., note 204.

<sup>220</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, préc., note 207.

<sup>221</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume three. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 1998, en ligne :

<<http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%203.pdf>> (consulté le 23 février 2016).

<sup>222</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume four. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 1998, en ligne :

<<http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%204.pdf>> (consulté le 23 février 2016).

<sup>223</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume five. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 1998, en ligne :

<<http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume5.pdf>> (consulté le 24 février 2016).

<sup>224</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume six. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 2003, en ligne :

<<http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/vol6.pdf>> (consulté le 21 février 2016).

<sup>225</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume seven. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 2002, en ligne :

<[http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/victims\\_main\\_vol7.pdf](http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/victims_main_vol7.pdf)> (consulté le 21 février 2016).

trois comités. Nombreuses ont été les personnes, commissaires compris, à trouver l'attitude de l'ANC décevante<sup>226</sup>.

Dans *The African National Congress v. The Truth and Reconciliation Commission*<sup>227</sup>, la Cour rejette la requête faite par l'ANC en motivant sa décision sur le fait que le fardeau de preuve reposait sur l'ANC qui devait démontrer un motif valable pour l'injonction du rapport final, chose que le parti n'a pas faite. De plus, l'ANC n'a pas respecté le délai prévu pour remettre les documents alors que la commission avait accordé une deuxième date butoir et n'avait, par ailleurs, jamais remis en cause la procédure décrite dans le *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34*<sup>228</sup>.

Le *Mandela United Football Club*, l'amnistie collective accordée à 37 membres de l'ANC et l'injonction demandée par l'organisation quant à la publication du rapport final sont autant d'affaires venues renforcer la légitimité de la CVR en tant qu'instrument impartial. Les tribunaux se sont tenus à une interprétation stricte de la loi dans un esprit égalitaire. Ces décisions courageuses sonnent le glas de l'ancien modèle judiciaire et préfigurent la réforme institutionnelle prévue dans les recommandations de la CVR non seulement en matière de justice, mais également au regard des autres institutions étatiques. Les caractéristiques et le déroulement de cette CVR confirment son exemplarité parmi les commissions de vérité actuelles. Comme nous allons maintenant l'examiner, les leçons à tirer de cet exemple sont nombreuses et pourront être bénéfiques pour tous les pays qui choisissent de recourir à cet instrument. De plus, cette analyse nous permettra de voir si la CVR canadienne a su tirer, de manière profitable, des enseignements de la commission sud-africaine.

---

<sup>226</sup> A. KROG, préc., note 178, p. 372 et 373 : « the report reads fluently and is interspersed with fascinating bits of testimony. It is formidable in what it manages to pull together. For example, all the apartheid legislation ever passed, by name, intention, area, and date of passing, is catalogued. Apartheid's many commissions of inquiry are listed. Some of the contentious issues are well argued and full cognizance is taken of the most current thinking around each of them, when the report's findings differ from currently accepted norms, it provides ample examples of testimony to justify the TRC's interpretation. The report also made available on the Internet, and most newspapers carried abridged versions of all five volumes in special inserts. But the « taste » was gone. The ANC's request for an interdict dominated the news and overshadowed the content of the report. It was quite clear that the party could not have read the final report when it decided to go to court. The report does not treat the liberation movements in the same manner that it deals with the apartheid government. »

<sup>227</sup> *The African National Congress v. The Truth and Reconciliation Commission*, n° 1480/98, arrêt, (1998), (Cape of Good Hope Provincial Division).

<sup>228</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, préc., note 217, par. 17 à 21, p. 57 et 58.

### **Section 3 : Les enseignements à tirer de la CVR sud-africaine**

La CVR d’Afrique du Sud est considérée comme un modèle en matière de commissions de vérité, et ce pour les raisons déjà mentionnées : sa mise en place à travers la voie législative, ses audiences publiques et ses amnisties individuelles. La commission a ramené une certaine paix en évitant une guerre civile. L’Afrique du Sud a réussi sa transition d’un régime d’oppression à celui d’une démocratie avec l’adoption d’une des constitutions les plus libérales dans le monde.

Il convient de rappeler que les commissions de vérité ne forment qu’une partie du processus plus global de transition et de réconciliation. En parallèle aux travaux de la CVR sud-africaine, fut rédigée la nouvelle constitution que nous allons maintenant étudier afin de situer la place que doit avoir une CVR dans une situation transitionnelle. Ce constat tranchera avec l’analyse de la CVR canadienne qui, comme nous le verrons, ne fait pas partie d’un processus global, mais constitue plutôt un fait isolé dans le paysage politique et juridique canadien.

#### **I. Une nouvelle Constitution**

Le 8 mai 1996, l’assemblée constituante adopte la *Constitution sud-africaine de 1996*<sup>229</sup>. Celle-ci élève au rang constitutionnel de nombreux droits économiques et sociaux, ce que peu de pays jusqu’à présent n’ont voulu entreprendre. L’Afrique du Sud a voulu faire de sa déclaration des droits, une déclaration novatrice et ambitieuse comme nulle part ailleurs.

La *Constitution sud-africaine de 1996* devient ainsi la première constitution du pays (mise à part la *Constitution intérimaire de 1993*) à élever au rang constitutionnel quatre principes qui étaient jusqu’à présent inexistant à savoir la dignité humaine, la non-discrimination envers la race et le sexe, la suprématie de la constitution et de l’État de droit et le suffrage universel<sup>230</sup>.

Les droits civils et politiques, sociaux-économiques et culturels et collectifs, communément référés par droits de première, deuxième et troisième générations sont consacrés par la nouvelle constitution.

---

<sup>229</sup> *The Constitution of the Republic of South Africa*, 8 Mai 1996, en ligne : <<http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf>> (consulté le 27 janvier 2016).

<sup>230</sup> *Id.*, section 1.



Même s'ils furent déjà inscrits dans la *Constitution intérimaire de 1993*, le droit à l'égalité<sup>231</sup>, le droit à la dignité humaine<sup>232</sup>, le droit à la vie<sup>233</sup>, la liberté de religion, de croyance et d'opinion<sup>234</sup> et la liberté d'expression<sup>235</sup>, entre autres, sont ici élaborés de manière plus approfondie.

Parmi les droits de deuxième génération consacrés par la nouvelle constitution, on retrouve notamment le droit à un niveau de vie décent<sup>236</sup> ainsi que le droit à l'accès à la santé, à l'eau et à la sécurité sociale<sup>237</sup>. Enfin, le droit à l'environnement<sup>238</sup> constitue le droit de troisième génération garantie par la *Constitution sud-africaine de 1996*.

La transition démocratique de l'Afrique du Sud s'incarne dans la consécration de tous ces droits. Même si l'élaboration d'une nouvelle constitution ne fut pas un des objectifs de la Commission de vérité et réconciliation, le travail de celle-ci a tout de même influencé la rédaction de la nouvelle loi suprême. Les recommandations ambitieuses prises par les commissaires constituent le point d'orgue de cette transition réussie comme nous allons maintenant le voir.

## **II. Des recommandations ambitieuses**

Le rapport final et ses recommandations constituent le point d'orgue et l'héritage de toute commission de vérité. Celles de la CVR sud-africaine visent de nombreux domaines puisqu'il faut partir du postulat que tout est à reconstruire dans la nouvelle Afrique du Sud. Des recommandations concernant l'aménagement des prisons, le développement des médias, l'organisation des archives nationales, ou encore la conformité des lois sud-africaines aux textes internationaux sont ainsi proposées<sup>239</sup>. Dans le cadre de cette étude, nous nous attarderons plus particulièrement aux recommandations ayant trait à la réforme de la justice et, notamment, à celles garantissant l'État de droit comme nous allons maintenant le voir.

---

<sup>231</sup> *Id.*, section 9.

<sup>232</sup> *Id.*, section 10.

<sup>233</sup> *Id.*, section 11.

<sup>234</sup> *Id.*, section 15.

<sup>235</sup> *Id.*, section 16.

<sup>236</sup> *Id.*, section 26

<sup>237</sup> *Id.*, section 27.

<sup>238</sup> *Id.*, section 24.

<sup>239</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION, préc., note 223.

## A) L'établissement d'un État de droit

Si la *Constitution sud-africaine de 1996* pose les garanties théoriques de ce que doit constituer un État de droit, la CVR constate qu'il reste encore des problèmes pratiques au niveau de la bonne administration de la justice :

« In spite of the various clauses contained in the Constitution relating to the judiciary, and in spite of the substantial steps taken since 1994 by the Ministry of Justice to review the justice system, serious problems still remain with regard to access to justice and the general administration of justice. »<sup>240</sup>

La Commission met notamment l'accent sur le droit d'être représenté par un avocat, les conditions d'une administration effective de la justice et une institution judiciaire qui serait représentative de la société sud-africaine sans distinction de race et de sexe.

### 1) Le droit d'être représenté par un avocat

Le droit d'être représenté par un avocat constitue une des garanties les plus fondamentales permettant le respect d'un État de droit. Toute personne qui fait face à une accusation en justice doit avoir les moyens de se défendre. Le droit d'être représenté par un avocat est consacré dans la *Constitution sud-africaine de 1996* à la section 35(3)f) et g) :

« Every accused person has a right to a fair trial, which includes the right: (f) to choose, and be represented by, a legal practitioner, and to be informed of this right promptly; (g) to have a legal practitioner assigned to the accused person by the state and at state expense, if substantial injustice would otherwise result, and to be informed of this right promptly. »<sup>241</sup>

Suite à cette consécration, l'Afrique du Sud accorda au droit d'être représenté par un avocat une importance considérable. À titre d'exemple, dans l'affaire *Basson*<sup>242</sup>, le cardiologue Wouter Basson avait travaillé avec les services secrets sud-africains dans le développement du programme bactériologique et chimique lors de l'apartheid. En 1999, il est accusé d'une centaine de meurtres. Albie Sachs, juge à la Cour constitutionnelle, souligne dans cette décision que le droit à la représentation doit être davantage renforcé lorsqu'une personne fait

---

<sup>240</sup> *Id.*, par. 47, p. 322.

<sup>241</sup> *The Constitution of the Republic of South Africa*, préc., note 229, section 35(3)f) et g).

<sup>242</sup> *The State v. Basson*, n° CCT 30/03, jugement final, (9 septembre 2005), (Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud), en ligne : <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/10.pdf>> (consulté le 23 avril 2016).

face à de graves accusations. Le juge Sachs se prononce ainsi sur le droit de Wouter Basson à bénéficier d'un procès équitable :

« My judgment stressed that the seriousness of the charges should in no way attenuate Dr Basson's right to a fair trial. If anything, I said, the horrendous nature of the charges against him highlighted the importance of fair trial. It was precisely when alleged crimes threatened basic principles of legality and international law, that the standards associated with the rule of law needed most to be maintained. In this way you do more than just hold an individual to account for breaching the law. You affirm the very principles that the individual is said to have placed under attack. You then defend the rule of law, not by abandoning its principles, but by applying them. »<sup>243</sup>

Malgré la garantie constitutionnelle, la CVR arrive à la conclusion que ce droit est appliqué de manière précaire. La recommandation n°51 propose que soit assuré un standard minimum de représentation pour chacun, que des bureaux de défenseurs publics soient créés dans les principaux centres du pays, que les étudiants en droit s'impliquent dans des cliniques juridiques et que des lois qui restreindraient les droits de l'accusé ne puissent être adoptées<sup>244</sup>.

Pour que le droit d'être représenté soit respecté, il faut avant tout une bonne administration de la justice, autre aspect que la CVR a entendu réformer et que nous allons maintenant examiner.

## **2) Une administration de la justice effective**

La bonne administration de la justice est une autre garantie indispensable au maintien d'un État de droit. Une institution judiciaire doit être en état de fonctionner correctement. Pour entreprendre cela, la commission met l'accent sur la formation de l'ensemble de la profession juridique :

« The effective administration of justice demands training, not only to facilitate the efficiency of prosecutorial and other duties, but also of a more general nature, to ensure that judicial officers understand and uphold the values and principles contained in the Constitution. »<sup>245</sup>

Parmi les recommandations de la CVR figure l'organisation de formations pour tout le personnel juridique concernant les principes et valeurs de la nouvelle Constitution et le droit

---

<sup>243</sup> Albie SACHS, *The Strange Alchemy of Life and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 30 et 31.

<sup>244</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, préc., note 223, par. 51, p. 323.

<sup>245</sup> *Id.*, par. 53, p. 324.

international, notamment les principes des Nations Unies ayant trait à l'indépendance judiciaire.

Une grande importance est également accordée à l'éthique professionnelle que doit avoir tout praticien et qui doit être enseignée dès la première année d'étude dans les facultés de droit<sup>246</sup>. Enfin, à l'image de la nouvelle Afrique du Sud, la Commission a voulu que la profession juridique soit représentative de cette société égalitaire et multiraciale.

### **3) Une institution judiciaire représentative de la société**

La commission préconise enfin une institution judiciaire représentative de la société sud-africaine dans son ensemble sans discrimination de race et de sexe. La CVR recommande ainsi le rétablissement des déséquilibres existant au sein des Cours de justice en garantissant un accès plus simplifié à la formation juridique pour les Noirs et les femmes<sup>247</sup>.

Toutes les recommandations concernant la réforme de la justice tombent sous la responsabilité du ministère ou département de la Justice, du ministère ou département de la Sécurité, du Barreau d'Afrique du Sud, des établissements d'enseignement supérieur, des ONG et des organisations professionnelles représentant la profession juridique. Ces derniers sont chargés d'implanter et concrétiser ces changements<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, préc., note 223, par. 53, p. 324

<sup>247</sup> *Id.*, par. 58, p. 326.

<sup>248</sup> *Id.*, par. 61, p. 327 et 328.

## Conclusion de la première partie

Cette première partie avait pour objet de présenter les commissions de vérité et réconciliation et, plus particulièrement, la plus notoire d'entre elles : la CVR d'Afrique du Sud.

Le premier chapitre se concentra sur la particularité de cet instrument qui a émergé sur la scène internationale dans les années 1980 et où l'Ouganda fut le premier terrain d'expérimentation. Cependant, la CVR chilienne sera celle qui donnera à cet instrument son nom officiel. Nous avons notamment relevé que l'enjeu principal dans le cadre de l'étude des CVR est l'absence de consensus quant à leur définition universelle même si plusieurs experts en justice transitionnelle, Hayner et Freeman entre autres, ont proposé des définitions dégagant des caractéristiques communes.

Le deuxième chapitre analysa la CVR d'Afrique du Sud dans son ensemble, c'est-à-dire du contexte de son adoption jusqu'à la fin de ses travaux en passant par le déroulement de ceux-ci. Le contexte d'adoption de la CVR sud-africaine fut adéquat pour la mise en place d'un tel procédé notamment pour opérer la transition entre la fin du régime d'apartheid et la volonté de créer un nouvel État démocratique et multiracial. Cette dimension post-confliktuelle et transitionnelle assura une grande partie de son succès. En effet, plus tôt une CVR est implantée, meilleures sont ses chances de produire un travail effectif comme l'explique Hayner : « as a general rule, a truth commission should begin as soon as possible after a political transition »<sup>249</sup>.

La CVR sud-africaine se démarque et s'impose en tant que modèle, car elle a su manier habilement les avantages des mécanismes tant judiciaires que non judiciaires en adoptant un mandat juridiquement très précis, en instituant des audiences publiques et en permettant la citation de noms et le pouvoir de *subpoena*. Son rapport final détaillé ainsi que les recommandations ambitieuses adoptées constituent l'héritage de cette CVR. Compte tenu de tous les éléments mentionnés ci-dessus, il convient d'aborder la deuxième partie concernant la CVR canadienne afin de comprendre le caractère unique de cette dernière et les répercussions potentielles qu'elle pourrait avoir aux niveaux national et international.

---

<sup>249</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 213.

## **Deuxième partie : Le caractère unique de la CVR canadienne**

Cette deuxième partie traite du caractère sui generis de la Commission de vérité et réconciliation canadienne.

Un premier chapitre analyse la mise en place particulière de cette CVR qui s'est déroulée dans un contexte non transitionnel. Il sera important de revenir sur la politique d'assimilation opérée par le gouvernement canadien à travers les pensionnats autochtones (section 1). La *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* entérine la création de la CVR canadienne qui est essentiellement le fruit de divers recours collectifs. Nous verrons également en quoi le mandat de cet instrument lui donne toute sa singularité (section 2).

Un deuxième chapitre pose la question de savoir si la CVR constitue une nouveauté dans le paysage canadien ou si elle n'est pas tout simplement la continuité des différents comités sur la situation des Autochtones mis en place antérieurement (section 1). Enfin, il sera temps d'analyser les effets du caractère sui generis de cette CVR en étudiant ses recommandations qui s'avèrent timides et en expliquant pourquoi la Cour suprême du Canada est restée absente du processus de réconciliation (section 2).

## Chapitre 1 : Une mise en place dans un contexte non transitionnel

Le Canada a décidé de mettre en place une commission de vérité et réconciliation afin de dresser le portrait d'une partie de l'histoire du pays très souvent oubliée : l'assimilation des autochtones à travers les pensionnats. Une première section s'attarde sur la politique d'assimilation des pensionnats indiens en retraçant son historique. Une deuxième section analysera la *Convention de règlement* qui met en place la CVR. Nous verrons que le contexte d'adoption de cet instrument ainsi que son mandat rendent la CVR canadienne unique dans le domaine.

### Section 1 : La politique d'assimilation des pensionnats indiens

La politique d'assimilation des Autochtones au Canada se traduit en grande partie par les pensionnats indiens ayant opéré sur l'ensemble du territoire. Face aux peuples autochtones, le Canada opta pour une tout autre méthode que celle employée par les États-Unis<sup>250</sup>. Si ces derniers ont employé la force pour se débarrasser de leurs Premières nations, le Canada choisit une politique, aux faux airs pacifiques, d'assimilation en créant des pensionnats dont le principal but fut de « tuer l'indien au sein de l'enfant »<sup>251</sup>. Pour comprendre le mandat de la CVR canadienne et les revendications actuelles des anciens pensionnaires, il est donc nécessaire d'analyser l'historique de cette politique d'assimilation qui peut se scinder en trois périodes. Commençons par étudier la première période s'étendant de 1849 à 1913.

#### I. 1849 à 1913 : le rapport Davin et les premières écoles

La première tentative d'assimilation remonte à 1639, bien avant l'ouverture du premier pensionnat, lorsqu'un couvent ouvre ses portes au Québec à Sillery prônant d'ores et déjà l'éducation des valeurs eurocanadiennes.

Il faut néanmoins attendre 1849 pour que le gouvernement fasse de l'assimilation des enfants autochtones sa politique officielle suite à la Commission Bagot de 1842 à 1844 dont l'objet fut d'étudier l'état de l'éducation des autochtones. Le gouvernement fédéral propose alors ses

---

<sup>250</sup> James Rodger MILLER, *Shingwauk's Vision: A History of Native Residential Schools*, Toronto, University of Toronto Press, 1996, p. 184.

<sup>251</sup> AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD CANADA, *Présentation d'excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens*, Ottawa, 11 juin 2008, en ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100015644/1100100015649>> (consulté le 3 octobre 2015).

premières recommandations en vue de créer des écoles éloignées des réserves indiennes où les enfants, séparés de leurs familles et coupés de tout lien avec l'identité autochtone, pourront apprendre un métier manuel. L'enseignement se fait en anglais ou en français selon le lieu du pensionnat par des religieux et les enfants se voient interdits de communiquer entre eux dans leur langue maternelle. Le but étant qu'à la fin de leur éducation ces enfants ne se sentent liés, de près comme de loin, à leur culture autochtone.<sup>252</sup>

À la suite de l'adoption de la *Loi sur les Indiens*, le rapport Davin est publié en 1879 dans lequel Nicholas Flood Davin propose au premier ministre, sir John A. Macdonald, d'imiter le système américain qui venait d'ouvrir le premier pensionnat indien à Carlisle en Pennsylvanie. Le premier ministre Macdonald déclara ainsi devant la Chambre des communes en 1883 :

« Lorsque l'école est sur la réserve, l'enfant vit avec ses parents, qui sont sauvages ; il est entouré de sauvages, et bien qu'il puisse apprendre à lire et à écrire, ses habitudes, son éducation domestique, et ses façons de penser, restent celles des sauvages. En un mot, c'est un sauvage capable de lire et d'écrire. On a fortement insisté auprès de moi, comme chef du département de l'Intérieur, pour soustraire autant que possible les enfants sauvages à l'influence de leurs parents. Or, le seul moyen d'y réussir serait de placer ces enfants dans des écoles industrielles centrales, où ils adopteraient les habitudes et les façons de penser des blancs. »<sup>253</sup>

Ces écoles industrielles centrales, ancêtres des pensionnats, sont ainsi créées. En 1892, le gouvernement et les différentes églises concluent un accord formel sur ces établissements. Les pensionnats seront désormais administrés par les religieux et financés par le gouvernement fédéral.

Le premier pensionnat ouvre ses portes en 1883, il s'agit du pensionnat de Battleford en Saskatchewan. Suite à cela, le nombre de pensionnats augmente et en 1892, le ministère des Affaires indiennes oblige les parents à signer un formulaire dans lequel ces derniers confient

---

<sup>252</sup> Gilles OTTAWA, *Les pensionnats indiens au Québec : Un double regard*, Québec, Les éditions Cornac, 2010, p. 15.

