
COMMISSION SUR LES INDIENS DE L'ONTARIO

**DOCUMENT DE TRAVAIL TRAITANT
DES REVENDICATIONS
TERRITORIALES DES
PREMIÈRES NATIONS***

COMMISSAIRE
Harry S. LaForme

CONSEILLERS JURIDIQUES DE LA COMMISSION
Michael Coyle / Kim Fullerton

PERSONNEL DE LA COMMISSION
A. Rodney Bobiwash / Dianna Wheatley / Georgette Howard

24 SEPTEMBRE 1990

* Reproduction autorisée par la Commission sur les Indiens de l'Ontario.

«Y aura-t-il un Wounded Knee au Canada?», demanda un journaliste à George Manuel, président de la Fraternité des Indiens du Canada, à l'été de 1973. Ce dernier répondit :

«Pas si les Canadiens sont capables de comprendre les problèmes des Indiens, de négocier avec nous de bonne foi et de nous appuyer dans la recherche de solutions.

Autrement, les jeunes Indiens prendront certainement les affaires en main»¹.

«Athènes connaîtra la justice seulement lorsque ceux qui ne sont pas lésés ressentiront autant d'indignation que ceux qui le sont».

Thucydide

¹ Cité dans W. Badcock, *Who owns Canada: Aboriginal Title and Canadian Courts*, Ottawa et Toronto, Canadian Association in Support of Native People, Contemporary Native Themes, 1976.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	179
INTRODUCTION	181
BREF HISTORIQUE DES MÉCANISMES DE REVENDICATION TERRITORIALE	184
LA NATURE DES REVENDICATIONS	190
LES PROBLÈMES LIÉS AU RÈGLEMENT DES REVENDICATIONS	197
Introduction	197
Les obligations légales	199
Les obligations fiduciaires de la Couronne envers les Indiens	203
La question des conflits d'intérêts	208
Historique	209
Présentation des revendications	209
Validation des revendications	209
Négociation de la compensation	212
Libellé vague / Interprétation arbitraire	215
La part de doute	215
Compensation : valeur particulière pour le propriétaire	216
Compensation : perte de l'usage	217
Coûts des négociations	218
Autres moyens de défense	219
Absence de pouvoir	219
Le facteur d'extinction	220
L'absence de mécanismes d'appel	223
Le rôle de la province	223
Sommaire	225
LE RECOURS AUX TRIBUNAUX	226
Introduction	226
Le recours aux tribunaux est-il vraiment une solution de rechange?	226
Évolution du contexte constitutionnel	228
Droit des Indiens à la propriété	229
Droit des Indiens à l'autonomie	230
Deux cours, deux mesures	230
Cause d'action	231
Témoignages	231

Moyens de défense techniques 232
Recours judiciaires 235
Manque de fonds 236
Cas particuliers 238
Sommaire 239

ÉTUDES DES SOLUTIONS 241

Introduction 241
La solution du tribunal 241
Changements d'organisation 242
 Tribunaux d'arbitrage 242
 Tribunaux d'arbitrage modéré 247
Changements de procédure 248
 Facilitation des négociations 248
 Négociations assorties d'un arbitrage exécutoire ou non exécutoire 250
Changements administratifs 252
Sommaire 252

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS 259

Politique des revendications particulières 260
 Validation 260
 Indemnisation 264
Processus de règlement des revendications 265
 Indépendance 265
 Ressources 266
 Consentement au processus 268
 Gestion du processus 270
 Portée du processus 271
 Finalité 271
 Autres recours 273
 Mise en oeuvre et plan de travail 274

AVANT-PROPOS

Ce document de travail sur les revendications des Indiens a été préparé par la Commission sur les Indiens de l'Ontario suite à l'engagement qu'elle avait donné aux gouvernements et aux Indiens lors d'une rencontre tripartite tenue à Toronto le 23 août 1990.

Le délai accepté pour la réalisation de ce projet, soit 30 jours, a influé sur la forme du produit final, avec les éléments de force et de faiblesse que cela comporte. La méthode rédactionnelle retenue a consisté à examiner la documentation disponible sur les questions relatives aux revendications et à citer abondamment les textes disponibles dans un court laps de temps. L'objectif visé est de montrer que les questions qui se posent à l'heure actuelle ne sont ni nouvelles ni imaginées. Elles ont été reconnues depuis plusieurs années dans de nombreux ouvrages, y compris de sources gouvernementales.

Par ailleurs, nous avons apprécié les commentaires et suggestions reçus des parties à la négociation et, en particulier, de l'Assemblée des Premières Nations, du Grand Conseil pour le traité n° 3, des Six Nations de Grand River, de l'Union des Indiens de l'Ontario, de la Première Nation de Walpole Island et de la Direction des affaires autochtones de l'Ontario, qui ont présenté à la Commission des mémoires écrits. De même, le Commissaire a personnellement rencontré et passé en revue le présent projet avec des représentants de l'Assemblée des Premières Nations, du bureau de recherche des droits ancestraux ou issus de traités de l'Association des Indiens de l'Alberta, du Centre de recherches des droits ancestraux ou issus de traités du Manitoba et de leur conseiller juridique Rod McLeod, du Bureau de recherche sur les droits ancestraux ou issus de traités des Indiens de la Fédération des Indiens de la Saskatchewan, ainsi que du ministère fédéral de la Justice. Leur contribution et participation ont eu une valeur inestimable et nous leur en sommes très reconnaissants. Enfin, nous voulons remercier les personnes suivantes pour leur contribution à la préparation du présent document de travail : Alan Grant, Ian Johnson, Alan Pratt, Paul Williams et, en particulier, Bill Henderson. Inutile de préciser que la Commission est seule responsable des jugements et (notamment) des erreurs que renferme le document.

Une mention spéciale doit également être accordée aux bibliothécaires juridiques du Cabinet Blaney, McMurtry, Stapells qui ont trouvé bon nombre des documents de référence ayant servi à la préparation du présent document, ainsi qu'à Dianna Wheatley et Georgette Howard dont les efforts incessants, à l'étape de la dactylographie et de la révision, ont permis de respecter les délais impartis.

Le document de travail débute par une analyse de la nature des revendications des Indiens et montre que les politiques actuelles ne concordent pas avec les attentes des Indiens à l'égard du processus ni avec la loi actuelle. La solution de ce problème pourrait devoir passer par une réévaluation en profondeur des politiques mêmes.

La section suivante du document renferme un sommaire de l'historique des mécanismes de règlement des revendications des Indiens. Elle vise à informer brièvement ceux qui ne connaissent pas l'évolution des mécanismes actuels ni le rôle de la Commission sur les Indiens de l'Ontario en vue de faciliter le règlement de certaines revendications dans cette province.

La section la plus longue du document consiste en un commentaire sur les politiques et modalités actuellement en vigueur. Étant donné que nous mettons l'accent sur la situation ontarienne, ce commentaire porte principalement sur la structure et le fonctionnement de la politique relative aux revendications particulières.

Le chapitre suivant traite du processus judiciaire comme solution de rechange à la négociation des revendications. Il débouche sur la conclusion que les tribunaux ne constituent pas une solution de rechange réaliste aux négociations. On y fait valoir que les tribunaux peuvent suppléer aux négociations et rendre celles-ci plus efficaces.

Suit un examen d'autres solutions de rechange, tant au niveau des structures que de la procédure, ainsi que des changements administratifs qui s'imposeront, quel que soit le modèle retenu. Le choix fondamental à faire est entre un quelconque mécanisme d'adjudication et des modalités de négociation assistée. Dans cette section, nous esquissons aussi brièvement les positions des parties en ce qui a trait aux diverses solutions, lorsque ces positions sont connues.

Le dernier et peut-être le plus important chapitre renferme une série de recommandations devant servir de base de discussion en vue de rendre le processus de règlement plus ouvert et en assurer le bon fonctionnement.

Le ton de l'analyse contenue dans ce document est souvent critique. Dans une certaine mesure, cela est le reflet du courant d'idées majoritaire qui ressort de la documentation que nous avons consultée. En grande partie, cela rend compte du fait que les mécanismes actuels de règlement des revendications ne fonctionnent pas en Ontario. Mais nous sommes optimistes en ce qui concerne l'avenir des droits et revendications des Premières Nations, si les conclusions et recommandations présentées dans ce document de travail sont soigneusement prises en considération et débouchent sur l'action.

Tout le monde s'entend sur le fait que des changements s'imposent. Nous espérons que le présent document de travail agira comme catalyseur pour amorcer une évaluation en profondeur de la nature de ces changements, de la façon de les mettre en oeuvre et du moment opportun pour le faire.

COMMISSION SUR LES INDIENS DE L'ONTARIO
24 septembre 1990

INTRODUCTION

Ainsi, nous avons dû accepter le fait que nous ne sommes pas arrivés à un règlement convenable avec les Premières Nations, avec les populations autochtones du Canada. Et les traités que nous avons conclus n'ont pas toujours été respectés. En outre, certains autres engagements légaux ont été pris ou des terres ont été acquises sans dédommagement. Par conséquent, le règlement de ces questions et la reconnaissance par tous les Canadiens du fait qu'il subsiste une injustice sont au cœur du défi auquel font face tous les gouvernements – fédéral, provinciaux et municipaux².

Les événements de l'été 1990 ont fait ressortir de façon sans précédent la vérité sur le fait que tout ne tourne pas rond dans les rapports entre les institutions gouvernementales canadiennes et les peuples autochtones. L'affrontement d'Oka, la solidarité exprimée par les Autochtones de l'ensemble du pays à la cause des Mohawks de Kanesatake et la vague de protestations et de barricades auxquelles ont participé des Autochtones – hommes, femmes et enfants – à travers le Canada a soulevé l'inquiétude et, dans bien des cas, des interrogations parmi les Canadiens non autochtones au sujet des causes de cette frustration.

Le même étonnement ne se retrouve pas parmi les Indiens ou parmi les responsables gouvernementaux concernés par les affaires indiennes. Ils savent depuis des années que la loi canadienne et la politique gouvernementale au Canada ne répondent absolument pas aux aspirations des Autochtones. Ils savent que, mis à part les tribunaux, il n'existe aucun mécanisme adéquat pour faire appliquer les droits inscrits dans les traités conclus avec les Indiens ou même qui permettrait un débat significatif au sujet des revendications des Indiens en matière de souveraineté ou des droits inhérents, non plus qu'il existe (comme le présent document le confirmera) un mécanisme équitable permettant de définir et de résoudre les questions touchant aux droits territoriaux des Indiens. Ils savent qu'en raison de la jurisprudence qui s'est développée sans la participation des Indiens, des lois élaborées expressément en vue de restreindre leurs droits, des dispositions de prescription qui s'appliquent et du fait que la plupart des bandes indiennes n'ont pas les moyens de s'engager dans des batailles juridiques interminables, les tribunaux ne représentent généralement pas une solution de rechange réaliste.

Ils savent aussi que depuis au moins quarante ans, des organismes indépendants, tels que des comités parlementaires, des commissaires aux revendications, des Commissions des droits de la personne, la Cour suprême du Canada et l'Association du barreau canadien,

² L'hon. T. Siddon, Ministre des Affaires indiennes, entrevue accordée au poste *Global T.V.*, le 2 septembre 1990.

ont tous recommandé une réforme fondamentale des modalités en vertu desquelles les gouvernements canadiens traitent des droits des peuples autochtones. Et ils savent que les questions relatives aux droits territoriaux (comme les dirigeants autochtones de l'Ontario l'ont exprimé avec vigueur aux ministres du gouvernement lors d'une réunion d'urgence convoquée par cette Commission le 23 août 1990) sont au centre des griefs passés et des critiques exprimées de sources indépendantes.

La majorité du public canadien, toutefois, n'était pas informé (du moins jusqu'à l'été dernier) de l'ampleur du problème actuel (décrit dans le plus récent rapport de la Commission canadienne des droits de la personne comme étant une «tragédie nationale» ou de la mesure dans laquelle le système juridique canadien n'a pas donné satisfaction aux Indiens dans le passé. Peu de Canadiens savent que lorsque les Européens sont venus pour la première fois en Amérique du Nord, ils ont établi des rapports fondés sur l'interdépendance avec les «nations indiennes» qu'ils y ont rencontrées. Même si certains savent que la plus grande partie des terres qui constituent présentement l'Ontario ont été acquises par le biais de traités conclus avec les Indiens habitant le territoire, plusieurs croient faussement que les premières nations indiennes sont des peuples conquis et que les Indiens, plutôt que d'accepter de partager le territoire en retour de certains engagements solennels, ont perdu d'une façon ou d'une autre leurs droits par suite d'une défaite militaire.

Les gouvernements canadiens ont fait peu d'efforts pour informer le public que les revendications territoriales des Indiens ne sont pas que de vagues griefs découlant du fait que la société autochtone a été «envahie par le progrès» ou que le fondement des droits territoriaux autochtones est reconnu en *common law* et enchâssé dans la Constitution. Même si bon nombre de Canadiens se doutent probablement, comme l'a reconnu récemment la Cour suprême du Canada dans la cause *R. c. Sparrow*³, que les gouvernements canadiens ont longtemps ignoré les droits juridiques des Indiens, la plupart seraient très étonnés d'apprendre que, à venir jusqu'à aussi récemment que 1951, un avocat pouvait être emprisonné si ses services étaient retenus par un Indien ou une bande indienne pour défendre une revendication territoriale devant les tribunaux. (Aujourd'hui, en dépit de l'histoire, lorsqu'une revendication territoriale aboutit devant un tribunal, les gouvernements font valoir que même si la revendication est fondée en droit, elle doit être rejetée pour la bonne raison que les prescriptions juridiques ont expiré!). De même, la plupart des Canadiens seraient sûrement fort étonnés d'apprendre que si les terres des Prairies canadiennes étaient cédées gratuitement aux immigrants européens, une loi spéciale interdisait aux Indiens (les premiers habitants des Prairies) de recevoir des terres en vertu de la même politique.

Enfin, la Commission estime que la plupart des Canadiens ne seraient pas fiers d'apprendre que même si l'on a conseillé aux Indiens de signer des traités de reddition sur la foi de promesses solennelles que les obligations de la Couronne seraient honorées «aussi longtemps que les rivières couleront», les tribunaux canadiens sont arrivés à la

³ [1990] 1 RCS 1075, 70 DLR (4^e) 385, [1990] 3 CNLR 160.

conclusion que les Indiens ne pouvaient faire respecter les principes fondamentaux du droit des contrats en ce qui a trait à ces traités, et que les promesses de la Couronne pouvaient être abrogées de façon unilatérale par les gouvernements (même si les gouvernements avaient la possibilité de conserver les avantages découlant de ces traités) et tout cela, sans consultation ou dédommagement.

Tel que signalé précédemment, l'actuel ministre des Affaires indiennes, comme plusieurs de ses prédécesseurs, reconnaît que la politique actuelle du Canada au chapitre du règlement des revendications territoriales des Indiens en Ontario s'est révélée non satisfaisante. En admettant ce fait, le ministre reprenait les conclusions unanimes d'observateurs indépendants, une conclusion qui sera confirmée dans le présent document de travail.

Manifestement, le Canada est à la croisée des chemins aujourd'hui en ce qui a trait aux rapports entre les gouvernements et les Autochtones. En définitive, c'est la conscience individuelle des Canadiens qui déterminera si leurs gouvernements saisiront cette occasion de prendre immédiatement des mesures pratiques pour améliorer ces rapports et assurer un juste traitement des revendications territoriales et des peuples autochtones en général.

À défaut d'une politique et d'un mécanisme capables d'assurer un règlement prompt et équitable des revendications territoriales des Indiens, nous pouvons nous attendre à des répétitions des solutions désespérées dont nous avons été témoins à Oka et ailleurs. La confrontation et la violence ne devraient pas prévaloir au Canada, et tous les moyens raisonnables doivent être envisagés pour garantir que des solutions de rechange authentiques soient à notre portée. On a dit à plusieurs reprises, notamment ces derniers mois, que le Canada est un pays qui adhère au principe de la primauté du droit. Si cela est vrai et si ce principe doit recevoir l'adhésion des peuples autochtones, alors la loi et ceux qui sont chargés de l'appliquer doivent répondre aux aspirations légitimes des Premières Nations. Il n'y a pas de meilleur moment pour démontrer que la primauté du droit offre un moyen viable et équitable de résoudre les doléances sérieuses et persistantes des premiers habitants de ce pays. Aucun de nous ne devrait se satisfaire de moins.

BREF HISTORIQUE DES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES REVENDICATIONS TERRITORIALES

Les revendications territoriales des Indiens remontent à l'arrivée des colons européens sur l'île de la Tortue (Amérique du Nord), où ils ont trouvé des sociétés indiennes organisées. Les Indiens vivaient en collectivités organisées et s'autosuffisaient, disposaient d'un gouvernement autonome et occupaient les terres que les Européens voulaient coloniser. Au moment de s'y établir, les colons ont jugé nécessaire, pour assurer leur survie, d'établir des rapports de confiance et de bonne volonté avec les Indiens. Au Canada, ce rapport était clairement fondé sur le respect et les besoins et intérêts mutuels des colons et des Indiens.

Cependant, au fur et à mesure que les colonies d'Amérique du Nord se sont développées, des conflits ont inévitablement surgi au sujet des prérogatives des peuples indigènes qui occupaient le territoire. Les conflits se sont envenimés et, bien qu'il y ait eu des répit occasionnels en raison de circonstances atténuantes telles que la maladie et les affrontements entre tribus, il était évident pour la Couronne qu'un système fondé sur la coexistence mutuelle devait être élaboré et mis en place dans le cadre de la législation coloniale. Cette constatation a entraîné l'adoption de la *Proclamation royale de 1763*, qui établissait une politique de non-intrusion sur les terres indiennes et rendait officielles les modalités qui devaient s'appliquer lorsque le gouvernement britannique et les colons avaient à régler des questions ayant trait aux peuples autochtones et à leurs terres.

En Ontario, on peut dire que les mécanismes de règlement des revendications des Indiens remontent à la *Proclamation royale de 1763*, par laquelle la Couronne britannique voulait reconnaître les titres de propriété des Indiens et prévenir les «fraudes et abus considérables» qui causaient de l'agitation dans les régions frontalières.

La Proclamation donnait naissance à un processus qui faisait intervenir la Couronne entre les Indiens et les promoteurs du temps, avec l'intention manifeste de traiter les Indiens avec justice. Au Canada, le mécanisme des traités a permis la colonisation pacifique du territoire mais il n'a pas toujours rendu justice aux Indiens.

La Couronne a réalisé des recettes importantes en achetant des terres indiennes pour de modestes sommes et en les revendant par la suite à des spéculateurs. Cependant, des territoires indiens ont souvent été acquis et revendus de façon irrégulière; les fonds des Indiens ont trop souvent disparu ou ont été investis dans des projets téméraires : les promesses que renfermaient les traités ont été ignorées (sauf, bien entendu, la promesse faite par les Indiens de céder les terres). Au cours de la plus grande partie du siècle dernier, les Indiens ne pouvaient présenter de revendication qu'en soumettant une humble pétition à la Couronne, sans aucun droit d'appel.

Après la Confédération, le gouvernement du nouveau Dominion a tenté de mettre de l'ordre dans ses responsabilités constitutionnelles à l'égard des «Indiens et des terres réservées à l'usage des Indiens». Au cours des années 1880 et 1890, certaines des revendications des Autochtones ont été confiées aux soins d'un Conseil d'arbitrage établi dans le but de régulariser les comptes financiers entre le Canada et l'Ontario. La plupart se sont perdues en chemin et n'ont pas été réglées.

À la même époque, au Canada et en Grande-Bretagne, les tribunaux ont rendu des jugements importants au sujet des droits territoriaux des Indiens dans des causes telles que *St. Catherine's Milling*⁴ et *Ontario Mining Co. c. Seybold*⁵. Les Indiens, dont les droits étaient en cause, ne participaient cependant pas à ces procès. Il s'agissait de différends fédéraux-provinciaux et les Indiens ne tenaient qu'un rôle accessoire dans ces questions constitutionnelles.

Tôt au début du présent siècle, une procédure d'arbitrage international unique a permis aux Indiens Cayugas vivant dans la région des Six Nations de recouvrer du gouvernement des États-Unis des rentes découlant d'un traité qui n'avaient pas été versées après la guerre de 1812. Cette revendication a été présentée en 1882. Un conseil d'arbitrage a été formé en 1910. La question n'a été réglée qu'en 1926, lorsque le Canada a reçu le contrôle d'un fonds en fiducie de 100 dollars pour le compte des Cayugas, lequel était destiné à garantir le paiement de la rente annuelle de 5 dollars qui leur avait été accordée.

Les traités Williams de 1923 représentent un autre effort en vue d'examiner et de résoudre les revendications territoriales de la Nation Mississauga et du Conseil tripartite Chippewa au nord du 45^e parallèle. Cela a donné lieu à une série ininterrompue de griefs. On a refusé aux Indiens d'être représentés par un conseiller juridique indépendant, les commissaires responsables du traité ont mal interprété leur mandat et l'ont ensuite outre-passé en procédant à l'extinction de terres et de droits en vertu du traité, ce qu'ils n'étaient pas autorisés à faire. Il n'y a aucune indication à l'effet que ces éléments aient été expliqués aux Indiens. Ces revendications persistent toujours.

L'Entente sur les terres indiennes de l'Ontario de 1924 a été légiférée par le Canada et la province cette année-là pour préciser les droits et responsabilités du gouvernement fédéral et de la province au sujet des terres indiennes. Les Indiens, évidemment, n'ont pas participé à ces négociations ou accepté les termes de l'entente. Des problèmes d'interprétation et d'application surgis par la suite ont donné lieu à une série de négociations qui ont duré 17 ans et qui ont débouché sur l'adoption de l'Entente sur les terres indiennes de l'Ontario de 1986, négociée par l'entremise de la Commission sur les Indiens de l'Ontario et finalement proclamée en 1990.

La nouvelle législation prévoit des négociations tripartites entre les Premières Nations, l'Ontario et le Canada pour traiter des questions qui découlent de la législation de 1924, lesquelles portent principalement sur les recettes minières et les terres des réserves cédées, mais non vendues, jusqu'en 1924. Certaines Premières Nations s'inquiètent de la

⁴ *St. Catherine's Milling and Lumber Company c. La Reine* (1888) 14 App. Cas. 46, 2 CNLC 541.

⁵ [1903] AC 73, 3 CNLC 203.

possibilité que les négociations menées dans ce cadre ouvert puissent mener à l'échange d'un ensemble de droits pour un autre qu'ils n'ont jamais accepté de céder au départ. Il est cependant trop tôt pour dire comment ce mécanisme non éprouvé fonctionnera.

En 1927, le gouvernement fédéral a réagi à un nombre croissant de revendications en interdisant par *Loi sur les Indiens*⁶ aux Premières Nations de se prévaloir des services d'un avocat pour présenter une revendication. Le surintendant général des Affaires indiennes pouvait accorder une permission à cet effet, mais une telle permission n'a été que rarement, voire jamais, accordée.

En l'absence d'un mécanisme et d'une jurisprudence à l'appui, les revendications territoriales ont traîné en longueur jusqu'après la Deuxième Guerre mondiale. Entre 1946 et 1948, et plus tard entre 1958 et 1961, des comités conjoints du Sénat et de la Chambre des communes ont recommandé la création d'une Commission sur les affaires autochtones. Des projets de loi ont été rédigés en vue de créer un tribunal qui entendrait cinq catégories de revendications découlant des actions ou des omissions de la Couronne, y compris de la Couronne britannique, mais non de la Couronne d'une province. Un tel projet de loi a, de fait, été déposé au Parlement en 1963 et, sous une forme quelque peu modifiée, en 1965. Les deux projets de loi sont demeurés inscrits au feuillet.

L'initiative suivante en vue de régler les revendications a eu pour origine le Livre blanc de 1969. Cette politique énonçait que les revendications des Autochtones au chapitre des titres de propriété étaient trop vagues et indéfinies pour être prises au sérieux. Les obligations découlant des traités qui n'avaient pas été respectées feraient l'objet d'un règlement, mais la continuité des droits issus de traités serait abolie. Un commissaire aux revendications autochtones serait nommé pour aider le gouvernement à respecter ses obligations légales. Le commissaire fut nommé, il s'agissait de M. Lloyd Barber de la Saskatchewan. Cependant, ses efforts se butèrent au rejet par les Indiens de tous les aspects de la politique de 1969, y compris sa nomination. En dépit de ces difficultés, il fut en mesure d'aider au règlement ou à la négociation de plusieurs revendications dans l'ouest et le nord du pays. Il a également fait des commentaires pertinents sur la nature des revendications des Indiens et divers mécanismes qui pourraient être envisagés pour régler ces revendications.

C'est en 1973 que le gouvernement a commencé à s'intéresser sérieusement aux questions touchant aux revendications en vue de les régler, dans le sillage du jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans la cause *Calder*⁷. Ce jugement ouvrait la porte à la négociation des titres de propriété des Autochtones, c'est-à-dire aux revendications globales. Les Cris de la Baie James et les Inuits du nord du Québec ont été les premiers à négocier le règlement de revendications globales.

En 1974, le Bureau des revendications des Autochtones (BRA) a été constitué en tant qu'entité distincte au sein du ministère des Affaires indiennes et du Nord, sous la responsabilité directe du sous-ministre. Des politiques partielles ont été élaborées pour traiter de

⁶ *Loi sur les Indiens*, RCS 1927, c. 98, s. 141.

⁷ *Calder c. British Columbia (Attorney General)*, [1973] RCS 313, 34 DER (3^e) 145, 7 CNLC 91.

diverses questions telles que les revendications globales, les «terres retranchées» de la Colombie-Britannique, les terres des réserves saisies de façon irrégulière ou sans dédommagement et les obligations des traités non respectées, y compris celles portant sur les droits territoriaux.

Les politiques du BRA en matière de négociation des revendications ont été énoncées dans deux brochures publiées en 1982 : *En toute justice*, qui traite des revendications «globales» c'est-à-dire de celles portant sur les droits de propriété autochtones; et *Dossiers en souffrance*⁸, qui traite des revendications «particulières», postérieures à la Confédération, concernant les droits en vertu des traités des terres de réserve et des terres cédées, ainsi que des fonds des Autochtones. Ces politiques n'ont pas été modifiées depuis 1982.

Les autorités fédérales canadiennes, et plus précisément le Bureau des revendications des Autochtones, ont déclaré à plusieurs reprises que les modalités de règlement des revendications particulières devaient être améliorées. En fait, leur propre document atteste de ce fait. On peut y lire que, de 1974 à maintenant, les Premières Nations à travers le Canada ont présenté plus de 530 revendications particulières. De ce total, 43 ont été réglées et 21 ont été suspendues, le reste étant en cours de traitement au BRA. Pour l'ensemble des instances de règlement présentement en place, le rythme de résolution des revendications particulières est inférieur à trois revendications par année. Il n'y a aucun doute que personne ne pourrait nier qu'une telle cadence est tout à fait inacceptable et ne serait tolérée dans aucun autre domaine par un groupe d'intérêts négociant des questions de cette nature.

Pour sa part, le gouvernement de l'Ontario n'a jamais publié de politique à l'égard des revendications territoriales des Indiens. L'Ontario a participé à des négociations avec plusieurs réclamants des Premières Nations, selon le principe avoué que l'Ontario traitera des revendications territoriales résultant des manquements à ses obligations passées conformément à des critères d'équité et aux principes du droit. Jusqu'à maintenant, toutefois, l'Ontario n'a réussi à conclure qu'un seul accord de règlement.

Tandis que la très grande partie des revendications particulières font l'objet de négociations bilatérales entre la Première Nation réclamante et le Canada ou l'Ontario, certains réclamants ont tenté d'obtenir un règlement par le biais de négociations où intervenaient les services et l'appui de la Commission sur les Indiens de l'Ontario (CIO). On peut certes penser que les réclamants, et peut-être à un degré moindre les gouvernements, jugent que leurs réclamations seront traitées de façon plus équitable et plus rapide dans le cadre de ce mécanisme structuré et formel.

La CIO est une entité indépendante créée en 1978 pour aider le Canada, l'Ontario et les Premières Nations de l'Ontario à reconnaître, préciser, négocier et résoudre les questions qu'ils reconnaissent comme étant d'intérêt mutuel. Le mandat et les pouvoirs de la Commission ainsi que la nomination du commissaire se font par décret du conseil, adopté conjointement par les gouvernements de l'Ontario et du Canada et confirmé par les chefs

⁸ Réimprimé dans le volume 1 des *ACRI*, p. 187.

des Premières Nations de l'Ontario. Le mandat de la CIO comprend divers pouvoirs visant à favoriser le règlement des questions qui lui sont soumises, y compris celles portant sur des revendications territoriales. Ces pouvoirs comprennent l'arbitrage non obligatoire, l'arbitrage obligatoire, la médiation officielle, et le renvoi d'une question à un tribunal. Cependant, pour que la Commission exerce l'un ou l'autre de ces pouvoirs en vue du règlement d'un différend, les parties doivent donner au préalable leur consentement. Et, dans le domaine des revendications territoriales notamment, le Canada et l'Ontario n'ont pas toujours fait preuve de bonne volonté pour accorder ce consentement, même si les Premières Nations y étaient disposées. Dans son Rapport annuel de 1987, la précédente commissaire de la CIO, Roberta Jamieson, expliquait non seulement les raisons pour lesquelles de tels mécanismes devraient être envisagés, mais laissait entendre qu'ils devraient avoir un caractère obligatoire pour les parties en cause. Elle déclarait ce qui suit dans son rapport :

Il y a... des raisons pour lesquelles il est important que les parties recourent plus fréquemment à ces mécanismes pour débloquer une impasse. Un règlement exige un compromis et le fait de savoir qu'il est peu probable qu'une question soit soumise à un arbitrage non obligatoire ou à un autre mécanisme d'examen indépendant incite les responsables à se cantonner dans des positions inflexibles puisqu'ils ne voient aucune raison de faire un compromis. Si les parties acceptent de temps à autre l'arbitrage, les responsables sauront alors que leur position pourrait être scrutée par un arbitre de l'extérieur, plutôt que de se sentir rassurés en sachant qu'elle ne sera jamais contestée par une évaluation indépendante⁹.

Il ne semble y avoir aucune raison aujourd'hui de contester ou d'être en désaccord avec ce raisonnement. De fait, en examinant l'histoire des revendications territoriales traitées dans le cadre de la CIO, on constate que les chances d'en arriver promptement à des résultats significatifs ne sont pas plus grandes que pour tout autre mécanisme présentement utilisé pour négocier de tels règlements.

