

**CONSTATATIONS ADOPTÉES DANS L’AFFAIRE MCIVOR C. CANADA
PAR LE COMITÉ DES DROITS DE L’HOMME : UN VOYAGE DANS LE
TEMPS POUR CORRIGER LES ERREURS DU PASSÉ**

Başak ETKİN

*Doctorante rattachée au Centre de recherche des droits de l’Homme
A.T.E.R. à l’Université Paris 2 Panthéon Assas*

Pour citer cet article :

Başak ETKİN, « Constatations adoptées dans l’affaire *McIvor c. Canada* par le comité des droits de l’homme : un voyage dans le temps pour corriger les erreurs du passé », *Droits Fondamentaux*, n° 17, janvier 2019 – décembre 2019, 10 p.

**Constatations adoptées dans l'affaire *McIvor c. Canada* par
le comité des droits de l'homme : un voyage dans le
temps pour corriger les erreurs du passé**

Résumé

Cette note explore l'extension des obligations internationales dans le temps et l'égalité des sexes comme condition de la protection des droits des autochtones à l'occasion des constatations adoptées par le Comité des droits de l'Homme.

This note explores the extension of international obligations in time and the equality of sexes as a condition of the protection of indigenous peoples' right upon the view adopted by the Human Rights Committee.

Les constatations rendues par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire *McIvor c. Canada*¹ permettent un voyage dans le temps, d'abord par la reprise de l'affaire *Lovelace c. Canada*², ainsi que par la solution réparant indirectement les effets d'un fait antérieur à l'entrée en vigueur du Pacte. Elles font écho à l'actualité saillante relative à la condition des femmes amérindiennes au Canada,

¹ Comité des droits de l'Homme, *McIvor c. Canada*, communication n° 2020/2010, constatations adoptées le 1^{er} novembre 2018. Au moment où nous écrivons ces lignes, la décision n'a pas encore fait l'objet d'une traduction en français et les extraits seront donc cités en anglais.

² Comité des droits de l'Homme, *Lovelace c. Canada*, communication n° 24/1977, constatations adoptées le 30 juillet 1981.

puisqu'a été publié, le 3 juin 2019, le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées³.

Après une étude des faits de l'affaire et de la jurisprudence antérieure sur les droits des peuples autochtones du Canada sera analysée la motivation de la décision du Comité à la fois sur la recevabilité et sur le fond.

I. La protection des droits des femmes amérindiennes au Canada : retour sur une injustice historique

A. Les faits de l'affaire

Les auteurs de la communication, Sharon McIvor et son fils Jacob Grismer, sont les descendants de Mary Tom, une femme amérindienne⁴. La fille de Mary Tom, Susan Blankinship, dont le père n'appartenait pas à une Première nation, est la mère de Sharon McIvor. Susan Blankinship n'était pas enregistrée comme indienne et sa fille, Sharon McIvor se croyait non-éligible au statut au vu de la règle de transmission patrilinéaire. Elle s'est mariée en 1970 avec un homme qui n'était pas amérindien et a eu un enfant, Jacob Grismer en 1971.

Jusqu'en 1985, les femmes amérindiennes perdaient leur statut d'indienne au moment de leur mariage avec un homme qui n'était pas d'une Première nation. Avec l'entrée en vigueur du projet de loi C-31 amendant la loi sur les Indiens⁵, Sharon McIvor a introduit une demande pour elle-même et pour ses enfants afin d'être inscrits sur les registres. La jugeant éligible avant son mariage (puisque son père n'avait jamais été officiellement déclaré comme non-indien par le registraire) et lui faisant perdre ce droit en 1970 au moment de son mariage, les autorités n'ont enregistré Sharon McIvor que

³ Pour le rapport complet, voir le site internet de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées (ENFFADA) : <https://www.mmiwg-ffada.ca/fr/>

⁴ Dans l'intérêt de faciliter la lecture, une précision s'impose. Les mots les « amérindiens » et les « Premières nations » sont interchangeables, mais les « autochtones » (ou « Premiers peuples ») couvrent les amérindiens, les Inuits et les Métis. Désuet dans la langue quotidienne, le mot « indien » ne sera utilisé que relativement à la loi sur les Indiens et au statut qu'elle confère ; Canada, *Loi sur les Indiens* (Lois révisées du Canada (1985), ch. I-5).