<sup>253</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir. Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015 p. 2 et 3, en ligne : [http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French\\_Exec\\_Summary\\_web\\_revised.pdf](http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French_Exec_Summary_web_revised.pdf) (consulté le 2 novembre 2015).



la garde de leurs enfants au chef d'établissement<sup>254</sup>. La deuxième période s'étendant de 1920 à 1969 sera celle où la politique des pensionnats s'intensifiera notamment avec l'adoption de réformes beaucoup plus contraignantes vis-à-vis les enfants. Examinons donc cette période.

## II. 1920 à 1969 : résoudre le « problème indien »

En 1913, Duncan Campbell Scott est nommé Surintendant général adjoint aux Affaires indiennes et décide d'accélérer l'assimilation des autochtones en modifiant la *Loi sur les Indiens*. Il propose en 1920 une réforme dont l'objet est de rendre obligatoire la fréquentation des pensionnats pour les enfants âgés de 7 ans à 15 ans<sup>255</sup>.

Jusqu'à présent, le nombre de pensionnaires demeurait très bas puisque l'envoi des enfants aux pensionnats se faisait de manière volontaire. Duncan Campbell Scott entend donc remédier à cela en confiant à la Chambre des communes :

« I want to get rid of the Indian problem. I do not think as a matter of fact, that this country ought to continuously protect a class of people who are able to stand alone. That is my whole point. I do not want to pass into the citizens' class people who are paupers. This is not the intention of the Bill. But after one hundred years, after being in close contact with civilization it is enervating to the individual or to a band to continue in that state of tutelage, when he or they are able to take their position as British citizens or Canadian citizens, to support themselves, and stand alone. That has been the whole purpose of Indian education and advancement since the earliest times. One of the very earliest enactments was to provide for the enfranchisement of the Indian. So it is written in our law that the Indian was eventually to become enfranchised. Our object is to continue until there is not a single Indian in Canada that has not been absorbed into the body politic and there is no Indian question, and no Indian Department, that is the whole object of this Bill. »<sup>256</sup>

Les pensionnats furent le lieu de nombreuses dérives où la violence physique et/ou sexuelle rythmait souvent le quotidien des enfants. Parmi ces dérives on compte la pratique des

---

<sup>254</sup> *Id.*, p. 63.

<sup>255</sup> John Sheridan MILLOY, « *A National Crime* »: *The Canadian Government and the Residential School System, 1879-1986*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 1999, p. 70.

<sup>256</sup> P.R.E. Group, Indian and Northern Affairs, *The Historical Development of the Indian Act, Treaties and Historical Research Centre*, Août 1978, p. 114, en ligne : [http://www.kitselas.com/images/uploads/docs/The\\_Historical\\_Development\\_of\\_the\\_Indian\\_Act\\_Aug\\_1978.pdf](http://www.kitselas.com/images/uploads/docs/The_Historical_Development_of_the_Indian_Act_Aug_1978.pdf) (consulté le 10 avril 2016).

stérilisations forcées adoptée dans plusieurs provinces, notamment en Colombie-Britannique<sup>257</sup>.

Le taux de mortalité chez les pensionnaires était très élevé en raison des crises épidémiques qui se multiplièrent rapidement. Peter Henderson Bryce, médecin hygiéniste en chef pour le Département des Affaires indiennes, allègue que la tuberculose fut transmise de manière volontaire. Dans son rapport intitulé *The Story of a National Crime : Being a Record of the Health Conditions of the Indians of Canada from 1904 to 1921*<sup>258</sup>, il disait à ce propos :

« I believe the conditions are being deliberately created in our residential schools to spread infectious diseases. It is not unusual for children who are dying from consumption to be admitted to schools and housed alongside healthy children. This is a national crime. »<sup>259</sup>

Ce rapport passa inaperçu et le Docteur Bryce fut congédié du département peu de temps après les révélations. La troisième et dernière période historique de la politique d'assimilation qui s'étend de 1969 à 1996 correspond à l'engagement de la part du gouvernement fédéral de fermer les pensionnats comme nous allons maintenant le voir.

### **III. 1969 à 1996 : la fermeture des pensionnats**

Un tournant dans la politique d'assimilation semble s'opérer avec le gouvernement du premier ministre Pierre Elliott Trudeau qui nomme comme ministre des Affaires indiennes et du développement du Nord canadien, Jean Chrétien. Ces derniers vont mettre un terme au partenariat entre le gouvernement fédéral et les églises en 1969 engageant ainsi la fermeture des pensionnats. Malgré ces intentions louables, le processus de fermeture demeure long et complexe. En 1971, 45 pensionnats sont encore en activité<sup>260</sup>.

---

<sup>257</sup> Kevin ANNETT, *Hidden From History: The Canadian Holocaust. The Untold Story of the Genocide of Aboriginal Peoples by Church and State in Canada*, Colombie-Britannique, The Truth Commission into Genocide in Canada, 2001, p. 12 et 13.

<sup>258</sup> Peter Henderson BRYCE, *The Story of a National Crime: Being a Record of the Health Conditions of the Indians of Canada*, Ottawa, James Hope and Sons Limited, 1922.

<sup>259</sup> K. ANNETT, préc., note 257, p.16

<sup>260</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, préc., note 253, p. 72.

Trente ans après l'annonce du premier ministre Trudeau, en 1996, le dernier pensionnat ferme officiellement ses portes, il s'agit du pensionnat *Gordon* à Punnichy en Saskatchewan<sup>261</sup>. De 1874 à 1996, ce sont donc 139 pensionnats qui ont été recensés et ayant accueilli 150 000 enfants autochtones, métis et inuit<sup>262</sup>. Le nombre exact d'enfants décédés est difficilement chiffrable puisque de nombreux actes de décès ont été détruits par les chefs d'établissement. Au Québec, six pensionnats ont été officiellement répertoriés entre 1934 et 1990<sup>263</sup>.

La politique des pensionnats autochtones au Canada dura plus d'une centaine d'années. Ce n'est que vers la fin des années 1990 que la dernière génération d'enfants ayant fréquenté ces établissements est sortie du silence espérant ainsi que le gouvernement canadien, à travers la voie judiciaire, reconnaisse sa part de responsabilité et remédie aux torts causés aux Premières Nations, Métis et Inuit. Les principaux intéressés ont finalement conclu la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* que nous allons maintenant analyser.

## **Section 2 : La *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens***

Les nombreux recours collectifs intentés par les anciens pensionnaires ont certainement accéléré l'adoption de la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* dont l'un des objectifs fut d'établir une Commission de vérité et réconciliation. Pour comprendre la nature sui generis de la CVR canadienne, il convient, en premier lieu, de revenir sur les recours collectifs présentés par les anciens pensionnaires. Une telle démonstration permettra ainsi d'appréhender la singularité de cet instrument au Canada.

### **I. Les recours collectifs devant les tribunaux**

La fin des années 1990 marque le début des premiers recours intentés en justice par les survivants des pensionnats. En 1997, Phil Fontaine est élu chef de l'Assemblée des Premières Nations et déclare publiquement les atrocités que lui et ses camarades ont subies lors de leur séjour en pensionnat. Il invite ainsi les survivants à se tourner vers les tribunaux pour réclamer des dédommagements pour leur préjudice physique et/ou moral ainsi que la perte de leur identité et de leur culture.

---

<sup>261</sup> Fondation autochtone de l'espoir, « chronologie », en ligne : <http://www.lesenfantsdevenus.ca/fr/timeline/#90> (consulté le 10 mars 2016).

<sup>262</sup> G. OTTAWA, préc., note 252, p. 19.

<sup>263</sup> *Id.*

Au moins 15 000 requêtes contre le gouvernement et les organisations religieuses ont été déposées en 2005, sans compter les recours collectifs intentés par l'Assemblée des Premières Nations<sup>264</sup>. Parmi ces recours collectifs, l'affaire *Cloud*<sup>265</sup> et l'affaire *Baxter*<sup>266</sup> préfigurent la mise en place d'une Commission de vérité et réconciliation. Commençons par étudier l'affaire *Cloud*.

### A) *Cloud et al. v. The Attorney General of Canada et al.*

Le 3 décembre 2004, la Cour d'appel de l'Ontario infirme la décision du juge Haines concernant le refus de certifier l'action intentée par les survivants du pensionnat de Brantford comme étant un recours collectif. Les survivants de ce pensionnat, ouvert de 1922 à 1969, réclament au gouvernement et à l'église des réparations pour les causes d'action suivantes : violation d'une obligation de fiduciaire, négligence, coups et blessures, et violation des droits ancestraux et des droits issus des traités<sup>267</sup>.

Le juge Haines, en Cour supérieure de l'Ontario, confirme le refus de certification du juge de première instance en se reposant sur le fait que les critères de l'article 5(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*<sup>268</sup> de l'Ontario n'étaient pas réunis. Cet article dispose que :

« Le tribunal saisi d'une motion visée à l'article 2, 3 ou 4 certifie qu'il s'agit d'un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies : a) les actes de procédure ou l'avis de requête révèlent une cause d'action ; b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus qui se ferait représenter par le représentant des demandeurs ou des défendeurs ; c) les demandes ou les défenses des membres du groupe soulèvent des questions communes ; d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes, e) il y a un représentant des demandeurs ou des défendeurs qui : (i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe, (ii) a préparé un plan pour l'instance qui propose une méthode efficace de faire avancer l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'instance, (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe, en ce qui concerne les questions communes du groupe. »<sup>269</sup>

---

<sup>264</sup> Jeremy PATZER, « Residential School Harm and Colonial Dispossession: What's the Connection ? », dans Adrew WOOLFORD, Jeff BENVENUTO et Alexander LABAN HINTON (dir.), *Colonial Genocide in Indigenous America*, Durham, Duke University Press, 2014, p. 166, à la page 176.

<sup>265</sup> *Cloud et al. v. The Attorney General of Canada et al.*, [2004], O.J. No. 4924, (C.A.), (ci-après « *Cloud v. Canada* »).

<sup>266</sup> *Baxter et al. v. The Attorney General of Canada et al.*, [2006], O.J. No. 4968 (Ont. S.C.J.), (ci-après « *Baxter v. Canada* »).

<sup>267</sup> *Cloud v. Canada*, préc., note 265, par. 13.

<sup>268</sup> *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6.

<sup>269</sup> *Id.*, art. 5(1).

Pour le juge Haines, la décision du juge de première instance n'est pas à remettre en cause dans la mesure où, selon lui, il n'existe pas un groupe identifiable ni de cause d'action commune en raison de la diversité des expériences rapportées par chacun des requérants<sup>270</sup>.

Les trois critères concernant la préférabilité du recours collectif énoncés par la juge en chef de la Cour suprême McLachlin dans la décision *Hollick c. Toronto (Ville)*<sup>271</sup> à savoir : 1) l'économie des ressources judiciaires ; 2) l'accès à la justice ; et 3) la modification comportementale<sup>272</sup>, soutiennent en l'espèce, pour le juge Haines, que des requêtes individuelles sont préférables à un recours collectif<sup>273</sup>.

La Cour d'appel de l'Ontario s'appuie sur l'opinion dissidente du juge Cullity pour qui l'action répondait aux critères de l'article 5(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* :

« As I have said, Haines J. found that the appellants failed to establish any identifiable class. In my view, he applied the wrong test in doing so by requiring that all students fully share a cause of action. This is inconsistent with *Hollick*, which makes clear that the shared interest need only extend to the resolution of the common issues. The application of a wrong test is an error in principle and the decision which results can attract no deference. For this part, the majority of the Divisional Court did not address the identifiable class issue. However, Cullity J. found that the requirement in s. 5(1) had been satisfied by the appellants. »<sup>274</sup>

La Cour d'appel de l'Ontario autorise la certification de l'action intentée comme étant un recours collectif<sup>275</sup> et ouvre ainsi la voie à d'autres requêtes similaires, notamment l'affaire *Baxter* qui donnera lieu à l'adoption du règlement du recours collectif le plus important de l'histoire judiciaire canadienne<sup>276</sup> et que nous allons maintenant examiner.

---

<sup>270</sup> *Cloud v. Canada*, préc., note 265, par. 3.

<sup>271</sup> *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158.

<sup>272</sup> *Id.*, par. 15, p. 170.

<sup>273</sup> *Cloud et al. v. The Attorney General of Canada et al.*, [2003], O.J. No. 2698 (Ont. S.C.J.), par. 35.

<sup>274</sup> *Cloud v. Canada*, préc., note 265, par. 46.

<sup>275</sup> *Id.*, par. 96.

<sup>276</sup> J. PATZER, préc., note 264.

**B) *Baxter et al. v. The Attorney General of Canada et al.***

Le 15 décembre 2006, la Cour supérieure de l'Ontario autorise la certification du recours collectif de l'affaire *Baxter* et la proposition des appelants concernant le règlement des 15 000 requêtes en cours déposées par les survivants de pensionnats autochtones.

Concernant la proposition de règlement, la Cour se fonde sur la décision *Parsons v. Canadian Red Cross Society*<sup>277</sup> de 1999 dans laquelle il est mentionné que le règlement doit être juste et raisonnable et doit viser les intérêts du groupe tout entier<sup>278</sup>.

Suite au nombre exponentiel de requêtes, la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* est adoptée le 8 mai 2006 par le gouvernement fédéral représenté par l'Honorable Frank Iacobucci, les avocats des anciens pensionnaires, l'Assemblée des Premières Nations et les représentants des Inuits et des églises. La CRRPI compte plus de 100 signataires et un montant de 1,9 milliard de dollars pour les 80 000 pensionnaires survivants<sup>279</sup>.

La *Convention de règlement* prévoit la mise en place d'un programme de « Paiement d'expérience commune » qui allouera à chaque ancien élève un montant de 10 000 dollars pour la première année et 3 000 dollars pour chaque année additionnelle. Le « Processus d'évaluation indépendant », quant à lui, statue de manière individuelle sur des requêtes en dédommagements pour sévices physiques et/ou sexuels présentées par les victimes. La CRRPI prévoit également l'allocation de fonds pour la Fondation de guérison autochtone et un soutien pour la commémoration des pensionnats afin d'instruire les Canadiens sur ce bout de leur histoire.

Enfin, la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* prévoit la création d'une Commission de vérité et réconciliation chargée de mettre en lumière l'histoire et l'existence

---

<sup>277</sup> *Parsons v. Canadian Red Cross Society*, [1999], 40 C.P.C (4ed) 151 (Ont. C.J.).

<sup>278</sup> *Id.*, par. 77 : « it must be remembered that these matters have come before the court framed as class action lawsuits. The parties have chosen to settle the issues on a legal basis and the agreement before the court is part of that legal process. The court is therefore constrained by its jurisdiction, that is, to determine whether the settlement is fair and reasonable and in the best interests of the classes as a whole in the context of the legal issues. Consequently, extra-legal concerns even though they may be valid in a social or political context, remain extra-legal and outside the ambit of the court's review of the settlement. »

<sup>279</sup> Kim STANTON, « Canada's Truth and Reconciliation Commission: Settling the Past? », (2011), 2-3 *International Indigenous Policy Journal* 1, 4, en ligne : <<http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=iipj>> (consulté le 5 avril 2016).

de ces pensionnats autochtones<sup>280</sup>. Il convient désormais d'étudier le mandat de cette CVR. En effet, les modalités bien spécifiques du mandat nous permettront de comprendre en quoi la CVR canadienne se distingue de celle d'Afrique du Sud.

## II. L'Annexe N : le mandat de la CVR

Suite à l'adoption de la *Convention de règlement*, le premier ministre Stephen Harper présente les excuses du gouvernement canadien aux anciens élèves des pensionnats indiens devant la Chambre des communes. Le 11 juin 2008, douze ans après la fermeture du dernier pensionnat, le gouvernement reconnaît que cette politique d'assimilation était « erronée »<sup>281</sup> et qu'elle ne correspond pas aux valeurs du pays. Au nom du Canada et des Canadiens, le premier ministre « présente ses excuses les plus sincères aux peuples autochtones du Canada pour avoir si profondément manqué à son devoir envers eux, et leur demande pardon »<sup>282</sup>.

Les communautés autochtones sont touchées par le geste symbolique, mais attendent, au-delà, la réalisation d'actes concrets permettant le rétablissement des relations et la réconciliation entre Autochtones et non-autochtones. Beaucoup d'espoirs reposent notamment sur la création de la Commission de vérité et réconciliation dont nous allons maintenant analyser ses objectifs.

### A) Les objectifs

La CVR canadienne débute ses travaux le 1<sup>er</sup> juillet 2009 avec pour commissaires, l'Honorable Murray Sinclair, le chef Wilton Littlechild et Marie Wilson, nommés par le gouvernement. L'objectif principal de la commission fut le rétablissement de meilleures relations entre Autochtones et non-autochtones tel que disposé dans l'*Annexe N* :

« On observe un nouveau et puissant désir de tourner la page sur les événements passés, afin qu'il nous soit possible de bâtir un avenir plus solide et plus sain. Le processus de vérité et de réconciliation, qui s'inscrit dans une réponse holistique et globale aux séquelles des pensionnats indiens, est une indication et une reconnaissance sincères de l'injustice et des torts causés aux Autochtones, de même que du besoin de poursuivre la guérison. C'est un véritable engagement à établir de nouvelles relations reposant sur la reconnaissance et le respect mutuels qui prépareront un

---

<sup>280</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION, préc., note 253, p. 135.

<sup>281</sup> AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD CANADA, préc., note 251.

<sup>282</sup> *Id.*

avenir meilleur. La révélation de nos expériences communes aidera à libérer nos esprits et à ouvrir la voie à la réconciliation. »<sup>283</sup>

Le premier article de l'*Annexe N* indique les objectifs de la commission qui sont au nombre de sept. Parmi ces objectifs, le plus important demeure celui d'établir un portrait complet concernant le système de ces établissements en reconnaissant « les expériences, les séquelles et les conséquences liées aux pensionnats »<sup>284</sup>. La sensibilisation et l'éducation du public canadien sur cette partie de leur histoire font également partie de ces objectifs<sup>285</sup>, ainsi que la création d'un dossier historique<sup>286</sup> et d'un rapport contenant des recommandations à destination du gouvernement fédéral<sup>287</sup>.

La création d'un milieu sûr pour les personnes désirant se présenter devant la CVR est également préconisée<sup>288</sup>, ainsi que l'organisation d'événements nationaux et communautaires auxquels les non-autochtones pourront assister<sup>289</sup>.

Les objectifs prônés par la CVR canadienne ressemblent, en grande partie, à ceux attendus de toutes commissions de vérité<sup>290</sup>. En effet, les commissions de vérité ont en commun les objectifs se rattachant à la découverte de la vérité sur les violations commises et la réconciliation entre communautés déchirées. La CVR canadienne se distingue néanmoins par ses pouvoirs qui semblent nettement plus limités que ceux des commissions antérieures.

## **B) Les pouvoirs**

Afin de remplir les objectifs énoncés ci-dessus, la commission se voit conférer les pouvoirs mentionnés à l'article 2 de l'*Annexe N*. Parmi ces pouvoirs, le plus important fut le recueil des déclarations<sup>291</sup>.

---

<sup>283</sup> *Annexe N*, préc., note 8, préambule.

<sup>284</sup> *Id.*, art. 1(a).

<sup>285</sup> *Id.*, art. 1(d).

<sup>286</sup> *Id.*, art. 1(e).

<sup>287</sup> *Id.*, art. 1(f).

<sup>288</sup> *Id.*, art. 1(b).

<sup>289</sup> *Id.*, art. 1(c).

<sup>290</sup> *Supra*, p. 53 à 54.

<sup>291</sup> *Annexe N*, préc., note 8, art. 2(a) : « les commissaires, en vertu de la Convention de règlement final sanctionnée par les tribunaux et des jugements sur les recours collectifs : a) sont autorisés, dans l'exercice de leur mandat relatif à la vérité et à la réconciliation, à recueillir les déclarations et les documents des anciens élèves, de leurs familles, de la communauté et de tous les autres participants intéressés et, sous réserve de f), g) et h) ci-dessous, de se servir de tous les documents et matériaux produits par les parties. Les commissaires ont en



On remarque, tout au long du mandat de cette CVR, l'importance considérable accordée à la protection des renseignements personnels si bien qu'il n'est pas surprenant de savoir que la commission n'a pas privilégié d'audiences publiques<sup>292</sup> qui ont pourtant été très bénéfiques en Afrique du Sud<sup>293</sup>. Cette absence a d'ailleurs été critiquée par plusieurs auteurs : « the Truth and Reconciliation Commission will not hold an activity that is virtually a hallmark of truth commissions elsewhere »<sup>294</sup>.

La CVR canadienne insiste sur le fait qu'elle ne se dote pas de pouvoirs appartenant aux tribunaux puisqu'elle ne constitue pas un mécanisme judiciaire<sup>295</sup>. Elle ne prévoit donc pas ni la citation de noms<sup>296</sup> ni le pouvoir de *subpoena*<sup>297</sup>. Or, ce dernier peut enrichir le processus de découverte de la vérité en permettant aux personnes impliquées dans les conflits, et qui n'auraient certainement pas témoigné de leur plein gré de prendre part au processus.

