
ARTHUR DUROCHER*

LA RÉFORME DU PROCESSUS DES
REVENDICATIONS TERRITORIALES

* Arthur Durocher, un Métis du nord de la Saskatchewan, a été agent de recherche au Native Law Centre de l'université de Saskatoon et fait actuellement sa maîtrise en droit au College of Law de l'université de Saskatoon.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	29
LES REVENDICATIONS TERRITORIALES AU CANADA – HISTORIQUE	30
Les débuts	30
Avant 1969	31
Après 1969	34
L'évolution récente	39
SITUATION AILLEURS DANS LE MONDE	43
L'expérience américaine	43
L'expérience néo-zélandaise	47
L'expérience australienne	50
LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRES	53
La négociation	53
La médiation	54
L'arbitrage	54
Les mécanismes hybrides et la médiation-arbitrage	55
Les relations de travail	55
ANALYSE	56
L'expérience américaine	56
L'expérience néo-zélandaise	56
L'expérience australienne	56
Le processus de négociation	57
La médiation	57
L'arbitrage	58
CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	59
Recommandations	60
BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE	63

INTRODUCTION

Les revendications autochtones existent depuis les premiers contacts entre les Européens et les Premières Nations et elles ont pris diverses formes. Les premières tentatives en vue de les régler n'ont pas été couronnées de succès. Divers mécanismes ont été employés au fil des siècles, dont le plus connu reste le traité. Conclues d'un bout à l'autre du Canada, sauf en Colombie-Britannique, ces traités conféraient aux nations indiennes certains droits en échange de l'extinction de leurs titres ancestraux. Depuis que les premiers traités ont été signés, de nombreux changements ont été apportés aux mécanismes et aux politiques de règlement des revendications opposant toujours la Couronne et les Premières Nations. Celles-ci se sont toujours élevées contre les solutions mises de l'avant par les gouvernements fédéraux successifs, et l'on peut affirmer sans se tromper que ces mécanismes et ces politiques n'ont jamais vraiment obtenu les succès espérés.

Comment arrivera-t-on à régler plus efficacement les litiges? Même si quelques recommandations y sont formulées, le présent article constitue principalement un document de travail. Il commence par un bref historique des politiques et des processus canadiens concernant les revendications territoriales. Vient ensuite une comparaison avec d'autres mécanismes en vigueur aux États-Unis, en Nouvelle-Zélande et en Australie. Divers mécanismes de règlement extrajudiciaires des différends sont aussi examinés. L'article se termine par une analyse des mécanismes mis en place dans ces autres pays ainsi que des mécanismes de règlement extrajudiciaires en général, afin de déterminer dans quelle mesure ils pourraient servir de base à un nouveau processus au Canada.

LES REVENDICATIONS TERRITORIALES AU CANADA — HISTORIQUE

LES DÉBUTS

La première politique de la Couronne à reconnaître officiellement un processus d'extinction des droits ancestraux apparaît dans la *Proclamation royale de 1763*, où l'on peut lire notamment ce qui suit :

Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice et de Notre résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet de mécontentement, Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter des sauvages, des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie, dans laquelle elles se trouvent situées...¹

La *Proclamation royale* énonce le processus par lequel les peuples indiens pouvaient céder leurs territoires aux Européens qui débarquaient sur le continent. Les Indiens n'avaient le droit de vendre leurs terres qu'à la Couronne, et seulement dans le cadre d'une réunion publique tenue expressément à cette fin. Cette politique s'est exprimée dans le droit pour la première fois au début du XIX^e siècle dans les célèbres arrêts rendus par le juge Marshall aux États-Unis². Ces arrêts devaient être adoptés éventuellement par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *St. Catherine's Milling*³, qui a fait jurisprudence.

Des restes de cette politique subsistent encore de nos jours, comme en témoignent les dispositions de *Loi sur les Indiens* concernant la cession⁴. La Cour suprême du Canada

¹ La *Proclamation royale de 1763*.

² *Johnson and Graham's Lessee v. McIntosh*, 8 Wheaton 543, 5 L.Ed. 681 (1823); *Cherokee Nation v. Georgia*, 5 Peters 1, 8 L.Ed. 25 (1831); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 530, 8 L.Ed. 483, 6 Peters 515 (1832).

³ *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*, (1888) 14 A.C. 46 (PC), 4 Cart. B.N.A. 107, 2 C.L.N.C. 541, 58 L.J.P.C. 54, 60 L.T. 197, 5 T.L.R. 125.

⁴ *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1985, ch. 32, art. 37-41.

a confirmé que ces dispositions tirent leur origine dans la *Proclamation royale*⁵. La politique qui s'y trouve énoncée a été suivie, jusqu'à un certain point, dans les traités conclus entre la Couronne et les Premières Nations du Canada.

Dans le cas des traités numérotés tout au moins, les négociations avec les Indiens faisaient habituellement l'objet d'une réunion spéciale. Que la politique ait été suivie à la lettre, avec souplesse ou pas du tout, reste un sujet de controverse pour un grand nombre de Premières Nations. Celles-ci soutiennent, en effet, qu'il n'y a pas eu de négociations réelles et que bien des Indiens ne comprenaient pas pleinement l'objet de la réunion ni les graves conséquences juridiques de la signature des traités. Mais cette question ne relève pas du présent article.

Que la politique d'extinction des droits se trouve déjà énoncée dans la *Proclamation royale* en démontre les lointaines origines et le caractère officiel. C'est là un point qu'il convient de faire ressortir. Les politiques découlent habituellement d'un principe, et de la reconnaissance d'un droit ou d'une obligation d'importance. Elles sont ensuite appliquées de façon à faire respecter le droit ou l'obligation que vise ce principe. Dans le cas qui nous intéresse, le droit ou l'obligation dictant la politique, ce sont les droits ancestraux. La Couronne a reconnu aux Premières Nations des intérêts fonciers qui équivalaient à un droit et qui lui imposaient une obligation. Les revendications territoriales des Indiens reposent sur la façon dont on s'est acquitté de cette obligation — que la revendication soit globale ou particulière. Les revendications particulières découlent du fait que la Couronne ne s'est pas bien acquittée de son obligation, et les revendications globales, du fait qu'elle n'a pas reconnu ou qu'elle a refusé de reconnaître son obligation en ce qui a trait au titre ancestral.

Les Premières Nations revendiquent leurs droits d'une façon ou d'une autre depuis que les traités ont été signés. Pour diverses raisons cependant, les revendications se sont multipliées depuis 1969.

AVANT 1969

Il semble que toutes les revendications antérieures à 1969 aient été traitées sur une base individuelle et qu'il n'y ait eu aucune politique générale relative aux revendications territoriales⁶. Les revendications des Indiens étaient habituellement présentées avec l'aide d'un tiers, généralement un missionnaire, qui savait lire et écrire. Dans certains cas, surtout dans l'est du pays, les défenseurs de la cause des Indiens étaient des avocats.

Plusieurs facteurs expliquent le nombre relativement peu élevé des revendications soumises avant 1969, mais certainement pas le manque de motifs légitimes. Jusqu'en 1951, par exemple, la *Loi des Indiens* interdisait aux bandes de recourir aux services d'un avocat pour poursuivre des revendications territoriales⁷. De plus, il existait une relation de

⁵ *Easterbrook v. R.*, [1931], R.C.S. 210 [Exch.], p. 214-215.

⁶ Richard C. Daniel. *Le règlement des revendications des Autochtones au Canada, 1867-1979*, Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1981, p. 178-180.

⁷ *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, art. 141.

tuteur à pupille entre le gouvernement fédéral et les Premières Nations⁸. Responsable du bien-être de celles-ci, le gouvernement contrôlait les sommes dont elles avaient besoin pour survivre. L'intimidation entre certainement en jeu lorsqu'une partie contrôle les affaires financières de l'autre. Cette relation devait également semer la confusion quant à savoir qui peut tenter des poursuites, et contre qui⁹.

Une autre cause du nombre relativement peu élevé de revendications avant 1969, en particulier dans l'Ouest, pourrait être le fait qu'en Colombie-Britannique le gouvernement provincial ne reconnaissait pas le titre ancestral. Or, la plus grande partie de la province est constituée de terres à l'égard desquelles les droits ancestraux n'ont jamais été éteints par traités, comme cela a été le cas dans d'autres régions du Canada. Les Premières Nations de la Colombie-Britannique ne pouvaient donc pas défendre leur cause avec autant de vigueur qu'ailleurs, parce que le gouvernement provincial ne reconnaissait aucun mécanisme officiel pour traiter des revendications basées sur le titre ancestral.

Parce qu'aucune politique uniforme n'avait encore été adoptée, certaines personnes ont parfois eu la possibilité d'influencer l'issue d'une revendication ou d'un grief. Voici ce que dit Richard Daniel à ce sujet :

L'absence d'une politique uniforme en matière de revendications a également donné de nombreuses occasions à un fonctionnaire ou à une personne nommée par le gouvernement de décider du sort d'une revendication particulière. Bien que ce facteur soit difficile à évaluer, notre recherche a révélé de nombreux cas dans lesquels l'attitude du gouvernement fédéral à l'égard d'une revendication semble avoir été modifiée dans une mesure importante par un changement dans le personnel chargé de l'affaire¹⁰.

Ce n'est qu'après la Deuxième Guerre mondiale que l'on a envisagé sérieusement la possibilité de mettre en place un mécanisme national permettant de régler l'ensemble des revendications territoriales des Indiens. Cet intérêt a été suscité en partie par la décision prise aux États-Unis, en 1945, de créer une commission des revendications des Indiens.

Dès 1950, au moment où il était encore dans l'opposition, John Diefenbaker demandait la création d'une commission indépendante¹¹. Mais cette idée était rejetée un an plus tard par W.E. Harris, ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, dont relevait la Division des affaires indiennes¹². En 1959, un comité mixte a été chargé de l'examen de la politique des affaires indiennes. Avant d'être dissous, en 1961, il devait recommander la création d'une commission canadienne des revendications des Indiens. Une recommandation similaire avait été faite dix ans plus tôt par le précédent comité mixte, mais cette fois, c'est le gouvernement Diefenbaker, plus favorable à cette idée, qui était au pouvoir. Ellen Fairclough, ministre responsable de la Division des affaires indiennes à l'époque, a engagé

⁸ Daniel, *Le règlement*, (voir la note 6), p. 179.

⁹ *Ibid.*, p. 178.

¹⁰ *Ibid.*, p. 197.

¹¹ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 21 juin 1950, p. 3974.

¹² *Débats de la Chambre des communes*, 16 mars 1951, p. 1354.

des discussions avec le ministère de la Justice dans l'espoir de rédiger une loi établissant une commission¹³. Selon Daniel, «[l]e premier projet de loi visant à créer une commission des revendications indiennes au Canada a été rédigé au sein de la Division des affaires indiennes du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. Il devait être modifié pendant l'hiver de 1961-1962, à la suite de consultations entre les fonctionnaires supérieurs de ce ministère et ceux du ministère de la Justice»¹⁴.