⁵ Projet de loi C-31, aujourd'hui consolidé ; Canada, *Loi sur les Indiens* (Lois révisées du Canada (1985), précité).

sous la section 6(1)(c) rétablissant le statut des femmes ayant épousé un homme qui n'est pas d'origine amérindienne alors que son frère a été enregistré sous la section 6(1)(a) confirmant ceux qui étaient inscrits ou avaient le droit de l'être avant 1985. A cause de l'enregistrement de sa mère sous cette section, Jacob Grismer avait un statut qui ne lui permettait pas de le transmettre à ses enfants.

B. Affaire Lovelace, le non-dit

Les changements susmentionnés dans la législation canadienne de 1985 sont intervenus à la suite de la constatation par le Comité des droits de l'Homme de violations dans l'affaire *Lovelace c. Canada*⁶ en 1981, près de quarante ans avant l'affaire *McIvor*. Cette affaire phare du Comité était le premier différend international concernant les droits des autochtones.

Sandra Lovelace, une femme amérindienne Malécite, avait perdu son statut d'indienne à la suite de son mariage en 1970 avec un homme qui n'était pas d'une Première nation. Après la dissolution du mariage, Mme Lovelace souhaitait retourner vivre à la réserve Tobique, où elle habitait avec sa famille avant de se marier. Cependant, puisqu'elle n'était plus une indienne enregistrée, elle n'avait plus le droit d'y résider et ne pouvait y rester à l'époque que grâce à la protection de certains membres dissidents de la communauté.

Au vu des faits, le comité a décidé qu'il y avait violation de l'article 27 du Pacte, protégeant les droits des personnes appartenant à des minorités, entre autres ethniques, d'avoir leur propre vie culturelle en commun avec les autres membres de leur groupe. Même si Mme Lovelace avait perdu son statut avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif, le Comité a conclu que les effets de la perte de bénéfices culturels à la vie dans la réserve se poursuivaient après l'entrée en vigueur du traité et pouvaient donc rentrer dans la compétence du Comité⁷, qui a pourtant décidé de ne pas étudier l'affaire sous les articles 2, 3 et 26 concernant l'existence d'une discrimination entre les hommes et les femmes. A l'époque, un des membres du Comité, le diplomate

⁶ Comité des droits de l'Homme, *Lovelace c. Canada*, précité.

⁷ Comité des droits de l'Homme, *Lovelace c. Canada*, précité, paras 7.3, 10-11.

tunisien Néjib Bouziri, a déploré ce positionnement faisant fi de la discrimination basée sur le sexe dans une opinion individuelle soulignant la gravité des dommages causés par une telle différence de traitement.

Grâce à cette affaire, la loi sur les Indiens a été amendée en 1985 pour éliminer la discrimination basée sur le sexe, rétablissant le statut de, entre autres, toutes les femmes l'ayant perdu par mariage avec un homme qui n'était pas amérindien. Néanmoins, cet amendement ne palliait pas certains aspects discriminatoires, comme la disparité entre ceux qui se sont vu confirmer le statut en 1985 et ceux qui l'ont vu rétablir, ce qui s'est reflété dans la jurisprudence interne canadienne des années suivantes⁸ et qui a donné naissance à l'affaire *McIvor*.

II. Le contrôle du Comité, sommaire sur la recevabilité au profit du fond

A. L'examen hâtif de la compétence *ratione temporis*

L'application des traités dans le temps, souvent étudiée brièvement, n'est pas l'un des éléments qui posent de sérieux problèmes dans la vérification de la compétence des juridictions internationales⁹, le caractère non-juridictionnel du Comité n'empêchant pas une analogie entre celui-ci et ces dernières. En effet, le Comité étudie sa compétence *ratione temporis* de la même manière que les tribunaux internationaux.

En l'espèce, pour arguer l'incompétence du Comité, le Canada soutenait que la demande était basée sur une discrimination historique des femmes des Premières nations, à laquelle ont en partie remédié les amendements de 1985 et de 2011. Tous les faits, principalement le mariage

⁸ *R. c. Powley*, [2003] 2 RCS 207, 2003 CSC 43; *Sawridge Band c. Canada*, [2006] CAF 228 ; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] 1 RCS 99, 2016 CSC 12.