Ce fut notamment le cas en Afrique du Sud avec la comparution de Winnie Madikizela-Mandela<sup>298</sup>. Si celle-ci n'a pas voulu avouer son implication dans le *Mandela United Football Club*, son témoignage eut le mérite de montrer à la population sud-africaine dans son entièreté que les commissaires souhaitaient que toute personne impliquée rende des comptes à la nation. L'absence de ces attributs essentiels fait donc de la CVR canadienne une des commissions les plus fragiles existantes :

---

outre l'autorité et l'obligation, dans l'intérêt public, d'archiver tous ces documents, matériaux et transcriptions ou enregistrements des déclarations recueillies, de manière à garantir leur préservation et leur facilité d'accès par le public, et conformément aux lois sur l'accès et sur la protection des renseignements personnels ainsi qu'aux autres lois applicables. »

<sup>292</sup> *Id.*, art. 2(e).

<sup>293</sup> *Supra*, p. 68 à 69.

<sup>294</sup> K. STANTON, préc., note 279, p. 9.

<sup>295</sup> *Annexe N*, préc., note 8, art. 2(b).

<sup>296</sup> *Id.*, art. 2(h) : « les commissaires, en vertu de la Convention de règlement final sanctionnée par les tribunaux et des jugements sur les recours collectifs : h) s'abstiennent de nommer qui que ce soit dans leurs événements, activités, déclarations publiques, rapport ou recommandations, ou de faire usage de renseignements personnels ou de déclarations qui nomment une personne sans le consentement exprès de celle-ci, à moins que ces renseignements et (ou), l'identité de la personne ainsi nommée aient déjà été confirmés dans le cadre d'une procédure judiciaire, d'aveux, ou de déclarations publiques par cette personne. Il faut, dans la mesure du possible, conserver l'anonymat des autres renseignements susceptibles d'identifier des individus. »

<sup>297</sup> *Id.*, art. 2(c) : « les commissaires, en vertu de la Convention de règlement final sanctionnée par les tribunaux et des jugements sur les recours collectifs : c) ne possèdent pas le pouvoir d'assignation à témoigner ni le pouvoir de contraindre la présence ou la participation à l'un de leurs événements ou activités. La participation à tous les événements et activités de la Commission est à titre strictement volontaire. »

<sup>298</sup> *Supra*, p. 75 à 77.

« Because the Truth and Reconciliation Commission is prohibited from « naming names » or issuing subpoenas, and because there has been no significant disruption in Indigenous-settler relations of power, the Canadian truth and reconciliation commission may be among the « less robust » of truth commissions worldwide. »<sup>299</sup>

À la lumière de toutes ces spécificités, nous pouvons légitimement nous demander si la CVR canadienne est une commission de vérité et réconciliation digne de ce nom. En effet, hormis la qualification comme telle, rien ne semble lier le déroulement de la CVR sud-africaine à l'exemple canadien. Or, la commission canadienne ressemble étrangement aux différents comités sur les peuples autochtones mis en place par les gouvernements antérieurs. Une analyse de ces comités permettra, peut-être, de comprendre pourquoi l'exécutif a cette fois-ci eu recours à un mécanisme de justice transitionnelle.

---

<sup>299</sup> Rosemary L. NAGY, « The Scope and Bounds of Transitional Justice and the Canadian Truth and Reconciliation Commission », (2012) 1-22 *International Journal of Transitional Justice* 1, 13, en ligne : <<http://ijtj.oxfordjournals.org/content/early/2012/12/18/ijtj.ijs034.full.pdf+html>> (consulté le 7 avril 2016).

## **Chapitre 2 : Une CVR digne de ce nom ?**

Ce dernier chapitre dresse les effets de la Commission de vérité et réconciliation canadienne. Il sera notamment question, à l'aube des caractéristiques de cet instrument énoncées plus haut, de savoir si cette dernière est réellement une CVR digne de ce nom. Une première section met en évidence le fait que le Canada n'en est pas à sa première tentative en matière de commissions d'investigation sur les peuples autochtones. Une deuxième section analyse les recommandations timides de la CVR et tente de comprendre pourquoi la Cour suprême fut absente du processus de réconciliation.

### **Section 1 : Différentes dénominations pour un même résultat**

Il est intéressant de noter qu'au fil des années, le Canada a mis en place diverses commissions dont le but fut d'étudier le niveau de vie des peuples autochtones. Nous ne pouvons comprendre la mise en place de la CVR sans faire le bilan de ces commissions antérieures. Ces dernières dressèrent le même constat que la CVR si bien qu'il est légitime de se demander si celle-ci innove ou ne se présente-t-elle tout simplement pas comme la continuité des commissions antérieures et plus particulièrement la Commission royale sur les Peuples autochtones (ci-après « CRPA »). Cette hypothèse exige d'examiner brièvement la série d'initiatives en la matière qui s'opère depuis plus de 50 ans.

#### **I. Genèse des rapports et autres commissions sur les peuples autochtones**

Depuis la fin des années 1960, le gouvernement canadien a mandaté plusieurs rapporteurs afin d'analyser les conditions de vie des peuples autochtones. Antérieurement à l'établissement de la CRPA, on dénombre les rapports Hawthorn-Tremblay, Berger, Penner et Coolican. Il semble pertinent d'examiner ces différents rapports pour comprendre la démarche du pouvoir exécutif dans l'implantation de la CVR, l'idée étant de délimiter les aspects singuliers que cette dernière pourrait avoir. Commençons par étudier le rapport Hawthorn-Tremblay.

##### **A) Le rapport Hawthorn-Tremblay**

En 1964, le Ministère des Affaires indiennes du gouvernement canadien recommande la mise en place d'une commission chargée d'étudier la situation économique et sociale des Premières nations ainsi que les répercussions du système des pensionnats. Les anthropologues Marc-Adélaïde Tremblay et Harry Bertram Hawthorn acceptent de diriger cette enquête et de

présenter leurs recommandations au gouvernement. Le rapport *A Survey of the Contemporary Indians of Canada. Economic, Political, Educational Needs and Policies*<sup>300</sup> est publié en 1967. Celui-ci préconise davantage d'autonomie pour les peuples autochtones quant à leur éducation, rejetant ainsi la politique d'assimilation opérée dans les pensionnats. L'accent est notamment mis sur le développement d'un programme éducatif respectant les traditions culturelles<sup>301</sup>.

En ce qui concerne la situation économique des peuples autochtones, le rapport souligne la pauvreté des réserves et l'écart flagrant et anormal du niveau de vie des Autochtones et des non-autochtones dans une économie nationale florissante :

« It has become increasingly evident in recent years, as the subject has come into greater public attention, that the majority of the Indian population constitutes a group economically depressed in terms of the standards that have become widely accepted in Canada. They are not sharing equally with others in proportion to their numbers in the material and other gains, satisfactions and rewards that an affluent and rapidly growing national economy has to offer. »<sup>302</sup>

Parmi les 91 recommandations, une plus grande autonomie gouvernementale et économique ainsi que la reconnaissance des droits ancestraux et l'établissement d'un statut de « citoyens plus » pour les Premières nations furent proposés. Pourtant le gouvernement fédéral répond à ces recommandations en insistant davantage sur l'assimilation à travers la publication du Livre blanc<sup>303</sup>.

Le rapport Hawthorn-Tremblay a néanmoins eu le mérite d'être la première enquête de grande envergure sur la condition de vie des Premières nations. Dix ans après les travaux de Tremblay et Hawthorn, le rapport Berger, qu'il convient maintenant d'examiner, fut institué.

---

<sup>300</sup> COMMISSION HAWTHORN-TREMBLAY, *A Survey of the Contemporary Indians of Canada. Economic, Political, Educational Needs and Policies*, Ottawa, Département des Affaires indiennes, 1967, en ligne : <[https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/ai-arp-ls-pubs-sci3\\_1326997109567\\_eng.pdf](https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/ai-arp-ls-pubs-sci3_1326997109567_eng.pdf)> (consulté le 14 avril 2016).

<sup>301</sup> *Id.*, p. 10 : « the whole direction of the Report argues towards increasing the scope for decision by Indians and this includes a decision either to reside in separate cultural communities or to leave them temporarily or permanently. Consequently the research on which the Report is based was not directed towards finding ways in which Indians might be assimilated, or integrated into the Canadian society without their wish to do so, and without leaving traces of their particular and special cultural identities. »

<sup>302</sup> *Id.*, p. 21.

<sup>303</sup> *Supra*, p. 19.

## B) Le rapport Berger

En 1974, le gouvernement demande l'évaluation des effets sociaux, économiques et environnementaux du projet de construction d'un gazoduc dans le Yukon et dans la vallée du fleuve Mackenzie. Le juge Thomas Rodney Berger fut nommé commissaire et publia son rapport en 1977. Dans la lettre de présentation, adressée au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, le juge Berger déclare que l'autonomie gouvernementale, l'accès aux ressources et l'autonomie économique demeurent les principales revendications faites par les peuples autochtones :

« Les Autochtones veulent que leurs revendications soient réglées avant la construction du pipeline. Ils rejettent tout règlement modelé sur ceux des traités qui ne font que leur enlever leurs titres fonciers. Ils veulent un règlement qui reconnaîtrait leurs droits fonciers et qui leur donnerait la possibilité d'autodétermination dans le cadre de la Constitution du Canada. Les Autochtones du Nord insistent présentement que le règlement de leurs revendications soit considéré comme une refonte de leurs relations avec les autres Canadiens. Ces revendications d'établir un contrat social axé sur la reconnaissance de leur identité comme peuple distinct. Ils réclament le droit de déterminer leur propre avenir afin de s'assurer une place dans la société canadienne. Ils refusent l'assimilation. »<sup>304</sup>

Le juge Berger conclut le rapport en faisant deux recommandations. Tout d'abord, il recommande la non-construction du gazoduc dans le nord du Yukon puisque celui-ci « causerait des pertes irréparables à un environnement d'importance nationale et internationale »<sup>305</sup>. Deuxièmement, le juge préconise un délai de dix ans pour la construction du gazoduc dans la vallée du Mackenzie. Retarder cette construction permettrait ainsi d'éviter un effet « dévastateur »<sup>306</sup> qui compromettrait « les objectifs des revendications autochtones »<sup>307</sup>.

Après s'être intéressé aux effets sociaux, économiques et environnementaux de la construction éventuelle d'un gazoduc, le gouvernement fédéral se penche cette fois-ci sur les revendications d'autonomie gouvernementale dans le rapport Penner que nous examinons maintenant.

---

<sup>304</sup> Thomas Rodney BERGER, *Enquête sur le pipeline de la vallée du Mackenzie*, 1977, p. xxii, en ligne : <[http://www.pwnhc.ca/extras/berger/report/BergerV1\\_lettre\\_f.pdf](http://www.pwnhc.ca/extras/berger/report/BergerV1_lettre_f.pdf)> (consulté le 14 avril 2016).

<sup>305</sup> *Id.*, p. xxvi.

<sup>306</sup> *Id.*, p. xxvii.

<sup>307</sup> *Id.*

### C) Le rapport Penner

En 1980, le gouvernement fédéral mandate un nouveau comité pour évaluer la problématique de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Ce comité, présidé par Keith Penner, publie son rapport intitulé *Indian Self-Government in Canada. Report of the Special Committee*<sup>308</sup> en 1983.

De nombreuses audiences publiques ont été organisées à travers le pays et les travaux du comité ont souvent été relatés par les divers canaux médiatiques<sup>309</sup>. Le Comité a voulu interpréter son mandat de manière large afin d'offrir de meilleures recommandations en vue d'améliorer la relation entre le Canada et ses peuples autochtones.

Les témoignages recueillis démontrent que le niveau de vie des Premières nations demeure inchangé depuis le rapport Hawthorn-Tremblay. La pauvreté, la malnutrition, le peu d'accès à l'éducation et une économie précaire caractérisent encore le quotidien des peuples autochtones<sup>310</sup>. C'est sur ce constat que le comité décide qu'une nouvelle relation entre le Canada et ses peuples autochtones est nécessaire et que cette relation doit impérativement se fonder sur l'autonomie gouvernementale :

« A new relationship would be beneficial to Canada, it would eliminate the tensions, the inefficient use of funds and the unacceptable social conditions that keep Indian peoples from contributing to the country's progress. In a democratic age, it is incongruous to maintain any people in a state of dependency. The federal government, particularly as represented by Department of Indian Affairs and Northern Development, would no longer find itself in a conflict of interest situation, being called upon to defend Indian interests while also being expected to represent the federal position. (...) The Committee recommends that the federal government establish a new relationship with Indian First Nations and that an essential element of this relationship be recognition of Indian self-government. »<sup>311</sup>

Le comité ajoute également que l'autonomie gouvernementale, fondement de cette nouvelle relation, doit être intégrée dans la Constitution afin de garantir son respect : « the surest way

---

<sup>308</sup> COMITÉ SPÉCIAL SUR L'AUTONOMIE POLITIQUE DES INDIENS, *Indian Self-Government in Canada. Report of the Special Committee*, Ottawa, Chambre des Communes, 1983, en ligne : <<http://www.caidd.ca/PennerRep1983.pdf>> (consulté le 14 avril 2016).

<sup>309</sup> *Id.*, p. 5.

<sup>310</sup> *Id.*, p. 40.

<sup>311</sup> *Id.*, p. 41.

to achieve permanent and fundamental change in the relationship between Indian peoples and the federal government is by means of a constitutional amendment »<sup>312</sup>.

Au total ce sont 58 recommandations prônant davantage d'autonomie pour les Premières nations. Les peuples autochtones attendent toujours la réalisation de ces recommandations. Peu de temps après la publication du rapport Penner est adoptée la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le gouvernement fédéral voit dans la consécration de ce nouveau texte constitutionnel, l'opportunité de mettre en place un Groupe d'étude chargé d'analyser les revendications territoriales des peuples autochtones. Ce Groupe d'étude publiera le rapport Coolican que nous allons maintenant analyser.

#### **D) Le rapport Coolican**

Suite à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui consacre à l'article 35 l'existence et la reconnaissance des droits des peuples autochtones<sup>313</sup>, un Groupe d'étude a été mis en place afin d'examiner la politique du gouvernement fédéral en matière de revendications territoriales. Murray Coolican fut chargé de diriger ce Groupe d'étude qui publia en 1985 le rapport *Traités en vigueur : ententes durables. Rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales*<sup>314</sup>.

Dans sa lettre adressée au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, Coolican explique que la négociation ayant trait aux revendications territoriales constitue le fondement sur lequel repose la nouvelle relation entre le Canada et les peuples autochtones :

« Les groupes autochtones veulent des accords sur leurs revendications globales pour affirmer leurs droits. En vertu des politiques précédentes le gouvernement fédéral cherchait à dégager les titres fonciers, et voulait que les droits ancestraux soient abolis. La contradiction entre les objectifs des deux parties a entravé la bonne marche des négociations. Une nouvelle politique ne devrait pas demander au peuple autochtone d'abandonner totalement des droits qui ont été récemment reconnus et affirmés dans la Constitution. Nous recommandons donc que l'abolition complète des droits ancestraux ne soit plus un prérequis à l'obtention d'un règlement. »<sup>315</sup>

---

<sup>312</sup> *Id.*, p. 44.

<sup>313</sup> L.C. 1982, art. 35.

<sup>314</sup> GROUPE D'ÉTUDE DE LA POLITIQUE DES REVENDICATIONS GLOBALES, *Traités en vigueur : Ententes durables. Rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1985.

<sup>315</sup> *Id.*, p. iii.

Le rapport Coolican recommande ainsi au gouvernement fédéral de reconnaître les droits des autochtones et de négocier des ententes pour établir un gouvernement autochtone autonome<sup>316</sup>.

\* \* \*

Ces quatre rapports concluent tous, à degrés variables, que le renouveau dans la relation entre Autochtones et non-autochtones du Canada ne pourra s'opérer qu'une fois l'autonomie gouvernementale accordée aux peuples autochtones sur leurs terres et leurs ressources. Dix-huit ans séparent la remise du rapport Hawthorn-Tremblay au rapport Coolican et pourtant les constats demeurent inchangés. En 1991, moins de dix ans après la publication du dernier rapport, le gouvernement canadien lance une nouvelle commission : la Commission royale sur les Peuples autochtones.

## **II. CVR ou continuité de la Commission royale sur les Peuples autochtones ?**

En 1991, le premier ministre Brian Mulroney annonce la mise en place de la Commission royale sur les Peuples autochtones dans le but de répondre aux différentes revendications territoriales des Premières nations suite à la crise d'Oka au Québec. L'analyse de la mise en place, du mandat et des recommandations de la CRPA s'avérera fort utile pour comprendre la CVR qui, nous le verrons, peut se présenter comme une extension du travail fait en 1991. Avant de tirer cette conclusion, il convient d'abord d'étudier la mise en place de la CRPA.

### **A) Mise en place**

La Commission royale sur les Peuples autochtones a vu le jour dans un contexte de tensions<sup>317</sup>. Cette dernière constituait à l'époque la commission d'enquête la plus importante de l'histoire du Canada. Sept commissaires, dont quatre autochtones, furent chargés d'aller à la rencontre des Premières nations sur l'ensemble du territoire. Au total, les commissaires ont

---

<sup>316</sup> *Id.*, p. 35.

<sup>317</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *À l'aube d'un rapprochement. Points saillants du Rapport de la Commission Royale sur les Peuples Autochtones*, Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1996, p. ix : « nous avons commencé nos travaux dans une période trouble et agitée. Les leaders de ce pays se disputaient au sujet de la place des autochtones dans la Constitution. Les Premières nations dressaient des barrages routiers et ferroviaires en Ontario et en Colombie-Britannique. Des familles innues dressaient des campements pour protester contre les installations militaires au Labrador. Un an plus tôt, le conflit armé entre les forces autochtones et non-autochtones à Kanasatake (Oka) avait terni la réputation du Canada à l'étranger et dans l'esprit de bien des citoyens. »



visité 96 collectivités et tenu 178 jours d'audiences publiques<sup>318</sup>. En effet, à l'inverse de la CVR, la CRPA autorisa la tenue d'audiences publiques.

Pour les commissaires, quatre raisons légitimaient l'existence de la CRPA : premièrement, « le Canada prétend être une société juste et éclairée et doit donc agir en conséquence »<sup>319</sup> ; deuxièmement, « la qualité de vie des autochtones, qui demeure déplorable, doit être améliorée »<sup>320</sup> ; troisièmement, « la négociation, menée selon les règles actuelles, n'a pas permis de régler les différends »<sup>321</sup> ; et quatrièmement, « des échecs répétés pourraient déboucher sur la violence »<sup>322</sup>. Pour toutes ces raisons, la rédaction d'un mandat aussi complet que possible fut nécessaire à la réalisation d'actes concrets comme nous allons maintenant le voir.

## **B) Mandat**

Les principes d'autonomie gouvernementale et d'autodétermination font partie intégrante du mandat de la CRPA qui se veut être aussi large que possible. Le juge Dickson dit à ce sujet : « I have been convinced during the process of consultation in which I have engaged that the terms of reference for the Royal Commission on Aboriginal Peoples must be broad and comprehensive »<sup>323</sup>.

Le mandat s'attarde donc sur l'étude de la relation entre les Autochtones, les non-autochtones et le gouvernement fédéral et touche tous les domaines de la vie des Premières nations. La commission peut donc analyser tous les enjeux pertinents en se focalisant néanmoins sur les 16 points suivants :

« 1. L'histoire des relations entre les peuples autochtones, le gouvernement canadien et l'ensemble de la société canadienne. 2. La reconnaissance et l'affirmation de l'autonomie gouvernementale autochtone ; ses origines, son contenu et une stratégie de mise en œuvre progressive. 3. L'assise territoriale des peuples autochtones, y compris le processus de résolution

---

<sup>318</sup> *Id.*, p. x.

<sup>319</sup> *Id.*, p. 1.

<sup>320</sup> *Id.*, p. 2.

<sup>321</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>322</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>323</sup> Julia HUGHES, « Instructive Past : Lessons from the Royal Commission on Aboriginal Peoples for the Canadian Truth and Reconciliation Commission on Indian Residential Schools », (2012) 27-1 *Revue Canadienne Droit et Société* 101, 105, en ligne : <<http://www.ssrn.com/abstract=2231936>> (consulté le 9 avril 2016).

des revendications particulières et globales, que soient invoqués les instruments constitutionnels canadiens, les traités ou les titres ancestraux. 4. L'application et l'interprétation historiques ainsi que la portée future éventuelle du paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867, et les responsabilités de la Couronne canadienne. 5. Le statut juridique, la mise en œuvre et l'évolution future des traités autochtones, y compris les ententes récentes. 6. La situation des Métis et des Indiens hors réserves sur les plans constitutionnel et juridique. 7. Les difficultés particulières des peuples autochtones du Nord. 8 La Loi sur les Indiens et le rôle, les responsabilités et les politiques du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. 9. Les préoccupations sociales des peuples autochtones. 10. Les préoccupations économiques des peuples autochtones. 11. Les préoccupations culturelles des peuples autochtones. 12. La situation et le rôle des anciens dans les communautés autochtones. 13. La situation et le rôle des femmes autochtones en vertu des arrangements sociaux et juridiques existants et futures. 14. La situation des jeunes autochtones. 15. Les questions éducationnelles qui préoccupent les autochtones. 16. Les questions de justice qui préoccupent les autochtones. »<sup>324</sup>

Non seulement le mandat de la CRPA est large, les recommandations proposées par les commissaires traduisent une réelle volonté d'innover dans la conception des relations entre les Autochtones et non-autochtones qu'il convient maintenant d'examiner.

