

ACTES DE LA COMMISSION DES REVINDICATIONS DES INDIENS



(1995) 2 ACRI

Numéro spécial sur la réforme du processus des revendications territoriales

Commission des revendications des Indiens
Un processus juste et équitable : Document de travail sur la réforme
du processus des revendications territoriales

Arthur durocher
La réforme du processus des revendications territoriale

Mary Ellen Turpel
Pour un mécanisme de règlement des revendications territoriales
juste, indépendant, rapide et transparent

Groupe de travail mixte du gouvernement fédéral et
de l'Assemblée des Premières Nations
Projet de recommandations par une partie neutre
25 juin 1993

Commission sur les Indiens de l'Ontario
Document de travail traitant des revendications territoriales
Des Première Nations
24 septembre 1990

ACTES DE LA COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS

**NUMÉRO SPÉCIAL SUR LA RÉFORME DU PROCESSUS
DES REVENDICATIONS TERRITORIALES**

UNE PUBLICATION DE
LA COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS



[1995] 2 ACRI

COPRÉSIDENTS

Daniel J. Bellegarde
P.E. James Prentice, c.r.

COMMISSAIRES

Roger J. Augustine
Carole T. Corcoran
Aurélien Gill

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1995
En vente au Canada chez
votre libraire locale
ou par la poste auprès du
Groupe Communication Canada – Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9
N° de catalogue RC12-1-1995-
ISSN 1195-3586

La publication *Les Actes de la Commission des revendications des Indiens* est une série continue de rapports officiels, accompagnés à l'occasion de documents historiques et reliés aux revendications, publiée par la Commission des revendications des Indiens (Canada).

Pour des renseignements au sujet des abonnements, de copies supplémentaires ou pour obtenir l'édition anglaise, *The Indian Claims Commission Proceedings*, veuillez vous adresser à

Directrice des Communications
Commission des revendications des Indiens
427 ouest, ave. Laurier
C.P. 1750, Succursale «B»
Ottawa (Ontario) K1P 1A2
Téléphone : (613) 943-2737
Télécopieur : (613) 943-0156

TABLE DES MATIÈRES

Message des coprésidents

v

Abréviations

vii

NUMÉRO SPÉCIAL SUR LA RÉFORME DU PROCESSUS DES REVENDICATIONS TERRITORIALES

Commission des revendications des Indiens

Un processus juste et équitable : Document de travail sur la réforme
du processus des revendications territoriales

3

Arthur Durocher

La réforme du processus des revendications territoriales

27

Mary Ellen Turpel

Pour un mécanisme de règlement des revendications territoriales
juste, indépendant, rapide et transparent

65

Groupe de travail mixte du gouvernement fédéral et
de l'Assemblée des Premières Nations

Projet de recommandations par une partie neutre, 30 juin 1993

131

Commission sur les Indiens de l'Ontario

Document de travail traitant des revendications territoriales
des Premières Nations, 24 septembre 1990

175

LES COMMISSAIRES

275

MESSAGE DES COPRÉSIDENTS

Au nom des commissaires ainsi que des membres du personnel de la Commission des revendications des Indiens, nous sommes heureux de vous offrir ce deuxième volume des *Actes de la Commission des revendications des Indiens*. Dès le départ, notre mandat a consisté, entre autres choses, «à conseiller et à informer» le Groupe de travail mixte des Premières Nations et du gouvernement. Chargé en juillet 1992 de passer en revue la politique et le processus des revendications territoriales et de formuler des recommandations quant aux changements à apporter, le Groupe a poursuivi ses travaux jusqu'en juillet 1993. Aucune entente n'avait encore été conclue à cette date. Depuis, aucune tribune spéciale n'a été constituée pour favoriser la discussion des différents aspects du dossier, et aucun progrès ne semble avoir été accompli en vue d'une refonte de la politique et du processus actuels. La Commission en est maintenant à sa quatrième année d'existence. Au fil de nos séances de planification, de nos audiences publiques et de nos enquêtes, nous sommes arrivés à réunir des données précieuses sur les principes régissant le traitement des revendications territoriales et à mieux en comprendre les applications. Il nous apparaîtrait maintenant utile que toutes les parties en cause puissent profiter des connaissances que nous avons acquises.

En octobre 1993, soit quelques mois après que le mandat du Groupe de travail mixte a pris fin, un nouveau gouvernement a été porté au pouvoir par l'électorat canadien. L'un des engagements qu'il a pris durant la campagne consistait à réformer le système des revendications foncières des Premières Nations. Pour plusieurs raisons, ce deuxième volume des *Actes* est une occasion de susciter une réflexion commune sur les changements à apporter à ce système et de chercher ensemble des solutions novatrices et réalistes.

Le premier article, rédigé par la Commission, relate les événements qui nous ont conduits là où nous nous trouvons aujourd'hui. Il offre au lecteur un historique du dossier des revendications territoriales, un aperçu des origines et des activités de la Commission, ainsi qu'une analyse des obstacles rencontrés par le Groupe de travail mixte. Les deux articles indépendants qui suivent, rédigés tout spécialement pour le présent recueil, sont signés Art Durocher et Mary Ellen Turpel. Les auteurs y passent en revue les différents mécanismes de règlement des revendications, examinent la situation dans différentes régions du globe et font ressortir les aspects juridiques du traitement des revendications. Nous profitons d'ailleurs de l'occasion pour remercier M^e Turpel et M^e Durocher de leur contribution au débat en cours.

Les deux autres articles, enfin, sont des réimpressions. Le «Projet de recommandations par une partie neutre», daté du 25 juin 1993, relate les délibérations du Groupe de travail mixte en indiquant au passage les points sur lesquels les parties ne sont pas arrivés à s'entendre. Quant au «Document de travail traitant des revendications territoriales des Premières Nations», préparé par la Commission sur les Indiens de l'Ontario et daté du 24 septembre 1990, il fait le point sur l'état du dossier à cette époque.

On a beaucoup parlé de la réforme de la politique des revendications particulières ces dernières années, mais rien de vraiment important n'est sorti de ces discussions. Puissent les documents qui suivent servir à relancer et à orienter le dialogue, un dialogue qui, nous l'espérons, saura se révéler plus fructueux que les précédents échanges. Il devient urgent de procéder à une réforme du processus des revendications particulières afin d'établir un processus de revendications territoriales qui soit juste et clair pour les Premières Nations et aussi pour tous les Canadiens.

Daniel J. Bellegarde,
coprésident

P.E. James Prentice, c.r.,
coprésident

ABRÉVIATIONS

ABC	Association du Barreau canadien
ABCO	Association du Barreau canadien (Ontario)
AC	Law Report Appeal Cases (Ang.)
ACDP	Annuaire canadien des droits de la personne
ACRI	Actes de la Commission des revendications des Indiens
AIIA	Association des Indiens iroquois et alliés
ALR	Australian Law Review
Alta L. R.	Alberta Law Reports
Alta L. R.	Alberta Law Review
AN	Archives nationales du Canada
APN	Assemblée des Premières Nations
BCJ	British Columbia Judgments
BCLR	British Columbia Law Reports
BCSC	British Columbia Supreme Court (Cour suprême de Colombie-Britannique)
BRA	Bureau des revendications des autochtones
CA	Cour d'appel
Can. J. Law & Jur.	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
CCC	Canadian Criminal Cases
CIO	Commission sur les Indiens de l'Ontario
CLR	Commonwealth Law Reports (Aus.)
CNLC	Canadian Native Law Cases
CNLR	Canadian Native Law Reporter
CP	Conseil privé
CRI	Commission des revendications des Indiens
CSC	Cour suprême du Canada
DLR	Dominion Law Report
DPI	Division de première instance
DPICF	Division de première instance de la Cour fédérale
ETR	Estates and Trust Reports
FC	Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada
FCA	Division d'appel de la Cour fédérale du Canada
Fed. L. Rev.	Federal Law Review
FTR	Federal Trial Reports
GF	Gouvernement fédéral
Georgia L. Rev.	Georgia Law Review
GTM	Groupe de travail mixte
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review

JCF	Jugements de la Cour fédérale
JCC	Juge en chef du Canada
L.Ed.	Lawyer's Edition Supreme Court Reports (É.U.)
L. Soc. Gaz.	Law Society Gazette (Barreau du Haut-Canada)
LJPC	Law Journal Reports, Privy Council (Ang.)
MAINC	Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien
McGill L. J.	McGill Law Journal
New York Univ. L. Rev.	New York University Law Review
North Dakota L. Rev.	North Dakota Law Review
NR	National Reporter
NMT Terr. Ct.	Northwest Territories Territorial Court
Ohio State L. J.	Ohio State Law Journal
OR	Ontario Reports
Osgoode Hall L. J.	Osgoode Hall Law Journal
Ottawa L. Rev.	Ottawa Law Review
PN	Premières Nations
Queen's L. J.	Queen's Law Journal
RCS	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
Rev. bar. can.	La revue du barreau canadien
Sask. L. Rev.	Saskatchewan Law Review
Sask. R.	Saskatchewan Reports
SRC	Statuts révisés du Canada
TARR	Treaty and Aboriginal Rights Research Centre
TLR	Times Law Reports
UBC L. Rev.	University of British Columbia Law Review
UCLA L. Rev.	University of California at Los Angeles Law Review
Univ. of West. Aust. L. Rev.	University of Western Australia Law Review
UOI	Union des Indiens de l'Ontario
USR	United States Reports
USSC	United States Supreme Court
UTLJ	University of Toronto Law Journal
UWO L. Rev.	University of Western Ontario Law Review
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
WWR	Western Weekly Reports
Yale L. J.	Yale Law Journal
YJ	Yukon Judgments

**NUMÉRO SPÉCIAL SUR LA RÉFORME DU
PROCESSUS DES REVENDICATIONS
TERRITORIALES**

**UN PROCESSUS JUSTE
ET ÉQUITABLE**

**DOCUMENT DE TRAVAIL SUR LA RÉFORME
DU PROCESSUS DES REVENDICATIONS
TERRITORIALES**

**COMMISSION DES REVENDICATIONS
DES INDIENS**

SEPTEMBRE 1994

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 5

PARTIE I CONTEXTE 6

Historique 6

Les premiers contacts 6

La Proclamation royale 7

Les traités 7

La Confédération 8

Les premières tentatives pour établir un processus de règlement
des revendications 9

Le Livre blanc 9

L'élaboration de la politique actuelle 10

La politique sur les revendications territoriales : difficultés et inéquités 11

Distinction artificielle entre les revendications globales et
les revendications particulières 11

Conflit d'intérêts 11

Obligation légale 12

Obligations de fiduciaire 13

Négociations sur la compensation 13

Résumé 13

La Commission des revendications des Indiens 14

1990 14

Nouvelle initiative fédérale 15

Création de la Commission des revendications des Indiens 16

Nomination des commissaires 17

Changement de leadership 17

**PARTIE II LE GROUPE DE TRAVAIL MIXTE : ÉCHEC D'UN PROCESSUS
DE RÉFORME** 19

PARTIE III PROCHAINES ÉTAPES 22

INTRODUCTION

Le présent document vise à faciliter le dialogue. La Commission des revendications des Indiens se préoccupe du fait que, depuis que le mandat du Groupe de travail mixte (GTM), formé de représentants de l'Assemblée des premières nations et du gouvernement fédéral, a expiré en juillet 1993, aucun organisme spécialisé n'existe plus pour que les Premières Nations et le gouvernement du Canada puissent discuter de la réforme des politiques et des processus régissant les revendications territoriales. Conséquemment, il n'y a, depuis un certain temps, que peu de progrès sur ces questions.

Dans l'espoir de ramener ces questions cruciales à l'avant-plan, nous avons commandé deux études sur la réforme du processus des revendications territoriales, l'une à Mary Ellen Turpel, et l'autre à Art Durocher. Ces deux documents figurent dans le présent volume des *Actes*, ainsi que d'autres documents essentiels : le *Document de travail traitant des revendications territoriales des Premières Nations* de la Commission sur les Indiens de l'Ontario, et le *Projet de recommandations* rédigé par une partie neutre, basé sur les délibérations du GTM. La *Présentation des Premières Nations sur les revendications territoriales* de 1990 figure dans le volume 1 des *Actes*.

La Commission a reçu pour mandat de conseiller et de guider le Canada et les Premières Nations relativement à la façon de refondre et d'améliorer le système existant. À notre avis, nous pouvons remplir ce rôle en facilitant les négociations, en dispensant des conseils basés sur l'expérience que nous avons acquise et en offrant, sur demande, notre médiation. Pour éviter que des revendications territoriales non réglées provoquent au Canada d'autres explosions de violence et des effusions de sang, il nous faut agir dès maintenant, *avant* le prochain affrontement.

PARTIE I

CONTEXTE

HISTORIQUE

Les premiers contacts

L'arrivée des premiers colons européens n'a pas tardé à susciter, entre eux et les Amérindiens, des querelles territoriales qui durent encore de nos jours. Les nouveaux arrivants ont trouvé des collectivités bien organisées qui s'administraient elles-mêmes, vivaient en harmonie avec la nature et ménageaient les terres et les ressources du continent de manière qu'elles durent indéfiniment. Nombre de ces collectivités étaient, sous certains rapports, plus avancées que les arrivants soi-disant civilisés. Le gouvernement de la Confédération des Cinq-Nations (devenues les Six-Nations), doté d'un système complexe visant à assurer l'équilibre des pouvoirs, fascinait Benjamin Franklin, qui s'en est inspiré comme modèle pour le gouvernement des États-Unis¹. Il existe de nombreux autres exemples du raffinement des Premières Nations, mais ils sont malheureusement moins connus.

Les Indiens n'avaient ni poudre noire, ni fer, ni acier, ni alcool et, hélas, aucune résistance aux maladies apportées par les Européens. On estime généralement qu'avant l'arrivée de ceux-ci, l'Amérique du Nord comptait approximativement 18 millions d'habitants. Quelque 130 années après l'arrivée des Européens, environ 95 p. 100 de la population amérindienne avait péri par des maladies comme la rougeole et la tuberculose². Des vagues d'épidémies ont balayé le continent, décimant les Premières Nations et les laissant à la merci de puissances européennes désireuses d'avoir des colonies. Il ne faut pas sous-estimer la mesure dans laquelle ces épidémies ont facilité les choses aux Européens.

De même, il convient de tenir compte de la grande différence de culture qu'il y avait entre les Indiens et les colons, c'est-à-dire entre les parties aux divers traités et actes de «vente» des terres. Il faut éviter les généralisations sur les cultures autochtones, étant donné que chacune est unique, mais la plupart des Premières Nations ignoraient tout à fait la notion de «propriété» de la terre : selon leurs croyances, le créateur avait mis l'homme sur terre pour prendre soin de celle-ci ainsi que de toute chose. Comment pouvait-on vendre ce qui n'appartient à personne? Il semble que, la plupart du temps, les Premières Nations aient cru conclure des ententes pour *partager* la terre avec les arrivants.

¹ A.M. Gibson, *The American Indian*, Heath and Company, 1980, p. 580.

² Thomas R. Berger, *A Long and Terrible Shadow*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 1991, p. 33.

La Proclamation royale

Au milieu des années 1700, tandis que les puissances européennes s'affrontaient pour savoir laquelle allait s'approprier l'Amérique du Nord (chacune s'étant assurée le concours militaire de diverses tribus indiennes), les colonies de la Nouvelle-Angleterre et de la Nouvelle-France ont commencé à prendre de l'expansion. La manière désordonnée et souvent frauduleuse dont les colons réussissaient à acquérir des terres des Indiens devait donner lieu à un conflit qui a atteint son point culminant à l'été de 1763, lorsque le guerrier outaouais Pontiac a mené, contre les comptoirs de l'intérieur, une série de raids sanglants qui ont fait plus de 2 000 morts³.

Québec était tombé en 1759 et, l'année suivante, les Français se rendaient aux Britanniques, à Montréal. À l'issue de la guerre de Sept Ans, les puissances européennes signaient en 1763 le Traité de Paris, par lequel la Grande-Bretagne obtenait la plus grande partie du continent, à l'est du Mississippi, de la baie d'Hudson au golfe du Mexique. C'est à cette date que le roi George III a promulgué la *Proclamation royale*, qui fixe le régime administratif des nouvelles terres de la Grande-Bretagne et fait de la plus grande partie de l'intérieur de l'Amérique du Nord un territoire indien. En outre, la *Proclamation royale* établit une procédure, toujours en vigueur aujourd'hui (dans une forme modifiée, énoncée dans la *Loi sur les Indiens*)⁴ pour la cession des terres des Indiens, afin d'empêcher «des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages»⁵ en interdisant à qui que ce soit d'acheter des terres des Indiens. Ainsi, le roi y disait

cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie, dans laquelle elles se trouvent situées⁶;

La Couronne s'interposait donc entre les colons et les Indiens en empêchant que des terres appartenant à ceux-ci soient vendues à quiconque d'autre que la Couronne. Ainsi se trouvaient instaurées les obligations de fiduciaire de la Couronne envers les Indiens⁷ en même temps qu'était établi le processus des traités.

Les traités

La plupart des traités conclus dans les Maritimes et au Québec étaient des traités de «paix et d'amitié» ayant davantage pour objet une alliance militaire que l'acquisition de terres. Plus de 30 traités couvrant le bassin des Grands Lacs ont été conclus entre 1763 et 1850.

³ Craig Brown, dir., édition française dirigée par Paul-André Linteau, *Histoire générale du Canada*, Montréal, les Éditions du Boréal, 1988, p. 228.

⁴ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5, art. 37-41.

⁵ *Proclamation royale*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 1, p. 6.

⁶ *Ibid.*, p. 6.

⁷ On trouvera, dans le document de Mary Ellen Turpel, une analyse détaillée des obligations de fiduciaire de la Couronne envers les Indiens.

La colonisation des Prairies s'est faite sous le régime des traités «numérotés», conclus de 1870 à 1921. Le Traité n° 9, qui couvre la plus grande partie du nord de l'Ontario, a été signé en 1929. Par contre, la plus grande partie de la Colombie-Britannique n'est couverte par aucun traité, pour diverses raisons, notamment la répugnance à payer les Indiens pour leurs terres. La province s'est cependant dotée, en 1992, d'une commission d'étude des traités qui constitue un premier exemple de mécanisme moderne de conclusion de traités. Les négociations sur les revendications globales qui se poursuivent actuellement dans les Territoires du Nord-Ouest et au Yukon offrent d'autres exemples de cette tendance.

La Couronne a largement profité des dispositions de la *Proclamation*. Elle a acheté à bas prix des terres aux Indiens pour ensuite les revendre à des spéculateurs qui, à leur tour, les ont revendues avec profit. Les quelques terres «réservées» aux Indiens par traité étaient également convoitées par les colons. Grâce aux dispositions sur la cession contenues dans l'*Acte des Sauvages* (devenue la *Loi sur les Indiens*), de vastes superficies ont été arrachées aux réserves dans tout le Canada, surtout à partir de l'entrée en vigueur de l'*Acte des Sauvages, 1876*, jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale. Bien des gens en ont profité, dont peu (ou pas du tout) étaient des 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)⁸.

La Confédération

Avant la Confédération, les Indiens ne pouvaient faire valoir leurs revendications qu'en présentant une pétition à la Couronne, sans droit d'appel. Après 1867, les Premières Nations ne pouvaient guère faire davantage que porter plainte auprès de l'agent qui les représentait. Divers organismes et commissions ont alors été mis sur pied pour examiner les questions qui touchaient aux terres des Indiens. Il s'agissait la plupart du temps de conflits de compétence entre le palier fédéral et le palier provincial. Certains dossiers, par exemple l'affaire *St Catherine's Milling*⁹, se sont rendus jusqu'au plus haut tribunal du pays (qui était alors le Comité judiciaire du Conseil privé de Grande-Bretagne). Et c'est essentiellement de la décision rendue, dans cette cause, sur les droits fonciers des Indiens que les tribunaux canadiens se sont inspirés durant des décennies, même si aucun Indien n'était partie à l'affaire.

Cette décision reconnaissait aux provinces compétence sur toutes les terres situées à l'intérieur de leurs limites que les Indiens avaient cédées par traités à la Couronne fédérale

⁸ Commission sur les Indiens de l'Ontario, *Document de travail traitant des revendications territoriales des Premières Nations*, Toronto, CIO, 24 septembre 1990, p. 9.

⁹ *St Catherine's Milling and Lumber Company v. R.* (1888) 14 AC 46(PC).

ou, avant 1867, à la Couronne britannique. Dans ces traités, il avait solennellement été promis aux Indiens qu'ils auraient le droit de chasser et de pêcher et le droit de s'adonner à leurs occupations traditionnelles «tant que brillera le soleil et que couleront fleuves et rivières». Les provinces n'ont cependant pas tardé à adopter, sur la chasse et la pêche, des lois qui abrogeaient les droits reconnus par traité (ainsi que l'ont confirmé diverses décisions comme celle rendue dans la cause *Sparrow*¹⁰).

Après la Première Guerre mondiale, de retour chez eux, les vétérans indiens ont commencé à réclamer justice sur la question des terres. De plus en plus de poursuites ont alors été intentées devant les tribunaux pour porter remède à la façon dont les Indiens avaient été dépossédés. Le gouvernement fédéral a donc jugé bon de modifier, en 1927, la *Loi des Indiens* pour interdire à une bande indienne de lever des fonds pour retenir les services d'un avocat afin de défendre une revendication territoriale. Ces dispositions sont demeurées en vigueur jusqu'en 1951.

Les premières tentatives pour établir un processus de règlement des revendications

Après la Deuxième Guerre mondiale, le gouvernement du Canada a pris conscience qu'il devait s'occuper du «problème indien». Durant plus de 100 ans, les lois et les politiques avaient été conçues en fonction de l'hypothèse voulant que les Indiens étaient appelés à disparaître, que se soit par maladie ou par assimilation. Mais il était devenu évident que cette hypothèse ne valait rien.

Deux comités mixtes du Sénat et de la Chambre des communes (1946-1948, 1958-1961) ont recommandé la création d'une commission des revendications des Indiens. Un projet de loi en ce sens a été présenté en Chambre en 1963, et un autre en 1965. Comme son équivalent américain, cette commission devait être dotée de pouvoirs judiciaires et être habilitée aussi à entendre et examiner cinq catégories de revendications¹¹. Les deux projets sont morts au feuillet.

Le Livre blanc

En 1969, le gouvernement fédéral dépose en Chambre un Livre blanc¹² dans lequel il soutient que les revendications basées sur un titre ancestral sont trop vagues et trop mal définies pour qu'on s'en occupe. Les droits issus de traités devaient être abolis, de même que la notion d'Indien «inscrit» ou «visé par un traité». Seules les *obligations légales* de la Couronne allaient être exécutées, avec l'aide d'un commissaire aux revendications indiennes.

Le Livre blanc a été assez mal accueilli chez les Indiens, provoquant chez eux une réaction qui a contribué à consolider le mouvement de défense des droits des Indiens et a suscité la création de la Fraternité des Indiens du Canada, devenue par la suite l'Assemblée

¹⁰ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

¹¹ Projet de loi C-123, *Loi prévoyant le règlement des réclamations des Indiens*, 3^e Session, 26^e Législ., 1965.

¹² Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, [le Livre blanc] *La politique indienne du gouvernement du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.

des premières nations. Le gouvernement a alors renoncé à appliquer la plupart des recommandations contenues dans le Livre blanc.

L'élaboration de la politique actuelle

Ce n'est qu'en 1973, après l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Calder*¹³, que le Canada a commencé à prendre au sérieux les revendications des Autochtones. La Cour a rendu une décision partagée 3-3-1 : trois juges ont estimé que le «titre ancestral» était bel et bien une entité juridique dont le Canada devait tenir compte. Peu après, des négociations étaient entamées sur les «revendications globales» (c'est-à-dire celles qui portent essentiellement sur un titre ancestral non éteint). La Convention de la Baie James, conclue en 1975, a été la première entente de ce genre.

Créé en 1974, le Bureau des revendications des Autochtones (BRA) s'occupe de négocier avec les Premières Nations des ententes pour le règlement des revendications territoriales. Il fait partie du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) et relève du sous-ministre. Au fil des ans, le Canada a établi au petit bonheur sa politique sur les revendications des Autochtones. Durant les années 70 et au début des années 80, bien des démarches ont été examinées et bien des rapports ont été rédigés sur la question. Dans une étude commandée par et pour le BRA en 1979, le juge Gerald V. La Forest, c.r. (maintenant juge à la Cour suprême du Canada) recommandait la création, par voie législative, d'un tribunal administratif chargé de s'occuper des revendications particulières (c'est-à-dire celles qui concernent l'administration des terres et des biens des Indiens et l'exécution des traités) :

[Traduction]

Cet organisme indépendant devrait à toutes fins utiles être un tribunal spécialisé, habilité toutefois à adopter des procédures et des pratiques convenant à ses fonctions. Sa compétence devrait s'étendre, outre les revendications actuellement exécutoires par recours aux tribunaux, à celles qui découlent du traitement honorable que le gouvernement devrait accorder aux Indiens. De plus, un certain nombre de règles techniques, celles concernant la prescription et la recevabilité de la preuve, par exemple, devraient être supprimées ou allégées pour que le règlement des revendications des Indiens se fasse selon un principe de justice fondamental¹⁴.

Le gouvernement n'a pas créé l'organisme indépendant préconisé. Au contraire, il a continué à négocier de partie à partie, il a fusionné ses diverses politiques sur les revendications territoriales, et il a publié, sur ses politiques et procédures pour le traitement des revendications des Autochtones, deux brochures, la première en 1981, et la seconde en 1982.

¹³ *Calder c. Colombie-Britannique (procureur général)*, [1973] R.C.S. 313.

¹⁴ Gerald V. La Forest, «Report on Administrative Processes for the Resolution of Specific Land Claims», Ottawa, MAINC, 1979 [non publié], p. 64-65.

Dans la première, intitulée *En toute justice*, il énonce sa politique sur les revendications globales. La seconde, intitulée *Dossier en souffrance : une politique des revendications des autochtones*, porte sur les revendications particulières. Critiquées sans répit depuis plus de 20 ans, les deux politiques demeurent pratiquement inchangées aujourd'hui.

LA POLITIQUE SUR LES REVENDICATIONS TERRITORIALES : DIFFICULTÉS ET INÉQUITÉS

Pour un examen approfondi des problèmes que cause la politique énoncée dans *Dossier en souffrance* (la Politique) de 1982, il faut consulter le *Document de travail traitant des revendications territoriales des Premières Nations* publié en 1990 par la Commission sur les Indiens de l'Ontario (voir plus loin), ainsi que la *Présentation des Premières Nations*, établie par le Comité des chefs sur les revendications en décembre 1990 (voir le volume 1 des Actes). Voici un bref aperçu des principales difficultés et inéquités relevées jusqu'ici.

Distinction artificielle entre les revendications globales et les revendications particulières

À peine établie, la distinction entre les deux types de revendication a causé beaucoup de controverse :

La fragmentation artificielle de la politique fédérale en deux volets, soit les revendications «particulières» et «globales», est un des principaux sujets de divergence fondamentale entre le gouvernement fédéral et les premières nations. L'interprétation étroite qui a été donnée à ces politiques les a rendues impropres à répondre aux besoins et aux priorités des premières nations. La plupart des premières nations envisagent leurs revendications dans le contexte plus vaste des droits ancestraux et conventionnels protégés par la Constitution, ainsi que dans celui de leurs relations politiques avec le Canada¹⁵.

Conscient des difficultés que posait cette distinction, le Canada a établi une troisième catégorie, pour les revendications qui n'apparaissaient ni «globales» ni «particulières». Les Libéraux fédéraux ont promis, dans leur Livre rouge de 1993, d'éliminer la distinction entre ces deux types de revendication¹⁶.