⁹ Il convient toutefois de préciser qu'il s'agit d'une question fréquemment examinée dans les affaires concernant les disparitions forcées, comme dans l'affaire *Varnava* (Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, *Varnava et a. c. Turquie*, requêtes n° 16064/90 et a., 18 septembre 2009, paras. 93-107 et 130-150) ou *Blake* (Cour interaméricaine des droits de l'Homme, *Blake c. Guatemala*, objections préliminaires, série C n° 27, 2 juillet 1996) ou encore concernant les crimes du passé comme dans « l'affaire Katyn », voir *infra*.

de Sharon McIvor avec un homme qui n'était pas d'origine amérindienne en 1970, étaient antérieurs à l'entrée en vigueur du Protocole additionnel pour le Canada, le 19 août 1976. De l'autre côté, pour les auteurs, la violation était issue du régime d'enregistrement post-1985 qui avait incorporé et perpétué la discrimination de l'ancien système. Sur ce point, le Comité donne raison aux auteurs de la communication : « *the essence of their complaint lies in the alleged discrimination inherent to the eligibility criteria in s. 6 of the Indian Act, as amended in 1985, and later in 2011 and 2017, which occurred after the entry into force of the relevant instruments for the State party* »¹⁰.

Il est effectivement possible de considérer que la violation trouve sa source dans la législation de 1985, mais pour écarter l'argument canadien le Comité passe à côté de l'origine indéniable de l'atteinte en question, le non-octroi du statut d'indien aux enfants de Mary Tom, femme amérindienne enregistrée comme telle. Cet aspect des faits est identique à l'affaire *Lovelace*. Se pose donc la question de savoir pourquoi le Comité a choisi de taire ce sujet. Il semble qu'il s'agit d'un examen rapide au bénéfice du fond, afin de pouvoir aboutir à une solution prédéfinie. Nous tâcherons d'explicitier le raisonnement juridique sous-jacent.

La non-rétroactivité des traités est prévue à l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969¹¹. La jurisprudence de la Cour internationale de justice confirme la non-rétroactivité comme principe et l'exception expressément prévue de rétroactivité¹². De son côté, la Commission du droit international dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001 a envisagé un article 14 sur l'extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale¹³. Les commentaires qui y sont relatifs apportent des

¹⁰ Comité des droits de l'Homme, *McIvor c. Canada*, *op. cit.*, para 6.3.

¹¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, article 28.

¹² Cour permanente de justice internationale, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt (exceptions d'incompétence), 30 août 1924, série A, n° 2, p. 34 ; Cour internationale de justice, *Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, arrêt (exceptions préliminaires), 1^{er} juillet 1952, CIJ Rec. 1952, p. 40.

¹³ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, reproduit dans *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II(2), p. 146, l'article 14. L'article est formulé comme suit :
« 1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.

éclaircissements sur certains aspects. N'est plus continu le fait qui a cessé au moment où l'affaire est considérée même si ses effets perdurent¹⁴, et un fait n'est pas forcément continu juste parce que ses effets s'étendent dans le temps¹⁵. Cela pourrait semer le doute quant à l'affaire étudiée. Pourtant, le maintien en vigueur de dispositions législatives incompatibles avec les obligations internationales est donné comme exemple d'un fait illicite continu¹⁶. Dès lors, les faits de l'espèce peuvent être qualifiés comme tel. Les commentaires de l'article 14 confirment cette analyse :

« Le Comité des droits de l'homme a lui aussi repris à son compte l'idée de faits illicites continus. Ainsi, dans l'affaire *Lovelace c. Canada*, il s'est estimé compétent pour examiner les effets continus, pour l'auteur de la communication, de la perte de son statut d'Indienne, alors même que la perte s'était produite au moment de son mariage en 1970, et que le Canada n'avait accepté la compétence du Comité qu'en 1976. [...] Il a estimé que l'effet continu de la législation canadienne, interdisant à Mme Lovelace d'exercer ses droits en tant que membre d'une minorité, était suffisant pour constituer une violation de l'article 27 du Pacte postérieurement à cette date. La notion de violation continue avait ici un rapport non seulement avec l'établissement de la compétence du Comité mais aussi avec le choix de l'article 27 comme la disposition du Pacte la plus directement pertinente relativement aux faits considérés »¹⁷.