### **C) Recommandations**

La Commission royale sur les Peuples autochtones rend son rapport *À l'aube d'un rapprochement*<sup>325</sup> le 21 novembre 1996. Ce rapport se veut être le compte rendu « de la relation entre les Autochtones et les non autochtones, de la distorsion subie par cette relation avec le temps et des terribles conséquences qu'a entraînées cette distorsion pour les peuples autochtones »<sup>326</sup> et contient 440 recommandations. Parmi elles, analysons la promulgation d'une nouvelle Proclamation royale

#### **1) Une nouvelle Proclamation royale**

La CRPA estime que quatre principes doivent guider la nouvelle relation entre les peuples autochtones et le Canada. Le premier de ces principes est la reconnaissance mutuelle dans laquelle les « canadiens non-autochtones reconnaissant le fait que les Autochtones sont les premiers habitants et gardiens des terres de notre pays et que cela leur confère des

---

<sup>324</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, préc., note 317, p. 1 à 4.

<sup>325</sup> *Id.*

<sup>326</sup> *Id.*, p. xi.

responsabilités et des droits particuliers »<sup>327</sup>. De l'autre côté, les Autochtones doivent reconnaître que les « non-autochtones appartiennent également à ce territoire, de naissance et par adoption, et qu'ils lui sont attachés par des liens solides d'amour et de loyauté »<sup>328</sup>.

Cette reconnaissance engendre la raison d'être du deuxième principe qui est celui du respect mutuel afin d'éviter des « tentatives de domination et de contrôle d'un partenaire sur un autre »<sup>329</sup>. Le partage de ressources et de connaissances et la responsabilité d'assurer les promesses faites constituent respectivement les troisième et quatrième principes dégagés par la CRPA<sup>330</sup>.

Pour pouvoir mettre en œuvre et assurer le respect de ces principes, les commissaires recommandent l'adoption d'une nouvelle Proclamation royale contenant dans son préambule les éléments suivants :

« 1. Affirmation du respect du Canada à l'égard des peuples autochtones en tant que nations distinctes. 2. Reconnaissance des gestes préjudiciables posés par les gouvernements antérieurs, qui ont privé les autochtones de leurs terres et de leurs ressources et qui ont perturbé leur vie familiale, leurs pratiques spirituelles et leurs structures de gouvernement. 3. Déclaration établissant la relation sur la base du respect, de la reconnaissance, du partage et de la responsabilité mutuelle, pour briser le cycle infernal des reproches et de la culpabilité et permettre aux autochtones et aux non-autochtones de se tourner ensemble vers l'avenir. 4. Affirmation du droit des autochtones de diriger leurs propres vies et de contrôler leurs propres gouvernements et de leurs propres terres, non pas comme une faveur concédée par les autres gouvernements du Canada, mais en tant que droit inhérent de peuples qui habitent un territoire depuis des temps immémoriaux. 5. Reconnaissance du fait que la justice et le fairplay sont essentiels à la réconciliation des autochtones et des non-autochtones et que le gouvernement doit s'engager à créer des institutions et des processus pour promouvoir la justice. »<sup>331</sup>

La CRPA reconnaît que les peuples autochtones, en tant que nations distinctes, ont des droits particuliers au niveau des terres et des ressources. Les commissaires insistent sur le fait que ces droits ont souvent été violés en raison de la non-application des traités. La CRPA propose

---

<sup>327</sup> *Id.*, 20.

<sup>328</sup> *Id.*

<sup>329</sup> *Id.*, p. 21.

<sup>330</sup> *Id.*

<sup>331</sup> *Id.*, p. 26.

également, une nouvelle législation qui serait plus adéquate et qu'il convient désormais d'étudier.

## 2) Une nouvelle législation

En attendant qu'une nouvelle Proclamation royale soit adoptée, la CRPA recommande au gouvernement fédéral d'instituer de nouvelles lois régissant les quatre principes mentionnés ci-dessus. Parmi les lois suggérées, on note une « loi sur l'exécution des traités avec les autochtones »<sup>332</sup>, « une loi portant création d'un tribunal des traités et des terres autochtones »<sup>333</sup> ainsi qu'« une loi sur la reconnaissance et le gouvernement des nations autochtones »<sup>334</sup>.

Tout au long du rapport, les commissaires soulignent le fait que la politique d'assimilation a été un échec majeur et qu'au lieu de vouloir refonder la *Loi sur les Indiens* il serait plus judicieux de répondre aux véritables revendications des peuples autochtones. Celles-ci concernent majoritairement l'autonomie gouvernementale et le partage des ressources. Les commissaires reconnaissent que les propositions apportées sont audacieuses, mais néanmoins nécessaires pour qu'une nouvelle relation entre le Canada et ses peuples autochtones puisse être établie<sup>335</sup> :

« Les changements que nous proposons ont une portée considérable. Nous ne suggérons pas de modifier la *Loi sur les Indiens* ni de lancer de grands programmes tape-à-l'œil. Ce que nous préconisons est fondamental, ambitieux et peut-être même dérangeant, mais en même temps exaltant, libérateur et riche de possibilités. »<sup>336</sup>

Parce que le Canada « prétend être une société juste et éclairée »<sup>337</sup>, parce que les conditions de vie des Autochtones sont désastreuses et que toutes les négociations entreprises jusqu'ici ont été vouées à l'échec<sup>338</sup>, il est urgent, pour le gouvernement fédéral, de mettre en place ces recommandations. Suite à la publication du rapport final, le gouvernement fédéral réitère sa volonté d'entreprendre des réformes en vue de résoudre les problèmes sociaux économiques,

---

<sup>332</sup> *Id.*, p. 54.

<sup>333</sup> *Id.*

<sup>334</sup> *Id.*

<sup>335</sup> J. HUGHES, préc., note 323, p. 123.

<sup>336</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, préc., note 317, p. 148.

<sup>337</sup> *Id.*, p. 1.

<sup>338</sup> *Id.*

mais semble pourtant réticent à s'engager dans toutes mesures entraînant une modification constitutionnelle.

En dépit d'un travail de recherche minutieux et considérable, la CRPA constituera un échec majeur pour les revendications des Premières nations<sup>339</sup> et une chance manquée pour le gouvernement fédéral de réparer les erreurs de sa politique d'assimilation. Dix-huit ans après la création de la CRPA, le Canada a de nouveau l'occasion de rétablir la relation entre Autochtones et non-autochtones avec la CVR.

\* \* \*

Les rapports Hawthorn-Tremblay, Berger, Penner, Coolican et les travaux de la Commission royale sur les Peuples autochtones traduisent l'inaction de la part du gouvernement fédéral quant à sa volonté d'améliorer les conditions de vie déplorables des peuples autochtones. Aussi louable soit la décision de mettre en place ces comités, les efforts du gouvernement fédéral s'arrêtent systématiquement lorsque les mesures concrètes recommandées doivent être implantées. Si les recommandations proposées par la CVR ne sont pas entérinées dans un avenir proche, il est fort à parier que cette dernière s'ajoutera à la liste des échecs passés.

## **Section 2 : Les effets du caractère sui generis de la CVR canadienne**

Arrive maintenant le moment de faire le constat des effets du caractère sui generis de la CVR canadienne. Cette singularité, nous le verrons, se traduit tout d'abord par l'adoption de recommandations timides qui diffèrent grandement de ce qui fut proposé par la CRPA. Nous remarquerons aussi que la mise en place d'une CVR dans le contexte actuel canadien remet à l'ordre du jour le débat « justice vs paix » lorsque l'on s'aperçoit que le pouvoir judiciaire, et plus particulièrement, la Cour suprême du Canada fut écarté du processus de réconciliation. En effet, nous verrons qu'il s'agit là de l'observation la plus audacieuse du présent mémoire. Enfin, à la vue de tous ces éléments, il sera alors possible de comprendre en quoi la CVR canadienne peut-elle être considérée comme n'étant pas digne de ce nom. Examinons tout d'abord les recommandations timides proposées par les commissaires.

---

<sup>339</sup> J. HUGHES, préc., note 323, p. 121 et 122.

## I. Les recommandations timides de la CVR

Le 15 décembre 2015, les six volumes du rapport final de la CVR canadienne sont publiés et remis au premier ministre Justin Trudeau. Le premier volume décrit l'histoire des pensionnats autochtones des origines aux années 2000<sup>340</sup>, le deuxième volume relate l'expérience vécue par les Inuits et le Nord<sup>341</sup>, le troisième volume décrit l'expérience des Métis<sup>342</sup>. La problématique des enfants disparus et des lieux de sépulture non marqués fait l'objet du quatrième volume<sup>343</sup>. Les cinquième et sixième volumes analysent respectivement les séquelles des pensionnaires<sup>344</sup> et la réconciliation entre la société canadienne et les peuples autochtones<sup>345</sup>.

Le rapport final contient 94 recommandations allant de la protection de l'enfance à l'éducation en passant par les déclarations de réconciliation des divers groupes impliqués dans le système des pensionnats autochtones. Nous nous attarderons plus spécifiquement sur les recommandations ayant trait au domaine de la justice.

---

<sup>340</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. L'histoire, partie 1 des origines à 1939. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Volume 1*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_1\\_History\\_Part\\_1\\_Web.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_1_History_Part_1_Web.pdf)> (consulté le 18 octobre 2015) et COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. L'histoire, partie 2 de 1939 à 2000. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Volume 1*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_1\\_History\\_Part\\_2\\_Web.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_1_History_Part_2_Web.pdf)> (consulté le 18 octobre 2015).

<sup>341</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. L'expérience inuite et nordique. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Volume 2*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_2\\_Inuit\\_Web.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_2_Inuit_Web.pdf)> (consulté le 18 octobre 2015).

<sup>342</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. L'expérience métisse. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Volume 3*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_3\\_Métis\\_Web.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_3_Métis_Web.pdf)> (consulté le 19 octobre 2015).

<sup>343</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. Enfants disparus et lieux de sépulture non marqués. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation. Volume 4*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_4\\_Missing\\_Children\\_Web.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_4_Missing_Children_Web.pdf)> (consulté le 19 octobre 2015).

<sup>344</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. Les séquelles. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Volume 5*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_5\\_Legacy\\_Web\\_REVISED.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_5_Legacy_Web_REVISED.pdf)> (consulté le 19 octobre 2015).

<sup>345</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. La réconciliation. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Volume 6*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_6\\_Reconciliation\\_Web\\_Revised.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_6_Reconciliation_Web_Revised.pdf)> (consulté le 20 octobre 2015).

## A) La justice

Les recommandations proposées par la CVR canadienne dans le domaine de la justice sont au nombre de 18 (recommandations n°25 à 42)<sup>346</sup>. Parmi elles, il convient de s'attarder sur les recommandations n°26, n°30 et n°41 qui pourraient avoir des effets pratiques non négligeables.

La recommandation n°26 concerne les délais de prescription utilisés comme moyen de défense par la Couronne lorsqu'elle est confrontée à une action en justice intentée par un Autochtone ayant subi des violations lors de son séjour au pensionnat :

« Nous demandons aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux d'examiner et de modifier leurs délais de prescription de telle sorte qu'ils soient conformes au principe selon lequel les gouvernements et les autres entités concernées ne peuvent invoquer la prescription comme moyen de défense à l'encontre d'une action en justice portée par les Autochtones en raison de la violence qu'ils ont subie par le passé. »<sup>347</sup>

Dans le sommaire de son rapport final, la CVR explique que lors de certaines poursuites intentées par les anciens pensionnaires dans des cas de violences sexuelles subies dans les pensionnats, la Couronne soulevait automatiquement les délais de prescription comme moyen de défense pour faire obstacle à la requête<sup>348</sup>.

La Commission du droit du Canada avait déjà fait des recommandations similaires en 2000 lors de la publication de son rapport intitulé *La dignité retrouvée. La réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens*<sup>349</sup>. Elle demandait ainsi aux assemblées législatives, fédérale et provinciales, de modifier les lois afin de limiter l'utilisation des délais de prescription dans certains cas d'agression sexuelle<sup>350</sup>.

---

<sup>346</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Appels à l'action*, Winnipeg, 2012, en ligne : <[http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Calls\\_to\\_Action\\_French.pdf](http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Calls_to_Action_French.pdf)> (consulté le 10 octobre 2015).

<sup>347</sup> *Id.*, recommandation n° 26, p. 4.

<sup>348</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, préc., note 253, p. 175.

<sup>349</sup> COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La dignité retrouvée. La réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens. Sommaire*, Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2000, en ligne : <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2008/lcc-cdc/JL2-7-2000-1F.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2008/lcc-cdc/JL2-7-2000-1F.pdf)> (consulté le 28 avril 2016).

<sup>350</sup> *Id.*, p. 22.

Le problème qui se pose alors est que, bien souvent, les faits pour lesquels l'action en justice est intentée sont prescrits suite au temps écoulé entre la commission des faits et la possibilité pour la victime de se pourvoir en justice. Il serait peut être nécessaire, au-delà de modifier les lois dans le but de restreindre l'utilisation des délais de prescription comme moyen de défense de la Couronne, de tout simplement modifier le délai de prescription en lui-même pour les cas d'agressions sexuelles sur mineurs de sorte que celui-ci ne commence à s'écouler qu'à la majorité de l'individu comme le prévoit, par exemple, la législation française<sup>351</sup>.

La CVR recommande également, à la recommandation n°41, la création d'une commission d'enquête concernant le sort des femmes et des jeunes filles autochtones disparues depuis ces dernières années. Dans son rapport *Les femmes autochtones disparues et assassinées : un aperçu opérationnel national*<sup>352</sup>, la Gendarmerie royale du Canada estime que le nombre de femmes autochtones disparues et assassinées se portait à 1 181 entre 1980 et 2014<sup>353</sup>. 225 cas demeurent non résolus<sup>354</sup>.

Les Autochtones représentent également la population la plus surreprésentée dans le milieu carcéral. Selon la CVR, les Autochtones représentaient en 2011 « 4% de la population canadienne, mais 28% de l'ensemble des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement »<sup>355</sup>. La recommandation n°30 prévoit ainsi :

« Nous demandons aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux de s'engager à éliminer, au cours de la prochaine décennie, la surreprésentation des Autochtones en détention et de publier des rapports annuels détaillés sur l'évaluation des progrès en ce sens. »<sup>356</sup>

La recherche de solutions alternatives à l'incarcération comme l'établissement de sanctions communautaires<sup>357</sup>, la dérogation à l'imposition des peines minimales obligatoires par le

---

<sup>351</sup> Code de procédure pénale, art. 7 et 8.

<sup>352</sup> GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, *Les femmes autochtones disparues et assassinées : Un aperçu opérationnel national*, 2015, en ligne : <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/pubs/mmaw-faapd-fra.pdf>> (consulté le 20 novembre 2015).

<sup>353</sup> *Id.* p. 3.

<sup>354</sup> *Id.*

<sup>355</sup> *Id.*, p. 9

<sup>356</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, préc., note 346, recommandation n°30, p. 4.

<sup>357</sup> *Id.*, recommandation n°31, p. 4.



juge<sup>358</sup> ou encore la prise en compte du trouble du spectre de l'alcoolisation foetale<sup>359</sup> sont autant de propositions abordées par les commissaires. De plus, à l'instar de la Commission royale sur les Peuples autochtones, la CVR propose l'adoption d'une nouvelle proclamation royale que nous allons maintenant étudier.

## **B) La Proclamation royale**

Le document proposé par la CVR diffère à bien des égards de celui de la CRPA. La recommandation n° 45 prévoit ainsi l'élaboration d'une proclamation royale fondée sur la *Proclamation royale de 1763* et qui comprendrait les éléments suivants :

« i. Répudier les concepts utilisés pour justifier la souveraineté des peuples européens sur les territoires et les peuples autochtones, notamment la doctrine de la découverte et le principe de terra nullius (territoire n'appartenant à personne) ; ii. Adopter et mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dans le cadre de la réconciliation ; iii. Établir des relations qui se rattachent aux traités et qui sont fondées sur les principes de la reconnaissance mutuelle, du respect mutuel et de la responsabilité partagée, et ce, de manière à ce qu'elles soient durables, ou renouveler les relations de ce type déjà nouées ; iv. Concilier les affaires constitutionnelles et juridiques des peuples autochtones et de l'État pour s'assurer que les peuples autochtones sont des partenaires à part entière de la Confédération, ce qui englobe la reconnaissance des lois et des traditions juridiques autochtones et leur intégration dans la négociation et la mise en œuvre des traités, des revendications territoriales et de toute autre entente constructive. »<sup>360</sup>

La proclamation royale pourrait également comprendre d'autres aspects. Cependant, on remarque l'absence de référence à l'autonomie gouvernementale ou au partage des ressources.

Le droit à l'autodétermination des Autochtones n'est évoqué qu'une seule fois dans les recommandations de la CVR et se rattache uniquement à la sphère religieuse. Il est ainsi demandé aux groupes confessionnels du Canada, dans la recommandation n°48ii), de :

« Respecter le droit à l'autodétermination des peuples autochtones dans les cas d'ordre spirituels, y compris le droit d'élaborer, de mettre en pratique et d'enseigner leurs propres traditions, coutumes et cérémonies religieuses et

---

<sup>358</sup> *Id.*, recommandation n°32, p.4.

<sup>359</sup> *Id.*, recommandation n°33, p. 4.

<sup>360</sup> *Id.*, recommandation n°45, p. 5.

spirituelles, conformément à l'article 12 :1 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. »<sup>361</sup>

Ainsi, de manière ironique, est-il demandé en priorité aux groupes religieux de respecter le droit à l'autodétermination des peuples autochtones alors que la conformité de ce droit pour le gouvernement fédéral n'est indiquée nulle part.

Il est primordial de souligner qu'aucune des 94 recommandations proposées par la CVR ne s'attarde sur les questions d'autonomie gouvernementale ou de partage des ressources comme ce fut le cas dans les rapports antérieurs. Cette absence peut s'expliquer, en partie, par le fait que le mandat délivré à la CVR ne concernait uniquement que l'histoire des pensionnats autochtones. Cependant, lors de l'étude des répercussions et de l'héritage de ces écoles, les commissaires auraient pu envisager d'inclure ces volets dans leur analyse. En effet, le constat sur les séquelles chez les Autochtones demeure le même à travers chaque commission établie par le gouvernement : le taux de pauvreté chez les Autochtones est nettement plus élevé que chez les non-autochtones, davantage d'enfants autochtones que non-autochtones sont envoyés en famille d'accueil et le taux d'incarcération chez les Autochtones est lui aussi plus élevé<sup>362</sup>.

Récemment, la disparition et l'assassinat de femmes autochtones ainsi que les tentatives de suicides chez les jeunes autochtones dans les communautés s'ajoutent aux problématiques évoquées plus haut.

Les rapports précédant la CVR concluaient déjà qu'une réforme en profondeur s'imposait pour rétablir une relation harmonieuse entre la société canadienne et ses Premières nations. Or, les recommandations de la CVR restent timides et semblent vouloir remédier aux problèmes rencontrés par les peuples autochtones seulement en surface sans vraiment s'attarder aux causes sous-jacentes de ces problèmes.

En dehors du contexte stricto canadien, les recommandations apportées ne sont pas celles attendues d'une commission de vérité en temps normal. En effet, les recommandations proposées par les commissions de vérité s'attardent généralement sur l'établissement de l'État de droit et sur les réformes institutionnelles puisqu'il faut partir du postulat que tout est à

---

<sup>361</sup> *Id.*, recommandation n° 48ii), p. 6.

<sup>362</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, préc., note 253, p. 137.

rebâtir dans ces nouvelles démocraties comme ce fut le cas pour la CVR sud-africaine<sup>363</sup>. A contrario, le Canada, possédant déjà toutes les caractéristiques d'un État de droit, n'a bien évidemment pas adopté ce type de recommandations. Le caractère sui generis de la CVR canadienne se traduit donc également à travers ses recommandations.

Si l'on reprend la définition de Hayner, la CVR canadienne remplit toutes les caractéristiques théoriques : elle se concentre sur un fait passé (les pensionnats indiens) ; ses enquêtes concernent plusieurs violations perpétrées sur une période définie (les violences physiques et/ou sexuelles des enfants sur toute la période d'existence des pensionnats) ; la population affectée est au cœur du processus (les anciens pensionnaires) ; elle est temporaire (durée de cinq ans) ; et elle a été officiellement autorisée par l'État (la *Convention de règlement* fut approuvée par les tribunaux)<sup>364</sup>. Or, considérant les nombreuses restrictions apportées par son mandat (notamment l'absence d'audiences publiques, de pouvoir de *subpoena* ou d'autorisation à citer des noms), la CVR canadienne ne ressemble à aucune autre et encore moins à celle d'Afrique du Sud.