Depuis 1979, les parties ont accepté de négocier le règlement de douze revendications dans le cadre de la CIO. La plus récente revendication a été soumise à la négociation il y a tout juste plus de quatre ans. Jusqu'à maintenant, deux revendications ont été réglées, une est présentement étudiée par la Première Nation réclamante en vue d'être acceptée tandis que les neuf autres sont embourbées dans les procédures sans perspective de règlement en vue. De l'avis de la Commission, la grande majorité des problèmes liés aux revendications en cours sont attribuables à l'incapacité des négociateurs gouvernementaux de répondre rapidement ou équitablement aux questions ou requêtes qui se posent dans le cadre des négociations (ou simplement en raison de leur non-participation aux réunions). Les questions en litige soumises à la CIO ne sont vraisemblablement pas réglées en raison de l'incapacité de cet organisme de dénouer les impasses ou de faire progresser le règle-

⁹ Commission sur les Indiens de l'Ontario, *Rapport annuel*, Toronto, CIO, 1987, p. 18.

ment des questions en forçant les parties à coopérer. Il s'ensuit que les revendications négociées dans le cadre de la CIO n'ont pas, historiquement, eu de meilleures chances de succès que celles négociées à l'extérieur de ce processus.

On n'a qu'à examiner l'exemple de la revendication validée de la Première Nation de Batchewana au sujet de l'île Whitefish pour faire la démonstration de ce point. Cette revendication est devant la CIO depuis 1982. Depuis, plusieurs réunions ont été organisées par la CIO, des travaux techniques portant sur l'évaluation des revendications ont été réalisés et la Première Nation a déposé une proposition de règlement détaillée par le négociateur fédéral décrit comme étant la meilleure présentation de ce genre à laquelle il ait jamais assisté. Malgré l'opinion favorable exprimée par le négociateur fédéral au sujet de l'offre de la Première Nation, il n'y a eu aucune réaction officielle à celle-ci de la part du BRA depuis son dépôt il y a environ un an; incidemment, le gouvernement fédéral a refusé de participer à toute réunion officielle avec la bande pour discuter de la proposition. Et cela, en dépit des efforts persistants et des pressions des représentants de la Première Nation et de la CIO. De fait, étant donné que le négociateur fédéral est depuis tombé malade et qu'il n'y a apparemment aucun autre négociateur disponible pour poursuivre ce dossier, la Première Nation n'a présentement d'autre choix que de continuer à attendre si elle ne souhaite pas interrompre le processus de négociation. Et, puisque la Commission n'a pas le pouvoir de forcer les parties à s'exécuter ou à assister à des réunions ou celui de rendre des décisions à l'égard des circonstances, la question demeure en suspens au détriment de la Première Nation. [La réclamation de l'île Whitefish a été réglée en 1992-93, *la rédaction*].

Si la négociation doit constituer une solution de rechange aux actes de violence et à la confrontation, tels que ceux auxquels on a assisté à Oka et dans d'autres régions dans l'Ontario, la responsabilité incombe assurément à ceux qui sont concernés par ces questions de faire en sorte que la solution de rechange puisse fonctionner. L'histoire montre clairement qu'à ce stade, on peut seulement affirmer que les mécanismes et politiques en vigueur pour traiter des revendications territoriales des Autochtones ont donné lieu à un exercice qui ne peut aucunement être qualifié de réussite. Si nous sommes d'accord avec la réponse positive donnée par le Comité de l'Association du Barreau canadien à la question qu'il s'était posée : «Peut-on dire... que les Autochtones du Canada ont été et sont encore victimes d'injustices au sein de notre régime juridique?» alors nous serons sans doute d'accord avec le commentaire supplémentaire de l'ABC et prêts à y réagir immédiatement « ... il n'est pas toutefois suffisant que les Canadiens reconnaissent les injustices du passé. Il est plus important de remédier aux injustices courantes»¹⁰.

¹⁰ Association du Barreau canadien (ABC), Rapport du Comité spécial, *Les droits des autochtones au Canada : Du défi à l'action*, Ottawa, ABC, 1988, p. 15 [ci-après *Les Droits des autochtones*].

LA NATURE DES REVENDICATIONS

Les revendications des Autochtones changeront-elles quelque chose? Oui, mais seulement s'il se produit un changement dans nos attitudes en plus d'un changement au niveau des politiques. Dans le passé, notre tendance à rejeter la culture autochtone nous a conduits à écarter la notion même de revendications des Autochtones. Maintenant que nous avons accepté notre responsabilité de négocier un règlement de ces revendications, il doit se produire un changement dans les attitudes à l'égard de l'histoire, de la culture et des droits des Autochtones. Nous devons accepter qu'un règlement des revendications des Autochtones constituera un début et non une fin¹¹.

Les Premières Nations et le gouvernement du Canada n'envisagent pas les revendications de la même façon. Tandis que les Premières Nations ont besoin d'un mécanisme de revendication qui débouchera sur une reconnaissance convenable de leurs droits, le gouvernement fédéral continue d'imposer des politiques tout à fait inadéquates, conçues pour minimiser l'application ou restreindre la reconnaissance des droits ancestraux ou issus des traités. La politique suivie par le gouvernement fédéral à l'égard des revendications des Autochtones traduit l'intention de ce gouvernement de limiter toute expansion de la responsabilité fédérale à l'égard des Indiens, notamment au chapitre des dépenses.

Une différence fondamentale dans la façon dont le gouvernement fédéral et les Premières Nations envisagent les revendications découle de la distinction artificielle faite dans les politiques fédérales entre les revendications particulières et globales. Deux politiques de portée étroite ont été élaborées et se révèlent inadéquates pour répondre aux besoins et aux priorités des Premières Nations. La plupart des Premières Nations envisagent leurs revendications dans le contexte plus large des droits ancestraux ou issus des traités, protégés par la Constitution, et de leurs rapports politiques avec le reste du Canada¹².

Plusieurs des problèmes que soulèvent les politiques en matière de revendications territoriales peuvent être attribués au fait qu'elles visent à répondre aux besoins et aux des- seins du gouvernement en vue de supprimer les droits et obligations existants, à un coût minimum et en perturbant le moins possible la gestion politique canadienne. Chacun de ces éléments est fondamentalement opposé aux besoins et aux attentes des Autochtones.

¹¹ T. Berger, «*Native Rights and Self-Determination: An Address to the Conference on the Voices of Native People, septembre 25, 1983*» (1984) 22 U.W.O. L. Rev. 1, p. 9.

¹² Assemblée des Premières Nations (APN), *Examen critique par l'APN de la politique du gouvernement fédéral en matière de revendications foncières*, Ottawa, APN, août 1990, pp. 13-14 [ci-après *Critique par l'APN*].

Compte tenu de l'abondance des commentaires à cet égard au fil des années, de la part tant des Autochtones eux-mêmes que des observateurs, il est désolant d'avoir à expliquer cela encore une fois.

Les Indiens n'envisagent pas le règlement de leurs revendications territoriales comme étant la rupture de certains aspects de leurs rapports avec la Couronne. Ils y voient plutôt la possibilité de renouveler des engagements historiques dans un contexte moderne.

Pour les Autochtones, leurs droits ne sont pas à vendre. Il s'attendent à ce que la reconnaissance de leurs droits débouche sur la possibilité de les exercer de façon continue, avec ce que cela signifie au plan de l'autosuffisance et de l'autodétermination.

De nombreux témoins ont affirmé que le règlement des revendications territoriales était une condition préalable à l'autonomie politique des Indiens et qu'il leur fournirait une assise économique.

Jusqu'à ce que notre revendication territoriale soit reconnue et jusqu'à ce que le gouvernement du Canada reconnaisse notre base territoriale et nos compétences, l'autonomie politique des Indiens ne sera qu'une illusion. Le gouvernement du Canada doit s'engager sérieusement à négocier nos revendications territoriales de façon que notre peuple ait une base territoriale à partir de laquelle il pourra accéder à l'autonomie politique. (Nation Mohawk de Kanesatake, spécial 30:136)

Sans terre, sans ressources, il n'y a pas d'indépendance économique; et sans indépendance économique, il n'y a pas de gouvernement indien. Notre prémisses est donc qu'il nous faut disposer de nos terres afin de mettre en valeur nos ressources et de conquérir notre indépendance économique. (Association des Indiens iroquois et alliés, (spécial 16:32)¹³.

Il est révélateur que les politiques actuelles en matière de revendications territoriales, tout en accordant une certaine attention à l'autosuffisance économique, n'envisagent pas la négociation de l'exercice continu des droits ancestraux ou issus des traités, des services promis lors de la négociation des traités, ou du gouvernement autonome dans le contexte des négociations portant sur les revendications.

En Ontario, le problème est aggravé du fait que les politiques excluent toute revendication découlant des titres autochtones ou des traités ou de tout autre transaction conclue avant la Confédération. Ces restrictions signifient que plusieurs et peut-être la majorité des revendications ayant trait à l'Ontario ne seront jamais abordées dans le contexte actuel.

Cette répartition arbitraire des revendications entre deux cadres de politique restreints exclut plusieurs revendications du processus. Elles tombent tout simplement entre deux chaises, ne correspondant clairement ni à l'une ni à l'autre politique. Ces politiques ne permettent

¹³ K. Penner, Chairman, *Indian Self-Government in Canada: Report of the Special Committee*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1983, p. 113 [ci-après Rapport Penner].

pas non plus d'aborder les questions afférentes aux droits qui sont manifestement fondées en loi. Les Premières Nations dont les revendications entrent dans cette catégorie ont peu de recours mis à part les coûteuses actions en justice ou l'élaboration de stratégies d'action directe¹⁴.

L'exclusion des questions relatives aux droits issus des traités est l'un des principaux exemples des droits autochtones qui ont clairement un fondement en loi mais qui n'entrent présentement dans aucune catégorie. En dépit des énoncés de la Cour suprême dans des causes telles que *Simon*¹⁵ et *Sparrow*¹⁶, les politiques relatives aux revendications traduisent toujours les attitudes décrites par un Comité parlementaire :

Les Indiens considèrent les traités comme une confirmation de leur souveraineté et de leurs droits, et une entente leur permettant de s'établir dans certains territoires : les non-Indiens les considèrent comme une renonciation à ces droits, une acceptation de la suprématie de la Couronne et un cadeau généreux aux Indiens afin qu'ils puissent avoir un territoire bien à eux. Les Indiens voient les Canadiens qui respectent leurs propres croyances et traditions anciennes, comme par exemple la Grande Charte, alors qu'ils considèrent la Proclamation royale comme un reliquat des temps anciens et les traditions indiennes comme désuètes à l'époque moderne¹⁷.

Le changement fondamental dans les rapports entre les Premières Nations et les institutions de la Couronne a été forgé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et affirme les droits ancestraux et issus des traités que possèdent présentement les peuples autochtones du Canada. À un certain moment, le gouvernement fédéral a semblé reconnaître ce fait.

Le Canada s'est imposé une importante tâche en 1982 lorsque trois articles ont été inscrits dans la *Loi constitutionnelle* traitant spécifiquement des peuples autochtones. Ce faisant, nous avons pris l'engagement de procéder à des changements fondamentaux, substantiels et positifs en ce qui a trait aux peuples autochtones¹⁸.

Les politiques en matière de revendications ne tiennent pas compte de cet engagement. Pas plus qu'elles ne prévoient des mécanismes pour traiter des droits juridiques des Indiens et des obligations légales à leur égard. Pour cette raison, elles sont sérieusement déficientes au regard des besoins et des attentes des Indiens.

¹⁴ *Critique par l'APN*, (voir la note 12), p. 14.

¹⁵ *Simon c. La Reine*, [1985] 2 RCS 387, 24 DLR (4^e) 390, [1986] 1 CNLR 127.

¹⁶ Voir la note 3.

¹⁷ Rapport Penner (voir la note 13), p. 12.

¹⁸ B. Mulroney, «Notes pour une allocution d'ouverture à la conférence des Premiers ministres sur les droits des peuples autochtones», cité dans M. Boldt et A. Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1987, 157 à la p. 158.

Pour bien comprendre la perception que se font les Autochtones des revendications, il est essentiel de comprendre le rapport fondamental qui existe entre les peuples autochtones et la terre et l'environnement. Un auteur attribue en grande partie la réalité que vivent les Indiens de nos jours à la rupture de ce rapport.

L'histoire montre qu'il y a une forte corrélation entre la perte des territoires traditionnels et la marginalisation des peuples autochtones. Délignées de leurs terres qui leur assuraient un soutien physique et spirituel, les collectivités autochtones sont devenues irrémédiablement vulnérables aux forces de désintégration de la culture dominante. Sans territoire, l'existence des Autochtones est privée de sa cohérence et de son caractère distinctif¹⁹.

Dans la vision des Indiens, la terre n'est pas un bien échangé sur le marché, et sa valeur véritable n'est pas déterminée dans ce contexte. Malheureusement, la politique à l'égard des Indiens dans le passé et la politique actuelle en matière de revendications territoriales ne tiennent pas compte de ce fait fondamental.

On ne peut nier que les accords fédéraux-provinciaux et l'entente constitutionnelle de 1867 ont restreint la capacité du Canada de traiter des terres et des ressources qui se trouvent aujourd'hui dans les provinces. Cela ne fait que souligner la nécessité pour les provinces de reconnaître leur obligation de participer aujourd'hui au règlement des revendications, ce qui est une facette des avantages obtenus dans le passé. Pour les Indiens, évidemment, cette dimension n'est pas pertinente; le rapport historique s'est établi avec la Couronne, sous toutes ses formes²⁰ :

Cela a entraîné beaucoup de frustration chez les Premières Nations qui n'ont eu d'autre choix que de présenter leurs doléances soit en s'adressant aux tribunaux soit en recourant à l'action directe. Dans bien des cas les tribunaux n'ont pas représenté une solution raisonnable en raison des coûts prohibitifs qu'ils entraînent et du fait que plusieurs peuples autochtones estiment que les tribunaux risquent de faire preuve de partialité à leur détriment ou constituent tout simplement une instance qui leur est étrangère et qui ne peut aborder leurs préoccupations convenablement. Un nombre croissant de collectivités autochtones ont constaté qu'elles doivent recourir à l'action directe sur le terrain, en érigeant des barricades sur les routes ou en employant d'autres moyens de protestation, afin d'attirer l'attention des gouvernements sur leurs griefs²¹.

Si le genre de changement d'attitude suggéré par Berger et l'APN n'influe pas sur les politiques en matière de revendications territoriales, il est à prévoir que ni les gouvernements ni les Premières Nations ne pourront atteindre par des accords négociés les objectifs qu'ils visaient en se présentant à la table.

¹⁹ D. Johnson, «Native Rights as Collective Rights: A Question of Group Preservation» (1989) 2 Can. J. Law & Jur. 19, p. 32.

²⁰ Voir A. Pratt, «Federalism in the Era of Aboriginal Self-Government», dans D. Hawkes, dir., *Aboriginal Peoples and Government Responsibility*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1990.

²¹ *Critique par l'APN* (voir la note 12), p. 3.

Le gouvernement fédéral doit relever le défi et traiter avec les Premières Nations sur un pied d'égalité, dans un esprit de coopération tel que l'a affirmé la Cour suprême du Canada. Les objectifs et priorités des Premières Nations doivent être respectés pour que des solutions satisfaisantes, acceptables à toutes les parties, soient trouvées. Des règlements équitables et justes doivent passer par la reconnaissance du fait que les revendications territoriales ne peuvent être dissociées du contexte plus vaste des droits ancestraux et issus des traités au Canada²².

Plusieurs déclarations politiques (et non des déclarations de politique) de la part des divers gouvernements semblent reconnaître la nécessité de traiter avec réalisme les valeurs et les attentes des Autochtones. La déclaration du Premier ministre Mulroney, citée précédemment, est un exemple à cet égard. En voici une autre :

... Au moment où notre pays lutte pour se définir, pour déterminer quel avenir donner à tous ses habitants, nous devons en toute justice accorder une attention spéciale aux besoins et aux aspirations des Autochtones sans la bonne foi et l'appui desquels nous ne saurions réaliser les promesses qu'offre le Canada²³.

Toutefois, ces sentiments ne ressortent pas des rapports quotidiens qu'ont les Premières Nations avec les responsables en matière de revendications, dans le cadre des politiques actuelles. Une révision sérieuse de ces politiques s'impose.

L'expérience nous enseigne que les tentatives pour aborder les préoccupations des Premières Nations dans le cadre des politiques fédérales en matière de revendications sont inévitablement vouées à l'échec aussi longtemps que l'on ignorera les questions fondamentales en cause. Les responsables gouvernementaux et les fonctionnaires n'ont pas l'autorité voulue pour traiter de ces questions. Ce n'est qu'au niveau politique que les droits des Premières Nations peuvent être véritablement appliqués. Les demi-mesures telles que la politique actuelle en matière de revendications ne font que soulever davantage de questions qu'il faudra résoudre plus tard²⁴.

La nature des revendications des Autochtones et la nouvelle réalité constitutionnelle des droits ancestraux et issus des traités font ressortir la nécessité d'une éducation du public au sujet des besoins et des aspirations des peuples autochtones sur une gamme étendue de questions. Un changement doit survenir mais le climat propice à ce changement doit également exister. Le Comité Penner a pressenti ce besoin.

De nos jours, la plupart des Canadiens non indiens ont de l'histoire de notre pays une vision à peu près diamétralement opposée à celle de la plupart des peuples indiens. Les «découvreurs» et les «explorateurs» à la mémoire desquels sont érigés des monuments et émis des

²² Critique par l'APN, p. 15.

²³ Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC), *En toute justice*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1982, p. 4.

²⁴ Critique par l'APN (voir la note 12), p. 14.

timbres commémoratifs sont considérés par les Indiens comme des envahisseurs des territoires déjà bien connus des nations qui les habitaient. Les peuples indiens savent que leurs nations étaient productives, cultivées, religieuses et intelligentes, et que leur civilisation était comparable à celle de l'Europe au moment des premiers contacts entre Blancs et Indiens. Mais, ils sont dépeints comme des sauvages et des païens, qui ne connaissaient aucune religion et avaient besoin d'aide pour effectuer les tâches les plus simples. Ce portrait négatif et partial est tellement répandu que les non-Indiens ne sont pas préparés pour comprendre le point de vue des peuples indiens et les événements qui ont mené à la situation pénible et inacceptable que ces peuples vivent aujourd'hui au Canada. Cette incompréhension est souvent source d'affrontement²⁵.

Le gouvernement fédéral, les provinces et les Premières Nations partagent la responsabilité d'instaurer ce climat de changement. Et dans ce contexte, la gamme complète des attentes des Autochtones à l'égard des mécanismes de règlement des revendications territoriales peut et doit être accordée.

Au moment où le gouvernement fédéral élaborait sa nouvelle politique en matière de revendications, à la lumière du jugement *Calder*²⁶ rendu en 1973, le commissaire aux revendications autochtones du temps prodiguait les conseils suivants au sujet de la nature de ces revendications :

En définitive, on doit se rendre compte que le mécanisme de règlement des revendications des Autochtones met non seulement en cause le règlement d'un simple différend contractuel, mais plutôt la vie et l'existence mêmes du peuple concerné. La volonté de règlement ne doit pas viser uniquement à corriger les erreurs du passé mais, tout autant, à établir un contexte raisonnable pour l'avenir d'un peuple...

Après tout, une bonne part des difficultés actuelles proviennent de la rigidité et du manque de souplesse des positions prises il y a déjà fort longtemps²⁷.

Les Premières Nations envisagent le recours aux politiques en matière de revendications et aux mécanismes visant à traiter de leurs droits ancestraux et issus de traités parce que, dans le cas de plusieurs questions importantes pour tous les segments de la société, il n'y a pas d'autres cadres de discussion.

Il y a peu de choix qui s'offrent pour traiter de questions qui ont si manifestement des répercussions sur l'histoire et le développement futur non seulement des collectivités autochtones mais du Canada dans son ensemble. Les Premières Nations veulent un règlement de leurs griefs en suspens par le biais d'un mécanisme fondé sur les principes de l'équité et de la justice. La majorité du public canadien appuie un tel objectif. La solution

²⁵ Rapport Penner (voir la note 13), p. 12.

²⁶ Voir la note 7.

²⁷ L. Barber, «Indian Claims Mechanisms» (1973) 38 Sask. L. Rev. 11, p. 15.

ne peut surgir que de modalités qui tiennent compte de l'importance attachée par les Premières Nations à la reconnaissance et à l'application des droits ancestraux et issus de traités déjà reconnus dans la Constitution²⁸.

Le manque de souplesse des positions tenues dans le passé ont amené le gouvernement à définir unilatéralement les revendications autochtones d'une façon restrictive. Cela a donné lieu à des politiques et des mécanismes qui ne concordent aucunement avec la nature même des questions qu'elles doivent permettre de régler. À défaut d'une réévaluation fondamentale et d'un changement au niveau des attitudes, la conséquence inévitable sera la perpétuation de la situation que nous observons aujourd'hui : une partie seulement de la tâche qu'il faudrait accomplir, et encore là, mal exécutée.

²⁸ Critique par l'APN (voir la note 12), p. 14.

LES PROBLÈMES LIÉS AU RÈGLEMENT DES REVENDICATIONS

INTRODUCTION

Jusqu'à maintenant, les progrès réalisés dans la solution des revendications particulières ont été très limités. Les revendicateurs ont vu leurs efforts entravés par des possibilités de recherche inadéquates et une insuffisance de fonds alors que le gouvernement, de son côté, ne possédait pas de politique claire et définie sur la question. Le gouvernement canadien ne pouvait laisser persister cette situation, qui a entraîné trop souvent des frustrations et de la colère²⁹.

Depuis plus de 20 ans, les problèmes que soulèvent les revendications indiennes sont source de tourments pour le gouvernement du Canada et les peuples indiens eux-mêmes. Des millions de dollars et l'énergie de centaines de personnes ont été dépensés, sans que l'on ait pour autant trouvé de solutions satisfaisantes. Cela ne veut pas dire cependant que rien n'a été accompli. On en connaît beaucoup plus aujourd'hui sur les questions auxquelles il faut faire face³⁰.

Près de dix années se sont écoulées depuis que ces déclarations ont été faites, et les frustrations et la colère ont atteint un point culminant. En revanche, nous continuons à en apprendre davantage au sujet des questions en cause, les tribunaux donnant une dimension constitutionnelle aux termes «droits ancestraux et issus des traités», «honneur de la Couronne» et «obligations de fiduciaire» de celle-ci.

Ce qui n'a pas changé, ce sont les questions elles-mêmes et le fait que les gouvernements ne soient pas disposés à s'en occuper. Le présent chapitre du document montrera que les examens effectués, les observations formulées et les recommandations faites ont au moins une chose en commun, savoir, qu'ils ont tous été ignorés.

En Ontario, l'accent doit porter sur la politique des revendications particulières puisque les deux paliers de gouvernement ne reconnaissent pas que tous les droits ancestraux aux terres n'ont pas été éteints. La Cour suprême du Canada qui a été saisie de l'affaire *Bear Island*³¹

²⁹ MAINC, *Dossier en souffrance: Une politique des revendications des Autochtones*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1982, p. 5 (ci-après *Dossier en souffrance*).

³⁰ K. Tyler, «A Modest Proposal for Legislative Reform to Facilitate the Settlement of Specific Land Claims», [1981] 3 CNLR 1, p. 1.

³¹ Note de la rédaction: Voir *Attorney General of Ontario c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 RCS 570, 83 DLR (4^e) 381, [1991] 3 CNLR 79.

doit se prononcer sur la question, mais il reste que la politique fédérale des revendications globales ne saurait s'appliquer en l'occurrence. Les revendications des Algonquins du lac Golden et des Autochtones qui n'ont pas signé le Traité Robinson-Supérieur en sont au point mort pour l'instant. C'est en ces termes que l'Association du barreau canadien décrivait récemment les problèmes que soulève la politique des revendications particulières au sujet des questions issues des traités :

La politique des revendications particulières ne s'est pas révélée efficace et n'a pas constitué un forum adéquat pour se pencher sur les problèmes issus des traités. Une déficience évidente est le fait que la politique est limitée quant à sa portée. Les questions relatives aux droits de chasse et droits de pêche et aux autres questions de nature sociale, économique et politique n'ont pas de place dans ce forum. En fait, la politique des revendications particulières se limite aux droits territoriaux issus de traités et aux compensations monétaires.

La politique dans son état actuel a été élaborée par le gouvernement fédéral pratiquement sans consultation avec les Autochtones. Cette approche unilatérale dans l'élaboration de politiques a toujours constitué un contentieux important avec les peuples autochtones, car elle déroge à la nature bilatérale des traités³².

En fait, il est question dans la brochure sur la politique des revendications particulières du point de vue des Indiens, lequel peut être résumé ainsi :

- Le critère des obligations légales est trop restrictif.
- Il y aurait lieu de juger recevables les revendications découlant d'événements antérieurs à la Confédération.
- Il faudrait veiller au respect des droits découlant des traités pour ce qui est de la chasse, de la pêche, du piégeage et des ressources.
- Le gouvernement devrait s'interroger sur sa responsabilité de fiduciaire envers les Indiens.
- Il faudrait assouplir les règles relatives à la preuve.
- Il faudrait que soient supprimés certains moyens de procédure utilisés par la défense.
- Les Indiens devraient avoir accès aux avis du ministère de la Justice.
- Le Bureau des revendications des Autochtones devrait être démantelé.
- Le gouvernement devrait accorder son aide financière aux Indiens en cas de recours aux tribunaux.
- L'aide financière devrait être augmentée à toutes les étapes du traitement des revendications.

³² *Les droits des autochtones* (voir la note 10), p. 54.

- Il faudrait que soient adoptés des principes équitables de compensation, y compris la restitution des terres détenues par des tiers³³.

Exception faite des fonds qui ont augmenté, il n'est pas évident que l'une quelconque des vues des Indiens, exposées ci-dessus, se soit traduite par la modification de la politique ou des pratiques en cours. Et, comme on le verra, les mêmes questions continuent à se poser.

Le présent chapitre du document de travail a essentiellement pour objet de faire ressortir que les problèmes liés à la politique et au processus sont connus depuis longtemps. Le fait que l'on ne s'en soit pas occupé est à la source des frustrations et des délais qui font que le règlement des revendications en Ontario en est aujourd'hui presque au point mort.

Les trois premières sections du présent chapitre mettent en lumière les trois questions les plus importantes qu'il faut régler pour en arriver à une politique des revendications fonctionnelle. Ce sont : la notion de l'obligation légale, le rôle de fiduciaire de la Couronne et la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouve le gouvernement.

Cela ne veut pas dire pour autant que les autres questions abordées n'ont pas leur importance : elles sont en quelque sorte le mal quotidien des parties et, à court terme, celles qui se prêtent le plus aux changements. En fait, il n'est aucun élément du processus actuel auquel ne pourraient être apportées des améliorations. La question dans chaque cas est de savoir lesquelles et quand.

LES OBLIGATIONS LÉGALES

Cette expression problématique remonte au Livre blanc de 1969 dans lequel il était proposé d'abolir le statut, les traités et les réserves des Indiens. Lorsqu'il a proposé ces mesures dévastatrices, le gouvernement fédéral a dit que ses obligations légales envers les Indiens devaient être reconnues.

Pour les Indiens, l'expression «obligations légales» a, dès le départ, semé la confusion et la controverse. Nombreux sont ceux qui la considèrent comme un critère insatisfaisant – en pratique, sinon en théorie – de détermination de la validité de leurs revendications³⁴.

Pendant des années, tous les intéressés se sont interrogés sur les liens entre les termes «légal», «équitable» et «juste». En avril 1982, est venu s'ajouter le mot «constitutionnel». Or, le mois suivant, le gouvernement fédéral rendait publique sa politique des revendications particulières par laquelle il tentait de définir, au moyen de «directives», ses obligations légales.

³³ *Dossier en souffrance* (voir la note 29), pp. 15-16.

³⁴ M. Bossin, «Beyond Lawful Obligations», dans B. Morse, dir., *Indian Land Claims in Canada*, Wallaceburg, Association des Iroquois et des Indiens alliés, Grand Conseil du Traité n° 3, et Union of Ontario Indians, Walpole Island Research Centre, 1981, p. 65.

La position du gouvernement sur les revendications particulières consistera à reconnaître celles qui révéleront le non-respect d'une «obligation légale», c'est-à-dire une obligation qu'il est tenu en droit de respecter. Il peut y avoir obligation légale dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

- i) Le non-respect d'un traité ou d'un accord entre les Indiens et la Couronne.
- ii) Un manquement à une obligation découlant de la *Loi sur les Indiens* ou d'autres lois et règlements relatifs aux Indiens.
- iii) Un manquement à une obligation découlant de la responsabilité administrative du gouvernement à l'égard des fonds ou d'autres biens appartenant aux Indiens.
- iv) L'aliénation illégale de terres indiennes³⁵.

On s'aperçoit, dès le premier coup d'oeil, que le concept des obligations légales ne tient nullement compte du point de vue des Indiens énoncé ci-dessus, surtout qu'il n'est nulle part question des revendications découlant d'événements antérieurs à la Confédération, ni des promesses contractées par traité relativement à la cueillette des ressources, ni des services. Cela est particulièrement important pour les Premières Nations de l'Ontario puisqu'un plus grand nombre de traités ont été signés dans le bassin des Grands Lacs que dans tout le reste du Canada. Et la plupart remontent à une date antérieure à la Confédération.

En conséquence, des questions aussi essentielles que l'autonomie politique, l'éducation et les services de santé, les droits de chasse, de pêche et de piégeage – pour n'en nommer que quelques-unes – ne sauraient faire l'objet de négociations dans le contexte des «obligations légales» de la Couronne.

Le gouvernement estime que les traités établissent des obligations juridiques limitées, à savoir, celles émanant des termes écrits des traités, et ne reconnaît pas ces obligations implicites qui découlent de «l'esprit et l'intention» des traités et qui visent les relations politiques ainsi que les obligations morales. Dans certains cas, en accord avec les tribunaux, le gouvernement a déclaré que les ententes raisonnables ou promesses verbales qui n'étaient pas incluses dans le texte final des traités, devraient également être respectées.

...

Le point de vue du gouvernement quant au respect des obligations légales découlant des termes écrits des traités est que la plupart des obligations ont été remplies et que dans de nombreux cas le gouvernement a donné davantage que ce à quoi il était obligé. Il est cependant admis que certains problèmes subsistent quant aux droits territoriaux issus de traités. De plus, la question des droits de chasse, de pêche et de piégeage en vertu des traités, n'a pas été résolue de façon claire et satisfaisante³⁶.