Donc, l'entrée en vigueur du Pacte et de son Protocole facultatif après les faits qui se trouvent à la source de la violation ne soulève pas de difficulté puisqu' « un comportement qui a commencé à un moment donné dans le passé et qui constituait (ou, si la règle primaire pertinente avait été en vigueur

2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.

3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné se produit au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation. »

¹⁴ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, précité, p. 148, para. 5 du commentaire de l'article 14.

¹⁵ *Ibid.*, p. 148, para. 6.

¹⁶ *Ibid.*, p. 147, para 3.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 150-151, para 11.

pour l'État à l'époque, aurait constitué) une violation à cette date, peut se poursuivre et donner naissance à un fait illicite continu dans le présent »¹⁸.

Selon le Canada, « *what the authors seek would potentially involve descendants of many generations removed from the female ancestor who initially suffered discrimination based on sex. The State party is not obligated, under the Covenant, to rectify discriminatory acts that pre-dated the coming into force of the Covenant* »¹⁹. Toutefois, l'existence d'un projet de loi qui vise à ce que « *all persons in the maternal line will be entitled to the same status as persons in the paternal line* »²⁰ pourrait presque être assimilée à un aveu de culpabilité de la part de l'Etat.

Un autre point intéressant à relever est que le Canada soutient que « *discrimination based on matrilineal descent may not constitute sex discrimination if there are multiple generations involved* »²¹. Similairement, dans l'affaire *Perinçek c. Suisse*²², le laps de temps écoulé depuis le génocide arménien avait été déterminant dans l'étude de la violation. En effet, la Cour avait jugé que « autant un événement relativement récent peut être traumatisant au point de justifier, pendant un certain temps, que l'on contrôle davantage l'expression de propos à son sujet, autant la nécessité d'une telle mesure diminue forcément au fil du temps »²³. Il est donc envisageable qu'un droit perde de sa substance avec le temps. Sans entrer dans une étude approfondie de l'affaire *Perinçek*, il s'impose de poser la question suivante : au bout de combien de générations s'éteint la violation ? Quels critères entrent en jeu dans l'appréciation de l'intensité de la violation ?²⁴

In fine, il semble que le Canada avançait un argument temporel pertinent pour établir l'incompétence du Comité, mais les requérants ne lui ont pas répondu. Certes, pour palier l'omission des auteurs de la communication le Comité aurait pu (et peut-être dû) développer un

¹⁸ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, précité, p. 151, para. 12 du commentaire de l'article 14.

¹⁹ Comité des droits de l'Homme, *McIvor c. Canada*, précité, § 5.13.

²⁰ Comité des droits de l'Homme, *McIvor c. Canada*, précité, para. 5.15.

²¹ *Ibid.*, para. 3.5.

²² Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, *Perinçek c. Suisse*, requête n° 27510/08, 17 octobre 2015.

²³ *Ibid.*, para. 250.

²⁴ A ce sujet voir, « affaire Katyń » : Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, *Janowiec c. Russie*, requêtes n° 55508/07 et 29520/09, 21 octobre 2013.

raisonnement relatif à l'extension des obligations dans le temps pour mieux justifier sa compétence. Seulement il a choisi de retenir l'argument des auteurs, allant à l'économie de moyens, pour parvenir au même résultat.

B. La réaffirmation décisive de l'égalité des sexes

Au fond, les auteurs se plaignaient d'une inégalité de traitement en raison des distinctions prévues dans la loi sur les Indiens, constituant une discrimination basée sur le sexe.

Le Canada a soutenu que « *[t]he Indian Act provides only for one Indian status; persons are either eligible for it or not. The 1985 amendments did not create degrees of status or degrees of "Indianness."* »²⁵ Mais la réduction d'un peuple à un statut légal sur des générations a inévitablement eu des conséquences sur l'auto-perception des membres de ce groupe. Les auteurs soutiennent avec raison que :

*« The State party's assumption that there is only one Indian status is incorrect. Section 6(1)(a) status is superior and the intangible benefits (the ability to transmit status and the legitimacy and social standing conferred by status) associated with it are unquestionably superior to those associated with section 6(1)(c) and section 6(2) status, although the tangible benefits (access to social programs and tax exemptions) are the same. Furthermore, section 6(1)(c) status is stigmatized within Indigenous communities. There is a perception among First Nations communities that "real" Indians are those who have section 6(1)(a) status »*²⁶.