Conflit d'intérêts

De nombreux conflits d'intérêts sont inhérents à l'actuelle politique. La plupart viennent du fait que, quand il y a revendication, le Canada se trouve à la fois être l'accusé, le banquier,

¹⁵ Assemblée des premières nations, *Examen critique par l'APN de la politique du gouvernement fédéral en matière de revendications foncières*, Ottawa, APN, 21 août 1990, p. 23.

¹⁶ Parti libéral du Canada, *Pour la création d'emplois – Pour la relance économique : Le plan d'action libéral pour le Canada*, Ottawa, Parti libéral du Canada, 1993 [appelé le Livre rouge].

le juge et le jury. Pour compliquer davantage encore les choses, le Canada se trouve avoir une relation de fiduciaire avec les requérants. On trouverait difficilement exemple plus probant de conflit d'intérêts, comme David Knoll le signalait en 1986 :

[Traduction]

La critique la plus fondamentale qui puisse être faite à l'encontre de la politique de 1982 sur les revendications est que le Canada demeure l'ultime arbitre des revendications présentées contre lui. Cette critique, souvent présentée, n'a jamais été prise en compte par le gouvernement fédéral. C'est lui qui, en dernier lieu, détermine quelles revendications seront financées, validées et acceptées pour fins de négociation. Sa décision est sans appel, sauf par recours aux tribunaux. Le gouvernement fédéral n'a nullement cherché à conserver même l'apparence de la neutralité. C'est cette situation, plus que n'importe quoi d'autre, qui fait dire que la politique et le processus sont tendancieux, arbitraires et injustes¹⁷.

Il ne saurait y avoir de véritable réforme du système si cette lacune fondamentale n'est pas corrigée. Les Libéraux fédéraux ont promis de créer un organisme indépendant d'examen des revendications. Bien structuré et muni d'un mandat approprié, cet organisme pourrait résoudre tout ou partie du problème du conflit d'intérêts.

Obligation légale

La notion d'obligation légale, établie dans le Livre blanc de 1969, est devenue le pilier de la politique fédérale :

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 respecter¹⁸.

Le gouvernement est disposé à aller «au-delà de l'obligation légale» uniquement dans les 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 établie¹⁹.

¹⁷ David Knoll, «Unfinished Business: Treaty Land Entitlement and Surrender Claims in Saskatchewan» (1986) [non publié], p. 15.

¹⁸ *Dossier en souffrance*, p. 20.

¹⁹ *Ibid.*

«L'obligation légale» ne répond pas, comme critère de validité d'une revendication, à l'obligation fiduciaire actuellement définie dans la loi, comme le disait l'APN dans son document :

... les critères de la politique fédérale relative aux revendications territoriales sont incompatibles avec l'évolution du droit canadien touchant les droits des autochtones. Les décisions marquantes, comme celles rendues récemment dans l'affaire *Guerin* (1984) et l'affaire *Simon* (1985), ne sont pas prises en compte dans les critères de la politique relative aux revendications globales... Dans l'affaire *Sparrow* (1990), la Cour suprême du Canada a déclaré que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente un engagement solennel envers les autochtones qui doit être respecté dans les lois, les pratiques et les politiques du gouvernement. On attend encore que le gouvernement fédéral donne suite de quelque façon que ce soit aux exigences qui ressortent de ces jugements²⁰.

Cette critique a été formulée en août 1990. Après plus de quatre ans, elle demeure toujours valable. La politique fédérale doit être révisée pour concorder avec l'évolution du droit.

Obligations de fiduciaire

Dans son document, Mary Ellen Turpel examine en long et en large la question des obligations de fiduciaire. De nombreux critiques préféreraient, semble-t-il, que cette notion, plutôt que celle d'«obligations légales», serve de fondement à la politique sur les revendications.

Négociations sur la compensation

Même lorsqu'une Première Nation réussit à convaincre le Canada qu'il a à son égard une obligation légale, le processus actuel pour négocier la compensation, de même que les critères de compensation eux-mêmes²¹, laissent grandement à désirer. Les critiques formulées ici sont les suivantes : la «dévaluation» des revendications d'une manière que beaucoup estiment arbitraire; le refus de reconnaître la «valeur particulière» pour les requérants; la façon dont les négociations sont financées; le temps que les négociations peuvent prendre; les offres «à prendre ou à laisser» et enfin, le fait d'avoir modifié la Politique pour y introduire la notion de «quasi-infraction» d'une manière qui laisse croire qu'on cherche à se défaire d'une revendication qui pourrait être coûteuse²².

Résumé

Les lacunes de la politique actuelle et de son processus d'application sont décrites en long et en large dans une abondante documentation. Presque tous les auteurs font ressortir

²⁰ *Examen critique par l'APN*, p. 10.

²¹ *Dossier en souffrance*, p. 30-31.

²² Voir dans le *Document de travail* de la CIO le cas des Mississaugas de New Credit, p. 61.

la nécessité d'élargir la base sur laquelle le Canada accepte ses responsabilités à l'égard des Premières Nations :

[Traduction]

Vu la nécessité d'arriver à une solution satisfaisante pour toutes les parties, il conviendrait d'élargir la définition des obligations «légales», dans le plein sens du terme, que le gouvernement fédéral doit assumer. C'est là, et de loin, la question la plus complexe à régler pour établir un nouveau modèle, mais c'est de toute évidence fondamental²³.

Encore une fois, la plupart des études et des documents font ressortir la nécessité de créer un organisme indépendant pour administrer ou superviser le processus d'examen des revendications territoriales et la façon dont la Politique est appliquée.

LA COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS

Le rapport annuel 1991-1994 de la Commission des revendications des Indiens, publié en juillet 1994, offre un court historique de l'existence de la Commission ainsi qu'un aperçu des enquêtes menées et des rapports présentés. Nous ne parlerons ici que de l'évolution de la Commission à partir de 1990-1991 à la lumière des autres réformes effectuées durant la même période.

La Commission est l'aboutissement de plus de 200 années de frustration ainsi que des tumultueux événements de 1990, notamment la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow*²⁴ rendue publique en mai, l'intervention d'Elijah Harper en juin, qui devait empêcher l'adoption de l'Accord du lac Meech, l'éclatement de la violence, au printemps, à Akwesasne sur la question du jeu, et enfin «l'été mohawk» à Oka.

1990

En août 1990, l'Assemblée des premières nations (APN) a publié un examen critique détaillé des politiques gouvernementales sur les revendications territoriales. Lors d'une rencontre spéciale du Conseil tripartite tenue le 23 août sur la crise d'Oka et l'impossibilité d'en venir à une solution négociée, la Commission sur les Indiens de l'Ontario (CIO) s'est engagée, envers le gouvernement et envers les chefs indiens, à rédiger dans les 30 jours un document de discussion sur la réforme du processus des revendications territoriales. Cet important document (voir plus loin), rendu public le 24 septembre, renferme 38 recommandations, notamment celle de créer un organisme indépendant d'examen des revendications. On y trouve également un examen détaillé des problèmes occasionnés par la politique de 1982 énoncée dans *Dossier en souffrance*.

²³ Brad Morse, dir., *Indian Claims in Canada*, Wallaceburg, Association des Iroquois et des Indiens alliés, Grand Conseil du Traité n° 3, et le Walpole Island Research Centre de la Union of Ontario Indians, 1981, p. 9.

²⁴ Voir la note 10.

Le 25 septembre, le gouvernement annonçait son «Programme sur les Autochtones» en quatre volets, dont le premier consistait à accélérer le règlement des revendications territoriales de façon que tout soit terminé à la fin de la décennie. Les 10 et 11 octobre, le ministre des Affaires indiennes a rencontré 20 chefs indiens de tout le pays pour discuter avec eux des modifications à apporter aux politiques fédérales sur les revendications territoriales. Un groupe de travail composé de chefs indiens a alors été créé; il était coprésidé par le chef Clarence T. (Manny) Jules, de la Première Nation de Kamloops, et par Harry S. LaForme, alors membre de la CIO. Sous le nom de Comité des chefs sur les revendications (CCR), le groupe rédige alors le document *Présentation des Premières Nations* et le présente au Ministre, le 14 décembre. Ce document, qui avait déjà reçu un appui de principe lors de l'Assemblée spéciale des chefs tenue par l'APN le 11 décembre à Ottawa, renferme 27 recommandations, dont celle de créer un organisme indépendant d'examen des revendications ainsi qu'un groupe mixte de travail chargé de refondre la politique fédérale.

Nouvelle initiative fédérale

Après une période de négociation ponctuée de propositions et de contre-propositions de la part du Comité des chefs sur les revendications et du Ministre, le gouvernement fédéral a annoncé, le 23 avril 1991, une nouvelle initiative sur les revendications particulières, qui comprenait les éléments suivants :

- 1 *augmentation des ressources* : le budget affecté au règlement des revendications passait de 15 millions à 60 millions de dollars par année, et il y avait également augmentation du personnel du MAINC et du ministère de la Justice;
- 2 *modifications administratives à la Politique* : le Ministre pouvait dorénavant approuver, sans devoir obtenir l'autorisation du Conseil du Trésor, des règlements de 7 millions, alors qu'il était limité à 1 million de dollars auparavant; un processus accéléré était mis en place pour les revendications de moins de 500 000 \$; il n'existait plus aucune limite au nombre de revendications qui pouvaient être négociées en même temps et enfin, il n'était plus nécessaire que les frais juridiques des requérants soient examinés et approuvés par les avocats du ministère de la Justice;
- 3 *revendications fondées sur des événements antérieurs à la Confédération* : ces revendications étaient désormais recevables;
- 4 *création du Groupe de travail mixte* : il a été proposé de créer un groupe mixte des Premières Nations et du gouvernement pour examiner la Politique et le processus et formuler des recommandations à cet égard (il en sera question plus au long à la Partie II);
- 5 *création de la Commission des revendications des Indiens* : il a été proposé de créer, à titre intérimaire, un organisme indépendant chargé d'examiner les revendications particulières, d'assurer aux parties, sur demande, des services de médiation, et de faire connaître au Groupe de travail ses opinions sur la manière de refondre la Politique et le processus.

L'APN a jugé ces réformes «timides» au mieux et y a réagi de la façon suivante :

[Traduction]

Bien que les mesures ci-dessus ne vailent pas, et de loin, la mise en place du processus indépendant de règlement des revendications réclamé tant par les Premières Nations que par des observateurs indépendants (en fait, ces initiatives viendront gonfler encore la bureaucratie de la Direction générale des revendications particulières et celle du ministère de la Justice), le Ministre soutient que le Groupe de travail mixte dont la création est proposée pourra s'occuper des questions de politique et de processus qui touchent le long terme.

Quoi qu'il en soit, il est évident que le gouvernement a l'intention de donner suite à ces initiatives. Par conséquent, les Premières Nations doivent s'unir pour dire clairement au gouvernement du Canada ce qu'elles voudraient obtenir concernant le règlement des revendications et les droits fonciers²⁵.

Création de la Commission des revendications des indiens

Le gouvernement a alors mis en oeuvre les réformes annoncées. La Commission des revendications des Indiens (quelquefois appelée Commission des revendications *particulières* des Indiens par le gouvernement fédéral) était créée par décret le 15 juillet 1991, et placée sous la présidence de Harry S. LaForme. Le libellé du décret a immédiatement fait l'objet de critiques, car il reprenait celui de la Politique. Il allait également à l'encontre des recommandations du Comité des chefs sur les revendications, lequel avait réclamé, par résolution, des changements en profondeur²⁶.

Après un an de débats entre la Commission, l'APN, le CCR, le GTM et le gouvernement, un deuxième décret conférait à la Commission son mandat actuel. La Commission est une commission royale fédérale, revêtue du grand sceau du Canada et constituée en vertu de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes* pour :

- faire enquête et rapport sur a) le rejet d'une revendication particulière par le ministre, ou b) «les critères applicables aux compensations dans le cadre de la négociation d'un règlement»;
- «conseiller et informer» le Groupe de travail mixte;
- présenter au gouverneur en conseil (le Cabinet fédéral) un rapport annuel et tout autre rapport que les commissaires jugeront nécessaire; et
- assurer aux parties, lorsque toutes deux le demandent, un service de médiation²⁷.

²⁵ Assemblée des Premières Nations, *The Proposed Federal Initiatives on Specific Claims, A Brief Appraisal in Light of the Principles of the First Nations Submission on Claims*, Ottawa, 4 juin 1994.

²⁶ APN, «Résolution», 7 août 1991.

²⁷ Décrets C.P. 1991-1329 et C.P. 1992-1730.

La Commission est en fait un «tribunal d'arbitrage modéré»²⁸, comme le Tribunal Waitangi de la Nouvelle-Zélande²⁹, en ce sens que ses recommandations ne sont pas exécutoires pour les parties, et que ses fonctions sont uniquement consultatives. Au terme d'une enquête, la Première Nation visée ou le gouvernement, ou encore les deux, peuvent ne pas tenir compte des recommandations de la Commission.

Nomination des commissaires

Le 1^{er} septembre 1992 étaient nommés, par un troisième décret, six commissaires additionnels. Trois avaient été choisis à partir d'une liste dressée par l'APN : Roger Augustine, chef de la Première Nation d'Eel Ground, au Nouveau-Brunswick, Dan Bellegarde, premier vice-chef de la Federation of Saskatchewan Indian Nations (FSIN), et Carole Corcoran, de la bande indienne de Fort Nelson, dans le nord de la Colombie-Britannique, qui est également membre de la BC Treaty Commission. Les trois autres commissaires étaient nommés par le gouvernement fédéral : Charles Hamelin (décédé le 29 juillet 1993), Carol Dutcheshen (qui a démissionné en mai 1994 pour occuper un autre poste) et Jim Prentice, c.r., avocat versé dans les questions de revendications territoriales et appartenant au cabinet Rooney Prentice, de Calgary.

Changement de leadership

En février 1994, le commissaire en chef, Harry S. LaForme, était nommé à la Cour de justice de l'Ontario (Division générale). Le 17 mars 1994, les commissaires Dan Bellegarde et Jim Prentice étaient nommés coprésidents de la Commission.

Aux fins du présent document, il est important de se rappeler que la Commission a été créée à titre d'organisme intérimaire seulement, et non à titre d'organisme permanent, dans le cadre d'un processus global de réforme reposant largement sur les recommandations formulées par le GTM pour modifier en profondeur la Politique et le processus. La Commission devait jouer un rôle dans le GTM, comme il est dit dans le décret comme dans le Protocole du GTM :

[Traduction]

8. En ce qui concerne l'obligation, pour la Commission des revendications particulières des Indiens, de faire rapport comme l'indique le gouverneur en conseil, les coprésidents du Groupe mixte de travail peuvent demander, lorsqu'il y a lieu, au président de la Commission de fournir au Groupe les renseignements, ou d'assister aux réunions, qui peuvent être nécessaires pour éclairer les délibérations³⁰.

²⁸ Joseph Williams, *Tribunal Waitangi de la Nouvelle-Zélande : méthodes de rechange à la résolution des conflits*, Association du Barreau canadien, 1988.

²⁹ Voir CIO, *Document de travail*, p. 102, pour des détails sur le Tribunal Waitangi.

³⁰ Protocole pour le Groupe mixte de travail des Premières Nations et du Canada sur les revendications particulières, 22 juillet 1992.

La Commission a été dotée de deux fonctions : la première, participer aux travaux de réforme du GTM, et la seconde, superviser, *à titre intérimaire*, la Politique et le processus *existants*, jusqu'à ce que des réformes plus substantielles aient pu être mises en oeuvre :

[Traduction]

Pour superviser la gestion de la politique actuelle, nous avons convenu de créer la Commission des revendications particulières des Indiens afin que les bandes requérantes puissent soumettre à une tierce partie toute éventuelle préoccupation concernant l'équité du processus *existant*. Le décret qui crée la Commission reflète par conséquent les éléments et les critères de la politique actuelle, adaptés comme convenu pour assurer des améliorations *provisoires*³¹.

L'échec du GTM (dont nous parlerons à la Partie II) et l'absence ultérieure de toute négociation ont empêché la Commission de faire connaître son point de vue sur la façon dont le système actuel devrait être changé. C'est donc pour remplir cette partie de son mandat et dans le désir aussi d'assurer à l'importante question de la réforme du processus des revendications territoriales toute l'attention qu'elle mérite que la Commission a décidé de publier le présent document (et la documentation en annexe).

³¹ L'honorable Tom Siddon, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, à H.S. LaForme, commissaire en chef de la CRI, Ottawa, 8 novembre 1991. (Italiques ajoutés).

PARTIE II

LE GROUPE DE TRAVAIL MIXTE : ÉCHEC D'UN PROCESSUS DE RÉFORME

Comme il a été dit dans la Partie I, le Canada a proposé la création simultanée de la Commission et du Groupe de travail mixte dans le cadre d'un processus global de réforme. On ne voulait que des changements modestes, parce que le gouvernement avait décidé de reporter les changements en profondeur jusqu'après que le GTM ait délibéré et formulé des recommandations. Cette stratégie a été expliquée par le Ministre dans une lettre adressée au chef national en 1991 :

[Traduction]

Le Comité des chefs sur les revendications particulières avait accepté que certaines questions seulement soient abordées tout de suite, tandis que d'autres, surtout les questions de politique qui ont tendance à être complexes, seraient examinées en profondeur à moyen terme. Les chefs ont donc suggéré, et j'y ai consenti, de mettre sur pied, pour les revendications particulières, un groupe de travail mixte chargé d'examiner les critères appliqués pour la validation et pour la compensation, et d'examiner aussi toute autre question de politique convenue par les membres. Les recommandations de ce groupe comme aussi l'évaluation faite conjointement par la Commission serviront de fondement aux propositions présentées au Cabinet concernant les changements plus fondamentaux à apporter à la politique³².

Le GTM se composait, pour les Premières Nations, de représentants politiques et de conseillers techniques provenant des huit régions représentées par l'APN, et comptait, pour le gouvernement fédéral, trois représentants du MAINC et du ministère de la Justice. Il était coprésidé par le chef Clarence T. (Manny) Jules et par John Graham, chef de la Direction générale de l'élaboration des politiques, au MAINC. Il avait pour mandat d'examiner tous les aspects de la politique et du processus des revendications particulières. Le GTM s'est réuni pour la première fois en février 1992, et un protocole décrivant le rôle du GTM et la relation de travail entre ses membres a été signé en juillet 1992 par le chef national et le Ministre.

De février 1992 à juin 1993, le GTM s'est réuni 13 fois au total, pour discuter d'une grande diversité de questions allant de la nature d'une revendication à la forme et la structure d'un organisme indépendant d'examen des revendications. Les parties ont retenu les services d'une facilitatrice indépendante, Bonita Thompson, qui a rédigé un projet de

³² L'honorable Tom Siddon, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, à Ovide Mercredi, Chef national, APN, Ottawa, 9 novembre 1991.

recommandations³³ (voir plus loin). Le document énonce les points sur lesquels il y a entente et désaccord entre les parties. Il y a eu progrès sur plusieurs questions, notamment sur les détails de la création d'un organisme indépendant d'examen des revendications.

Le mandat du GTM a expiré en juillet 1993. Les parties n'ayant pu s'entendre pour le prolonger, le processus a alors pris fin. Aucune recommandation n'a été formulée. L'APN a formulé plusieurs critiques sur le processus, notamment les suivantes :

[Traduction]

Le mandat du Groupe de travail était indûment limité aux revendications «particulières». Les représentants fédéraux n'avaient pas les pouvoirs nécessaires pour apporter des changements significatifs. Les Premières Nations n'ont pas reçu des ressources suffisantes pour leur permettre de participer pleinement au processus, particulièrement au niveau régional.

Les représentants des Premières Nations au Groupe de travail mixte avaient la nette impression que les représentants fédéraux étaient davantage désireux de défendre la politique actuelle que d'y apporter les changements fondamentaux nécessaires³⁴.

Il ressort clairement, d'une lettre adressée par John Graham à Manny Jules en juillet 1993, que le gouvernement avait l'impression d'avoir, par l'entremise du GTM, «bougé» sensiblement en donnant son accord sur les points suivants :

1. *créer un processus indépendant d'examen des revendications*, où un organisme neutre aurait les «dents» nécessaires pour s'occuper du processus de négociation et où la décision finale serait prise par un comité indépendant, avec droit d'appel aux tribunaux;
2. *financer les Premières Nations en permanence de façon qu'elles puissent examiner, avec le gouvernement fédéral, le fonctionnement du processus indépendant et oeuvrer à l'améliorer;*
3. *confier à un organisme non fédéral l'administration des fonds consacrés à la recherche et des fonds obtenus par prêt; et*
4. *supprimer les critères actuels sur la compensation préalablement à la négociation*³⁵.

Toutefois, il subsistait un désaccord sur 12 ou 14 questions : 14 sont mentionnées dans le projet établi par la partie neutre, et 12 sont mentionnées en annexe de la lettre adressée par John Graham à Manny Jules :

1. le délai de prescription et le retard indu
2. le caractère «sans préjudice»
3. les prêts par opposition aux subventions, pour les négociations

³³ Bonita J. Thompson, «Projet de recommandations rédigé par une partie neutre», 25 juin 1993.

³⁴ APN, «Background and Approach to Changing the Federal Claims Process», projet, 19 mai 1994.

³⁵ John Graham, Directeur général, Direction générale de l'élaboration des politiques, MAINC, au chef Clarence T. (Manny) Jules, Ottawa, 9 juillet 1993.

4. les questions découlant de la définition de «revendication»
5. le fardeau de la preuve
6. les moyens «techniques» de défense
7. la suspension du délai de prescription
8. la dépossession
9. la compensation calculée en fonction de principes juridiques
10. les coûts globaux de fonctionnement
11. la participation provinciale
12. les décharges³⁶

On a peut-être «bougé» sur quatre questions, mais de toute évidence, à la fin du mandat du GTM, il subsistait des désaccords importants. Il semble même qu'on ne se soit pas entendu sur ce qui pouvait constituer une revendication. Le mandat du GTM a pris fin en juillet 1993, et depuis ce temps, il n'existe plus de tribune permettant aux Premières Nations et au Canada de discuter ensemble de la réforme des politiques et des processus qui régissent les revendications territoriales.

³⁶ *Ibid.*, en annexe.

PARTIE III

PROCHAINES ÉTAPES

Le Parti libéral est arrivé au pouvoir en octobre 1993. Avant son élection, il avait fait bon nombre de promesses concernant les Autochtones en général, et la réforme du processus des revendications territoriales en particulier. Ces promesses sont énoncées dans le Livre rouge ainsi que dans un certain nombre d'importants discours et déclarations. Elles sont documentées en long et en large dans les exposés (ci-joints) de Mary Ellen Turpel et de Art Durocher. Ce qui nous intéresse, pour l'heure, est de savoir comment procéder pour concrétiser ces promesses, qui correspondent aux désirs exprimés depuis des décennies par les Premières Nations.

Au printemps de 1994, le gouvernement fédéral a accepté de financer une réunion du Comité des chefs sur les revendications. La rencontre a eu lieu à Winnipeg les 1^{er} et 2 juin 1994, et a été présidée par le chef national. Les quatre membres de la Commission des revendications des Indiens ont été invités à venir parler de la Commission. Les chefs ont exprimé l'avis que la Commission n'avait pas de «dents», puisque ses décisions n'étaient pas exécutoires. Ils ont ajouté que, jusqu'à présent, le gouvernement fédéral n'avait donné suite à aucune des recommandations formulées par la Commission³⁷. Les chefs étaient fortement d'avis qu'un organisme indépendant devait participer au processus d'examen des revendications du début à la fin :

Un organisme indépendant doit s'occuper de faciliter le règlement des revendications tout au long du processus, à partir de l'étape de la recherche et du développement jusqu'à la présentation des revendications et à l'exécution des règlements³⁸.

À la fin de la réunion, les participants ont adopté une résolution portant création «d'une tribune bilatérale (Premières Nations/Canada) pour établir des recommandations sur les politiques et les processus acceptables pour résoudre les questions ayant trait aux droits des Premières Nations sur les terres et les ressources...»³⁹. Le Comité demandait également,

³⁷ La Commission a reçu, le 5 août 1994, une première réponse du gouvernement fédéral, concernant la décision rendue suite à l'*Enquête sur la revendication des Denesulines d'Athabasca*, communiquée aux parties le 21 décembre 1993. Ont suivi, en février et en mars 1995, les réactions du gouvernement aux rapports concernant les revendications soumises par les Premières Nations de Cold Lake et Canoe Lake (polygone de tir aérien de Primrose Lake), la bande Young Chipewyan, les Micmacs de Gesgapegiag et les Chippewas de la Thames.

³⁸ APN, Rapport sommaire, Réunion du Comité des chefs sur les revendications territoriales, Winnipeg, 1^{er} et 2 juin 1994.

³⁹ Comité des chefs sur les revendications, «Résolution», Winnipeg, 2 juin 1994.

dans cette résolution, à recevoir un financement suffisant pour faciliter l'élaboration d'une politique nationale. Malheureusement, la résolution n'a pas pu être soumise à l'Assemblée générale de l'APN en juillet 1994 et n'a donc pas reçu son aval officiel.

À l'heure actuelle, aucune négociation ni aucune discussion officielle n'a lieu, à la connaissance de la Commission, bien que tant les Premières Nations que le Canada aient exprimé le désir d'améliorer le système actuel des revendications territoriales. Comment faire alors pour procéder à la réforme nécessaire? Les parties ont les options suivantes (présentées sans ordre particulier) :

- 1 le GTM pourrait être reconstitué avec l'espoir d'en venir à un consensus sur la réforme;
- 2 le Canada, l'APN et/ou le CCR pourraient négocier directement;
- 3 l'APN ou le CCR pourraient présenter une nouvelle proposition sur la réforme du processus des revendications territoriales, après quoi il y aurait des négociations, ou encore le Canada pourrait préparer un projet de réforme basé sur la nouvelle proposition;
- 4 le Canada pourrait préparer un projet de réforme basé sur la documentation disponible et sur les promesses contenues dans le Livre rouge, après quoi il y aurait des négociations;
- 5 le Canada pourrait procéder unilatéralement à une réforme, après avoir tenu des «consultations»;
- 6 on pourrait abandonner l'idée d'une politique nationale et préférer des solutions régionales, peut-être conçues à partir des traités ou des «Nations»;
- 7 on pourrait laisser les choses dans leur état actuel ou y apporter, de temps à autre, de légères modifications.

L'option 7 mènerait au désastre et provoquerait vraisemblablement une autre crise d'Oka. L'option 6 offre des possibilités et pourrait être retenue «par défaut», si aucune autre option n'est envisagée. Mais elle présente le risque de la «balkanisation» du processus et entraînerait la disparition de normes nationales pour le traitement des revendications. Les organismes régionaux, comme la Commission sur les Indiens de l'Ontario, ont un rôle important à jouer dans les négociations, mais même la CIO reconnaît la nécessité d'avoir un organisme indépendant muni de pouvoirs suffisants pour que le processus fonctionne⁴⁰.

Avec l'option 5, on court le risque que les Premières Nations rejettent toute réforme (quel qu'en soit le bien-fondé), uniquement par opposition au processus. Avec l'option 4, il y a également le risque que toute proposition élaborée par le Canada avant les négociations soit critiquée davantage pour une question de processus que pour une question de fonds.

⁴⁰ CIO, *Document de travail*, p. 100.

Selon l'option 3, les Premières Nations feraient d'abord une proposition, et le Canada y répondrait. L'APN et le CCR auraient besoin d'un financement spécial pour présenter une proposition, mais cette façon de faire serait plus acceptable pour les Premières Nations que les options 4 à 7.