Le 6 février 1962, la proposition parvenait au Cabinet sous forme d'une note signée par Ellen Fairclough et E.D. Fulton, ministre de la Justice. En mars, le Cabinet approuvait le projet de loi¹⁵, mais ce dernier ne sera jamais déposé au Parlement. Les élections générales déclenchées à l'automne maintiennent au pouvoir le gouvernement Diefenbaker, mais il s'agit désormais d'un gouvernement minoritaire qui sera de nouveau défait à la Chambre des communes avant même d'avoir eu l'occasion de déposer le projet de loi. Le scrutin d'avril 1963 donne la victoire aux Libéraux dirigés par Lester B. Pearson.

Comme c'est souvent le cas, le changement d'administration devait entraîner le report et l'examen des programmes proposés par le précédent gouvernement. Après avoir consulté les Américains au sujet de leur mécanisme, les Libéraux déposent et adoptent en première lecture le projet de loi C-130 le 14 décembre 1963. Ce projet de loi s'inspire du modèle américain en ce sens que la commission disposera de pouvoirs décisionnels plutôt que de se limiter simplement à des recommandations, comme l'avait imaginé le gouvernement Diefenbaker.

Le projet libéral prévoit également un mécanisme d'appel devant la Cour de l'Échiquier et la Cour suprême pour les questions de compétence. Les appels concernant le caractère dérisoire d'une compensation, ou l'absence de compensation, pourront être portés devant une cour d'appel des revendications indiennes qui sera constituée de juges de la Cour de l'Échiquier.

Après la première lecture, le gouvernement entreprend une série de consultations auprès des groupes autochtones. Une conférence a lieu en juin 1964¹⁶. Par suite de ces consultations, le gouvernement reçoit environ 300 mémoires¹⁷.

Finalement, le 21 juin 1965, le projet de loi est déposé à nouveau au Parlement sous le numéro C-123. Il s'agit d'une version modifiée du projet de loi C-130. L'une des différences les plus importantes réside dans la disposition prévoyant qu'un des cinq commissaires doit être un Indien, et celle visant à fournir de l'aide financière aux requérants. Les mémoires déposés par les Indiens semblent à la source, en partie du moins, de ces changements.

Au moment où le projet de loi C-123 est déposé à la Chambre des Communes la Cour suprême du Canada est appelée à se prononcer dans l'affaire *R. c. White and Bob*¹⁸. Celle-ci porte sur les droits autochtones et a une grande importance pour les Premières

¹³ Daniel, *Les revendications* (voir note 6), p. 118.

¹⁴ *Ibid.*, p. 123.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 126.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ (1965), 52 D.L.R. (2d) 481, confirmant 52 W.W.R. 193, 50 D.L.R. 82d) 613 (S.C.C.).

Nations de partout au Canada, et en particulier pour celles de la Colombie-Britannique. La British Columbia Native Brotherhood demande donc de reporter l'adoption du projet de loi, ce que le gouvernement accepte. Nous sommes en 1969. C'est alors que le gouvernement Trudeau dépose son tristement célèbre Livre blanc.

Le Livre blanc de 1969 contenait des propositions visant à faire des Indiens des «citoyens à part entière». Le gouvernement estimait que le statut particulier des Indiens constituait davantage un fardeau qu'un atout, qu'il faisait d'eux des «citoyens de seconde zone». Le Livre blanc proposait d'abolir ce statut particulier et d'intégrer les Indiens au reste du Canada. De plus, il exposait la position du gouvernement selon laquelle les droits ancestraux n'existaient pas, puisqu'ils étaient éteints depuis longtemps. La réaction des Premières Nations au Livre blanc ne devait causer aucune surprise : les attaques viennent de partout au Canada. Cela dit, nonobstant ses aspects négatifs, le Livre blanc a tout au moins eu le mérite de rapprocher comme jamais auparavant tous les groupes autochtones du pays, dont les véhémentes protestations ont fini par persuader le gouvernement de renoncer aux propositions contenues dans le Livre blanc.

S'il refusait d'admettre l'existence d'un titre ancestral, il reconnaissait toutefois les revendications particulières. Le 19 décembre 1969, par le décret 1965-2405, il met sur pied une commission qu'il charge d'étudier les revendications particulières et les mécanismes permettant de les régler. Le commissaire désigné est Lloyd Barber. Organisme consultatif, la nouvelle commission n'a cependant pas le pouvoir de décider du sort d'une revendication. La «Commission a été créée en vertu de la Loi sur les enquêtes publiques afin de consulter les Indiens et de faire enquête sur les revendications découlant des traités, des accords officiels et de la législation. Le commissaire [peut] alors indiquer au gouvernement quelles catégories de revendications mérite[ent] un traitement spécial et recommander des moyens de les régler»¹⁹.

APRÈS 1969

Les Premières Nations réagissent d'abord de façon très négative à la Commission des Indiens et à son commissaire. La Fraternité des Indiens du Canada (FIC), et de nombreux autres organismes et dirigeants autochtones, les dénoncent. Cette réaction s'explique surtout par le fait que la Commission est considérée comme une résultante du Livre blanc. Au début, le gouvernement reste sur ses positions et refuse de céder aux pressions exercées par les Indiens pour qu'il modifie sa politique. Cette attitude change toutefois en 1973, lorsque l'arrêt *Calder*²⁰ vient confirmer l'existence d'un droit ancestral en *common law* au Canada. Cette décision force le gouvernement à repenser sa politique de non-reconnaissance des droits ancestraux énoncée dans son Livre blanc. Le 8 août 1973, le ministre des Affaires

¹⁹ Commission d'étude des revendications des Indiens. *Revendications des Indiens au Canada, Un exposé préliminaire et une sélection d'ouvrages disponibles en Bibliothèque*, Ottawa, Commission d'étude des revendications des Indiens, 1975, p. 22.

²⁰ *Calder v. British Columbia (Attorney General)* [1973] R.C.S. 313, [1973] 4 W.W.R. 1, 34 D.L.R. (3d) 145, confirmant 74 W.W.R. 481, 13 D.L.R. (3d) 64 [B.C.].

indiennes et du Nord canadien rend public un nouvel énoncé de politique. Une nouvelle catégorie de revendications globales, fondée sur l'utilisation et l'occupation traditionnelles des terres, est désormais reconnue²¹. Cette réorientation de la politique est liée directement à l'arrêt *Calder*, et aux poursuites en cours dans la vallée du fleuve Mackenzie et à la baie James.

Ces différends ont été étudiés par le Bureau des revendications des autochtones (BRA), au ministère des Affaires indiennes et du Nord. Ce bureau avait été créé en 1974, en réponse principalement au nombre grandissant des revendications présentées.

En 1975, conformément à un accord intervenu entre la Fraternité des Indiens du Canada et le gouvernement fédéral, on assiste à la création d'un comité mixte regroupant la FIC et le Cabinet. À partir de ce comité mixte, un sous-comité appelé la Commission des droits des Indiens du Canada est constitué et reçoit le mandat de discuter des principes et des paramètres devant régir les mécanismes de règlement. Ce comité poursuit ses travaux jusqu'en janvier 1979. Parmi les questions abordées, on remarque l'opportunité de régler les revendications territoriales dans une perspective nationale.

La politique du gouvernement ne présente que peu de changements jusqu'en 1981, date à laquelle le gouvernement libéral publie sa politique des revendications globales. Il s'agit essentiellement d'une reformulation de la politique énoncée en 1973, en ce sens qu'elle réaffirme la distinction entre les revendications globales et les revendications particulières. Là encore, le gouvernement fédéral insiste sur le fait que l'acceptation d'une revendication ne sous-entend pas la reconnaissance d'une obligation légale de sa part²². Il exige, par ailleurs, que tout règlement soit définitif, c'est-à-dire qu'il mette fin une fois pour toutes aux revendications²³.

La politique des revendications particulières est publiée en 1982 dans un document intitulé *Dossier en souffrance*²⁴. Une fois de plus, le gouvernement fédéral se dit convaincu que son principal objectif consiste à s'acquitter de son obligation légale²⁵. Il se dit prêt également à aller au-delà de cette obligation et à reconnaître une revendication fondée sur :

- i) [le] défaut de compensation à l'égard de terres indiennes prises ou endommagées par le gouvernement fédéral ou tout organisme relevant de son autorité; ou
- ii) [une] fraude commise dans l'acquisition ou l'aliénation de terres indiennes par des employés ou mandataires du gouvernement fédéral, dans les cas où la preuve peut être clairement établie²⁶.

²¹ Ministère des Affaires indiennes et du Nord. *Revendications des autochtones : politique, processus et perspectives* [Document de travail établi par le Bureau des revendications des autochtones pour le Deuxième atelier national du Comité des ressources de l'Arctique canadien, Edmonton, Alberta, du 20 au 22 février 1978, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1978].

²² Ministère des Affaires indiennes et du Nord (MAIN). *En toute justice : Une politique des revendications des autochtones*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1981, p. 12.

²³ *Ibid.*, p. 19.

²⁴ Ministère des Affaires indiennes et du Nord. *Dossier en souffrance : Une politique des revendications particulières des autochtones*, Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1982.

²⁵ *Ibid.*, p. 19.

²⁶ *Ibid.*, p. 20.

Cette politique est antérieure à l'arrêt *Guerin c. R.*²⁷, dans lequel la Cour suprême devait confirmer que ces deux catégories constituent effectivement des obligations légales fondées sur une obligation de fiduciaire.

Le gouvernement fédéral souligne qu'il préfère la négociation aux recours judiciaires. Afin peut-être, en partie, d'encourager les Premières Nations à accepter de négocier, il indique qu'il ne s'appuiera ni sur les statuts sur la prescription ni sur la règle du retard indu. Il se réserve cependant le droit de les invoquer si les Premières Nations décident de porter leurs revendications devant les tribunaux²⁸. Une question s'impose ici : pourquoi cette distinction? Si le gouvernement était effectivement disposé à renoncer à son droit durant les négociations, pourquoi ne pas en faire autant devant les tribunaux? Une telle distinction revient à faire du chantage et n'a pour seul objet que de forcer les Premières Nations à négocier.

Le processus décrit dans *Dossier en souffrance*²⁹ comprend cinq étapes. La première est la présentation de la revendication au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien. À la deuxième étape, le BRA examine la demande adressée au Ministre, les résultats de cet examen devant ensuite être soumis au ministère de la Justice aux fins d'obtenir un avis juridique. La troisième étape consiste à faire parvenir les résultats de l'examen ainsi que l'avis juridique au Ministre, qui décide alors de recevoir ou de rejeter la revendication. La recevabilité se fonde uniquement sur l'avis du ministère de la Justice quant à l'existence d'une obligation légale. Si la revendication est acceptée, elle passe à la quatrième étape, celle du règlement. Celui-ci est négocié entre les requérants et le BRA. La cinquième étape concerne les revendications rejetées, qui peuvent être présentées de nouveau à une date ultérieure si des preuves ou des arguments juridiques supplémentaires peuvent être présentés.