Le Comité ne manque pas de souligner qu'il s'agit là d'une discrimination de fait²⁷, qui entre dans le champ d'application de l'interdiction contenue dans le Pacte²⁸. Il est précisé qu'il importe peu que cette discrimination soit le fait « *soit des pouvoirs publics ou de la communauté, soit des particuliers ou des organismes privés* »²⁹. Il est incontestable ici que l'Etat a, non seulement, omis de prendre les mesures « visant à atténuer ou à supprimer les

²⁵ Comité des droits de l'Homme, *McIvor c. Canada*, précité, para. 5.3.

²⁶ *Ibid.*, 5.19.

²⁷ *Ibid.*, para. 7.11.

²⁸ Comité des droits de l'Homme, *Observations générales n° 18 : Non-discrimination*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 1989, para. 10.

²⁹ *Ibid.*, para. 9.

conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte » mais qu'il a également créé ces mêmes conditions à travers la loi sur les Indiens. Toutefois, « il faut prendre des mesures positives de protection, non seulement contre les actes commis par l'Etat partie lui-même, par l'entremise de ses autorités législatives judiciaires ou administratives, mais également contre les actes commis par d'autres personnes se trouvant sur le territoire de l'Etat partie »³⁰. Grâce à cette interprétation basée sur les obligations positives³¹, les faits commis par des particuliers deviennent pareillement attribuables à l'Etat et constitutifs d'une violation, même si des projets de loi prévoient d'éliminer toute discrimination résiduelle basée sur le sexe issue des amendements de 1985³².

A l'occasion de l'affaire *Lovelace*, le Comité des droits de l'Homme n'avait pas saisi l'occasion de souligner l'importance de l'égalité des sexes comme condition d'accès aux droits garantis aux autochtones en refusant de reconnaître une violation des articles 3 ou 26 du Pacte, et ce précisément le même jour que l'adoption de ses premières observations générales sur l'égalité des sexes³³. Cependant, le Canada ayant lié une identité ethnique à un statut légal et, de surcroît, en la conditionnant à une ascendance patrilinéaire, avait manifestement créé une différenciation entre les sexes.

Devant la même question quarante ans plus tard, le Comité a pris une position clairement plus protectrice en retenant une violation de l'interdiction de la discrimination, et ce sur le double fondement des articles 3, assurant l'égalité des sexes, et 26, énonçant le principe général de non-discrimination. En l'espèce, le Comité refuse de faire un choix entre les deux articles, ce qui démontre que la garantie prévue à l'article 3 n'est pas absorbée par celle de l'article 26, énoncé plus général. En effet, rares sont les conventions protégeant les droits humains ayant une disposition spécifique sur l'égalité

³⁰ Comité des droits de l'Homme, *Observations générales n° 23 : Droits des minorités (art. 27)*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 1994, para. 6.1.

³¹ A ce sujet voir entre autres, Cour européenne des droits de l'Homme, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, requêtes n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23 juillet 1968 ; Cour européenne des droits de l'Homme, *Airey c. Irlande*, 6289/73, 9 octobre 1979.

³² Comité des droits de l'Homme, *McIvor c. Canada*, précité, para. 7.6.

³³ Comité des droits de l'Homme, *Observations générales n° 4 : Article 3 (Égalité des droits entre hommes et femmes)*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 1981.

des sexes comme le Pacte international des droits civils et politiques³⁴ et rares sont les cas dans lesquels le Comité des droits de l'Homme a rédigé deux observations générales sur un même sujet³⁵. La concrétisation de l'engagement du Comité sur ce sujet dans sa jurisprudence est, quoique quelque peu tardif, louable.

Les développements sur la compétence *ratione temporis*, bien que quelque peu maladroits, vont dans le sens d'une certaine volonté de la part du Comité : celle de renforcer la protection des droits humains, et ce n'est certainement pas la première fois qu'un juge élude une question de droit pour parvenir au but souhaité.

Sur le fond, mieux vaut tard que jamais : ne pas constater une discrimination dans l'affaire *Lovelace* était certainement critiquable. Le Comité, grâce à l'affaire *McIvor*, érige l'égalité des sexes comme principe fondamental, et indépendant de l'interdiction de la discrimination tout en réparant ses erreurs du passé.

³⁴ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976, article 3 : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte. »

³⁵ Il y en a cinq qui ont été remplacées (sur les 36 observations générales au total), dont celles relatives à l'égalité des sexes.