³⁵ *Dossier en souffrance* (voir la note 29), p. 20.

³⁶ *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), pp. 53-54.

L'élément essentiel d'une politique des revendications fonctionnelle est la reconnaissance explicite que la conduite passée et actuelle du gouvernement doit être évaluée en fonction de ses responsabilités de fiduciaire. C'est ce qu'a fait ressortir à deux reprises la Cour suprême du Canada, soit dans l'affaire *Guerin*³⁷, en 1984, et dans l'affaire *Sparrow*³⁸ 1990. Mais la politique n'aborde qu'indirectement ces concepts, sous la rubrique «Au-delà de l'obligation légale» :

En plus de ce qui précède, le gouvernement est disposé à reconnaître les revendications fondées sur l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

- i) Défaut de compensation à l'égard de terres indiennes prises ou endommagées par le gouvernement fédéral ou tout organisme relevant de son autorité.
- ii) 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 en être clairement établie³⁹.

Au moins un requérant a su profiter de ces dispositions :

L'engagement du gouvernement de régler les revendications dépassant le cadre de ses obligations légales a donné lieu au règlement le plus important probablement à ce jour, savoir celui qui est intervenu dans le cas de la revendication White Bear en Saskatchewan.... Le gouvernement a accepté de négocier en raison des inconvenances commises par certains de ses représentants au moment de la vente de terres appartenant à des Indiens⁴⁰.

Même en allant «au-delà de l'obligation légale», le gouvernement est loin de s'acquitter de sa pleine responsabilité de fiduciaire. D'aucuns pourraient soutenir que toutes les règles d'équité sont en dehors de la politique et qu'il ne s'agit pas d'un point de droit. Dans l'affaire *Guerin*, par exemple, la cour a jugé qu'il y avait «fraude» sur le plan de l'équité, mais pas du point de vue de la *common law*. Cette revendication serait-elle aujourd'hui assujettie à la politique des revendications particulières? Le gouvernement accepte-t-il sa responsabilité de fiduciaire en ce qui concerne ses opérations à l'égard des droits, des ressources, des terres et d'autres biens des Indiens? Ces derniers ont l'impression que non, et cette question est abordée ci-dessous.

En fait, les Indiens sont d'avis que la politique des revendications fait fi de la loi existante. En 1950, la Cour suprême du Canada a statué, dans l'affaire *Miller c. La Reine*⁴¹, que le gouvernement fédéral peut être tenu responsable pour les deniers des Indiens

³⁷ *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, [1984] 6 WWR 481, [1985] 1 CNLR 120.

³⁸ Voir la note 3.

³⁹ *Dossier en souffrance* (voir la note 29), p. 20.

⁴⁰ D. Knoll, «Unfinished Business: Treaty Land Entitlement and Surrender Claims in Saskatchewan» (1986) [non publié] p. 15.

⁴¹ [1950] CSC 168, [1950] 1 DLR 513, 5 CNLC 298.

jusqu'en 1840, mais la politique ne reconnaît pas les revendications datant d'avant 1867. En Ontario, cela fait une énorme différence, car l'administration des deniers indiens entre 1840 et 1867 a été scandaleuse.

Depuis 1982, le gouvernement n'a pas modifié sa politique pour y incorporer les nouvelles règles de droit :

Le fait est que les critères de la politique fédérale des revendications territoriales vont à l'encontre des principes juridiques qui se dégagent actuellement au sujet des droits ancestraux au Canada. Ces critères ne tiennent aucunement compte de décisions de la plus haute importance, comme celles rendues récemment dans l'affaire *Guerin* (1984) et l'affaire *Simon* (1985). Par exemple, l'arrêt *Guerin* confirme la responsabilité de fiduciaire du gouvernement fédéral à l'égard des peuples autochtones et le devoir qu'il a de protéger les droits ancestraux et issus de traités. Dans l'affaire *Sparrow* (1990), la Cour suprême du Canada a dit que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitue un engagement solennel envers les peuples autochtones auquel doivent donner sa pleine importance la loi, les pratiques et les politiques du gouvernement. Le gouvernement fédéral n'a encore pris aucune mesure significative pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de ces décisions⁴².

Il s'ensuit que le gouvernement définit très étroitement les revendications auxquelles pourrait s'appliquer sa définition d'obligation légale. Et il a d'ailleurs toujours reconnu que cela n'irait pas sans créer de problèmes. Dans certains cas, notamment dans celui des «terres retranchées» de la Colombie-Britannique, sa propre politique n'a pas été suivie.

En fait, le gouvernement a réglé certaines revendications sur les conseils du ministre de la Justice alors même que les tribunaux n'auraient probablement pas pu faire valoir son obligation légale. Il en va certainement ainsi de la revendication des bandes aux terres retranchées de la Colombie-Britannique dans le cas de laquelle des aliénations douteuses de terres de réserve ont été confirmées par des lois fédérales et provinciales. Par contre, le gouvernement s'est toujours efforcé de ne pas créer de précédents qui auraient continuellement pu servir d'exemples par la suite, en raison principalement des coûts.

Ces efforts ont été dénoncés par des groupes d'Indiens soutenant que le gouvernement devrait non seulement réparer les torts qu'il leur a fait subir, mais également reconnaître les aspects sociaux et moraux des revendications. Dans ce contexte, l'aliénation au début du 20^e siècle d'environ 700 acres de terres fertiles de diverses réserves indiennes des Prairies est citée à titre d'exemple. Même si le consentement des Indiens avait été obtenu, les moyens utilisés (p. ex. les paiements en espèce sur-le-champ autorisés par la loi) sont souvent difficiles à justifier étant donné la surpopulation et la pauvreté de certaines réserves indiennes aujourd'hui.

Il est clair que les attentes des Indiens quant à la réparation des injustices passées, dans le cadre du processus de règlement des revendications, vont bien au-delà de ce que le gouvernement s'est montré prêt jusqu'à ce jour à envisager⁴³.

⁴² Critique par l'APN (voir la note 12), p. 6.

⁴³ MAINC, Office of Native Claims Reference Book, Ottawa, 1981) p. 18 [non publié] [ci-après ONG Reference Book].

Même les représentants provinciaux en Colombie-Britannique ont eu peine à s'expliquer la définition d'obligation légale énoncée dans la politique :

La définition d'une revendication particulière est problématique pour le Canada lui-même. Dans l'énoncé de politique «Dossier en souffrance» les revendications des bandes aux terres retranchées de la Colombie-Britannique sont considérées comme des revendications particulières, tout comme dans le récent rapport d'étape du gouvernement fédéral d'ailleurs. Cependant, il est question dans un document envoyé à la province de la Colombie-Britannique des différences entre les revendications particulières et les revendications liées aux terres retranchées. Strictement parlant, les revendications liées aux terres retranchées ne sont pas des revendications particulières⁴⁴.

Le problème tient à ce que les terres retranchées de la Colombie-Britannique ont été prises légalement, en vertu de la loi, mais immoralement dans tous les cas. Aucun parallèle n'a été établi avec l'Ontario où, en 1924, une loi privait la plupart des Premières Nations de la moitié de la valeur de leurs ressources minérales. Les règles devraient être les mêmes pour tous. Et elles devraient être appliquées plus largement plutôt que de façon plus étroite.

Même avant que ne soit officielle en 1982 la politique des revendications particulières, il était évident pour tous les intéressés que tout le processus reposerait sur la définition donnée du terme «obligation».

Étant donné la nécessité d'un règlement satisfaisant pour toutes les parties, tous les arguments militent en faveur d'une vaste définition des obligations «légales», au sens le plus strict du terme, imposées au gouvernement fédéral. Cette question est de loin la plus complexe, mais elle est de toute évidence fondamentale⁴⁵.

Tous les problèmes actuels liés au refus d'accès, aux méthodes contestées de validation, aux principes arbitraires de compensation, à la frustration et aux retards répétés sont imputables aux problèmes que pose le concept de l'obligation légale tel qu'il est défini dans la politique des revendications particulières. Heureusement, il existe une autre norme.

LES OBLIGATIONS FIDUCIAIRES DE LA COURONNE ENVERS LES INDIENS

De nombreux débats éclairés ont porté sur les normes qu'aurait dû respecter la Couronne si elle avait voulu se montrer équitable dans ses transactions à l'égard des droits, des terres et des ressources des Indiens. Nombreux sont ceux qui auraient jugé appropriées les normes imposées par la loi à un fiduciaire officiel, mais le gouvernement s'est montré récalcitrant.

⁴⁴ E. Denhoff, «Specific Land Claims: How Does a Tribunal Deal with Them?» dans «Native Land Issues (See You in Court)», Symposium de l'Association du Barreau canadien, Winnipeg, avril 1979, p. 9 [ci-après «Native Land Issues»].

⁴⁵ Morse, dir. (voir la note 34), p. 9.

De nombreuses revendications indiennes demeureront probablement en suspens tant que n'aura pas été précisée la nature juridique des liens historiques entre les Indiens et le gouvernement. L'affirmation sous-jacente est que le gouvernement fédéral est le fiduciaire des Indiens, aux termes de la loi, et que des mesures particulières qu'il a prises au cours des ans ont fait qu'il s'est dérobé à ses responsabilités de fiduciaire puisqu'il n'a pas agi dans leur intérêt. Lorsque cette question a été soulevée dans le cadre de procès, le gouvernement s'est dit d'avis qu'il n'avait aucune responsabilité juridique à l'égard des Indiens ou de leurs terres. Les termes «politique» ou «administrative» qualifieraient peut-être mieux le mot *fiducie*, lequel, en fait, n'est qu'une autre façon de décrire les responsabilités constitutionnelles du gouvernement fédéral à l'égard des Indiens⁴⁶.

L'aversion du gouvernement pour la responsabilité de fiduciaire, exécutoire en justice, peut être attribuée à plusieurs facteurs : le désir de limiter la responsabilité et de ne pas laisser les tribunaux lui dicter sa conduite, le maintien des périodes de prescription et, surtout, la crainte que les agissements passés ne soient jugés en fonction de la moralité actuelle.

D'autres se sont dit d'avis que les devoirs d'un fiduciaire n'avaient pas changé au point où les transactions passées devraient être soustraites à un examen régi par les principes modernes d'équité. Ken Tyler a recommandé que la norme fasse l'objet d'une législation rétrospective.

Les principes moraux contemporains appliqués à des événements passés ne seraient pas entachés d'anachronisme s'il était aujourd'hui précisé dans la loi que les terres des réserves, les fonds et les autres biens des Indiens qui ont été détenus, à un moment ou à un autre, par la Couronne à l'usage et au profit des Indiens, étaient réputés avoir été détenus en fiducie explicite⁴⁷.

Or, de nombreuses Premières Nations ont dû s'en remettre aux tribunaux du fait qu'ils n'auraient pu s'en prendre à la Couronne sans que ne soient définies les normes de conduite appropriées. L'affaire *Guerin*⁴⁸, mettant en cause la location de terres de la réserve Musqueam à Vancouver, a été la première à être entendue par la Cour suprême du Canada.

Aux fins d'application de la politique, d'autres encore ont cherché à définir une norme d'équité qui échapperait à des principes de droit trop stricts. Gérard La Forest, alors professeur de droit et maintenant juge à la Cour suprême du Canada, a fait la proposition suivante au Bureau des revendications des Autochtones en 1979 :

... ce qui nous intéresse, ce n'est pas tant une obligation légale dans le sens où les tribunaux pourraient la faire respecter, mais bien l'obligation du gouvernement de se montrer juste si une obligation au sens de la loi est établie à sa satisfaction. En conséquence, les règles

⁴⁶ ONG Reference Book (voir la note 43), p. 21.

⁴⁷ Tyler (voir la note 30), p. 25.

⁴⁸ Voir la note 37.

techniques en matière de preuve qui ont leur place habituellement ne devraient pas s'appliquer. De même, le temps écoulé ne devrait pas constituer une défense pour ce qui est de la responsabilité de la Couronne⁴⁹.

Cette proposition pourrait être tirée de l'expérience de l'Indian Claims Commission aux États-Unis. Aux termes de la loi l'ayant créée en 1946, la Commission avait pour mandat d'entendre, outre les revendications découlant de la *common law* ou de l'équité, les revendications de nature morale fondées sur le principe «d'agissements justes et honorables»⁵⁰.

Dans la pratique, les revendications fondées uniquement sur leur caractère moral ont eu très peu de succès devant la commission américaine. Mais la U.S. Court of Claims, à qui avait été confié l'examen des travaux de la Commission, a explicité la clause :

Quoi qu'il en soit, les États-Unis sont tenus responsables en vertu de la clause des «agissements justes et honorables» non pas parce qu'ils sont détenteurs du titre de propriété (c'est-à-dire en tant que fiduciaires) mais parce que, par leurs propres actes, ils ont contracté des obligations spéciales, obligations auxquelles ils ont manqué⁵¹.

Aucun de ces principes n'a été incorporé dans la politique des revendications particulières, mais ils ont vite trouvé leur place dans la jurisprudence canadienne, place que leur a accordée la Cour suprême du Canada par la décision d'importance rendue en 1984 dans l'affaire *Guerin*⁵².

Cette décision ne répond pas à toutes les questions qui peuvent se poser au sujet des obligations de la Couronne envers les Indiens. Cependant, elle examine les normes de conduite et, pour ce qui est de la cession des terres en cause, elle a été en faveur de la responsabilité fiduciaire plutôt que de la fiducie explicite. Le raisonnement de la majorité des juges canadiens s'apparente très étroitement à celui de la U.S. Court of Claims :

En confirmant dans la *Loi sur les Indiens* cette responsabilité historique de Sa Majesté de représenter les Indiens afin de protéger leurs droits dans les opérations avec des tiers, le Parlement a conféré à Sa Majesté le pouvoir discrétionnaire de décider elle-même ce qui est vraiment le plus avantageux pour les Indiens... Ce pouvoir discrétionnaire, loin de supplanter, comme le prétend Sa Majesté, le droit de regard qu'ont les tribunaux sur les rapports entre Sa Majesté et les Indiens, a pour effet de transformer l'obligation qui lui incombe en une obligation de fiduciaire⁵³.

⁴⁹ G. La Forest, «Report on Administrative Processes for the Resolution of Specific Indian Claims», Ottawa, MAINC, 1979, p. 14 [non-publié].

⁵⁰ Voir S. Henderson et R. Barsh, «Indian Land Claims Policy in the United States», dans Morse, dir. (voir la note 34), p. 183.

⁵¹ *Lipan Apache Tribe c. U.S.*, 180 Cl.Cl. 487, p. 502 (1967).

⁵² Voir la note 37.

⁵³ *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS à la p. 383, [1984] 6 WWR à la p. 500, [1985] 1 CNLR, p. 137 (Dickson, J.).

Certains auteurs ont donné à entendre que cette formulation n'exclurait pas une fiducie explicite dans une autre affaire où une personnalité précise serait en cause. Par exemple :

Une autre question concerne les biens des Indiens autres que les terres de réserve. La Couronne demeure-t-elle un fiduciaire ayant des pouvoirs de fiducie établis à l'égard des fonds qu'elle détient pour les Indiens ou... la Couronne n'est-elle plus qu'un fiduciaire important ayant des pouvoirs non encore délimités⁵⁴?

De toute évidence la Cour s'est prononcée en faveur des liens plus flexibles et uniques (*sui generis*) de fiduciaire par opposition à la structure plus formelle de la fiducie explicite. Alors que l'analyse laissait à désirer dans cette affaire, et certains diraient même qu'elle était faussée pour ce qui est des précédents américains, les conclusions qui en ont été tirées sont indubitables : lorsque la Couronne assume, ou que le Parlement lui impose, des obligations à l'égard des Indiens et des terres mises de côté pour les Indiens, obligations qui comportent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, les tribunaux l'obligeront à se comporter en fiduciaire.

Pour ce qui est de la politique des revendications, la seule véritable question qui se posait consistait à savoir quelle portée aurait l'obligation de fiduciaire, en dehors de l'affaire *Guerin*. Nous connaissons maintenant la réponse à cette question.

Au départ, le ministère de la Justice a tenu pour acquis que la décision rendue dans l'affaire *Guerin* ne s'appliquerait que dans les cas de cession de terres de réserve. La Cour d'appel fédérale a vite redressé cette erreur en étendant l'obligation de fiduciaire aux expropriations de terres de réserve : *Kruger c. La Reine*⁵⁵.

Un auteur a fait observer que la Cour suprême elle-même est allée au-delà de son interprétation plus étroite dans l'affaire *Guerin* lorsque l'occasion lui a été donnée par la suite de la commenter :

«Dans l'affaire *Guerin*, cette cour a reconnu que la Couronne avait une obligation de fiduciaire envers les Indiens pour ce qui est des terres qu'elle détient en leur nom.» Elle semblerait ne plus tenir compte de la distinction faite entre les terres de réserve cédées et non cédées⁵⁶.

La seule question importante qui demeurerait alors consistait à savoir ce que feraient les tribunaux au sujet des obligations découlant de traités n'ayant aucun caractère de

⁵⁴ D.W.M. Waters, «New Directions in the Employment of Equitable Doctrines: The Canadian Experience», dans T.G. Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, Toronto, Carswell, 1989, pp. 421-22.

⁵⁵ [1986] 1 FC 3 (CA), 17 DLR (4^e) 591, [1985] 3 CNLR 15 (CA féd.).

⁵⁶ R.H. Bartlett, «The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians» (1989) 53 Sask. L. Rev. 301, p. 325, citant et commentant l'affaire *Canadian Pacific Ltd. c. Paul* [1988] 2 RCS 654 à la p. 676, 53 DLR (4^e) 487, p. 503, [1989] 1 CNLR 47, p. 59.

propriété ou de compensation. En termes généraux, c'est aux États-Unis qu'on trouvera une fois de plus un élément de réponse :

Lorsqu'il doit s'acquitter de ses obligations contractées par traité à l'égard des tribus indiennes, le gouvernement est plus qu'une simple partie contractante. En vertu d'une politique humanitaire qu'il s'est lui-même imposée et qui a trouvé son reflet dans de nombreuses lois du Congrès et de nombreuses décisions de ce tribunal, il a choisi d'assumer des obligations morales de la plus haute importance, comme en font foi les actes de ceux qui le représentent dans les relations avec les Indiens, et il devrait donc être jugé en fonction des normes les plus strictes⁵⁷.

Ces principes seraient-ils étendus aux promesses contractées par traité à l'égard de la chasse, de la pêche, de la cueillette du riz sauvage, de l'éducation, etc.? Un auteur s'est dit d'avis que le devoir du fiduciaire de se montrer loyal rendait nécessaires pareilles extensions⁵⁸.

C'est cependant l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui a ouvert toute grande la porte. Dans l'affaire *Sparrow c. La Reine*, la Cour suprême du Canada a statué que les obligations de fiduciaire de la Couronne vont au-delà des droits ancestraux et issus des traités des peuples autochtones du Canada.

À notre avis, l'arrêt *Guerin*... justifie un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les Autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques⁵⁹.

La Cour a également fait observer que «l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'elle transige avec les peuples autochtones»⁶⁰. De toute évidence, la Cour s'attend à ce qu'elle se comporte en vertu de la loi comme un fiduciaire à l'égard d'une vaste gamme de questions liées aux droits ancestraux et issus de traités. Elle lui a également reconnu un rôle pour ce qui est du règlement politique de ces questions.

Le paragraphe 35 1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises⁶¹.

⁵⁷ *Seminole Nation c. U.S.*, 316 U.S. 286, pp. 196-97 (1942).

⁵⁸ D. Johnston, «A Theory of Crown Trust towards Aboriginal People» (1986) 18 Ottawa L.R. 307, p. 331.

⁵⁹ Voir la note 3, [1990] 1 RCS à la p. 1108, 70 DLR (4^e) à la p. 408, [1990] 3 CNLR, p. 180.

⁶⁰ [1990] 1 RCS à la p. 1114, 70 DLR (4^e) à la p. 413, [1990] 3 CNLR, p. 183.

⁶¹ Voir la note 59.

Il n'est pas possible pour l'instant de dire avec précision ce que sera la nature exacte des obligations de fiduciaire de la Couronne dans le cas de chacune des 600 à 800 revendications connues, encore moins ce qu'elle pourrait être compte tenu des récentes décisions des tribunaux.

Il importe toutefois de préciser que toute politique des revendications qui n'incorporerait pas les obligations de fiduciaire à l'égard d'une vaste gamme de transactions, y compris les promesses contractées par traité, sera à ce point différente de la loi du pays qu'il sera impossible de croire en sa capacité de régler les revendications d'une manière juste et équitable.

Et lorsque ce principe fondamental aura été enchâssé dans la politique des revendications, il sera beaucoup plus facile d'aborder le deuxième sujet le plus fréquent de plainte, savoir le rôle du gouvernement en tant que juge de sa propre conduite.

LA QUESTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

L'une des critiques les plus évidentes au sujet du processus est la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouve le gouvernement fédéral lorsqu'il cherche à régler ces questions. D'une part, il a envers les peuples autochtones la responsabilité fiduciaire d'agir dans leur intérêt alors que, d'autre part, il cherche à protéger ses propres intérêts. De toute évidence, les intérêts des deux parties ne sont pas les mêmes et ils entrent souvent directement en contradiction. Comment alors une partie au différend peut-elle contrôler le processus de règlement et s'attendre à ce que les autres parties en cause jugent que le processus donne lieu à des règlements justes et équitables?

Dans le cadre du règlement des revendications, le gouvernement fédéral s'érige en juge et partie. Il définit les critères, décide quelles revendications sont acceptables et contrôle tout le processus de négociation, y compris l'octroi de fonds.

Dans le monde démocratique, il y a peu d'exemples, il va sans dire, de pareille procédure de règlement qui soit aussi totalement contrôlée par une partie au différend. L'expérience acquise en 17 ans a démontré qu'il s'agissait d'un mécanisme de règlement des différends inadéquat⁶².

Le processus actuel en vertu duquel le Bureau des revendications des Autochtones et le ministère de la Justice jugent de la valeur historique et juridique, respectivement, d'une revendication a fait l'objet de critiques sous prétexte qu'il est injuste et qu'il nécessiterait la présence d'une tierce partie, tout à fait impartiale⁶³.

La question de conflit d'intérêts se pose à plusieurs niveaux du processus de règlement des revendications.

⁶² Critique par l'APN (voir la note 12), p. 3.

⁶³ ONC Reference Book (voir la note 43), p. 17.

1. Historique

Sauf rares exceptions où il y a honnêtement eu erreur ou omission, la plupart des revendications sont fondées sur des situations de fait dans lesquelles la Couronne a fait valoir ses propres intérêts, ou ceux d'une autre partie, aux dépens et au détriment des Indiens. Le concept d'obligation fiduciaire est une norme équitable pour déterminer lesquelles de ces revendications devraient être soumises à un processus de règlement.

2. Présentation des revendications

Selon la politique des revendications, c'est au requérant qu'il incombe de prouver que sa revendication est valable. Cela va à l'encontre du devoir imposé par la loi au fiduciaire de rendre compte de la gestion des biens. Donc, pour la plupart des revendications recevables en vertu de la politique actuelle, le gouvernement a imposé aux requérants une obligation qui entre en conflit avec l'obligation qu'il a lui-même de prouver la légalité, l'à-propos et l'équité des transactions contestées.

3. Validation des revendications

Voilà la question qui s'est révélée la plus problématique. Sans reconnaître aucune obligation fiduciaire à quelque niveau que ce soit, le fiduciaire actuel évalue la conduite des fiduciaires du passé et détermine, en secret, la validité de chaque revendication soumise selon des critères qui équivalent à un mélange de considérations juridiques, politiques et budgétaires secrètes. Il fait peu de doute, toutefois, que le facteur unique prépondérant dans la détermination de la validité soit l'opinion du ministère de la Justice.

La Direction générale des revendications particulières du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) est responsable d'effectuer les recherches relatives aux revendications et de soumettre ces dernières au ministère de la Justice qui donne son avis sur l'existence ou non d'«obligations légales» non exécutées. Si une revendication est jugée «valable» par le ministère de la Justice et acceptée par le MAINC pour négociation, la Direction générale des revendications particulières a le mandat additionnel de la négocier pour déterminer la compensation. Le MAINC a également la responsabilité de déterminer les montants d'argent qui devraient être accordés aux bandes indiennes pour la recherche nécessaire à l'établissement et à la négociation des revendications.

Les dirigeants autochtones ont exprimé à maintes reprises leur perception de nombreuses situations de conflit d'intérêts dans lesquelles la Direction générale des revendications particulières peut se trouver⁶⁴.

L'Union des Indiens de l'Ontario a décrit en ces termes le rôle du ministère de la Justice lorsqu'il est appelé à donner un avis juridique :

L'analyse juridique exige de deux à quatre ans. Cela veut habituellement dire qu'entre deux et cinq avocats ont la responsabilité ultime de formuler un avis puisqu'un avocat demeure

⁶⁴ *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), 54-55.

en moyenne moins de deux ans dans ce service du ministère de la Justice. Lorsqu'un avis est donné, il doit par surcroît être approuvé par la section du droit des Autochtones du ministère de la Justice, étape qui requiert entre six mois et deux ans, l'avis initial étant renvoyé aux intéressés pour qu'ils y travaillent davantage. Il n'a jamais été précisé si le rôle du ministère de la Justice consistait en celui d'un «juge» objectif ou d'avocat défendant un client. Parce qu'ils ont à s'acquitter de ces deux fonctions, les avocats du Ministère sont de toute évidence en conflit d'intérêts – habituellement réglé en faveur du gouvernement⁶⁵.

Le processus de validation consiste en partie à inviter les requérants à exposer les fondements juridiques de leur revendication, en fait, à divulguer leurs avis juridiques. Il n'en va pas ainsi, bien entendu, des avis du Ministère qui ont le caractère d'une communication confidentielle entre un avocat et son client. Le client, soit le MAINC, n'a jamais indiqué qu'il était prêt à renoncer à la confidentialité, probablement parce que les avocats du ministère de la Justice lui ont dit qu'il ne pouvait le faire. L'une des raisons de cette réticence tient peut-être à ce que les avis du ministère de la Justice ne concordent pas toujours sur le même point de droit, comme en font foi des exemples documentés.

David Knoll cite des avis juridiques incompatibles qui ont donné des résultats différents pour ce qui est de la validation de deux revendications analogues.

En raison de l'autonomie des avocats du ministère de la Justice, il est arrivé que nous recevions au sujet de revendications différentes des avis qui entrent en contradiction de manière flagrante. Par exemple, la question de savoir quand précisément une réserve est créée est matière à de nombreuses revendications. Dans le cas de la bande de Brokenhead, la réserve a été arpentée en 1874 puis en 1876, mais elle n'a pas été confirmée (avec les frontières telles que modifiées par l'acte de cession) par décret en conseil avant 1916. De l'avis d'un avocat du ministère de la Justice, elle n'a pas existé tant que n'a pas été adopté le décret en conseil... Dans le cas de la bande Gamblers et de la bande Waywayseecappo, une réserve commune avait fait l'objet d'un premier levé en 1877, mais comme son emplacement ne satisfaisait pas à la majorité des membres de la bande, celle-ci s'est scindée. Les décrets en conseil confirmant les nouvelles réserves en 1880 faisaient allusion aux frontières telles que modifiées par l'entente de 1877. L'avocat du ministère de la Justice à qui l'affaire a été confiée s'est dit d'avis que dans ce cas nul n'était besoin d'un décret en conseil pour créer une réserve et que ce sont les frontières délimitées en 1877 qui importent aux fins des revendications. Donc, un avocat du Ministère dit qu'il doit y avoir décret en conseil pour qu'une réserve «existe» alors qu'un autre dit que pareil décret en conseil n'est pas nécessaire...⁶⁶

Il existe, au niveau de l'application, des contradictions et d'autres problèmes de nature technique. Le processus de validation est fondé sur des principes juridiques alors que l'intervention du ministre du MAINC dans la décision finale relative à la revendication en ce qui a trait à

⁶⁵ Union of Ontario Indians, «Land Claims Policy Development», soumis à la Commission des Indiens de l'Ontario par la UOI, le 19 septembre 1990, p. 3 [ci-après UOI, «Land Claims Policy»].

⁶⁶ Treaty and Aboriginal Rights Research Centre (TAAR), *Discussion Paper: Specific Claims Policy and Process*, Winnipeg, TAAR, 1986, pp. 2-3.

la validité et la compensation, souligne la nature politique du processus. Le concept «d'obligation légale» n'est pas spécifiquement défini et la jurisprudence disponible n'offre que peu de directives, laissant ainsi une grande latitude aux avis des avocats qui décident de la validité de la décision. Enfin, les avis du ministère de la Justice sont gardés secrets par le gouvernement, de sorte qu'un requérant indien ne sait jamais pourquoi une revendication particulière a été acceptée ou rejetée⁶⁷.

La principale critique formulée à l'égard de la politique des revendications de 1982 tient à ce que le Canada demeure le juge ultime des revendications présentées contre lui. Cette critique a constamment été formulée à l'égard de la politique des revendications autochtones du gouvernement fédéral qui a sans cesse choisi de l'ignorer. C'est lui qui continue à déterminer quelles revendications seront financées, validées et soumises à la négociation. Aucun appel n'est possible si ce n'est que les parties lésées peuvent intenter des poursuites devant les tribunaux. Le gouvernement ne fait aucun effort pour se montrer neutre. Cette situation, plus que toute autre, fait que cette politique et le processus sont considérés comme préjudiciables, arbitraires et injustes⁶⁸.

Le Comité Penner, qui s'est rendu dans diverses régions du Canada dans le cadre de son étude de l'autonomie politique des Indiens, a entendu de nombreux témoignages au sujet de la politique des revendications, y compris l'accusation répandue de conflits d'intérêts dans le cadre du processus des revendications :

Des témoins indiens se sont élevés contre ce processus parce qu'il concerne de trop près le gouvernement fédéral qui peut seul imposer des conditions. Bien que de nombreuses revendications aient été présentées, peu ont été réglées depuis la création du Bureau des revendications des Autochtones.

À l'heure actuelle, le gouvernement fédéral est à la fois juge, jury et bourreau. Il est tout cela à la fois et c'est ce qui est à l'origine de notre problème. Lorsque les négociations sont rompues, il est impossible d'en sortir. Le gouvernement a donc toute liberté pour décider des résultats de ces négociations si nous ne voulons plus négocier ou si nous ne réussissons pas à nous entendre. Donc, il serait souhaitable de diminuer les pouvoirs du gouvernement fédéral dans ce domaine. (Association des Indiens iroquois et alliés, Spécial, 16:25).