La validité des options 1 et 2 dépendrait essentiellement de la façon dont les négociations seraient structurées, aussi bien que des buts fixés. Nous estimons qu'à l'heure actuelle, les Premières Nations et le Canada s'entendent largement sur la nécessité de procéder à au moins *quelques* réformes fondamentales, par exemple :

- la création d'un organisme indépendant d'examen des revendications (OIER);
- la validation des revendications par un autre organisme (par exemple l'OIER) de façon à supprimer la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouve le Canada à l'heure actuelle;
- la facilitation de la négociation des revendications par l'OIER (ou un autre organisme comme la CIO) pour assurer l'équité du processus;
- la nécessité que l'OIER (ou un autre organisme) soit doté des pouvoirs nécessaires pour faire avancer les négociations sur la question de compensation, lorsqu'elles sont enlisées.

Nous pensons qu'il n'est peut-être pas nécessaire (ou possible) à l'heure actuelle de faire le consensus sur tous les détails d'une réforme fondamentale. Au lieu de cela, les parties pourraient songer à mettre en oeuvre *dès maintenant* les éléments de réforme sur lesquels un consensus assez large s'est déjà formé, tout en établissant en même temps un processus permanent pour pouvoir apporter, en continu, les réformes nécessaires au nouveau système. Cela se ferait à peu près de la même manière que les réformes apportées en 1991, avec les différences suivantes : 1) l'OIER serait un organisme véritablement indépendant (et non pas un organisme provisoire créé pour superviser le système existant) et 2) l'organisme ou la tribune créé pour apporter, en continu, des réformes au système serait permanent (et non pas établi par un protocole d'un an, comme l'a été le GTM).

Quelle que soit l'option retenue par les parties, la CRI estime avoir un rôle à jouer dans le processus de réforme. Nous sommes mandatés, par décret, pour conseiller et guider le Canada et les Premières Nations sur la façon de modifier et d'améliorer le système actuel. Nous pouvons aider le Canada et les Premières Nations en les faisant profiter de toute l'expérience acquise en menant des enquêtes et en nous rendant dans les collectivités des Premières Nations, pour recueillir directement auprès des anciens et d'autres personnes aussi des témoignages sur les problèmes que posent la Politique et le processus actuels. En outre, nous pouvons faciliter les négociations et assurer, sur demande, une médiation.

Tout ce que nous avons appris jusqu'ici nous a convaincus qu'il était impératif d'entamer dès maintenant le processus de réforme, avant qu'il soit trop tard. Il est indispensable de rendre aux Premières Nations les terres auxquelles elles ont droit pour pouvoir véritablement commencer à régler la grande diversité de problèmes auxquels les Autochtones font face. Il ne saurait y avoir ni autonomie gouvernementale, ni autosuffisance sans assise territoriale suffisante. Il est temps de mettre en place un processus juste et équitable.

ARTHUR DUROCHER*

LA RÉFORME DU PROCESSUS DES
REVENDEICATIONS TERRITORIALES

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

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 29

LES REVENDICATIONS TERRITORIALES AU CANADA – HISTORIQUE 30

- Les débuts 30
- Avant 1969 31
- Après 1969 34
- L'évolution récente 39

SITUATION AILLEURS DANS LE MONDE 43

- L'expérience américaine 43
- L'expérience néo-zélandaise 47
- L'expérience australienne 50

LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRES 53

- La négociation 53
- La médiation 54
- L'arbitrage 54
- Les mécanismes hybrides et la médiation-arbitrage 55
- Les relations de travail 55

ANALYSE 56

- L'expérience américaine 56
- L'expérience néo-zélandaise 56
- L'expérience australienne 56
- Le processus de négociation 57
- La médiation 57
- L'arbitrage 58

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS 59

- Recommandations 60

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE 63

INTRODUCTION

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

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

LES REVENDICATIONS TERRITORIALES AU CANADA — HISTORIQUE

LES DÉBUTS

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

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

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

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

¹ *La Proclamation royale de 1763*.

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

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

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

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

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

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

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

AVANT 1969

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹ *Ibid.*, p. 178.

¹⁰ *Ibid.*, p. 197.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴ *Ibid.*, p. 123.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 126.

¹⁷ *Ibid.*

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

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

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

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

APRÈS 1969

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²³ *Ibid.*, p. 19.

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

²⁵ *Ibid.*, p. 19.

²⁶ *Ibid.*, p. 20.

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

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

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

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

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

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

²⁹ *Ibid.*, p. 23-25.

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

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

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

³¹ *Ibid.*, p. 35-37.

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

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

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

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

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

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

³³ *Ibid.*, p. 9.

³⁴ *Ibid.*, p. 12.

³⁵ *Ibid.*

L'ÉVOLUTION RÉCENTE

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

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

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

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

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

³⁷ Reproduit dans *Ibid.*, p. 220.

³⁸ *Ibid.*, p. 221.

³⁹ *Ibid.*, p. 221-222.

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

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

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

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

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

⁴⁰ *Ibid.*, p. 223.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁹ *Ibid.*

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

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

SITUATION AILLEURS DANS LE MONDE

L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

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

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

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

⁵² Art. 9, 12 Stat. 765, 3 mars 1863.

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

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

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

⁵⁶ *Ibid.*, p. 19-20.

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

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

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

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

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

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, p. 30.

⁶¹ *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁵ *Ibid.*

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

⁶⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 20.

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

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

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

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

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

⁷⁰ *Ibid.*, p. 22.

⁷¹ *Ibid.*, p. 23.

⁷² 85 Stat. 688, 18 décembre 1971.

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

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

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

L'EXPÉRIENCE NÉO-ZÉLANDAISE

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

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

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

⁷⁴ *Ibid.*, p. 49.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 63-64.

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

⁷⁷ *Ibid.*, p. 74.

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

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

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

Un autre facteur important de l'accroissement de la charge de travail du Tribunal a été l'adoption d'un mode de fonctionnement biculturel. E.T. Durie et G.S. Orr signalent diverses caractéristiques et activités du Tribunal qu'ils jugent uniques et qui, selon eux, contribuent à son caractère biculturel⁸⁵. Ainsi, le Tribunal comprend du personnel maori et *pakeha*⁸⁶. «Parmi les traités qui ont été conclus entre des groupes indigènes et des groupes de colons, il en est peu, s'il en existe un seul, qui ne soit pas interprété par un organisme représentant les deux camps. La composition du Tribunal témoigne donc, en soi, d'un principe important»⁸⁷. De plus, le Tribunal estime important de tenir compte des Maoris et de leurs traditions :

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

⁷⁸ *Ibid.*, p. 74-75.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 76.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 77.

⁸¹ *Ibid.*, p. 79.

⁸² *Ibid.*, p. 96.

⁸³ *Ibid.*

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

⁸⁵ *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

88 *Ibid.*

89 *Ibid.*, p. 64.

90 *Ibid.*, p. 65.

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

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

93 *Ibid.*, p. 68.

94 *Ibid.*, p. 67.

95 *Ibid.*

96 *Ibid.*

97 *Ibid.*

98 *Ibid.*, p. 70.

99 *Ibid.*, p. 71.

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

L'EXPÉRIENCE AUSTRALIENNE

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

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

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

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

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

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

¹⁰² *Ibid.*, p. 110.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 168.

¹⁰⁷ Par. 13(1) de la Loi.

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

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 170.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 176.

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

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

112 *Ibid.*

113 *Ibid.*

114 *Ibid.*

115 *Ibid.*, p. 179.

116 *Ibid.*, p. 177.

LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRES

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

LA NÉGOCIATION

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

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

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

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

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 13-14.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 15-16.

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

LA MÉDIATION

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

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

L'ARBITRAGE

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

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

¹²⁰ *Ibid.*, p. 20-24.

¹²¹ *Ibid.*, p. 56-57.

¹²² *Ibid.*, p. 57.

¹²³ *Ibid.*, p. 57.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 130.

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

LES MÉCANISMES HYBRIDES ET LA MÉDIATION-ARBITRAGE

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

LES RELATIONS DE TRAVAIL

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

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

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*, p. 200-201.

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

¹²⁸ *Ibid.*, p. 343.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 346.

ANALYSE

L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

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

L'EXPÉRIENCE NÉO-ZÉLANDAISE

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

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

L'EXPÉRIENCE AUSTRALIENNE

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

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

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

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

LE PROCESSUS DE NÉGOCIATION

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

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

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

LA MÉDIATION

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

L'ARBITRAGE

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

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

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

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

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

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

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

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

¹³³ *Ibid.*, p. 12.

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

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

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

RECOMMANDATIONS

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

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

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

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

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

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

¹³⁴ *Ibid.*, p. 13.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

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

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

MARY ELLEN TURPEL*

POUR UN MÉCANISME DE
RÈGLEMENT DES REVENDICATIONS
TERRITORIALES JUSTE,
INDÉPENDANT, RAPIDE ET
TRANSPARENT

* Mary Ellen Turpel est membre des barreaux de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan et de l'Indigenous Bar Association, et a déjà été professeur agrégé de droit à l'université Dalhousie et professeur agrégé (invité) de droit à l'université de Toronto.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE 67

INTRODUCTION 70

EXAMEN DES ENGAGEMENTS DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL 75

Objectifs plus larges de la réforme de la politique fédérale concernant
des revendications 76

Détail de la plate-forme : propositions touchant la procédure et le fond 78

Participation des provinces 81

Problèmes découlant des politiques et mécanismes actuels concernant
les revendications territoriales 82

Commission des revendications des Indiens 86

Défis institutionnels et bureaucratiques 89

**PRINCIPE DIRECTEUR DE LA RÉFORME : RESPECT INTÉGRAL DES
OBLIGATIONS DE FIDUCIAIRE DE LA COURONNE** 91

PROPOSITIONS EN VUE DU RENOUVELLEMENT DU MÉCANISME 108

La Commission des revendications des Indiens 114

**QUESTIONS TOUCHANT SUR LA TRANSITION :
DIALOGUE SUR LA RÉFORME** 115

CONCLUSION 117

**ANNEXE A PROJET DE PROTOCOLE VISANT LA CRÉATION D'UN
GROUPE DE TRAVAIL MIXTE DES PREMIÈRES NATIONS
ET DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL CHARGÉ D'ÉTABLIR
UNE COMMISSION DES REVENDICATIONS INDÉPENDANTE** 119

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE 122

PRÉFACE

Un gouvernement libéral, en concertation avec les peuples autochtones, entreprendra une refonte complète de la politique fédérale en matière de revendications autochtones. L'objectif du gouvernement libéral concernant les droits des Autochtones aux terres et aux ressources sera de laver l'honneur de l'État en réglant ces questions au moyen d'une procédure équitable¹.

Ce bref document de travail, qui a été préparé pour la Commission des revendications des Indiens, vise à favoriser le dialogue sur les moyens propres à permettre la réalisation de l'engagement qu'a pris le Parti libéral du Canada de réformer la politique et la procédure relatives aux revendications territoriales. Il repose sur le point de vue, par ailleurs largement accepté, que, d'une part, le mécanisme actuel de règlement des revendications territoriales ne fonctionne pas bien et que les conditions applicables pour qu'il y ait négociation des différends territoriaux sont trop restrictives, et que, d'autre part, le rythme de telles négociations est trop lent².

Il n'y a pas eu de révision en profondeur des politiques relatives aux revendications territoriales depuis le début des années 80³. Au cours de cette période, de nombreux faits nouveaux sont survenus, y compris d'importantes décisions judiciaires sur les droits ancestraux et issus de traités. Les politiques relatives aux revendications territoriales, qui n'ont pas suivi cette évolution du droit, sont par ailleurs incompatibles avec la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Exception faite de la création de la Commission des revendications des Indiens en 1991 et de la brève période au cours de laquelle les chefs de Premières Nations et des représentants du gouvernement fédéral ont, en 1992-1993, discuté de la réforme de la politique relative aux revendications particulières,

¹ Propos tirés de la déclaration faite par le chef libéral Jean Chrétien, à Saskatoon, en septembre 1993, et intitulée *Les peuples autochtones du Canada*.

² Ce point de vue trouve appui dans le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones intitulé : *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1995.

³ Le ministère des Affaires indiennes et du Nord a rendu publique la politique fédérale à l'égard des revendications territoriales globales en décembre 1981 dans le document intitulé *En toute justice: une politique des revendications autochtones* (Ottawa, Approvisionnement et Services, 1981) et la politique fédérale à l'égard de certaines revendications particulières, en mai 1982, dans le document intitulé *Dossier en souffrance, une politique des revendications des autochtones* (Ottawa, Approvisionnement et Services, édition révisée, 1987) (voir [1994] 1 ACRI 187). Toutefois, certaines modifications mineures ont été apportées à ces politiques, particulièrement à la politique des revendications territoriales globales, en 1986, à la suite du dépôt du rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales.

il n'y a eu que peu de changements dans le domaine des revendications territoriales. Même dans les cas où des ententes ont été conclues, le statut de ces ententes (en tant que traités) ainsi que leur mise en oeuvre soulèvent des questions qui dépassent le cadre des politiques actuelles. Le défi que nous devons tous relever est de concrétiser l'engagement politique de réformer fondamentalement ces politiques de manière à tenir compte des progrès réalisés au cours de la dernière décennie et de favoriser l'établissement, entre les peuples autochtones et le gouvernement du Canada, de rapports durables et fondés sur le respect mutuel.

L'une des difficultés particulières que j'ai rencontrées dans la préparation du présent document de travail a été de tenir compte de la diversité des situations et des points de vue des peuples autochtones sur cette question. En effet, les Premières Nations (c.-à-d. les Indiens, tant inscrits que non inscrits), les Métis et les Inuit ont tous présenté des revendications territoriales qui témoignent de la diversité de leur culture, de leur histoire et de leur situation géographique. De fait, certaines de ces revendications visent les mêmes territoires et soulèvent, entre les Autochtones, de délicates questions de frontières et de droits⁴.

Pour faire en sorte que le processus soit juste et sensible à la situation des divers peuples et gouvernements autochtones, il importe, dans le cadre de la réforme du processus des revendications territoriales, de tenir compte de cette diversité. Il pourrait d'ailleurs se révéler nécessaire d'en établir un nouveau qui comporterait des mécanismes distincts pour les revendications des Métis, des Inuit et des Premières Nations. Le présent document porte principalement sur le règlement des revendications des Premières Nations, d'abord parce que la plupart des revendications en souffrance émanent d'elles, et aussi parce que j'éprouve certaines difficultés à imaginer qu'un «seul et même» mécanisme puisse s'appliquer à toutes les situations. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faut cesser de déployer des efforts pour régler les problèmes découlant de cette diversité. Au contraire, la situation l'exige au plus haut point. Cependant, l'expérience acquise jusqu'à présent en ce qui concerne les revendications des Premières Nations est suffisante pour permettre la réalisation immédiate d'une réforme à cet égard. Par ailleurs, il faudrait en même temps examiner avec les peuples métis et inuit les problèmes découlant de la diversité de leur situation et concevoir des réformes tenant compte des circonstances qui leur sont propres.

En ce qui concerne la réforme du mécanisme de règlement des revendications territoriales, le problème de la diversité soulève une autre difficulté, propre celle-là aux Premières Nations. En effet, dans les régions visées par des traités numérotés, les chefs des Premières Nations ont, à maintes reprises, réaffirmé la nécessité d'établir un mécanisme distinct qui viserait à permettre, cas par cas, la mise en oeuvre des traités existants et le règlement des griefs des intéressés. Un tel mécanisme pourrait bien être la solution à long terme. D'ailleurs, cette solution ne devrait pas être écartée en faveur d'un mécanisme de règlement des différends visant une question spécifique, les revendications territoriales, par exemple. Toutefois, pendant qu'une telle solution serait examinée, il pourrait s'avérer

⁴ On en a pour exemple les conflits territoriaux entre Dénés et Inuit lors de la ratification de l'accord final sur le Nunavut.

nécessaire d'appliquer, ne serait-ce qu'à titre provisoire, des mécanismes visant des questions particulières, par exemple en ce qui concerne les revendications territoriales, vu l'urgence des besoins dans ce domaine. Il va de soi que la décision de recourir à un mécanisme ou à un autre devrait être prise par les chefs des Premières Nations, de concert avec les membres de ces collectivités. De plus, aucune Première Nation ne devrait être contrainte d'accepter quelque mécanisme que ce soit sans avoir pu examiner toutes les solutions qui s'offrent à elle et avoir donné son consentement éclairé. Ce qui est important, à ce stade-ci, c'est de bien comprendre qu'il est essentiel de réaliser l'engagement qui a été pris et de réviser les politiques et les procédures relatives aux revendications territoriales, et de procéder à cette révision dans le cadre de changements plus vastes. Ces changements sont exposés en détail dans la partie du programme du Parti libéral du Canada portant sur la réforme des politiques touchant les questions autochtones, notamment les traités.

Un autre fait important en ce qui concerne la refonte du mécanisme de règlement des revendications territoriales est la régionalisation accrue de ce processus. L'établissement de mécanismes particuliers en Ontario et en Colombie-Britannique est un fait nouveau d'importance, qu'il convient d'analyser en profondeur. Les changements survenus au Manitoba pourraient amener l'établissement de mécanismes régionaux à l'égard des questions foncières intéressant les Premières Nations de cette province. Dans une certaine mesure, toutefois, ces faits nouveaux dans les provinces résultent de l'échec des mécanismes nationaux de règlement des revendications territoriales. La position du gouvernement fédéral dans le cadre de ces mécanismes régionaux ne manque pas de soulever certaines préoccupations. Il convient donc que les progrès réalisés en matière de politiques à l'échelle provinciale soient pris en considération dans le projet de réforme du mécanisme national de règlement des revendications territoriales et inversement. Même si les pressions exercées en vue d'un changement découlent d'une profonde insatisfaction des régions à l'égard des politiques actuelles, cette situation ne fait pas obstacle à une réforme à l'échelle nationale.

Le présent document est, à dessein, bref et ne se veut d'aucune façon un examen exhaustif de la politique des revendications territoriales ou du programme de réforme du mécanisme de règlement de ces revendications. On y soulève davantage de questions qu'on en analyse, et aucune «réponse» définitive n'y est proposée. Les réponses aux questions qui se posent ou les solutions à la mise en oeuvre de la réforme du mécanisme de règlement des revendications territoriales doivent être le fruit d'efforts conjoints des peuples autochtones et du gouvernement, réunis à une table commune. Dans le présent document, nous examinons certaines solutions, mais les décisions relatives à la mise en oeuvre d'une mesure ou d'une autre doivent découler de l'application d'un mécanisme conçu et géré conjointement à cette fin. En d'autres termes, le présent document vise à amorcer un dialogue sur la réforme, et c'est aux dirigeants des Premières Nations et du gouvernement qu'il appartient d'imprimer la direction qu'il prendra.

INTRODUCTION

La plate-forme électorale du Parti libéral du Canada, *Pour la création d'emplois. Pour la relance économique*, renferme d'importants engagements visant à réorienter les rapports du gouvernement fédéral avec les peuples autochtones⁵. Depuis son élection, en octobre 1993, le gouvernement libéral a, à maintes reprises, réaffirmé sa volonté de renouveler et d'améliorer ses rapports avec les Premières Nations⁶. L'un des aspects fondamentaux de cette plate-forme concerne le règlement des différends portant sur les terres et les ressources naturelles. Il est possible d'affirmer que ces différends représentent les échecs les plus persistants de la politique de la Couronne sur la question, ceux qui ont causé le plus d'amertume. Ce n'est que depuis 1973 que le gouvernement fédéral s'est dit prêt à régler les différends relatifs aux terres et aux ressources naturelles, et cette ouverture est le résultat de décisions judiciaires⁷.

Même si, au cours des 20 dernières années, on a largement convenu des lacunes des politiques et des procédures existantes en matière de revendications territoriales⁸, les progrès en ce qui concerne les attitudes et les stratégies de règlement des différends ont

⁵ Le Parti libéral du Canada : *Pour la création d'emplois / Pour la relance économique* [Livre rouge] (Ottawa, 1993) [ci-après «Pour la création d'emplois»] et *Les peuples autochtones du Canada* (Ottawa, septembre 1993) [ci-après «Les peuples autochtones»].

⁶ Dans le document en question, on utilise l'expression «peuples autochtones» pour désigner collectivement les Premières Nations, les Métis et les Inuit. On utilise indifféremment les expressions «Premières Nations» et «Indiens». (On utilise également la dernière expression lorsque l'usage l'impose.) J'utiliserai l'expression Premières Nations dans l'ensemble du document étant donné qu'il porte précisément sur les mécanismes liés au règlement des revendications territoriales. (Voir l'explication qui figure dans la préface).

⁷ On songe particulièrement à la reconnaissance du titre ancestral dans *Calder c. Procureur général de la C.-B.* [1973], R.C.S. 313, qui a conduit à l'élaboration d'une politique fédérale à l'égard des revendications territoriales.

⁸ En ce qui concerne la réforme de la politique à l'égard des revendications territoriales, il y a eu un grand nombre d'études, de propositions et de rapports, notamment *Traité en vigueur, ententes durables : rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales* (ministère des Affaires indiennes et du Nord, Ottawa, Approvisionnement et services, décembre 1985); *Les droits des autochtones au Canada : Du défi à l'action* (Rapport du Comité spécial de l'Association du Barreau canadien, Ottawa, 1988); *Document de travail traitant des revendications territoriales des Premières Nations* (Commission sur les Indiens de l'Ontario, Toronto, 1990); *Resolution of Issues Involving First Nations and Governments: An Ontario Experience*, par Roberta Jamieson (document de travail préparé pour le Comité spécial de la justice autochtone de l'Association du Barreau canadien, 1988); *Planning for Fairness: An Evaluation of the Canadian Native Claims Settlement Process*, par Karen Leghorn, documents de planification de l'UBC (School of Community and Regional Planning, Vancouver, août 1985); «Dispute Resolution Mechanisms in the Resolution of Comprehensive Land Claims: Power Imbalance between Aboriginal Claimants and Governments», par Andrea McCallum, (document de travail préparé pour la Commission royale sur les peuples autochtones) mai 1993; et «Analysis of Canada's Comprehensive Claims Policies and Suggested Alternatives», par Morris, Rose et Ledgett (document de travail préparé pour la Commission royale sur les peuples autochtones), avril 1994. Pour d'autres sources, voir la bibliographie se trouvant à la fin du présent document.

été lents à venir. Les politiques du gouvernement fédéral concernant les revendications globales et particulières⁹ visent clairement à régler les différends portant sur les terres et les ressources naturelles ainsi que certains griefs connexes. Toutefois, ces politiques souffrent de nombreuses lacunes qui seront examinées dans le présent document et qui nous amèneront à nous demander s'il sera vraiment suffisant d'apporter quelques changements mineurs pour les corriger. Même si ces politiques prévoient un processus de négociation pour le règlement des revendications, nous avons assisté, au cours des 20 dernières années, à une augmentation massive du nombre de litiges à cet égard, et ce même si pratiquement tous les intervenants s'entendent pour dire que le recours aux tribunaux n'est pas le meilleur moyen pour régler les différends territoriaux. L'augmentation du nombre de litiges, qui est une conséquence du caractère inadéquat du mécanisme de règlement des revendications territoriales, a eu pour effet d'exacerber l'attitude antagoniste avec laquelle la Couronne et les Premières Nations abordent l'examen de ces différends. Il semble bien que le climat d'antagonisme et d'hostilité qui caractérise les relations entre les Premières Nations et le gouvernement fédéral empirera. La seule façon de corriger la situation est de réviser les politiques fédérales en matière de revendications territoriales et d'établir un mécanisme approprié et efficace de règlement des différends qui opposent les deux parties relativement aux terres et aux ressources naturelles.

La littérature sur les revendications ainsi que les positions adoptées par les dirigeants des Premières Nations sur la question appuient la création d'un mécanisme de règlement des différends indépendant du gouvernement, établi conjointement par celui-ci et par les Premières Nations, un mécanisme rapide qui offrirait toutes les garanties d'équité sur les plans de la procédure et du fond. Il devrait en outre garantir que le gouvernement fédéral respectera intégralement ses obligations de fiduciaire à toutes les étapes de la procédure, et même après que les différends auront été réglés. Enfin, les peuples autochtones ne devraient pas être tenus, dans le cadre de l'application de ce mécanisme, de rompre les liens historiques et spirituels qui les rattachent à leurs territoires traditionnels. Il existe un fossé immense entre cette vision des choses et les mécanismes existants.

Le seul progrès notable réalisé à l'échelle nationale en ce qui concerne les politiques relatives aux revendications territoriales a été la création, en 1991, de la Commission des revendications des Indiens¹⁰, qui a été chargée des différends touchant les revendications particulières¹¹. Rappelons que le gouvernement fédéral divise les revendications territoriales en trois catégories : les revendications particulières, les revendications globales et les revendications dites «spéciales». Comme ces trois types de revendications n'ont pas été définies de façon précise, on reproche à cette catégorisation d'être arbitraire et inapplicable en pratique. Les revendications particulières sont, dit-on, fondées sur les traités et sur l'application de *Loi sur les Indiens* (c'est-à-dire qu'elles concernent les terres de

⁹ Les politiques figurent dans *Dossier en souffrance* (voir la note 3), et dans *Traités en vigueur, ententes durables* (voir la note 8).

¹⁰ Établie en vertu du décret C.P. 1991-1329, modifié par le décret C.P. 1992-1730.

¹¹ Voir Rapport annuel 1991-1994 de la Commission des revendications des Indiens, Ottawa [1994].

réserve, la cession de ces terres et d'autres situations du genre). Les revendications globales sont fondées sur le fait que les Autochtones occupent et utilisent traditionnellement les terres visées (droit de propriété). Quant aux «revendications spéciales», elles reposent sur l'occupation et l'utilisation traditionnelles (droit de propriété) des terres visées par les Premières Nations qui ont conclu des traités (traités antérieurs à la Confédération) dont les conditions ne portent pas explicitement sur des terres. La Commission des revendications des Indiens a été établie pour s'occuper des revendications particulières, qui comptent pour la majorité des revendications présentées au gouvernement fédéral¹².

Même si la nouvelle commission a laissé entrevoir des perspectives intéressantes en ce qui concerne l'examen des différends, elle souffre d'importantes limites d'ordre institutionnel du fait que les politiques qui balisent son cadre d'action sont jugées peu propices au règlement des revendications¹³. De plus, au terme des enquêtes qu'elle a réalisées jusqu'à maintenant, elle a formulé des recommandations solides et bien étoffées qui ont été présentées au gouvernement pour que des mesures soient prises. Malheureusement, le gouvernement fédéral n'a toujours pas donné suite à ces recommandations et, comme il n'est d'aucune façon tenu de le faire, son inaction remet en cause la raison d'être même de ce mécanisme d'enquête*. Cette situation a amené de nombreuses personnes à se demander si, vu son mandat actuel, la Commission était en mesure de régler les différends concernant les revendications, puisqu'elle ne dispose que du pouvoir de formuler au gouvernement des recommandations qui n'ont par ailleurs aucun caractère obligatoire¹⁴. L'autre fait nouveau important, quoique à l'échelle provinciale plutôt que nationale, a été la création, en 1992, de la *British Columbia Treaty Commission* qui a été chargée d'examiner les revendications globales dans la province¹⁵.

Cette commission est une mesure qui a été prise par les Premières Nations, le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial par suite de la reconnaissance, par la Colombie-Britannique, en 1990, de l'existence de droits territoriaux ancestraux. Depuis 1992, la commission, qu'on est encore à former, n'a pas encore entamé de négociations.

¹² En février 1993, des 578 revendications particulières présentées depuis 1973 seulement 44 avaient été réglées (Parti libéral du Canada, *Les peuples autochtones du Canada* (voir la note 5), p. 11).