Les politiques annoncées en 1980 et 1981 restent en place jusqu'en 1986, date à laquelle le gouvernement Mulroney, en réponse aux recommandations du Groupe d'étude sur la politique des revendications globales (Coolican), entreprend une nouvelle révision de la politique. Le Groupe d'étude précisait dans son rapport que l'insistance du gouvernement fédéral à affirmer qu'un règlement des revendications globales met fin à tous les droits ancestraux constituait un obstacle important. Les requérants avaient donc deux choix : soit signer l'entente et renoncer ainsi à leurs droits ancestraux, soit ne rien faire et s'en tenir aux droits légaux existants, ce qui constituait le moindre de deux maux. Outre des ententes plus souples ayant pour effet, entre autres choses, de reconnaître et de

²⁷ [1984] 2 R.C.S. 335, [1984] 6 W.W.R. 481, 36 R.P.R. 1, 20 E.T.R. 6, 13 D.L.R. (4th) 321, [1985] 1 C.N.L.R. 120, 55 N.R. 161, renversant [1983] 2 F.C. 656, [1983] 2 W.W.R. 686, 13 E.T.R. 245, 143 D.L.R. (3rd) 416, [1983] 1 C.N.L.R. 20, 45 N.R. 181.

²⁸ Ministère des Affaires indiennes et du Nord, *Dossier en souffrance*, (voir la note 24), p. 21.

²⁹ *Ibid.*, p. 23-25.

confirmer les droits ancestraux³⁰, le Groupe d'étude recommandait plutôt quinze principes sur lesquels devrait reposer toute nouvelle politique des revendications globales :

1. Les ententes devraient reconnaître et confirmer les droits autochtones.
2. La politique devrait permettre la négociation d'un gouvernement autochtone autonome.
3. Les ententes devraient être assez souples pour s'assurer que leurs objectifs seront atteints. Elles devraient fournir suffisamment de certitudes pour protéger les droits de tous, relatifs aux terres et aux ressources et faciliter l'investissement et le développement.
4. La procédure devrait être ouverte à tous les peuples autochtones qui continuent d'occuper les terres traditionnelles et dont le titre territorial ancestral n'a fait l'objet d'aucun traité ni texte de loi explicite.
5. La politique devrait permettre des ajustements entre les régions, et à l'intérieur de celles-ci, selon les différences historiques, politiques, économiques et culturelles qui s'y trouvent.
6. La parité parmi les ententes ne devrait pas nécessairement sous-entendre que leurs contenus seraient identiques.
7. Étant donné la nature globale de ces accords et la répartition des pouvoirs entre les gouvernements, en vertu de la Constitution canadienne, les gouvernements provinciaux et territoriaux devraient être encouragés à participer aux négociations. Cette participation sera nécessaire lors des négociations concernant les questions affectant directement leur juridiction.
8. L'étendue des négociations devrait inclure toutes les questions pouvant faciliter l'atteinte des objectifs de la politique des revendications.
9. Les accords devraient permettre aux peuples autochtones et au gouvernement de partager à la fois la responsabilité de la gestion des terres et des ressources, et les bénéfices qui découleront de leur exploitation.
10. Les intérêts existants d'une tierce partie devraient être réglés avec équité.
11. Les règlements devraient être atteints grâce à des ententes négociées.
12. La démarche des revendications devrait être juste et expéditive.
13. Une autorité, indépendante des parties négociantes, devrait être chargée de veiller à l'équité et au progrès des négociations, et d'en répondre auprès du public.
14. Le processus devrait recevoir le soutien des structures gouvernementales qui séparent les procédures de la négociation proprement dite.
15. La politique devrait veiller à l'application effective des ententes³¹.

³⁰ Ministère des Affaires indiennes et du Nord. Rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales. *Traité en vigueur: ententes durables*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, décembre 1985.

³¹ *Ibid.*, p. 35-37.

Le gouvernement Mulroney répond officiellement aux recommandations du Groupe d'étude Coolican à la Chambre des communes en décembre 1985; il publiera en 1987 ses réponses ainsi que les changements proposés relativement à la politique des revendications globales³². Il rejette la recommandation visant à ne pas insister sur l'extinction des droits ancestraux. Dans son rapport sur la politique, le gouvernement insiste encore sur le caractère final des ententes de règlement et sur l'extinction des droits ancestraux :

Les ententes de règlement visent à fournir une certitude et une précision quant aux droits de propriété et d'utilisation des terres et des ressources dans les régions du Canada où les titres ancestraux n'ont pas été réglés par traité ni annulés légalement. Les ententes finales doivent donc servir à établir une certitude et des prévisions relativement à l'utilisation et à la disposition des terres touchées par les règlements. En ce qui concerne les droits de propriété et l'application des lois, le caractère de certitude sera établi lorsque l'entente entrera en vigueur. Les prévisions seront fondées sur l'entente qui précisera la façon de modifier les dispositions applicables, et dans quelles circonstances. Dans le cadre de ce processus, le groupe requérant se verra accorder des droits définis, des indemnités et d'autres avantages, en échange de l'abandon des droits liés aux titres revendiqués par les Autochtones sur l'ensemble ou sur une partie des terres visées³³.

Il précise, toutefois, que d'autres solutions que l'extinction peuvent toujours être envisagées dans certains cas, pourvu que l'on puisse établir une certitude quant aux terres et aux ressources³⁴. Deux possibilités lui apparaissent acceptables :

1. la cession et l'abandon des titres ancestraux dans toutes les terres visées par le règlement, en retour de l'octroi aux bénéficiaires de droits définis sur des terres précises ou des terres de réserve et d'autres droits définis applicables dans toutes les terres visées par le règlement; ou
2. la cession et l'abandon des titres ancestraux dans des régions autres que de réserve :
 - tout en permettant aux Autochtones de conserver tout titre ancestral existant sur des terres précises ou des terres de réserve;
 - et en accordant aux bénéficiaires des droits définis applicables dans toutes les terres visées par le règlement³⁵.

Pour la plupart cependant, les recommandations du Groupe d'étude Coolican devaient être rejetées par le gouvernement Mulroney, provoquant ainsi une nouvelle détérioration des relations entre le gouvernement et les Premières Nations.

³² Canada. *La Politique des revendications territoriales globales*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1986.

³³ *Ibid.*, p. 9.

³⁴ *Ibid.*, p. 12.

³⁵ *Ibid.*

L'ÉVOLUTION RÉCENTE

Un autre événement marquant en ce qui concerne la politique des revendications territoriales survient en 1991. C'est, en effet, à cette date qu'est créée la Commission des revendications des Indiens, résultat des négociations entre le gouvernement fédéral et l'Assemblée des Premières Nations (APN). Le ministre des Affaires indiennes, Tom Siddon, ayant demandé à être conseillé relativement aux revendications territoriales, l'APN avait constitué un comité national de chefs qui devait tenir des consultations partout au pays, puis, le 14 décembre 1990, rendre publiques ses recommandations dans un document intitulé «Présentation des Premières Nations»³⁶. Au début de 1991, le ministre Siddon répond à ce document en définissant cinq domaines pour lesquels il propose de faire immédiatement des recommandations au Cabinet. Le Comité des chefs répond au Ministre en mars 1991³⁷. S'il se réjouit de la proposition du Ministre de fournir des ressources supplémentaires, le Comité des chefs rejette l'idée d'imposer un plafond annuel fixe aux règlements des revendications³⁸.

Le Comité des chefs réclame également la création d'une commission indépendante des revendications territoriales, précisant qu'elle ne donnera des résultats positifs que dans la mesure où certains principes seront respectés :

- 1) La commission doit avoir le droit d'examiner la validité des revendications et la détermination des modalités d'indemnisation et du montant à verser.
- 2) La commission «doit pouvoir venir à bout des impasses».
- 3) La commission «doit disposer de fonds suffisants».
- 4) Le décret doit indiquer que le processus d'appel et d'examen des revendications par la commission «ne porte aucunement atteinte aux droits des requérants de s'adresser aux tribunaux» de même qu'à tous leurs autres droits.
- 5) «Le mandat de la commission devra témoigner de son indépendance vis-à-vis des parties»³⁹.

Le Comité accepte aussi la proposition du ministre Siddon d'entamer des négociations sur les revendications fondées sur des événements antérieurs à la Confédération. Cet aspect avait toujours constitué une entrave arbitraire au règlement des revendications territoriales.

³⁶ Reproduit dans [1994] 1 *Actes de la Commission des revendications des Indiens* (A.C.R.I.), p. 203.

³⁷ Reproduit dans *Ibid.*, p. 220.

³⁸ *Ibid.*, p. 221.

³⁹ *Ibid.*, p. 221-222.

Tout en se disant d'accord avec la création d'un groupe de travail mixte, le Comité des chefs estime que ce groupe doit répondre aux exigences suivantes :

- 1) Le groupe de travail devra avoir pour mandat d'examiner les problèmes qui subsistent quant à la politique et au processus de règlement des revendications territoriales.
- 2) Un délai raisonnable devra être imparti en ce qui concerne l'exécution de la tâche confiée au groupe de travail.
- 3) Le gouvernement devra s'engager à donner suite aux recommandations du groupe de travail.
- 4) Le groupe de travail devra disposer des fonds nécessaires pour s'acquitter du mandat qui lui sera confié.
- 5) Les membres devront être nommés conjointement par le gouvernement du Canada et les Premières Nations.
- 6) La présidence devra être assumée par quelqu'un qui connaît parfaitement tous les aspects des négociations entourant les revendications et qui a l'expérience de la prise de décision par consensus. Il devra de préférence être un Indien⁴⁰.

Le 15 juillet 1991, le décret C.P. 1991-1329 est approuvé. Il établit la Commission des revendications des Indiens, dont Harry LaForme devient le premier président, et fixe au 5 août 1991 le commencement de ses travaux.

La Commission est accueillie avec réserves par l'Assemblée des Premières Nations, qui accepte mal, entre autres choses, le libellé du décret. Ces préoccupations sont exprimées par le chef Ovide Mercredi dans une lettre datée du 20 septembre 1991 et adressée au premier ministre Mulroney. Premièrement, explique le chef Mercredi, le mandat s'inspire de la politique des revendications existante :

Cette Commission, établie en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, a un mandat dont la plupart des éléments s'inspirent directement de la politique des revendications particulières du gouvernement fédéral. Comme vous et votre gouvernement devriez le savoir, c'est précisément cette politique, source de grande méfiance et de grande animosité à l'égard du Canada, que les Premières Nations cherchent à remplacer depuis de nombreuses années. Si des cadres de politique aussi blessants sont désormais élevés au rang de loi au Canada, cette tendance ne peut marquer qu'un recul important des efforts visant à améliorer les relations du Canada avec les Premières Nations⁴¹.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 223.

⁴¹ Lettre du chef Ovide Mercredi au premier ministre Brian Mulroney (20 septembre 1991).

L'APN avait imaginé, en effet, que la Commission s'engagerait dans une nouvelle direction et s'éloignerait de la politique des revendications existante. Autre problème signalé par l'APN, le gouvernement a fait cavalier seul et défini le mandat de la Commission sans avoir consulté suffisamment les Premières Nations.

Compte tenu de ces préoccupations, et au terme de nouvelles négociations, le décret 1991-1329 est remplacé le 27 juillet 1992 par le décret 1992-1730, qui définit le mandat actuel de la Commission. Ce mandat, qui se limite aux revendications particulières, habilite la Commission à faire enquête et rapport :

- a) sur la validité, en vertu de ladite politique, des revendications présentées par les requérants pour fins de négociations et que le Ministre a déjà rejetées;
- b) sur les critères applicables aux compensations dans le cadre de la négociation d'un règlement, lorsque le requérant conteste les critères adoptés par le Ministre⁴².