J'ai du mal à comprendre pourquoi l'on accorderait à un bureaucrate le pouvoir de décider si telle ou telle revendication territoriale est légitime ou non. La politique établie pour le règlement des revendications territoriales prévoit que les avocats du ministère des Affaires indiennes et ceux du ministère de la Justice jugent du mérite des revendications. Ainsi, ils sont à la fois avocats de la défense et juges. Et, ce qui vient davantage compliquer la chose, l'avis qu'ils rendent et leurs opinions concernant

⁶⁷ *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), p. 55.

⁶⁸ Knoll (voir la note 40), p. 15.

ces revendications sont confidentiels. C'est pourquoi je pense pouvoir dire qu'ils se sont donné le rôle de protéger le gouvernement fédéral et les provinces contre toutes les revendications que pourront déposer les Premières Nations. Et pour ce qui est des revendications qui ont un certain mérite selon eux, ils les négocieront à l'amiable, bien que la compensation qu'ils accorderont devra être proportionnelle à la solidité de la revendication. Dans ce cas, donc, si l'on veut un traitement juste il est préférable de recourir aux tribunaux. (Bande de Restigouche, Spécial, 22:10)⁶⁹.

Nul n'est besoin d'en dire davantage au sujet de la nature de ce problème. Quiconque a déjà essayé de faire valider une revendication aurait sa propre anecdote à raconter. Certaines sont amusantes, d'autres, inquiétantes. Les craintes des auteurs qui se sont penchés sur la question sont fondées si ce n'est que, dans la réalité, elles sont amplifiées.

L'expérience des Mississaugas de New Credit mérite d'être rapportée ici. Cette Première Nation a vu la validation de sa revendication révoquée, trois ans plus tard, au moment où elle croyait en être presque arrivée à un règlement négocié. Il est difficile d'ajouter foi et de consacrer du temps et des efforts à un processus aussi manifestement arbitraire.

4. Négociation de la compensation

Pour de nombreux requérants, la validation est chose facile. C'est au moment où leur revendication est jugée recevable que la situation se complique véritablement.

Selon la nature de la revendication et le genre de compensation recherché, le processus de règlement peut être relativement simple ou très complexe, comme c'est souvent le cas. Les compensations peuvent varier, mais elles comprennent le plus souvent des éléments tels que le versement d'espèces, la cession ou la restitution de terres ou l'octroi d'autres avantages. Les critères servant à les calculer varient aussi d'une revendication à l'autre suivant les enjeux de chacune et l'ampleur des obligations qu'elles font ressortir⁷⁰.

Le processus des revendications particulières est désagréable, brutal et long, très long. La correspondance et les documents demeurent indéfiniment sur les bureaux des fonctionnaires sans qu'il ne soit répondu aux lettres et aux préoccupations des requérants⁷¹.

La politique du Ministère, par opposition à celle du gouvernement, semble consister à éviter les négociations, et donc le règlement, à tout prix⁷².

Tout d'abord, il ne fait presque aucun doute que les revendications sont validées pour la bonne raison qu'elles peuvent être réglées dans un délai prévisible et à l'intérieur du budget des revendications. En admettant que la nature de la revendication a fait l'objet

⁶⁹ Rapport Penner (voir la note 13), p. 14.

⁷⁰ Dossier en souffrance (voir la note 29), p. 24.

⁷¹ V. Savino, «The Blackhole' of Specific Claims in Canada: Need It Take Another 500 Years?» dans «Native Land Issues» (voir la note 44), p. 14.

⁷² Allen Ruben, cité par Savino (voir la note 71), p. 14.

d'une évaluation rationnelle, les négociations ne devraient donc pas échouer. Or, il arrive souvent qu'elles échouent, et pour bien des raisons.

Premièrement, l'avocat du ministère de la Justice qui pourrait avoir à rejeter la revendication au premier palier en est désormais devenu «l'expert» et il apparaît comme l'adversaire, le défendant et le négociateur qui a en mains les cordons de la bourse publique. Et les avocats de la Justice contrôlent le processus des négociations.

Dans les négociations, les avocats du ministère de la Justice plutôt que les négociateurs du ministère des Affaires indiennes, ont tendance à prendre le contrôle. Cela s'explique par le fait que le Canada considère comme des questions d'ordre juridique les importantes questions de la validité et de la compensation. Même s'il a tendance à dire que les négociations laissent place, dans la mesure du possible, au contrôle et à la participation des conseils de bande, en fait, le légalisme des normes et des processus utilisés font que les conseils deviennent des spectateurs alors que les avocats se disputent d'obscurs points de droit. Plutôt que de les inciter à participer, le processus est source de frustrations et d'amertume pour les chefs et les conseils qui trouvent son légalisme injuste.

Lorsque le gouvernement fédéral adopte une attitude légaliste, toutes les autres parties sont forcées de réagir en faisant intervenir leurs avocats et leurs arguments juridiques. Il vaudrait encore mieux être devant un tribunal où au moins il y a un juge pour maintenir l'ordre et diverses règles, que tous doivent respecter⁷³.

Deuxièmement, tous les éléments qui sont censés être chose du passé au moment où la revendication en est à l'étape de la négociation, continuent à intervenir. Les terres étaient-elles des terres de réserve? La revendication pourrait-elle soutenir l'examen des tribunaux? Des périodes de prescription s'appliqueraient-elles? La Première Nation a-t-elle des témoins crédibles? *Et cetera, et cetera*. Dans des cas extrêmes, de nouveaux renseignements (ou un nouvel avocat examinant de vieux renseignements) font leur apparition et la Première Nation repart à zéro, à moins d'être tout simplement écartée.

Troisièmement, les requérants sont invités à accepter l'inacceptable. Dans certains cas, ils se voient offrir de l'argent plutôt que les terres clairement revendiquées. Dans d'autres cas, le gouvernement leur demande de l'affranchir d'obligations dont il n'est pas question dans la revendication en cause. Pareilles façons d'agir peuvent retarder les négociations pendant si longtemps que les requérants se demandent véritablement pourquoi leur revendication a été acceptée dans un premier temps.

Quatrièmement, la compensation offerte est souvent d'un montant trop bas pour être réaliste. Cela se comprend s'il s'agit de «positions de départ», mais ces positions ne changent habituellement pas tout au long des négociations : elles s'enracinent. Il y a de nombreux exemples de revendications dans le cas desquelles la somme offerte est demeurée entre 1 \$ et 3 \$ pendant des années, et où l'on a finalement réglée rapidement à la dernière minute pour 2 millions de dollars et plus. Il arrive souvent que la position du gouvernement

⁷³ UOI, «Land Claims Policy» (voir la note 65), p. 8.

quant à la compensation soit intransigeante ou irrationnelle. Deux exemples ont été tirés des dossiers de l'Union des Indiens de l'Ontario. En voici un résumé.

Les Mohawks de Gibson

Après que leur revendication eut été rejetée et un procès intenté, le gouvernement fédéral a accepté de négocier un règlement. La Première Nation a obtenu une évaluation professionnelle qui, à son avis, lui permettait d'espérer un règlement.

À une séance de négociation, le représentant du Bureau des revendications des Autochtones a ramené à un chiffre inférieur la valeur estimative. Lorsqu'on lui a demandé de justifier son évaluation, il a indiqué qu'il avait téléphoné à quelques agents immobiliers de la région et décidé de substituer la valeur à laquelle il en était arrivé à celle des évaluateurs professionnels. Les négociations furent dès lors rompues puisque la Première Nation ne s'attendait pas à ce que le processus réponde à ses attentes.

La bande de Batchewana

Lorsque le gouvernement fédéral accepta enfin de redonner à l'île de Whitefish le statut de réserve – question qui retardait la revendication depuis plusieurs années – il n'offrit au départ aucune compensation.

Le conseiller de la bande lui fit valoir que la revendication avait été acceptée parce que l'île avait été sous-évaluée au moment où elle avait été prise aux fins supposément de la construction d'un chemin de fer. En conséquence, la compensation aurait dû équivaloir à la différence de valeur, laquelle aurait été investie dans le compte de fiducie et aurait accumulé l'intérêt prescrit par la loi au moment du règlement.

La réponse du gouvernement fédéral, étayée par un avis du ministère de la Justice, a été que 20 % de l'intérêt devrait être déduit chaque année du calcul pour qu'on en arrive à un chiffre «adéquat» au moment du règlement. La Première Nation est demeurée convaincue qu'il devrait être permis au gouvernement de la priver de la juste valeur de ses terres dans un premier temps puis de se verser à lui-même 20 % des intérêts que l'argent en fiducie aurait rapporté chaque année par la suite.

Outre ces exemples précis, il y en a des dizaines d'autres en Ontario – et peut-être des centaines à l'échelle nationale – dans le cas desquels les délais n'ont pas été respectés, des réunions ont été annulées, des promesses n'ont pas été tenues et où l'on continue à chercher éternellement un mandat de règlement. Tout cela en dépit du fait qu'un mandat de régler la revendication a apparemment été donné lorsque la revendication a été jugée recevable.

Lorsque le Ministre accepte une revendication comme négociable en totalité ou en partie, le Bureau des revendications des Autochtones est habilité à négocier, pour le compte du Ministre et du gouvernement fédéral, un règlement avec le requérant⁷⁴.

⁷⁴ Dossier en souffrance (voir la note 29), p. 24.

Par la même occasion, les Premières Nations sont obligées, pour que leurs efforts finissent par porter leurs fruits, d'emprunter au gouvernement fédéral des sommes qui seront un jour déduites des fonds qu'elles obtiendront en guise de règlement. Ces délais sont non seulement frustrants, mais coûteux et c'est souvent les requérants qui payent la note.

Personne ne s'attend à ce que la validation d'une revendication assure aux nations autochtones le libre accès au Trésor fédéral. Chacun s'attend toutefois, en dépit de l'atmosphère nettement défavorable des négociations entourant les revendications, à ce que les Premières Nations aient la chance de négocier un règlement raisonnable de bonne foi et dans un avenir prévisible. Le fait que cela ne soit pas le cas en Ontario fait ressortir la nécessité immédiate de réconcilier politique et pratique.

La question plus complexe des conflits d'intérêts doit également être réglée pour que les revendications des Premières Nations soient évaluées équitablement. Tout semble indiquer que tel n'est pas le cas actuellement.

LIBELLÉ VAGUE : INTERPRÉTATION ARBITRAIRE

De l'avis de certains observateurs, les «directives» de la politique concernant les revendications particulières pèsent plus lourd sur le plan législatif que les dispositions de l'article 35 de la Constitution. Il en était assurément ainsi jusqu'à tout récemment.

Pourtant, la politique comporte de nombreuses dispositions qui ont été définies ou redéfinies arbitrairement sans que le règlement des revendications s'en trouve amélioré. Certaines des directives sont purement et simplement blessantes et vont à l'encontre des principes établis en matière de droit et d'équité.

La part de doute

La part accordée au doute illustre bien ce qui précède :

Les critères énoncés ci-dessus sont donnés à titre d'indications générales. En fait, le montant exact de la compensation accordée est établi d'après la force de la revendication, c'est-à-dire la mesure dans laquelle elle est fondée, et c'est au requérant qu'il incombe de voir à ce qu'elle le soit. Ainsi, s'il existe un doute quant à savoir si les terres revendiquées ont jamais fait partie d'une réserve indienne, le montant de la compensation accordée tient compte de cette *part de doute*⁷⁵.

Cette notion de la «part de doute» a d'abord été adoptée à l'égard des revendications particulières qui semblaient mal fondées ou qui concernaient des terres dont on doutait qu'elles aient déjà fait partie d'une réserve indienne. Normalement, la lettre établissant la validité de la revendication faisait état de ce doute, après quoi, avec le consentement du requérant, les négociations étaient entreprises en sachant que la compensation serait réduite.

⁷⁵ Dossier en souffrance (voir la note 29), p. 31 [italique ajouté].

Depuis 1985, en vertu d'un «durcissement» interne du processus, la part de doute a pris l'aspect d'une menace susceptible de surgir à n'importe quelle étape du règlement.

L'un des changements les plus déconcertants qu'on ait apportés à cette époque réside dans la notion de «rabais» utilisée dans le calcul de la compensation. Les Affaires indiennes et le ministère de la Justice s'entendent pour réduire le montant de la compensation offerte à l'égard d'une revendication selon un pourcentage établi en fonction des chances que, selon le gouvernement fédéral, la revendication aurait d'être reconnue par les tribunaux. Par conséquent, si les chances d'une issue favorable ne sont évaluées qu'à cinquante pour cent, le gouvernement réduira la compensation de moitié.

Cette notion ridicule n'est qu'un exemple des perplexités auxquelles sont soumises les Premières Nations lorsqu'elles tentent d'obtenir gain de cause en vertu de cette politique. Cette interprétation nouvelle et plus «rigoureuse» de la politique n'a pas permis d'accroître sensiblement le nombre dérisoire de revendications tranchées en moyenne annuellement⁷⁶.

Les Mississaugas de New Credit en ont été victimes lorsque le Bureau des revendications des Autochtones leur a appris, à la première séance officielle de négociation, que la part de doute s'établissait à 50 p. 100. Cette mesure n'était que le prélude au retrait des négociations que le gouvernement devait effectuer peu après.

Comme l'indique l'Assemblée des Premières Nations, la part de doute semble être une mesure budgétaire utilisée par les avocats du ministère de la Justice qui évaluent à peu près les chances qu'un tribunal donne droit à une revendication. Elle n'aurait pas grand-chose à voir avec la faiblesse véritable de la revendication, avec la jurisprudence – étant donné que plusieurs des questions en litige n'ont jamais été portées devant les tribunaux – ni avec une évaluation réaliste des perspectives judiciaires, à moins que celles-ci ne soient fondées sur des moyens de défense techniques qui n'ont pas leur place dans le processus de règlement des revendications.

Tout cela se trouve contesté du fait que le ministère de la Justice fixe d'ordinaire à 50 p. 100 la part de doute. Comme le requérant n'est jamais mis au courant du mode de calcul, on a l'impression que le chiffre est purement arbitraire.

Compensation : valeur particulière pour le propriétaire

Si la notion de la «part de doute» est arbitraire, d'autres directives en matière de compensation sont blessantes. La notion de «valeur particulière pour le propriétaire» en est un exemple.

Le critère de la «valeur particulière pour le propriétaire» ne joue pas et la compensation accordée ne peut comprendre un montant complémentaire à cet égard, à moins que la

⁷⁶ Critique par l'APN (voir la note 12), p. 12.

bande requérante ne puisse prouver que les terres en question avaient pour elle une valeur économique particulière, en sus de leur valeur marchande⁷⁷.

Ce principe ne cadre absolument pas avec l'importance de la terre pour les Indiens. Précisons d'abord, en toute logique, que les terres des réserves ont une valeur particulière puisqu'il est virtuellement impossible de les remplacer à la faveur des politiques actuelles sur l'acquisition des terres. Ensuite, la valeur particulière en question est d'ordre économique et ne tient pas compte, pour ainsi dire, du caractère unique de certains lieux comme celui de l'île Whitefish ou du caractère sacré de certains autres comme le cimetière d'Oka ou celui des îles de Toronto. Il serait sans doute difficile mais non pas impossible de quantifier ces valeurs. À l'île Whitefish, par exemple, le projet (qui sera sans doute rejeté) consistait à créer une fiducie en vue de promouvoir l'utilisation traditionnelle des lieux.

Compensation : perte de l'usage

Des problèmes semblables se rapportent à la perte de l'usage des terres qui est rarement prise en compte, en réalité, dans la compensation.

La compensation peut comprendre un montant accordé en dédommagement de la perte de l'usage des terres en question, s'il peut être établi que les requérants ont bel et bien subi pareille perte. Dans tous les cas, la perte ainsi calculée est la perte nette⁷⁸.

On serait porté à croire que lorsqu'une Première Nation a été privée à tort de la possession ou de l'usage de ses terres, la nature de la perte est évidente même si sa valeur financière ne l'est pas. Pourtant, le gouvernement fédéral ne cesse d'envisager la compensation comme si la perte de l'usage ne s'appliquait que dans des cas spéciaux. Cette attitude est viciée à la base.

Le gouvernement du Canada accepte le principe selon lequel la perte de l'usage de ses terres peut et doit entraîner pour la bande une compensation. Or, il ne se conforme pas aux critères établis dans l'affaire Guerin; il a plutôt tendance à établir à quelles fins la bande aurait utilisé les terres et non quel en aurait été l'usage raisonnable⁷⁹.

Un gouffre sépare la pensée indienne de celle du gouvernement quant aux principes juridiques qui doivent ou devraient s'appliquer à la compensation dans le cadre des revendications autochtones. Compte tenu de la manière dont les Indiens conçoivent leurs rapports avec la terre et de la difficulté d'agrandir de nos jours les terres des réserves, on devrait pouvoir s'entendre sur certains principes et s'en inspirer pour résoudre les revendications.

⁷⁷ *Dossier en souffrance* (voir la note 29), p. 31.

⁷⁸ *Dossier en souffrance* (voir la note 29), p. 31.

⁷⁹ UOI, «Land Claims Policy» (voir la note 65), p. 9.

Coûts des négociations

L'attitude adoptée à l'égard des frais de négociation crée une autre injustice apparente.

Dans les cas justifiés, un montant raisonnable peut être ajouté à la compensation accordée pour couvrir une partie des frais de négociation. Les frais judiciaires, compris dans ce montant, sont assujettis à l'approbation du ministère de la Justice⁸⁰.

Pour toute revendication jugée recevable, c'est en totalité qu'il conviendrait de rembourser les frais de négociation, d'autant que les Premières Nations doivent emprunter auprès du gouvernement pour les acquitter à prime abord. Cette question préoccupe les Premières Nations.

Leurs conseillers juridiques déplorent que leurs honoraires soient scrutés par le ministère de la Justice dont les fonctionnaires ne connaissent pas toujours les réalités de la pratique privée. Parfois, on a l'impression que si les avocats sont sympathiques et donnent une bonne image du gouvernement, leurs honoraires seront généreusement couverts. Il en résulte, bien entendu, de graves conséquences pour les clients.

Comme en ce qui concerne les revendications globales, l'aide financière est accordée sous forme de prêts que le requérant est censé rembourser s'il touche une compensation. Les requérants sont désavantagés parce qu'ils n'ont pas d'autres ressources financières, administratives ou juridiques que celles qu'ils peuvent se procurer grâce à cette formule de prêt qui fait d'ailleurs l'objet d'une surveillance étroite de la part du gouvernement. Par contre, le gouvernement fédéral peut compter sur toute la bureaucratie fédérale. Si les négociations aboutissent à une entente, il y a souvent dispute au sujet du montant du prêt que le requérant devra rembourser⁸¹.

Il serait bon de modifier cette formule afin qu'un groupe distinct, faisant partie ou non du gouvernement, soit chargé d'approuver les frais de négociation et les honoraires des avocats. On pourrait s'entendre à l'avance sur les normes régissant le recours aux services d'un avocat, afin que ces derniers et leurs clients connaissent les honoraires et sachent que le paiement ne proviendra pas des sommes découlant du règlement négocié.

En règle générale, une bande requérante reçoit compensation pour les pertes et les dommages qu'elle a subis par suite d'un manquement du gouvernement fédéral à son obligation légale. Cette compensation obéit aux principes du droit⁸².

En règle générale, un fiduciaire qui a manqué à ses obligations est tenu d'indemniser entièrement le bénéficiaire. Les principes du droit et de la justice qui s'appliquent dans ce cas ne sont pas appliqués à la négociation des revendications.

⁸⁰ *Dossier en souffrance* (voir la note), p. 32.

⁸¹ *Critique par l'APN* (voir la note 12), p. 12.

⁸² *Dossier en souffrance* (voir la note 29), p. 30.

Autres moyens de défense

Outre le caractère incertain des directives concernant la compensation, le processus s'est entaché de diverses autres notions depuis la publication de la politique en 1982. La plus notoire est la prétendue «quasi-infraction» que le gouvernement utilise pour échapper aux directives sur lesquelles une Première Nation s'est appuyée à prime abord pour présenter sa revendication et la négocier.

En Ontario, cette notion a été invoquée pour invalider – plusieurs années après qu'on l'eut jugée recevable – la revendication des Mississaugas de New Credit sur 200 acres de terres de bonne valeur qui leur avait été réservées, en bordure de la rivière Credit, mais qui ne leur avaient jamais été cédées.

Les directives à cet égard sont pourtant claires :

Lorsqu'une bande requérante peut prouver que certaines de ses terres n'ont jamais été cédées légalement, ou autrement prises par autorisation légale, cette bande est indemnisée par la restitution des terres en question ou par le paiement de leur valeur au moment du règlement, sans égard aux améliorations qui ont pu y être apportées entre-temps⁸³.

Longtemps après que la revendication eut été jugée recevable et qu'on eut dépensé des milliers de dollars en frais de négociation, le gouvernement fédéral a décidé que les directives ne s'appliquaient pas puisqu'il s'agissait seulement d'une «quasi-infraction». C'est donc dire que les terres avaient été prises à tort, mais comme la Première Nation avait obtenu quelque compensation, elle n'avait pas subi de tort véritable. On ne semble pas se préoccuper, en l'occurrence, de savoir si le paiement des terres en question avait été suffisant ni obtenu en temps opportun.

Inutile de préciser que des douzaines de revendications concernent la prise de terres ayant fait l'objet d'une compensation. Plusieurs ont été jugées recevables et certaines ont été réglées. On ne saura peut-être jamais en quoi celle de New Credit différait des autres. D'aucuns soupçonnent que le coût du règlement a été le facteur déterminant.

Le fil conducteur de la plupart, sinon de l'ensemble des commentaires sur la politique des revendications après 1982 tient au fait que leurs auteurs ne cherchent pas à promouvoir le règlement des revendications mais plutôt à l'empêcher ou à le prévenir. Il importe dès maintenant de réviser aussi bien la politique que la pratique.

ABSENCE DE POUVOIR

Pour les Premières Nations qui agissent à titre de requérant, l'élément le plus déconcertant réside dans le fait que les fonctionnaires chargés de négocier le règlement de la revendication semblent être dépourvus de pouvoir. L'histoire regorge d'engagements fermes qui ont ensuite été reniés par des bureaucrates anonymes, à Ottawa et de «marchés conclus» qui sont ensuite rejetés par des autorités supérieures.

⁸³ *Dossier en souffrance* (voir la note 29), p. 31.

Très souvent, les négociations proprement dites se font en pure perte faute d'interlocuteurs valables. La table de négociation est le lieu d'un spectacle qui se déroule en l'absence des décideurs.

Il en ressort une injustice flagrante pour les requérants indiens. On en perçoit moins les effets néfastes sur les fonctionnaires du ministère qui reconnaît avoir pour principal problème le moral de ses employés.

En 1987, le directeur et la plupart des employés de la Direction des revendications particulières ont démissionné ou demandé une mutation. Dans certains milieux, on espérait que leurs remplaçants ou les nouveaux venus réussissent enfin à dénouer l'impasse⁸⁴.

Depuis 1987, les demandes de mutation se font encore plus nombreuses et au moins deux négociateurs ont souffert de stress lié à l'emploi et été soignés en conséquence.

La justice la plus élémentaire exige que les négociateurs disposent du pouvoir nécessaire à l'exécution de leurs fonctions et que chacun connaisse les règles du jeu. Il faut remédier à «l'absence de mandat» sous peine de voir se perpétuer l'impression de futilité.

LE FACTEUR D'EXTINCTION

Le règlement d'une revendication est final et sans appel, c'est-à-dire qu'il constitue une réparation définitive du tort causé et que la même revendication ne peut faire l'objet de nouvelles négociations à une date ultérieure. Une décharge définitive sera exigée à cet effet du requérant⁸⁵.

Cette disposition de la politique va plus loin que la nécessité d'assurer un caractère définitif au règlement des revendications. Elle signifie, l'expérience l'a démontré, que le règlement des revendications est organisé de manière à supprimer toute obligation permanente du gouvernement.

Pour les Indiens, le facteur d'extinction fait écho au Livre blanc de 1969 selon lequel les revendications auraient été réglées en vertu d'une politique destinée à y mettre un terme. Accepter qu'il en découle des obligations aurait été, à l'époque, incompatible avec les objectifs primordiaux de la politique. De nos jours, on voit mal pourquoi il ne devrait pas subsister d'obligations permanentes.

Si cette pratique n'a pas cours, c'est notamment parce qu'il est interdit, dans le cadre d'un règlement de faire valoir des revendications fondées sur une ingérence dans l'exercice des droits issus de traités ou une absence de services prévus par traité. Pour plusieurs critiques, cette interdiction ne tient pas compte de la réalité constitutionnelle.

Les Premières Nations du Canada ont vu leurs droits ancestraux et issus de traités reconnus et confirmés dans la *Constitution canadienne de 1982*. Les nombreuses affaires dont la Cour

⁸⁴ Savino, «The Blackhole» (voir la note 71), p. 15.

⁸⁵ *Dossier en souffrance* (voir la note 29), p. 24.

suprême du Canada a été saisie ont permis de définir les responsabilités du gouvernement fédéral envers les peuples autochtones. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* exige que les lois et les politiques canadiennes concordent avec la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux ou issus de traités. Malgré ce fondement législatif, le gouvernement fédéral n'a pas modifié essentiellement son attitude à l'égard des questions autochtones, et celle-ci est sans cesse une source de frustrations pour les peuples autochtones du Canada.

... Cette contradiction provient de l'opposition entre les objectifs des peuples autochtones et ceux du gouvernement canadien. Alors que les Premières Nations cherchent à faire reconnaître et appliquer leurs droits, le gouvernement fédéral a toujours eu essentiellement pour principal objectif d'abolir le «fardeau» des droits ancestraux et de réduire au minimum ses obligations légales⁸⁶.

La Direction des revendications particulières n'accepterait jamais, par exemple, une revendication émanant d'une promesse faite «extérieurement» le cadre des négociations menant à la conclusion d'un traité.

Ainsi, une revendication concernant le riz sauvage qui découlerait des droits issus du Traité n° 3 ne serait pas recevable dans le cadre du processus actuel de règlement des revendications particulières. On ne pourrait pas non plus faire valoir le droit à l'éducation comme droit issu d'un traité⁸⁷.

Outre le fait qu'il constitue un seuil de recevabilité – conçu manifestement pour limiter les obligations permanentes – le facteur d'extinction dissocie les règlements négociés et l'utilisation éventuelle des terres, en particulier lorsque des tiers se trouvent en cause. Les Premières Nations disposent peut-être de plusieurs moyens pour obtenir une compensation financière, mais comment peut-on remplacer des terres ayant un caractère particulier ou compenser la perte de droits concernant l'utilisation des terres?

Le comité Penner s'est penché sur ce problème :

Au long des années, les gouvernements canadiens ont répondu négativement aux revendications territoriales formulées par les Indiens, alléguant qu'il n'y avait plus de terres disponibles ou en réfutant par tous les moyens les raisons données pour les revendications. Malheureusement, cette attitude négative concernant les droits fonciers des Indiens était partagée par de trop nombreux Canadiens.

Il est important de souligner les fausses prémisses et l'injustice de cette attitude. Alors que les gouvernements canadiens ont été lents à trouver des terres pour régler de nombreuses revendications territoriales, notamment celle des Nishgas, ils n'ont eu aucune difficulté à trouver des terres pour de vastes parcs nationaux, des bases militaires, des installations hydro-électriques, des aéroports et des projets de mise en valeur des ressources. Le Canada a mis

⁸⁶ *Critique par l'APN* (voir la note 12), p. 13.

⁸⁷ Savino, «The Blackhole» (voir la note 71), p. 13.

de côté 130 168 kilomètres carrés pour des parcs nationaux contre seulement 26 335 kilomètres carrés pour des réserves. Le Comité ne met pas en doute la nécessité des parcs, des bases militaires et des aéroports, mais il n'en reste pas moins que les droits fonciers des premiers habitants de ce continent méritent autant d'attention, sinon plus. Les Canadiens, qui se considèrent justes et équitables doivent réviser leur position sur cette question.

Le gouvernement devrait s'engager dans cette entreprise avec au moins autant de bonne volonté qu'il consacre à trouver des terres pour les projets gouvernementaux⁸⁸.

À un certain moment, il faudra bien incorporer dans la politique et la pratique des droits des Indiens en tant que source d'une obligation permanente et fournir une tribune de négociation. Les Indiens n'ont pas de tribune, par exemple, pour faire valoir leur droit de prédation. Il faudrait modifier le processus de règlement des revendications pour tenir compte des torts économiques subis dans le passé et de l'exercice de leurs droits à l'avenir. Dans certains cas, cela exigerait de modifier la politique de façon cruciale.

Il faut également examiner, en dehors du contexte de l'extinction, d'autres éléments du processus de règlement.

Le règlement de leurs revendications doit offrir aux peuples autochtones toute une gamme de possibilités, comme le renforcement de leur économie liée à la chasse, la pêche et le piégeage, s'il y a lieu, la mise en valeur de l'industrie locale du bois de coupe et de sciage, le développement de l'industrie des pêches, des loisirs et de la conservation⁸⁹.

Jusqu'à maintenant, le gouvernement fédéral a fait preuve de lenteur dans le règlement des revendications. Le temps est venu de changer d'attitude et de promouvoir une politique de règlement équitable, juste et rapide des revendications. Le Canada devrait assurer une assise économique solide à ceux qui ont partagé leurs terres et leurs ressources; c'est du moins le principe qui devrait sous-tendre une telle politique. Il reconnaîtrait ainsi la contribution des Indiens à la croissance et au développement du Canada⁹⁰.

Tout cela exige la recevabilité, le cas échéant, des revendications concernant l'autonomie administrative alors que celles-ci sont actuellement exclues du processus de règlement. Du point de vue des Premières Nations, les éléments de leurs revendications concernant la propriété foncière et l'économie sont certes étroitement liés à la question de leur autonomie administrative. Toutefois, à l'heure actuelle, les intéressées ne peuvent demander la négociation de cette question que dans le cadre d'une politique et d'un processus distincts qui n'ont pas encore été invoqués et qui risquent fort de faire double emploi avec ceux de leurs autres revendications au cours des prochaines années.

Il est évident qu'il faut remettre en question le principe de l'extinction – et tous les facteurs limitatifs qui en découlent – à la lumière du droit et de la véritable situation des

⁸⁸ Rapport Penner (voir la note 13), p. 112.

⁸⁹ Berber, «Native Rights» (voir la note 11), p. 9.

⁹⁰ Rapport Penner (voir la note 13), p. 116.

collectivités indiennes. Cela devrait donner lieu à un processus vital et dynamique qui reconnaisse la persistance de ces collectivités, leur caractère distinct et leur valeur au sein de la Confédération.