¹³ L'Assemblée des Premières Nations, dans sa critique des politiques fédérales à l'égard des revendications territoriales («AFN's Critique of Federal Claims Policy», 21 août 1990), a déclaré ce qui suit :

[Traduction]

En résumé, la politique des revendications particulières du gouvernement fédéral est inadéquate à presque tous points de vue. Les critères et les mécanismes auxquels elle fait appel, de même que les coûts qui y sont associés, se sont traduits par un très petit nombre de règlements, ce qui a incité certaines Premières nations à ne plus y voir un mécanisme valable pouvant permettre de régler leurs doléances. De nombreuses autres, qui se trouvent à un stade ou à un autre du processus, en ont eu assez d'attendre que des progrès soient réalisés, même à l'égard de revendications relativement mineures.

¹⁴ On trouvera ci-dessous un examen plus complet de la Commission des revendications des Indiens.

¹⁵ Établie à la suite du *Report of the British Columbia Task Force* (Vancouver, Imprimeur de la Reine, le 28 juin 1991).

* Note de l'éditeur : Depuis que M^e Turpel a rédigé le présent document, le gouvernement a réagi à plusieurs rapports déposés par la Commission (voir p. 22, note 37).

Même si un groupe trilatéral (Premières Nations, gouvernement fédéral et gouvernement provincial) a dirigé sa création et l'établissement d'un protocole régissant sa procédure et les négociations, la commission travaille dans le cadre établi par la politique nationale. Bon nombre de progrès encourageants ont découlé des travaux du groupe trilatéral, par exemple la nomination de commissaires autochtones et non autochtones. Au moment où nous avons écrit ces lignes, environ 40 revendications avaient été présentées en vue de la tenue de négociations, mais aucune décision n'avait encore été prise quant à l'ordre de priorité de leur examen. Toutefois, il semble probable que, dès que s'amorceront des négociations, on verra surgir des différends susceptibles d'aboutir aux mêmes impasses que ceux faisant l'objet, dans d'autres régions du pays, de négociations en vertu des politiques existantes (p. ex. différends sur la question de l'extinction des droits ou sur le règlement des conflits par un décideur indépendant). Étant donné que la commission est un mécanisme nouveau, encore en voie de formation, il est difficile d'évaluer les progrès réalisés à ce jour. Il reste encore à voir si les politiques nationales continueront ou non d'influer sur le processus des revendications territoriales en Colombie-Britannique et si cette situation aura des répercussions sur les progrès qui seront accomplis une fois que les négociations auront débuté. Cette réserve ne vise toutefois pas à minimiser de quelque façon que ce soit le progrès qu'a constitué l'établissement d'un organisme régional chargé de faire avancer les négociations. Cette initiative de la Colombie-Britannique en ce qui concerne les revendications globales est importante, et les changements apportés aux politiques nationales devraient intégrer les progrès réalisés dans cette province. Cependant, il est évident qu'une refonte plus globale des politiques nationales est nécessaire pour faire en sorte, d'une part, que la politique et la procédure nationales soient conformes aux engagements pris par le gouvernement fédéral et, d'autre part, que ces engagements soient intégrés aux mécanismes régionaux existants telle que la *British Columbia Treaty Commission*.

Les changements proposés à la politique des revendications territoriales par le Parti libéral du Canada trouvent appui dans de bon nombre d'études, de rapports et d'articles publiés au cours des 10 dernières années. Le présent document s'attachera principalement aux questions touchant le processus des revendications territoriales et aux moyens de résoudre les différends qui existent en ce qui concerne les conditions de recevabilité des revendications globales et particulières en vue de la tenue de négociations, les négociations elles-mêmes et la mise en oeuvre des ententes de règlement. Cependant, le cadre établi par les politiques fondamentales ne peut être dissocié des questions touchant le processus et le règlement des différends. D'ailleurs, l'expérience de la Commission des revendications des Indiens semble renforcer ce point : il est possible qu'une simple réforme institutionnelle du processus – non accompagnée d'une réforme des politiques relatives aux critères de recevabilité des revendications, au financement et aux lignes directrices applicables au déroulement des négociations – puisse temporairement tenir le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) à l'écart des conflits, mais elle ne saurait les régler. La Commission a déjà commencé à établir sa crédibilité dans l'examen des différends dossiers et le fait qu'elle privilégie les mécanismes de règlement extrajudiciaires est un signe encourageant. Je suis d'avis que la réforme du processus contribue concrètement

à la révision des assises des politiques en fournissant l'occasion d'apprécier, dans des situations données, le caractère équitable de ces politiques et l'application des critères fondamentaux. À titre d'exemple, un comité de la Commission des revendications des Indiens a été appelé, dans le cadre de son enquête concernant la plainte présentée par les Denesulines d'Athabasca¹⁶ relativement à leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage issus de traité, à se demander si la politique des revendications particulières s'appliquait à des revendications fondées sur une atteinte à des activités de chasse, de pêche et de piégeage prévues par traité. Le fédéral prétendait que les droits de prédation ne peuvent faire l'objet d'une enquête par la Commission que si on peut faire la preuve de violations précises (autrement dit, la Commission n'a pas de pouvoir déclaratoire). Le comité responsable de l'enquête a statué que la politique visait les activités de prédation et que les griefs des intéressés à l'égard de tels droits pouvaient faire l'objet d'une revendication particulière. On constate que cette décision, rendue dans le cadre du processus, a permis de préciser un aspect litigieux de la politique. En d'autres mots, un processus adéquat permettra de résoudre les problèmes de fond que soulèvent les politiques. Même si nous accorderons une certaine attention à des questions de fond et de politiques dans le présent document, il convient de signaler que nous n'entendons pas y faire un examen approfondi de la question de l'extinction des droits et d'autres problèmes de fond litigieux¹⁷.

Notre étude est divisée en quatre parties. Premièrement, nous examinons l'engagement qu'a pris le gouvernement fédéral (le Parti libéral du Canada) de réformer les politiques concernant les revendications territoriales à l'échelle nationale, et nous donnons un aperçu des politiques et des institutions existantes. Deuxièmement, nous analysons la question des obligations de fiduciaire et les raisons pour lesquelles le respect intégral de ces obligations est un facteur qui devrait guider les discussions en vue de la mise en oeuvre de vastes réformes dans le domaine foncier. Troisièmement, nous examinons diverses solutions en vue de la révision du processus de règlement des revendications, en indiquant de manière plus particulière en quoi la Commission des revendications des Indiens pourrait constituer une des pierres d'assise de la réforme. Quatrièmement, nous examinons la nécessité d'établir un mécanisme de transition pour faire en sorte que s'amorce le dialogue sur la réforme du processus des revendications et qu'on tienne compte des autres engagements pris par le gouvernement envers les peuples autochtones, par exemple l'engagement de concrétiser leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

¹⁶ [1994] ACRI 175.

¹⁷ P. Joffe et M.E. Turpel, *Extinguishment of the Rights of Aboriginal Peoples: Problems and Alternatives*, 3 vol. (Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, le 17 novembre 1994).

EXAMEN DES ENGAGEMENTS DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Le Parti libéral du Canada a préparé un énoncé de politique détaillé sur les questions touchant les peuples autochtones¹⁸. Dans cette plate-forme, on parle carrément de refonte de la politique fédérale des revendications territoriales. D'ailleurs, les engagements pris à cet égard méritent un examen attentif, car ils représentent les éléments d'un programme de réforme qui marque un profond virage par rapport aux politiques et pratiques existantes. Qui plus est, même si des engagements très précis ont été pris, un examen plus approfondi des propositions concernant les terres et les ressources naturelles est nécessaire afin d'établir un plan d'action détaillé en vue de leur mise en oeuvre. Depuis qu'ils forment le nouveau gouvernement du Canada¹⁹, les ministres libéraux ont proposé la réalisation avec les Premières Nations de certaines «expériences à l'échelle locale ou régionales»²⁰. Cependant, ni les Premières Nations ni le gouvernement du Canada n'ont encore élaboré de plan concret de mise en oeuvre des engagements concernant les revendications territoriales. À l'heure actuelle, on se trouve dans une situation plutôt singulière en ce qui concerne les politiques et pratiques en matière de revendications territoriales : même si des engagements de réforme ont effectivement été formulés, les discussions en vue de leur mise en oeuvre n'ont pas encore commencé. Par conséquent, les revendications continuent d'être examinées comme si ces engagements n'avaient pas été pris, et la frustration monte.

Dans le présent document, nous avons accepté, sans réserve, l'engagement du gouvernement du Canada d'établir de nouveaux rapports avec les peuples autochtones et, de façon plus particulière, sa proposition de procéder à une refonte complète de la politique fédérale des revendications territoriales. Même si, sur le fond, les engagements du gouvernement fédéral à cet égard ne sont pas nouveaux et qu'ils trouvent un appui considérable dans la littérature pertinente²¹, le fait que le gouvernement libéral se soit engagé

¹⁸ *Les peuples autochtones* (voir la note 5).

¹⁹ Même si le programme politique visé dans la présente partie est celui du Parti libéral du Canada, je ferai indifféremment référence au Gouvernement du Canada et au Parti libéral du Canada, puisque le Gouvernement du Canada a confirmé à de nombreuses reprises son intention de donner suite à la mise en oeuvre de ce programme.

²⁰ L'entente conclue entre le ministre des Affaires indiennes et l'Assemblée des chefs du Manitoba, en vertu de laquelle il a été convenu de réduire la taille du ministère des Affaires indiennes dans cette province, constitue probablement la plus ambitieuse proposition régionale annoncée jusqu'à maintenant. L'entente-cadre a été signée le 7 décembre 1994.

²¹ Canada, *Traités en vigueur, ententes durables*, note 2; Association du Barreau canadien, *Les droits des autochtones au Canada : Du défi à l'action*; Comité des chefs sur les revendications, *Présentation des Premières Nations*, Ottawa, Assemblée des Premières Nations, le 14 décembre 1990, repris à [1994] ACRI 203. Pour d'autres sources générales, voir la bibliographie ci-dessous.

à effectuer une réforme fondamentale des politiques en la matière, pour tenir compte des critiques formulées depuis longtemps à leur égard, est un événement qui vaut d'être signalé, et nous devons y voir une ouverture sincère et sérieuse en faveur du changement. Nous allons, dès le départ, décrire clairement ces engagements afin d'être en mesure de faire état de toute dérogation récente à ceux-ci. Par ailleurs, il importe de souligner que, en l'absence de progrès sur les questions relatives aux revendications territoriales, la sincérité des engagements du nouveau gouvernement ne tardera pas à être mise en doute.

Les engagements touchant la réforme du processus des revendications territoriales peuvent être divisés en trois grandes catégories : premièrement, les engagements qui découlent de l'objectif global, de la décision politique concernant la réforme de la politique fédérale à l'égard des questions autochtones de façon générale, notamment en vue de mettre en oeuvre la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et de favoriser l'indépendance économique; deuxièmement, les propositions spécifiques touchant la réforme de la politique des revendications territoriales, y compris sur des questions de fond et de procédure, par exemple la redéfinition de la notion de revendication et l'établissement d'un mécanisme indépendant visant à faciliter le règlement des différends; et, troisièmement, l'engagement du gouvernement fédéral de travailler en étroite collaboration avec les gouvernements provinciaux, puisque ce sont eux qui ont compétence sur les terres et les ressources naturelles situées sur leur territoire, autrement dit, l'engagement concernant les relations intergouvernementales. Nous décrirons tour à tour chacune de ces grandes catégories afin de tracer un portrait clair des engagements sur lesquels porte notre étude. De cette façon, nous serons à même d'évaluer les problèmes que pose la mise en oeuvre de ces engagements et les moyens qui pourraient être utilisés à cette fin.

OBJECTIFS PLUS LARGES DE LA RÉFORME DE LA POLITIQUE FÉDÉRALE CONCERNANT LES REVENDICATIONS

L'engagement du gouvernement fédéral de réformer la politique des revendications territoriales repose sur deux objectifs fondamentaux : l'autonomie gouvernementale et l'indépendance économique. Au cours des dernières décennies, le processus des revendications territoriales a rendu difficile la réalisation de progrès à l'égard de ces deux objectifs. Le Parti libéral s'est engagé à travailler à la concrétisation de ces objectifs et a exprimé, dans les termes suivants, le rapport qui existe entre l'avancement du dossier des revendications territoriales et la réalisation des objectifs susmentionnés :

Dans sa plate-forme électorale, *Pour la création d'emplois. Pour la relance économique. Le plan d'action libéral pour le Canada*, le Parti libéral s'engage à prendre des initiatives, en collaboration avec les autochtones, en faveur du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale au sein du Canada. De fait un gouvernement libéral mettra de l'avant des initiatives qui stimulent le développement des collectivités autochtones et jettent les bases d'une économie saine²².

²² *Les peuples autochtones du Canada* (voir la note 5), p. 2.

Le règlement des revendications territoriales est essentiel à l'épanouissement économique et politique des Premières Nations, car le système des réserves n'a jamais su pourvoir adéquatement à leurs besoins économiques et sociaux, et il n'a certes pas été établi dans le respect de leurs droits fonciers.

Le règlement des revendications territoriales est également une condition essentielle, d'une part, à la réalisation de progrès en ce qui concerne le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, et, d'autre part, à l'établissement, entre les Premières Nations et le gouvernement fédéral, de rapports fondés sur un degré plus grand de confiance et de respect mutuel. Tant et aussi longtemps que les revendications territoriales des Premières Nations n'auront pas été réglées, il est difficile d'envisager des progrès dans la concrétisation de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Si on ne règle pas les différends qui existent à cet égard, la compétence territoriale des gouvernements des Premières Nations continuera d'être une source de friction, aussi bien dans les rapports entre les gouvernements que dans les pourparlers sur la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale.

[Traduction]

Une définition claire des droits des Premières Nations en ce qui a trait aux terres et aux ressources naturelles est une condition essentielle à la réussite de l'autonomie gouvernementale à long terme. Mais la détermination, avec certitude, des divers droits en jeu, notamment les droits de propriété, est également importante pour les Canadiens non autochtones et les gouvernements puisqu'elle favorisera le développement économique et contribuera à remettre les Canadiens au travail²³.

Il est possible de prétendre qu'en l'absence de progrès au chapitre des revendications territoriales tous les autres aspects de la plate-forme du Parti libéral seront remis en question. Le Parti l'a d'ailleurs lui-même reconnu :

Pour être autonomes et assurer leur développement économique, les autochtones doivent pouvoir exploiter les terres et le sous-sol. C'est pourquoi un gouvernement libéral s'engage à rendre le règlement des revendications territoriales plus équitable, plus efficace et moins coûteux²⁴.

La restitution aux peuples autochtones de terres et de ressources qui leur permettront de s'épanouir, par le règlement équitable de leurs revendications territoriales, est la clé de la réussite économique et culturelle à long terme de l'autonomie gouvernementale. La dépossession des territoires ancestraux est à la racine des malaises et des iniquités socio-économiques que l'on retrouve chez les peuples autochtones au Canada²⁵.

²³ Le ministre des Affaires indiennes Ron. Irwin, discours prononcé dans le cadre d'un atelier de l'Association du Barreau canadien, le 12 février 1994, à Halifax. (Inédit).

²⁴ *Les peuples autochtones* (voir la note 5), p. 2.

²⁵ *Id.*, p. 11.

La reconnaissance du fait que la remise aux sociétés autochtones de leurs terres et de leurs ressources naturelles est une condition essentielle à la réussite, à long terme, de l'autonomie gouvernementale est un facteur important puisqu'il est fondé sur la reconnaissance des droits des Autochtones. Le cadre établi par les politiques fédérales actuelles repose sur une prémisse plutôt singulière. En effet, comme ces politiques nient d'entrée de jeu l'existence de tous droits territoriaux, le fédéral négocie en adoptant une attitude de magnanimité plutôt qu'en considérant comme acquis que les Autochtones ont des droits à l'égard des territoires qu'ils revendiquent. Ce qui rend la situation par ailleurs paradoxale, c'est que même si la politique fédérale des revendications territoriales repose sur le principe que les requérants n'ont, au départ, aucun droit que ce soit, elle exige néanmoins de ceux-ci qu'ils consentent à l'extinction de tous les droits qui pourraient exister. La nouvelle attitude en ce qui concerne la reconnaissance des droits, l'indépendance économique et l'autonomie gouvernementale marque un virage important et opportun par rapport aux politiques existantes.

Le fait de considérer le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale comme un objectif de la politique générale est un facteur important dans le cadre de la réforme du processus des revendications, car la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale commande un partage des pouvoirs en ce qui concerne l'élaboration des politiques et la création des nouvelles institutions chargées de régler les différends. Par le passé, les politiques et les mécanismes ont été établis par le gouvernement fédéral, de manière unilatérale, et on n'a peu ou pas sollicité la participation et le consentement des Premières Nations à cet égard. Il est essentiel, dans le cadre de l'autonomie gouvernementale, que les Premières Nations participent et consentent aux décisions qui les touchent, et ce à tous les paliers. Il s'ensuit que, à l'instar de la *British Columbia Treaty Commission*, les nouvelles institutions devraient être formées de représentants (gouvernementaux) des Premières Nations et des non-Autochtones et tenir compte des valeurs de chaque groupe. L'ancienne attitude, qui consistait à imposer des politiques ainsi que le point de vue de la bureaucratie sur ce qui est juste ou réalisable, a été abandonnée au profit d'une approche fondée sur le partage des pouvoirs et le rétablissement de meilleures relations entre les Premières Nations et les gouvernements. Il s'agit là d'un virage opportun, qui contribuera à l'élaboration d'une politique des revendications territoriales fondée sur le l'équité et le respect mutuel.

DÉTAIL DE LA PLATE-FORME PROPOSITIONS TOUCHANT LE FOND ET LA PROCÉDURE

Pour réaliser l'autonomie gouvernementale et l'indépendance économique, un virage politique important s'impose. Ce virage doit porter sur deux aspects interreliés de la politique actuelle des revendications territoriales. Premièrement, il faut procéder à une refonte des fondements de cette politique, par exemple en réexaminant les critères de recevabilité des revendications et la portée des négociations (devrait-on, par exemple, ajouter à la liste des sujets faisant l'objet des négociations les questions relatives aux champs de compétence des gouvernements autonomes). Deuxièmement, il faut établir un nouveau mécanisme

propre à assurer et la mise en oeuvre de la politique et le règlement des différends à toutes les étapes du processus, autant avant qu'une décision soit rendue sur la recevabilité des revendications qu'après qu'un accord a été conclu. En effet, la politique actuelle ne comporte pas de procédure d'appel ni de mécanisme de règlement de différends (exception faite de la Commission des revendications des Indiens), et un petit nombre seulement des mesures qui sont propres à garantir le respect de la justice fondamentale et de l'équité et qu'on semble désormais considérer comme des exigences du droit canadien lorsque des décisions gouvernementales ont des conséquences importantes sur les droits des intéressés, notamment les droits de propriété. Le Parti libéral du Canada a proposé des réformes importantes à l'égard des deux aspects en question.

Le premier engagement porte sur le fond de la politique. Le gouvernement fédéral a expressément déclaré que les mécanismes de règlement des revendications territoriales ne reposeront plus sur le principe de l'extinction globale des droits ancestraux et issus de traités et que, en outre, on examinera la possibilité de recourir à d'autres moyens n'ayant pas pour effet d'obliger les peuples autochtones à rompre les liens historiques qu'ils entretiennent avec les terres.

Les négociations ont été difficiles en partie à cause des objections opposées par les peuples autochtones concernant certains aspects de la politique actuelle – en particulier l'extinction des droits – et de la réticence de l'État fédéral à négocier l'autonomie gouvernementale dans le cadre des revendications. Elles ont été indûment retardées, d'où l'endettement énorme des requérants. Les problèmes liés à la mise en oeuvre de certaines ententes sur les revendications territoriales sont une autre raison de revoir la politique actuelle. [...] En vertu de la Constitution canadienne qui «reconnait et affirme [*sic*]» dorénavant les droits ancestraux et issus de traités des autochtones, le gouvernement libéral supprimera l'obligation de renonciation dans le cas des revendications fondées sur les droits territoriaux [*sic*]²⁶.

Sur la foi de cette déclaration, on peut considérer comme acquis que le principe de l'extinction globale sera écarté. Voilà qui pourrait permettre des progrès importants, puisque l'application de cette exigence a eu pour effet d'empêcher bon nombre de Premières Nations d'entamer ou de poursuivre des négociations concernant des revendications, ou encore de conclure un accord. En effet, les Premières Nations jugent inacceptable, sur le plan culturel, le principe de l'extinction des droits, qu'elles considèrent par ailleurs comme une obligation de renoncer aux rapports uniques qu'elles entretiennent avec leurs territoires traditionnels.

La deuxième proposition, qui touche à la fois le fond et la procédure de la politique existante, est l'engagement du gouvernement d'éliminer la distinction entre revendications particulières et revendications globales.

²⁶ *Ibid.*, p. 12.

La distinction artificielle entre les revendications particulières et les revendications globales, que l'on retrouve dans les politiques actuelles, a fait l'objet de nombreuses critiques. En lieu et place, nous proposons une politique générale englobant toutes les revendications. Sous un gouvernement libéral, la négociation des revendications concernant les droits ancestraux et issus des traités pourrait inclure le droit à l'autonomie gouvernementale²⁷.

Même si la déclaration est muette à l'égard de la mystérieuse catégorie des «revendications spéciales», il semble logique de penser que toutes les revendications seraient visées par une seule et même politique générale et qu'il ne serait plus nécessaire, pour que des négociations puissent avoir lieu, d'établir qu'une revendications relève d'une catégorie bureaucratique ou d'une autre.

La troisième proposition concerne le fond de la politique des revendications. Dans sa plate-forme, le Parti libéral reconnaît que la politique actuelle n'a pas subi de modifications importantes depuis 1980 et qu'il est nécessaire d'établir une nouvelle politique et une nouvelle procédure pour tenir compte des faits nouveaux survenus par suite de litiges soumis aux tribunaux, litiges dont certains découlaient de l'inefficacité du processus des revendications.

Il est indispensable aujourd'hui d'apporter des réformes en profondeur à ces procédures. Premièrement, elles n'ont pas suivi l'évolution politique et juridique des droits des autochtones et des droits issus des traités. Aucune modification profonde n'a été apportée à la politique fédérale sur les revendications depuis la révision effectuée par le gouvernement libéral en 1980. Depuis, pourtant, nous avons été témoins d'importantes réalisations juridiques et politiques. En avril 1982, les droits des autochtones [sic] et les droits issus des traités ont été reconnus et inscrits à l'article 35 de la loi constitutionnelle de 1982. De plus, la Cour suprême du Canada a rendu au moins cinq arrêts importants [...] Tous ces arrêts traitent de la question des revendications²⁸.

Le Parti libéral du Canada a reconnu que le mécanisme de règlement des revendications territoriales n'est pas rapide et que le recours aux tribunaux pour régler les différends est cause de retards et de dépenses inutiles. Voilà pourquoi il propose que le gouvernement et les Premières Nations établissent conjointement une commission des revendications indépendante, qui assurerait un processus rapide et équitable et qui aurait pour effet d'éliminer la situation de conflit d'intérêts qui afflige le mécanisme actuel.

[L]es politiques actuelles n'ont pas permis de régler les revendications territoriales. [...] La lenteur de la procédure actuelle de règlement et les litiges qui découlent des impasses s'avèrent très onéreux. [...] Un gouvernement libéral établira une nouvelle procédure de règlement. Il créera une commission indépendante dont les missions seront établies en collaboration avec les peuples autochtones, et qui devra se pencher sur les revendications aussi

²⁷ *Ibid.*, p. 12.

²⁸ *Ibid.*, pp. 11-12.

bien particulières que globales. [...] La commission indépendante pourrait accélérer le règlement des revendications et réduire d'autant les coûts pour les représentants autochtones et l'État. [...] La procédure actuelle place également l'État dans une situation de conflit puisqu'il est à la fois juge et partie²⁹.

Il est malheureux que les Premières Nations aient dû recourir aux tribunaux en raison des lacunes du processus des revendications territoriales. Ce fait est important, car il devrait nous inciter à envisager d'autres moyens que les tribunaux pour régler les différends. C'est ici que l'expérience de la Commission des revendications des Indiens se révèle instructive.

Cette commission, composée de membres choisis d'un commun accord par les peuples autochtones et par les autorités fédérales, pourrait se voir confier les tâches suivantes : faire rapport à intervalles réguliers au Parlement; faciliter les négociations sur les revendications; établir des calendriers de négociation; élaborer des critères de validation des revendications; évaluer l'opportunité de clarifier ou de modifier les traités pour en respecter l'esprit; participer à la mise en oeuvre des ententes sur les revendications. [...] Cette commission ne remplacera pas les négociations directes entre les autorités fédérales et les autochtones, mais facilitera les négociations et les rendra plus équitables³⁰.

Il est essentiel, pour faire avancer les choses, de donner suite à la proposition de créer une commission indépendante qui ne remplacerait pas le mécanisme de négociation, mais aurait plutôt pour mission d'en contrôler le fonctionnement et de connaître des différends touchant tous les aspects des revendications (de la décision concernant la recevabilité d'une revendication à la mise en oeuvre du règlement intervenu). La prise d'un engagement en ce sens par le gouvernement était attendue depuis longtemps et vaut d'être appuyée.

PARTICIPATION DES PROVINCES

Depuis l'adoption de la politique fédérale des revendications en 1973, la participation des provinces au règlement des différends touchant les revendications territoriales constitue une question délicate.

La plupart des terres domaniales situées au sud du 60^e parallèle appartiennent aux provinces. Un gouvernement libéral incitera les provinces à faire droit aux demandes des autochtones concernant le sol et le sous-sol, notamment à négocier des accords sur le partage des recettes tirées de la mise en valeur des richesses naturelles. Nous encouragerons les autres pouvoirs publics et les peuples autochtones à conclure des accords prévoyant une gestion en commun³¹.

²⁹ *Ibid.*, pp. 12-13.

³⁰ *Ibid.*, p. 13.

³¹ *Pour la création d'emploi* (voir la note 5), p. 99.

Bon nombre de Premières Nations estiment que le transfert des terres et des ressources naturelles aux provinces prévu par l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que les conventions sur le transfert des ressources naturelles conclues avec les provinces des Prairies violent les traités qu'elles ont signés avec le gouvernement fédéral. En outre, certaines Premières Nations signataires de traités ne veulent pas d'un mécanisme tripartite de règlement des revendications territoriales, car elles craignent qu'une telle mesure compromette les rapports historiques qu'elles ont avec la Couronne. Le Parti libéral semble avoir, d'une certaine manière, éludé cette difficulté en proposant de faire participer, avec le consentement des Premières Nations concernées, les provinces touchées au règlement des griefs territoriaux, peut-être au moyen d'un mécanisme ou dans le cadre de négociations.

Il est essentiel que l'on continue d'examiner les deux aspects susmentionnés, à savoir la réforme touchant le fond de la politique et l'établissement de mécanismes de règlement des différends. Toutefois, dans le présent document, nous nous attacherons principalement aux mécanismes de médiation et de règlement des différends.

PROBLÈMES DÉCOULANT DES POLITIQUES ET MÉCANISMES ACTUELS CONCERNANT LES REVENDICATIONS TERRITORIALES

Il existe actuellement deux politiques en matière de revendications territoriales : la politique des revendications globales et celle des revendications particulières³². Toutes deux prévoient la tenue de négociations une fois que les revendications ont été jugées «recevables» par le gouvernement. Or, c'est le mécanisme de détermination de la recevabilité des revendications qui est la cause de nombreux différends, car le gouvernement a établi des critères généraux, qu'il interprète souvent de façon étroite et imprévisible. De plus, dans bon nombre de cas, il refuse de communiquer à la Première Nation requérante les motifs juridiques sur lesquels il s'appuie pour déclarer la revendication irrecevable, invoquant le fait qu'il s'agit d'un secret d'intérêt public. Les deux politiques ont été établies après que la Cour suprême du Canada a reconnu, dans l'arrêt *Calder*³³, en 1973, l'existence de la notion de titre ancestral. Le gouvernement fédéral a élaboré seul ces politiques et, à l'occasion, il les a révisées, mais sans que les Premières Nations y participent de façon notable³⁴.