La Commission devait entreprendre, de son propre chef, d'élaborer un autre mécanisme de règlement des différends, privilégiant la médiation afin d'amener les Premières Nations et le gouvernement fédéral à s'entendre⁴³. Dans son premier rapport annuel, la Commission fait des recommandations sur des questions qui, elle le reconnaît elle-même, dépassent la portée de son mandat. La première porte sur le protocole régissant les réactions à ses rapports d'enquête, les parties en cause devant disposer de 60 jours pour faire connaître leurs réactions⁴⁴. La deuxième recommandation porte sur la nécessité pour les ministères gouvernementaux visés de consentir très tôt à une médiation sérieuse⁴⁵. La troisième demande que le BRA soit représenté aux séances de planification de la Commission⁴⁶ et la quatrième, que les ministères gouvernementaux reconnaissent davantage le mandat qui a été confié à la Commission⁴⁷. La cinquième recommandation demande aux ministères gouvernementaux de communiquer sans tarder à la Commission les documents historiques dont elle a besoin⁴⁸. La sixième propose la nomination d'un nouveau commissaire devant représenter le Québec⁴⁹.

Au 31 mars 1995, la Commission a été saisie de 97 revendications, dont 29 ont déjà été acceptées pour fins d'enquête, 6 ont fait l'objet d'un rapport (5 autres devant bientôt

⁴² Commission des revendications des Indiens, *A.C.R.I.* (voir la note 36), p. xv.

⁴³ Commission des revendications des Indiens, *Rapport annuel 1991-1994 : Vers l'équité dans nos négociations*, Ottawa, C.R.I., [1994], p. 10.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁹ *Ibid.*

venir s'y ajouter) et 2 ont été réglées sans enquête; l'enquête commencée a été suspendue pour 3 d'entre elles, et elle se poursuit pour les 13 autres. La Commission a présenté sept rapports au gouvernement fédéral⁵⁰.

⁵⁰ *Rapport sur le polygone de tir aérien de Primrose Lake. Enquête sur le rejet de la revendication présentée par les Premières Nations de Cold Lake et la Nation crie du Canoe Lake, C.R.I., août 1993; Enquête relative aux Denešulines d'Athabasca concernant les revendications soumises par les Premières Nations du Fond du Lac, du lac La Hache et du lac Noir, C.R.I., décembre 1993; Enquête sur la revendication de la bande indienne Lgc Kw'glaams, C.R.I., juin 1994; Enquête relative à la revendication soumise par les Young Chipeweyan à l'égard de la réserve indienne n° 107 de Stoney Knoll, C.R.I., décembre 1994; Rapport d'enquête sur la revendication soumise par la Première Nation micmaque de Gesgapegiag à l'égard de l'île du Cheval, C.R.I., décembre 1994; Rapport d'enquête sur la revendication soumise par la bande indienne des Chippewas de la Thames à l'égard du village de Muncey, C.R.I., décembre 1994; Enquête sur la revendication de la bande de Sumas, C.R.I., février 1995.*

SITUATION AILLEURS DANS LE MONDE

L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

Contrairement à ce que l'on observe au Canada, les Premières Nations américaines ont une longue expérience de l'arbitrage par une tierce partie en vue du règlement de leurs revendications. Dès 1855, les Indiens ont accès à la Court of Claims, encore que de façon limitée. C'est, en effet, à cette époque que ce tribunal est créé pour entendre les réclamations dirigées contre le gouvernement des États-Unis qui reposent sur des lois du Congrès et qui portent sur un contrat, explicite ou implicite, qui a été conclu avec le gouvernement⁵¹. Certaines tribus lui ont soumis leurs revendications, mais aucune n'a encore été réglée en 1863 lorsque le Congrès en modifie la loi constitutive afin d'en exclure les Indiens⁵². La nouvelle disposition interdit formellement au tribunal d'entendre des revendications découlant d'un traité signé avec des nations étrangères ou avec des tribus indiennes. Cette situation devait se maintenir jusqu'en 1881, date à laquelle le Congrès commence, par l'entremise de lois de compétence spéciales, à permettre aux Indiens de s'adresser au tribunal. Les premiers à faire appel à ce mécanisme spécial devaient être les Choctaws, qui poursuivaient leurs revendications depuis 50 ans⁵³. Le Congrès a adopté près d'une centaine de lois de compétence spéciales permettant aux tribus indiennes de s'adresser à la Court of Claims⁵⁴.

Le recours à ce tribunal n'a guère été couronné de succès pour les Indiens. En 1881 et 1946, la Cour est saisie de 219 revendications, mais elle n'en reçoit que 35. Les compensations relatives aux 35 revendications acceptées atteignent 77,3 millions de dollars⁵⁵. Le processus menant à l'obtention d'une loi de compétence et la défense de la revendication devant le tribunal reste long et interminable. On a indiqué qu'il fallait compter 15 ans en moyenne entre le moment où une loi de compétence était adoptée et celui où le tribunal rendait sa décision⁵⁶, sans parler du temps qu'il avait fallu pour obtenir une pareille loi. Il devait être très décourageant pour les tribus de dépenser tant de temps et d'énergie pour obtenir une loi et compétence et devoir ensuite attendre une quinzaine d'années avant que la Court of Claims ne se prononce.

⁵¹ H.D. Rosenthal, *Their Day in Court: A History of the Indian Claims Commission*, New York, Garland Day Publishing, 1990, p. 10.

⁵² Art. 9, 12 Stat. 765, 3 mars 1863.

⁵³ Rosenthal, *Their Day in Court* (voir la note 51), p. 15.

⁵⁴ R.L. Barsh, «Indian Land Claims Policy in the United States», 1982, 58 North Dakota Law Review 7, p. 10.

⁵⁵ Rosenthal, *Their Day in Court* (voir la note 51), p. 24.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 19-20.

Même lorsque les tribus obtiennent gain de cause, les compensations sont réduites la plupart du temps d'un montant de dédommagement déterminé par le gouvernement des États-Unis. À partir de 1920, cette pratique est autorisée dans les lois de compétence, le montant déduit incluant les biens et services fournis gratuitement aux tribus par les États-Unis⁵⁷. Ce coût est défini comme le coût des biens fournis tous les ans en faveur de la tribu au-delà de ce qui est prévu dans les traités⁵⁸, les déductions pouvant varier selon le sens que la Cour donne à «biens fournis tous les ans» et «en faveur de la tribu»⁵⁹. Cette pratique devait porter un dur coup aux tribus. Par exemple, de 1929 à 1935, toutes les revendications approuvées, sauf deux, sont rejetées parce que les dédommagements dépassent la compensation⁶⁰. Rosenthal donne l'exemple des Pieds-Noirs qui, ayant obtenu gain de cause, avaient droit à une indemnisation de 6 millions de dollars. Celle-ci devait être ramenée à 622 000 \$ à cause des dédommagements : paiements aux agents des Indiens, aux interprètes et aux professeurs, frais de réparation et d'entretien d'immeubles, et prétendues dépenses pour l'éducation des enfants indiens dans divers établissements scolaires alors qu'il n'a même pas été démontré que ces enfants avaient fréquenté ces établissements⁶¹.

Les lois de compétence permettant aux tribus de recourir à la Court of Claims se poursuivent jusqu'en 1946, année de la création de l'Indian Claims Commission. La plupart d'entre elles ne reconnaissent que les revendications fondées sur des terres détenues en vertu d'un titre reconnu par un traité ou une entente, ou en droit. Un petit nombre autorisent les revendications fondées sur un titre ancestral, mais aucune de ces revendications n'aboutira à des compensations, même si les titres ancestraux ont été reconnus dès 1832 par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Johnson*⁶². Il en est ainsi jusqu'en 1946, lorsque la Cour suprême des États-Unis confirme la décision de la Court of Claims d'indemniser la bande Alcea de Tillamooks, dont la revendication reposait sur le titre ancestral. Cet arrêt semble avoir fait disparaître un obstacle énorme au versement d'une indemnisation en pareil cas. La même année, la création de l'Indian Claims Commission élimine la nécessité pour les tribus indiennes d'obtenir d'abord une loi de compétence avant de poursuivre leurs revendications.

La création d'un organisme s'occupant exclusivement des revendications des tribus indiennes avait été recommandée dès 1928 dans le rapport Meriam⁶³. Mais ce n'est que le 13 août 1946 que l'*Indian Claims Commission Act* est promulguée. Celle-ci prévoit pour commencer la nomination d'un commissaire en chef et de deux adjoints, et confère à l'organisme un mandat de dix ans. Elle sera modifiée par la suite aux fins de la nomination de deux autres commissaires et la prolongation jusqu'en 1977, du mandat de la commission.

⁵⁷ Barsh, «Indian Land Claims Policy» (voir la note 54).

⁵⁸ Rosenthal, *Their Day in Court* (voir la note 51), p. 29.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, p. 30.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² (1823) 8 Wheaton 543, 21 U.S. 240, 5 L.Ed. 681 (U.S.S.C.).

⁶³ Lewis Meriam *et al.*, *The Problems of Indian Administration*, Baltimore, Institute for Government Research, John Hopkins University Press, 1928.

La date limite du 31 août 1951 avait été fixée pour le dépôt des revendications. À cette date, 370 revendications ont été déposées, mais elles représentent 611 dossiers différents, car bon nombre d'entre elles reposent sur plusieurs bases d'action judiciaire⁶⁴.

Après avoir rejeté l'idée d'instaurer l'Indian Claims Court, le Congrès procède donc à la mise en place de l'Indian Claims Commission. Celle-ci est toutefois habilitée à exercer quelques fonctions adjudicatives, puisqu'elle peut approuver des revendications de compromis et déterminer le sort des revendications. Elle seule décide de la validité des revendications. Cette décision ne relève plus désormais des pouvoirs législatifs et exécutifs du gouvernement. Sans pouvoir mener une enquête indépendante, la Commission peut se fonder sur les mémoires présentés par les tribus indiennes et le ministère de la Justice.

Malgré la création de l'Indian Claims Commission, la Court of Claims si redoutée ne devait pas disparaître complètement du tableau, car on pouvait y aller en appel des décisions de la Commission. Ce pouvoir d'appel ne se limitait pas aux questions de droit, puisque la Cour était autorisée à déterminer si les décisions de la Commission portant sur un point de fait litigieux s'appuyaient sur des preuves réelles⁶⁵. Un total de 169 appels ont été portés devant la Cour, qui en a accueilli environ le tiers⁶⁶.

L'Indian Claims Commission n'a pas donné les résultats escomptés. On avait espéré au départ qu'elle se prononce sur toutes les revendications tribales en dix ans, mais cette période n'a pas suffi même pour entendre les revendications. De nombreuses causes de délai ont été invoquées, mais la Commission en a dégagé trois grandes. Premièrement, le service des revendications des Indiens du ministère de la Justice a croulé sous la tâche. Deuxièmement, des pénuries de personnel au General Accounting Office ont réduit considérablement la capacité de fournir à la Commission des vérifications des montants et des propriétés détenus par les États-Unis au nom des tribus. Troisièmement, un grand nombre des dossiers essentiels se trouvaient au Bureau of Indian Affairs et étaient dans un état chaotique⁶⁷.