L'ABSENCE DE MÉCANISMES D'APPEL

Compte tenu de la quantité énorme de temps, d'énergie et d'argent qu'une Première Nation doit consacrer à l'audition de sa revendication, il est probable qu'elle ne renoncera pas facilement au processus pour se tourner vers l'appareil judiciaire. Mais lorsque le processus aboutit au rejet de sa revendication, la décision ne fait l'objet d'aucun examen indépendant.

La nature contradictoire des revendications autochtones donne mauvaise presse au gouvernement lorsqu'il tente de contrôler la tribune réservée au règlement négocié des revendications des Premières Nations et des affaires connexes. Le gouvernement fédéral ne s'est pas efforcé de prévoir un mécanisme d'appel lorsque les revendications sont rejetées ou que les négociations échouent. Au fil des ans, les Premières Nations ont proposé en vain d'insérer dans le processus un mécanisme d'arbitrage ou de médiation. Il convient de réviser en profondeur cet aspect de la politique, en conformité avec les aspirations actuelles des Premières Nations et les prétentions constitutionnelles du gouvernement fédéral⁹¹.

Il est vrai que la politique prévoit la possibilité d'une «nouvelle étude», mais il y manque un élément essentiel, soit l'indépendance à l'égard de ceux qui ont rendu la décision initiale.

Lorsqu'une revendication a été jugée irrecevable, le groupe requérant peut la présenter de nouveau à une date ultérieure s'il trouve de nouvelles preuves ou produit de nouveaux arguments juridiques susceptibles de lui donner gain de cause⁹².

Cette question fondamentale mine la crédibilité même du processus de règlement. Nous présentons ci-dessous quelques moyens de remédier à la situation.

LE RÔLE DE LA PROVINCE

Si le gouvernement fédéral décidait de régler rapidement les revendications, il lui faudrait faire appel à la collaboration des provinces. Il devrait tout mettre en œuvre pour les faire participer, s'il y a lieu, aux efforts de règlement. Le processus de règlement des revendications devrait aussi inclure un examen conjoint périodique de façon à tenir compte des situations changeantes⁹³.

⁹¹ *Critique par l'APN* (voir la note 12), p. 13.

⁹² *Dossier en souffrance* (voir la note 29), p. 25.

⁹³ Rapport Penner (voir la note 13), p. 116.

La collaboration provinciale se limiterait aux questions touchant les terres ou la compétence de la province. Le fait qu'une province refuse sa collaboration ne devrait toutefois pas empêcher la conclusion d'une entente avec les groupes autochtones ou la mise en oeuvre des conditions de cette entente dans toute la mesure de la compétence fédérale. Pendant le déroulement des négociations, les gouvernements fédéral et provincial devraient consulter en bonne et due forme les groupes autochtones qui souhaitent faire valoir leurs droits, bien avant que des mesures susceptibles d'influencer ou d'entraver le cours des négociations ne soient prises concernant les terres ou les droits revendiqués⁹⁴.

En Ontario, la collaboration provinciale en matière de revendications s'effectue à plusieurs niveaux. Premièrement, le processus a avantagé la province puisque, à la Confédération, elle n'a pas été tenue d'honorer les promesses découlant d'un traité ou d'en faire les frais.

La situation s'est renversée après 1900 et l'Ontario a été obligée d'assumer les dépenses découlant des traités conclus ultérieurement entre les Indiens et le Canada. Ses obligations concernant l'application des droits issus de traités demeuraient incertaines.

En 1924, une loi faisait de l'Ontario le bénéficiaire attitré de la moitié des droits miniers provenant de la plupart des réserves indiennes de la province. Par la même occasion, la province serait devenue (selon sa propre interprétation de la loi), propriétaire à part entière de toutes les terres invendues ayant été cédées jusque-là. Les Indiens contestent vigoureusement cette dernière position et déplorent la première.

En vertu des principes fondamentaux du droit constitutionnel, l'Ontario est propriétaire de toutes les terres domaniales de la province et de leurs ressources, et elle en assure en grande partie la gestion. Il régit aussi effectivement les pêches, bien que ce domaine soit de compétence fédérale.

Cette brève description illustre plusieurs secteurs clés où la collaboration provinciale au processus de règlement des revendications pourrait être souhaitable ou nécessaire si les négociations devaient englober tout un éventail de solutions. Il n'y aurait pas lieu pour la province d'intervenir lorsque la seule question en litige concernerait le paiement d'une compensation, ou si jamais le Canada acceptait (ce qu'il n'est pas disposé à faire) d'exproprier des terres en vue de régler une revendication.

Dans certains cas, le gouvernement fédéral a besoin de la province pour établir la recevabilité d'une revendication. Dans d'autres, la province assiste aux négociations et peut combler le montant de la compensation lorsqu'elle a acquis des Indiens, sans compensation, des routes ou des parcelles de littoral. Dans une affaire récente, l'Ontario a négocié sans la participation fédérale la compensation de droits fonciers dans l'île Manitoulin et les îles avoisinantes.

La province n'a pas de politique officielle en matière de revendications et préfère, selon la conjoncture, adopter une attitude qui, de l'avis du gouvernement, s'inspire de la justice et du droit.

⁹⁴ *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), p. 28.

Néanmoins, la province a un rôle à jouer lors des négociations menées sous les auspices de la Commission des affaires indiennes de l'Ontario. Il s'agit d'un processus tripartite qui «appartient», en un sens, aussi bien à l'Ontario qu'au Canada et aux Indiens. La participation et la collaboration de la province sont à la fois souhaitables et nécessaires au bon déroulement du processus de la commission pour le règlement des revendications.

SOMMAIRE

Pour revenir sur le thème de ce chapitre, il n'y a rien de nouveau dans les points que nous avons soulignés. La plupart avaient été prévus et commentés avant la publication, en 1982, de la politique concernant les revendications particulières.

Les représentants indiens ont tous insisté avec force sur la nécessité, pour le gouvernement, de les consulter avant de modifier sa politique ou d'en élaborer une nouvelle. Dans presque tous les cas, ils ont aussi fait valoir que toute politique nationale devrait tenir compte du fait que les revendications et les circonstances qui les entourent peuvent varier considérablement d'une région à l'autre⁹⁵.

Il est évident que la politique ne tient pas compte des disparités régionales de l'Ontario. Étant donné que l'existence des droits et des titres ancestraux n'est pas reconnue et que les revendications antérieures à la Confédération sont exclues du processus, un grand nombre de revendications sont passées sous silence.

⁹⁵ *Dossier en souffrance* (voir la note 29), p. 16.

LE RECOURS AUX TRIBUNAUX

Le gouvernement a clairement établi que son objectif premier en ce qui concerne les revendications particulières est de s'acquitter de son obligation légale, arrêtée au besoin par les tribunaux⁹⁶.

INTRODUCTION

La citation ci-dessus donne à penser que le recours aux tribunaux a pour but de compléter la négociation dans des questions litigieuses portant sur les responsabilités. L'utilisation des tribunaux en ce sens peut être souhaitable dans certains cas, puisque cela répondrait au besoin d'un examen indépendant et d'une décision impartiale.

Toutefois, ce recours ne fait absolument pas partie du processus de règlement des revendications. Il n'existe pas de mécanisme ni de mode de financement propres à faciliter le renvoi d'une revendication dans le cadre des négociations. Le gouvernement a pour position officielle que toute contestation judiciaire met fin à la négociation. Officieusement, toutefois, plusieurs revendications ont dû faire l'objet de contestation judiciaire réelle ou appréhendée : la question des terres retranchées en Colombie-Britannique, la revendication des Mohawks de Gibson et le règlement de Sturgeon Lake, en Alberta, sont des exemples où la contestation judiciaire a permis la négociation.

Toutefois, pour la plupart des requérants, la contestation judiciaire ne permet pas de parfaire la négociation et ne constitue pas une menace particulièrement efficace pour forcer le gouvernement à négocier. Il s'agit nettement d'une solution de rechange qui ne doit être employée que lorsque toutes les autres ont échoué.

Dans le présent chapitre, nous analysons les difficultés de la contestation judiciaire en tant que moyen de résoudre une revendication. Nous examinons aussi le recours aux tribunaux comme complément des négociations.

LE RECOURS AUX TRIBUNAUX EST-IL VRAIMENT UNE SOLUTION DE RECHANGE?

Il convient de signaler que de façon générale, les requérants indiens ne perçoivent pas le recours aux tribunaux comme une solution de rechange satisfaisante. L'établissement de la preuve, les prescriptions et les assises non autochtones des traditions judiciaires européennes et canadiennes constituent des facteurs qui, aux yeux des Indiens, empêchent les tribunaux

⁹⁶ Dossier en souffrance (voir la note 29), p 19.

de comprendre le point de vue indien qui émane d'une culture orale et comporte des conceptions différentes du temps et de la propriété⁹⁷.

Nous en concluons de façon générale que le système judiciaire canadien n'a pas donné satisfaction aux Autochtones par le passé et que le problème persiste toujours.

Les difficultés que pose le système judiciaire sont d'autant plus graves que le processus politique est défectueux à bien des égards. Avant *Calder*⁹⁸, les Autochtones n'étaient engagés dans une contestation judiciaire que par la volonté des autres. Les Autochtones appelés devant les tribunaux l'étaient à titre de témoins, de victimes ou d'accusés. Il est bon de rappeler que la principale affaire en matière de droits autochtones au Canada demeure celle de *St. Catherine's Milling*⁹⁹ où les Autochtones eux-mêmes n'étaient pas du tout représentés. Ce n'est que tout récemment que les Autochtones ont commencé à faire valoir leurs droits en qualité de plaignant. Ils sont fortement désavantagés à cet égard puisqu'ils demandent en somme aux tribunaux de renverser des précédents judiciaires vieux de cent ans et fondés sur une opinion tout à fait différente de l'histoire du Canada¹⁰⁰.

Ces citations de sources non indiennes illustrent les problèmes fondamentaux de la poursuite des revendications autochtones devant les tribunaux qui sont, comme on peut le démontrer, des institutions foncièrement conservatrices dont le cadre d'analyse s'inspire de précédents, et non pas des instruments de changement. De plus, rares sont les juges qui ont une formation spécialisée en ce qui concerne le droit particulier des Autochtones et leurs revendications. Ces observations peuvent sembler étranges, compte tenu des décisions récentes de la Cour suprême, et injustes envers les juges des tribunaux inférieurs qui ont déployé un savoir juridique peu commun afin de garantir aux Autochtones l'exercice de leurs droits ancestraux et issus de traités. Il importe donc d'en établir le contexte.

Avant 1982, les tribunaux ont maintenu, parfois à regret, le pouvoir du Parlement d'abroger les droits ancestraux et issus de traités sans même suggérer de réparation sous forme, entre autres, de compensation.

Par exemple, c'est au début des années 1960 que la Cour suprême a décidé que le gouvernement avait rompu des traités afin de mettre en oeuvre la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*¹⁰¹.

De temps à autre, les tribunaux canadiens ont reconnu que le fait pour le gouvernement fédéral de restreindre les droits issus de traités passés avec les Indiens constituait, de la part du Canada, un manquement à la parole donnée. En n'accordant pas plus de poids aux traités qu'aux lois fédérales, ces violations sont devenues des oublis aux yeux des tribunaux, ou des exemples de cas où la main gauche ignore ce qu'a fait la main droite¹⁰².

⁹⁷ ONC Reference Book (voir la note 43), p. 17.

⁹⁸ Voir la note 7.

⁹⁹ Voir la note 7.

¹⁰⁰ *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), p. 25.

¹⁰¹ Savino, «The Blackhole» (voir la note 71), p. 4.

¹⁰² *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), p. 53.

En vertu de ce raisonnement, la violation d'un traité devient un simple accident. Mais les cours ont ratifié les manquements, non les traités. Une poursuite pour rupture de contrat fondée sur la promesse de droits de pêche découlant d'un traité de 1850 a été rejetée parce que, notamment, le délai de six ans s'était écoulé¹⁰³.

[I] ne fait aucun doute qu'au fil des ans, les droits des Indiens ont souvent été honorés par un manquement... Pour reprendre les termes du juge McDonald dans *Pasco c. Canadian National Railway Co.* [1986] 1 CNLR 35, à la p. 37 (BCSC) : «Il n'y a pas lieu de s'enorgueillir de la manière dont les Autochtones ont été traités dans ce pays»¹⁰⁴.

Depuis 1982, il y a eu renversement en ce qui concerne les droits ancestraux et issus de traités. Toutefois, il convient de signaler que dans toutes les affaires dont la Cour suprême a été saisie – *Simon, Sioui, Sparrow* – les Indiens faisaient l'objet de la poursuite. Pour les trancher, la cour a mis au point une défense efficace basée sur l'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et renvoyé la question du droit de prédation sur la scène politique pour qu'on y trouve «une solide assise constitutionnelle en prévision des négociations futures»¹⁰⁵.

Les revendications territoriales n'ont pas connu un sort aussi enviable. À l'exception de l'arrêt *Guerin*, qui a établi la cause d'action et les recours découlant des obligations fiduciaires, les recueils sont à peu près dépourvus de jugements où les Indiens auraient obtenu gain de cause lors de procès portant sur des revendications territoriales.

Il y a bien des raisons à cela. L'une des plus évidentes tient au fait que plusieurs Premières Nations préfèrent utiliser un processus de négociation pleinement subventionné, aussi infructueux ou insatisfaisant soit-il, que d'affronter la justice et son caractère définitif, avec son cortège de craintes, de délais, de dépenses, d'incertitudes légales, d'iniquités et de détails techniques.

Tous ces facteurs méritent qu'on s'y arrête brièvement. À moins de les examiner à fond et d'y apporter certaines modifications, le recours aux tribunaux ne pourra jamais devenir une solution de rechange valable lorsque les négociations achoppent. Cela renforce aussi l'impression très nette qu'au Canada, la justice n'est pas vraiment au service des requérants autochtones.

ÉVOLUTION DU CONTEXTE CONSTITUTIONNEL

Nul doute que ces dernières années, la Cour suprême a fait évoluer la jurisprudence relative aux Autochtones en s'inspirant en long et en large de l'article 35. On le constate dans l'arrêt *Sparrow* :

[I] est essentiel de préciser que la décision dans *Guerin* a été rendue après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁰⁶.

¹⁰³ *Pawis c. La Reine* (1980), 102 DLR (3^e) 602 (CFPI).

¹⁰⁴ *R. c. Sparrow* (voir la note 3), [1990] 1 RCS, p. 1103, 70 DLR (4^e), p. 404, [1990] 3 CNLR, p. 177.

¹⁰⁵ *R. c. Sparrow* (voir la note 3), [1990] 1 RCS, p. 1105, 70 DLR (4^e), p. 406, [1990] 3 CNLR, p. 178.

¹⁰⁶ *R. c. Sparrow* (voir la note 3), [1990] 1 RCS, p. 1105, 70 DLR (4^e), p. 406, [1990] 3 CNLR, p. 178.

On peut également affirmer que les succès des Indiens à la Cour suprême sont partiellement attribuables à l'impossibilité des gouvernements de trouver des solutions de rechange acceptables au «tout ou rien» dans leur interprétation des droits des Indiens :

Il n'y a pas si longtemps, dans *Guerin c. La Reine*, [1984]... le gouvernement fédéral prétendait que toute obligation fédérale [à l'égard des droits territoriaux des Indiens] était de nature politique [et impossible à mettre à exécution légalement]¹⁰⁷.

La Couronne a beaucoup insisté, tant ici que devant les tribunaux inférieurs, pour dire que le Règlement de la *Loi sur les Pêcheries* avait aboli le droit de pêche ancestral de la bande Musqueam¹⁰⁸.

Si la cour avait accepté ces arguments, cela aurait virtuellement privé de sens l'article 35 et pratiquement empêché toute recevabilité d'une revendication territoriale par les tribunaux. D'autre part, si le gouvernement s'était montré plus raisonnable, les affaires *Guerin* et *Sparrow* se seraient sans doute soldées par une défaite pour les Autochtones, ce qui aurait peut être sonné le glas d'un ensemble législatif prometteur. Ce qui est fort ironique. À vrai dire, l'intransigeance de l'État dans la poursuite a sensiblement contribué à l'évolution actuelle du droit. Les progrès ainsi réalisés ne sont pourtant pas à l'abri d'une érosion que pourraient causer à l'avenir des arguments plus subtils et plus sophistiqués. Cette «incertitude» ne tient pas compte non plus du fait que la cour ne s'est *pas encore* prononcée sur deux importantes contestations relatives à des revendications territoriales .

DROIT DES INDIENS À LA PROPRIÉTÉ

Dans *Sparrow*, la Cour suprême n'a pas abordé la question des titres autochtones. En fait, elle n'a pas entendu d'affaire de cette nature depuis *Calder*, en 1973, où la question de fond portait sur le principe d'extinction. Par conséquent, l'incertitude règne toujours quant à la nature de ces droits et à la protection qui leur sera accordée :

Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété traditionnels. Ils appartiennent à une collectivité, font partie de sa culture et contribuent à son existence même. Les tribunaux doivent donc se garder d'appliquer les notions traditionnelles de propriété relevant de la *common law*, à mesure qu'ils approfondissent leur compréhension des motifs du jugement dans *Guerin*... définis par la nature même des droits des Autochtones¹⁰⁹.

Il importe de préciser que l'article 35 ne protège pas les «droits des Autochtones» mais les «droits ancestraux et issus de traités». Dans l'extrait ci-dessus, la Cour parle des «droits des Autochtones» en référence à un passage du jugement *Guerin* où il était uniquement question de titre.

¹⁰⁷ Voir la note 3, [1990] 1 RCS, p. 1105, 70 DLR (4^e), p. 406, [1990] 2 CNLR, p. 178.

¹⁰⁸ Voir la note 3, [1990] 1 RCS, p. 1095, 70 DLR (4^e), p. 399, [1990] 3 CNLR, p. 172.

¹⁰⁹ *R. c. Sparrow* (voir la note 3), [1990] 1 RCS, p. 1112, 70 DLR (4^e), p. 411, [1990] 3 CNLR, p. 172.

En Ontario, l'incertitude pourrait être partiellement levée lorsque la Cour suprême du Canada se sera prononcée dans le renvoi *Bear Island*, en fondant peut-être sa décision, comme l'a fait la Cour d'appel, sur les questions issues de traités¹¹⁰. Entre-temps, le climat d'incertitude va persister.

DROIT DES INDIENS À L'AUTONOMIE

Dans *Sparrow*, la Cour a évité la question de la compétence des Indiens dans l'exercice de leurs droits aboriginaux¹¹¹. Les tribunaux n'ont jamais respecté le droit des Indiens à leur autonomie administrative¹¹². Or, les Premières Nations tiennent leur autonomie administrative comme un élément essentiel du règlement de leurs revendications territoriales.

À l'heure actuelle, on ne semble pas disposé à traiter cette question fondamentale dans le cadre du processus de règlement ni au tribunal. En fait, il est difficile d'imaginer un ensemble de faits satisfaisant qui puisse donner lieu au règlement judiciaire de la question. Nous l'avons dit, la plupart des décisions concernant les droits ancestraux et issus de traités découlent d'une poursuite judiciaire, et même les contestations en matière de revendications territoriales aboutissent rarement à des décisions utiles.

DEUX COURS, DEUX MESURES

Toute Première Nation soucieuse de faire valoir ses droits à l'égard des terres ou des ressources naturelles d'une province se bute à une difficulté inhérente, soit l'impossibilité de choisir sa tribune. Elle doit s'adresser à deux endroits pour obtenir une réparation pleine et entière. En ce qui concerne les ressources naturelles, l'intervention se fait auprès de la Cour supérieure de la province. En Ontario, il s'agit de la Division générale de la Cour de justice de l'Ontario. Une Première Nation peut, par ce recours, faire établir ses droits à l'égard des terres ou des ressources naturelles de la province.

Pour obtenir une réparation du gouvernement fédéral, y compris une reconnaissance des dommages subis et une indemnisation, il faut s'adresser à la Cour fédérale du Canada, tribunal tout à fait différent, qui possède sa propre juridiction de même que ses règles et procédures.

Cette anomalie, qui peut nécessiter une double dépense de temps et d'argent, est bien connue¹¹³. Heureusement, des efforts législatifs sont accomplis pour la redresser.

Le projet de loi C-38, déposé au Parlement en septembre 1989, permettrait aux requérants indiens d'adresser tous leurs griefs au même endroit, y compris ceux qui concernent le gouvernement fédéral, c'est-à-dire auprès de l'appareil judiciaire provincial. Les problèmes que pose le choix d'une tribune ne seront pas tous réglés pour autant. Il

¹¹⁰ Voir la note 31.

¹¹¹ Voir la note 3, [1990] 1 RCS, p. 1103, 70 DLR (4^e), p. 404, [1990] 3 CNLR, p. 177.

¹¹² Voir, par ex., *Attorney General of Ontario c. Bear Island Foundation* (1984), OR (2^e) 353, 15 DLR (4^e) 321, [1985] 1 CNLR 1 (HC).

¹¹³ Voir *Gardner c. Ontario*, 45 OR (2^e) 760, 7 DLR (4^e) 464, [1984] 3 CNLR 72 (Ont. HC).

pourrait y avoir de bons motifs pour s'adresser à la Cour fédérale, mais la procédure risque d'être vaine si le Canada décide de revendiquer à son tour à l'encontre d'une province ou d'un tiers¹¹⁴.

CAUSE D'ACTION

La cause d'action est le fondement juridique de toute poursuite judiciaire. Ainsi que nous l'avons signalé, sans l'affaire *Guerin*, de nombreuses revendications seraient dépourvues de cause d'action. Et le gouvernement est toujours prêt à tenter de faire échouer une poursuite en invoquant l'«absence de cause d'action». Dernièrement, une tentative pour débouter les Métis du Manitoba dans une poursuite fondée sur leurs droits territoriaux s'est avérée vaine.

La tactique habituelle du gouvernement fédéral dans les dix provinces... est de prétendre qu'il n'a aucune responsabilité à l'égard des droits territoriaux revendiqués par les Autochtones. En somme, le gouvernement fédéral tente dans toute la mesure du possible d'échapper à ses responsabilités de fiduciaire, faisant cyniquement fi pour cela de ses obligations constitutionnelles en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'arrêt *Guerin*.

Il s'y est employé dans l'affaire *Gitk'san Wet'suwet'en*, lors du procès des *Lubicon* et, encore, dans l'affaire de *Temagami*, pour ne donner que quelques exemples¹¹⁵.

Le plus étonnant, c'est de voir que deux affaires concernant des revendications territoriales ont échoué jusqu'ici alors que les tribunaux supérieurs ont laissé entendre qu'elles auraient pu aboutir si elles avaient été fondées sur d'autres motifs¹¹⁶. Il en ressort une espèce d'incertitude qui augure peut-être de l'écllosion d'un nouveau domaine juridique. Par contre, elle incite les requérants à attendre que le droit se soit fixé avant de s'adresser aux tribunaux.

TÉMOIGNAGES

L'audition d'une revendication autochtone peut plonger dans l'inconnu et la nervosité les participants autochtones. Les juges qui ignorent leurs traits culturels peuvent trouver les témoins indiens évasifs et peu convaincants, surtout lorsque leur témoignage doit être traduit¹¹⁷.

¹¹⁴ Voir J. Evans et B. Slattery, «Case Comment: *Roberts c. Canada*» (1989) 68 R. du B. can. 817, pp. 840 et s.

¹¹⁵ J. O'Reilly, «Comprehensive Native Land Claims Litigation», dans «Native Land Issues» (CBA symposium) (voir la note 44), p. 39.

¹¹⁶ Voir *Canadian Pacific Ltd. c. Paul* (voir la note 56); *Attorney General of Ontario c. Bear Island Foundation*, 49 OR (2^e) 353, 15 DLR (4^e) 321, [1985] 1 CNLR 1, confirmée [1989] 2 CNLR 73 (CA).

¹¹⁷ Voir, par ex. *Apsassin c. La Reine* (1987), 14 FTR 161, [1988] 1 CNLR 73 (FCTD); voir d'une façon plus générale R. Ross, «Ontario's Northern Indians: A Lawyer Glimpses the Gulf», dans «Practicing Law for a Native Clientele», *C.B.A.O. Annual Institute*, Toronto, 1986.

Dans des cas extrêmes, la suspicion judiciaire s'étend aux spécialistes et aux autres témoins qui se portent à la défense de la cause autochtone.

C'était le genre de personnes qui, après avoir collaboré étroitement avec les Indiens pendant des années, en ont perdu leur objectivité de témoin¹¹⁸.

De plus, les procès-verbaux font presque toujours état des documents gouvernementaux alors que les témoignages oraux des Autochtones, malgré certaines dispositions de la loi de la preuve qui leur sont favorables, ne sont souvent pris en compte que si la version écrite de la Couronne renferme quelque ambiguïté¹¹⁹. Bref, le recours aux tribunaux n'est pas une solution alléchante pour les raisons mentionnées, mais il pourrait le devenir lorsque les intervenants judiciaires seront mieux formés et que l'élan donné par la Cour suprême du Canada aura été suivi¹²⁰.

MOYENS DE DÉFENSE TECHNIQUES

L'acceptation d'une revendication pour négociation ne peut être interprété comme la reconnaissance d'une obligation de la part du gouvernement fédéral; si aucun règlement n'intervient et il s'ensuit un procès, le gouvernement se réserve le droit d'utiliser tous les moyens de défense à sa disposition, y compris la prescription légale, la règle du retard indu et l'absence de preuves recevables¹²¹.

L'absence de preuves recevables n'a pas provoqué jusqu'ici de problèmes en matière de revendications judiciaires, bien que l'importance attachée à la preuve et les conclusions qui en sont tirées ne cessent de causer des cauchemars à la partie indienne. Toutefois, nous ne nous attarderons pas à cet aspect des moyens techniques.

Les moyens de défense sont dits techniques lorsqu'ils ne concernent pas la valeur d'une revendication mais sont néanmoins susceptibles de la faire échouer. Dans cette catégorie, il arrive souvent au gouvernement d'invoquer des lois comportant une prescription légale, ainsi que la doctrine juridique portant sur l'irrecevabilité, le consentement et le retard indu.

Ces moyens sont blessants pour les requérants à divers titres :

- Si l'audition et le jugement ne portent pas sur la valeur de la revendication, on a l'impression qu'il n'y a pas de justice.

¹¹⁸ *Bear Island* (voir la note 116), 49 OR (2^e), p. 390, 15 DLR (4^e), p. 358, [1985] 1 CNLR, p. 37 (Ont. HC).

¹¹⁹ Voir, par ex., *R. c. Horse*, [1988] 1 RCS 187, [1988] 2 WWR 289, [1988] 2 CNLR 112.

¹²⁰ Pour une discussion générale sur ces problèmes, voir Ross (voir la note 117 ci-dessus; O'Reilly, note 115 ci-dessus; et W. Henderson, «Litigating Native Claims» (1985) 19 L. Soc. Gaz. 174, et «Problems of Proof in Native Litigation», dans «Practicing Law for a Native Clientele», *C.B.A.O. Annual Institute*, Toronto, 1986.

¹²¹ *Dossier en souffrance* (voir la note 29), p. 30.

- Le retard mis avant de s'adresser au tribunal n'est pas imputable aux requérants. Il y a vingt ans, la documentation n'était pas tellement disponible, il n'y avait pas d'argent ni de documents légaux pour soutenir ces interventions et, avant 1951, toute mesure pour faire progresser les revendications autochtones était interdite.
- Alors que jusqu'à récemment il n'y avait pas de «cause d'action» reconnue, il n'existe pas de loi qui limite les causes d'action.
- Alors que les Indiens n'avaient pas de pouvoir légal ni de discrétion pour autoriser certaines transactions, on ne peut opposer une fin de non recevoir à leur contestation de ces dernières ou prétendre qu'ils y ont consenti.
- Lorsqu'une revendication est fondée sur un manquement à une obligation légale, on ne peut invoquer son irrecevabilité comme moyen de défense¹²².
- Les retards, indus ou autres, mis à prendre une mesure ne devraient pas jouer en faveur du gouvernement – qui a toujours eu le pouvoir de traiter les revendications – mais les retards indus peuvent avoir quelque importance lorsque les droits de tiers innocents sont en cause.

Dans *Sparrow*, la Cour suprême a précisé que pendant longtemps au cours de notre histoire, les droits des Autochtones n'étaient pas reconnus; il aurait donc été inutile de porter une cause de cet ordre devant les tribunaux.

Plusieurs auteurs ont écrit sur l'inopportunité des moyens de défense techniques en matière de revendications.

Il y a d'autres facteurs à prendre en considération dont le fait, et non le moindre, que pendant une grande partie de notre siècle et l'ensemble du précédent, les peuples autochtones dépendaient du gouvernement pour que celui-ci conserve des archives, les mette au courant de leurs droits et agisse en leur faveur. Ainsi que l'affaire *Guerin* l'a démontré, cette situation n'était pas accidentelle mais constituait plutôt, jusqu'à ces derniers temps, une politique établie. En outre, entre 1927 et 1952, toute initiative en vue de réunir des fonds pour défendre une revendication indienne devant les tribunaux constituait une infraction à la *Loi sur les Indiens*. À mesure que les tribunaux remettent ces facteurs en perspective, il est à souhaiter que des revendications justifiées ne feront pas injustement l'objet d'une fin de non-recevoir¹²³.

En ce qui concerne les revendications territoriales, les parties en litige devraient s'affronter sur le fond de l'affaire au lieu de recourir à des moyens de défense techniques¹²⁴.

Certains proposent une réforme législative.

¹²² *St. Ann's Island Shooting & Fishing Club Ltd. c. Le Roi*, [1950] RCS 211, [1950] 2 DLR 225, 5 CNLC 608.

¹²³ Henderson, «Litigating Native Claims» (voir la note 120), p. 191.

¹²⁴ *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), p. 28.

Plusieurs de ces problèmes pourraient être évités si, au lieu de renoncer à ses obligations légales, le gouvernement adoptait des modifications visant à élargir le champ de ses responsabilités à l'égard des revendications autochtones. En premier lieu, il pourrait abroger l'article 24 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État* de telle sorte que l'État canadien soit tenu rétrospectivement responsable de tout préjudice causé. En ce qui concerne les Indiens du Manitoba, il suffirait sans doute de reporter cette responsabilité à 1870, mais la réalité historique dans d'autres parties du Canada nous porte à croire que cette responsabilité rétroactive devrait s'étendre à l'époque de l'affirmation de la souveraineté britannique dans chaque région du pays. Cela permettrait de recevoir certaines revendications indiennes en Ontario, au Québec, dans les provinces Maritimes et en Colombie-Britannique.