La politique des revendications globales fonctionne ainsi : les requérants préparent un énoncé de leur revendication, appuyé de documents établissant qu'ils sont en mesure de satisfaire le critère servant à établir l'existence du titre ancestral sur les terres revendiquées. Les demandeurs doivent démontrer qu'ils constituent une société organisée,

³² Pour un aperçu du processus, qui n'a été que légèrement modifié, voir Ministère des Affaires indiennes et du Nord, Feuillet d'information du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien à propos de la politique des revendications territoriales, juillet 1990, et, plus récemment, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* (Ottawa, mars 1993).

³³ *Calder c. Procureur général de la C.-B.* (voir la note 7).

³⁴ À l'exception peut-être des revendications présentées à la Commission des revendications des Indiens; voir ci-dessous.

qu'ils occupent, de temps immémorial, le territoire visé, que l'occupation et l'utilisation de ce territoire ont été ininterrompues et que, pour l'exercice de leurs activités traditionnelles dans ce territoire, ils ont exclu de ce territoire les autres peuples autochtones. Pour satisfaire ces divers critères, les demandeurs doivent présenter une preuve documentaire considérable. D'ailleurs, dans certains cas, le fait d'exiger des requérants qu'ils fassent la preuve qu'ils occupent, de temps immémorial, les terres visées a quelque chose d'absurde, dans la mesure où l'information disponible sur les débuts de la période coloniale est fragmentaire et où la culture des demandeurs repose sur la tradition orale, d'autant plus que la preuve orale n'est pas admise dans le cadre du processus des revendications. Cette situation est particulièrement criante dans la région de l'Atlantique.

Si la revendication satisfait ces critères, elle est inscrite à la liste des revendications devant faire l'objet de négociations. Jusqu'à tout récemment, il n'y avait jamais plus de six revendications faisant l'objet de négociations en même temps. Même si cette limite n'existe plus, certains craignent encore l'ingérence politique dans l'établissement de l'ordre de priorité des négociations. On négocie ensuite une entente-cadre, fixant en détail le programme des négociations devant mener à la conclusion d'une entente de principe. Cette entente de principe devient finale lorsqu'une loi visant à lui donner effet a été adoptée par le Parlement. Le groupe qui a présenté la revendication doit toutefois avoir ratifié l'entente avant l'adoption de la loi visant à lui donner effet. Les droits prévus par l'entente peuvent être protégés par la Constitution en tant que droits issus de traités si le gouvernement fédéral accepte d'insérer dans l'entente et dans sa loi de mise en oeuvre une disposition indiquant que l'entente constitue un accord sur des revendications territoriales au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À titre d'exemple, mentionnons que le gouvernement fédéral n'a pas accordé ce statut aux récentes ententes concernant les revendications territoriales au Yukon³⁵.

Le processus des revendications particulières fonctionne de la même façon. Les demandes visées par ce mécanisme concernent l'administration de terres ou d'autres biens des Indiens ou encore le respect des dispositions de traités conclus avec les Premières Nations. Après avoir fait les recherches nécessaires concernant leur revendication, les requérants la présentent au ministère des Affaires indiennes, accompagnée de documents tendant à indiquer que le Ministère ou le Ministre a manqué à une obligation légale. Dans le cadre de ce processus, qui vise principalement les obligations légales, on encourage les requérants à présenter des arguments juridiques à l'étape de la détermination de la recevabilité de la revendication. Sur avis favorable du ministère de la Justice, la revendication est déclarée recevable et passe ensuite à l'étape des négociations. À cette étape, on discute notamment des fondements de la revendication («éclaircissement de la revendication») et des directives en matière de compensation.

³⁵ Peter Hogg et moi-même, nous nous demandons, dans *La mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones : aspects constitutionnels et questions de compétence* (à paraître dans la Revue du Barreau canadien en 1995), si cela empêche ces ententes d'être protégées par la Constitution à titre de droits ancestraux. Nous nous y proposons aussi de changer la politique de ne pas accorder aux ententes d'autonomie gouvernementale le statut de traité.

Il est impossible, dans un exposé sommaire du processus des revendications, de décrire, d'une manière qui rende justice aux requérants, tout le travail qu'exige la présentation d'une revendication. Dans les faits, ce processus n'est pas rapide et n'a pas su se gagner l'appui des requérants qui, en raison des lacunes du processus, continuent d'ailleurs à s'adresser en grand nombre aux tribunaux afin de régler les différends qui surgissent. Voici une brève description de certains des problèmes les plus notables qui affligent les politiques fédérales actuelles en matière de revendications³⁶.

- Les politiques en question ont été établies par le gouvernement fédéral, non pas de concert avec les Premières Nations, mais unilatéralement. Elles ont été modifiées sans le consentement des Premières Nations et sans que ces dernières participent à tout ou partie du processus de révision.
- Comme ces politiques sont fondées sur une présomption de non-existence des droits revendiqués et sur une analyse de la recevabilité ne reposant pas uniquement sur des critères jurisprudentiels, les requérants sont, dans certains cas, tenus de présenter, à grands frais, des mémoires plus détaillés que ceux qu'exigeraient les tribunaux.
- L'objectif premier du gouvernement fédéral est d'éteindre les droits ancestraux et issus de traités visant des terres et des ressources naturelles.
- La recevabilité des demandes est déterminée à partir de décisions prises par des fonctionnaires du ministère des Affaires indiennes, la partie même qui négociera pour le compte de la Couronne, dans le but de limiter les droits susceptibles d'être reconnus. Cette situation ne manque pas de soulever d'importantes questions en matière de conflit d'intérêts.
- L'approbation des mandats de négociation exige non seulement un temps démesuré, mais donne aussi lieu à d'interminables querelles.
- La plupart des griefs relatifs aux droits issus de traités, par exemple en ce qui concerne la chasse, le piégeage ou la taxation, ne peuvent être examinés dans le cadre du mécanisme de règlement des revendications particulières, en raison du caractère étroit des critères de recevabilité et de la façon dont ces critères sont appliqués par les fonctionnaires fédéraux.
- L'étape de l'éclaircissement du bien-fondé juridique des revendications est à ce point ardu, en raison de l'interprétation restrictive que donnent les fonctionnaires fédéraux des droits ancestraux et issus de traités, que les requérants s'en tireraient mieux devant les tribunaux.

³⁶ L'Assemblée des Premières Nations a préparé trois documents qui présentent en détail les critiques formulées contre les politiques à l'égard des revendications territoriales : *AFN's Critique of Federal Government Land Claims Policies*, note 13; *Doublespeak of the 90's: A Comparison of Federal Government and First Nation Perceptions of Land Claims Process*, (Ottawa, Assemblée des Premières Nations, août 1990); et *Land Claims Reform Process: Towards an Adequate First Nation Land and Resource Base* (Ottawa, Assemblée des Premières Nations, août 1994).

- Les montants en jeu dans les revendications particulières sont «réévalués à la baisse» par les fonctionnaires fédéraux, en fonction des chances de succès de la Couronne devant les tribunaux, ce qui a pour effet de réduire le montant des indemnités qui sont accordées en bout de ligne.
- Dans le cours des négociations, diverses tactiques sont utilisées pour faire pression sur les requérants. De plus, on profite du déséquilibre des forces entre les parties pour forcer la conclusion d'ententes ou pour mettre des revendications en veilleuse.
- Les fonds alloués à la présentation des revendications et aux négociations sont insuffisants. Étant donné que les décisions relatives aux prêts et au financement sont prises par le ministère, cette situation soulève d'importantes questions en matière de conflits d'intérêts.
- La portée des négociations est limitée par les priorités du gouvernement fédéral, et on n'examine pas les questions touchant l'autonomie gouvernementale et les compétences autochtones.
- Comme les intérêts des requérants ne jouissent d'aucune protection pendant que les négociations suivent lentement leur cours, les requérants doivent s'adresser aux tribunaux pour empêcher, dans l'intervalle, la destruction des terres et des ressources naturelles qu'ils revendiquent.
- Même si de nombreux problèmes surgissent à l'étape de la mise en oeuvre et qu'il arrive souvent que les gouvernements fédéral et provinciaux ne respectent pas les accords conclus, les Premières Nations disposent rarement de recours efficaces contre une telle inaction.
- On ne motive pas toujours les décisions concluant à l'irrecevabilité de revendications et, même lorsque la décision est motivée, on ne communique pas à la Première Nation requérante les avis juridiques et autres justifications étayant cette décision.
- Comme aucun délai n'est fixé à l'égard des négociations et que la Couronne n'a pas vraiment intérêt à conclure un règlement, les négociations traînent en longueur, sans perspective de règlement.
- Lorsque les négociations échouent, en raison de l'inertie des représentants fédéraux ou d'une décision négative de leur part, le recours aux tribunaux est la seule autre avenue dont disposent les Premières Nations (exception faite de la Commission des revendications des Indiens).
- Après qu'un responsable fédéral chargé de l'application de la politique a rendu une décision à l'égard d'une revendication, les requérants n'ont pas le droit d'en appeler, ni le droit à une audience, ni le droit de présenter des observations ni celui d'obtenir une décision par une partie indépendante.

Les problèmes que posent les politiques existantes sont nombreux, et ces lacunes retardent immanquablement les progrès. Une mesure a été prise, en 1991, afin de remédier à certains de ces problèmes, on a créé la Commission des revendications des Indiens.

COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS

En 1990, au lendemain de la crise d'Oka, le ministre des Affaires indiennes a rencontré 20 dirigeants des Premières Nations pour discuter de l'amélioration du mécanisme de règlement des revendications particulières. Les chefs présents ont proposé la création d'un groupe de travail composé de certains d'entre eux. Ce groupe a pris le nom de Comité des chefs sur les revendications. En décembre 1990, ce comité a présenté au Ministre un rapport contenant plusieurs recommandations³⁷.

Parmi ces recommandations, il convient de signaler celle voulant que le gouvernement fédéral élimine la distinction arbitraire faite actuellement entre les revendications territoriales globales et particulières et crée, de concert avec les Premières Nations, un mécanisme indépendant de règlement des revendications.

Le gouvernement fédéral a fait abstraction de la plupart des recommandations présentées en décembre 1990. C'est ainsi que, en avril 1991, il a, de manière unilatérale, pris certaines mesures touchant les revendications particulières, notamment la création de la Commission des revendications des Indiens. Celle-ci s'est vue confier le mandat d'examiner les différends entre les requérants et le gouvernement fédéral et de se prononcer, à la lumière de la politique existante, sur l'existence d'obligations légales et sur le caractère approprié des critères applicables aux indemnités. Même si la Commission pouvait mener des enquêtes à propos des différends, elle n'avait toutefois que le pouvoir de formuler des recommandations au gouvernement au terme de son enquête. En outre, la Commission avait également pour mission d'agir comme médiateur, lorsque les deux parties y consentaient. Après modification, en 1992, du décret la constituant, la Commission a commencé à examiner des différends découlant de l'application de la politique des revendications particulières. Jusqu'à ce jour, elle a publié cinq rapports et reçu bon nombre d'autres demandes sollicitant son intervention.

Jusqu'à tout récemment, les commissaires étaient choisis de concert par les Premières Nations et le gouvernement fédéral. Le premier président, le juge Harry LaForme, a été choisi avec l'assentiment des dirigeants des Premières Nations. En 1992, six commissaires additionnels ont été nommés. Trois d'entre eux ont été choisis à partir d'une liste fournie au ministre des Affaires indiennes par l'Assemblée des Premières Nations. La Commission des revendications des Indiens était alors considérée comme une instance provisoire. Afin de revoir l'à-propos du mandat de la Commission, le ministre fédéral des Affaires indiennes et le chef national de l'Assemblée des Premières Nations ont établi, en vertu d'un protocole signé en 1992, le Groupe de travail mixte des Premières Nations et du gouvernement

³⁷ *Présentation des Premières Nations* (voir la note 21).

sur la politique et le processus des revendications particulières (le «Groupe de travail mixte»). Le Groupe de travail avait pour but d'examiner le fonctionnement de la Commission des revendications des Indiens ainsi que la possibilité de créer une commission des revendications indépendante et d'apporter des améliorations ou modifications à la politique des revendications particulières. Le mandat du Groupe de travail mixte a pris fin en juillet 1993. Cependant, après 13 séances, aucun rapport final ne fut préparé³⁸. Les résultats (ou plutôt l'absence de résultats) des délibérations du Groupe de travail mixte devraient être pris en considération lorsqu'on envisagera de réviser la politique des revendications. D'ailleurs, deux leçons importantes se dégagent de cette expérience. Premièrement, le maintien de la distinction arbitraire entre revendications particulières et revendications globales ne fera qu'embourber le processus. Fort heureusement, le Parti libéral du Canada propose, dans sa plate-forme, d'abandonner cette distinction. Deuxièmement, un groupe de travail composé de chefs des Premières Nations et de fonctionnaires fédéraux ne donnera aucun résultat si les dirigeants politiques du gouvernement fédéral n'y participent pas de façon importante.

Les fonctionnaires fédéraux participant au Groupe de travail mixte ont fait preuve d'un conservatisme stupéfiant en ce qui concerne la révision de la politique des revendications particulières et n'ont cessé de répéter qu'ils n'avaient pas reçu d'instruction ou de mandat en ce sens. Il ressort des comptes rendus des réunions du Groupe de travail mixte que les fonctionnaires fédéraux désignés pour participer aux travaux du Groupe étaient peu sensibles à la notion d'équité procédurale ou à l'idée de modifier la politique, et affichaient peu de sympathie à l'égard des droits des Premières Nations relatifs aux terres et aux ressources naturelles. À la demande du Groupe de travail, une partie indépendante a préparé un projet de rapport faisant état de recommandations proposant l'établissement d'une nouvelle politique et d'un nouveau mécanisme. Toutefois, il suffit de regarder rapidement ce projet de rapport pour constater que les fonctionnaires fédéraux ont soulevé de nombreuses objections à l'égard des propositions de réforme et que les parties ont laissé, au terme de leur bref mandat, un grand nombre de questions sans réponse³⁹.

Malgré les limites actuelles de son mandat, la Commission des revendications des Indiens s'est néanmoins révélée remarquablement efficace. En effet, elle a contribué à la réouverture des négociations à l'égard de six revendications. De plus, elle a offert aux représentants fédéraux de la formation sur la médiation et la négociation en contexte interculturel, formation qui aurait dû être donnée depuis longtemps et qu'a offert avec brio le personnel autochtone spécialisé que la Commission des revendications des Indiens a recruté⁴⁰. La Commission a en outre produit jusqu'ici sept rapports d'enquête et formulé

³⁸ D'après le protocole signé le 22 juillet 1992, qui a pris fin en juillet 1993, après que certaines modifications eurent été apportées au décret établissant la Commission des revendications des Indiens.

³⁹ *Projet de recommandation rédigé par une partie neutre.*

⁴⁰ Voir M. Dockstator, *A Comprehensive Framework of Understanding: Explaining Contemporary Developments in Dispute Resolution in a Comparative Context of Land Claims*, Commission des revendications des Indiens, le 19 avril 1994.

des recommandations au Ministre⁴¹. La Commission mène actuellement 13 enquêtes; 5 autres enquêtes feront bientôt l'objet d'un rapport complet. Outre les revendications inactives, la Commission examine 16 autres revendications afin de décider si une enquête devra être menée; 16 dossiers sont également entre les mains de médiateur.

Même si elle n'existe que depuis quelques années seulement, la Commission a déjà su faire montre de neutralité, d'équité et d'expertise à l'égard des questions touchant les revendications. Les enquêtes réalisées jusqu'à présent ont été menées au sein même des collectivités requérantes et, grâce à une attitude plus ouverte à l'égard des témoignages de vive voix, les anciens, notamment, ont pu faire connaître leurs vues sur la revendication sans être limités par les contraintes de la règle du oui-dire. Il s'agit d'une des réalisations les plus impressionnantes de la Commission. Comme elle signalait dans son premier rapport annuel :

Dès le départ, la Commission concentre ses efforts sur la recherche, la médiation et la liaison. Sans cesse préoccupée de trouver l'information historique pertinente, elle recourt à cet égard à l'aide de spécialistes pour évaluer les déclarations verbales et écrites qui se rapportent aux traités. Elle accorde aussi une importance particulière à la dimension interculturelle du processus, d'où son choix de privilégier la médiation qui, en plus de respecter les valeurs traditionnelles et culturelles des requérants, permet d'éviter les violentes confrontations que l'on observe souvent dans un tribunal. Dans chaque dossier, la Commission assure la liaison entre les Premières Nations et le gouvernement⁴².

Le ministre des Affaires indiennes n'a pas donné suite à tous les rapports présentés au Ministère, et cette inaction a eu pour effet de nuire à l'efficacité de la Commission des revendications des Indiens. De fait, les retards incessants ou l'absence de mesures pourraient éroder la crédibilité que la Commission s'est efforcée d'établir⁴³. Dans son premier rapport annuel, la Commission a proposé cinq légères modifications à son mandat et à la politique. Parmi ces propositions, mentionnons un protocole indiquant que les partis ont 60 jours pour réagir à un rapport d'enquête, la reconnaissance par le gouvernement de l'importance de recourir tôt à la médiation pour éviter la tenue d'une longue enquête, la participation du gouvernement aux séances de planification afin d'examiner les possibilités

⁴¹ *Rapport sur le polygone de tir aérien de Primrose Lake. Enquête sur le rejet de la revendication présentée par les Premières Nations de Cold Lake et la Nation crie du Canoe Lake*, C.R.I., août 1993; *Enquête relative aux Denesulines d'Athabasca concernant les revendications soumises par les Premières Nations du Fond du Lac, du lac La Hache et du lac Noir*, C.R.I., décembre 1993; *Enquête sur la revendication de la bande indienne Lax Kw'glaams*, C.R.I., juin 1994; *Enquête relative à la revendication soumise par les Young Chippewawayan à l'égard de la réserve indienne n° 107 de Stoney Knoll*, C.R.I., décembre 1994; *Rapport d'enquête sur la revendication soumise par la Première Nation micmaque de Gesgapegiag à l'égard de l'île du Cheval*, C.R.I., décembre 1994; *Rapport d'enquête sur la revendication soumise par la bande indienne des Chippewas de la Thames à l'égard du village de Muncey*, C.R.I., décembre 1994; *Enquête sur la revendication de la bande de Sumas*, C.R.I., février 1995.

⁴² *Rapport annuel* (voir la note 11), p. 10.

⁴³ La Commission a une stratégie de communication impressionnante et elle a distribué largement de l'information au sujet de son mandat et du processus de revendications.

de recours à la médiation, la reconnaissance par les ministères du mandat de la Commission et, enfin, la production plus rapide par ceux-ci des documents demandés.

Il semble que des réformes plus importantes seront nécessaires pour que la Commission devienne un organisme totalement indépendant et fonctionnel de règlement des différends touchant les revendications. Le fait que le mécanisme de nomination des commissaires soit contrôlé par le gouvernement a pour effet de mettre en doute l'indépendance de la Commission. Nous examinerons plus loin le besoin d'apporter des modifications à cet égard. Même si le fait que la Commission a été établie en vertu d'un décret compromet l'indépendance de celle-ci, il convient de signaler que les commissaires ont su donner beaucoup de crédibilité à la Commission au cours de ses deux premières années d'existence.

DÉFIS INSTITUTIONNELS ET BUREAUCRATIQUES

La réforme présente des défis considérables. Il faudra donc faire preuve de beaucoup de souplesse et d'une détermination politique indéfectible pour faire en sorte que les promesses qui ont été faites soient non seulement respectées, mais qu'elles le soient dans les meilleurs délais. En effet, même si le Parti libéral est au pouvoir depuis plus d'un an déjà, aucun progrès n'a encore été accompli sur ce point. Un problème particulier, qui n'a pas été mentionné dans la plate-forme du Parti libéral du Canada, et dont on fait rarement état dans la littérature sur les revendications, est le fait que les rapports entre les Premières Nations et le gouvernement, et principalement l'organe administratif du gouvernement (MAINC), sont à l'heure actuelle particulièrement empreintes d'antagonisme. Dans de telles circonstances, il devient difficile d'introduire de nouvelles méthodes de règlement des différends. Afin d'éliminer ce climat de confrontation et d'hostilité, il est essentiel de s'inspirer des mesures originales prises par la Commission en matière de médiation en contexte interculturel. De fait, bon nombre des recommandations formulées par la Commission des revendications des Indiens dans son premier rapport annuel portent sur l'attitude de la bureaucratie : l'incapacité des représentants du gouvernement de traiter les questions avec sérieux, d'assister aux réunions, d'envisager la médiation et de produire sans tarder les documents demandés.

Le fait que les politiques relatives au règlement des revendications territoriales n'aient jamais été sensibles à l'aspect interculturel des négociations est, pourrait-on prétendre, à l'origine de ce climat d'hostilité et de confrontation. On doit corriger cette lacune en révisant les politiques et les mécanismes en cause. Les mécanismes de négociation, de médiation et d'arbitrage, et même le système judiciaire, n'ont pas été établis de manière à tenir compte de cet aspect interculturel lorsque surgissent des différends entre le gouvernement et des Premières Nations. D'ailleurs, le système judiciaire a fait l'objet de sévères critiques à cet égard⁴⁴.

⁴⁴ Voir Henderson, James Youngblood, «Aboriginal Rights in Western Legal Tradition» dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985; et Sheila L. Martin et Kathleen E. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, p. 30.

L'élimination de l'attitude antagoniste de la bureaucratie est un défi de taille qu'il faudra relever dans toute tentative de révision des politiques et mécanismes liés aux revendications territoriales. Pour changer ce climat de confrontation et de méfiance, il faudra donner à tous ceux qui travaillent dans le domaine des cours intensifs de sensibilisation et de recyclage. Voilà une raison supplémentaire d'établir des mécanismes de règlement des revendications jouissant d'une indépendance accrue vis-à-vis du gouvernement et reflétant les attitudes des Autochtones ainsi que celles des non-Autochtones en matière de règlement des différends. À moins d'établir des mécanismes indépendants du gouvernement et de faire en sorte que les intervenants soient réceptifs aux approches autochtones en matière de règlement des différends, nous courons le risque de nous replier dans une politique qui a eu pour effet de réduire à la confrontation et à l'hostilité les rapports entre les Premières Nations et le gouvernement. Ce défi gigantesque, qui devrait guider tous les efforts, peut néanmoins être relevé si l'on sait faire en sorte que la mise en oeuvre des modifications prévues par la plate-forme libérale soit le fruit d'efforts conjoints des dirigeants politiques des Premières Nations et du gouvernement.

PRINCIPE DIRECTEUR DE LA RÉFORME RESPECT INTÉGRAL DES OBLIGATIONS DE FIDUCIAIRE DE LA COURONNE

En ce qui concerne la réforme de la politique des revendications territoriales, il ressort des efforts déployés jusqu'ici en ce sens que, sans un engagement clair des politiciens en faveur de l'établissement d'une nouvelle approche, la confrontation et les débats sur des questions d'ordre juridique ont tôt fait d'éclipser la discussion des propositions de réforme. Il semble que la plate-forme du Parti libéral fournisse l'ingrédient qui manquait jusqu'à maintenant, à savoir l'engagement des politiciens. Cet engagement en faveur de l'autonomie gouvernementale, de l'établissement d'une commission des revendications indépendante, de l'élimination des deux catégories de revendications et du rejet de la notion d'extinction devrait permettre de réaliser des progrès rapides. Bon nombre de Premières Nations requérantes critiquent à la fois la procédure et le fond des politiques actuelles en matière de revendications et leur reprochent d'être incompatibles avec les obligations de fiduciaire qui incombent au gouvernement fédéral à l'égard des Indiens. La notion d'obligations de fiduciaire⁴⁵ est une question relativement nouvelle dans le cadre des différends d'ordre juridique entre le gouvernement et les Premières Nations. Son élaboration ainsi que son application aux rapports entre les Premières Nations et la Couronne découle d'actions en justice intentées en raison du traitement réservé à certaines revendications particulières. Le fait que les intéressés ne saisissaient pas parfaitement la nature et la

⁴⁵ En plus d'y décrire le caractère fiduciaire des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones, nous examinerons dans le présent document les principes découlant des obligations particulières qui incombent aux fiduciaires. Ces principes sont importants en raison de leur spécificité et des indications qu'ils peuvent fournir quant à la procédure de règlement des revendications. Depuis 1984, moment où l'arrêt *Guerin* a été rendu par la Cour suprême du Canada, les textes de doctrine concernant les obligations de fiduciaire ont augmenté de façon considérable. Voir par exemple: Richard Bartlett, «The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians», (1989) 53, Sask. L.R., 302; Richard Bartlett, «You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: *Guerin v. The Queen*», (1984-1985) 49 Sask. L.R. 367; W.I.C. Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning», (1990) 15 Queen's L.J. 217; M. Bryant, «Aboriginal Self-Government and the Crown's Fiduciary Duties: The Phantom of Fiduciary Law», (1993) 27 U.B.C.L.Rev. 19; D. Paul Emond, «Case Comment: *Guerin v. R.*», (1986) 20 E.T.R. 61; John Hurley, «The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: *Guerin v. The Queen*», (1985) 30 McGill L.J. 559; Ralph W. Johnson, «Fragile Gains: Two Centuries of Canadian and United States Policy Toward Indians», (1991) 66 Wash. L.R. 643; Darlene M. Johnston, «A Theory of Crown Trust Towards Aboriginal Peoples», (1986) 18 Ottawa L.R. 307; P. Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination», (1991) 36 McGill L.J. 382; William R. McMurtry et Alan Pratt, «Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective», (1986) 3 C.N.L.R. 19; Wilson A. McTavish, «Fiduciary Duties of The Crown in Right of Ontario», (1991) 25 Law Soc. Gaz. 181; Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987) 66 Can. Bar Rev. 727; Donovan W.M. Waters, «New Directions in the Employment of Equitable Doctrines: The Canadian Experience» dans T.G. Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, Toronto, The Carswell Co. Ltd., 1989.

portée des obligations de fiduciaire du gouvernement fédéral, c'est-à-dire le devoir important qu'a celui-ci d'agir dans l'intérêt des Premières Nations, s'est révélée la lacune la plus criante du processus des revendications.

Quelles sont ces obligations de fiduciaire, et comment devraient-elles orienter l'élaboration et la mise en oeuvre d'un nouveau processus des revendications? Bryant a dit ce qui suit à cet égard :

[Traduction]

En faisant appel aux principes du droit des obligations de fiduciaire pour régir les rapports entre la Couronne et les Autochtones et en intégrant ces principes aux garanties offertes par la Constitution, la Cour suprême du Canada a adopté le moyen le plus efficace et le plus contraignant offert par le droit existant pour assurer la justice dans le domaine des droits ancestraux. Actuellement, il n'existe, ni en droit ni en *equity*, aucun autre mécanisme pratique offrant autant de souplesse et une portée aussi vaste – du moins en ce qui concerne les rapports *sui generis* que la Couronne entretient avec les peuples autochtones⁴⁶.

Étant donné que nous savons déjà que le système judiciaire ne reflète pas la culture et les valeurs des Premières Nations, nous devrions, par mesure de précaution, nous garder d'appliquer sans réserve quelque notion juridique. En effet, en ne faisant de place qu'aux principes juridiques canadiens, nous courons le risque d'imposer une vision unidimensionnelle du fonctionnement du processus des revendications. D'ailleurs, la notion d'obligations de fiduciaire a été introduite notamment pour corriger le déséquilibre dans le rapport de forces entre les parties et pour faire en sorte que la Couronne se conduise avec honneur et équité. Cette notion a ainsi pour effet de garantir le respect des droits des Premières Nations. Si la notion d'obligations de fiduciaire a été définie dans la jurisprudence touchant les droits ancestraux et issus de traités, c'est précisément parce que l'État a l'obligation légale et constitutionnelle de ne pas porter atteinte aux droits des Premières Nations. Voici les propos qu'a tenus la Cour suprême du Canada à cet égard dans *Sparrow* :

[...] l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable⁴⁷.