Il est important de noter que le contexte d'adoption d'une commission de vérité est primordial puisqu'un contexte propice à sa mise en place assurera une grande partie de son succès et posera également les fondements de la réconciliation éventuelle. La fin du régime d'apartheid marqua le moment opportun pour l'institution d'une CVR, cependant aucun événement de cette ampleur ne se présenta au Canada pour amorcer la création d'un tel instrument si ce n'est les nombreux recours collectifs présentés devant les tribunaux.

Les commissions de vérité furent longtemps employées comme une alternative aux tribunaux dans des États où l'appareil judiciaire présentait des lacunes ce qui n'est pas le cas du Canada où le pouvoir judiciaire constitue la pierre angulaire de l'État de droit. Il est donc surprenant de constater que la Cour suprême fut absente du processus de réconciliation et mise à l'écart au profit d'un mécanisme de justice transitionnelle qui n'a sans doute pas lieu d'exister en l'espèce ouvrant ainsi de nouveau peut-être le débat « justice vs vérité ». Il est désormais temps de s'attarder sur l'absence de la Cour suprême dans le processus de réconciliation.

---

<sup>363</sup> *Supra*, p. 83 à 86.

<sup>364</sup> *Supra*, p. 56 à 58.

## II. Une Cour suprême absente du processus de réconciliation

La Cour suprême du Canada demeure la gardienne de l'État de droit en protégeant les citoyens contre l'arbitraire exécutif et législatif. Tel qu'analysé dans la partie préliminaire, la Cour suprême, à travers ses décisions, a réitéré à maintes reprises que le Canada est un État fondé sur la primauté du droit. Les citoyens canadiens, et donc les peuples autochtones compris, peuvent donc se tourner vers les tribunaux pour faire valoir leurs droits. Depuis peu, la Cour suprême fait preuve d'évolution en matière de revendications autochtones comme nous allons maintenant le voir.

### A) La reconnaissance des droits autochtones en constante évolution

Depuis plusieurs années, les peuples autochtones font valoir leurs doléances devant les Cours de justice et la Cour suprême du Canada s'est montrée à l'avant-garde en matière de revendications des peuples autochtones comme l'exprime l'avocat spécialisé en droit autochtone, Me René Morin :

« La Cour suprême n'est pas seulement la gardienne de la Constitution, mais aussi un agent de changement. À cet égard, elle a pleinement joué son rôle vis-à-vis les Autochtones en leur permettant de développer un nouveau rapport de force vis-à-vis la Couronne. Sans les droits ancestraux, les droits issus des traités, les concepts de fiduciaire et d'honneur de la Couronne et enfin le droit d'être consulté, les Autochtones n'auraient pas le rapport de force nécessaire à l'établissement d'un dialogue fructueux avec les autorités gouvernementales. »<sup>365</sup>

Pour faire exercer ce rapport de force, les communautés autochtones se sont donc tournées vers les tribunaux. Parmi les décisions récentes rendues par la Cour suprême concernant les droits autochtones, deux d'entre elles méritent une analyse plus approfondie dans le présent contexte. Il s'agit notamment de la décision *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*<sup>366</sup> dans laquelle la Cour confirme l'obligation pour le gouvernement fédéral de consulter les communautés autochtones et la décision *R. c. Gladue*<sup>367</sup> dans laquelle les juges

---

<sup>365</sup> René MORIN, *La Cour suprême du Canada et la cause autochtone. L'histoire au banc des accusés*, en ligne :

<<http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/el/96/lacoursupremeducanadaetlacauseautochtone.pdf>> (consulté le 29 avril 2016).

<sup>366</sup> *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004], 3 R.C.S. 511, (ci-après « *Haïda c. Colombie-Britannique* »).

<sup>367</sup> *R. c. Gladue*, [1999], 1 R.C.S. 688.

indiquent que les conséquences et les séquelles de l'histoire du Canada avec les Autochtones sont à prendre en considération lorsqu'ils sont amenés à juger des délinquants autochtones.

L'analyse de ces deux décisions mettra en évidence le choix pour l'exécutif de recourir à une CVR pour régler la question des pensionnats autochtones. En effet, l'hypothèse suivie en l'espèce est que le gouvernement fédéral a voulu éviter que la Cour suprême se prononce sur ce litige notamment depuis que cette dernière accorde beaucoup d'importance aux revendications autochtones en leur donnant souvent gain de cause dans les différentes affaires qu'elles tranchent. Avant de pouvoir appuyer cette hypothèse, il convient donc d'examiner, en premier lieu, la décision *Nation Haïda*.

### 1) *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*

La Cour suprême rend le 18 novembre 2004 la décision *Haïda*. En l'espèce, la nation autochtone Haïda, établie en Colombie-Britannique, revendique un titre ancestral sur les îles Haïda Gwaii et sur les eaux entourant ces îles. En 1961, la Colombie-Britannique délivre à une compagnie forestière un permis pour récolter les arbres se trouvant sur ces îles. Cependant, en 1981, en 1995 et en 2000, la compagnie est remplacée par une autre et, en 1990, la cession de l'ancienne compagnie est entérinée. La nation Haïda conteste le fait que les remplacements successifs et la cession ont été faits sans leur consultation sur ces terres où elle revendique un titre ancestral.

Deux questions sont posées à la Cour : celle de savoir si le gouvernement a une obligation envers la nation Haïda et si oui laquelle ? Et celle de savoir si l'obligation de consulter la nation Haïda existe avant que l'existence du titre ancestral sur les terres ne soit établie ?

Pour la Cour, l'obligation de consulter les peuples autochtones découle du principe de l'honneur de la Couronne. Ce principe veut que la Couronne agisse de manière honorable lorsqu'elle interagit avec les Premières nations. Afin de s'acquitter de cette obligation de fiduciaire, « la Couronne doit agir dans le meilleur intérêt du groupe autochtone lorsqu'elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l'égard des intérêts autochtones en jeu »<sup>368</sup>. La Cour

---

<sup>368</sup> *Haïda c. Colombie-Britannique*, préc., note 366, par. 18, 523.

indique également que la tenue de négociation est une des conséquences de l'honneur de la Couronne et que ces négociations doivent comprendre la consultation des Autochtones<sup>369</sup>.

Enfin, la Cour suprême décide que l'obligation de consulter existe avant même que le titre ancestral ne soit établi, car elle existe à partir du moment où la Couronne a connaissance de l'existence potentielle dudit titre :

« Mais à quel moment, précisément, l'obligation de consulter prend-elle naissance ? L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci. »<sup>370</sup>

Cette décision a donc une importance considérable pour les Autochtones en matière de revendications des terres ancestrales, elle souligne également les limites du pouvoir discrétionnaire du gouvernement. La décision *R. c. Gladue*, quant à elle, s'intéresse à l'interprétation d'une disposition du *Code criminel*<sup>371</sup> ayant trait aux délinquants autochtones comme nous allons maintenant le voir.

## 2) *R. c. Gladue*

L'interprétation de l'article 718.2e) du *Code criminel* qui prévoit la prise en compte de sanctions substitutives lorsqu'il s'agit de déterminer la peine applicable aux délinquants autochtones est au cœur de la décision *R. c. Gladue* rendue le 23 avril 1996. L'article 718.2e) du *Code criminel* dispose que :

« Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants : e) l'examen, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones, de toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances et qui tiennent compte du tort causé aux victimes ou à la collectivité. »<sup>372</sup>

---

<sup>369</sup> *Id.*, par. 19, 523.

<sup>370</sup> *Id.*, par. 35, 529.

<sup>371</sup> *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

<sup>372</sup> *Id.*, art. 718.2e).

En l'espèce, il est demandé à la Cour suprême si la Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'a pas commis une erreur dans la détermination de la peine d'une jeune autochtone à trois ans d'emprisonnement pour l'homicide de son époux. De façon plus large, il importe ici à la Cour suprême d'interpréter l'article 718.2e) et, plus précisément, la formule « plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones »<sup>373</sup>.

Les juges reconnaissent qu'un des problèmes majeurs dans le système pénal canadien est la surreprésentation des délinquants autochtones dans le milieu carcéral et qu'il faut remédier de façon effective à ce « problème social attristant et urgent »<sup>374</sup>.

Pour la Cour, le Parlement avait clairement l'intention de donner une ligne directrice aux tribunaux en adoptant cette disposition. Les juges en arrivent à la conclusion que les circonstances entourant la vie des délinquants autochtones ne sont pas les mêmes que pour les non-autochtones. Les critères à prendre en considération lors de la détermination de la peine sont ainsi exposés aux paragraphes 66 et 67 de la décision :

« Les considérations générales entrant en jeu dans l'examen de la situation distincte des autochtones au Canada comprennent un large éventail de circonstances particulières dont notamment : (A) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux ; (B) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou attaches autochtones. »<sup>375</sup>

*Haïda c. Colombie-Britannique* et *R. c. Gladue* ne sont que deux décisions parmi tant d'autres où la Cour suprême donna vie aux droits autochtones en garantissant leur existence ainsi que leur protection. Face à la certaine passivité du gouvernement fédéral, l'instance judiciaire a toujours été à l'avant-garde lorsqu'il s'agit de l'évolution des relations avec les Autochtones.

Il est donc étonnant de voir que le rapport final de la CVR met l'accent sur le droit et la justice alors même que celle-ci ne s'est pas prononcée sur le litige concernant les pensionnats autochtones. Pour les commissaires, le droit occupe une place primordiale dans la société canadienne d'aujourd'hui en indiquant :

---

<sup>373</sup> *Id.*, art. 718.2e).

<sup>374</sup> *R. c. Gladue*, préc., note 367, par. 64, 722.

<sup>375</sup> *Id.*, par. 66 et 67, 723 et 724.

« Le droit est essentiel pour établir la vérité. Il est aussi indispensable pour parvenir à la réconciliation. Il en est ainsi parce que le droit libère un flot d'information, qui serait autrement entravé. Sans cette transparence, la vérité peut céder le pas à la manipulation, à la censure et à la dissimulation. Sans processus judiciaire fiable, les faits peuvent être dissimulés au public lorsque des personnes sont accusées d'actes répréhensibles. Le droit permet l'aménagement des espaces publics pour mettre la vérité à l'épreuve. Il le fait grâce à des témoignages sous serment et à des divulgations au sujet de circonstances contestées. Le droit est aussi un outil pour œuvrer à la réconciliation. Lorsqu'un différend survient, le droit favorise le dialogue en assurant l'écoute, la prise en considération, l'assimilation, le rejet ou l'admission de différents points de vue. Le droit favorise l'écoute et la délibération. Il est conçu pour atteindre ces objectifs en considérant des questions en fonction de critères plus larges visant la paix sociale. »<sup>376</sup> (Je souligne.)

A priori, une telle analyse du droit laisse penser que les tribunaux ont leur part de responsabilité dans l'élaboration de nouvelles relations entre le Canada et les nations autochtones puisque le droit serait « indispensable pour parvenir à la réconciliation »<sup>377</sup>. Or, le droit, la justice et la Cour suprême furent écartés du processus de réconciliation au profit de la Commission de vérité et réconciliation qui ne possède pas le pouvoir d'assigner à témoigner dont les commissaires font pourtant, ci-dessus, l'éloge.

Le droit n'a jamais été absent du processus de redéfinition des relations entre Autochtones et non-Autochtones puisque nous avons vu que les décisions de la Cour suprême ont redonné vie à leurs revendications. C'est pour cela qu'à la fin des années 1990, les anciens pensionnaires se sont pourvus en justice pour demander réparation. En effet, l'inactivité du gouvernement fédéral suite à la publication du rapport final de la Commission royale sur les Peuples autochtones a incité les Premières nations à trouver une nouvelle voie afin d'obtenir, si possible, des résultats différents.

La certification du recours collectif dans l'affaire *Cloud* par la Cour d'appel de l'Ontario était un début de victoire pour les peuples autochtones qui souhaitaient porter leur cause devant la Cour suprême. Compte tenu des avis rendus par les juges dans les deux affaires mentionnées ci-dessus, on peut imaginer que la Cour suprême, si confrontée à un litige opposant les anciens pensionnaires au gouvernement, aurait donné droit aux anciens élèves en condamnant

---

<sup>376</sup> COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION, préc., note 345, p. 54.

<sup>377</sup> *Id.*, p. 54.



le gouvernement pour cette politique d'assimilation violant les droits les plus fondamentaux des citoyens du Canada.

Une telle affirmation relève bien évidemment de l'ordre de l'hypothétique et rien ne permet de dire indubitablement que les anciens pensionnaires auraient obtenu gain de cause en Cour suprême. Il n'en reste pas moins que cette hypothèse peut légitimement se poser notamment lorsque l'adoption de la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* a coupé court aux aspirations des communautés autochtones de porter cette cause devant la plus haute instance judiciaire du pays minant ainsi les efforts de justice menés jusqu'à présent.

La dichotomie « Cour suprême vs CVR » fait penser au débat « justice vs paix » dont il était question dans la partie préliminaire<sup>378</sup> et que nous allons désormais examiner sous un nouvel angle. Si le débat « justice vs paix » paraît maintenant injustifié dans un contexte de justice transitionnelle, il n'en est pas de même dans un contexte d'État de droit démocratique tel que le Canada.

### **B) « Cour suprême vs CVR » : retour sur le débat « Justice vs Paix »**

Dans la partie préliminaire, nous avons observé que certains critiques dénonçaient le manque de justice dans l'élaboration des mécanismes de justice transitionnelle, et plus particulièrement au sein des commissions de vérité. Ce débat « justice vs paix » est néanmoins devenu de moins en moins justifié lorsque les commissions de vérité se sont montrées non plus comme un substitut à la justice, mais plutôt comme venant compléter le travail effectué par l'appareil judiciaire.

Il ne faut pas oublier le fait que les commissions de vérité sont avant tout un instrument de justice transitionnelle et le juriste Freeman rappelle que malgré la diversité des lieux où elles sont utilisées, les pays ayant implanté une commission de vérité avaient tous une chose en commun :

« Despite these and other differences, there is one feature that unites all these contexts: the legacy of widespread violence and repression. It is this feature that led to the development of the field of transitional justice. In many of these countries the ordinary tools of justice, primarily the courts, were simply not up to the task of meting out a form of justice commensurate

---

<sup>378</sup> *Supra*, p. 45 à 47.

with the scale of violations committed. The contexts demanded other tools, other responses, other mechanisms. »<sup>379</sup>

Il y a dans cet énoncé deux choses qui ne correspondent pas au cas canadien. Tout d'abord, il n'y a pas eu au Canada de violence ou de répressions massives. De plus, il existe au Canada un système judiciaire garantissant un État de droit. Nous pouvons donc nous demander pourquoi le Canada a eu recours à un mécanisme de justice transitionnelle alors qu'il n'est pas en situation de transition ni même dans un contexte ayant pour objet d'entreprendre de vastes réformes au niveau des droits autochtones.

Or, le contexte d'adoption d'une commission de vérité est d'une importance cruciale à son bon déroulement et à son succès. En Afrique du Sud, au-delà du nombre d'exactions beaucoup trop élevé pour pouvoir être pris en compte par le système judiciaire en place, la CVR fut le fruit d'une réelle volonté de transition. Il ne faut pas concevoir la CVR sud-africaine comme un substitut à la justice, mais plutôt comme un processus additionnel à celle-ci se traduisant notamment par l'association du mécanisme cathartique qu'est la CVR à un semblant de processus judiciaire représenté par le comité pour l'amnistie. L'archevêque Desmond Tutu indique que dans un contexte post-apartheid, ce mécanisme fut la meilleure solution :

« I have said ours was a flawed commission. Despite that, I do want to assert as eloquently and as passionately as I can that it was, in an imperfect world, the best possible instrument so far devised to deal with this kind of situation that confronted us after democracy was established in our motherland with all its imperfections, what we have tried to do in South Africa has attracted the attention of the world. »<sup>380</sup>

Si l'on doit donc accorder une importance toute particulière au contexte d'adoption pour mesurer le succès, ou tout simplement l'utilité, d'une CVR, tout laisse à croire que le contexte canadien n'est pas propice à l'établissement d'un tel mécanisme. Sans forcément mentionner l'absence d'une situation conflictuelle ou transitionnelle, le Canada est avant tout un État de droit comme nous l'avons rappelé à maintes reprises dans la partie préliminaire. Ceci veut donc dire que le Canada, par son statut d'État de droit, bénéficie d'un vaste éventail de

---

<sup>379</sup> M. FREEMAN, préc., note 155, p. 5.

<sup>380</sup> D. TUTU, préc., note 100, p. 281.

garanties pouvant répondre aux revendications de ses citoyens et parmi eux bien évidemment, des peuples autochtones.

Parmi ces garanties, nous pouvons citer l'existence d'un pouvoir judiciaire indépendant et impartial, d'un parlement assurant une représentativité démocratique et d'une Constitution contenant une *Charte canadienne des droits et libertés* garantissant les droits les plus fondamentaux des citoyens canadiens<sup>381</sup>. Lorsqu'un État possède toutes ces garanties, les moyens et les possibilités de réponse quant à l'héritage des pensionnats sont infinis. La justice aurait pu continuer son travail après la certification des recours collectifs dans le but de donner une réponse définitive aux anciens pensionnaires. Le parlement, quant à lui, aurait pu adopter de son plein gré une réforme en profondeur des droits autochtones. Le Ministère des Affaires autochtones et du Nord canadien, qui ne doit pas être étranger à l'histoire et l'héritage des pensionnats, aurait lui aussi pu se pencher sur la question bien avant que les poursuites ne soient intentées.

Pour l'Afrique du Sud et les autres pays avant elle ayant mis en place une CVR, la décision n'étant pas tant de choisir entre la justice et une commission de vérité, mais plutôt choisir une commission de vérité parce qu'il n'y avait pas d'autres recours : « too often, the choice faced today is not between truth commissions and trials, but between truth commissions and nothing »<sup>382</sup>. Face à l'héritage des pensionnats autochtones, le Canada ne se trouvait pas devant une telle impasse, le choix aurait donc pu se poser entre une commission de vérité et la justice.

Une différence majeure distingue la CVR canadienne de celle sud-africaine : le Canada n'a peut-être pas choisi une CVR dans le but d'améliorer les relations entre Autochtones et non-autochtones mais parce que cet instrument constituait le meilleur moyen de mettre un terme aux poursuites en cours. Les efforts de justice dans le litige des pensionnats ont donc été minés lorsque l'adoption de la *Convention de règlement* a coupé court aux aspirations des pensionnaires de voir leur cause portée devant les tribunaux grâce à la certification de plusieurs recours collectifs.

---

<sup>381</sup> K. STANTON, préc., note 279, p. 14.

<sup>382</sup> J.D. TEPPERMAN, « Truth and Consequences », Foreign Affairs, en ligne : <<https://www.foreignaffairs.com/articles/2002-03-01/truth-and-consequences>> (consulté le 8 juin 2016).

Pour Freeman, les commissions de vérité et les Cours de justice présentent de nombreuses similitudes, parmi elles : la découverte de la vérité, la justice, la réparation, la réforme et le débat public, mais il tient tout de même à rappeler qu'une commission de vérité ne peut se présenter comme un substitut adéquat à la justice : « a truth commission is not, and never can be, an adequate substitute for justice in courts »<sup>383</sup>.

En effet, malgré ses intentions louables, une CVR ne remplacera jamais un tribunal et il manquera toujours un élément crucial aux commissions de vérité : la reconnaissance de la culpabilité de l'auteur de l'infraction. La mise en place de la CVR canadienne permit au gouvernement d'échapper à une décision judiciaire dans laquelle les juges auraient pu écrire noir sur blanc que le gouvernement fédéral canadien fut responsable de la politique d'assimilation des Autochtones à travers les pensionnats. Le droit à la justice fait d'ailleurs partie des principes Joinet-Orentlicher disposant qu'un État doit tout mettre en œuvre pour répondre aux exactions commises dans son pays grâce à son système judiciaire avant d'analyser d'autres mesures.

Jusqu'à présent les commissions de vérité ont su intelligemment jongler avec certains éléments pouvant être attribués aux Cours de justice : les pouvoirs de *subpoena*, la citation de noms dans le but de créer des dossiers qui seront remis plus tard à la justice et la proposition de réformes en profondeur du système judiciaire. Dans leurs travaux, les commissions de vérité se penchent d'ailleurs souvent sur le rôle des tribunaux, ce que n'a d'ailleurs pas fait la CVR canadienne puisque même si elle avait enquêté sur cet aspect, elle aurait conclu que le pouvoir judiciaire ne s'est jamais dérobé de ses responsabilités en matière de droits autochtones, au contraire il a plutôt été à l'avant-garde comme nous l'avons vu avec les décisions *Haida* et *Gladue*.

Une décision de la Cour suprême reconnaissant l'implication et la responsabilité du gouvernement fédéral dans la politique des pensionnats autochtones et le condamnant à réparer les torts causés aux anciens élèves aurait été une décision qui aurait mis le gouvernement dans l'embarras. Tout d'abord sur le plan national, car la découverte de la vérité se serait faite sur un tout autre registre que celui de l'empathie attribuée aux commissions de vérité. Finalement, sur le plan international, une telle décision aurait

---

<sup>383</sup> M. FREEMAN, préc., note 155, p. 83.

embarrassé un gouvernement qui présente le Canada aux yeux du monde comme étant un État démocratique respectueux des droits de ses citoyens, mais qui, en réalité, est incapable de régler les problèmes économiques et sociaux de ses Premières nations.