Selon les tribus indiennes, en plus des délais, la Commission connaissait d'autres problèmes. Le premier était le fait qu'elle évaluait les dommages et intérêts pour la plupart des revendications en fonction de la valeur marchande des terres au moment où elles avaient été prises. Elle ne tenait nullement compte des intérêts sur l'indemnité ni de l'inflation. Un auteur a donc conclu : «Par conséquent, les compensations accordées par la Commission représentaient souvent moins de 1 p. 100 de la valeur réelle des pertes subies par les tribus requérantes»⁶⁸. Le second problème, toujours selon les tribus, résidait dans les dédommagements prélevés dans certains cas. Sans être aussi courante que sous le régime de la Court of Claims, cette pratique continuait, malgré tout, d'exister⁶⁹.

⁶⁴ J. Vance. «Indian Claims: The U.S. Experience» (1974) 38 Sask. L. Rev. 1, p. 6.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Barsh, «Indian Land Claims Policy» (voir la note 54), p. 7.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 20.

L'Indian Claims Commission a été abolie en 1978, après que son mandat eut été prorogé quatre fois. Ses 32 années d'existence ne lui avaient pas permis de régler son nombre des revendications qu'elle s'était fixé comme objectif de régler en dix ans. Elle laissait près d'une centaine de dossiers sur lesquels la Court of Claims serait appelée à trancher.

La nature adjudicative de la Commission signifiait qu'il fallait nécessairement des avocats pour défendre les deux parties. Dans une étude approfondie, Russell Barsh conclut qu'en moyenne, les tribus ont versé environ 9,8 p. 100 des indemnisations reçues en frais juridiques⁷⁰. Il conclut également que ce processus accusatoire occasionnait des délais, qu'il coûtait cher au gouvernement américain et que ces coûts auraient pu être réduits considérablement si les indemnisations avaient été payées au moment de la création de la Commission :

Obliger les tribus à intenter des poursuites, et les États-Unis à se défendre dans un procès accusatoire, a aussi nettement retardé les paiements. Après 30 ans de litiges continus, les tribus requérantes avaient obtenu l'équivalent de 1 milliard de dollars de 1978, à un coût de plus de 1,2 milliard de dollars de 1978 pour les États-Unis. Par conséquent, les tribus auraient été tout aussi gagnantes financièrement si les États-Unis avaient tout simplement transféré 150 millions de dollars à leurs comptes fiduciaires en 1946 et avait permis à cette somme de rapporter des intérêts pendant 30 ans⁷¹.

Le règlement des revendications des Autochtones en Alaska est intervenu en dehors de la Court of Claims et de l'Indian Claims Commission. En effet, au terme des négociations menées entre le gouvernement des États-Unis et les requérants, l'*Alaska Native Claims Settlement Act*⁷², adoptée en 1971, a imposé ce règlement portant que «les Autochtones reçoivent près de 1 milliard de dollars, soit 462 millions de dollars versés par les contribuables fédéraux et 500 millions obtenus grâce à une redevance temporaire de 2 p. 100 sur la mise en valeur par le gouvernement fédéral et par l'État des terres de l'Alaska. Les Autochtones ont aussi choisi 40 millions d'acres : 22 millions pour les villages, ce qui représente environ 400 acres par villageois; 16 millions pour les sociétés régionales, attribués selon les régions géographiques, ainsi que les droits d'exploitation du sous-sol au choix des villages; et 2 millions pour des particuliers et des groupes qui ne partagent pas les droits fonciers du village»⁷³.

Le fait que cette revendication a été réglée sans l'intervention de la Court of Claims ni de l'Indian Claims Commission n'a pas éliminé tous les problèmes pour autant. Russell Barsh a cerné huit grands problèmes que posait ce règlement. Quatre sont liés à l'administration ou aux lois fédérales : il s'agit de la discrétion administrative, des retards dans la gestion des terres, de l'imposition des terres autochtones, et de l'inaliénabilité des actions.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 22.

⁷¹ *Ibid.*, p. 23.

⁷² 85 Stat. 688, 18 décembre 1971.

⁷³ Barsh, «Indian Land Claims Policy» (voir la note 54), p. 48.

Les quatre autres problèmes, de nature organisationnelle, sont : les chevauchements des organisations locales, les conflits entre les villages et les régions, les conflits dans les régions, et les conflits entre les élites et les valeurs⁷⁴.

En plus de celles des Autochtones de l'Alaska, d'autres revendications ont été réglées par la voie législative. La *Maine Indian Claims Settlement Act* de 1980, par exemple, accorde essentiellement aux Indiens du Maine 54 millions de dollars pour acheter des terres, ainsi que le produit d'un fonds fiduciaire de 27 millions de dollars⁷⁵.

L'EXPÉRIENCE NÉO-ZÉLANDAISE

La Nouvelle-Zélande est un pays beaucoup plus petit que le Canada, par sa géographie et sa population. En ce qui concerne les revendications territoriales, la différence importante entre les deux pays réside dans le fait qu'un seul traité a été signé en Nouvelle-Zélande – le traité de Waitangi de 1840. Ce traité, qui couvre la plus grande partie de la Nouvelle-Zélande, a été signé avec un seul groupe d'Aborigènes, les Maoris. Au Canada, par contre, une foule de groupes autochtones ont conclu des traités avec la Couronne.

Il n'y a pas eu de processus officiel de revendications territoriales en Nouvelle-Zélande avant 1975, date de l'adoption de la *Treaty of Waitangi Act*. Cette loi découlait du mécontentement grandissant manifesté par les Maoris à l'égard de ce qu'ils percevaient comme des violations du traité. Ils demandaient justice et réparation des torts passés et présents. Le Waitangi Tribunal a reçu pour mandat de régler ces différends, mais il doit surmonter de nombreux obstacles pour satisfaire aux demandes des Maoris. Parce que le Tribunal ne peut examiner que les faits survenus après sa création, il ne peut se prononcer sur ce qui s'est produit entre 1840 et 1975. C'est de ce problème, et d'autres encore, que traite Andrew Sharp dans son étude sur les Maoris en Nouvelle-Zélande⁷⁶. Sharp conclut que le Tribunal ne peut pas faire grand-chose pour réparer les torts causés, ce que souhaitent justement les Maoris⁷⁷. Son efficacité se trouve également compromise :

Il n'a reçu aucun pouvoir de détermination légale, sauf le «pouvoir exclusif de déterminer l'esprit et la lettre du traité». Or, ce pouvoir était restreint dans son application. En effet, les décisions prises à cet égard ne pouvaient s'appliquer qu'aux questions relevant de la loi sur le traité de Waitangi (*Treaty of Waitangi Act*), cette loi même qui l'avait créé et selon laquelle ses autres pouvoirs se limitaient à ceux «de tenir des audiences et de faire enquête» sur des dossiers et de «faire rapport et présenter des recommandations» à leur sujet à l'organe exécutif du gouvernement. Il n'existait ni pouvoir de déterminer le partage des droits et des obligations légaux, ni pouvoir d'exécution de la loi. Le Tribunal n'était même pas chargé de

⁷⁴ *Ibid.*, p. 49.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 63-64.

⁷⁶ Andrew Sharp, *Justice and the Maori: Maori Claims in New Zealand Political Arguments in the 1980s*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 74.

définir les *droits* issus de traités et de demander au gouvernement de les appliquer. Il devait plutôt porter son attention sur les « applications pratiques des principes » du traité. Et les « applications pratiques des principes » ne sont pas l'application de droits⁷⁸.

C'est peut-être à cause de ces problèmes que le Tribunal a accompli si peu au cours des neuf premières années de son existence. En juillet 1984, il n'avait été saisi que de 14 revendications : trois avaient été réglées, trois avaient été retirées, trois avaient été renvoyées aux requérants, et cinq étaient à l'étude⁷⁹. Mais la situation était appelée à changer : en mars 1989, 180 réclamations attendaient d'être entendues⁸⁰. Cette forte hausse des revendications était attribuable à des modifications apportées à la loi en 1985 et en 1988 en réponse aux demandes de réforme exprimées par les Maoris. Les changements les plus importants portaient sur la composition et les compétences du Tribunal. À sa création, en 1975, il était formé de trois membres, dont le juge en chef de la Maori Land Court. En 1988, il en comptait seize, dont sept étaient des juges de cette Cour habilités à présider. Fait plus important encore, une modification apportée en 1985 permettait au Tribunal d'examiner des revendications maories antérieures à sa création⁸¹.

En ce qui concerne les pouvoirs limités du Tribunal de faire des recommandations, on a demandé d'élargir ces pouvoirs afin de prévoir une capacité adjudicative. Ces demandes de réforme provenaient surtout des Maoris⁸², mais elles sont restées lettres mortes à Wellington. De plus, les Maoris ne s'entendaient pas tous pour que le Tribunal ait des pouvoirs adjudicatifs⁸³. S'y opposait notamment le juge E. Tachakurei Durie, lui-même membre du Tribunal, qui était à l'époque juge en chef de la Maori Land Court⁸⁴.

Un autre facteur important de l'accroissement de la charge de travail du Tribunal a été l'adoption d'un mode de fonctionnement biculturel. E.T. Durie et G.S. Orr signalent diverses caractéristiques et activités du Tribunal qu'ils jugent uniques et qui, selon eux, contribuent à son caractère biculturel⁸⁵. Ainsi, le Tribunal comprend du personnel maori et *pakeha*⁸⁶. « Parmi les traités qui ont été conclus entre des groupes indigènes et des groupes de colons, il en est peu, s'il en existe un seul, qui ne soit pas interprété par un organisme représentant les deux camps. La composition du Tribunal témoigne donc, en soi, d'un principe important⁸⁷. De plus, le Tribunal estime important de tenir compte des Maoris et de leurs traditions :

Pour donner aux Maoris une réalité juridique, le Tribunal avait divers choix, dont le pluralisme légal et la division des services juridiques, afin de créer des unités séparées pour

⁷⁸ *Ibid.*, p. 74-75.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 76.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 77.

⁸¹ *Ibid.*, p. 79.

⁸² *Ibid.*, p. 96.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ E.T. Durie et G.S. Orr, «The Role of the Waitangi Tribunal», (1990-91) 14 N.Z. Univ. L. Rev. 62, p. 64.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Pakeha* est le mot maori pour désigner les Européens.

⁸⁷ Durie et Orr, «The Role of the Waitangi Tribunal» (voir la note 84), p. 63.

les Maoris. Soucieux d'exprimer le mieux possible le Traité et la réalité néo-zélandaise⁸⁸, il devait plutôt opter pour ce que l'on pourrait décrire comme un ordre judiciaire unique ayant des capacités biculturelles.

Pour arriver à ce biculturalisme, le Tribunal adopte les coutumes juridiques et les protocoles procéduraux des cultures maorie et *pakeha*⁸⁹. Il permet l'élargissement, la modification et la substitution des revendications lorsque les recherches, parfois menées par le Tribunal lui-même, révèlent de nouveaux motifs ou des motifs différents de revendication⁹⁰. Par conséquent, les parties se sont pas obligées de s'en tenir strictement à leur argumentation. En outre, certaines audiences ont lieu au *marae*⁹¹, où l'on suit la procédure maorie⁹². Selon cette procédure, le contre-interrogatoire des Anciens est limité⁹³. Le Tribunal demande à l'avocat de la partie adverse de formuler ses questions et ses préoccupations, et tente lui-même d'obtenir une réponse des Anciens⁹⁴. Dans certains cas, il accepte les témoignages de groupe et les discussions, les membres de la tribu pouvant alors aider les Anciens à relater divers éléments de preuve, y compris ceux transmis oralement⁹⁵. Il renonce parfois aux témoignages sous serment (lorsqu'il s'agit de faits et d'opinions), estimant que la présence d'autres membres de la tribu empêche les erreurs et les témoignages tendancieux⁹⁶. Le Tribunal ne se limite pas à des audiences tenues à un seul endroit. Il entend aussi des témoignages sur les lieux historiques proprement dits, parce que les Anciens peuvent mieux se rappeler les faits et les raconter sur place⁹⁷.