Il n'est peut-être pas inutile de faire l'historique des règles de droit concernant les obligations de fiduciaire, même si ces principes ont été établis par le système judiciaire canadien sans tenir compte des valeurs et de la culture des Premières Nations. Les principes qui ont été élaborés en matière d'obligations de fiduciaire devraient tout au moins être

⁴⁶ M. Bryant, «Aboriginal Self-Government and the Crown's Fiduciary Duties: The Phantom of Fiduciary Law» (voir la note 44), p. 20.

⁴⁷ *R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1114.

pris en considération dans les discussions touchant la mise en oeuvre de la réforme du processus des revendications. Jusqu'en 1984, il existait une certaine incertitude quant à la nature des rapports entre la Couronne et les Premières Nations, et ce, tant du point de vue légal que constitutionnel. Les Premières Nations avaient bien leur interprétation de la nature des obligations de la Couronne, particulièrement en ce qui a trait aux traités et aux terres non cédées, mais il leur était difficile de faire contrôler par les tribunaux le comportement de la Couronne. En effet, toute la question du statut légal et constitutionnel des droits des Premières Nations était considéré comme une question relevant au pouvoir politique plutôt que des tribunaux. Depuis 1984, cette interprétation a été revue du tout au tout. En effet, on considère maintenant que la Couronne a envers les Premières Nations des responsabilités assimilables à celles d'un fiduciaire. Il s'agit d'un changement fondamental, car les politiques concernant les revendications territoriales n'ont pas suivi cette évolution.

La notion de responsabilités de fiduciaire est bien connue en droit canadien, et sa nature et sa pertinence dans le cadre des rapports entre la Couronne et les Premières Nations sont maintenant solidement établies. Dans plusieurs des premières décisions sur la question, les tribunaux ont reconnu que la Couronne avait des responsabilités légales à l'endroit des Premières Nations⁴⁸. En outre, dans certains jugements, on a aussi reconnu, en remarques incidentes, que la Couronne était tenue de remplir les promesses qu'elle avait faites aux Premières Nations. Comme sa responsabilité à l'égard de son incapacité de tenir de telles promesses n'était pas une question en litige dans les premières décisions, la nature exacte de cette obligation est demeurée inexplorée⁴⁹.

Certains auteurs ont prétendu, après examen des premières décisions sur la question, que, avant 1984, on estimait que la responsabilité de la Couronne envers les Premières Nations n'emportait que des obligations de nature politique [Traduction] «dans l'exécution desquelles la Couronne ne doit pas être assujettie au pouvoir de contrôle des tribunaux»⁵⁰. D'aucuns affirmeront qu'il s'agissait d'une interprétation erronée des obligations de la Couronne, particulièrement à la lumière de la *Proclamation royale* de 1763, mais il n'en reste pas moins que c'est l'interprétation que donnaient les tribunaux avant 1984. À cet égard, l'arrêt *Guerin. c. La Reine*⁵¹ s'est révélé un point tournant. La Cour suprême du Canada s'est écartée de l'approche fondée sur la notion de «fiducie politique» et a plutôt reconnu que la Couronne avait envers les «Indiens» une obligation de fiduciaire dont ceux-ci pouvaient demander l'exécution devant les tribunaux⁵².

⁴⁸ Richard H. Bartlett, «The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians», (1989) 53 Sask. L.R. 302.

⁴⁹ *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554.

⁵⁰ Waters, «New Directions in the Employment of Equitable Doctrines: The Canadian Experience» dans T.G. Youdan (voir la note 10), p. 413. Waters cite ce que disait le juge Taschereau dans *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. R.* (1887), 13 R.C.S. 577, p. 649, confirmé à (1888), 14 A.C. 46 (C.P.).

⁵¹ [1984] 2 R.C.S. 335.

⁵² Il est important de noter que l'arrêt *Guerin* avait trait à une situation de fait concernant les «Indiens» et les «bandes indiennes», selon la définition de la *Loi sur les Indiens*. La question de savoir si l'obligation de fiduciaire judiciairement exécutoire s'étendait aux Inuit et aux Métis, voire même aux «Indiens» non inscrits, n'a pas été touchée. Dans ce domaine, on en est au stade des spéculations.

Malgré *Guerin*, la nature des rapports de fiduciaire entre la Couronne et les Premières Nations se précise au fur et à mesure des décisions des tribunaux sur la question. Même si, dans de nombreuses actions en justice découlant de revendications, on allègue la violation d'obligations de fiduciaire⁵³, peu de ces actions sont rendues à l'étape du délibéré et de la décision. Il ne fait aucun doute que bon nombre d'obligations de fiduciaire dont l'existence n'a pas encore été découverte jusqu'ici seront précisées au cours des prochaines années. Dans toute analyse de la politique des revendications, il convient d'examiner les questions touchant les rapports de fiduciaire d'un point de vue prospectif, plutôt que de s'en tenir aux normes et critères juridiques définis jusqu'ici par les tribunaux⁵⁴. Un virage fondamental est en cours actuellement, comme en témoigne clairement l'arrêt constitutionnel déterminant sur la question des droits ancestraux, *R. c. Sparrow*⁵⁵.

Pour bien comprendre chacune des dimensions des obligations de fiduciaire de la Couronne, il n'est pas essentiel de se reporter à la jurisprudence, et les Premières Nations ne devraient pas être tenues de s'adresser aux tribunaux chaque fois qu'il y aurait eu violation d'une responsabilité de fiduciaire. Dans *Guerin* et *Sparrow*, la Cour suprême du Canada a énoncé certains principes généraux qui peuvent être utilisés pour apprécier le comportement de la Couronne dans ses rapports avec les Premières Nations⁵⁶. Ces principes généraux devraient être appliqués de façon généreuse dans l'examen de la conduite de la Couronne dans l'ensemble de ses rapports avec les Premières Nations, particulièrement dans le domaine des revendications. Il ressort clairement de l'examen des principes et des règles du droit concernant les obligations de fiduciaires, dans le contexte des rapports qu'entretient la Couronne avec les Premières Nations, que la théorie des responsabilités de fiduciaire de la Couronne est, aujourd'hui, l'une des doctrines constitutionnelles les plus importantes au Canada.

La notion de responsabilité de fiduciaire a été constitutionnalisée dans *Sparrow* et, même s'il ne fait aucun doute qu'elle fera l'objet de précisions supplémentaires, ses répercussions en ce qui a trait à la réforme du mécanisme de règlement des revendications territoriales ne sont rien de moins que phénoménales. En effet, les tribunaux disposent désormais d'un ensemble de principes fondés sur le droit des fiducies pour apprécier les dispositions législatives et les actions du gouvernement concernant les Premières Nations. En droit canadien ainsi qu'en *equity*, la raison d'être du principe des rapports de fiduciaire est relativement simple. Comme l'indique Finn, [Traduction] «le droit des fiducies vise à

⁵³ Waters, par exemple, estime que, à la seule Cour fédérale, plus de 300 brefs ont été déposés antérieurement à 1989. Donovan W.M. Waters, «New Directions in the Employment of Equitable Doctrines: The Canadian Experience» (voir la note 44), p. 420.

⁵⁴ Le caractère non exhaustif des obligations de fiduciaire découle de la souplesse intrinsèque de cette doctrine. En effet, de telles obligations naissent dans certaines circonstances précises et ne figurent pas dans des catégories toutes faites. Voir L. Rotman, *Fiduciary Duties and The Honour of the Crown*, Thèse de maîtrise en droit, Osgoode Hall Law School, 1994.

⁵⁵ [1990] 1 R.C.S. 1075.

⁵⁶ Voir aussi l'arrêt *Nowegijick c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 29, qui a énoncé des règles d'interprétation préférentielles en faveur du sens donné par les Indiens aux lois et aux traités. Cette approche a été étendue au domaine fiduciaire: *R. v. Vincent* [1993] 2 C.N.L.R. 165 (C.A. Ont.).

imposer des normes de conduite acceptable à une partie au profit d'une autre, lorsque la première a la responsabilité de préserver les intérêts de la seconde»⁵⁷. Ces normes de conduite acceptables sont imposées au fiduciaire pour bien délimiter l'utilisation qu'il peut faire des pouvoirs et des possibilités que lui confère sa position et pour faire en sorte qu'il agisse au nom de son mandant et dans l'intérêt de celui-ci.

Les normes de conduite rigoureuses auxquelles sont assujettis, en droit canadien, les fiduciaires découlent de la reconnaissance par le droit que, de par la nature des rapports de fiduciaire, dans le cadre de tels rapports, [Traduction] «une partie est à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre»⁵⁸. À l'instar des catégories de négligence, les catégories de rapports de fiduciaire sont considérées comme non exhaustives et dynamiques. Les rapports de fiduciaire ont pris naissance par suite de la subordination des droits fonciers des Premières Nations au titre de propriété dont on a dit, dans *Guerin*, qu'il était finalement détenu par la Couronne. Même s'il s'agit là d'un aspect troublant du droit relatif aux obligations de fiduciaire de la Couronne envers les Premières Nations⁵⁹, cette difficulté pourrait néanmoins être surmontée si les tribunaux examinaient, même si ce n'est pas d'un oeil critique, la présomption selon laquelle c'est la Couronne qui détient en bout de ligne le titre de propriété. Aux États-Unis, on considère que la notion de responsabilité de fiduciaire s'inscrit dans un cadre excluant toute structure hiérarchique. D'ailleurs, même le droit canadien n'exige pas, pour qu'il y ait rapports de fiduciaire, l'existence d'une situation de vulnérabilité ou de subordination d'une des parties par rapport à l'autre⁶⁰. Il s'agit non pas d'une situation de tutelle, mais bien d'un ensemble de principes élaborés pour protéger des parties dont les intérêts sont vulnérables aux décisions d'une partie disposant de pouvoirs plus grands⁶¹.

L'arrêt qui fait autorité en matière de responsabilités de fiduciaire est *Guerin*. Dans cet arrêt, la bande indienne Musqueam alléguait que le gouvernement fédéral avait manqué à ses responsabilités de fiduciaire en louant 162 acres de terres faisant partie de la réserve et qui avaient fait l'objet d'une cession. La bande avait consenti, à certaines conditions, à la cession et à la location des 162 acres de terre. Toutefois, le bail qui fut négocié par le MAINC ne correspondait pas aux conditions dont avait convenu la bande et était de

⁵⁷ P.D. Finn, «The Fiduciary Principle» dans T.G. Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (voir la note 45), p. 2.

⁵⁸ E. Weinrib, «The Fiduciary Obligation», (1975) 25 U.T.L.J. 1, 7.

⁵⁹ Comme le juge en chef Dickson l'a indiqué dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] RCS 85, p. 108 : «Ces rapports remontent avant la Confédération, lorsque des contacts ont été établis avec les premiers occupants des terres de l'Amérique du Nord (les peuples autochtones) et les colonisateurs européens (depuis 1763, la Couronne), et ce sont ces rapports entre les peuples autochtones et la Couronne qui sont à l'origine de l'obligation fiduciaire distincte de la Couronne».

⁶⁰ Même s'il est intéressant, ce débat dépasse toutefois notre propos. Qu'il suffise de dire que je ne considère pas que la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale signifierait la disparition des obligations de fiduciaire. On continuera de scruter les dispositions législatives fédérales et provinciales pour déterminer si elles portent atteinte de façon déraisonnable aux droits ancestraux et aux droits issus de traités protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La nature de cet examen pourra changer avec l'avènement de l'autonomie gouvernementale, mais le concept de fiduciaire demeurera.

⁶¹ Voir J. Singer, «Well Settled? The Increasing Weight of History in American Indian Land Claims», (1994) 28 Georgia L. Rev. 481.

plus assorti de certaines autres conditions qui n'avaient pas été communiquées à celle-ci. Le bail n'a été remis à la bande que 12 ans après sa signature. En première instance, le juge Collier a statué que la Couronne avait manqué à ses obligations de fiduciaire relativement aux terres cédées et il a accordé des dommages-intérêts de 10 millions de dollars. En appel, le juge Le Dain a infirmé cette décision, statuant que les responsabilités incombant à la Couronne en vertu de la *Loi sur les Indiens* ainsi que les conditions de la cession n'avaient pour effet que de créer une fiducie politique, dont l'exécution peut être demandée devant le Parlement, mais non devant les tribunaux. En dernier ressort, la Cour suprême du Canada a infirmé la décision de la Cour d'appel fédérale et rétabli le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance. Des trois juges de la Cour suprême qui ont rédigé des motifs au soutien de la décision de la Cour d'infirmation celle de la Cour d'appel fédérale, deux (les juges Wilson et Dickson) ont reconnu l'existence d'une obligation de fiduciaire de la Couronne envers les Indiens⁶².

Bien que les motifs du juge Dickson et ceux du juge Wilson présentent un certain nombre de similitudes, ils divergent néanmoins sur certains points importants. Pour bien comprendre la notion de rapports de fiduciaire, il faut donc analyser les motifs des deux juges. Comme il est généralement admis que la *ratio decidendi* de la décision de la Cour suprême dans *Guerin* se trouve dans les motifs du juge Dickson, nous les analyserons en premier, en regard de chaque élément pris en considération. Il est essentiel, pour bien saisir la théorie juridique de l'obligation de fiduciaire qui a été adoptée plus tard dans *Sparrow* et ainsi pouvoir formuler des hypothèses plus générales quant aux répercussions et au champ d'application de cette notion, de refaire le raisonnement des juges qui ont rédigé ces motifs dans l'arrêt *Guerin*. Selon les motifs du juge Dickson (auxquels ont souscrit les juges Beetz, Chouinard et Lamer), les rapports de fiduciaire de la Couronne reposent sur deux fondements. Toutefois, ces motifs sont plutôt ambigus en ce qui concerne la nature exacte de ces deux fondements. Alors qu'il accepte clairement comme l'un des fondements de l'obligation de fiduciaire la nature unique du titre de propriété des Indiens, il propose, dans différents passages de ses motifs, trois possibilités comme second fondement : les dispositions législatives régissant l'aliénation des terres des Indiens, l'obligation de cession découlant de la nature du titre de propriété des Indiens et, enfin, les pouvoirs discrétionnaires que le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* confère à la Couronne en ce qui a trait à la gestion et à l'aliénation des terres faisant partie des réserves. Même si on a souligné l'importance des pouvoirs discrétionnaires comme fondement de l'obligation de fiduciaire⁶³, dans la plupart des commentaires savants rédigés à l'égard des motifs du juge Dickson et d'autres arrêts sur la question, on considère généralement que

⁶² Le juge Estey a fondé sa décision sur la notion de mandat. Dans l'esprit de la plupart des analystes, cependant, cette perception fait abstraction des liens historiques qui, en ce qui concerne les terres des réserves, unissent la Couronne et les Indiens. Richard H. Bartlett, «You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: *Guerin v. The Queen*» (voir la note 45), p. 367.

⁶³ William R. McMurtry et Alan Pratt, «Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective», (1986) 3 C.N.L.R. 19.

l'obligation de cession est le deuxième fondement essentiel de l'obligation de fiduciaire⁶⁴. En règle générale, on estime que la *ratio decidendi* des motifs du juge Dickson est qu'une obligation de fiduciaire ne naît que s'il y a cession de terres faisant partie d'une réserve indienne.

S'exprimant, dans *Guerin*, au nom des juges Ritchie et McIntyre, le juge Wilson déclare également que cette obligation tire son origine du titre aborigène [ancestral] et des pouvoirs et responsabilités exercés historiquement par la Couronne pour protéger ce titre. Le juge a de plus indiqué que le paragraphe 18(1) de la *Loi sur Indiens* ne crée pas cette responsabilité, mais a uniquement pour effet d'en reconnaître l'existence. La Couronne détient les terres faisant partie des réserves dans les limites de l'obligation de fiduciaire qui lui incombe à leur égard, et qui consiste à protéger et à préserver les droits de la bande visée sur ces terres. Contrairement au juge Dickson, le juge Wilson est disposée à conclure que l'obligation de fiduciaire de la Couronne *existe avant la cession* et qu'elle se cristallise, au moment de la cession, en une fiducie explicite.

Le juge Dickson qualifie de *sui generis* l'obligation qui naît de la cession des terres. Comme la plupart des autres droits des Premières Nations fondés sur la *common law*, qu'il s'agisse du titre ancestral ou des droits issus de traités, les obligations de fiduciaire dont sont créancières les Premières Nations introduisent des notions particulières au droit des fiducies. Le juge Dickson (tel était alors son titre) établit des parallèles utiles avec le droit des fiducies et le droit du mandat. Fait des plus instructif, le juge Dickson affirme que, même si l'obligation de fiduciaire ne constitue pas une fiducie, une telle obligation est néanmoins, de par sa nature même, «semblable à une fiducie», en plus d'être soumise à des principes «très semblables» à ceux qui régissent le droit des fiducies. En règle générale, on peut dire que le fiduciaire a l'obligation de faire preuve de la «loyauté la plus absolue» envers son commettant. Pour sa part, le juge Wilson affirme que, avant la cession des terres visées, la Couronne a l'obligation de protéger et de préserver les droits de la bande sur ces terres contre l'extinction ou l'empiétement.

L'arrêt *Guerin* portait sur la violation par la Couronne fédérale de normes auxquelles sont tenus les fiduciaires. Dans cette affaire, la Cour ne s'est pas penchée sur la question de savoir si de telles obligations incombent à la Couronne provinciale, aux sociétés d'État ou à d'autres émanations de la Couronne. Étant donné que, au Canada, la Couronne est divisible, et qu'elle a des incarnations à l'échelle fédérale et à l'échelle provinciale, il est possible de prétendre que la Couronne provinciale assume également des obligations de fiduciaire. Comme le souligne le professeur Slattery :

[Traduction]

La redistribution des droits et pouvoirs constitutionnels au moment de la Confédération n'a pas eu pour effet de réduire l'ensemble des obligations de fiduciaire de la Couronne envers les Premières Nations. Au contraire, ces obligations ont suivi les divers droits et pouvoirs

⁶⁴ John Hurley, «The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: *Guerin v. The Queen*», (1985) 30 McGill L.J. 559; Darlene M. Johnston, «A Theory of Crown Trust Towards Aboriginal Peoples», (1986) 18 Ottawa L.R. 307.

auxquels elles se rattachent entre les mains de ceux qui en sont devenus les titulaires à Ottawa ou dans les capitales provinciales⁶⁵.

Alan Pratt souscrit à ce point de vue :

[Traduction]

Chaque ordre de gouvernement a, en vertu de la Constitution, un rôle et des responsabilités qui lui sont propres. [...] Toutefois, les deux ordres de gouvernement ont le devoir de sauvegarder l'honneur de la Couronne, ce qui veut sûrement dire, à tout le moins, que les peuples autochtones – que la Couronne, dans toutes ses émanations, est tenue de protéger et d'aider à s'épanouir – ne doivent pas cesser d'être créanciers de cette obligation du seul fait de l'incertitude quant aux compétences fédérales et provinciales⁶⁶.

Même s'il s'agit nettement d'un arrêt déterminant et d'une dérogation importante à la doctrine de la fiducie politique, la Cour suprême du Canada a néanmoins laissé un certain nombre de questions sans réponse dans *Guerin*. Par exemple, l'obligation de fiduciaire vise-t-elle uniquement les terres faisant partie des réserves, ou s'applique-t-elle à toutes les terres des Indiens? Le langage utilisé dans les motifs des juges Dickson et Wilson appuient solidement la thèse selon laquelle l'obligation de fiduciaire s'applique à toutes les terres des Indiens et non seulement aux terres faisant partie des réserves. D'ailleurs, des décisions subséquentes appuient l'application de cette obligation à toutes les terres indiennes.

Premièrement, selon le juge Dickson, le droit des Indiens sur des terres est le même, qu'il s'agisse du droit sur des terres faisant partie d'une réserve ou d'un titre aborigène [ancestral] non reconnu sur des terres tribales traditionnelles⁶⁷. Deuxièmement, si l'obligation de la Couronne a d'abord été reconnue dans la *Proclamation royale*⁶⁸, il est alors permis de présumer qu'elle continue de s'appliquer à toutes les terres visées par la *Proclamation royale*, à la condition, bien entendu, que les droits des Indiens n'aient pas été éteints⁶⁹. Troisièmement, il n'existe aucune raison concrète de ne pas étendre l'obligation à toutes les cessions de titres ancestraux, y compris celles faites conformément à un traité ou à un accord sur des revendications territoriales. Dans les deux cas, l'objectif visé est de faire en sorte que les avantages découlant de la cession de terres ancestrales échoient aux titulaires du titre ancestral.

La Cour suprême du Canada a reconnu qu'il n'existe pas de distinction importante entre la cession de terres faisant partie de réserves et la cession de terres visées par un titre ancestral. Dans *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*⁷⁰, par exemple, la Cour a affirmé, dans une

⁶⁵ Brian Slattery, «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992) 71 Can. Bar Rev. 261, p. 274.

⁶⁶ Alan Pratt, «Federalism in the Era of Aboriginal Self-Government», dans David C. Hawkes, dir., *Aboriginal Peoples and Government Responsibility: Exploring Federal and Provincial Roles*, Ottawa, Carleton University Press, 1989, p. 53.

⁶⁷ *Guerin* (voir la note 50), p. 379.

⁶⁸ Je suis d'avis que cela n'a pas créé de droits nouveaux, mais plutôt confirmé des droits anciens. Voir *R. v. Koonungnak*, [1963-1964] 45 WWR 282 (Cour terr.).

⁶⁹ Emond, «Case Comment» (voir la note 45), p. 71.

⁷⁰ [1988] 2 R.C.S. 654, p. 677.

remarque incidente très générale, que, «[d]ans l'arrêt *Guerin*,[...], la Cour a reconnu que la Couronne assume envers les Indiens une obligation de fiduciaire à l'égard des terres qu'elle détient pour eux.» De la même façon, dans *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*⁷¹, la Cour suprême du Canada a admis que l'exécution des conditions d'un traité donne naissance à des obligations de fiduciaire. De plus, dans *Bear Island*, il a été admis que le fait pour la Couronne de ne pas avoir veillé à ce que les promesses faites soient respectées constituait un manquement à ses obligations de fiduciaire. Même s'il est possible de prétendre que le principe de l'obligation de fiduciaire énoncé dans *Guerin* ne vise que la cession de terres faisant partie de réserves, il n'existe pas de raison évidente justifiant de ne pas appliquer ce principe à d'autres questions que la cession de terres et, de façon plus particulière, aux rapports entre les Indiens et la Couronne concernant autre chose que des terres. Toutefois, il était difficile de dire dans quelle mesure les tribunaux seraient disposés à élargir l'application de ce principe. La décision du juge McNair, dans *Mentuck c. Canada*⁷², par exemple, illustre bien la réticence initiale des tribunaux à appliquer le principe à des situations différentes de celle en cause dans *Guerin*.

Dans *Mentuck*, le demandeur quitta la réserve après avoir été amené à croire, par des représentants du ministère des Affaires indiennes, qu'il serait indemnisé de ses frais de déménagement et de réinstallation. Lorsque la Couronne a refusé de lui payer ces frais, *Mentuck* intenta des poursuites pour rupture de contrat ou, subsidiairement, pour violation des obligations de fiduciaire. En bout de ligne, le juge McNair a tranché en faveur de *Mentuck* et déclaré qu'il y avait eu rupture de contrat. Toutefois, relativement à l'allégation de violation des obligations de fiduciaire, le juge McNair a déclaré ce qui suit :

C'est une chose de dire que la position du demandeur à l'égard de la défenderesse est susceptible de créer un droit reconnu en *equity* en sa faveur, compte tenu des rapports particuliers existants entre les Indiens et la Couronne, et c'est une toute autre chose d'affirmer que, par sa nature même, cette position évoque automatiquement le droit concomitant relatif à l'obligation de fiduciaire. L'action intentée par le demandeur pour manquement aux obligations de fiduciaire au sens du principe établi dans l'affaire *Guerin* est tout à fait indéfendable⁷³.

Il est possible de prétendre que, même avant *Sparrow*, le champ d'application du principe de l'obligation de fiduciaire avait été élargi par le juge Wilson dans l'arrêt *Roberts c. Canada*⁷⁴, une affaire très différente de celle sur laquelle a statué le juge McNair dans *Mentuck*. L'affaire *Roberts* concernait un différend entre deux bandes relativement à l'utilisation et à l'occupation exclusives de terres faisant partie de réserves. La Cour suprême du Canada a été saisie d'une question préliminaire, soit celle de l'absence de compétence de la Cour fédérale. Statuant que la Cour fédérale avait effectivement compétence pour connaître de l'affaire, le juge Wilson a déclaré que les dispositions de la *Loi sur les Indiens*,

⁷¹ [1991] 2 R.C.S. 570.

⁷² [1986], 3 C.F. 249; (1986), 3 F.T.R. 80.

⁷³ *Mentuck* (voir la note 72), p. 266.

⁷⁴ *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.S.C. 322.

bien qu'elle ne crée pas les obligations qu'a la Couronne envers les Indiens, avait pour effet de codifier les obligations préexistantes de la Couronne à l'égard de ceux-ci⁷⁵. Cette décision a eu pour effet d'élargir de façon considérable le champ d'application des obligations de fiduciaire à bien d'autres aspects que la seule cession de terres.

Dans *Guerin*, la majorité des juges ont reconnu l'existence d'une obligation de fiduciaire de la Couronne envers les Premières Nations; il n'est pas certain que tous les éléments traditionnels du droit des fiducies se retrouvent dans les rapports *sui generis* qu'ont la Couronne et les Premières Nations. Il est possible de prétendre que tous les aspects traditionnels de la notion d'obligation de fiduciaire, au sens du droit privé, sont présents dans les rapports entre la Couronne et les peuples autochtones, en plus des éléments supplémentaires découlant de la nature et de l'histoire particulières de ces rapports. Le juge en chef MacEachern, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a affirmé, dans l'affaire *Delgamuukw*, que [Traduction] «[c]omme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaire sont exhaustives»⁷⁶. Les principes du droit des fiducies s'appliqueraient aux situations de conflit d'intérêts, question qui a été examinée par la Cour d'appel fédérale.

Dans *Kruger*, une des principales questions en litige était celle de savoir s'il y avait conflit entre le ministère des Affaires indiennes et le ministère des Transports sur la manière dont devaient être traités les occupants indiens de terres expropriées. Le juge Heald a conclu à l'existence d'un conflit d'intérêts évident. De l'avis du juge, un fiduciaire doit agir *exclusivement* au bénéfice de son commettant, sans tenir compte de ses propres intérêts. En conséquence, on ne pouvait reprocher à la Couronne fédérale «d'avoir manqué à son obligation de fiduciaire envers les Indiens en invoquant l'existence de considérations incompatibles entre les différents ministères du gouvernement»⁷⁷. Le juge Heald a également statué que s'il y avait effectivement conflit d'intérêts, il incombait au fiduciaire de démontrer que son commettant avait agi en pleine connaissance de cause et qu'il avait à sa disposition tous les renseignements pertinents⁷⁸. Comme le fiduciaire ne s'était pas acquitté de ce fardeau, le juge a conclu qu'il y avait eu manquement de l'obligation de fiduciaire. Le juge Heald a toutefois poursuivi en statuant que l'action des demandeurs était prescrite par la loi.