En second lieu, les revendications faites au nom d'une bande ou d'une tribu indienne à l'encontre de l'État canadien pourraient être soustraites à la prescription légale. Compte tenu de l'immunité de l'État dans le passé et de l'incapacité légale et financière dont les Indiens ont été frappés, une réforme de cette nature paraît éminemment juste¹²⁵.

La législation pourrait aplanir nombre des obstacles judiciaires qui s'opposent au règlement des revendications. On pourrait modifier les dispositions de la loi de la preuve s'appliquant aux revendications, légiférer sur les normes de l'honneur associées aux rapports de l'État avec les Indiens et supprimer en tant que moyen de défense (le cas échéant) la prescription légale¹²⁶.

Ces mesures auraient pour avantage d'obliger les tribunaux à traiter toute affaire liée à un grief historique selon sa valeur intrinsèque au lieu d'invoquer d'obscures prescriptions légales qui diffèrent selon les provinces. En fait, les tribunaux supérieurs hésitent à trancher les questions de prescription légale.

Dans *Guerin*, par exemple, la Cour suprême a rejeté l'idée de prescription légale, mais en se fondant sur la notion de «fraude en accord avec les principes d'équité» et sans se prononcer sur la possibilité qu'une prescription légale puisse s'appliquer. Dans *Bear Island*, la revendication territoriale de la nation en cause a été rejetée en première instance en raison notamment d'une prescription légale, mais la Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur cette question. Dans *C.P.R. c. Paul*, le juge de première instance a lui aussi fait valoir la prescription légale à l'encontre de la nation Woodstock. Toutefois, tout en affirmant qu'il y aurait pu avoir des causes d'action plus appropriées, la Cour suprême n'a pas laissé entendre que ces dernières pouvaient faire l'objet d'une prescription.

Depuis *Sparrow*, il est à peu près certain qu'une revendication «fondée sur l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité» ne peut faire l'objet d'une prescription légale. Tout en étant quelque peu rassurant, cet état de fait soulevé des inquiétudes et des incongruités. À titre d'exemple, les lois provinciales portant prescription varient sensiblement dans la manière de rendre caducs certains droits frappés de prescription légale. C'est ainsi que si ces lois s'appliquaient avant 1982, de nombreuses revendications risquent d'être prescrites

¹²⁵ Tyler (voir la note 30), p. 24.

¹²⁶ La Forest (voir la note 49), p. 20.

dans certaines provinces mais non dans d'autres. De plus, on ignore toujours la portée des droits prévus à l'article 35. Si un droit ancestral ou issu de traité est devenu caduc avant 1982 sans le consentement des intéressés, le droit de réclamer une compensation est-il protégé par la *Loi constitutionnelle de 1982*?

En Ontario, comme ailleurs au Canada, l'incertitude règne et, en ce qui concerne la plupart des revendications antérieures à 1927 – pour choisir une année presque au hasard – cette incertitude constitue un obstacle majeur lorsqu'il s'agit de recourir aux tribunaux plutôt qu'à la négociation en vue de régler une revendication.

Tel est, manifestement, l'objet de la politique des revendications. Aux fins de notre document de travail, il s'agit de savoir si, de nos jours, cette politique est souhaitable ou soutenable.

RECOURS JUDICIAIRES

Dans l'hypothèse où les obstacles mentionnés ci-dessus seraient tous supprimés ou ne s'appliqueraient pas à une revendication autochtone particulière, l'éventuel vainqueur d'une contestation doit se demander ce que la cour lui offrira comme réparation. À vrai dire, il obtiendra très peu.

Le requérant moyen peut espérer obtenir tout au plus :

- La reconnaissance de ses droits, qui peut se traduire par une longue négociation du transfert de droits territoriaux entre les gouvernements fédéral et provincial.
- Une compensation financière payable à la Première Nation selon l'évaluation du tribunal et qui peut comprendre, dans de très rares cas (*Guerin* n'en comportait pas), des dommages-intérêts punitifs.
- Une ordonnance qui oblige le ministre ou un responsable à s'acquitter de ses obligations ou qui prescrit ou interdit une mesure quelconque.
- Des frais judiciaires qui risquent de ne représenter qu'une fraction des dépenses engagées dans la préparation et le déroulement du procès.

Voilà une gamme de correctifs plutôt restreinte, compte tenu de l'ampleur des revendications territoriales et des espoirs légitimes des requérants, surtout si la revendication concerne, à prime abord, l'élargissement de la base territoriale ou des droits accrus sur les ressources.

Tyler souligne

... le désir de plusieurs bandes d'obtenir, à titre de compensation, l'expansion des terres d'une réserve. Les cours ne seraient en mesure que d'accorder des dommages-intérêts. Même si l'argent servait à acquérir des terres, celles-ci ne pourraient modifier la situation de la réserve

que si le gouvernement fédéral y consentait. Par conséquent, les bandes qui souhaitent agrandir le territoire de leur réserve seront plutôt tentées de négocier que de poursuivre en justice¹²⁷.

Là encore, la réforme est envisagée :

Il est recommandé de songer sérieusement à rendre le recours judiciaire plus efficace en assurant la mise en oeuvre complète tant des politiques gouvernementales que des décisions judiciaires dans le domaine des droits et des revendications autochtones. Pour ce faire, il faudrait que l'État puisse faire l'objet d'une injonction, que des dommages-intérêts en nature puissent être imposés à l'État, que les cours puissent obliger le gouvernement à entreprendre des négociations de bonne foi et qu'on utilise l'injonction comme réparation positive – soit l'injonction dite structurelle – le cas échéant¹²⁸.

Les tribunaux canadiens fonctionnent selon le principe de la réserve judiciaire qui, aussi souhaitable soit-il dans d'autres domaines du droit, laisse peu de place au règlement satisfaisant des revendications. À lui seul et même s'il subissait une légère modification, ce facteur rendra toujours plus alléchante la négociation d'un règlement que le recours judiciaire tel qu'il existe actuellement.

L'un des grands désavantages de ces propositions, c'est qu'elles semblent inciter à la poursuite judiciaire, souvent très coûteuse, fort éloignée des préoccupations des Indiens et incompréhensible pour eux. La chose est inévitable dans une certaine mesure, tant que le gouvernement fédéral persistera dans sa politique qui consiste à considérer les revendications dans le contexte de ses obligations légales. Mais si ces dernières étaient modifiées dans le sens que nous proposons, il serait fort possible qu'un nombre beaucoup plus grand de revendications puissent être réglées à la table de négociation et que le recours à l'appareil judiciaire soit beaucoup moins fréquent qu'on ne l'imagine. En effet, il y aura toujours à l'oeuvre des facteurs importants qui éloignent les bandes des tribunaux¹²⁹.

L'auteur cite entre autres la gamme restreinte des réparations judiciaires dont nous parlons ci-dessus. Il demeure une autre raison, la plus répandue en ce qui concerne la plupart des Premières Nations : le manque de financement.

MANQUE DE FONDS

Le gouvernement fédéral devrait soutenir financièrement la création d'un fonds de dépense de gestion autonome des droits et titres des Autochtones¹³⁰.

¹²⁷ Tyler (voir la note 30), p. 27.

¹²⁸ *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), p. 28.

¹²⁹ Tyler (voir la note 30), pp. 26-27.

¹³⁰ *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), p. 28.

Inutile d'insister sur les dépenses de temps et d'argent que nécessite la contestation judiciaire. La seule revendication d'un titre de propriété ancestrale sur des terres traditionnelles peut coûter des millions de dollars à la partie indienne à elle seule.

Dans le domaine des revendications particulières, les coûts sont plus modestes mais peuvent s'élever à des centaines de milliers de dollars si l'on doit avoir recours à un grand nombre de preuves historiques ou à plusieurs experts. Il est évident que les négociations des revendications peuvent coûter des centaines de milliers de dollars également, à cette différence près que l'on peut obtenir un financement pour les négociations (à titre de prêt), ce qui n'est pas le cas des litiges, sauf dans de très rares exceptions.

Si les gouvernements estiment que les tribunaux constituent une solution valable pour remplacer les négociations, comme indiqué dans la politique citée au début du présent chapitre, plusieurs mesures sont alors possibles.

- On devrait pouvoir disposer pour les revendications du même financement que pour les négociations.
- Il faudrait limiter les affaires pour restreindre les prix et faire reprendre les négociations.
- Il faudrait s'entendre, dans la mesure du possible, sur les faits et sur la preuve; de façon idéale, il faudrait saisir les tribunaux d'exposés de cause.
- Il faudrait limiter au minimum la procédure préliminaire.
- Les moyens de défense techniques devraient être réservés aux affaires dont sont saisis les tribunaux : de façon idéale, il vaudrait mieux ne pas se fonder sur eux.
- Le financement devrait également s'appliquer aux affaires traitant de l'exercice des droits des Autochtones et de ceux conférés par les traités.

Le fait qu'il soit illicite en Ontario de demander des honoraires conditionnels pose un problème particulier, ce qui pourrait encourager les revendications valables en droit de la part des demandeurs qui disposent de peu d'argent. Le fait que cette possibilité existe dans les autres provinces a toutefois montré que cette solution est loin de constituer une réponse parfaite.

Il semble cependant important de ne pas voir isolément les questions de financement. Les possibilités financières d'accéder aux tribunaux n'auront guère de valeur tant que la voie judiciaire ne sera pas mieux employée pour atteindre peut-être des objectifs plus limités. Sinon, l'observation suivante restera valable :

Il est déconcertant de penser que nous pourrions ne pas être mieux préparés à ce moment-là que maintenant pour régler ces revendications. Il est aussi déconcertant de penser que l'énergie considérable investie pour mener ces affaires au sein du système judiciaire

pourrait être perdue plutôt que mise en valeur par les tribunaux. Ceux-ci pourraient contrôler, guider et, le cas échéant, presser les parties à régler leurs litiges¹³¹.

CAS PARTICULIERS

Pour ces causes, le tribunal ne peut pas constituer une solution de rechange aux négociations; l'inverse étant également vrai.

Il y a tout d'abord les revendications morales et politiques en vertu desquelles il y a peut-être de nombreuses autres raisons que la stricte responsabilité juridique pour négocier une entente. En l'occurrence, les tribunaux ne constituent pas du tout une solution.

Bon nombre d'autres revendications autochtones, qui ont donné lieu à un sentiment aigu et authentique de préjudice peuvent ne pas avoir de fondement juridique même si les demandeurs ont été autorisés à présenter intégralement leur cause en vertu de règles très libérales de preuve. De toute évidence, les tribunaux n'auraient guère d'utilité pour résoudre de telles revendications¹³².

La deuxième catégorie comprend la mise en valeur des ressources et des terres dans les zones revendiquées, le fait de compromettre les droits fonciers ou l'exercice des droits des Autochtones et de ceux conférés par les traités. Dans de tels cas, les négociations ne constituent peut-être pas une véritable solution de rechange pour les Premières Nations. Elles seront peut-être contraintes de s'adresser à la justice pour obtenir des injonctions provisoires afin d'éviter des dommages irréparables. L'affaire *Saanichton Marina*, constitue un excellent exemple de ce genre de cause¹³³.

La troisième catégorie comprend les centaines, voire les milliers, de poursuites intentées contre des particuliers qui revendiquent des droits des Autochtones ou découlant de traités. Ce ne sont pas les intéressés qui ont décidé de s'adresser à la justice et il n'existe pas de processus de négociation dans ce cas. Leur communauté ne dispose souvent pas des ressources financières nécessaires pour les défendre et la plupart d'entre eux plaident coupables parce qu'ils ont l'impression que cela est futile faute d'être bien informés. Il faudrait que les deux paliers de gouvernement répondent aux besoins de ces personnes.

Le fait que les Autochtones du Canada ne disposent pas d'un mécanisme peu coûteux, rapide, équitable et efficace leur permettant de faire prévaloir leurs droits et leurs titres de propriété est contraire aux normes que l'on pourrait attendre de toute société démocratique qui respecte la primauté du droit¹³⁴.

¹³¹ *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), p. 86.

¹³² R. C. Daniel, *Le Règlement des revendications des Autochtones au Canada, 1867-1979*, rédigé pour le ministère des Affaires indiennes et de Nord canadien, Ottawa, MAINC, 1983.

¹³³ *Saanichton Marina Ltd. c. Claxton* (1989) 36 BCLR (2^e) 79, 57 DLR (4^e) 161 [1989] 3 CNLR 46 (BC CA).

¹³⁴ *Critique par l'APN* (voir la note 12), p. 15.

Si l'on veut que les tribunaux et les négociations constituent réciproquement une solution de rechange dans le cadre d'une politique cohérente de revendications territoriales, il faudra tenir compte de ces cas particuliers.

SOMMAIRE

Malgré les succès récemment obtenus en justice, on hésite beaucoup à plaider les revendications territoriales par crainte que l'appareil judiciaire ne légitime des actes ultérieurs au lieu de les redresser. La conception même du droit et les institutions judiciaires sont trop souvent inconscientes du fait que de nombreuses règles, présomptions et procédures juridiques ne s'appliquent aux revendications autochtones que **par analogie**. Lorsqu'on étudie la décision prise par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Bear Island*¹³⁵, qui sous-évalue les fondements mêmes du droit des titres et des traités des Indiens, il est difficile de dire que la tendance à l'apologie des tribunaux est un phénomène du passé.

Le problème réside en partie dans le fait que les juges n'ont pas été formés ni utilisés au mieux.

De plus, la plupart des juges ne connaissent pas particulièrement bien ce domaine. Il faut un certain temps et une certaine expérience pour «sentir» le droit relatif aux Indiens¹³⁶.

Le problème vient en partie des institutions pour ce qui est des règles et de la procédure. Le problème vient en partie de ce que l'on se fonde trop sur les moyens de défense techniques. Le problème vient en partie du fait que nous pouvons tous faire mieux, ce qui n'est pas le cas jusqu'ici.

Le problème vient certainement en partie du financement, bien qu'il faille supposer que même les pertes importantes enregistrées lors des procédures judiciaires ont d'une certaine manière été suffisamment financées. Par ailleurs, il n'y a guère d'intérêt – en dehors des cas particuliers – à financer un processus qui ne fonctionne pas.

En résumé, le tribunal constitue vraiment une solution uniquement pour les gouvernements non indiens, solution tout à fait souhaitable pour eux, puisqu'elle permet aux juristes du ministère de la Justice d'avancer tous leurs arguments; le financement du gouvernement pour sa propre participation vient d'un budget différent qui est presque illimité; et les tribunaux ont traditionnellement favorisé le gouvernement dans les affaires de revendications. Pour l'instant, les tribunaux ne constituent pas véritablement une solution de rechange pour les Premières Nations.

De façon idéale, les tribunaux ne peuvent pas constituer une solution intégrale de rechange aux négociations et devraient constituer un complément lorsque les négociations

¹³⁵ Voir la note 116.

¹³⁶ La Forest (voir la note 49), p. 20.

sont bloquées à des points importants du processus de décision. Voici ce qu'en pense Jim O'Reilly :

Il semble préférable de considérer les tribunaux comme l'une des nombreuses solutions possibles pour redresser les torts. Pour de nombreuses affaires, on pourrait utiliser les tribunaux et les intégrer à une série de mesures ayant pour objectif de reconnaître les droits fonciers. Néanmoins, on ne devrait pas avoir recours aux tribunaux si l'on n'a aucune intention d'entamer des poursuites. Le gouvernement fédéral semble tout à fait heureux de ce que les groupes autochtones intentent autant de procès qu'ils le veulent, car cela repousse le moment de faire les comptes et le cadre judiciaire est essentiellement plus propice et favorable aux gouvernements¹³⁷.

L'objectif devrait être, comme l'a recommandé le comité de l'Association du Barreau canadien, d'avoir recours aux tribunaux en visant l'efficacité et de la façon indiquée plus haut, c'est-à-dire pour leur permettre de «contrôler, guider et, le cas échéant, presser les parties à régler leurs litiges». Ce recours devrait faire partie intégrante d'une politique globale en matière de revendications et non constituer une solution de rechange.

¹³⁷ O'Reilly (voir la note 115), p. 39.

ÉTUDE DES SOLUTIONS

INTRODUCTION

Nous devons actuellement prendre pour acquis que toutes les parties (Premières Nations et gouvernements non indiens au même titre) admettent que la pratique actuelle de tentative de règlement des revendications s'est révélée infructueuse. C'est une évidence que de dire qu'il est bien moins difficile de se contenter de critiquer que de proposer des solutions réalistes. Au cours des dix-sept dernières années, on a beaucoup écrit de façon circonstanciée sur les lacunes du système actuel. La plupart des observateurs ont fait des propositions en vue d'améliorer le processus et/ou la politique actuels.

Les commentaires faits jusqu'ici portent de façon générale sur plusieurs objectifs essentiels :

1. Le processus doit être accéléré car toute temporisation en matière judiciaire revient à un déni de justice (il est peut-être trop tard pour respecter cette maxime, mais ce n'est pas une raison pour ne pas essayer);
2. Il faut rendre le processus équitable et faire en sorte qu'il soit perçu comme tel par tous les participants; et
3. Il faut élargir la politique afin d'inclure une obligation fiduciaire de la part du gouvernement fédéral à l'égard des Premières Nations et leur obligation d'agir de façon à préserver l'honneur de la Couronne.

L'examen des solutions est encore rendu plus complexe du fait que la pratique actuelle relève à la fois de la procédure, de la politique suivie, du droit et de la politique au sens général, et du fait que de nombreux observateurs font des recommandations concernant un, plusieurs ou l'ensemble de ces aspects de la pratique actuelle. La solution la plus simple à examiner, bien qu'en soi très complexe, existe déjà et on l'utilise actuellement comme solution de rechange au processus de résolution des revendications : les tribunaux.

LA SOLUTION DU TRIBUNAL

Pour la solution des tribunaux, telle qu'exposée dans la section précédente, les tribunaux tels qu'ils sont actuellement organisés présentent de graves inconvénients en tant que mécanisme de résolution des différends concernant les droits et revendications des Premières Nations. Nous proposons en conclusion de notre document de travail des recommandations

précises pour faire des tribunaux une meilleure solution pour ce genre de résolution de différends. Nous recommandons fortement une étude approfondie de ces propositions étant donné que les tribunaux auront vraisemblablement toujours un rôle important, et souvent un rôle jurisprudentiel, à jouer dans la résolution de ces affaires, comme le montrent bien les décisions de la Cour suprême du Canada dans *Guerin* et *Sparrow*. Mais nous ne pensons pas que quiconque ait proposé comme solution valable pour résoudre toutes les affaires en instance de plaider chacune d'entre elles pour la simple raison que ce serait beaucoup trop coûteux et beaucoup trop long. Les tribunaux ont un rôle important à jouer en l'occurrence, mais comme nous l'avons déjà dit, ils ne constituent peut-être pas un cadre approprié.

CHANGEMENTS D'ORGANISATION

a) Tribunaux d'arbitrage

Dans la mesure du possible, nous tenterons dans cette section de faire la distinction entre **processus** et **politique** (et nous tenterons d'ignorer le fait que le processus actuel est lui-même une politique). Cette discussion est rendue encore plus complexe du fait que la pratique actuelle intègre un processus et une politique concernant deux phases logiquement distinctes du processus, qui ne sont pas en fait toujours clairement délimitées :

- 1 la validation; et
- 2 les négociations d'indemnisation.

(À titre d'illustration, la pratique fédérale consistant à escompter les revendications constitue un moyen évident d'intégrer la validation aux négociations d'indemnisation). Comme nous le verrons clairement dans la conclusion, il semble justifié de considérer la validation et l'indemnisation distinctement, mais il faut remarquer que la plupart des commentateurs ne le font pas.

Pour ce qui est des solutions concernant le processus, deux grandes catégories ont été constituées au fil des ans :

1. un tribunal ou une commission constitué soit comme un tribunal administratif, soit comme un tribunal simplifié; et
2. un processus de négociation modifié intégrant une opération de médiation et/ou d'arbitrage pour aider les parties à sortir des impasses.

La recommandation voulant que l'on passe à une sorte de décision judiciaire montre en fait qu'il est nécessaire de changer en profondeur la structure du processus. Le passage à un processus de décision judiciaire (alors que prévaut actuellement la pratique des négociations) est généralement proposé comme solution au souci d'équité dont nous avons déjà parlé, dans la mesure où un corps indépendant connaît des revendications, ce qui fait que les gouvernements ne sont plus les accusés, pas plus que les juges et les jurys.

C'est le processus qui a été créé aux États-Unis en 1946 lorsqu'on a instauré la *Commission d'étude des revendications des Indiens* (Indian Claims Commission) dont la compétence générale est la suivante :

La Commission connaît des revendications suivantes faites à l'endroit des États-Unis au nom de toute tribu ou bande indienne, ou autre groupe identifiable d'Amérindiens résidant à l'intérieur des limites territoriales des États-Unis ou de l'Alaska :

1. les revendications selon la *common law* ou l'*equity* faites aux termes de la Constitution, des lois, des traités des États-Unis et des décrets du Président;
2. toutes les autres revendications selon la *common law* ou l'*equity*, y compris celles qui semblent être des délits, à l'égard desquelles les demandeurs auraient eu droit à poursuivre en justice les États-Unis s'il était possible de leur intenter un procès;
3. des revendications découlant d'une révision éventuelle des traités, des contrats et des ententes entre le demandeur et les États-Unis en raison de fraude, de contrainte, d'abus, d'erreur partagée ou unilatérale, en droit ou en fait, ou pour tout autre motif dont peut connaître une cour d'*equity*;
4. les revendications découlant de l'appropriation par les États-Unis, que ce soit à la suite d'un traité de cession ou autrement, des terres appartenant au demandeur ou occupées par lui sans qu'il y ait eu paiement de l'indemnisation acceptée par le demandeur pour ces terres; et
5. les revendications se fondant sur «des tractations justes et honorables qui ne sont reconnues par aucune règle existante de la *common law* ou de l'*equity*»¹³⁸.

On remarquera que son mandat consistait à «connaître des» revendications, en d'autres termes, à statuer.

Un projet de loi semblable a à nouveau été déposé au Parlement canadien en 1965 (il l'avait déjà été une première fois en décembre 1963) proposant l'instauration d'un tribunal semblable ayant un mandat général équivalent :

Sous réserve de la présente loi, la Commission connaîtra de toute revendication portée devant elle tel que prévu dans la présente loi et rentrant dans le cadre de l'une des catégories suivantes de revendications :

- a) lorsque les terres de toute région faisant désormais partie du Canada ont été prises aux Indiens par la Couronne ou par un agent, un fonctionnaire ou un intermédiaire de la Couronne en son nom sans qu'il y ait eu entente à ce sujet ou promesse d'indemnisation;

¹³⁸ La Forest (voir la note 49), citant Public Law n° 726, 79^e Congrès, 2^e session, art. 2.

- b) lorsque les terres réservées à l'usage et à l'avantage des Indiens dans toute région faisant désormais partie du Canada ont été accordées, vendues ou cédées d'une autre façon par la Couronne ou par un agent, un fonctionnaire ou un intermédiaire de la Couronne et qu'aucune indemnisation n'a été accordée aux Indiens ou que l'indemnisation était si insuffisante qu'elle constitue un abus;
- c) lorsque les sommes détenues par la Couronne, pour les Indiens vivant dans une région qui fait désormais partie du Canada ont été indûment utilisées par la Couronne, par un agent, un fonctionnaire ou un intermédiaire de la Couronne en son nom;
- d) lorsque la Couronne n'a pas respecté ses obligations à l'égard des Indiens vivant dans une région qui fait désormais partie du Canada, du fait d'un traité, d'une entente ou d'un engagement, ou
- e) lorsque la Couronne, ou un agent, un fonctionnaire ou un intermédiaire de la Couronne en son nom, n'a pas agi de façon juste et honorable avec ces Indiens et leur a ainsi causé du tort, dans toute transaction ou tractation avec les Indiens d'une région qui fait désormais partie du Canada¹³⁹.

Il faut encore une fois faire remarquer que la Commission d'étude des revendications des Indiens était prévue pour statuer «connaître de toute revendication portée devant elle...». Le Tribunal canadien a été décrié dans le Livre blanc de 1969 et n'a jamais été créé.

L'idée d'un tribunal administratif a été étudiée de façon approfondie par Gérard V. La Forest, c.r. (à l'époque, car il est maintenant juge à la Cour suprême du Canada) dans «Report on Administrative Processes For The Resolution of Specific Land Claims» en 1979, rapport demandé par le Bureau fédéral des revendications des Autochtones. Il recommande, en conclusion, qu'un tribunal administratif indépendant soit créé par voie législative :

Ce corps indépendant devrait à toutes fins utiles être un tribunal spécialisé, habilité toutefois à adopter des procédures et des pratiques adaptées à ses fonctions particulières. Sa compétence devrait aller au-delà des revendications actuellement exécutoires dans un tribunal judiciaire afin de porter également sur celles qui découlent du traitement honorable qui devrait être accordé aux Indiens par le gouvernement. De plus, un certain nombre de règles techniques, telles que le délai et certaines règles d'admissibilité de la preuve devraient être supprimées ou allégées pour rendre possible la justice fondamentale dans le règlement des revendications indiennes¹⁴⁰.

Le gouvernement fédéral n'a pas suivi les recommandations du juge La Forest lorsque l'on a revu la politique des revendications particulières en 1982, comme indiqué dans *Dossier en souffrance : une politique des revendications des Autochtones*.

¹³⁹ Projet de loi C-123, *Loi pour pourvoir à la disposition des revendications des Indiens*, 3^e Sess., 26^e Parl., 1965.

¹⁴⁰ La Forest (voir la note 49), pp. 64-65.

Le comité spécial sur le droit des Autochtones de l'Association du Barreau canadien a également recommandé, dans son rapport de 1988 intitulé : *Les droits des autochtones au Canada : Du défi à l'action*, qu'un tribunal soit créé par voie législative pour statuer sur les revendications particulières :

Recommandation 24 : Tribunal des revendications particulières

Après des consultations approfondies avec les peuples autochtones, en ayant peut-être recours à un groupe d'étude comme celui qui a servi à élaborer la nouvelle politique sur les revendications globales, le gouvernement fédéral devrait procéder, par voie législative, à la création d'un Tribunal des revendications particulières qui aurait un mandat clair pour décider du règlement de ces revendications¹⁴¹.

Dans le commentaire qui suit, on indique dans le rapport du comité de l'ABC que le simple nombre des revendications particulières rend la solution des tribunaux impraticable, mais on ajoute qu'un tribunal pourrait être utile :

Le fait que les questions en jeu soient relativement plus particulières que dans les revendications touchant le titre ancestral, laisse penser qu'un tribunal administratif investi d'un mandat clairement défini, dont les membres seraient experts en la matière et dont la procédure serait simplifiée, pourrait être utilisé pour accélérer le règlement d'une partie de l'arriéré de ces importantes revendications¹⁴².

De nombreux autres commentateurs ont recommandé la création d'un tribunal indépendant habilité à statuer sur les revendications. Une solution intéressante, qui n'a pas été proposée jusqu'ici, à notre connaissance, serait le tribunal privé. Il s'agit d'une autre forme de règlement des différends qui a été mise au point aux États-Unis et est maintenant appliquée en Ontario. Cette solution a, à l'origine, été mise en oeuvre par les sociétés qui souhaitaient réduire les coûts et les délais des litiges commerciaux interminables. En Ontario, ce mode de règlement a été étendu aux litiges concernant la famille, les blessures corporelles et les assurances, et à certains domaines particuliers tels que les sports et les spectacles. On a constitué des groupes d'arbitres qui sont des experts reconnus dans leur domaine (et qui sont généralement juristes). On désigne un arbitre aux parties, mais elles sont libres d'en prendre un autre. Il s'agit essentiellement d'une procédure judiciaire simplifiée et accélérée :

La Cour privée fonctionne en deux étapes. La première étape est une réunion de règlement au cours de laquelle un arbitre essaie de résoudre le différend. S'il n'y parvient pas, la deuxième étape est le procès privé.

¹⁴¹ *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), p. 83.

¹⁴² Voir la note 10, p. 84.

Pour remédier aux problèmes que l'on rencontre dans le régime judiciaire public, le tribunal offre :

- a) une réunion de règlement convoquée assez tôt et renouvelée;
- b) une divulgation complète;
- c) des audiences tenues assez tôt;
- d) des décisions dans un délai de 30 jours;
- e) une certaine souplesse;
- f) la confidentialité;
- g) l'absence de formalité;
- h) le choix de l'arbitre;
- i) des dates fixes.

Par ces moyens, la Cour privée réduira le coût général des litiges. *Aux États-Unis, les cours privées ont réduit le coût des litiges de 50 %*¹⁴³.

Les parties acceptent par écrit d'être liées par les règles de la Cour privée et de reconnaître que toute ordonnance est une «sentence» exécutoire aux termes de la *Loi sur l'arbitrage*. Les réunions de règlement, semblables aux conférences préparatoires au procès dans le système judiciaire public, sont obligatoires et l'arbitre essaie de jouer le rôle de médiateur dans le différend. Si les parties ne s'entendent pas sur un règlement, un deuxième arbitre est nommé pour entendre la cause, sauf si les parties et le premier arbitre s'entendent pour que ce dernier le fasse.

C'est une solution fascinante qui justifierait qu'on l'examine de plus près comme modèle de règlement des revendications des Premières Nations. Elle intègre également d'une certaine manière quelques aspects de la solution que nous allons étudier ensuite, dans la mesure où les négociations assorties d'une aide font partie intégrante du système des tribunaux privés où l'on procède par réunions de règlement avec l'arbitre.

Il y a d'innombrables questions auxquelles il faudrait répondre concernant un tribunal créé pour statuer sur les revendications des Premières Nations : sa compétence, son mandat, la procédure, les règles, les appels, les formes de la preuve, le genre de tribunal (passif ou d'enquête), les parties, les modes de représentation, la force exécutoire des sentences, etc. Ces détails importants dépassent le cadre de notre document de travail, mais il faut préciser que de nombreuses recommandations détaillées ont été faites et qu'elles aideraient beaucoup les parties à concevoir un tribunal d'arbitrage, si l'on devait choisir cette solution.

¹⁴³ *The Private Court: How It Works*, brochure, Toronto, 1990, p. 1.

b) Le tribunal d'arbitrage modéré

Ce titre descriptif intéressant vient d'une étude réalisée par le comité spécial sur le droit des Autochtones de l'Association du Barreau canadien intitulée : «Tribunal Waitangi de la Nouvelle-Zélande : méthodes de rechange à la résolution des conflits» écrite par Joseph Williams en 1988. Le Tribunal Waitangi a été créé par voie législative en 1975 pour statuer sur les revendications découlant du traité de Waitangi signé en 1840 entre la Couronne britannique et les chefs maoris de Nouvelle-Zélande.