Si cela n'avait pas été pour les nombreux recours collectifs intentés contre le gouvernement et les organisations religieuses, la CVR canadienne n'aurait jamais vu le jour. Pour reprendre les mots de Me Morin, la Cour suprême est un « agent de changement »<sup>384</sup> et, pour les peuples autochtones, la voie judiciaire se présentait comme l'alternative à une énième commission du gouvernement fédéral. En effet, si ce dernier peut avoir la liberté de ne pas entériner les recommandations proposées par les commissions, les Cours de justice ne bénéficient pas de cette latitude puisqu'elles doivent impérativement trancher les litiges se présentant devant elles. La professeure Valois dit à ce propos :

« À la différence du système politique qui peut refuser de légiférer sur une question, les tribunaux, eux, doivent juger. Ceci explique pour quelles raisons les groupes de pression portent de plus en plus leurs revendications devant les tribunaux judiciaires, à défaut d'avoir une autre adresse où faire valoir leurs doléances. »<sup>385</sup>

Non seulement le Canada a contrecarré le travail des tribunaux avec l'adoption de la *Convention de règlement*, mais il a aussi dénué la CVR de tout sens en faisant de celle-ci un instrument non complémentaire à la justice puisque privée des attributs quasi judiciaires mentionnés plus haut (pouvoir de *subpoena*, citation de noms et audiences publiques). Dans cette mesure, on peut dire que le Canada n'a pas exercé les garanties posées par un État de droit et qu'il a, de plus, affaibli le concept de CVR en l'instrumentalisant à ses fins si bien qu'il est légitime de se demander si la CVR canadienne est vraiment digne de ce nom. Attardons-nous maintenant sur l'instrumentalisation du concept de CVR opérée par le gouvernement fédéral.

### III. L'instrumentalisation de la CVR

Il convient de nous demander si le gouvernement fédéral n'a pas instrumentalisé le concept de CVR à ses fins notamment lorsque la commission canadienne ne ressemble à aucune autre

---

<sup>384</sup> R. MORIN, préc., note 365.

<sup>385</sup> M. VALOIS, préc., note 111, p. 384.

implantée avant elle. En effet, le caractère sui generis de la CVR canadienne se cristallise à travers quatre particularités que nous allons maintenant analyser.

Premièrement, la CVR canadienne présente la particularité d'être la seule commission de vérité dans le monde issue d'un règlement de recours collectif. En effet, le contexte entourant la création de cette CVR ne fut pas propice à l'adoption d'une loi ou d'un décret ayant exclusivement trait à la commission puisque le règlement de recours collectif fut en cours de négociations. Ceci explique donc sa création par l'adoption d'une annexe dans la *Convention de règlement*. Deuxièmement, la CVR canadienne est la seule commission à s'intéresser à une période historique aussi longue. Si la CVR sud-africaine se penchait déjà sur une très longue période de 34 ans<sup>386</sup>, la CVR canadienne tente de résumer plus de cent ans d'histoire.

Troisièmement, la durée de vie de la commission est fixée à cinq ans, soit une durée plus longue que la moyenne généralement fixée à deux ans comme l'explique Hayner :

« As a general rule, a truth commission should (...) work for two to three years. There are advantages to a quick start. The political momentum and popular support for such an initiative are generally highest at the point of transition, as a new government takes power or a civil war has just ended and there may be a narrow window in which to transform this momentum into serious reforms, purges of human rights abusers or reparations for victims. »<sup>387</sup>

Cette constatation soulève deux observations. Tout d'abord, la CVR canadienne dépasse le temps généralement alloué aux travaux de cet instrument. De plus, Hayner indique qu'il est préférable de mettre en place la CVR le plus tôt possible suite à la transition. Or, cela révèle sans doute la particularité la plus importante du cas canadien.

En effet, la quatrième et dernière particularité concerne le contexte non transitionnel de la mise en place de la CVR. Ce dernier point est précisément ce qui cristallise la singularité de la commission canadienne, car elle n'est pas la résultante d'un changement de régime autoritaire. Le choix de mettre en place un instrument de justice transitionnelle est donc surprenant compte tenu du fait que celui-ci est généralement employé lorsque le recours aux tribunaux est impossible. Or, dans le contexte canadien, la CVR découle d'un arrangement

---

<sup>386</sup> *Supra*, p. 68.

<sup>387</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 213.

approuvé par les tribunaux. Pour certains auteurs, ni la *Convention de règlement*, et encore moins la CVR, n'aurait vu le jour si cela n'était pas dû au nombre exorbitant de requêtes intentées par les anciens pensionnaires :

« The Truth and Reconciliation Commission was not created out of a groundswell of concern about Indian Residential School survivors by the public, rather it was agreed to by their government's legal advisers in order to settle costly litigation. Were it not for the enormous financial cost to the government of continuing to defend against the class actions, the Truth and Reconciliation Commission would not exist in Canada. »<sup>388</sup> (Je souligne.)

À la lumière de toutes ces spécificités, on peut se demander si la CVR canadienne est une commission de vérité et réconciliation digne de ce nom. Hormis la qualification comme telle, la CVR canadienne ne présente pas les caractéristiques habituelles des CVR, Hughes indique d'ailleurs qu'elle est loin de remplir les exigences liées au concept de cet instrument : « yet, even if the TRC turns out to be a successful public inquiry, it will likely have to be considered as falling short of the ambitions generally and popularly ascribed to the TRCs in a transitional-justice context »<sup>389</sup>.

Pour qu'une commission de vérité soit digne de ce nom, il faut qu'il y ait à la fois des caractéristiques externes, c'est-à-dire que des repères méthodologiques doivent être présents (la définition de Hayner par exemple), et des caractéristiques internes, c'est-à-dire que la communauté internationale doit percevoir cet instrument comme étant une commission de vérité<sup>390</sup>. Pour Brahm, la réunion de ces deux critères ne pourra s'effectuer qu'une fois l'adoption d'un consensus quant à la définition des CVR. Imposer une telle définition éviterait que certaines commissions, comme celle du Canada, puissent être considérées comme de véritable commission de vérité et réconciliation seulement parce qu'elles y empruntent le nom :

« Across the literature, there is often a disconnect between the truth commission definition adopted and its empirical application. Definitional ambiguities have allowed researchers to reach different conclusions on whether to include a particular case. In addition, where searchers of new sources have been used to update data, potential new cases have sometimes not been scrutinized beyond matching keywords. As a result, some

---

<sup>388</sup> K. STANTON, préc., note 279, p. 4.

<sup>389</sup> J. HUGHES, préc., note 323, p. 126.

<sup>390</sup> E. BRAHM, préc., note 7, p. 13.

commissions have been included simply because they have « truth », « reconciliation », or « human rights » in their names without a careful look at the case itself. »<sup>391</sup>

Le gouvernement fédéral canadien s'est donc peut être servi de la connotation positive que renvoie le concept de CVR pour l'instrumentaliser à ses fins : « announcing the creation of a truth commission has become a popular way for newly minted leaders to show their democratic bona fides and curry favor with the international community »<sup>392</sup>. En instituant la CVR, le gouvernement fédéral se présente comme l'instigateur dans la recherche de solutions pour améliorer les conditions de vie des Autochtones alors que son implantation n'est en réalité due qu'à un concours de circonstances pour éviter d'avoir recours à la justice.

Ce point est essentiel dans la démonstration de l'instrumentalisation du concept puisqu'il nous renvoie aux prémisses de cet instrument, c'est-à-dire à l'aube du débat « justice vs paix » lorsque certains États l'utilisaient à mauvais escient pour se dédouaner de leur responsabilité pour les exactions opérées en période de conflit. Hayner mentionne à ce sujet le cas du gouvernement guatémaltèque qui aurait établi une CVR après la guerre civile pour échapper aux tribunaux :

« During the negotiations to end civil war in Guatemala, the Guatemalan armed forces supported the idea of official truth-seeking. In a meeting with international Human Rights advocates in 1994, Mario Enriquez, then Minister of defense made his position clear: « we are fully in support of a truth commission » he said. « Just like in Chile: truth but no trials ». This story was relayed to me in the late 1990s by the director of the Americas division of Human Rights Watch, José Miguel Vivanco, to illustrate the risk that a truth commission may be employed to avoid trials for rights abusers. »<sup>393</sup>

La perception des commissions de vérité comme moyen d'éviter la justice s'était dissipée notamment avec la CVR sud-africaine et des compromis faits par certaines commissions pour que les tribunaux et les commissions de vérité se complémentent. Cependant, quelques auteurs font part de leurs craintes de ne plus voir les CVR comme une avancée, mais plutôt un recul si elles sont davantage implantées dans des États démocratiques :

---

<sup>391</sup> *Id.*, p. 5.

<sup>392</sup> J.D. TEPPERMAN, préc., note 382.

<sup>393</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 91.



« Some governments, moreover, have turned to commissions precisely in order to put off, and eventually escape, formal legal proceedings that could spark confrontation with members or agents of the old regime. This avoidance has led observers to wonder whether the vogue for commissions is actually a step backward rather than forward. »<sup>394</sup>

En effet, la promotion de cet instrument dans des États de droit tel que le Canada risquerait d'une part de saper les efforts de justice : « efforts to promote truth commissions have become a way of avoiding efforts to do justice »<sup>395</sup>, et d'autre part, de dénaturer le concept et l'essence même des CVR.

Si la réconciliation entre Autochtones et non-autochtones fut le véritable motif derrière la mise en place d'un outil visant justement la réconciliation, le mandat de la CVR canadienne ne se serait pas uniquement cantonné à l'histoire des pensionnats autochtones. À la lecture du rapport final et des recommandations, les pensionnats autochtones sont dépeints comme la cause des conditions de vie désastreuses des Autochtones aujourd'hui. Certes, ces écoles ont certainement eu de terribles conséquences, mais ni la dépossession de leurs territoires, ni la dépossession de leur autonomie gouvernementale, ne fut mentionnée au cours des travaux comme ayant contribué à la situation actuelle des Autochtones. Pourtant ce sont ces éléments que les rapports antérieurs à la CVR ont analysés comme étant à la fois la source du problème et la réponse à la réconciliation :

« While any form of healing that does happen for survivors through the TRC's activities would be most welcome, isolating residential school harm and imbuing it with a profoundly individualizing therapeutic ethos does not build the entire path to reconciliation between Canada and Aboriginal peoples. The reticence and the slow change concerning territory and self-government, and especially the utter dissociation of these issues from the history of residential schooling, is a far cry from the confessional and epiphanic catharsis sometimes associated with truth commissions. Indeed one of the ultimate lessons to be drawn from the history of residential schooling is that Aboriginal demands surrounding the restoration of land and self-determination are not just lofty, begrudging demands of principle. They are thoroughly and gravely entwined precisely because being subjected to genocidal institutional arrangements such as the Indian residential schools represents, par excellence, the disempowerment, dispossession, and loss of self-determination of people. Consequently the restoration of self-government likely represents one of the most assured

---

<sup>394</sup> J.D. TEPPERMAN, préc., note 382.

<sup>395</sup> *Id.*, Tepperman cite Aryeh Neier.

forms of inoculation against the possible repetition of paternalistic, destructive arrangements such as the residential schooling experience. »<sup>396</sup>

La politique d'assimilation des pensionnats autochtones ne représente seulement qu'une partie du processus plus large de colonisation opérée par les Européens depuis leur arrivée. Le Centre international pour la justice transitionnelle indique qu'« à la fin d'une enquête, les commissaires devraient évaluer toute responsabilité institutionnelle dans les abus et recommander les mesures ou les réformes nécessaires pour prévenir leur répétition »<sup>397</sup>. Mais si la CVR ne s'attarde pas sur la véritable cause du conflit alors les recommandations proposées ne pourront être que futiles puisqu'elles n'offriront pas de réformes en profondeur du système. On court alors le risque de voir les abus se reproduire, cette fois-ci sous d'autres formes que les pensionnats autochtones, mais où les résultats seront les mêmes : un État paternaliste dans ses relations avec les nations autochtones.

Cette position paternaliste peut d'ailleurs s'incarner dans la CVR canadienne en se présentant comme un nouveau moyen de contourner le véritable débat qui doit avoir lieu dans la redéfinition des relations entre Autochtones et non-autochtones :

« That may be precisely the problem with the Canadian TRC: its conceptualization by the Canadian state as an instrument that draws a line through history, in effect finalizing or perfecting the colonial project rather than being part of a transformation and decolonization. »<sup>398</sup>

Le caractère thématique de la CVR canadienne, se concentrant uniquement sur les pensionnats autochtones, pose problème. Le juriste Freeman a d'ailleurs dressé une liste de commissions d'enquête se distinguant des CVR dans le but de bien circonscrire le champ des commissions de vérité : « to have a clear understanding of what a truth commission is, it may also help to understand what it is not »<sup>399</sup>. Parmi ces différentes commissions d'enquête, Freeman définissait déjà la Commission royale sur les Peuples autochtones comme étant une commission thématique :

« Thematic commissions of inquiry involve the examination of particular social policy issues that are mired in public controversy (*e.g.*, systemic

---

<sup>396</sup> J. PATZER, préc., note 256, p. 181 et 182.

<sup>397</sup> E. GONZÁLEZ et H. VARNEY, préc., note 138, p. 23.

<sup>398</sup> J. HUGHES, préc., note 323, p. 102.

<sup>399</sup> M. FREEMAN, préc., note 155, p. 40.

discrimination against a particular racial, ethnic, or religious group). Like truth commissions, thematic inquiries examine policies and practices employed over a period of time. Unlike truth commissions, however such inquiries tend to focus more on analysis of public policy than on victims or on individual fact-finding. Also, their work is not necessarily focused on the examination of violations committed during periods of abusive rule or armed conflict (unless the theme under review so corresponds). There are scores of example of such inquiries. Some relevant instances from around the world include the 1991 Royal Commission on Aboriginal Peoples in Canada. »<sup>400</sup>

La Commission royale sur les Peuples autochtones répond à cette définition. Si la CRPA ne s'est pas prévalué du nom de commissions de vérité, il est intéressant de noter que la CRPA ressemblait peut-être davantage à un processus de CVR que l'actuelle CVR sur les pensionnats autochtones. En effet, la CRPA, si elle n'a pas été mise en place dans un contexte transitionnel, a néanmoins été instituée dans un climat de tensions, sans compter le fait que le dernier pensionnat fermait tout justement ses portes lorsqu'elle eu rendu son rapport final. Le mandat de la CRPA fut large et complet et la profession juridique largement représentée. Les audiences publiques organisées constituaient un avantage considérable que ne possède pas la CVR. En admettant que les recommandations ambitieuses proposées fussent entérinées par le gouvernement fédéral, la CRPA aurait pu être un succès et un renouveau dans les relations entre les Autochtones et les non-autochtones aurait pu avoir lieu.

Si la CRPA n'a pas réussi sa mission, il y a peu de chance que la CVR n'aboutisse à une véritable réconciliation, plus particulièrement si elle ne s'attarde pas sur les problématiques plus générales d'autonomie gouvernementale et de partages des terres et des ressources. C'est le constat que dresse d'ailleurs la professeure Hughes :

« It is clearly unrealistic to expect a single event, even one that lasts five years and costs millions of dollars, to single-handedly fix a problem as complex as any one of the issues tackled by the Royal Commission on Aboriginal Peoples, let alone their aggregate. It cannot replace political will, undo history, or overcome intergenerational effects. At best, it can initiate change, or contribute to making change. Has the Royal Commission on Aboriginal Peoples succeeded by that measure? »<sup>401</sup>

---

<sup>400</sup> *Id.*, p. 56.

<sup>401</sup> J. HUGHES, préc., note 323, p. 123.

Bien que ses objectifs soient louables, la CVR canadienne ne va pas aussi loin que la CRPA. L'instrumentalisation de la CVR par le gouvernement fédéral remet en question, d'une part, le rôle des tribunaux et de l'État de droit au Canada dans la résolution des conflits entre l'exécutif et les peuples autochtones, et d'autre part, fragilise ce concept qui doit rester un mécanisme de justice transitionnelle servant uniquement, comme son nom l'indique, dans des situations transitionnelles.

Il ne faut néanmoins pas dresser un bilan trop négatif de la CVR canadienne puisque certaines recommandations proposées pourraient être bénéfiques à la relation entre le Canada et ses nations autochtones à condition qu'elles soient bien évidemment implantées dans le paysage politique et juridique. Espérons alors que ces recommandations, bien que timides, puissent servir à un dialogue fructueux afin d'éviter que les peuples autochtones ne soient, une fois de plus, les « laissés-pour-compte » de l'Histoire.

## Conclusion de la deuxième partie

Cette deuxième partie analysa le caractère unique de la CVR canadienne. En effet, au regard de ce qui s'est passé en Afrique du Sud, nous avons remarqué que si la commission canadienne présentait des objectifs similaires, elle se distinguait largement par ses pouvoirs pour le moins très limités.

L'analyse de l'histoire des pensionnats autochtones fut l'objet du premier chapitre. Cette politique d'assimilation dura plus de cent ans et laissa plusieurs générations de Premières nations avec de vives séquelles qui se font toujours ressentir aujourd'hui. À la fin des années 1990, les anciens pensionnaires se sont pourvus en justice contre le gouvernement fédéral pour demander des réparations. Les nombreux recours collectifs certifiés par les tribunaux ont donné lieu à l'adoption de la *Convention de règlement sur les pensionnats indiens* qui institua officiellement la CVR. Cette dernière est loin d'être la première commission se concentrant sur les conditions de vie des Autochtones mise en place par le gouvernement. En effet, les rapports Hawthorn-Tremblay, Berger, Penner, Coolican et la Commission royale sur les Peuples autochtones avaient, avant elle, déjà soumis leurs constats et recommandations.

Le deuxième chapitre posa la question de savoir si la CVR canadienne peut être considérée comme une commission de vérité digne de ce nom. Si elle remplit les critères méthodologiques, certaines particularités font de l'exemple canadien une commission de vérité qui ne ressemble à aucune de ses prédecesseurs. Il fut donc surprenant de voir un mécanisme non judiciaire de justice transitionnelle se mettre en place dans un État de droit démocratique tel que le Canada. L'absence de la Cour suprême dans le processus de réconciliation fit ressurgir le débat « justice vs paix » qui semblait pourtant enterré. En effet, il semblerait que le gouvernement fédéral ait adopté la CRRPI afin d'éviter une prise de position de la Cour suprême qui aurait pu lui être défavorable. C'est donc sous cette observation que nous pouvons parler d'instrumentalisation de la CVR canadienne puisqu'au-delà de voir le jour dans un contexte non transitionnel et non conflictuel, la commission ne se présente pas comme un complément à la justice, mais comme son adversaire.

## Conclusion générale

Cette étude avait pour objectif de déterminer quelles seraient les implications éventuelles de la Commission de vérité et réconciliation canadienne pour l'État de droit et la justice transitionnelle à travers deux questions de recherche. La première question était la suivante : en matière de droit international, en quoi la Commission de vérité et réconciliation du Canada fragilise le concept de commissions de vérité ? Quant à la deuxième question, il s'agissait de savoir : en matière de droit national, en quoi le gouvernement fédéral canadien, en ayant recours à une commission de vérité et réconciliation pour répondre à l'histoire des pensionnats indiens, n'a-t-il pas exercé les garanties prévues par un État de droit ?

Une partie préliminaire énonça le cadre théorique de la recherche qui est celui de l'étude de la conception britannique de l'État de droit au Canada et en Afrique du Sud, deux pays qui ont partagé, à divers degrés, un héritage juridique anglo-saxon se traduisant à travers l'organisation de leurs institutions. La conception de l'État de droit choisie fut celle du Britannique Albert Venn Dicey qui pose trois principes cardinaux : la primauté du droit afin d'éviter l'arbitraire, l'égalité de tous devant la loi et les tribunaux ordinaires, et le droit constitutionnel comme la résultante et non la source de la protection des droits individuels.

Malgré l'adoption de lois discriminant les peuples autochtones au Canada, parmi elles notamment l'*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages* et la *Loi sur les Indiens*, les tribunaux canadiens et, plus particulièrement, la Cour suprême revendique, depuis plus années, l'existence de la primauté du droit au Canada. Ainsi, les décisions *Roncarelli c. Duplessis*, *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* et *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, ne sont que trois exemples parmi d'autres où la Cour suprême s'érige en gardienne du respect de l'État de droit contre l'arbitraire exercé par l'exécutif.

En Afrique du Sud, l'accession au pouvoir du Parti National en 1948 marque la création de la politique officielle de l'apartheid avec l'adoption de lois ségrégationnistes contre la population noire. Le *Population Registration Act* et le *Promotion of Bantu Self-Government Act* constituent la pierre angulaire de cette législation raciste. À l'inverse du Canada, les tribunaux sud-africains ont été davantage plus limités dans leur rôle de gardien de la primauté du droit puisqu'une disposition constitutionnelle leur interdisait explicitement le pouvoir de contrôle judiciaire. Le « *Treason Trial* » fut caractérisé comme la dernière manifestation de la

primauté du droit avant que l’Afrique du Sud ne tombe officiellement sous le coup d’une souveraineté parlementaire exacerbée.