Même lorsque les audiences ne se tiennent pas au *marae*, les procédures ne se déroulent pas de manière strictement accusatoire. Cette façon de procéder tient compte de la masse impressionnante d'opinions d'historiens et de spécialistes reçues pour ce type de revendications. Dans le cas d'une revendication en particulier, seules des questions destinées à éclaircir les faits ont été posées aux témoins. La partie adverse a été invitée à consigner ses questions et ses remarques par écrit, et on y a répondu en se réservant le droit de rappeler les témoins⁹⁸.

À ces audiences, l'interprétation n'est pas consécutive, parce que la coutume maorie ne permet pas que l'interlocuteur soit interrompu. Les interprètes préparent plutôt un compte rendu écrit qu'ils présentent par la suite. La traduction de l'anglais au maori, et inversement, comporte les difficultés qui se posent habituellement lorsque le mode de pensée n'est pas le même dans les deux langues⁹⁹. Le Tribunal se trouve avantagé de ce

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*, p. 64.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 65.

⁹¹ *Marae* est le mot maori qui désigne le centre spirituel des affaires tribales des Maoris.

⁹² Durie et Orr, «The Role of the Waitangi Tribunal» (voir la note 84), p. 67.

⁹³ *Ibid.*, p. 68.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 67.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*, p. 70.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 71.

point de vue, car les membres maoris comprennent les témoignages donnés dans leur langue et peuvent ensuite les interpréter pour leurs collègues non maoris.

L'EXPÉRIENCE AUSTRALIENNE

Contrairement au Canada, à la Nouvelle-Zélande et aux États-Unis, l'Australie n'a signé aucun traité avec les peuples autochtones. Parce que l'on ne reconnaît dans ce pays aucun fondement d'un droit ancestral en *common law*, les seuls titres ancestraux admis tirent leur origine d'une loi. L'*Aboriginal Land Rights (NT) Act* de 1976¹⁰⁰, par exemple, permet aux Aborigènes du Territoire du Nord de posséder des terres qui leur ont été réservées, ainsi que de réclamer et de détenir des terrains vacants pour lesquels ils peuvent démontrer l'existence d'un titre de propriété traditionnelle¹⁰¹.

La Loi donnait automatiquement (en fiducie) aux Aborigènes du Territoire du Nord les terres qui leur avaient déjà été réservées et qui représentaient environ 18 p. 100 du Territoire¹⁰². Elle prévoyait aussi la nomination d'un commissaire des terres aborigènes chargé de tenir des audiences sur les revendications territoriales (fondées sur un quelconque titre de propriété traditionnelle) et de présenter ses recommandations au ministre fédéral des Affaires aborigènes. Le rôle du commissaire n'était que consultatif, la décision finale appartenant au Ministre.

Dans le régime constitutionnel australien, les terres relèvent surtout des gouvernements des États, qu'elles appartiennent ou non aux aborigènes. Il n'existe donc pas de processus uniforme de reconnaissance du titre ancestral.

La non-reconnaissance des droits ancestraux en *common law* s'est maintenue jusqu'à tout récemment. La conviction du gouvernement australien qu'il n'existait aucun titre ancestral en *common law* devait, en effet, être durement ébranlée par l'arrêt *Mabo*¹⁰³, qui a fait jurisprudence. Les Australiens doivent désormais tenir compte d'un arrêt de la Cour suprême qui reconnaît le titre ancestral en *common law*. Face à cette situation et en prévision des revendications des Aborigènes, le gouvernement australien a créé le National Native Title Tribunal, qui est régi par la *Native Title Act 1993* (Cth). Selon le président de ce tribunal, «la preuve d'un droit ancestral reconnu en *common law* peut nécessiter une enquête exhaustive et longue sur les lois et les coutumes traditionnelles, leur contenu et leur application aux terres visées, ainsi que l'histoire du lien communautaire à la terre. Et même lorsqu'un droit ancestral est établi d'après ces critères, la question de l'extinction peut se poser»¹⁰⁴. Il estime que l'un de ses objectifs principaux est d'éviter ou

¹⁰⁰ Il convient aussi de citer la *Pitjantjara Land Rights Act* de 1981, la *Maralinga Tjartja Land Rights Act* de 1984, et l'*Aboriginal Land Rights Act* de 1984.

¹⁰¹ Marc Gumbert. *Neither Justice nor Reason: A Legal and Anthropological Analysis of Aboriginal Land Rights*, St. Lucia, University of Queensland Press, 1984, p. 40-41.

¹⁰² *Ibid.*, p. 110.

¹⁰³ *Mabo v. Queensland (N° 2)* (1992), 175 C.L.R. 1, 107 A.L.R. 1.

¹⁰⁴ R.S. French. «The National Native Title Tribunal – Early Directions» (1994) *Australian Dispute Resolution Journal* 164, p. 166.

d'atténuer ces problèmes d'établissement de la preuve en prévoyant un mécanisme de médiation et de conciliation¹⁰⁵.

Le Tribunal peut étudier les demandes de détermination d'un droit ancestral. La demande doit être formulée par les requérants, lesquels veulent faire établir un droit ancestral sur les terres revendiquées, ou par la partie adverse, qui cherche à faire établir que ce droit n'existe pas¹⁰⁶.

Le Tribunal peut aussi examiner des demandes de révocation ou de modification d'une décision portant reconnaissance d'un droit ancestral¹⁰⁷. Ces demandes, qui sont présentées par l'organisme autochtone enregistré qui jouit de ce droit, par le ministre fédéral, ou par le ministre de l'État ou du Territoire, peuvent se fonder sur deux motifs : une évolution de la situation qui rend cette décision contestable, ou la nécessité, au nom du bon droit et de la justice, de modifier ou de révoquer ladite décision¹⁰⁸.

De plus, le Tribunal est autorisé à entendre des demandes relatives à «...la compensation à verser par suite de certaines décisions passées du gouvernement fédéral, ou de celui de l'État ou du Territoire, qui peuvent avoir influencé les droits ancestraux. Les demandes peuvent aussi se rapporter à des décisions à venir, comme l'acquisition obligatoire de droits ancestraux»¹⁰⁹.

Le Tribunal exerce aussi une fonction d'arbitre concernant les demandes dont il est saisi en vertu du paragraphe 75(1). Ces demandes peuvent se présenter sous la forme d'objections à ce qu'un organisme gouvernemental vienne à prendre certaines décisions sans négociation, ou viser à ce qu'on détermine les paramètres de telles décisions. La première catégorie regroupe les droits miniers, les acquisitions obligatoires et d'autres questions qui peuvent être traitées par le Ministre, qui ne nécessitent pas de négociations, mais auxquelles on peut s'opposer. Pour ce qui est des questions tombant dans la seconde catégorie, les négociations peuvent se dérouler volontairement ou être exigées par la Loi. Le requérant peut s'opposer à ce qu'une décision soit prise concernant telle ou telle question, ou y consentir, avec ou sans condition¹¹⁰.

Lorsque le Tribunal doit déterminer s'il existe un droit ancestral, son rôle principal en est un de médiateur et de conciliateur. Lorsqu'une demande de décision est présentée, elle peut être contestée ou non, ou la décision peut être prise par consentement entre les parties. Lorsque la demande n'est pas contestée et qu'il y a accord, le Tribunal doit faire enquête¹¹¹.

Le processus prévu par la *Native Title Act* commence par la présentation de la demande au registraire. Lorsque celui-ci en est saisi, un agent de dossier est désigné pour examiner la demande et préparer un court rapport indiquant si elle doit être accueillie ou

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 168.

¹⁰⁷ Par. 13(1) de la Loi.

¹⁰⁸ French, «The National Native Title Tribunal», renvoi 104 ci-dessus, p. 169.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 170.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 176.

non¹¹². Il n'est pas nécessaire que le requérant présente des preuves évidentes pour que sa demande soit acceptée¹¹³. En règle générale, le registraire acceptera la demande ou la renverra à un membre du Tribunal dans un délai d'un mois après sa réception¹¹⁴. Si la demande est renvoyée à un membre du Tribunal, ce dernier a quatorze jours pour décider si la demande est acceptable¹¹⁵. En cas de refus, le requérant en est informé et dispose d'au moins quatorze jours pour répondre. Une fois cette dernière étape franchie, le membre du Tribunal rend sa décision dans un délai de quatorze jours¹¹⁶.

Dès que la demande a été acceptée, le registraire en informe toutes les parties susceptibles d'être visées. Si, après cet avis, la demande ne suscite aucune objection ou si un règlement intervient, on procède à une enquête au terme de laquelle le Tribunal rend sa décision.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 179.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 177.

LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRES

Les différends peuvent aussi se régler hors cour. De plus en plus, les poursuites judiciaires ne sont considérées que comme un moyen parmi tant d'autres de régler un différend. Il existe essentiellement trois types de mécanismes de règlement extrajudiciaires : la négociation, la médiation et l'arbitrage. Il convient, par ailleurs, de souligner les mécanismes hybrides, c'est-à-dire qui comportent divers éléments des trois mécanismes précités. Il y a, par exemple, la médiation-arbitrage, l'ombudsman, le mini-procès, le procès sommaire devant jury, le jugement privé, et l'opinion d'un expert neutre.

LA NÉGOCIATION

La négociation est la recherche d'un accord entre les parties à un litige. Chaque partie jouit d'une certaine autonomie, en ce sens qu'elle s'efforce de parvenir à une entente sans l'intervention d'un tiers¹¹⁷.

Les négociations peuvent se rapporter soit à un litige, soit à une transaction. Dans le premier cas, le conflit résulte d'un événement qui s'est déjà produit, tandis que dans le second, il découle d'un événement à venir¹¹⁸. Il peut également s'agir de négociations de partage ou de négociations d'intégration. Il y a négociation de partage lorsqu'il faut répartir des ressources limitées entre les parties. Autrement dit, toutes les parties se partagent le même gâteau; plus la part d'une partie est grosse, plus celle de l'autre est petite. Dans les négociations d'intégration, les parties ne sont pas nécessairement en désaccord, d'où la possibilité que les négociations soient avantageuses pour les deux parties¹¹⁹.

Il y a généralement deux méthodes de négociation : celle-ci peut être tantôt accusatoire, tantôt axée sur la résolution des problèmes. D'habitude, la méthode accusatoire est adoptée lorsque les parties souhaitent optimiser leurs avantages personnels. Tout se déroule presque toujours de la même façon : les parties essaient de maintenir leur position sans céder de terrain, elles font des compromis, et elles parviennent à une entente. D'abord éloignée du minimum acceptable, la position des parties s'en approche au fur et à mesure qu'elles font des compromis. Par contre, la méthode de résolution des problèmes cherche à procurer des avantages aux deux parties plutôt qu'à une seule. Le conflit est perçu comme

¹¹⁷ J.M. Nolan-Haley, *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, West Publishing Co., 1992, p. 13.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 13-14.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 15-16.

un problème commun que les deux parties ont intérêt à régler. C'est un mécanisme de facilitation qui repose sur la négociation des intérêts plutôt que sur la défense des positions respectives¹²⁰.