Il s'agit d'un tribunal d'arbitrage modéré car ses décisions ne sont pas de nature exécutoire mais constituent plutôt des recommandations faites au ministre des Affaires maories et au Cabinet. Le gouvernement est libre d'accepter ou de rejeter les recommandations et les demandeurs doivent compter sur les pressions politiques ou sociales pour s'assurer que le gouvernement met les recommandations en application. Le Tribunal Waitangi a eu un assez gros succès pour plusieurs raisons, et l'un des facteurs importants a certainement été sa capacité d'adopter des protocoles et des procédures des Maoris pour l'instruction des revendications. Ceci venant s'ajouter au fait que le président est un Maori et est à la fois le juge en chef du Tribunal maori des affaires foncières, a donné au tribunal une grande crédibilité auprès des Maoris. Nous donnons ci-après un bref aperçu de la législation néo-zélandaise portant création du Tribunal Waitangi :

Principaux éléments de la Loi du traité de Waitangi de 1975 (et des modifications ultérieures)

- Les demandeurs doivent être maoris ou d'ascendance maorie. Les revendications doivent être faites par un particulier qui peut par la suite présenter une revendication au nom d'un groupe.
- Le Tribunal Waitangi ne peut instruire que les revendications faites à l'encontre de la Couronne.
- On doit expliquer dans la revendication comment le Maori ou un groupe de Maoris a subi ou risque de subir un préjudice :
 - du fait d'une ordonnance prise ou d'une loi adoptée depuis le 6 février 1840; ou
 - du fait d'un règlement ou de tout autre texte réglementaire pris depuis le 6 février 1840; ou
 - du fait d'une politique ou d'une pratique que l'on a adoptée ou qu'on a proposé de suivre ou d'oublier de la part de la Couronne ou en son nom depuis le 6 février 1840.
- Il est indiqué dans la Loi que le Tribunal est une commission d'enquête. Cela veut dire qu'il peut :
 - assigner des témoins à comparaître;
 - exiger la production de matériaux ou de documents;
 - rechercher activement parmi les matériaux et les faits des éléments l'aidant à prendre une décision concernant une revendication. (Les tribunaux sont beaucoup plus limités pour cela).

- Le Tribunal doit envoyer copie de ses conclusions et de ses recommandations (le cas échéant) au demandeur, au ministre des Affaires maories, aux autres ministres de la Couronne pouvant, de l'avis du tribunal, avoir un intérêt dans la revendication et aux autres personnes à qui, de l'avis du tribunal, cela pourra être utile.
- Le Tribunal a le droit de refuser d'examiner une revendication s'il estime qu'elle est trop dérisoire, ou s'il y a un moyen plus adapté pour régler le grief.
- Le Tribunal peut accepter comme preuve toute déclaration, document ou information qui pourra, à son avis, l'aider à résoudre effectivement la question dont il est saisi¹⁴⁴.

Cela permettrait de résoudre certains des problèmes, mais non la totalité, que pose le processus ontarien actuel.

CHANGEMENTS DE PROCÉDURE

Le processus actuellement en vigueur en Ontario pour les revendications particulières est avant tout une forme de négociation non assortie d'une aide. Les parties à l'affaire décident d'elles-mêmes d'entamer des négociations dans le but de régler une revendication présentée par l'une des Premières Nations. Pour un certain nombre de raisons dont nous avons déjà parlé dans le présent document de travail, ce processus ne fonctionne pas. Nous allons traiter dans cette partie de la section des éventuels changements de procédure que l'on pourrait apporter à la pratique actuelle pour lui permettre d'atteindre les objectifs fixés.

L'Assemblée des Premières Nations a indiqué que les négociations constituaient le mode de résolution des différends que préfèrent les Premières Nations.

Il ne fait aucun doute que le cadre politique actuel ne correspond pas à la jurisprudence existante ni à la réalité de la situation. Les négociations ont toujours été la méthode favorite des Premières Nations pour résoudre les affaires en instance, mais ce dont on a besoin, ce sont des règles réalistes et équitables pour de telles négociations¹⁴⁵.

Mais il est également clair d'après cette citation que les négociations actuelles, qui ne sont pas structurées et ne sont pas assorties d'une aide, ne constituent pas la méthode favorite. Que faudrait-il ajouter au processus actuel de négociation pour qu'il fonctionne?

a) Facilitation des négociations

La Commission sur les Indiens de l'Ontario (CIO) constitue une tentative récente de facilitation du processus de négociation. Cette Commission est un organisme indépendant

¹⁴⁴ *The Treaty of Waitangi and the Waitangi Tribunal*, brochure, Wellington, N.Z., Waitangi Tribunal, 1992, pp. 10-11.

¹⁴⁵ APN, «Draft: Alternative Approaches to First Nations Interest, Aboriginal and Treaty Rights in Canada», Ottawa, 1990 [non-publié], p. 5.

créé par des décrets mixtes des gouvernements fédéral et ontarien, ratifiés par les Premières Nations de l'Ontario réunies en assemblée. Ses fonctions, fixées par décrets, sont les suivantes :

2. *Fonctions*

- 2.1 Offrir une tribune pour la négociation des questions d'autonomie gouvernementale;
- 2.2 Faciliter l'examen et permettre la résolution de toute question intéressant à la fois le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial, ou l'un des deux, et l'ensemble ou quelques-unes des Premières Nations de l'Ontario que le Conseil tripartite renvoie devant la Commission en lui intimant l'ordre ou selon ce qu'auront exigé les parties, comme indiqué ci-après; et
- 2.3 Sous la direction générale du Conseil tripartite, informer les habitants de l'Ontario des activités de la Commission, et de la nature et des progrès des affaires dont elle est saisie.

La CIO joue essentiellement le rôle de facilitateur dans la mesure où elle convoque des réunions et y préside, prépare des rapports et aide de façon générale les parties à se rencontrer et à négocier, et de médiateur officieux en essayant d'aider les parties à arriver à un règlement. Mais la CIO ne peut contraindre les parties de faire quoi que ce soit sans leur consentement exprès. Sur la dizaine de revendications territoriales particulières qui ont été portées devant la CIO au cours des douze dernières années, deux seulement sont parvenues à un règlement définitif. Pour ce qui est des problèmes que pose le processus et dont nous parlons dans la partie du présent document de travail réservé à ces problèmes, la Commission sur les Indiens de l'Ontario estime qu'il n'est pas possible d'y remédier véritablement à l'heure actuelle. Le simple fait d'ajouter la facilitation et la médiation non exécutoire (ce qui vaut cependant mieux que rien) ne semble pas améliorer la situation du processus des revendications particulières. L'observation sans doute la plus révélatrice sur le processus de la CIO, sur ses succès ou sur l'absence de succès, vient de Roberta Jamieson, anciennement commissaire, et elle figure dans le rapport du comité de l'Association du Barreau canadien de 1988 :

Pour Roberta Jamieson, l'actuel Commissaire, la manifestation d'une volonté politique soutenue, de vraiment résoudre les problèmes, est citée comme étant le facteur déterminant du succès des négociations¹⁴⁶.

Il est clair que si la volonté soutenue dont on parle plus haut existait, et se traduisait dans la réalité par un personnel et des ressources suffisantes pour régler effectivement un grand nombre de revendications, le processus de facilitation des négociations du type CIO pourrait donner de meilleurs résultats.

¹⁴⁶ *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), p. 75.

b) Négociations assorties d'un arbitrage exécutoire ou non exécutoire

En 1981, l'Association des Iroquois et des Indiens alliés, le Grand conseil du traité n° 3 et l'Union of Ontario Indians, ont présenté ensemble une soumission au ministre des Affaires indiennes de l'époque, l'honorable John Muaro. Dans ce document, ils expliquaient que le processus de la Commission sur les Indiens de l'Ontario, tel qu'il était alors conçu (et qu'il l'est toujours), n'était pas satisfaisant, mais qu'il pouvait être amélioré grâce à l'adjonction de certains pouvoirs :

Résumé

Il existe un processus de règlement des revendications indiennes en Ontario qui contient la plupart des caractéristiques du processus que nous proposons. Nous proposons que, du moins à titre temporaire, le processus mettant à contribution la Commission sur les Indiens de l'Ontario soit modifié afin d'intégrer certains de ces changements.

Actuellement, le Processus de la CIO comprend les éléments suivants :

- une indépendance clairement précisée;
- le renvoi en négociation, en conciliation, en médiation et en arbitrage avec le consentement des parties concernées;
- un rôle de secrétariat pour les parties afin d'assurer la coordination pour les rencontres et la documentation concernant les revendications;
- une distinction dans le processus entre la décision ou la validité et l'entente sur une indemnisation;
- la possibilité de désigner des organismes précis, de nommer des personnes précises pour la médiation ou l'arbitrage de toute revendication.

Que faudrait-il pour pouvoir intégrer les modifications que nous demandons :

1. Ajouter au décret :

- le pouvoir de faire enquête lorsqu'on porte plainte pour violation de l'obligation de négocier de bonne foi;
- le pouvoir de tenir des audiences sur ces allégations;
- le pouvoir de faire des enquêtes sur ces allégations;
- le pouvoir de faire des déclarations ou d'ordonner la production de renseignements, de convoquer des réunions ou de participer à des réunions, ou de remplir des fonctions particulières;
- le pouvoir d'examiner des documents et de décider s'ils sont privilégiés;
- la possibilité pour le demandeur de renvoyer l'affaire en arbitrage exécutoire.

2. *Avec l'accord des parties :*

- recruter et former des médiateurs et des arbitres, et tout personnel autre «en dehors du système d'assistance»;
- accepter les revendications dans le système sur l'initiative du demandeur sans qu'il soit nécessaire d'avoir l'approbation des parties contre lesquelles est faite la revendication¹⁴⁷.

La proposition s'inspire de loin du modèle des relations de travail qui comprend la négociation, la conciliation, la médiation, l'arbitrage et la décision. À chacune de ces étapes, l'issue privilégiée étant l'entente et l'on ne passe à l'étape suivante que s'il n'a pas été possible de s'entendre à l'étape précédente.

Ce type de modèle a pour avantage de permettre au facilitateur et aux parties de sortir des impasses qui peuvent contrecarrer les simples négociations ou les négociations facilitées.

Pour sortir d'une impasse, on peut se servir de l'arbitrage de diverses manières et à différentes étapes du processus. Par exemple, lors de négociations d'indemnisation, on peut se sortir des impasses en évaluant la perte de l'utilisation, en cherchant la valeur à donner à la terre au moment de la perte, en essayant de voir comment traduire la valeur de cette perte en chiffres actuels, et ce ne sont que quelques-unes des nombreuses solutions possibles. On peut renvoyer en arbitrage certaines questions particulières pour lesquelles on est dans une impasse, sans qu'il soit nécessaire d'arbitrer l'ensemble de la revendication d'indemnisation, bien que cela constitue aussi une possibilité.

L'arbitrage peut être exécutoire ou non exécutoire, et l'arbitre peut décider du montant lui-même, ou on peut avoir recours à un arbitrage des propositions finales pour lequel l'arbitre est contraint de choisir l'une des positions finales adoptées par les parties. L'arbitrage des propositions finales a l'avantage de contraindre les parties à être réalistes lorsqu'elles avancent des offres finales, au lieu de prendre des «positions de négociation» sachant que l'arbitre va réduire les montants proposés.

Le choix des arbitres peut constituer un problème, et on préfère bien évidemment que les parties s'entendent là-dessus, mais faute de cela, le choix peut revenir au facilitateur des négociations. Le nombre des arbitres peut également constituer un problème, étant entendu qu'il y a généralement un arbitre sur lequel on est tombé d'accord ou qu'on a choisi ou un groupe de trois (ou davantage selon le nombre des parties) arbitres, un pour chacune des trois parties, toutes s'étant entendues pour la présidence.

Il faut aborder toutes ces questions et y répondre si les parties doivent adopter la négociation assortie d'un arbitrage pour le processus des revendications particulières.

¹⁴⁷ Association des Iroquois et des Indiens alliés, Grand Conseil du Traité n° 3, and Union of Ontario Indians, *A New Proposal for Claims Resolution in Ontario*, Soumission au ministre des Affaires indiennes, 11 avril 1981, pp. 3-4 [ci-après *New Proposal*].

CHANGEMENTS ADMINISTRATIFS

Plus simplement, quel que soit le processus choisi, pour que le modèle fonctionne, il faudra davantage de personnes et davantage d'argent. Cela vaut pour toutes les parties concernées : le Canada, l'Ontario et les Premières Nations. Tout système peut être effectivement entravé s'il ne dispose pas d'un personnel et de ressources suffisants pour arriver à des solutions.

Si nous voulons envisager une solution qui soit propre à l'Ontario, il nous semble qu'il serait souhaitable que le Canada crée un bureau spécial pour l'Ontario chargé des droits de propriété et des revendications des Premières Nations, avec un budget qui soit précisément fixé pour l'Ontario. De même, l'Ontario devrait envisager de créer un bureau, avec un personnel permanent, chargé de s'occuper précisément de ces questions, et disposant encore une fois de son propre budget. Il faut le répéter, tout cela n'aura aucun résultat si l'on n'accorde pas aux Premières Nations des ressources suffisantes pour essayer d'obtenir un règlement de leurs revendications. De façon générale, l'épreuve décisive de «l'engagement politique durable» revient à fournir des ressources permanentes pour le processus. Sans mâcher ses mots, on peut dire que l'engagement politique se traduit par des personnes et de l'argent.

SOMMAIRE

Le principal choix entre toutes les solutions disponibles est celui de la décision judiciaire opposée à la négociation. Il faut encore faire remarquer que divers aspects des revendications peuvent se prêter davantage à un mécanisme de résolution des différends qu'à un autre, par exemple «la validation» par rapport à «l'indemnisation». Plusieurs observateurs ont également précisé que les parties devraient avoir à leur disposition tout un éventail de solutions :

Notre proposition intègre la création d'une nouvelle méthode de règlement des revendications en instance. Cette méthode est strictement prévue pour amener à l'instauration d'une nouvelle approche pour la résolution des griefs des Indiens. Il *ne faut pas* la considérer comme la seule solution possible pour les gouvernements indiens qui souhaitent régler leurs revendications, mais plutôt comme une solution nouvelle. Les possibilités qui existent au Canada, comme par exemple les tribunaux, et à l'extérieur du Canada, comme par exemple les Nations Unies ou les tribunaux internationaux, doivent rester offertes aux gouvernements indiens, et elles le resteront¹⁴⁸.

¹⁴⁸ *New Proposal* (voir la note 147), p. 19.

Dans le rapport du comité spécial de l'Association du Barreau canadien, on étudie de façon approfondie le bien-fondé respectif de ces deux solutions. Voici ce qu'on dit des négociations :

Dans des commentaires fournis à ce comité, Roberta Jamieson et Murray Coolican ont indiqué avec conviction leur préférence pour des règlements négociés plutôt que pour des règlements judiciaires dans le cas des revendications autochtones.

Les avantages de la négociation dans la plupart des contextes sont considérés comme étant les suivants :

- les peuples autochtones se trouvent dans une position d'égalité à la table des négociations, ce qui correspond à la perception qu'ils ont de leurs relations originelles avec le gouvernement;
- l'ordre du jour peut inclure des sujets de préoccupation d'ordre politique ou d'intérêt public, ainsi que de nature juridique;
- elle se prête mieux à l'intervention d'une tierce partie;
- les positions hostiles peuvent être modérées;
- les parties conçoivent leurs propres solutions et ne font pas face à un résultat du type «tout ou rien»;
- les résultats peuvent être partiels et progressifs;
- les parties peuvent s'entendre sur leurs propres cadre et emploi du temps pour les négociations;
- les parties peuvent recourir à l'aide de facilitateurs ou de médiateurs;
- les parties ont plus de chance de se trouver sur un pied d'égalité, sur le plan des ressources, car la politique au Canada, au cours des dernières années, permet au gouvernement d'aider financièrement la négociation de revendications alors que cette aide est peu souvent accordée pour les contestations judiciaires;
- l'engagement à l'égard de la mise en oeuvre de l'entente négociée est plus ferme.

Néanmoins, il faut noter que le processus de négociation au Canada connaît de sérieux obstacles. Le processus de revendications particulières ne réussit pas à réduire de façon significative l'accumulation de revendications relatives à des «obligations légales» contre le gouvernement fédéral. Dans les régions du Canada non visées par les traités, la politique des revendications globales semble au point mort¹⁴⁹.

L'ABC conclut que, bien que les négociations soient préférables pour ce qui est du processus des revendications particulières, une décision semble nécessaire, et comme on l'a déjà indiqué, elle recommande la création d'un tribunal des revendications particulières,

¹⁴⁹ *Les Droits des autochtones* (voir la note 10), pp. 80-81.

ayant recours à un groupe de travail constitué de membres représentant toutes les parties concernées. Elle recommande que la négociation reste le mode privilégié de règlement des revendications globales, mais elle préconise aussi la création d'une commission des droits des Autochtones pour aider les parties dans ces négociations.

M. Lloyd Barber, alors chef de la Commission canadienne d'étude des revendications des Indiens, étudie dans un document publié en 1974 l'ensemble des solutions possibles, dont :

- 1 le processus judiciaire;
- 2 le processus législatif;
- 3 le tribunal spécial ou l'approche quasi-judiciaire; et
- 4 le processus de négociation administrative pur et simple.

Il dit ensuite en conclusion :

Il me semble que tous ces mécanismes ont leur place et qu'ils seront tous utilisés, sous une forme ou sous une autre, d'ici que l'on ait résolu tout l'arriéré de griefs. Je crois qu'il est important que les mécanismes dont on dispose pour le règlement des affaires soit aussi efficace que possible car je pense que le processus utilisé aussi bien que l'expérience qu'on a du processus peuvent influencer grandement sur le sentiment de satisfaction que donne le règlement. Lorsqu'à la suite d'un règlement on a un arrière-goût désagréable, cela veut dire que l'on n'a pas vraiment obtenu un règlement et que l'on n'a fait que préparer le terrain pour de futurs conflits¹⁵⁰.

Vic Savino, dans un document intitulé «The Blackhole' of Specific Claims in Canada – Need It Take Another 500 Years?» (L'impasse des revendications particulières au Canada – Faudra-t-il encore 500 ans?) présenté lors du séminaire sur l'éducation juridique permanente de l'Association du Barreau canadien ayant eu lieu à Winnipeg en 1989, indique en conclusion :

Il faut préciser que la question des revendications particulières constitue un point d'honneur essentiel auquel nous sommes restés indifférents. Cette indifférence ne peut qu'entraîner injustice sur injustice. Il est temps que notre pays s'occupe des griefs des peuples autochtones du Canada. L'instauration d'un tribunal indépendant des revendications est une nécessité absolue en l'occurrence. Étant donné que voilà 40 ans que ses propres conseillers lui disent qu'un tribunal est nécessaire, le gouvernement fédéral n'a pas besoin d'une étude supplémentaire¹⁵¹.

¹⁵⁰ L. Barber (voir la note 27), p. 15.

¹⁵¹ Savino, «The Blackhole» (voir la note 71), pp. 34-35.

Les Premières Nations s'inquiètent véritablement à l'heure actuelle de ce que tout tribunal nouvellement créé suive de trop près les pratiques et les procédures des tribunaux judiciaires. Cela semble être la plainte la plus courante concernant la Commission américaine d'étude des revendications des Indiens car elle a suivi le système accusatoire et joue un rôle entièrement passif pour apprécier la preuve. Les Premières Nations n'ont pas la même foi dans le système judiciaire que le Canadien moyen, et ne le respectent pas de la même façon, pour de bonnes raisons que nous indiquons à la section intitulée La solution des tribunaux. Le Grand conseil du Traité n° 3 expose brièvement, dans la soumission qu'il a présentée pour le présent document de travail, ce manque de foi :

Les Premières Nations du Grand conseil du Traité n° 3 ont été des victimes directes dans l'affaire bien connue *St. Catherine's Milling*, dans laquelle le corps judiciaire victorien a dépouillé les Indiens de leurs droits de propriété pour calmer les exigences du gouvernement ontarien. Les terres sur lesquelles portait cette affaire étaient situées sur le lac Wabigoon, en plein coeur de notre territoire historique. Il a fallu plus de 100 ans pour commencer à réparer les dommages sur le plan judiciaire grâce à des décisions récemment prises par la Cour suprême. Cependant, il n'a pas été possible d'arriver à des règlements importants, que ce soit avec le processus fédéral ou le processus provincial de revendications¹⁵².

Certaines des Premières Nations ne nourrissent qu'un optimisme prudent à l'égard de l'idée d'un tribunal des revendications, comme le prouve le mémoire présenté par l'Union of Ontario Indians pour le présent document de travail :

On a beaucoup parlé de l'idée d'un tribunal quelconque pour traiter des revendications. L'idée d'avoir un organisme officiel pour résoudre ces problèmes est bonne – à certains égards.

...

Un tribunal qui ne ferait que généraliser l'approche juridique actuelle serait une erreur.

Un tribunal qui appliquerait un code d'équité procédure et qui veillerait à ce que les parties négocient de bonne foi, serait utile.

Un tribunal qui s'occuperait des questions particulières puis renverrait les affaires à la table des négociations serait utile, alors qu'un tribunal qui se chargerait de la totalité des revendications et résoudrait toutes les questions enlèverait tout contrôle à la collectivité. Un tel tribunal serait séduisant pour les gouvernements, étant donné que la procédure serait plus rapide et plus simple, mais (surtout si le tribunal devient pointilleux et sévère à l'égard de sa propre procédure) serait rapidement évité par les parties indiennes. Si toute partie à une revendication avait la possibilité de porter devant un tel tribunal les questions en litige, les gouvernements le feraient en permanence. C'est pourquoi seul le demandeur devrait être autorisé à porter devant un tribunal les questions de fond – tandis que toute partie serait libre de porter devant le tribunal les questions de procédure afin qu'elles soient mises en application¹⁵³.

¹⁵² Grand Conseil du Traité n° 3, «Comments for Discussion Paper on Proposed Changes to the Specific Claims Policy and Process» (1990), p. 4 [non publié].

¹⁵³ UOI, «Land Claims Policy» (voir la note 65), p. 12.

Les Six nations de la Grande Rivière, dans leur mémoire présenté pour le présent document de travail, recommandent que le processus ontarien de revendication passant par la Commission sur les Indiens de l'Ontario soit étudié en vue d'augmenter les pouvoirs de la CIO pour améliorer le processus.

D'après ce qui précède, nous proposons ce qui suit pour la CIO :

1. Chaque bande de l'Ontario devrait être autorisée à avoir un meilleur accès au processus tripartite au lieu de limiter cet accès aux associations indiennes;
2. Les associations indiennes qui représentent des bandes indiennes avec l'appui et l'autorisation des bandes qu'elles représentent devraient pouvoir prendre des engagements exécutoires au nom desdites bandes;
3. Les représentants des gouvernements fédéral aussi bien que provincial devraient également être habilités à prendre des engagements exécutoires au nom de leur gouvernement :
4. Il faudrait fixer des délais pour la mise au point des questions en litige dès la présentation de chaque question, et fixer une date générale pour sa résolution. Ce délai devrait être accepté par toutes les parties concernées et respecté par le commissaire tout au long des négociations;
5. Il faudrait que toutes les parties concernées présentent leur revendication exigeant une décision selon le modèle de «l'exposé de cause» au commissaire ou à l'arbitre;
6. Quant aux références du commissaire, et nous ne voulons pas par là manquer de respect au commissaire actuel de la CIO, le fait qu'il ait une certaine expérience de la magistrature, comme le juge Patrick Hartt, ancien commissaire de la CIO, ajouterait de la crédibilité aux décisions;
7. Dans le cas où une assemblée tripartite n'arriverait pas à résoudre la question en litige, le commissaire ou l'arbitre devrait avoir le pouvoir nécessaire pour prendre des décisions finales, rendre des sentences ou faire ce qui est jugé nécessaire pour s'approcher d'une résolution, et
8. Il faudrait que les gouvernements et les Indiens concernés garantissent qu'ils vont bien accepter les décisions du commissaire ou de l'arbitre à titre de règlement des questions en litige¹⁵⁴.

Cela semblerait aller dans le sens d'un système de négociation par facilitation assorti de délais et d'un genre d'arbitrage exécutoire.

¹⁵⁴ Six Nations of the Grand River Council, «Draft Position Paper No. 1 on 'Specific Land Claims' in Ontario», soumis à la Commission des Indiens de l'Ontario, le 20 septembre 1990, pp. 9-10.

Le Grand conseil du Traité n° 3, dans son mémoire présenté pour le présent document de travail, fait quelques observations sur la façon dont il entrevoit les problèmes qu'il a connus avec le processus de la CIO :

Depuis 1980, deux Premières Nations du Grand conseil du Traité n° 3, celles de Rat Portage et du lac La Croix, ont participé à un processus de facilitation des revendications, conjointement avec le Canada et l'Ontario, entrepris par la Commission sur les Indiens de l'Ontario. S'il a été très utile sur le plan technique et administratif, ce processus a également été peu productif pour ce qui est des résultats. Le mandat de la Commission a été limité à la facilitation; le non-respect par l'Ontario depuis 1984, par exemple, des promesses de donner par écrit sa position dans un délai fixe, a prouvé que la CIO est limitée par la bonne foi des parties. Dans le cas du gouvernement de l'Ontario, cependant, la bonne foi a fait remarquablement défaut. En raison des limites du processus de facilitation, la CIO n'a pas pu appliquer les normes de procédures, ce qui a entraîné, par exemple, la suspension permanente de la revendication de Rat Portage. Cet échec est le résultat direct d'une absence de politique provinciale en matière de revendications qui oblige l'Ontario, d'une manière juste sur le plan de la procédure, à résoudre les revendications en instance. Cela a donné lieu à 10 années de discussions interminables et de retard sans que l'on ait pu arriver à un règlement avec l'Ontario¹⁵⁵.

Plus haut dans son exposé, le Grand conseil du traité n° 3 réaffirme le mémoire conjoint qu'il a présenté avec l'AIIA et l'Union of Ontario Indians en 1981 (que nous citons plus haut). Cette citation souligne également la nécessité de faire participer officiellement l'Ontario au processus qui sera choisi et d'avoir une politique provinciale en matière de revendications.

Dans son exposé pour le présent document de travail, la Direction générale des affaires autochtones de l'Ontario propose ce qui suit concernant le processus de la Commission sur les Indiens de l'Ontario :

La Direction aimerait voir la CIO jouer un rôle plus préventif pour le règlement des revendications territoriales que cela n'a été le cas dans le passé. Nous pensons que les fonctions d'établissement des priorités, de recherches conjointes, de fixation de délais, d'enquête, de médiation ou de facilitation, d'arbitrage non exécutoire seraient plus faciles à assurer si l'on augmentait les pouvoirs de la CIO par décrets. Il serait en outre profitable au processus que le gouvernement fédéral ouvre un bureau des revendications territoriales en Ontario¹⁵⁶.

Pour terminer sur une note agréable, nous proposons que toutes les parties se déclarent favorables à la citation ci-après de R.G. Daniels tirée de son étude générale du processus

¹⁵⁵ Grand conseil du Traité n° 3, «Comments» (voir la note 152), p. 4.

¹⁵⁶ Lettre de Mark Krasnick au commissaire LaForme, le 13 septembre 1990, pp. 6-7.

des revendications autochtones au Canada de 1867 à 1879, préparée pour la Direction de la recherche du ministère des Affaires indiennes et du Nord en 1980 :

Quoi qu'on puisse dire du bien-fondé relatif des différents mécanismes permettant de régler les revendications autochtones datant d'avant la Seconde guerre mondiale, il faut conclure que, dans l'ensemble, ils n'ont pas été efficaces. En fait, la nature particulière des relations entre les peuples indiens et le gouvernement fédéral semble avoir constitué un terrain fertile pour la création de revendications sans qu'aucun mécanisme acceptable par les deux parties ne permette de les résoudre, exception faite peut-être des traités. Depuis la guerre, on est devenu, de plus en plus conscient du retard pris dans les revendications et de la nécessité d'avoir un processus mieux défini pour les revendications autochtones¹⁵⁷.

On est maintenant arrivé à un croisement des chemins. L'une des voies mène à la généralisation d'Oka et à une agitation permanente, l'autre à un juste règlement concernant les droits de propriété et les revendications des Premières Nations. Le présent document de travail constitue une tentative pour déblayer le terrain, pour sortir les pierres et les branches mortes, afin que la deuxième solution puisse devenir réalité et que la première ne soit qu'un souvenir.

¹⁵⁷ Daniel (voir la note 132), pp. 215-16.

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Ils pourront dire que leurs droits et libertés leur ont été garantis par la Couronne, celle du Royaume-Uni à l'origine et celle du Canada maintenant, mais par la Couronne, de toute façon. Aucun parlement ne devrait chercher à réduire la valeur de ces garanties. Elles devraient être honorées par la Couronne du Canada 'aussi longtemps que le soleil se lèvera à l'horizon et que les rivières couleront dans leur lit'. Il ne faudra jamais revenir sur cette promesse¹⁵⁸.

En publiant sa politique révisée sur les revendications particulières en 1982, le gouvernement fédéral a déclaré que l'objectif de cette politique était de lui permettre de s'acquitter de son « obligation légale » historique envers les Premières Nations indiennes « d'une manière juste et équitable ». Il a également affirmé que la politique révisée visait à accélérer le processus de règlement des revendications territoriales qui, a-t-il admis, ne produisait pas des ententes à un rythme acceptable. S'il faut mesurer le succès de la politique d'après le degré de réalisation de ces deux objectifs, on ne peut que constater qu'elle a lamentablement échoué.

Comme plusieurs de ses prédécesseurs, l'actuel ministre des Affaires indiennes a publiquement reconnu que le processus de règlement des revendications particulières n'est guère satisfaisant. Le présent document de travail a clairement établi, nous l'espérons, que l'échec du processus n'est pas un accident malheureux : bien au contraire, les germes de l'échec faisaient partie du processus lui-même dès le départ. L'intense frustration que les Indiens ont manifestée ces derniers mois, un peu partout au Canada, n'était pas seulement connue des Indiens et des non-Indiens qui ont participé au processus; à la connaissance de la Commission, **elle a été prédite** dans toutes les études indépendantes du processus réalisées au cours de la dernière décennie.