Dans les années 1970 et 1980 émerge le concept de justice transitionnelle en réponse à certaines situations où des États souhaitaient changer de régime suite à des exactions massives. La justice transitionnelle s’est développée au fur et à mesure où le système de justice rétributive des tribunaux nationaux ou internationaux s’avérait inefficace comme l’explique Freeman :

« Yet if criminal trials were alone sufficient, the field of transitional justice would never have emerged. The fact is that other responses, beyond criminal justice, are required. Justice systems simply are not designed to remedy violations committed on the massive scale typical of transitional contexts. Rather, justice systems are designed to handle crime as an exceptional occurrence. »<sup>402</sup>

La justice transitionnelle s’est alors définie par les principes Joinet-Orentlicher : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non-répétition. Ces principes sont dépourvus de caractère contraignant, mais peuvent constituer du *soft law* et ainsi avoir un effet fort utile pour tous les États, qu’ils soient en situation de transition ou non, puisque ce sont des droits respectés et mis en œuvre par les tribunaux de tout État de droit.

Nous avons démontré, dans une première partie, que les commissions de vérité font partie des nombreux instruments en matière de justice transitionnelle assurant le passage d’un régime autoritaire à un régime démocratique. En effet, face à l’inefficacité de certains systèmes judiciaires, de nouvelles réponses devaient être trouvées et c’est dans ce contexte que sont apparues les commissions de vérité. Si nous avons vu que la définition de cet instrument ne faisait pas consensus, la doctrine a néanmoins dégagé quelques critères permettant son identification : une commission de vérité doit être temporaire, habilitée par l’État, elle doit se concentrer sur des événements passés et non actuels, elle doit délimiter la période sur laquelle va porter ses investigations, elle doit mettre les victimes au centre du processus et doit rédiger un rapport final dans lequel elle fera des recommandations<sup>403</sup>.

---

<sup>402</sup> M. FREEMAN, préc., note 155, p. 10.

<sup>403</sup> *Supra*, p. 58 à 60.

Les différents partis politiques sud-africains ont su intelligemment négocier leur transition. Une Commission de vérité et réconciliation prévoyant l'octroi d'amnisties individuelles se présentait pour tous comme l'instrument parfait dans une situation imparfaite. Ce procédé allait permettre aux Sud-Africains de connaître la vérité et de faire table rase du passé afin de construire un avenir meilleur bâti sur un État démocratique multiracial. L'aboutissement de ce processus de réconciliation fut l'adoption de la *Constitution de 1996* consacrant enfin les droits et libertés fondamentaux dont la majorité des citoyens étaient jusqu'alors dépourvus.

La CVR d'Afrique du Sud est considérée comme un modèle dans le domaine des commissions de vérité puisqu'elle incarne pleinement l'essence même de cet instrument : un outil visant le dialogue entre les communautés déchirées et, plus particulièrement, entre les auteurs des violations et les victimes dans un but d'éviter que de telles exactions ne se reproduisent. Son succès est tel qu'il a inspiré d'autres pays, se trouvant dans des situations semblables, à choisir une commission de vérité pour effectuer leur transition.

Une deuxième partie analysa le caractère unique de la CVR canadienne qui a été mise en place afin d'éclaircir l'histoire des pensionnats autochtones opérés par les organisations religieuses et le gouvernement fédéral de 1883 à 1996. Loin d'être le fruit d'une réelle volonté de la part du gouvernement fédéral de répondre à cette politique d'assimilation, nous avons vu que l'adoption d'un tel instrument était peut-être pour ce dernier un moyen d'éviter certains recours en justice. En effet, la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* est venue contrecarrer le travail des tribunaux qui certifiait de plus en plus de recours collectifs présentés par les anciens pensionnaires, parmi les plus importants, les recours *Cloud* et *Baxter*.

Depuis une cinquantaine d'années, le gouvernement fédéral a mis en place divers comités chargés d'étudier différents aspects de la condition de vie des Autochtones. Les rapports Hawthorn-Tremblay, Berger, Penner, Coolican et la Commission royale sur les Peuples autochtones en sont des exemples. Ces comités sont si nombreux qu'on peut se demander si la CVR en soi est une nouvelle réponse apportée par le gouvernement ou bien la continuité des travaux de ces comités, et plus précisément, ceux de la CRPA. Pourtant, la CVR ne va pas aussi loin que son prédécesseur puisqu'elle ne s'attarde pas sur les revendications plus globales des Premières nations à savoir la répartition des territoires, le partage des ressources et l'autodétermination.



Les recommandations timides proposées par la CVR laissent croire que les commissaires ne se sont pas intéressés aux véritables causes des relations conflictuelles entre le Canada et ses peuples autochtones. Sans discussion fructueuse entre principaux intéressés, la réconciliation aura peu de chance d’aboutir.

L’hypothèse suivie pour la première question était la suivante : la CVR canadienne fragilise le concept de commissions de vérité parce qu’elle se montre aux antipodes de ce qui se faisait jusqu’à présent dans le domaine. Elle est la première commission de vérité à avoir été instituée dans une démocratie en temps de paix et ne présente donc pas le critère unifiant les CVR à savoir la transition de régime. La CVR canadienne ne se conçoit également pas comme un instrument complémentaire à la justice puisque son mandat fut restreint et ses pouvoirs limités. L’absence d’audiences publiques, de pouvoirs de *subpoena*, et l’interdiction de citer les noms font de l’exemple canadien, une des commissions de vérité les plus fragiles existantes.

La CVR canadienne a beau respecter la définition proposée par Hayner, elle ne semble pas comprendre l’essence de ce que représente une commission de vérité. D’ailleurs, Hayner remet en question sa propre définition lorsqu’elle s’aperçoit que celle-ci est beaucoup trop large :

« Perhaps the greatest difficulty is that this definition may simply be too broad, potentially including so many commissions of inquiry, set up in a wide range of countries but not perceived at the time as « truth commissions » that the very meaning begins to be lost. »<sup>404</sup>

Nous pouvons alors redouter, dans le domaine de la justice transitionnelle, et plus particulièrement celui des commissions de vérité, que le concept perde de sa valeur et de son sens si de plus en plus de CVR ressemblent à celle du Canada ou de Greensboro. Il est donc impératif que la communauté internationale s’entende sur une définition claire et précise de ce que doit être une commission de vérité c’est-à-dire établir une définition qui ne tiendrait pas seulement compte des critères méthodologiques, mais aussi des critères substantiels.

Avec l’adoption d’une telle définition, il est fort à parier que la sphère juridique s’intéresserait davantage à cet instrument, car il y aurait à présent une qualification précise qui aura des

---

<sup>404</sup> P.B. HAYNER, préc., note 6, p. 11.

conséquences directes. Certaines commissions seraient alors considérées comme des CVR alors que d'autres non, ce qui pourra donner lieu à plus d'homogénéité dans la doctrine lors d'études comparées par exemple. Les pays en voie de transition démocratique pourront donc retrouver une cohérence dans la doctrine qui les aidera lorsqu'ils voudront implanter leur propre commission de vérité.

Dans l'élaboration de sa liste des commissions d'enquête distinctes des commissions de vérité, Freeman considérait la Commission royale sur les Peuples autochtones comme étant une commission thématique. En analysant les autres commissions d'enquête proposées par le juriste, nous observons qu'une d'entre elles correspond parfaitement à la CVR canadienne, il s'agit de la commission sociohistorique qui se définit comme suit :

« Sociohistorical commissions of inquiry involve the investigation of an important period in a country's history and, perhaps, its impact on a particular demographic group. Sociohistorical commissions of inquiry are distinguishable from truth commissions in that they are created a generation or more after the « immediate period » of political or post-conflict transition, and hence they look back at a period that is, at the commission's moment of creation, more historical than contemporary in its character and in its implications for the government of the day. »<sup>405</sup>

Il ne fait aucun doute que la CVR canadienne se rapproche davantage de cette définition que de celle proposée par Hayner. En effet, c'est une commission qui est née plusieurs générations après le déroulement des faits (les pensionnats autochtones) et elle vise une catégorie bien particulière d'individus (les anciens pensionnaires).

Quant à la deuxième question, l'hypothèse suivie fut la suivante : le Canada n'a pas exercé les garanties prévues par un État de droit en ayant recours à un mécanisme non judiciaire de justice transitionnelle. Ce constat soulève ainsi l'observation la plus ambitieuse du présent mémoire dans le sens où il semble qu'aucune référence en la matière ne s'est attardée sur cet aspect pourtant crucial pour le maintien du respect de la primauté du droit au Canada. En effet, éviter l'arbitraire gouvernemental constitue la raison d'être de tout État de droit, c'est d'ailleurs le premier principe énoncé par Dicey. Les tribunaux ordinaires incarnent alors le respect de la primauté du droit en permettant à tout citoyen de faire valoir ses droits face à une décision arbitraire du gouvernement. Si, dans un État de droit, les Cours de justice se trouvent

---

<sup>405</sup> M. FREEMAN, préc., note 155, p. 57.

dans l'impossibilité de faire leur travail, des questions concernant leur utilité peuvent alors se poser.

Nous avons vu que le Canada est doté d'un pouvoir judiciaire indépendant et impartial, d'un parlement représentant la population, d'une Constitution et d'une *Charte canadienne des droits et libertés*, soit autant de caractéristiques qui auraient très bien pu apporter des solutions adéquates permettant la réconciliation entre les Autochtones et non-autochtones.

L'Assemblée de Premières nations et les représentants des Inuits ont certainement adhéré à la *Convention de règlement* afin de trouver une issue plus rapide, sans compter les espoirs, souvent mal fondés, suscités par la réalisation des commissions de vérité. Exaltés par le succès de l'exemple sud-africain, les peuples autochtones ont sans doute aspiré à ce qu'un tel scénario se reproduise au Canada. Le gouvernement fédéral canadien aurait alors peut-être instrumentalisé ce concept.

On peut parler d'instrumentalisation du concept si l'on part du postulat que le gouvernement fédéral s'est servi de cet instrument pour éviter une décision de la Cour suprême qui se montre à l'avant-garde au niveau des droits autochtones comme nous l'avons vu avec les décisions *Haïda* et *Gladue*. En n'ayant pas recours aux tribunaux, on assiste au retour du débat « justice vs paix » cristallisant les débuts de la justice transitionnelle où on conceptualisait celle-ci comme moyen de contourner la justice rétributive. Il n'existe aucune complémentarité entre la CVR et les tribunaux au Canada si bien qu'il est légitime de se demander si la CVR canadienne est une commission de vérité digne de ce nom.

Lors de la création de la CVR, nombreux étaient les Canadiens qui n'étaient pas au courant de l'existence des pensionnats. Malgré ses recommandations timides si la CVR du Canada peut modifier les livres d'histoire et éduquer les Canadiens sur cette partie de leur héritage alors elle aura le mérite d'avoir réussi là où les autres comités avant elle ont échoué.

Les commissions de vérité n'ont qu'une trentaine d'années d'existence et constituent un outil prometteur dans le domaine de la justice transitionnelle pour les régimes sortant de violents conflits. Il est donc impératif de ne pas affaiblir cet instrument à l'aube de son développement en le laissant s'installer dans des démocraties bien établies où il n'a, a priori, pas sa place.

L'adoption d'une définition claire et précise traçant les contours de ce que doit être une commission de vérité est d'une importance cruciale à la survie de cet instrument.

La qualification juridique de ce concept permettrait à la fois aux démocraties émergentes de maximiser leurs chances de réussir leur transition et leur réconciliation en se fondant sur une doctrine homogène, et éviterait également aux démocraties bien établies de pouvoir instrumentaliser les commissions de vérité dans un but de se dérober des responsabilités leur incombant du fait de leur statut d'État de droit.

## Bibliographie

### Table de la législation

#### *Textes canadiens*

*Acte de Québec de 1774*, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.)

*Acte pour encourager la civilisation graduelle des Tribus Sauvages et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, 10 juin 1857, en ligne : <<http://www.uqac.ca/grh/wp-content/uploads/2012/07/ML-6038.pdf>>

*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, 22 juin 1869, en ligne : <[http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/a69c6\\_1100100010205\\_fra.pdf](http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/a69c6_1100100010205_fra.pdf)>

*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.)

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)

*Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3

*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5

*Proclamation Royale de 1763*, 7 octobre 1763, en ligne : <<http://www.jamessmithcreenation.com/downloads/ROYAL%20PROCLAMATION%201763.pdf>>

*Statut de Westminster de 1931*, 22 Geo. V, c. 4 (R.-U.)

#### *Textes sud-africains*

*Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993*, 22 décembre 1993, en ligne : <<http://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-act-200-1993>>

*Group Areas Act*, 24 juin 1950, en ligne : <<https://blogs.loc.gov/law/files/2014/01/Group-Areas-Act-1950.pdf>>

*Native Labour Regulation Act*, 1911, en ligne :  
<[http://www.historicalpapers.wits.ac.za/inventories/inv\\_pdfo/AD1137/AD1137-Cb1-5-2-001-jpeg.pdf](http://www.historicalpapers.wits.ac.za/inventories/inv_pdfo/AD1137/AD1137-Cb1-5-2-001-jpeg.pdf)>

*Population Registration Act*, 22 juin 1950, en ligne :  
<<http://www.disa.ukzn.ac.za/webpages/DC/leg19500707.028.020.030/leg19500707.028.020.030.pdf>>

*Prohibition of Mixed Marriages Act 55*, 1 juillet 1949, en ligne :  
<[http://psimg.jstor.org/fsi/img/pdf/t0/10.5555/al.sff.document.leg19490708.028.020.055\\_final.pdf](http://psimg.jstor.org/fsi/img/pdf/t0/10.5555/al.sff.document.leg19490708.028.020.055_final.pdf)>

*Promotion of Bantu Self-Government Act*, 19 juin 1959, en ligne :  
<[http://psimg.jstor.org/fsi/img/pdf/t0/10.5555/al.sff.document.leg19590619.028.020.046\\_final.pdf](http://psimg.jstor.org/fsi/img/pdf/t0/10.5555/al.sff.document.leg19590619.028.020.046_final.pdf)>

*Promotion of National Unity And Reconciliation Act 34*, 19 Juillet 1995, en ligne :  
<<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1995-034.pdf>>

*Republic of South Africa Constitution Act n° 32*, 24 avril 1961, en ligne :  
<[http://www.worldstatesmen.org/south\\_africa\\_const1961.pdf](http://www.worldstatesmen.org/south_africa_const1961.pdf)>

*Reservation of Separate Amenities Act*, 5 octobre 1953, en ligne :  
<<https://blogs.loc.gov/law/files/2015/11/Reservation-of-Separate-Amenities-Act-49-of-1953.pdf>>

*The Constitution of the Republic of South Africa*, 8 Mai 1996, en ligne :  
<<http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf>>

*Union of South Africa Act*, 20 septembre 1909, en ligne :  
<<http://www.sahistory.org.za/archive/union-south-africa-act-1909>>

#### *Textes français*

*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, 26 août 1789, en ligne :  
<<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-dy-Citoyen-de-1789>>

Code de procédure pénale

#### *Textes internationaux*

*Charte des Nations Unies (et Statut de la Cour internationale de justice)*, 26 juin 1945, C.N.U.I.O., vol. 15, p. 365, [1945], R.T.Can. n°7

*Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, en ligne :  
<<http://www.cidh.oas.org/basicos/french/c.convention.htm>>

*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, en ligne : <<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19840309/201502050000/0.105.pdf>>

*Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones*, 30 juin 2006, en ligne : <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_fr.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf)>

*Les Conventions de Genève du 12 août 1949*, en ligne : <[http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc\\_001\\_0173.pdf](http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0173.pdf)>

*Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, 8 juin 1977, en ligne : <[http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc\\_001\\_0321.pdf](http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0321.pdf)>

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, en ligne <[http://www.ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/unart17\\_fr.pdf](http://www.ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/unart17_fr.pdf)>

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, en ligne : <<http://www.treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20993/volume-993-1-14531-French.pdf>>

*Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. N.U. A/CONF.183/9 (17 juillet 1998), en ligne : <[http://legal.un.org/icc/statute/french/rome\\_statute\(f\).pdf](http://legal.un.org/icc/statute/french/rome_statute(f).pdf)>

## Table de la jurisprudence

### *Jurisprudence canadienne*

*Baxter et al. v. The Attorney General of Canada et al.*, [2006], O.J. No. 4968 (Ont. S.C.J.)

*Cloud et al. v. The Attorney General of Canada et al.*, [2003], O.J. No. 2698 (Ont. S.C.J.)

*Cloud et al. v. The Attorney General of Canada et al.*, [2004], O.J. No. 4924, (C.A.)

*Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158

*Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004], 3 R.C.S. 511

*Parsons v. Canadian Red Cross Society*, [1999], 40 C.P.C (4ed) 151 (Ont. C.J.)

*R. c. Gladue*, [1999], 1 R.C.S. 688

*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217

*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721

*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121

*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673

### *Jurisprudence sud-africaine*

*Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom and others*, n° CCT 11/00, jugement final, (4 octobre 2000), (Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud), en ligne : <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf>>

*R. v. Adams and others* 1959 (3) SA 753 (A)

*The African National Congress v. The Truth and Reconciliation Commission*, n° 1480/98, arrêt, (1998), (Cape of Good Hope Provincial Division)

*The State v. Basson*, n° CCT 30/03, jugement final, (9 septembre 2005), (Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud), en ligne : <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/10.pdf>>

*TRC v. Coleman and 36 others*, arrêt, (8 mai 1998), (Cape Town High Court)

### *Jurisprudence américaine*

*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)

### *Jurisprudence internationale*

*Velásquez Rodríguez c. Honduras*, jugement, 21 juillet 1989, (Cour interaméricaine des droits de l'homme), en ligne : <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_07\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_ing.pdf)>

## Table de la doctrine

### *Monographies et ouvrages collectifs*

ANNETT K., *Hidden From History. The Canadian Holocaust. The Untold Story of the Genocide of Aboriginal Peoples by Church and State in Canada*, Colombie-Britannique, The Truth Commission into Genocide in Canada, 2001, en ligne : <<http://canadiangenocide.nativeweb.org/genocide.pdf>>

BARAHONA DE BRITO A., C. GONZALÉZ-ENRÍQUEZ, et P. AGUILAR (dir.), *The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies*, New York, Oxford University Press, 2011

BERGER T. R., *Enquête sur le pipeline de la vallée du Mackenzie*, 1977, en ligne : <[http://www.pwnhc.ca/extras/berger/report/BergerV1\\_lettre\\_f.pdf](http://www.pwnhc.ca/extras/berger/report/BergerV1_lettre_f.pdf)>

BINDMAN G. et INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *South Africa: Human Rights and the Rule of Law*, Londres, Pinter, 1988



- BORAINÉ A., J. LEVY et R. SCHEFFER (dir.), *Dealing with the past: Truth and Reconciliation in South Africa*, 2<sup>e</sup> éd., Le Cap, IDASA, 1997
- BORER T. A., *The State of the Truth about the Truth of the State. An Overview of Lessons, Trends and Challenges in the Field of Truth Telling*, International Studies Association Annual Meeting, San Diego 2006, en ligne :  
<[http://www.citation.allacademic.com/meta/p\\_mla\\_apa\\_research\\_citation/0/9/8/7/3/pages98734/p98734-1.php](http://www.citation.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/0/9/8/7/3/pages98734/p98734-1.php)>
- BORROWS J., *Aboriginal Legal Issues. Cases, Materials & Commentary*, 4<sup>e</sup> éd., Markham, Lexis Nexis, 2012
- BRAHM E., *Getting to the Bottom of Truth. Examining Truth Commission Success and Impact*, Conférence International Studies Association Annual Meeting, Honolulu, 1-5 mars 2005, en ligne :  
<<http://center.theparentscircle.org/images/25239151e8cf4a29a2f3046308307f4a.pdf>>
- BRAHM E., *Truth Commissions, Beyond Intractability*, 2004, en ligne :  
<<http://www.beyondintractability.org/essay/truth-commissions>>
- BRUN H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008
- BRYCE P. H., *The Story of a National Crime. Being a Record of the Health Conditions of the Indians of Canada*, Ottawa, James Hope and Sons Limited, 1922
- CHAPMAN A.R. et H. VAN DER MERWE (dir.), *Truth and Reconciliation in South Africa: Did the TRC Deliver ?*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2008
- CHEVALLIER J., *L'État de droit*, coll. 5<sup>e</sup> éd., « Clefs Politique », Paris, Montchrestien, 2010
- COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES, *L'apartheid en Afrique du Sud et dans le Sud-Ouest Africain*, Genève, 1967
- DE VATTEL E., *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, coll. « The Classics of international law », Washington, Carnegie Institute of Washington, 1916
- DICEY A. V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10<sup>e</sup> éd., coll. « Papermac », Londres, Macmillan, 1967
- DIXON B. et E. VAN DER SPUY, *Justice Gained ? Crime and Crime Control in South Africa's Transition*, Le Cap, University of Cape Town Press, 2004
- DU BOIS F. et A. DU BOIS-PEDAIN (dir.), *Justice and Reconciliation in Post-Apartheid South Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008
- DUGARD J., *Human Rights and the South African Legal Order*, Princeton, Princeton University Press, 1978