Le juge Urie (aux motifs duquel a souscrit le juge Stone) a adopté un point de vue quelque peu différent. Considérant comme acquis que les règles régissant les conflits d'intérêts s'appliquaient aux fiduciaires, le juge Urie a statué qu'il n'y avait pas eu manquement eu égard au présumé conflit d'intérêts entre les deux ministères. Premièrement, le ministère des Affaires indiennes a vaillamment défendu les intérêts des Indiens, et son intervention a

⁷⁵ Voir la note 74, p. 337.

⁷⁶ *Delgamuukw v. British Columbia*, [1991] 5 CNLR 232, 233 (C.S. C.-B.).

⁷⁷ *Kruger et al. v. The Queen* (1985), 17 DLR (4th) 591, p. 608 (C.A.F.).

⁷⁸ La position formulée par le juge Heald a été retenue par le juge Addy dans l'affaire *Blueberry Indian River Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) et al.* (1987), 14 FTR 161, publiée aussi sous l'intitulé *Joseph Absassin et al. v. The Queen*, [1988] 1 CNLR 73; et sous l'intitulé *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20; cette affaire fait présentement l'objet d'un pourvoi en Cour suprême du Canada.

eu une incidence sur le montant de l'indemnité qui leur a été versée. Qui plus est, il faut également tenir compte des devoirs qu'ont les autres ministères envers le public canadien dans son ensemble, y compris les Indiens. Enfin, on a jugé que le ministère des Transports avait tenu compte de la valeur des terres pour les Indiens et leur avait divulgué toute l'information pertinente.

Il est difficile de dire s'il existe un écart important entre les positions respectives des deux juges. Par exemple, le juge Heald a déclaré qu'il aurait statué différemment s'il avait eu le sentiment que le gouverneur en conseil avait pris soigneusement en considération et apprécié à leur juste valeur les demandes du ministère des Affaires indiennes. Il a toutefois jugé que tel n'avait pas été le cas. En d'autres mots, le juge Heald et le juge Urie semblent en désaccord sur les faits et non sur le droit : en effet, ni l'un ni l'autre ne semblent être d'avis qu'il y a conflit d'intérêts chaque fois que plus d'un ministère est touché par une question concernant les peuples autochtones.

En règle générale, un fiduciaire est tenu de communiquer toute l'information pertinente à son commettant. L'importance que les tribunaux accordent à cette règle ressort clairement des arrêts *Guerin* et *Kruger*. Dans chaque cas, c'est en s'appuyant en partie sur ce fait que le tribunal a conclu qu'il y avait eu manquement à l'obligation des fiduciaires. Dans *Guerin*, par exemple, la bande n'avait pas été informée des modifications apportées aux conditions du bail. De même, dans *Kruger*, le juge Heald, qui a conclu à la violation des obligations de fiduciaire, a statué que la bande n'avait pas été informée de l'avis juridique formulé par le ministère de la Justice et selon lequel les terres indiennes pouvaient être expropriées. À la lumière des motifs des juges Wilson et Dickson dans l'arrêt *Guerin*, il semble également que la Couronne a l'obligation de consulter son commettant et de se conformer aux instructions qu'elle reçoit de ce dernier. Postérieurement à l'arrêt *Guerin*, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Sparrow*, une affaire concernant des mesures de conservation des ressources halieutiques, a elle aussi reconnu l'existence de l'obligation de la Couronne de consulter les Premières Nations. Cette obligation a également été reconnue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Skerryvore Ratepayers' Ass'n v. Shawanaga Indian Band*⁷⁹.

Un des aspects *sui generis* des rapports de fiduciaire entre la Couronne et les Premières Nations est peut-être l'obligation qu'a la première de fournir des fonds aux Premières Nations qui doivent participer à des actions en justice ou à d'autres procédures afin de défendre leurs intérêts. Dans l'affaire *Ominayak c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*⁸⁰, par exemple, les bandes indiennes participaient à des actions concernant les droits des demandeurs à certaines terres situées dans le nord de l'Alberta. Les bandes ont demandé à la Cour fédérale un jugement déclaratoire portant que la Couronne avait l'obligation de fiduciaire de leur avancer de l'argent pour leur permettre de poursuivre les actions en justice qu'elles avaient intentées afin de protéger leurs droits ancestraux

⁷⁹ (1993), 16 OR (3d) 390 (C.A. Ont.) 400, citant Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, 681n.

⁸⁰ [1987] 3 C.F. 174; (1987) 11 FTR 75.

ou issus de traités. Elles ont également demandé une ordonnance de mandamus visant à contraindre le Ministre et Sa Majesté à leur verser les sommes demandées. La Cour a rejeté la demande de mandamus, mais elle a refusé de faire droit à la demande de radiation de la déclaration, puisque, à la lumière des principes énoncés dans les arrêts *Guerin* et *Kruger*, il pourrait être possible de conclure à l'existence d'une obligation générale de la part de la Couronne de fournir de tels fonds.

Bien que cette question n'ait pas encore été débattue complètement devant les tribunaux, il existe de solides arguments permettant d'affirmer que les traités créent pour les Couronnes fédérale et provinciales des obligations de fiduciaire très rigoureuses. Dans ses motifs dans l'arrêt *Sioui*, le juge Lamer y fait allusion, quoique dans une remarque incidente faut-il le reconnaître, que «[l]a définition même d'un traité rend ... inévitable la conclusion que l'extinction d'un traité ne peut survenir sans le consentement des Indiens impliqués»⁸¹. Par conséquent, toute mesure prise par la Couronne fédérale ou par la Couronne provinciale, ou même par une société d'État, qui porterait atteinte à des droits issus de traités pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire, à moins que les autochtones n'aient consenti au préalable à la mesure en question. Il est possible d'affirmer que l'obligation de fiduciaire qu'a la Couronne de respecter les obligations qu'elle a prises dans les traités l'oblige à une adhésion et à une loyauté des plus strictes. Les descendants des signataires autochtones doivent consentir à toute dérogation aux conditions du traité. Dans le cas des traités numérotés conclus après la Confédération, les répercussions sur les droits issus de traités des conventions relatives aux transfert des ressources naturelles pourraient devoir être réexaminées sous cet éclairage.

La nature des obligations de fiduciaire de la Couronne a été élargie et constitutionnalisée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt qui a marqué un point tournant en la matière, *Sparrow*. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson et le juge LaForest, dans un jugement unanime de la Cour, ont formulé trois propositions justifiant la constitutionnalisation des obligations de fiduciaire de la Couronne à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

- (1) Le paragraphe 35(1) ... accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. Nous sommes évidemment conscients que cela découlerait de toute façon de l'arrêt *Guerin* [...]⁸².
- (2) [L]arrêt *Guerin*, conjugué avec l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* [...] 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 doit être définie en fonction de ces rapports historiques⁸³.

⁸¹ *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1063.

⁸² *Sparrow* (voir la note 47), p. 1108.

⁸³ *Ibid.*, p. 1108.

- (3) [L]’expression «reconnaissance et confirmation» comporte des rapports de fiduciaire déjà mentionnés et implique ainsi une certaine restriction à l’exercice du pouvoir souverain⁸⁴.

Ces trois exposés novateurs de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Sparrow* ont pour effet d’élargir de manière considérable le champ d’application de la notion de rapports de fiduciaire, et ce, d’au moins trois façons différentes. De fait, W.I.C. Binnie, qui a représenté la Couronne dans cette affaire, a qualifié l’arrêt *Sparrow* de «prodigieux bond en avant»⁸⁵.

À la lumière du texte de l’arrêt *Sparrow*, l’obligation de fiduciaire a été constitutionnalisée au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour a déclaré que la responsabilité d’agir en qualité de fiduciaire est un principe directeur général d’interprétation de l’article 35 – c’est-à-dire qu’il fait partie de l’article 35 lui-même, et qu’il n’est pas un «droit» ancestral. Il s’agit là d’un facteur important, puisque cela signifie que les requérants autochtones n’auront pas à établir, dans une action donnée, que l’obligation de fiduciaire est un «droit existant – ancestral ou issu de traité». Cela ne signifie pas pour autant que la nature ou le champ d’application spécifique de l’obligation de fiduciaire ne variera pas selon le contexte. Au contraire, il y aura certainement variation. Toutefois, la responsabilité générale d’agir en tant que fiduciaire fait partie de l’économie de l’article 35 et, par conséquent, du tissu de la Constitution du Canada.

En outre, le fait que, dans son exposé, la Cour ait affirmé que la Couronne a l’obligation d’agir «en qualité de fiduciaire» à l’égard des Premières Nations tend à indiquer qu’elle a cessé de limiter l’application de la notion de fiduciaire aux seules questions «territoriales», comme elle le faisait auparavant. Il semble que la Cour suprême du Canada a maintenant reconnu et constitutionnalisé une obligation générale de fiduciaire, obligation que doit respecter la Couronne dans l’ensemble de ses rapports avec les peuples autochtones. Il est possible de prétendre que cette obligation s’étend aux aspects de ses rapports qui concernent les politiques et le règlement des différends tout autant qu’à ses obligations en matière territoriale. Binnie, par exemple, prétend, en s’appuyant sur *Sparrow*, que la Cour suprême du Canada a clairement imposé cette obligation non seulement à la Couronne elle-même, mais également à l’exercice par celle-ci de son pouvoir de légiférer⁸⁶. Selon certains observateurs, le fait d’appliquer cette obligation à la fonction législative semble emporter pour les législatures l’obligation d’agir. De façon plus particulière, McTavish affirme que la Cour suprême du Canada a imposé l’obligation de négocier de bonne foi⁸⁷. Le devoir d’agir de bonne foi dans l’exécution de l’obligation de fiduciaire

⁸⁴ *Ibid.*, p. 1109.

⁸⁵ Propos tenus devant un groupe de travail durant l’assemblée annuelle de l’*Indigenous Bar Association*, le 3 novembre 1991.

⁸⁶ Binnie, «The Sparrow Doctrine» (voir la note 45), p. 217. Toutefois il est possible que l’obligation de fiduciaire n’aille pas jusqu’à contraindre les législateurs d’édicter des lois à certains moments. Voir *Bruno v. Canada*, [1991] 2 CNLR 22 (C.F. 1^{re} inst.), publié également sous l’intitulé *Bande Alexander (n° 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord Canadien)*, [1991] 2 C.F. 3.

⁸⁷ McTavish, *Judiciary Duties of the Crown* (voir la note 45), p. 181.

(c'est-à-dire une obligation dont l'exécution peut être demandée aux tribunaux) doit être respecté dans la politique fédérale sur les revendications territoriales.

Selon l'interprétation qu'a faite de l'article 35 la Cour suprême du Canada, il faut, en présence d'une obligation de fiduciaire, se demander si les limites imposées aux droits ancestraux ou issus de traités sont déraisonnables, si elles sont indûment rigoureuses et si elles ont pour effet de priver les Premières Nations du recours à leur moyen préféré d'exercer leurs droits. La Cour a également mentionné d'autres facteurs qui doivent être pris en considération afin de décider si, dans un cas donné, l'honneur de la Couronne a été préservé. Parmi ces facteurs mentionnons la question de savoir si une juste indemnisation est offerte en cas d'expropriation et celle de savoir si des consultations ont eu lieu⁸⁸. Il est possible d'affirmer que l'obligation d'offrir une juste indemnité pourrait s'appliquer à d'autres situations que l'expropriation. Cette interprétation devrait être prise en considération dans l'élaboration d'une nouvelle politique sur les revendications. Ces cas précis constituent autant d'obligations de fiduciaire distinctes, qui viennent s'ajouter aux obligations ordinaires qui incombent aux fiduciaires en vertu du droit canadien.

Néanmoins, compte tenu de la portée de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Sparrow*, il n'existe encore qu'une bien maigre jurisprudence sur la question. En effet, la majorité des décisions rendues jusqu'ici concernaient généralement des litiges relatifs à des droits de chasse et de pêche et portaient principalement sur l'application de la norme relative à la justification des atteintes aux droits prévus par le paragraphe 35(1). Dans la seule affaire ne portant pas sur des droits de chasse et de pêche que nous avons pu trouver, le tribunal a jugé que l'arrêt *Sparrow* n'était d'aucune utilité étant donné que les faits de cet arrêt concernaient la réglementation des pêches. Bien entendu, il y a toujours la décision de première instance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Delgamuukw*⁸⁹, qui a eu pour effet de limiter considérablement les principes énoncés dans *Sparrow*, tant en ce qui concerne l'extinction des droits ancestraux que les obligations de fiduciaire⁹⁰. Cette affaire est en appel et, jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada l'examine (si jamais elle le fait), il vaut probablement mieux ne pas y attacher trop d'importance. Même si les principes du droit des fiducies sont essentiels, il faudrait néanmoins adopter une approche générale, car le fait de se replier sur des positions

⁸⁸ *Sparrow* (voir la note 45), p. 1119.

⁸⁹ *Delgamuukw* (voir la note 76), p. 233.

⁹⁰ Même si la Cour a limité l'obligation de fiduciaire de la Couronne à l'obligation d'autoriser les demandeurs à utiliser, à des fins de subsistance, des terres de la Couronne inoccupées ou vacantes, sous réserve des lois d'application générale de la province, et ce, jusqu'à ce que ces terres aient été affectées à une autre destination, elle a néanmoins statué que la Couronne fédérale et les Couronnes provinciales sont tenues de respecter cette obligation de fiduciaire. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'a pas examiné la nature de l'obligation de fiduciaire dont il a été question en première instance; voir (1993), 104 DLR (4th) 470 (C.A.C.B.).

juridiques statiques s'est révélé une stratégie qui a entravé la réalisation de progrès dans le domaine des revendications. Comme l'a souligné un observateur :

[Traduction]

[I]l est possible qu'on ne puisse se limiter à l'état actuel du droit canadien pour dégager les critères fondamentaux d'une nouvelle politique. En effet, pour assurer le règlement juste et équitable d'un différend à la lumière des faits qui lui sont propres, il pourrait être nécessaire de s'interroger sur le caractère équitable de certaines actions en regard d'un ensemble de principes et du contexte historique dans son ensemble. À défaut d'agir ainsi, on ne saurait réaliser l'objectif fondamental de la réforme qui consiste à établir un mécanisme de règlement des griefs qui cesse d'être lui-même un obstacle à des rapports harmonieux entre la Couronne et les Autochtones. Le tribunal qui serait créé à cette fin ne manquera pas d'acquiescer de l'expertise dans ce domaine et contribuera sans nul doute à faire avancer le droit canadien et ne sera pas à sa remorque⁹¹.

Après *Sparrow*, le ministère des Affaires indiennes a fait circuler une note de service interne faisant état des répercussions de cette décision et sollicitant les vues des différents secteurs du Ministère en ce qui concerne les obligations de fiduciaire⁹². Dans cette note on reconnaissait que des obligations de fiduciaire pourraient prendre naissance dans le cadre de l'application par le Ministère de la loi, des règlements, des programmes (y compris des négociations) et des politiques, ainsi que par suite des pratiques du Ministère. En d'autres mots, on y reconnaît que pratiquement toutes les mesures prises par le ministère des Affaires indiennes relèvent des rapports de fiduciaire. On n'indiquait pas, dans ce document, que la Couronne est tenue à des obligations de fiduciaire envers les Autochtones en cas de litige devant les tribunaux, mais cette omission découle peut-être du fait que la note de service a été rédigée par des fonctionnaires du ministère de la Justice qui ne s'étaient pas penchés sur la question.

Les obligations de fiduciaire auxquelles sont tenus le Ministère et la Couronne dans tous leurs rapports avec les Premières Nations sont considérables et ont désormais un caractère constitutionnel. Même dans la note de service, par ailleurs relativement circonspecte, qu'a fait circuler le ministère des Affaires indiennes, on reconnaissait que les fonctionnaires doivent dans chaque cas se demander si des droits ancestraux ou issus de traités sont touchés par la mesure envisagée. Si c'est le cas (et le contraire est peu probable compte tenu de la nature des responsabilités du ministère des Affaires indiennes), les fonctionnaires doivent alors se demander si l'atteinte aux droits en question est raisonnable, si elle impose des contraintes excessives, si elle empêche l'exercice des droits en question et si l'objet ou l'effet de la restriction porte inutilement atteinte aux droits protégés.

⁹¹ Morris/Rose/Ledgett (voir la note 8), p. 188.

⁹² Ce document, qui n'est pas daté, a été obtenu par l'auteure (qui le conserve dans ses dossiers) de l'Assemblée des Premières Nations. Le 6 février 1991, ce document a été transmis par le chef national, George Erasmus, à tous les chefs pour qu'ils l'examinent.

Comme nous l'avons signalé précédemment, l'arrêt *Sparrow* appuie nettement la thèse selon laquelle la notion de rapports de fiduciaire s'applique autant à la Couronne fédérale qu'aux Couronnes provinciales. À la lumière de l'arrêt *Sparrow*, McTavish pose la question suivante : [Traduction] «[L]a Couronne provinciale sera-t-elle tenue responsable envers les peuples autochtones du défaut de s'acquitter de l'obligation positive de fiduciaire qui incombe clairement en droit au procureur général⁹³?» Le juge en chef Dickson semble avoir répondu affirmativement à cette question dans ses motifs concurrents dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*⁹⁴. Comme nous l'avons souligné plus tôt, le juge en chef Dickson reconnaît que «du point de vue des autochtones, toute division fédérale-provinciale que la Couronne s'est imposée à elle-même est interne et ne modifie aucunement la structure fondamentale des rapports entre le souverain et les Indiens»⁹⁵. Par conséquent, le partage des pouvoirs législatifs dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'attribution de la compétence sur les Indiens et les terres réservées pour les Indiens au gouvernement fédéral n'ont pas pour effet de libérer la Couronne provinciale de ses obligations de fiduciaire.

L'impulsion donnée par l'arrêt *Sparrow* doit conduire à un réaménagement complet des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. Pour ce qui est de la politique des revendications territoriales, ce réaménagement reste encore à faire. Toutefois, il est encourageant de noter que, dans sa plate-forme, le Parti libéral du Canada reconnaît que cette politique n'a pas été modifiée afin de tenir compte des faits nouveaux importants – tel l'arrêt *Sparrow* – survenus dans le droit applicable en la matière. À mon avis, le milieu juridique, et les avocats du gouvernement fédéral en particulier, ont été lents à saisir à quel point l'article 35 marque une rupture avec le passé et constitue un nouveau paradigme dans le cadre des rapports entre les Premières Nations et le Canada. Comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada dans *Sparrow*, l'importance de l'article 35 va au-delà de la protection constitutionnelle des droits des Premières Nations :

L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. *Il écarte les anciennes règles du jeu* en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines⁹⁶.

La mise en oeuvre de la nouvelle politique des revendications devrait être fondée sur une application généreuse du droit des fiducies. La réforme du processus des revendications doit être fondée sur les obligations de fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones. Parmi ces obligations, mentionnons les suivantes :

- l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts;

⁹³ McTavish, *Fiduciary Duties of the Crown* (voir la note 45), p. 194.

⁹⁴ *Mitchell c. Bande indienne Peguis* [1990] 2 R.C.S. 85.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 109.

⁹⁶ *Sparrow* (voir la note 47), p. 1106, (où la Cour cite les propos du professeur N. Lyon). Italiques ajoutés.

- l'obligation de communiquer toute l'information pertinente;
- l'obligation de financer la défense des droits fonciers;
- l'obligation de donner priorité aux intérêts des Autochtones sur les intérêts concurrents.

De fait, ces obligations ainsi que les autres qui découlent des rapports de fiduciaire doivent servir de principes directeurs en vue de la mise en oeuvre de la politique des revendications.

PROPOSITIONS EN VUE DU RENOUVELLEMENT DU MÉCANISME

Il est possible de dégager des principes directeurs régissant les rapports de fiduciaire plusieurs possibilités de modifications de la politique de revendication territoriale et du mécanisme de règlement des différends. À partir de ces principes et des récents engagements politiques décrits plus tôt dans le texte, il est essentiel d'apporter les modifications suivantes à la politique des revendications :

- établissement d'un mécanisme de règlement des différends indépendant du gouvernement, de manière à éviter les conflits d'intérêt, à assurer sa neutralité et de protéger les Premières Nations contre les actions défavorables de la Couronne;
- établissement, par les Premières Nations et le gouvernement, d'une institution qui fonctionnerait selon un protocole commun et qui pourrait recourir à toute méthode de règlement des différends disponible afin d'assurer une conclusion favorable des négociations; cette institution permettrait également d'éviter, relativement aux droits des intéressés, des conflits incompatibles avec les obligations du fiduciaire; enfin, elle aurait notamment pour rôle d'offrir des services de médiation et d'arbitrage obligatoires et non obligatoires, en plus d'assurer des fonctions quasi judiciaires;
- établissement d'une nouvelle politique des revendications rejetant l'extinction des droits, uniformisant la définition de la notion de revendication et les critères applicables, mettant l'accent sur la sauvegarde de l'honneur de la Couronne et le respect intégral des obligations de fiduciaire et, enfin, reconnaissant les droits ancestraux et issus de traités.

Du point de vue du règlement des différends et du mécanisme de règlement des revendications, la véritable question qui se pose est celle de savoir si les tribunaux devraient être saisis des questions touchant les revendications territoriales. Il s'agit là évidemment d'une décision politique. Toutefois, il existe de nombreuses raisons permettant d'affirmer que la réforme proposée devrait soustraire les revendications et les différends touchant celles-ci à la compétence des tribunaux et confier le tout à un organisme spécialisé indépendant, capable de statuer plus rapidement et plus équitablement. Ce tribunal indépendant ne devrait pas être considéré uniquement comme un élément de plus d'une politique par ailleurs déficiente. Même s'il est possible de réaliser des progrès immédiats en améliorant les procédures de règlement des différends concernant les revendications, il faut prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que les mécanismes de négociation

et d'établissement des politiques respectent les droits des Premières Nations, les principes du droit des fiducies et le principe de l'indépendance du processus décisionnel.

Tant les principes fondés sur le droit des fiducies, que les nombreux rapports et études publiés sur la question et la récente plate-forme du Parti libéral appuient l'établissement d'un mécanisme non contradictoire de règlement des différends concernant les revendications territoriales. Qui plus est, la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale commande que l'on partage le pouvoir de créer les institutions chargées de régler les conflits et que la mise en place de telles institutions se fasse de manière conjointe. Les tribunaux demeurent des institutions unidimensionnelles. Ils ne sont pas issus de l'application d'un tel partage des pouvoirs et ils ne sont pas réceptifs à une approche biculturelle. Ils sont les instruments d'un système contradictoire qui ne fait que peu ou pas de place aux solutions de rechange en matière de règlement des différends telles que l'arbitrage ou la médiation⁹⁷. Comme le démontrent les travaux de la Commission des revendications des Indiens, il faut faire appel à une approche spéciale lorsque des revendications indiennes sont en cause. En effet, la tradition orale des Premières Nations et la nature fragmentaire de la documentation historique disponible exigent une approche différente en matière de preuve et d'enquête. Les principes «juridiques» applicables à cet égard sont en pleine évolution.

Le système juridique canadien ordinaire ne tient pas compte des principes juridiques des Premières Nations. Or, il est absolument essentiel pour assurer un règlement équitable des revendications que les décideurs sachent faire montre de sensibilité aux réalités biculturelles dans l'analyse de ces revendications et l'application des normes pertinentes. De nouveaux principes et même un nouveau mécanisme de règlement des différends doivent être élaborés, idéalement par un organisme spécialisé dont la composition et le mandat refléteraient l'histoire, la culture et les traditions autochtones et non autochtones. Comme nous l'avons signalé plus tôt, un tel organisme spécialisé ferait vraisemblablement avancer le droit plutôt que d'être simplement à sa remorque. Ce leadership est essentiel, étant donné que le droit pertinent ne se limite pas au droit anglo-américain. Comme l'a souligné le professeur Brian Slattery :

[Traduction]

La doctrine des droits fonciers ancestraux ne tire son origine ni du droit des biens anglais ou français ni des coutumes autochtones. Il s'agit d'un ensemble de règles de droit autonomes qui font le pont entre les régimes autochtones de tenure foncière et les régimes européens de droit de propriété qui étaient appliqués dans les colonies. Cette doctrine emprunte à ces régimes sans en faire partie. Comme le reconnaît le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, les droits fonciers des Autochtones ont par conséquent un caractère *sui generis*⁹⁸.

⁹⁷ Pour une analyse intéressante des mécanismes de règlement des différends, sans référence toutefois aux traditions des Premières Nations en la matière, voir McCallum, *Dispute Resolution Mechanisms in the Resolution of Comprehensive Aboriginal Claims* (voir la note 8).

⁹⁸ Slattery, *Understanding Aboriginal Rights* (voir la note 45), pp. 744 et 745.

L'application d'une telle approche pourrait causer un certain inconfort au gouvernement, qui préférerait que le mécanisme soit empreint de certitude, autrement dit qu'on connaisse à l'avance les principes applicables. Toutefois, comme la Cour suprême l'a reconnu dans *Sparrow*, nous sommes en pleine période de réaménagement des règles du jeu. Bon nombre des anciennes normes et philosophies appliquées aux Premières Nations doivent être réexaminées d'un oeil critique, voire abandonnées. D'une certaine manière, nous traversons une période importante de changement et de remise en question d'un pan entier du droit. Les principes du droit des fiducies commandent que l'on ne permette pas à la Couronne, dans le cadre de cette remise en question, de se réfugier derrière de vieilles notions et d'anciennes décisions judiciaires qui sont les vestiges d'une période de la jurisprudence dont peu de nous sont fiers aujourd'hui. Comme l'a souligné le juge Hall, dans une décision qui a fait époque, l'arrêt *Calder* :

Il faut aborder la question de l'appréciation et de l'interprétation des documents historiques et des textes législatifs versés aux dossiers en se fondant sur les connaissances et recherches actuelles sans tenir compte des anciens concepts formulés à une époque où la compréhension des coutumes et de la culture des aborigènes de notre pays était rudimentaire et incomplète et où l'on pensait qu'ils étaient sans cohésion, lois ou culture et constituaient de fait une espèce inférieure⁹⁹.

À mon avis, la seule façon d'éviter que les revendications soient appréciées en fonction de notions archaïques ou de perceptions erronées concernant les Premières Nations et leur histoire est de veiller à ce que l'institution chargée d'examiner ces différends soit composée de représentants autochtones et non autochtones. Les tribunaux ne sont pas à même d'assurer cette diversité, pas plus que leur histoire ou leur raison d'être ne se prêtent à de telles innovations. Voilà pourquoi il nous faut établir un mécanisme de règlement des différends qui puisse, à cette seule fin, se substituer dans une large mesure aux tribunaux. Je suis consciente que le tribunal des revendications qui serait établi à cette fin ne serait pas en mesure de se soustraire entièrement au pouvoir de contrôle des tribunaux supérieurs. Toutefois, il devrait être possible de faire en sorte que les conclusions de fait, de droit et mixtes soient examinées au sein de la structure du tribunal, ce qui permettrait d'assurer une plus grande sensibilité, en appel, aux réalités biculturelles des revendications.

Tant que nous n'aurons pas établi un tribunal indépendant, habilité à faciliter les négociations, à agir comme médiateur dans les différends touchant les négociations et, lorsque tout le reste a échoué, à trancher ces différends, nous ne disposerons pas d'un véritable mécanisme de règlement des revendications. Les Premières Nations continueront d'être obligées de s'adresser aux tribunaux, en raison d'une politique de négociations incroyablement lente et manifestement inéquitable. Pour être efficace, un tribunal doit avoir des « dents » – ses décisions doivent être exécutoires – mais il doit également être créé de concert par le gouvernement fédéral et les Premières Nations. Le rôle des provinces

⁹⁹ *Calder* (voir la note 7), p. 346.

dans la création de ce tribunal est une question importante, compte tenu du fait que la *Loi constitutionnelle de 1867* a eu pour effet de transférer aux provinces la compétence sur les terres et les ressources naturelles. La participation des provinces à l'établissement de ce tribunal pourrait bien être nécessaire, bien que l'article 35 semble autoriser une certaine latitude, même à l'égard des articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant la magistrature.