LA MÉDIATION

La médiation fait appel à un tiers qui tente d'aider les parties à s'entendre. On y a souvent recours lorsque les négociations achoppent. Le médiateur n'impose pas un résultat aux parties, mais il offre un point de vue objectif pour les aider à parvenir à une entente. Contrairement à l'arbitrage, où seul le droit entre en cause, la médiation peut faire entrer en jeu d'autres valeurs ou notions comme l'équité et la morale¹²¹. Il existe deux types de médiation : celle qui se fonde sur les droits et celle qui se fonde sur les intérêts¹²². Dans le premier, le processus est influencé par les recours judiciaires que les parties croient avoir. La médiation fondée sur les intérêts met davantage l'accent sur ce qui oppose fondamentalement les parties.

Le médiateur a pour tâche principale de faire circuler l'information et de faciliter les négociations. Il peut y parvenir par des rencontres mixtes ou des séances privées, ou les deux. Un rapport de confiance doit exister entre le médiateur et les parties, sans quoi la médiation échouera. Le médiateur peut contribuer à définir et à rédiger l'accord¹²³.

L'ARBITRAGE

De tous les mécanismes de règlement extrajudiciaires, l'arbitrage est celui qui s'approche le plus du processus judiciaire. Les parties présentent leurs arguments à un tiers neutre – une personne ou un groupe – qui a le pouvoir de rendre une décision exécutoire. C'est la forme la plus ancienne de règlement des différends. Dans le secteur commercial, en particulier, on y recourt sans cesse. Bien que l'arbitrage ressemble aux procédures judiciaires, il comporte plusieurs avantages par rapport à ces dernières, aux plans de l'efficacité et des coûts, par exemple. Même si les tribunaux se limitent généralement à des considérations de droit, l'arbitrage peut tenir compte d'autres facteurs si les deux parties sont d'accord. Les procédures, contrôlées par les parties, sont aussi plus souples que dans une cour de justice. Autre avantage important, les parties choisissent les arbitres.

L'arbitrage peut porter sur des intérêts ou sur des droits¹²⁴. Dans le premier cas, le différend touche les modalités d'un contrat ou à d'autres liens entre les parties. Dans le second, il porte sur la violation ou le bris d'un contrat ou d'une relation. L'arbitre examine les deux positions et son jugement lie les deux parties. Le jugement peut être un compromis entre les deux positions ou en favoriser une plus que l'autre.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 20-24.

¹²¹ *Ibid.*, p. 56-57.

¹²² *Ibid.*, p. 57.

¹²³ *Ibid.*, p. 57.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 130.

Les parties acceptent parfois ce qu'on appelle l'arbitrage de l'offre finale¹²⁵, chacune faisant une offre finale à l'autre. L'arbitre en choisit une des deux, sans imposer de compromis. Ce mécanisme force les parties à présenter des offres finales généralement raisonnables et réalistes.

LES MÉCANISMES HYBRIDES ET LA MÉDIATION-ARBITRAGE

La médiation-arbitrage est un mélange de médiation et d'arbitrage. Le processus commence par une médiation, mais s'il est impossible de parvenir à un accord, le médiateur devient l'arbitre. C'est un processus qui encourage encore plus les parties à s'entendre parce qu'elles savent que le médiateur deviendra arbitre s'il est impossible de s'entendre¹²⁶.

LES RELATIONS DE TRAVAIL

Le milieu de travail suscite de nombreux litiges et de nombreux griefs. Il n'est donc pas étonnant que les mécanismes de règlement extrajudiciaires s'y soient beaucoup développés. Ces mécanismes comprennent la négociation, la médiation, l'arbitrage et diverses formes hybrides. Le professeur Brad Morse les a analysés et les a appliqués au contexte des revendications des Indiens¹²⁷. Le professeur Morse conclut : «Presque tous les mécanismes auxquels on a recours actuellement dans le secteur des relations de travail pourraient être adoptés et adaptés de façon à constituer des éléments viables d'une politique globale visant à réparer les injustices passées et présentes. L'arbitrage, les enquêtes, la médiation, la conciliation, le choix de l'offre finale et les règlements législatifs pourraient faire partie des nouveaux processus de traitement des revendications»¹²⁸. Le professeur Morse fait ressortir certains exemples récents d'utilisation de ces mécanismes dans le contexte des revendications territoriales : «Il ressort ... clairement de ces expériences qu'il est réaliste de songer à utiliser les techniques utilisées dans les relations de travail pour régler ces griefs très particuliers»¹²⁹.

L'histoire a démontré que ces mécanismes de règlement extrajudiciaires ont été relativement fructueux dans le secteur des relations de travail. Comme l'a conclu le professeur Morse, ils pourraient constituer des solutions viables dans le domaine des revendications territoriales.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*, p. 200-201.

¹²⁷ Bradford W. Morse. «Labour Relations Dispute Resolution Mechanisms and Indian Land Claims», dans Bradford W. Morse éd., *Indian Land Claims in Canada*, Wallaceburg : Association of Iroquois and Allied Indians, Grand Council Treaty # 3 et Union of Ontario Indians, Walpole Indian Research Centre, 1983, p. 293.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 343.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 346.

ANALYSE

L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

Parmi tous les pays dont il est question dans le présent article, c'est aux États-Unis que le processus de règlement des revendications territoriales est le plus orienté vers l'arbitrage. À toutes fins utiles, l'*Indian Claims Commission* était un tribunal qui tenait des audiences, entendait des témoignages et rendait des jugements. Sa capacité de rendre des jugements et d'accorder des compensations donnait d'une certaine façon un caractère final au processus, ce qui constitue une caractéristique positive. Mais parce qu'elle ressemblait à un tribunal, il y avait un gagnant et un perdant, ce qui, dans bien des cas, a valu aux requérants de se retrouver dans ce dernier camp. Par ailleurs, ses procédures étaient strictement judiciaires et accusatoires, ce qui ne devait pas améliorer les relations entre les tribus et le gouvernement fédéral.

L'EXPÉRIENCE NÉO-ZÉLANDAISE

Contrairement à l'*Indian Claims Commission* des États-Unis, le Tribunal Waitangi de la Nouvelle-Zélande n'a aucun pouvoir de rendre des décisions finales. Il recommande simplement des règlements au gouvernement, après avoir fait enquête. La caractéristique la plus inhabituelle de ce tribunal est son caractère biculturel. L'un des commissaires a fait valoir que ce biculturalisme découlait justement de ce que le Tribunal ne prenait pas de décisions finales. Autrement, il aurait dû adopter des règles judiciaires strictes de procédure et de preuve qui auraient effectivement écarté toute possibilité de biculturalisme¹³⁰.

Le biculturalisme est une idée attrayante. Il existe cependant à cet égard, entre la Nouvelle-Zélande et le Canada, des différences importantes. Il n'y a qu'un groupe aborigène en Nouvelle-Zélande, alors qu'au Canada, il y a une foule de Premières Nations qui ont chacune une langue, une culture et des procédures différentes. Instaurer un système complètement biculturel au Canada serait une entreprise gigantesque, mais pas impossible.

L'EXPÉRIENCE AUSTRALIENNE

Le National Native Title Tribunal de l'Australie peut déterminer les droits ancestraux. Il possède des attributs uniques, notamment le pouvoir de déterminer si un droit ancestral n'existe pas dans une région en particulier ainsi que le droit d'entendre les revendications

¹³⁰ Durie et Orr, «The Role of the Waitangi Tribunal» (voir la note 84), p. 64-65.

de requérants non autochtones. Une autre caractéristique unique est la capacité de ce tribunal de révoquer ou de modifier une décision déjà prise au sujet d'un droit. Celles-ci, tout comme leur justification, ne seraient probablement jamais acceptables aux yeux des Premières Nations du Canada.

Malgré ses lacunes, le Tribunal possède au moins une caractéristique utile : il prévoit des délais pour la présentation des demandes et pour les réponses à ces demandes. Ces dispositions devraient accélérer le processus et éviter les délais inutiles qui semblent inévitables dans tout processus de traitement des revendications territoriales.

LE PROCESSUS DE NÉGOCIATION

La négociation est souvent le meilleur moyen de régler les différends lorsqu'on désire fortement maintenir une relation amicale entre les parties. C'est le moins accusatoire des mécanismes de règlement des différends; comme il ne crée ni gagnant ni perdant, les deux parties gagnent du terrain sans détruire la position de l'autre.

Mais si la négociation demeure souhaitable, elle n'est pas nécessairement compatible avec les revendications territoriales, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, elle ne peut fonctionner que si les deux parties ont un pouvoir de négociation relativement égal, si elles ont chacune quelque chose à gagner et quelque chose à perdre. Il n'y a pas vraiment de raison de négocier quand on ne risque rien. Si l'on jette un coup d'oeil sur les relations actuelles entre le gouvernement et les Premières Nations, on constate que celles-ci ont beaucoup à perdre alors que le gouvernement, lui, ne risque pas grand-chose, voire rien du tout. On demande aux Premières Nations de renoncer à leurs droits légaux (notamment) et au gouvernement, de négocier des coûts. De plus, il existe entre le gouvernement et les Premières Nations une relation de fiduciaire qui n'est pas vraiment propice à la négociation.

Deuxièmement, dans les revendications territoriales en général, aucun tiers ne vient exercer de pressions externes pour que les parties arrivent à une entente. Il est extrêmement difficile d'amener deux parties diamétralement opposées à s'entendre lorsque personne d'autre n'entre en jeu. À en juger par le peu de règlements conclus depuis son entrée en vigueur, la politique de négociation s'avère plutôt décevante.

LA MÉDIATION

La médiation comporte l'intervention d'un tiers qui tente d'aider les parties à s'entendre, ce qui en fait sans doute le mode de règlement qui convient le mieux aux revendications territoriales. En plus de faire le lien entre les parties pour aplanir les différences, le tiers prête une oreille attentive aux frustrations des deux parties et peut les empêcher d'exprimer ces frustrations face à face. Comme dans la négociation, il n'y a pas nécessairement un gagnant et un perdant, et les parties ne risquent pas non plus de tout perdre. Mais tout comme la négociation, la médiation donne de meilleurs résultats lorsque le pouvoir de négocier est égal pour les deux parties, ce qui, nous l'avons déjà indiqué, n'est pas le cas au chapitre des revendications territoriales.

L'ARBITRAGE

L'arbitrage fonctionnerait sans aucun doute dans le contexte des revendications territoriales. Bien conçu, il pourrait se révéler le moyen le plus rapide d'arriver à un règlement à peu près final des revendications. Son principal inconvénient, toutefois, est qu'on y risque le tout pour le tout, sans compter que les procédures essentiellement accusatoires que comporte l'arbitrage le rendent moins compatible que tout autre avec une approche biculturelle. Pour instaurer le biculturalisme qui serait plus acceptable aux Premières Nations, il faudrait donc remanier le modèle classique de l'arbitrage afin d'atténuer les procédures accusatoires.