La Commission ne croit pas non plus que cet échec soit dû au fait que l'objectif déclaré du processus – le respect des obligations de la Couronne dans un délai raisonnable et d'une manière juste et équitable – était trop ambitieux. Les gouvernements successifs ainsi que la Cour suprême ont à juste titre reconnu que le Canada a d'importantes obligations juridiques envers les Premières Nations indiennes, des obligations fondées sur l'histoire, la *common law*, le processus de conclusion des traités et la Constitution canadienne, sans parler de la simple morale. À moins que les Canadiens ne veuillent faire fi de l'histoire,

¹⁵⁸ Lord Denning, *R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [1982] 2 All E.R. 118, [1981] 4 CNLR 86 (CA).

rejeter les principes fondamentaux de la *common law* qui avantagent les Indiens et modifier la Constitution, la Couronne devra certes honorer ces obligations.

Des commentateurs indépendants et respectés, comme M. Lloyd Barber, ancien commissaire fédéral des revendications des Indiens, l'Association du Barreau canadien et même la Cour suprême, ont conclu que le Canada a pendant trop longtemps été indifférent aux droits juridiques des Indiens. Il est évident que les gouvernements canadiens devraient non seulement assumer leurs obligations envers les Premières Nations indiennes, mais aussi travailler énergiquement en vue de s'acquitter de ces obligations. De l'avis de la Commission, cela servirait les intérêts de tous les Canadiens : non seulement parce qu'on éviterait de violentes confrontations à l'avenir, mais aussi et surtout parce que la société canadienne est fondée sur le respect des principes juridiques et de la justice pour tous. De plus, la commission est sûre que si le public canadien était pleinement renseigné sur la tragique histoire de l'application de la justice canadienne aux droits territoriaux et aux droits découlant des traités des Indiens, il appuierait une décision des gouvernements tendant à honorer les obligations juridiques et historiques qu'ils ont solennellement acceptées.

La Commission croit que, pour déterminer et faire respecter les droits des Indiens en Ontario, les gouvernements du Canada et de la province devraient établir un processus de règlement des revendications qui soit à la fois **juste, rapide et complet**, tout en ayant un certain degré de **finalité**, qui permettrait à toutes les parties, et surtout aux Premières Nations indiennes, d'être convaincues que les gouvernements s'occupent vraiment de l'essentiel de leurs griefs. C'est en gardant à l'esprit ces objectifs que la Commission expose ci-dessous ses conclusions sur le processus actuel et les changements qu'elle recommande.

Les conclusions et recommandations de la Commission sont présentées en deux volets, concernant d'abord la politique et ensuite le processus de règlement des revendications.

POLITIQUE SUE LES REVENDICATIONS PARTICULIÈRES

A. Validation

Conclusion Bien que la Cour suprême du Canada ait affirmé que l'équité et l'honneur de la Couronne dans ses relations avec les Premières Nations indiennes, ainsi que l'obligation fiduciaire du gouvernement fédéral doivent constituer la base des obligations juridiques des gouvernements à l'égard des droits territoriaux des Indiens, la politique fédérale sur les revendications particulières ne reconnaît l'importance d'aucun de ces facteurs. S'il est vrai que cette politique vise des résultats justes et équitables, on peut se demander pourquoi ni la justice ni l'équité ne font partie des critères servant à déterminer, d'une part, la validité d'une revendication et, de l'autre, l'indemnité correspondant à une revendication reconnue valide.

Il est utile à cet égard de comparer les critères de cette politique à ceux dont se sert la Commission des revendications indiennes des États-Unis et ceux qui avaient été retenus en 1965 lorsqu'on avait envisagé la création de la Commission canadienne d'étude des revendications des Indiens.

Les Indiens devraient pouvoir revendiquer tous leurs droits existants, territoriaux, ancestraux et découlant des traités, dans le cadre d'un processus objectivement juste et équitable, fondé sur des principes généralement acceptables et uniformément appliqués. Même si cela peut élargir la gamme des revendications admissibles, les critères de validation ne devraient pas de ce fait devenir désespérément complexes.

RECOMMANDATION N° 1

Les critères de validation des revendications devraient être simplifiés. La politique devrait être formulée en termes généraux de façon à assurer que les décisions de validation se basent sur les principes de justice et d'équité et que l'application des critères de validation tienne compte des nouvelles normes juridiques établies par les tribunaux (par exemple, «l'honneur de la Couronne»).

Conclusion Des commentateurs respectés, comprenant le Comité de l'Association du Barreau canadien et Gérard La Forest, ont noté que le recours du gouvernement à des arguments techniques pour refuser de négocier des indemnités, même lorsqu'il a clairement agi à l'encontre des principes juridiques établis, est à la fois injuste et inefficace, parce qu'il fait abstraction des causes sous-jacentes des revendications territoriales des Indiens. Le gouvernement a recours à tout une gamme de subtilités juridiques pour éviter un règlement juste des revendications territoriales, en invoquant, par exemple, les règles de prescription, l'immunité de la Couronne contre les poursuites civiles ou le prétendu argument (inconnu en droit) de la «simple violation technique», ou encore en refusant de tenir compte de l'ensemble des engagements solennels pris lors de la signature des traités.

RECOMMANDATION N° 2

Les critères de validation devraient comprendre des dispositions explicites interdisant de tenir compte, dans les processus successifs de validation et d'indemnisation, d'arguments techniques tels que le défaut de diligence, la prescription et l'immunité de la Couronne avant 1951.

Conclusion La politique fédérale sur les revendications particulières comprend une règle arbitraire déclarant irrecevables les revendications basées sur des engagements pris par la Couronne avant la Confédération, même lorsque les gouvernements continuent à profiter de la violation de ces engagements. Cette règle est injuste, particulièrement en Ontario où la majorité des traités avec les Indiens ont été signés avant 1867. Le refus de les

respecter est d'autant plus odieux que les tribunaux britanniques ont conclu que ces traités sont la responsabilité des gouvernements canadiens. La Commission n'a connaissance d'aucun motif permettant d'établir une telle distinction.

RECOMMANDATION N° 3

Les critères de validation ne devraient pas exclure les revendications datant d'avant la Confédération.

Conclusion Les décisions de validation sont actuellement prises dans un secret relatif. Au niveau fédéral, les avocats de la Justice donnent au gouvernement un avis juridique sur la question de savoir si, sur la base de la preuve présentée, le gouvernement a manqué à une obligation légale envers le demandeur. Le ministre des Affaires indiennes examine cet avis et prend une décision définitive (dans laquelle on peut présumer qu'il tient aussi compte de considérations politiques) acceptant ou rejetant la revendication. Au terme de ce processus, qui peut durer jusqu'à huit ans, le demandeur n'a pas accès à l'avis juridique sur lequel on peut présumer que la décision de validation est fondée. De ce fait, il ne peut pas en comprendre les motifs ou ne pas s'apercevoir d'incohérences par rapport à d'autres avis concernant des questions semblables, et encore moins contester le fondement de la décision. À la frustration d'une bande dont la revendication est rejetée aussi sommairement s'ajoute la frustration d'autres demandeurs dont les revendications ne sont acceptées qu'en partie ou avec un «rabais» de 50 p. 100 parce que l'avis secret de la Justice exprimait un doute sur leurs chances de succès devant les tribunaux. Ainsi, le processus de négociation fait abstraction d'un principe généralement admis de justice naturelle, à savoir que le demandeur a le droit de connaître les motifs d'une décision administrative. Bien sûr, cette politique de secret a été critiquée avec véhémence et a créé, parmi les demandeurs, l'impression constante d'être traités d'une façon injuste.

Analyse Tout système comprenant des avis secrets sur la validité des revendications territoriales peut être tenu pour arbitraire et contraire à la loi. Il est difficile de comprendre les raisons pour lesquelles un gouvernement qui souhaite vraiment régler des revendications territoriales d'une manière juste refuserait de révéler les motifs de ses décisions. De même, dans le cas d'une revendication validée en tout ou en partie, la non-divulcation des motifs de validation fait qu'il est extrêmement difficile d'établir des critères rationnels sur lesquels fonder les négociations qui doivent suivre pour déterminer l'indemnisation.

RECOMMANDATION N^o 4

Le demandeur et toutes les autres parties en cause devraient avoir accès aux motifs détaillés, y compris les motifs juridiques, sur lesquels s'appuie la décision d'accepter ou de rejeter une revendication territoriale.

Conclusion La séparation actuelle des processus de règlement des revendications du Canada et de l'Ontario, alors que de nombreuses revendications les mettent tous deux en cause à titre d'«intimés», fait injustement subir aux demandeurs indiens les conséquences des différends entre le Canada et l'Ontario quant à leurs responsabilités respectives face à une revendication donnée.

Analyse Il ne semble y avoir aucune raison pour laquelle le Canada et l'Ontario ne puissent pas traiter les revendications des Indiens de la province sur la même base et dans le cadre du même processus.

RECOMMANDATION N^o 5

L'Ontario devrait être lié par les mêmes critères de validation que le Canada.

Conclusion Les politiques actuelles du Canada et de l'Ontario en matière de revendications souffrent d'une importante lacune : elles ont été mises au point sans considération sérieuse des recommandations des Premières Nations.

RECOMMANDATION N^o 6

Les critères généraux de validation devraient être formulés dans le cadre de consultations entre des représentants des Premières Nations, de l'Ontario et du Canada, et appliqués par la suite au cas par cas.

Conclusion Centrée exclusivement sur les revendications territoriales, l'interprétation fédérale actuelle de la politique sur les revendications particulières exclut l'examen des questions liées aux droits ancestraux et aux traités, comme l'autonomie administrative, les demandes d'indemnisation relatives aux droits abrogés de chasse, de piégeage et de pêche ainsi que l'exercice de ces droits et d'autres droits découlant des traités. Le fait que les revendications de titre aborigène soient traitées dans le cadre d'un processus complètement distinct est également contesté parce que de nombreuses revendications autochtones

s'inscrivent mal dans les critères établis par les politiques fédérales existantes. En Ontario, on ne peut pas s'attendre en pratique à ce que les revendications basées sur des titres ancestraux non abolis soient traitées dans un avenir prévisible.

Analyse Il serait difficile d'inclure des négociations sur l'autonomie administrative dans le processus envisagé de règlement des revendications territoriales. Cependant, les demandes d'indemnisation pour abrogation de droits de chasse, de piégeage ou de pêche, quoique difficiles à quantifier, devraient néanmoins être reconnues comme revendications indemnifiables. De même, le processus devrait permettre de tenir compte des promesses de services, des immunités, etc. contenues dans les traités. De telles revendications pourraient assez facilement s'inscrire dans le processus que nous recommandons ci-dessous.

RECOMMANDATION N° 7

En Ontario, les critères de validation devraient être suffisamment vastes pour permettre le règlement de toutes les revendications territoriales des Indiens, y compris les revendications de titre aborigène relatives à des terres et à la gestion par la Couronne de biens et de droits indiens. Bien que les questions d'autonomie administrative soient trop vastes pour s'inscrire dans le contexte des revendications particulières, il conviendrait de négocier la gestion par les Indiens des droits permanents découlant de telles revendications.

B. Indemnisation

Conclusion Sur le plan fédéral, les critères arbitraires limitant l'indemnisation, comme le rejet des demandes basées sur «la valeur particulière pour le propriétaire» ou sur la violation illégale de droits individuels de chasse, de piégeage ou de pêche (à moins que la bande en cause n'ait historiquement exercé ces droits d'une façon collective quelconque), sont contraires aux principes généralement admis du droit.

RECOMMANDATION N° 8

Les critères d'indemnisation devraient être simplifiés de façon à prévoir l'indemnisation des demandeurs pour toute perte raisonnablement attribuable aux actes ayant donné lieu à la validation. Les critères arbitraires qui limitent l'indemnisation d'une façon contraire aux principes du droit et de l'équité devraient être éliminés.

RECOMMANDATION N^o 9

L'intérêt avant jugement devrait être reconnu comme élément d'indemnisation. Le cas échéant, le taux d'intérêt devrait correspondre au taux historiquement prescrit à l'égard des fonds indiens en fiducie.

Conclusion La politique fédérale de règlement «au rabais» des revendications validées suscite un profond ressentiment parmi les demandeurs, même après le règlement. De plus, le calcul du «rabais» est invariablement arbitraire et impossible à justifier d'une façon raisonnable dans tout cas donné. La Commission se demande quelles frustrations on ferait naître dans le système judiciaire si les demandeurs dont un tribunal a accepté la requête voyaient leur indemnité arbitrairement réduite parce que leurs arguments étaient «faibles». Le règlement «au rabais» des revendications validées crée, en définitive, l'impression que le gouvernement se sert du processus de négociation davantage pour minimiser sa responsabilité financière que pour essayer d'en arriver à un règlement juste et équitable.

RECOMMANDATION N^o 10

L'actuelle ligne directrice fédérale préconisant de réduire l'indemnisation en fonction du «degré de doute» devrait être abolie.

PROCESSUS DE RÈGLEMENT DES REVENDICATIONS

A. Indépendance

Conclusion Le système canadien d'administration de la justice se base sur un principe essentiel : il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle soit perçue comme telle. Or non seulement les processus actuels de négociation des revendications sont-ils perçus comme injustes par les Premières Nations, mais ils sont effectivement injustes. Dans le cadre de ces processus, les gouvernements jouent à la fois les rôles d'intimés, de juges, de jurys, de banquiers des demandeurs et, du moins dans le cas du gouvernement fédéral, de fiduciaires légalement chargés de protéger les droits des demandeurs. Ce conflit d'intérêts fondamental est inhérent au processus actuel et fait que, même quand un règlement est accepté par les Premières Nations indiennes (peut-être parce qu'elles n'ont pas d'autre choix raisonnable sur le plan financier), une impression d'injustice persiste.

Dans la majorité des cas où la négociation est difficile, si le gouvernement refuse d'examiner une question ou s'abstient carrément de négocier, le demandeur n'a aucun recours, à part s'adresser aux tribunaux. Il n'a aucun moyen de se sortir d'une impasse

lorsque les parties sont en désaccord sur un point. Cependant, le recours aux tribunaux est souvent difficile sinon impossible pour la plupart des demandeurs, à cause de considérations financières et d'autres motifs.

Analyse Toutes les parties aux négociations devraient être soumises à une autorité indépendante chargée de les aider à concilier des points de vue divergents, à se sortir d'impasses et, en général, à veiller à ce que le processus de négociation soit équitable. Cette autorité devrait être investie de plus de pouvoirs que la Commission sur les Indiens de l'Ontario, dont les pouvoirs consensuels sont inefficaces si l'une des parties se montre intransigeante.

RECOMMANDATION N° 11

Un organisme indépendant devrait superviser les négociations de validation et d'indemnisation. Dans ce contexte, «indépendant» veut dire que cet organisme doit jouir d'une indépendance effective et être perçu comme tel.

RECOMMANDATION N° 12

Le rôle de l'organisme de supervision devrait être de suivre et de faciliter les négociations et d'en établir un compte rendu. Cet organisme devrait également pouvoir fixer des délais et des échéances. Ses pouvoirs devraient de toute façon être plus importants que ceux dont est actuellement investie la Commission sur les Indiens de l'Ontario, comme le montre le modèle proposé à la recommandation 24.

B. Ressources

Conclusion L'un des préceptes fondamentaux de la *common law* est que «justice différée est justice refusée». Compte tenu du fait que plus de 500 revendications particulières ont été présentées et que les ententes sont conclues au rythme de trois par an, il est clair qu'on ne peut pas s'attendre au règlement des revendications en attente dans un délai un tant soit peu raisonnable. Le budget national des revendications particulières ne s'élève qu'à 15 millions de dollars par an et les propres fonctionnaires du gouvernement ont estimé que le règlement des revendications restantes coûterait quelque 100 millions. De plus, la pénurie de personnel à tous les paliers de gouvernement soumet les négociations à des retards inacceptables. À l'heure actuelle, le gouvernement de l'Ontario n'a pas de négociateur à plein temps ni de personnel de recherche affecté aux revendications territoriales. Le gouvernement fédéral a un seul négociateur qui essaie de s'occuper de plus de 60 revendications particulières présentées en Ontario. La conséquence évidente, c'est que trop souvent tout le processus de négociation est complètement immobilisé.

Comme le fait ressortir le mémoire que le gouvernement de l'Ontario a présenté à la Commission, les processus actuels de négociation encouragent les gouvernements à retarder le règlement des revendications valides. En reportant les paiements à effectuer, ils peuvent en effet économiser des frais d'intérêt.

Analyse Probablement plus que tout autre facteur, le refus des gouvernements d'affecter des ressources au règlement négocié des revendications territoriales a suscité une vive frustration parmi les demandeurs. Toute modification de la politique ou du processus de règlement des revendications particulières sera futile si elle n'est pas accompagnée par une injection massive de ressources à tous les niveaux.

RECOMMANDATION N° 13

Les ressources nécessaires pour permettre aux gouvernements et aux demandeurs de s'occuper des revendications existantes et anticipées devraient être considérablement augmentées.

RECOMMANDATION N° 14

Les gouvernements ne devraient pas fixer d'avance un budget annuel pour l'indemnisation des demandeurs. Ils devraient être disposés à fournir l'ensemble des fonds de règlement nécessaires dans toute année.

RECOMMANDATION N° 15

L'organisme indépendant chargé de superviser le processus de négociation devrait disposer de ressources suffisantes.

Conclusion Le Canada finance les frais de recherche et de négociation des Premières Nations, créant la même situation de conflit d'intérêts que celle déjà mentionnée ci-dessus et suscitant les mêmes sentiments d'injustice. De plus, le système actuel qui consiste à financer les frais de négociation des demandeurs par des prêts fait injustement dépendre la situation financière de ces derniers du résultat des négociations et de la bonne foi des employés du ministère des Affaires indiennes.

La Commission note que le remboursement des frais de négociation des demandeurs ne semble pas, en général, avoir donné lieu à des mesures déraisonnables. Cependant, le fait que l'une des parties finance les frais de négociation de l'autre demeure injuste pour les raisons décrites ci-dessus et, comme on pouvait s'y attendre, a donné lieu à de nombreuses critiques de la part des demandeurs.

Analyse Un financement équitable des négociations est essentiel si l'on veut aboutir à des règlements justes. Tant que les frais de négociation seront principalement financés par voie de prêts du gouvernement on pourra toujours craindre que les demandeurs indiens ne soient soumis à une influence indue au cours des négociations.

RECOMMANDATION N° 16

Les frais de négociation des demandeurs devraient être financés par voie de subventions. En cas de différend, un organisme de financement indépendant devrait examiner le montant de ces subventions. Les demandeurs auraient à rendre compte de la bonne utilisation des fonds ainsi mis à leur disposition.

RECOMMANDATION N° 17

Une commission indépendante devrait être établie pour approuver l'attribution de frais de négociation, de frais juridiques et d'autres frais liés aux recherches ainsi qu'à la présentation, à la validation et à la négociation des revendications. Une contrepartie des subventions accordées pourrait être prévue dans le calcul du montant net de l'indemnité attribuée par la commission aux demandeurs.

C. Consentement au processus

Conclusion Le processus actuel de négociation des revendications est souvent inefficace, simplement parce que le gouvernement de l'Ontario ou celui du Canada refuse unilatéralement de négocier ou décide de mettre un terme aux négociations avant d'aboutir à un règlement.

RECOMMANDATION N° 18

Toutes les parties devraient se soumettre au processus de négociation, depuis la présentation initiale d'une revendication jusqu'à la fin des négociations sur l'indemnisation. En particulier, les parties doivent :

- respecter des délais raisonnables,
 - être liées par les preuves admises, et
 - négocier de bonne foi.
-

RECOMMANDATION N° 19

Les parties au processus devraient comprendre le demandeur et soit le Canada, soit l'Ontario, soit les deux si leur participation est nécessaire au règlement de la revendication.

Conclusion Comme de nombreuses revendications territoriales mettent en cause les deux gouvernements, à titre d'intimés, chacun d'eux peut attribuer à l'autre la responsabilité du règlement. Ainsi, même dans les cas où les deux gouvernements conviennent de la validité d'une revendication, le demandeur peut se trouver dans l'impossibilité d'obtenir un règlement et une indemnisation.

RECOMMANDATION N° 20

Si le processus de règlement des revendications établit que l'Ontario est responsable à l'égard d'une revendication, le gouvernement fédéral devrait assurer conjointement cette responsabilité. Si l'Ontario refuse d'honorer ses obligations d'indemnisation, telles qu'elles ont été établies dans le cadre du processus, le Canada devrait être tenu de les assumer lui-même, quitte à demander à l'Ontario le remboursement des montants versés. L'existence de différends liés aux responsabilités respectives des gouvernements ne devrait pas nuire à un demandeur autochtone. Le Canada et l'Ontario devraient convenir d'un processus approprié d'arbitrage pour déterminer ces responsabilités.

RECOMMANDATION N° 21

Pour faciliter l'élaboration et la mise en oeuvre d'un processus particulier à l'Ontario, le Canada devrait établir une division distincte, relevant du sous-ministre, chargée des revendications en Ontario.

Conclusion À l'heure actuelle, le Canada a pour politique générale de mettre un terme aux négociations sur une revendication particulière dès que le demandeur intente des poursuites devant les tribunaux. Ce procédé est contraire à la pratique générale en matière de litiges et est injuste envers les demandeurs, qui sont obligés de mettre de côté leurs droits juridiques en faveur de négociations dont les résultats sont plus qu'incertains.

RECOMMANDATION N° 22

Le fait pour un demandeur d'intenter des poursuites devant les tribunaux ne devrait pas avoir de répercussions sur le processus de négociation à moins qu'un jugement ne soit rendu.

D. Gestion du processus

RECOMMANDATION N° 23

Les modalités précises de supervision du processus de négociation par l'organisme indépendant devraient être établies par voie de consultation entre des représentants des Premières Nations, de l'Ontario et du Canada.

RECOMMANDATION N° 24

La méthode de supervision des négociations d'indemnisation devrait permettre d'envisager diverses formes de réparations correspondant aux besoins et aux aspirations des demandeurs.

RECOMMANDATION N° 25

Le modèle suivant en deux étapes est proposé aux parties :

(i) Validation

- Dès la présentation d'une revendication, le processus de validation devrait être placé sous la supervision d'un organisme indépendant chargé d'en assurer l'équité et de veiller à ce qu'il produise des résultats dans des délais raisonnables.
- Un calendrier devrait alors être établi, prévoyant une réponse détaillée des gouvernements à l'exposé de la revendication (par exemple, dans les six mois suivant la présentation) ainsi que des rencontres préliminaires informelles destinées à examiner les faits et à faciliter une entente.
- Si les parties ne peuvent s'entendre sur des conditions de validation, y compris les motifs de telles conditions, un arbitre ou un comité d'arbitrage indépendant prendrait une décision définitive.
- Les règles de procédure et les règles de la preuve devraient être appliquées d'une façon souple et il faudrait encourager, dans la mesure du possible, la collaboration dans les recherches et l'établissement d'énoncés de faits. Les décisions doivent se baser sur les documents et la preuve présentée.

(ii) Indemnisation

- Lorsqu'une revendication est validée, le processus de détermination des réparations devrait encourager les parties à collaborer dans la recherche de réparations tenant compte des besoins des demandeurs, des droits de tiers et d'autres contraintes gouvernementales.
- Un organisme indépendant devrait suivre et faciliter ces négociations et être habilité à ordonner une recherche des faits ou un arbitrage, en cas d'impasse, et à fixer des délais pour la présentation par chaque partie de réponses aux prises de position de l'autre.
- En cas de non-respect de ces délais sans motif satisfaisant pour l'organisme indépendant (le motif d'un manque de ressources étant exclu dans le cas des parties gouvernementales), la recherche des faits ou l'arbitrage ferait l'objet de décisions fondées sur la documentation reçue à l'expiration des délais.

E. Portée du processus

Conclusion S'il est convenu de modifier la politique et le processus de règlement des revendications conformément aux présentes recommandations, il serait injuste de ne pas permettre le réexamen des revendications précédemment rejetées par les gouvernements en fonction de la politique existante (qui, comme nous l'avons démontré dans le présent document, fait abstraction de principes fondamentaux du droit et de l'équité).

RECOMMANDATION N° 26

Toutes les revendications qui n'ont pas déjà fait l'objet d'un règlement et n'ont pas été ratifiées par les demandeurs devraient pouvoir être réexaminées en fonction de la nouvelle politique et du nouveau processus de règlement des revendications.

F. Finalité

Conclusion Il est évidemment impossible de concevoir une politique et un processus de règlement des revendications pouvant toujours aboutir à des résultats satisfaisants pour toutes les parties. Il n'en demeure pas moins qu'une politique et un processus équitables et perçus comme tels sont essentiels à l'établissement de relations harmonieuses et durables entre les gouvernements indiens et non indiens. Une politique et un processus découlant de consultations entre toutes les parties sont le plus susceptibles de permettre un tel résultat.

Cependant, compte tenu des difficultés connues dans le passé par les demandeurs indiens par suite de l'inefficacité des processus de négociation des revendications, on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils renoncent à leur droit de recourir aux tribunaux. Compte tenu de la nature des relations qui existent entre les demandeurs indiens et les gouvernements non indiens, les règles liant les parties pourraient et devraient être inégales : il devrait être plus difficile pour les gouvernements que pour les demandeurs de se retirer du processus et les premiers devraient être liés par ses résultats dans une plus grande mesure que les seconds.

Il importe de noter que le mot «finalité» n'est pas employé ici dans le sens de but ou de visée, mais, comme nous l'avons dit plus haut, pour rendre l'idée d'une action permettant à toutes les parties d'être convaincues que la substance d'une revendication a été examinée d'une manière juste, équitable et conforme aux lois existantes.

RECOMMANDATION N° 27

Les demandeurs indiens ne devraient pas, à moins d'y consentir, être tenus de renoncer à leur droit de recourir aux tribunaux s'ils ne sont pas satisfaits des résultats du processus de négociation.

RECOMMANDATION N° 28

Les résultats du processus de négociation devraient lier l'Ontario et le Canada. Dans tous les cas de règlement, le demandeur indien devrait avoir à signifier, dans les six mois suivant la fin du processus, son acceptation ou son rejet du règlement.

RECOMMANDATION N° 29

La mise en oeuvre des règlements devrait faire l'objet de rapports à l'organisme indépendant chargé de superviser les négociations.

RECOMMANDATION N° 30

L'organisme indépendant chargé de superviser le processus de règlement des revendications devrait régulièrement faire rapport, à l'Assemblée législative provinciale et au Parlement fédéral, de l'avancement des négociations ainsi que du défaut ou du refus des gouvernements de se conformer à des décisions prises dans le cadre du processus.

RECOMMANDATION N° 31

Aucun tiers ne devrait être directement lié par les décisions prises dans le cadre du processus de règlement des revendications, ni y participer.

RECOMMANDATION N° 32

La permanence du processus de règlement des revendications devrait être assurée grâce à une confirmation irrévocable de ses principaux éléments par les Premières Nations, le Canada et l'Ontario.

G. Autres recours

Conclusion Par suite des difficultés juridiques et financières qui, au fil des ans, ont empêché les Premières Nations de faire valoir leurs revendications territoriales et leurs droits découlant des traités, il est injuste d'invoquer contre eux les arguments techniques de la prescription et de l'ancienne immunité de la Couronne. Bien que les tribunaux ne puissent pas aujourd'hui remplacer adéquatement un processus approprié de négociation, il faudrait, pour favoriser des négociations honnêtes et équitables, qu'ils soient en mesure, le cas échéant, d'assurer un règlement juste des revendications.

RECOMMANDATION N° 33

Les lois applicables devraient être modifiées de façon à empêcher la Couronne d'invoquer le défaut de diligence, les règles de prescription ou l'immunité de la Couronne pour se soustraire à une revendications territoriale ou à une revendication fondée sur un traité.

RECOMMANDATION N° 34

Un fonds de contestation judiciaire, semblable au fonds actuel de financement des requêtes portant sur la Charte des droits, devrait être établi pour permettre aux Indiens de faire valoir leurs revendications devant les tribunaux.

RECOMMANDATION N° 35

Avant d'être chargés d'une affaire concernant des revendications indiennes, les juges devraient recevoir une formation spécialisée, organisée, par exemple, par le Conseil canadien de la législature en collaboration avec des organisations indiennes.

RECOMMANDATION N° 36

Une commission devrait être établie pour examiner la recommandation de l'Association du Barreau canadien, qui prévoit un rôle plus actif des tribunaux dans l'attribution et l'application d'une plus vaste gamme de réparations aux demandeurs.

Conclusion Il n'existe pas actuellement, à part les tribunaux, d'autres recours indépendants du gouvernement pour régler des revendications. Nous espérons évidemment que les présentes recommandations permettront, d'une part, de se passer d'autres processus de règlement et, de l'autre, de rendre les tribunaux plus en mesure de s'occuper des revendications. Cependant, il est beaucoup trop tôt pour prédire s'il sera en définitive possible d'atteindre l'un ou l'autre de ces deux objectifs. Par conséquent, nous croyons prudent d'envisager dès maintenant une «troisième option» à laquelle il serait possible de recourir en cas de besoin. Le présent document décrit de nombreux modèles, y compris ceux d'autres pays. Il se peut fort bien que seul un modèle canadien de ce genre puisse permettre, sur le double plan de la politique et de la pratique, d'atteindre l'objectif raisonnable d'un règlement de toutes les revendications durant la vie de ceux qui ont vu le début de l'époque moderne en 1973.

RECOMMANDATION N° 37

Un groupe d'étude tripartite devrait être chargé de concevoir le modèle d'un Tribunal des revendications indiennes de l'Ontario, à titre de «troisième option» pour le règlement des revendications dans cette province. Les travaux de ce groupe *ne devraient pas* retarder la mise en oeuvre des autres recommandations présentées ici ni se baser sur l'hypothèse qu'un tel tribunal sera effectivement créé. Le modèle établi ne servirait que si le besoin s'en fait sentir.

H. Mise en oeuvre et plan de travail

Conclusion La Commission est d'avis que le présent document de travail représente une gamme de points de vue suffisamment vaste pour que les parties au processus tripartite de l'Ontario soient en mesure de réagir et de contribuer positivement à un plan de mise en oeuvre dans un délai assez limité. Pour fins de discussion, nous proposons de passer à l'étape logique suivante dès le 31 octobre 1990.

RECOMMANDATION N° 38

La Commission sur les Indiens de l'Ontario devrait convoquer une réunion des parties pour le 31 octobre 1990 ou avant, afin de discuter des mesures à prendre en réponse aux présentes recommandations et d'établir et de mettre en oeuvre un plan de travail destiné à examiner en détail les questions qui se posent. La CIO diffusera des observations et des propositions provisoires avant cette réunion.