- FREEMAN M., *Truth Commissions and Procedural Fairness*, New York, Cambridge University Press, 2006
- GILBERT J., *Indigenous Peoples' Land Rights Under International Law: From Victims to Actors*, Ardsley New York, Transnational Publishers, 2006
- GONZÁLEZ E. et H. VARNEY, *Recherche de la vérité. Éléments pour la création d'une commission de vérité efficace*, Brasilia, Ministère de la Justice du Brésil, 2013, en ligne : <http://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeking-2013-French-TEMP.pdf>
- GUTHREY H. L., *Victim Healing and Truth Commissions. Transforming Pain Through Voice in the Solomon Islands and Timor-Leste*, v. 11, coll. « Springer Series in Transitional Justice », Cham, Springer, 2015
- HAMBER B., *Transforming Societies After Political Violence. Truth, Reconciliation and Mental Health*, coll. « Peace psychology book series », Dordrecht, Springer 2009
- HAYNER P.B., *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Routledge, 2011
- HOGG P.W., *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1998
- HUTCHINSON A. et P. MONAHAN (dir.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology ?*, Toronto, Carswell, 1987
- JEONG H-W., *Peacebuilding in Postconflict Societies. Strategy and Process*, Boulder, L. Rienner Pub., 2005
- JOFFE J., *The State v. Nelson Mandela. The Trial that Changed South Africa*, Oxford, Oneworld Book, 2007
- JOVANOVIĆ S., *The Greensboro Truth and Community Reconciliation Project: Communication for Community Change or Communication for Reconciliation: Grassroots Work for Community Change*, Greensboro, 2006, en ligne : <http://www2.clarku.edu/peacepsychology/Jovanovic.pdf>
- JUNG C., *Transitional Justice for Indigenous People in a Non-Transitional Society*, International Center for Transitional Justice, 2009, en ligne : [http://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Identities\)NonTransitionalSocieties-ResearchBrief-2009-English.pdf](http://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Identities)NonTransitionalSocieties-ResearchBrief-2009-English.pdf)
- KRISTJANSDOTTIR E., A. NOLLKAEMPER et C. RYNGAERT (dir.), *International Law in Domestic Courts: Rule of Law Reform in Post-Conflict States*, coll. « Series on Transitional Justice », vol. 9, Cambridge, Intersentia, 2012
- KROG A., *Country of my Skull. Guilt, Sorrow, and the Limits of Forgiveness in the New South Africa*, New York, Three Rivers Press, 1998
- LABELLE M., R. ANTONIUS et G. LEROUX (dir.), *Le devoir de mémoire et les politiques du pardon*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005

LANE P., *Mapping the Healing Journey. The Final Report of a First Nation Research Project on Healing in Canadian Aboriginal Communities*, coll. « Collection sur les autochtones », Ottawa, Solliciteur général Canada, 2002

LEMAN-LANGLOIS S., *Réconciliation et justice*, Outremont, Athéna éditions, 2008

LENOIRE N., *Le nouvel ordre constitutionnel en Afrique du Sud*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 1, décembre 1996, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-52895.pdf>>

MANDELA N., *Long Walk to Freedom. The Autobiography of Nelson Mandela*, Boston, Little Brown, 1995

MILLER J. R., *Shingwauk's Vision. A History of Native Residential Schools*, Toronto, University of Toronto Press, 1996

MILLOY J. S., *A National Crime. The Canadian Government and the Residential School System 1879 to 1986*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 1999

MORIN R., *La Cour suprême du Canada et la cause autochtone. L'histoire au banc des accusés*, en ligne : <<http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/el/96/lacoursupremeducanadaetlacauseautochtone.pdf>>

NIEZEN R., *Truth and Indignation. Canada's Truth and Reconciliation Commission on Indian Residential Schools*, coll. « Teaching culture. UTP ethnographies for the classroom », Toronto, University of Toronto Press, 2013

OTTAWA G., *Les pensionnats indiens au Québec : Un double regard*, Québec, Les éditions Cornac, 2010

ÖZGÜR Ö. A., *Apartheid, the United Nations and Peaceful Change in South Africa*, Dobbs Ferry New York, Transnational Publishers, 1982

PALOMBELLA G. et N. WALKER, *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Hart, 2009

POTTER N.N. (dir.), *Trauma, Truth and Reconciliation: Healing Damaged Relationships*, Oxford, Oxford University Press, 2006

P.R.E. Group, Indian and Northern Affairs, *The Historical Development of the Indian Act*, Treaties and Historical Research Centre, Août 1978, en ligne : <[http://www.kitselas.com/images/uploads/docs/The\\_Historical\\_Development\\_of\\_the\\_Indian\\_Act\\_Aug\\_1978.pdf](http://www.kitselas.com/images/uploads/docs/The_Historical_Development_of_the_Indian_Act_Aug_1978.pdf)>

RICHARDSON B. J., S. IMAI et K. MCNEIL, *Indigenous Peoples and the Law. Comparative and Critical Perspectives*, coll. « Osgood readers », Oxford, Hart Publishing, 2009

ROTMAN L.I, B.P. ELMAN et G.L. GALL, *Constitutional Law. Cases, Commentary and Principles*, Toronto, Thomson, 2008

- ROUSSILLON H. (dir.), *Les nouvelles constitutions africaines. La transition démocratique*, 2<sup>e</sup> éd., Toulouse, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1995
- ROSS F. C., *Bearing Witness. Women and the Truth and Reconciliation Commission in South Africa*, coll. « Anthropology, culture and society », Londres, Pluto Press, 2003
- SACHS A., *Justice in South Africa*, « The Columbus Centre series », Londres, Heinemann for Sussex University Press, 1973
- SACHS A., *The Strange Alchemy of Life and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009
- SANDERS M., *Ambiguities of witnessing. Law and Literature in the Time of a Truth Commission*, Californie, Stanford University Press, 2007
- SCHREINER O. D., *The Contribution of English Law to South African Law: And the Rule of Law in South Africa*, « The Hamlyn lectures », Londres, Stevens, 1967
- TAMANAH B., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004
- TERREBLANCHE S. J., *A History of Inequality in South Africa, 1652-2002*, Pietermaritzburg, University of Natal Press, 2002
- TREMBLAY A., *Précis de droit constitutionnel*, Montréal, Les éditions Thémis, 1982
- TREMBLAY L.B., *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University, 1997
- TRUDEL P., J. BOUCHER, R. PIOTTE et J.-M. BRISSON, *Le droit à l'information. Émergence, reconnaissance, mise en œuvre*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981
- TURGIS N., *La justice transitionnelle en droit international*, coll. « StradaLex organisation internationale et relations internationales », Bruxelles, Bruylant, 2014
- TUTU D., *No Future Without Forgiveness*, New York, Doubleday, 2000
- VALOIS M., *L'indépendance judiciaire. La justice entre droit et gouvernement*, Montréal, Éditions Thémis, 2011
- VOLTAIRE, *Lettres philosophiques*, coll. « Bibliothèque du XVIIIe siècle », Paris, Éditions Classiques Garnier, 2010
- WIEBELHAUS-BRAHM E., *Truth Commissions and Transitional Societies: The Impact on Human Rights and Democracy*, Londres, Routledge, 2010
- WOLPE H., *Race, Class and the Apartheid State*, coll. « Apartheid & Society », Londres, Currey, 1988
- WOOLFORD A., J. BENVENUTO et A. LABAN HINTON (dir.), *Colonial Genocide in Indigenous North America*, Durham, Duke University Press, 2014

YOUNGING G., J. DEWAR et M. DEGAGNÉ, *Réponse, responsabilité et renouveau. Cheminement du Canada vers la vérité et la réconciliation*, coll. « Recherche de la Fondation autochtone de guérison », Ottawa, Fondation autochtone de guérison, 2009

YOUSSEF N., *La transition démocratique et la garantie des droits fondamentaux*, Coll. « Droit et Science politiques », Paris, Éditions Publibook, 2001

YUSUF H. O., *Transitional Justice, Judicial Accountability and the Rule of Law*, coll. « Transitional Justice », Abingdon, Routledge, 2010

*Articles de revue et études d'ouvrages collectifs*

ARTHUR P., « How « Transitions » Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice », (2009) 31 *Human Rights Quarterly*

BRAHM E., « What is a Truth Commission and Why Does it Matter? », (2009) 3-2 *Peace and Conflict Review*, en ligne :  
<<http://www.review.upeace.org/pdf.cfm?articulo=83&ejemplar=17>>

CARTIER G., « L'héritage de l'affaire Roncarelli c. Duplessis 1959-2009 », (2010) 55-3 *Revue de droit de McGill*

CHATZISTAVROU F., « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », (2005) *Le portique. Revue de philosophie et de sciences humaines* 15, en ligne :  
<<https://leportique.revues.org/591>>

CRAIG P.P., « Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework » (1997) *Public Law* 467

GARKAWZ S., « The South African Truth and Reconciliation Commission. A suitable Model to Enhance the Role and Rights of the Victims of Gross Violations of Human Rights? », (2003) 27-2 *Melbourne University Law Review* 334

HUGHES J., « Instructive Past: Lessons from the Royal Commission on Aboriginal Peoples for the Canadian Truth and Reconciliation Commission on Indian Residential Schools », (2012) 27-1 *Revue Canadienne Droit et Société* 101, en ligne :  
<<http://www.ssrn.com/abstract=2231936>>

JAMES M., « A Carnival of Truth? Knowledge, Ignorance and the Canadian Truth and Reconciliation Commission », (2012) 1-23 *International Journal of Transitional Justice* 1, en ligne : <<http://www.uvic.ca/socialsciences/politicalscience/assets/docs/faculty/james/james-carnival-of-truth.pdf>>

LEMAN-LANGLOIS S. et C. SHEARING, « Transition, Forgiveness and Citizenship: The TRC and the Social Construction of Forgiveness », dans François DU BOIS et Antje DU

BOIS-PEDAIN (dir.), *Justice and Reconciliation in Post-Apartheid South Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 206

MCGREGOR L., « Individual Accountability in South Africa: Cultural Optimum or Political Facade ? », (2001) 95-1 *American Journal of Law* 32

MURPHY C., « Political Reconciliation, the Rule of Law, and Genocide », (2007) 12-7 *European Legacy* 853

NAGY R. L., « The Scope and Bounds of Transitional Justice and the Canadian Truth and Reconciliation Commission », (2012) 1-22 *International Journal of Transitional Justice* 1, en ligne : <<http://www.ijtj.oxfordjournals.org/content/early/2012/12/18/ijti.ijts034.full.pdf+html>>

OLSEN T. D., L.A. PAYNE, A.G. REITER et E.W. BRAHM, « When Truth Commissions Improve Human Rights », (2010) 4 *International Journal of Transitional Justice* 457, en ligne : <[http://www.operationspaix.net/DATA/DOCUMENT/4431~v~When\\_Truth\\_Commissions\\_Improve\\_Human\\_Rights.pdf](http://www.operationspaix.net/DATA/DOCUMENT/4431~v~When_Truth_Commissions_Improve_Human_Rights.pdf)>

PATZER J., « Residential School Harm and Colonial Dispossession: What's the Connection? », dans Adrew WOOLFORD, Jeff BENVENUTO et Alexander LABAN HINTON (dir.), *Colonial Genocide in Indigenous America*, Durham, Duke University Press, 2014, p. 166

PINARD D., « Certaines utilisations de principes constitutionnels implicites par la Cour suprême du Canada », (2007) 55 *JöR* 625, en ligne : <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/13364/Certaines%20utilisations%20de%20principes%20constitutionnels%20implicites%20par%20la%20Cour%20supr%C3%AAme%20du%20Canada.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

ROZENBERG D., « Le « pacte d'oubli » de la transition démocratique en Espagne. Retours sur un choix politique controversé », (2006) 74 *Politix Revue des Sciences Sociales du Politique* 173, en ligne : <<http://www.cairn.info/revue-politix-2006-2-page-173.htm>>

SCHMID E., « Thickening the Rule of Law in Transition: The Constitutional Entrenchment of Economic and Social Rights in South Africa », dans Edda KRISTJANSDOTTIR, Andre NOLLKAEMPER et Cedric RYNGAERT (dir.), *International Law in Domestic Courts : Rule of Law Reform in Post-Conflict States*, coll. « Series on Transitional Justice », vol. 9, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 59

STANTON K., « Canada's Truth and Reconciliation Commission: Settling the Past ? », (2011) 2-3 *International Indigenous Policy Journal* 1, en ligne : <<http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=iipj>>

TEITEL R. G., « Transitional Justice in a New Era », (2002), 26-4 *Fordham International Law Journal*

TEPPERMAN J.D., « Truth and Consequences », *Foreign Affairs*, en ligne : <<https://www.foreignaffairs.com/articles/2002-03-01/truth-and-consequences>>

TREMBLAY L.B., « Marbury v. Madison and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice », (2004) 36 *George Washington International Law Review* 515

### *Mémoire de maîtrise*

COURTEMANCHE O., *Les principes constitutionnels implicites. Étude jurisprudentielle de leur nature, de leur rôle et de leur autorité*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2008

### *Conférences*

BINNIE I., *Charles Gonthier and the Unwritten Principles of the Canadian Constitution*, Responsabilité, fraternité et développement durable en droit : une conférence en mémoire de l'honorable Charles D. Gonthier, Faculté de droit, Université McGill, Montréal, 2011, en ligne : <[http://cisdl.org/gonthier/public/pdfs/papers/Confrence\\_Charles\\_D\\_Gonthier\\_-\\_Ian\\_Binnie.pdf](http://cisdl.org/gonthier/public/pdfs/papers/Confrence_Charles_D_Gonthier_-_Ian_Binnie.pdf)>

MCLAREN J., *The Rule of Law in British Colonial Societies in the 19th Century. Gaseous Rhetoric or Guiding Principle?*, Colloque « The Transposition of Empire. Historiographic Approaches to the Translation of Juridical and Political Thought in Colonial Contexts », Monash Centre, Prato, Italie, 20-22 Avril 2009, en ligne : <<http://www.ched.uq.edu.au/Transitions/McLaren.PratoPaper.pdf>>

MOTTET C. et C. POUT, *La justice transitionnelle. Une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable*, Conférence « La justice transitionnelle. Une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable », Yaoundé, Cameroun, 2009, en ligne : <<http://www.ohchr.org/Documents/Countries/Africa/ActesConf2JusticeTransit.pdf>>

### *Documents gouvernementaux*

AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD CANADA, *Présentation d'excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens*, Ottawa, 11 juin 2008, en ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100015644/1100100015649>>

*Annexe N*, en ligne :

<[http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/pdfs/SCHEDULE\\_N\\_FR.pdf](http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/pdfs/SCHEDULE_N_FR.pdf)>

COMITÉ SPÉCIAL SUR L'AUTONOMIE POLITIQUE DES INDIENS, *Indian Self-Government in Canada. Report of the Special Committee*, Ottawa, Chambre des Communes, 1983, en ligne : <<http://www.caidd.ca/PennerRep1983.pdf>>

COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La dignité retrouvée. La réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens. Sommaire*, Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2000, en ligne :

<[http://www.publications.gc.ca/collections/collection\\_2008/lcc-cdc/JL2-7\\_2000-1F.pdf](http://www.publications.gc.ca/collections/collection_2008/lcc-cdc/JL2-7_2000-1F.pdf)>

COMMISSION HAWTHORN-TREMBLAY, *A Survey of the Contemporary Indians of Canada. Economic, Political, Educational Needs and Policies*, Ottawa, Département des Affaires indiennes, 1967, en ligne : <[http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/ai-arp-ls-pubs-sci3\\_1326997109567](http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/ai-arp-ls-pubs-sci3_1326997109567)>

COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *À l'aube d'un rapprochement. Points saillants du Rapport de la Commission Royale sur les Peuples Autochtones*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1996

COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. L'histoire, partie 1 des origines à 1939. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Volume 1*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_1\\_History\\_Part\\_1\\_Web.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_1_History_Part_1_Web.pdf)>

COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. L'histoire, partie 2 de 1939 à 2000. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Volume 1*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_1\\_History\\_Part\\_2\\_Web.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_1_History_Part_2_Web.pdf)>

COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. L'expérience inuite et nordique. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Volume 2*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_2\\_Inuit\\_Web.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_2_Inuit_Web.pdf)>

COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. L'expérience métisse. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Volume 3*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_3\\_Métis\\_Web.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_3_Métis_Web.pdf)>

COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. Enfants disparus et lieux de sépulture non marqués. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation. Volume 4*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_4\\_Missing\\_Children\\_Web.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_4_Missing_Children_Web.pdf)>

COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. Les séquelles. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Volume 5*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_5\\_Legacy\\_Web\\_REVISSED.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_5_Legacy_Web_REVISSED.pdf)>

COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Pensionnats du Canada. La réconciliation. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada. Volume 6*, en ligne : <[http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French\\_Volume\\_6\\_Reconciliation\\_Web\\_Revised.pdf](http://www.nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/French_Volume_6_Reconciliation_Web_Revised.pdf)>



COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Appels à l'action*, Winnipeg, 2012, en ligne :  
<[http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Calls\\_to\\_Action\\_French.pdf](http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Calls_to_Action_French.pdf)>

COMMISSION DE VÉRITÉ et RÉCONCILIATION DU CANADA, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir. Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015, en ligne :  
<[http://www/trc.ca/websites/trcinstitution/File/French\\_Exec\\_Summary\\_wec\\_revised.pdf](http://www/trc.ca/websites/trcinstitution/File/French_Exec_Summary_wec_revised.pdf)>

*Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*, 8 mai 2006, en ligne :  
<<http://www.residentialschoolsettlement.ca/french/IRS%20Settlement%20Agreement%20-%20FRENCH%20VERSION.pdf>>

GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, *Les femmes autochtones disparues et assassinées : Un aperçu opérationnel national*, 2015, en ligne : <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/pubs/mmaw-faapd-fra.pdf>>

GROUPE D'ÉTUDE DE LA POLITIQUE DES REVENDICATIONS GLOBALES, *Traités en vigueur. Ententes durables. Rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1985

TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume One. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 1998, en ligne :  
<<http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%201.pdf>>

TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume Two. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 1998, en ligne :  
<<http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%202.pdf>>

TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume six, section five, chapter one. Findings and Recommendations. The Legal Framework Within Which the Commission Made Findings in the Context of International Law*, 1998, en ligne :  
<[http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/vol6\\_s5.pdf](http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/vol6_s5.pdf)>

TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume six, section one, chapter one. Report of the Amnesty Committee. The Legal Basis of the Amnesty Process*, 1998, en ligne : <[http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/vol6\\_s1.pdf](http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/vol6_s1.pdf)>

TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume three. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 1998, en ligne :  
<<http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%203.pdf>>

TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume four. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 1998, en ligne :  
<<http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%204.pdf>>

TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume five. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 1998, en ligne :  
<<http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume5.pdf>>

TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume six. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 2003, en ligne :  
<<http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/vol6.pdf>>

TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Volume seven. Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Report*, 2002, en ligne :  
<[http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/victims\\_main\\_vol7.pdf](http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/victims_main_vol7.pdf)>

### *Documents des Nations Unies*

#### *Résolutions*

Assemblée Générale, *Politique d'apartheid du Gouvernement sud-africain*, Rés. 2775, Doc. N.U. A/RES/2775(XXVI) (29 novembre 1971), par. E, en ligne :  
<[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2775\(XXVI\)&Lang=>](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2775(XXVI)&Lang=>)

Assemblée Générale, *Politique d'apartheid du Gouvernement sud-africain*, Rés. 3411, Doc. N.U. A/RES/3411(XXX), (28 novembre 1975), en ligne :  
<[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/3411\(XXX\)&Lang=F>](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3411(XXX)&Lang=F>)

Assemblée Générale, *Pouvoirs des représentants à la vingt-neuvième session de l'Assemblée générale*, Rés. 3206, Doc. N.U. A/RES/3206 (XXIX) (30 septembre 1974), en ligne :  
<[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/3206\(XXIX\)&Lang=>](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3206(XXIX)&Lang=>)

#### *Rapports*

Conseil économique et social, *Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme pour la lutte contre l'impunité*, Doc.N.U. E/CN.4/2005/102/Add.1 (8 février 2005), en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/01/PDF/G0510901.pdf?OpenElement>>

Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit. Les commissions de vérité*, New York, 2006, p. 3, en ligne :  
<<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionsfr.pdf>>

Secrétaire Général, *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Doc. N.U. S/2004/616 (23 août 2004), paragraphe 8, en ligne : <<http://www.ipu.org/splz-f/unga07/law.pdf>>

#### *Rapport d'Amnistie Internationale*

AMNISTIE INTERNATIONALE, « Les peuples Autochtones. Droit des peuples autochtones », 2010, en ligne,  
<<http://www.amnistie.ca/sites/default/files/upload/documents/dossiers/autochtone.pdf>>

*Autres*

CONGRESS OF THE PEOPLE, *The Freedom Charter*, Kliptown, 26 juin 1955, en ligne :  
<<http://www.anc.org.za/show.php?id=72>>

Sites internet

Commission de vérité et réconciliation du Canada :  
<<http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=15>>

Fondation Autochtone de l'espoir : <<http://fondationautochtonedeleespoir.ca>>

The International Centre for Transitional Justice : <<https://www.ictj.org>>

TRIAL : <<http://www.trial-ch.org>>

South African Truth and Reconciliation Commission : <<http://www.justice.gov.za/trc/>>