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Il existe de nombreux problèmes liés aux politiques et aux processus actuels de traitement et de règlement des revendications territoriales. Les revendications s'accumulent et le mécontentement est général chez les Premières Nations. Il faut apporter des changements dès que possible, car plus l'impasse dure, plus elle devient difficile à dénouer. Ces changements devront également être effectués après consultation et avec le concours des Premières Nations. Il est plus souhaitable d'obtenir l'aval de ces dernières avant de changer quoi que ce soit que d'essayer de les convaincre ensuite de la nécessité de ce qui a été décidé, ce qui, par le passé, a nui considérablement à une participation fructueuse des Premières Nations au règlement des revendications territoriales.

Le manque de volonté politique des précédents gouvernements a également constitué un obstacle majeur à des progrès notables au chapitre des revendications territoriales. Quel que soit le processus choisi, il n'est viable que dans la mesure où le gouvernement fédéral montre une volonté politique suffisante. Cela ne tardera peut-être pas à se produire, vu que le gouvernement actuel a exprimé durant la dernière campagne électorale le désir d'apporter des modifications importantes à la politique des revendications territoriales :

Le mécanisme actuel de règlement des revendications globales et particulières ne fonctionne tout simplement pas. Nous le réaménagerons. Pour accélérer et faciliter le règlement des revendications, nous créerons, en collaboration avec les peuples autochtones, une commission indépendante qui sera saisie de ces revendications. Cette commission ne devrait pas empêcher une négociation directe¹³¹.

De plus, lorsque le Parti libéral a publié son programme pour les Autochtones en septembre 1993, il a reconnu que, même si la situation des droits ancestraux et issus de traités avait beaucoup évolué depuis 1982, la politique du gouvernement relative aux revendications territoriales n'avait pas suivi cette tendance¹³². Il promettait d'entreprendre une refonte complète de la politique fédérale en matière de revendications autochtones¹³³. Il

¹³¹ Parti Libéral du Canada. *Pour la création d'emplois, pour la relance économique : Le plan d'action libéral pour le Canada*, Ottawa, Parti Libéral du Canada, 1993, p. 99.

¹³² Commission des peuples autochtones du Parti libéral du Canada. *Renouveler le partenariat : La plateforme sur les politiques de la Commission des peuples autochtones*, Ottawa, 1994, p. 11.

¹³³ *Ibid.*, p. 12.

proposait en outre de créer une commission indépendante des revendications des Indiens¹³⁴.

De plus, le Parti libéral a adopté, à son congrès biennal de 1992, une résolution visant, entre autres, à inclure l'autonomie gouvernementale dans les négociations sur les revendications, à ne plus poser l'extinction des droits ancestraux comme condition de règlement des revendications fondées sur ces droits, à renoncer à l'idée que le droit peut l'emporter sur les revendications fondées sur des titres ancestraux et à abolir la défense des statuts sur la prescription et la règle du retard indu¹³⁵. L'engagement de créer une commission indépendante était aussi exprimé dans cette résolution.

Il semble donc exister une forte volonté politique chez le gouvernement actuel d'apporter des changements réels à la politique des revendications territoriales. Mais pour que ces changements soient significatifs et productifs, les Premières Nations devront y jouer un grand rôle.

RECOMMANDATIONS

1 Le Bureau des revendications des autochtones ne devrait plus pouvoir valider les revendications.

Peu importe le mécanisme de règlement des différends, il est illogique que la partie adverse décide si la plainte portée contre elle est valide ou non. De plus, il existe déjà entre les parties une relation légale de nature fiduciaire.

2 Toute nouvelle politique ou tout nouveau mécanisme doit s'appliquer dans un mode biculturel.

Un processus biculturel contribuerait grandement à faire sentir aux Premières Nations qu'elles participent au processus. Si les bonnes mesures étaient prises, elles encourageraient les Anciens à faire davantage confiance au processus, lequel s'en trouverait dès lors facilité. Il serait utile d'examiner de près le fonctionnement du Tribunal Waitangi.

3 L'autonomie gouvernementale devrait être une possibilité envisagée dans toute revendication découlant d'un droit ancestral.

Les Premières Nations aspireront toujours à l'autonomie gouvernementale. Leur accession à l'autonomie pourrait être accélérée si elle était prévue dans les ententes portant règlement des revendications territoriales.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 13.

¹³⁵ Résolution prioritaire n° 23, Congrès biennal du Parti Libéral, 1992.

4 Le gouvernement devrait être obligé à négocier de bonne foi.

On s'assurerait ainsi que les négociations ne s'éternisent pas simplement parce que le gouvernement estime qu'il n'a rien à perdre en prolongeant le processus.

5 Le gouvernement devrait créer un fonds en fiducie pour contribuer à payer les coûts du règlement des revendications territoriales.

Le gouvernement devrait réserver immédiatement des fonds destinés expressément au paiement des revendications territoriales. Ces montants seraient versés à un compte porteur d'intérêts, cet intérêt devant permettre de payer une partie des coûts. Comme l'a proposé un auteur, le gouvernement américain aurait pu épargner des sommes importantes s'il avait créé un fonds en même temps que l'Indian Claims Commission et laissé les intérêts s'accumuler jusqu'à l'abolition de la Commission¹³⁶.

6 Il faudrait faire en sorte que le règlement des revendications fondées sur les droits ancestraux n'entraîne plus obligatoirement l'extinction de ces droits.

Il s'agit là d'un obstacle majeur au règlement des revendications globales.

7 Il faudrait constituer une commission indépendante ou élargir le mandat de l'actuelle Commission des revendications des Indiens.

Toute nouvelle commission devrait être constituée de manière à pouvoir appliquer les cinq premières recommandations, et posséder au moins les caractéristiques suivantes :

- a) un mandat lui permettant de tirer des conclusions de fait et d'accorder des compensations concernant toutes les revendications, qu'elles soient globales, particulières ou autres;
- b) un mandat prévoyant des mécanismes de règlement extrajudiciaires tels que la négociation, la médiation et la conciliation, ainsi que le pouvoir de fixer des échéances dans le cadre de ces mécanismes;
- c) le pouvoir de s'écarter des règles strictes concernant la preuve et les procédures lorsqu'elle tient ses audiences; ce pouvoir permettra de fonctionner dans un mode biculturel;
- d) une forte représentation régionale, afin que les différentes Premières Nations de tout le pays se reconnaissent dans cette commission;
- e) un nombre suffisant de commissaires pour pouvoir tenir plus d'une audience à la fois, chaque commissaire devant représenter une région en particulier;
- f) des commissaires très au fait du dossier des revendications territoriales et de ses aspects connexes, et nommés, en nombre égal, par le gouvernement fédéral et les Nations autochtones;

¹³⁶ Barsh, «Indian Land Claims Policy» (voir la note 54), p. 20.

- g) des fonds et des ressources lui permettant de réaliser son mandat et de fournir une *aide financière* aux requérants;
 - h) la capacité de jouer un rôle actif dans les autres organismes de règlement des différends;
 - i) la capacité d'aller en appel devant les cours supérieures, les critères applicables devant être les mêmes que pour un tribunal de *droit administratif*;
 - j) un service de recherche chargé d'étudier les faits qui entourent les revendications.
-

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- Affaires indiennes et du Nord Canada. *Fact Sheets on Native Claims*, octobre 1983.
- Association du Barreau canadien. *Les droits des autochtones au Canada : Du défi à l'action*, Ottawa, ABC, 1988.
- Barsh, Russell. «Indian Claims Policy in the United States», 1982, 58 North Dakota L. Rev. 7.
- Canada. Commissaire aux revendications des Indiens. *Un rapport : déclaration et mémoires*, Ottawa, ministre des Approvisionnement et Services, 1977.
- Canada. Commission d'étude des revendications des Indiens. *Revendications des Indiens au Canada : Un exposé préliminaire et une sélection d'ouvrages disponibles en bibliothèque*, Ottawa, Information Canada, 1977.
- Canada et l'Assemblée des Premières Nations. Groupe de travail mixte, *Specific Claims*, volume 1 (documents de référence), Ottawa, février 1993.
- Colvin, Eric. *Legal Process and the Resolution of Indian Claims*, Studies in Aboriginal Rights No. 3, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1981.
- Commission des peuples autochtones du Parti libéral du Canada. *Renouveler le partenariat : La plate-forme sur les politiques de la Commission des peuples autochtones*, Ottawa, Commission des peuples autochtones du Parti libéral du Canada, 1994.
- Commission des revendications des Indiens. *Rapport annuel 1991-1994*, Ottawa, CRI, 1994.
- Commission des revendications des Indiens. *Actes de la Commission des revendications des Indiens [1994] I A.C.R.I.*, Ottawa, CRI, 1994.
- Daniel, Richard C. *Le règlement des revendications des autochtones au Canada 1867-1979*, rédigé pour le ministère des Affaires indiennes et du Nord, septembre 1981.
- Durie, E.T. et G.S. Orr. «The Role of the Waitangi Tribunal and the Development of a Bicultural Jurisprudence», 1990-1991, 14 N.Z. Univ. L. Rev. 62.
- French, R.S. «The National Native Title Tribunal – Early Directions», Australian Dispute Resolution Journal, août 1994, 164.
- Goldberg, Stephen B., Frank E.A. Sander et Nancy H. Roger. *Dispute Resolution*. Toronto, Little, Brown, 1985.
- Gumbert, Marc. *Neither Justice Nor Reason: A Legal and Anthropological Analysis of Aboriginal Land Rights*, St. Lucia, Queensland, Australie, University of Queensland Press, 1984.
- Morse, Bradford W. «Labour Relations Dispute Resolution Mechanisms and Indian Land Claims», dans Morse, éd. *Indian Land Claims*, 293.

- Morse, Bradford W. *Indian Land Claims in Canada*. Wallaceburg Association of Iroquois and Allied Indians, Grand Council Treaty # 3 and Union of Ontario Indians, Walpole Island Research Centre, 1981.
- National Aboriginal Land Rights Legislation. *Discussion Paper*, février 1984.
- Nolan-Haley, Jacqueline M. *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, Minn., West Publishing, 1991.
- Parti libéral du Canada. *Pour la création d'emplois, pour la relance économique : Le plan d'action libéral pour le Canada*, Ottawa, 1993.
- Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, mars 1993.
- Rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales. *Traités en vigueur : ententes durables*, Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord, décembre 1985.
- Revendications des autochtones : politique, processus et perspectives*, février 1978.
- Rhodes, Peter F. *The Report of the Australian Aboriginal Land Rights Commission – A Comment*.
- Rosenthal, H.D. *Their Day in Court: A History of the Indian Claims Commission*, New York et Londres, Garland Publishing, 1990.
- Sharp, Andrew. *Justice and The Maori. Maori Claims in New Zealand Political Arguments in the 1980s*, Auckland, Oxford University Press, 1990.
- United States Indian Claims Commission. *Final Report*, Washington, D.C., Indian Claims Commission, 1978.
- Toohey, John. «Aboriginal Land», 1985, 15 Fed. L. Rev. 159.
- Woodward, Jack. *Native Law*, Toronto, Carswell, 1989.
- Vance, J. «Indian Claims: The U.S. Experience», 1974 38 Sask. L. Rev. 1.