Il faudrait envisager sérieusement la création d'une commission des revendications indépendante, capable de faciliter les négociations (notamment en établissant des échéanciers ou en apportant le soutien logistique nécessaire), d'agir comme médiateur lorsque des désaccords commencent à se cristalliser et, ultimement, de trancher les différends. Il faut, en s'inspirant des progrès réalisés en matière de mécanismes de règlement des différends, façonner des techniques adaptées au contexte biculturel particulier des rapports qu'entretiennent la Couronne et les Premières Nations. Un organisme spécialisé peut élaborer de nouvelles techniques de règlement des différends en s'inspirant des solutions les plus intéressantes proposées dans la littérature pertinente, en les mettant à l'essai et en les perfectionnant jusqu'à ce qu'elles permettent de tenir compte de l'historique de ces différends et de leur contexte. Le travail impressionnant qu'a réalisé dès le départ la Commission des revendications des Indiens m'a convaincue que l'organisme indépendant qui serait chargé du règlement des revendications devrait disposer de la latitude et l'appui nécessaires pour être en mesure d'acquérir ce bagage de connaissances et de l'appliquer au règlement des différends concernant les revendications.

Pour être vraiment indépendante, une commission des revendications devrait être créée par voie législative. Cette loi devrait d'abord être approuvée par les Premières Nations, puis faire l'objet d'un protocole signé par des dirigeants du gouvernement fédéral et des Premières Nations. En effet, sans assises législatives, l'organisme en question pourrait être aboli par une partie – le gouvernement fédéral (ou le pouvoir exécutif, s'il était aboli par décret) – et cette menace de tous les instants aurait un effet paralysant sur ses travaux. Dans de telles circonstances, la commission ne serait pas vraiment indépendante, puisque son existence serait tributaire de l'appui du pouvoir exécutif. Une commission des revendications indépendante doit, dans une certaine mesure, être à l'abri des vicissitudes de la politique pour être en mesure d'examiner les différends avec le regard et l'indépendance nécessaires pour assurer l'équité et l'impartialité du mécanisme. Même si un geste politique est nécessaire pour créer une telle institution, ce geste doit être accompli en tenant compte des obligations de fiduciaire de la Couronne et de la nécessité d'éliminer les conflits d'intérêts et le caractère nettement inéquitable de la politique actuelle. Un autre aspect intéressant d'un texte de loi parrainé conjointement par le fédéral et l'APN est que les dispositions relatives à la nomination et à la rémunération des commissaires pourraient être établies d'une manière analogue aux dispositions concernant les salaires et l'indépendance des juges dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Évidemment, les Premières Nations et le gouvernement fédéral pourraient créer une cour des revendications. Cependant, bon nombre d'arguments militent à l'encontre de cette solution : la nécessité de s'écarter du système contradictoire, d'établir une approche

spéciale en ce qui a trait à la preuve et de favoriser la sensibilité aux réalités interculturelles dans la détermination des principes devant être appliqués en vue du règlement des différends. Une cour pourrait être créée en vue de connaître des appels du tribunal administratif chargé d'examiner les revendications. De fait, une telle solution devrait être envisagée. Cependant, comme nous l'avons vu plus tôt, il ne semble pas qu'une cour de justice permettrait d'apporter une solution aux multiples problèmes que créent les politiques et le cadre institutionnel qui régissent actuellement les revendications. Le tribunal spécialisé pourrait se voir confier une compétence générale et la souplesse nécessaire sur le plan procédural.

L'organisme qui serait ainsi établi devrait être habilité à faire rapport annuellement de l'avancement de ses travaux et au Parlement et aux Premières Nations, et à formuler des suggestions quant aux améliorations susceptibles d'être apportées au processus. Les parties devraient être liées par ses décisions. Par ailleurs, le recours à l'organisme devrait être obligatoire, autrement les parties retourneront rapidement à leurs habitudes de confrontation. Le tribunal Waitangi en Nouvelle-Zélande est un exemple pertinent pour les fins du présent document, même si, doit-on le rappeler, toute réforme des politiques canadiennes en la matière doit tenir compte des conditions particulières du pays et du fait que les Premières Nations du Canada n'ont rien à voir avec les Maoris. Jusqu'en 1988, le tribunal Waitangi, à l'instar de l'actuelle Commission des revendications des Indiens, ne possédait que le pouvoir de formuler des recommandations au gouvernement. Dans bon nombre de cas, le gouvernement ne tenait pas compte des décisions du tribunal ou rejetait ses recommandations. Même aujourd'hui, les parties ne sont tenues de s'adresser au tribunal Waitangi qu'à l'égard de certains différends et, comme le caractère obligatoire des décisions du tribunal est fonction de leur acceptabilité pour le public, les droits des Maoris peuvent être compromis sérieusement¹⁰⁰. En effet, cette notion d'acceptabilité pour le public peut faire en sorte que les droits des Maoris, qui ne sont qu'une minorité de la population en Nouvelle-Zélande, soient tout bonnement rejetés par la majorité de la population par suite d'une campagne médiatique négative. Un tel mécanisme n'est pas indiqué au Canada, compte tenu des obligations de fiduciaire qu'a la Couronne envers les Premières Nations. En effet, si, dans le cadre d'un sondage d'opinion réalisé au pays, les répondants se prononçaient en faveur de l'élimination des droits ancestraux et issus de traités, toute mesure prise par le gouvernement en ce sens serait contestée au motif qu'elle violerait et l'obligation de fiduciaire de la Couronne et les garanties constitutionnelles prévues par l'article 35.

Outre la création d'un tel organisme indépendant, d'autres réformes s'imposent. Par exemple, autant dans le domaine des recherches historiques que dans celui du financement des revendications, une plus grande indépendance est nécessaire. Même si, au cours des dernières années, nous avons assisté à la création de centres de recherche sur les droits ancestraux et issus de traités dans les diverses régions du pays, les ressources budgétaires consacrées par le gouvernement aux recherches sont, pour l'essentiel, dépensées à l'interne.

¹⁰⁰ Voir McCallum, *Dispute Resolution Mechanisms* (voir la note 8), p. 157.

De même, les recherches fondamentales sur les revendications continuent d'être menées à l'interne. Cette situation ne manque pas de soulever certaines inquiétudes en matière de conflit d'intérêts. Des mesures doivent être envisagées afin d'assurer une certaine indépendance des activités de recherche. Il faudrait peut-être qu'une commission des revendications indépendante puisse disposer de ses propres ressources en matière de recherche à l'égard des différends concernant les revendications et, sans remplacer les centres de recherche existants sur les droits ancestraux et issus de traités, charger un groupe d'universitaires indépendants de superviser les travaux réalisés dans ce domaine, peut-être en adoptant des lignes directrices sur l'éthique en matière de recherche analogues à celles établies par la Commission royale sur les peuples autochtones en 1993.

Le financement est également une question cruciale, et les arrangements actuels ont fait l'objet de critiques considérables. Le financement est accordé sous forme de prêts remboursables en cas de règlements. D'ailleurs, le ministère des Affaires indiennes exerce sur ces budgets un contrôle très serré, qui va presque jusqu'à dicter le type de recherches ou de services professionnels que les requérants peuvent se procurer afin de rédiger leur mémoire. Il faut prendre des mesures pour que les décisions concernant le financement soient prises de façon indépendante. Même si on a reproché au Ministère les conflits d'intérêt manifestes qui caractérisent ses décisions concernant le financement des causes types, aucune mesure n'a encore été prise pour confier ces décisions à un organisme indépendant. Une commission des revendications indépendante devrait avoir la responsabilité des décisions concernant le financement et devrait veiller à ce que ces décisions soient prises indépendamment de l'appréciation du bien-fondé des revendications. Le fait de permettre à tout requérant de pouvoir présenter une revendication est un objectif important. Il est plausible de croire que bon nombre de revendications n'ont pas encore été présentées en raison du contrôle exercé par le Ministère sur les fonds accordés en vue de la préparation des mémoires.

Une commission des revendications indépendante devrait s'acquitter d'un certain nombre d'autres fonctions, notamment :

- établir une base de données concernant les règlements antérieurs;
- renseigner le public sur le processus des revendications et sur l'importance de régler celles-ci de manière équitable;
- surveiller l'aliénation des terres et des ressources naturelles durant les négociations;
- traduire les documents dans les langues des Premières Nations;
- trouver des sources d'information et de formation en ce qui concerne le règlement des différends et les habiletés à la négociation;
- examiner les différends découlant de la mise en oeuvre des règlements.

LA COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS

La Commission des revendications des Indiens est une institution importante qui, même si elle n'existe que depuis deux ans, a déjà su établir sa crédibilité et acquérir de l'expertise dans le domaine des négociations et de la médiation en contexte interculturel. Son efficacité est toutefois minée par le fait que le gouvernement ne donne pas suite à ses recommandations et par l'impression selon laquelle celui-ci exercerait un certain contrôle sur elle, notamment en ce qui concerne la nomination de ses membres. La Commission ne jouit pas d'une indépendance suffisante pour rendre des décisions obligatoires et son mandat est par ailleurs trop restreint. Elle ne bénéficie pas d'assises législatives lui accordant tous les pouvoirs dont elle aurait besoin pour fonctionner efficacement, notamment à titre de tribunal quasi judiciaire. De plus, il semble que ses services de médiation ne soient pas utilisés parce qu'elle n'a aucun pouvoir «concret» de surveillance sur le déroulement des négociations, sauf avec le consentement des parties. D'ailleurs, le gouvernement tarde à faire appel à ses services à cet égard. Cette situation ne changera pas à moins qu'on ne renforce les pouvoirs de surveillance de la Commission.

La commission indépendante dont on a besoin est une institution qui aurait compétence sur les revendications, de l'étape de la détermination de leur recevabilité jusqu'à celle de la mise en oeuvre des règlements. Cette commission pourrait se voir confier compétence de façon progressive. Par exemple, on pourrait, dans un premier temps, lui donner compétence en matière d'examen de la recevabilité et des règlements, puis, dans un deuxième temps, lui confier des pouvoirs de surveillance accrus sur le déroulement des négociations. Peut-être que, compte tenu de son mandat actuel, la Commission des revendications des Indiens pourrait jouer le rôle qu'on entend confier, dans la première étape, à l'organisme censé devenir un mécanisme de règlement des revendications complètement indépendant.

Pour assurer l'indépendance d'un tel mécanisme, il faut lui donner des assises législatives fondées sur un protocole établi conjointement par les Premières Nations et le gouvernement fédéral. Un tel protocole exigerait la prise de mesures législatives adoptées et par le Parlement et par les Premières Nations, dans le cas de ces dernières adoptées au moyen d'une procédure appropriée (par voie de résolution). Il convient de bâtir sur les acquis de la Commission des revendications des Indiens plutôt que de repartir à zéro et de risquer de perdre le bagage de connaissances accumulé par les commissaires, le personnel professionnel de la Commission et le protocole qu'est en train d'établir cette dernière. Cette solution devrait être examinée attentivement par le gouvernement et les dirigeants des Premières Nations. Les travaux accomplis par le Groupe de travail mixte, même s'ils ont porté principalement sur la politique des revendications particulières, sont également utiles en vue d'amorcer le dialogue. Les propositions qu'ils renferment relativement au règlement des différends et à l'établissement de comités d'examen indépendants constituent de bons éléments de départ, même si elles n'appuient pas suffisamment la création d'une commission qui serait tout à fait indépendante et qui aurait compétence sur le processus de négociation des revendications.

QUESTIONS TOUCHANT SUR LA TRANSITION DIALOGUE SUR LA RÉFORME

Il est évident qu'il y a consensus en faveur de l'établissement d'une commission des revendications indépendante. Toutefois, il faudra les efforts concertés et la volonté de tous les intervenants pour que cette décision politique qui fait consensus se traduise par une politique mise en oeuvre dans un cadre législatif. Une telle mesure ne peut être prise unilatéralement par le gouvernement. Il faudra, pour assurer la mise en oeuvre de ces propositions, prévoir un mécanisme permettant aux dirigeants des Premières Nations et aux ministres fédéraux concernés de se rencontrer pour convenir d'une stratégie de mise en oeuvre, d'un protocole ainsi que de la mesure législative et des résolutions nécessaires. Si la volonté politique y est et si le personnel nécessaire est affecté aux diverses tâches administratives requises, notamment la rédaction, ce travail ne devrait prendre que quelques mois.

Le fait que la réalisation de progrès dans le domaine des revendications soit intimement liée à la réalisation de progrès sur d'autres points, notamment l'autonomie gouvernementale et l'indépendance économique, justifie d'accorder une priorité élevée au règlement des revendications. Il s'agirait là d'une excellente occasion de travailler à l'amélioration des rapports entre le gouvernement et les Premières Nations. Il y a déjà trop longtemps que l'on tarde à rétablir un climat de confiance ainsi que des rapports harmonieux et durables. À mon avis, il n'existe pas d'empêchement important de nature théorique, juridique ou constitutionnel faisant obstacle à la création d'une commission des revendications indépendante. La mise en oeuvre de ces propositions entraînera inévitablement des changements, mais ces changements feront en sorte que la Couronne aura désormais une conduite plus conforme à ses obligations de fiduciaire envers les Premières Nations. Encore une fois, c'est un changement qui se faisait attendre depuis longtemps. Comme le Parti libéral le reconnaît dans sa plate-forme, la politique des revendications territoriales n'a pas suivi l'évolution de la jurisprudence. Les tribunaux reconnaissent, depuis *Sparrow*, que les règles du jeu doivent être changées et que les Premières Nations doivent participer pleinement à ce processus de modification. La politique doit être revue pour tenir compte de cette réalité.

Je crois que la Commission des revendications des Indiens pourrait jouer un rôle utile dans la mise en oeuvre de la nouvelle politique. En effet, elle dispose d'une stratégie de communication efficace en plus d'être très familière avec les politiques existantes et les

différentes solutions possibles en vue de la réforme du processus. Même si la Commission n'a actuellement qu'un mandat limité, comme elle compte sur les services de médiateurs expérimentés, elle pourrait offrir ses «bons offices» afin d'aider les Premières Nations et les gouvernements à amorcer sans délai les discussions préliminaires nécessaires à la mise en oeuvre de la plate-forme libérale.

CONCLUSION

Nous n'avons pas, dans le présent article, examiné de manière exhaustive la politique des revendications. Il faudra en effet consacrer bien d'autres efforts à cette question. Toutefois, ce qu'il faut, ce ne sont pas des recherches théoriques ou universitaires, mais plutôt que les chefs des Premières Nations et les politiciens et fonctionnaires fédéraux s'assoient autour d'une même table et établissent un programme en vue de la mise en oeuvre des engagements prévus par la plate-forme du Parti libéral. Il faut faire revivre le Groupe de travail mixte et élargir son mandat, en lui demandant d'examiner et la politique des revendications globales et celles des revendications particulières, et de concevoir un mécanisme indépendant de règlement des revendications. Nous avons joint au présent document, pour examen, une ébauche de protocole en vue de la création d'un nouveau Groupe de travail mixte Premières Nations-Canada chargé de l'établissement d'une commission des revendications indépendante (annexe A)

Il faudra fixer un délai précis pour la mise en oeuvre des propositions examinées dans le présent article et de celles figurant dans le protocole qu'avait préparé l'ancien Groupe de travail mixte. Autrement, comme cela s'est trop souvent produit par le passé, toutes les bonnes intentions du monde ne mèneront à rien si la tâche est laissée à des fonctionnaires qui n'ont pas d'intérêt dans la réforme. Dans l'intervalle, la Commission des revendications des Indiens pourrait, si les divers intervenants jugent la chose utile, aider au dialogue entre les intéressés. Il serait également possible, pendant la période de 12 à 24 mois que prendra l'établissement d'un mécanisme de règlement des revendications plus indépendant et compatible avec les obligations de fiduciaire de la Couronne, d'apporter certaines améliorations au processus d'examen des revendications. Par exemple, toutes les revendications rejetées à l'étape de la détermination de la recevabilité pourraient désormais être renvoyées d'office à la Commission des revendications des Indiens pour examen. Une telle mesure permettrait d'assurer aux requérants le respect des garanties d'équité en matière administrative.

À l'heure actuelle, le programme de réforme du processus des revendications territoriales est au point mort. Il s'agit d'une situation tragique, compte tenu du fait qu'il existe bon nombre de solutions qui permettraient d'améliorer les choses dès à présent et que tous les intervenants sur la scène politique se sont entendus sur les problèmes qui affligent le processus et se sont engagés à apporter les réformes nécessaires. Si nous continuons à remettre à plus tard la réforme du processus des revendications territoriales, nous ferons face à une hostilité croissante, et les perspectives de rapports harmonieux et durables entre

les Premières Nations et la Couronne s'assombriront davantage. Qui plus est, il est essentiel de donner la priorité à la réforme des politiques relatives aux revendications territoriales afin d'accomplir des progrès dans la réalisation de l'objectif qui est de favoriser la reprise économique au sein des collectivités indiennes et l'autosuffisance des Premières Nations. Comme l'a souligné la Commission royale sur les peuples autochtones :

Pendant la plus grande partie de l'histoire de l'humanité, la clé de l'autosuffisance a été la terre, la source de toutes les richesses et la base de tous les modes de vie, depuis le mode de vie traditionnel jusqu'au mode de vie moderne. La propriété des terres est encore ce qui justifie de nombreux efforts faits par les autochtones pour ouvrir les portes du développement économique à leurs collectivités¹⁰¹.

¹⁰¹ Commission royale sur les peuples autochtones, *Au coeur du dialogue*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1993, p. 46.

ANNEXE A

PROJET DE PROTOCOLE VISANT LA CRÉATION D'UN GROUPE DE TRAVAIL MIXTE DES PREMIÈRES NATIONS ET DU CANADA CHARGÉ D'ÉTABLIR UNE COMMISSION DES REVENDICATIONS INDÉPENDANTE.

Le présent protocole a été signé en ce _____ jour de _____ 1995.

PAR :

L'Assemblée des Premières Nations agissant pour les chefs des communautés des Premières Nations du Canada et représentée par le chef national (l'«Assemblée»);

ET :

Le gouvernement du Canada, représenté par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien («le Canada»).

ATTENDU :

QUE l'Assemblée s'efforce de régler honorablement toutes les revendications territoriales afin d'assurer un dénouement paisible des différends qui opposent les Premières Nations et le Canada, et la restitution aux Premières Nations de leurs terres et ressources naturelles, éléments essentiels d'une véritable autonomie gouvernementale;

QUE le gouvernement du Canada a reconnu l'importance de refondre en profondeur de la politique fédérale des revendications territoriales et, plus particulièrement, de créer une commission des revendications indépendantes, qui serait chargée de régler tous les différends découlant des revendications territoriales;

QUE le présent protocole vise à mettre sur pied un organisme mixte qui aurait pour mission d'établir une commission des revendications juste, efficace et pleinement indépendante qui aurait pour mission de veiller à la réalisation des engagements mutuels de l'Assemblée et du Canada;

L'ASSEMBLÉE ET LE CANADA CONVIENNENT DE CE QUI SUIT :

1. L'Assemblée et le Canada constituent le Groupe de travail politique mixte et le Groupe de travail technique mixte composés des membres permanents et suppléants énumérés à l'annexe A ci-jointe [à ajouter].
2. Le Groupe de travail politique mixte a pour mission d'amorcer sans délai des discussions sur la mise en oeuvre de la proposition du gouvernement d'établir une commission des revendications pleinement indépendante. Le Groupe de travail technique mixte appuiera les travaux du Groupe de travail politique mixte.
3. Les parties au présent protocole peuvent, individuellement ou conjointement, demander à l'actuelle Commission des revendications des Indiens de leur fournir l'appui administratif, technique ou autre dont elles estiment avoir besoin dans le cadre de leur discussions visant l'établissement d'une commission des revendications indépendante.
4. Le Groupe de travail politique mixte établira les plans de la commission des revendications indépendante, auxquels on donnera corps dans un projet de loi fédéral. Seront également préparées les résolutions nécessaires portant confirmation et appui qui doivent être soumises aux chefs réunis en assemblée.
5. La commission des revendications indépendante sera créée conjointement par le Canada et l'Assemblée, et la composition ainsi que le mandat de la commission proposée devront refléter cet engagement en faveur de l'égalité politique et de la prise de décision en commun.
6. La commission des revendications indépendante sera conçue de manière à assurer le respect intégral de toutes les obligations de fiduciaire qui incombent au gouvernement fédéral envers les Premières Nations et à favoriser la conclusion de règlements négociés des revendications, particulièrement grâce au recours aux diverses solutions de rechange aux tribunaux, en matière de règlement des différends, notamment en agissant comme arbitre ou médiateur, ou, en tout dernier recours, en statuant sur le différend. De plus, les deux Groupes de travail veilleront à intégrer à la procédure de la commission des revendications indépendante les traditions des Premières Nations en matière de règlement des différends.
7. Les membres du Groupe de travail politique mixte s'efforceront de préparer leurs diverses recommandations et ébauches par voie de consensus et, à cette fin, ils peuvent, au besoin, retenir les services de spécialistes indépendants capables de faciliter leurs discussions.
8. Le Groupe de travail politique mixte déposera le rapport de ses activités, accompagné du projet de loi et des résolutions l'Assemblée, avant le 1^{er} janvier 1996, de façon que la commission des revendications indépendante puisse être mise en place avant le 1^{er} juin 1996.
9. L'Assemblée et le Canada conviennent de ne pas faire d'annonces publiques ou médiatiques concernant la commission des revendications indépendante tant que le Groupe de travail politique mixte n'aura pas terminé ses travaux et que le chef national de l'Assemblée et le Ministre n'auront pas convenu de le faire.

10. L'Assemblée et le Canada conviennent que les membres du Groupe de travail politique mixte peuvent, en plus de travailler à la réalisation de leur mandat spécifique qui consiste à établir les plans d'une commission des revendications pleinement indépendante, formuler toute autre recommandation visant la réforme des politiques fédérales en matière de revendications territoriales. Cependant, les parties conviennent que l'objectif prioritaire en vue de la réforme des politiques est l'établissement d'une commission des revendications indépendante qui serait chargée de régler les différends découlant de tous les types de revendications.

11. Le Canada fournira à l'Assemblée les ressources financières nécessaires pour qu'elle puisse participer pleinement aux deux groupes de travail mixtes, conformément aux dispositions du budget proposé à l'égard de ces groupes à l'annexe B ci-jointe [à ajouter].

12. Sous réserve des règles relatives à la confidentialité et au secret professionnel et des restrictions prévues par la législation sur l'accès à l'information, l'Assemblée et le Canada s'engagent à mettre à la disposition des groupes de travail mixtes toute l'information relevant de l'Assemblée et du Canada qui sont nécessaires à la bonne marche des travaux de ces groupes.

13. Le présent protocole sera valide pendant une période douze mois à compter de la date à laquelle les membres du groupe de travail politique mixte se réuniront pour la première fois. La période de validité du protocole pourra être prolongée avec le consentement écrit de l'Assemblée et du Canada.

EN FOI DE QUOI le chef national de l'Assemblée et le Ministre ont apposé leur signature pour le compte de l'Assemblée et du Canada respectivement.

Le chef national de l'Assemblée

Le ministre des Affaires indiennes
et du Nord canadien

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- Abel, Richard, dir., *The Politics of Informal Justice: The American Experience*, vol. 1, Toronto, Academic Press, 1982.
- Arthurs, Harry W., *Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century England*, Toronto, University of Toronto Press, 1984.
- Asch, Michael, «Errors in Delgamuukw: An Anthropological Perspective» dans Frank Cassidy, dir., dans *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Vancouver, Oolichan Books et Institute for Research on Public Policy, 1992, 221.
- Asch, Michael, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*, Toronto, Methuen Publications, 1984.
- Asch, Michael, «Wildlife: Defining the Animals the Dene Hunt and the Settlement of Aboriginal Rights Claims», [1989] Can. Pub. Pol., 205.
- Asch, Michael et Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*», (1991) 29, Alb. L. Rev., 498.
- Assemblée des Premières Nations, *AFN's Critique of Federal Government Land Claims Policies*, Ottawa, Assemblée des Premières Nations, 1990.
- Assemblée des Premières Nations, *Doublespeak of the 90's: A Comparison of Federal Government and First Nations Perceptions of the Land Claim Process*, Ottawa, Assemblée des Premières Nations, 1990.
- Assemblée des Premières Nations, *Land Claims Reform Process: Towards an Adequate First Nation Land and Resource Base*, Ottawa, Assemblée des Premières Nations, août 1994.
- Association du Barreau canadien, *New Zealand's Waitangi Tribunal: An Alternative Dispute Resolution Mechanism*, Association du Barreau canadien, Ottawa, [non daté].
- Association du Barreau canadien, *Rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien sur les droits autochtones au Canada : Du défi à l'action*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1988.
- Association of Iroquois and Allied Indians, *The Indian Land Claims Resolution Process (An Information Paper)*, Walpole Island, Ontario, mars 1980.
- Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984.
- Barber, Lloyd I., «Indian Claims Mechanisms», (1973-1974) 38 Sask. L. Rev. 11.
- Barsh, Russel L., «Indian Land Claims Policy in the United States», (1982) 58 North Dakota L. Rev. 7.

- Bartlett, Richard H., «The Dettah Resolution and the dene-Metis Land Claim Settlement», (1990) 3 C.N.L.R. 1.
- Bartlett, Richard H., «The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians», (1989) 53 Sask. L.R. 302.
- Bartlett, Richard H., «The Landmark Case on Aboriginal title in Australia: *Mabo v. State of Queensland*», (1992) 3 C.N.L.R. 4.
- Bartlett, Richard H., «Resource Development and the Extinguishment of Aboriginal Title in Canada and Australia», (1990) 20 Univ. of W. Aust. L. Rev. 453.
- Bartlett, Richard H., «You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: *Guerin v. The Queen*», (1984-1985) 49 Sask. L.R. 367.
- Bartlett, Richard H., «You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians», (1989) 53 Sask. L.R. 302.
- Berger, Thomas R., *Le Nord : terre lointaine, terre ancestrale*, Rapport de l'enquête sur le pipeline de la vallée du Mackenzie, vol. 1. Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1977.
- Binnie, W.I.C., «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning», (1990) 15 Queen's L.J. 217.
- Boldt, Menno et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.
- Boldt, Menno et J. Anthony Long, «Tribal Philosophies and the Canadian Charter of Rights and Freedoms» dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 165.
- Brennan, Frank S.J. et coll., *Finding Common Ground: An Assessment of the Bases of Aboriginal Land Rights*, 2^e éd., Blackburn, Victoria, Collins Dove, 1986.
- British Columbia Task Force, *The Report of the British Columbia Task Force*, Vancouver, Imprimeur de la Reine, le 28 juin 1991.
- Brody, Hugh, *Maps and Dreams: Indians and the British Columbia Frontier*, Markham, Ontario, Penguin Books, 1981.
- M. Bryant, «Aboriginal Self-Government and the Crown's Fiduciary Duties: The Phantom of Fiduciary Law», (1993) 27 U.B.C.L. Rev. 19.
- Busby, Karen, Lisa Fainstein et Holly Penner, dir., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation*, Winnipeg, Université du Manitoba, Legal Research Institute, 1990.
- Cain, Maureen, «Beyond Informal Justice», (1985) 9, *Contemporary Crises*, 1.
- Canada, *Dossier en souffrance, une politique des revendications des autochtones*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1982.
- Canada, *En toute justice : une politique des revendications autochtones*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1981.
- Canada, *Fact Sheets: Native Claims in Canada*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, février 1985.

- Canada, *La politique indienne du gouvernement du Canada*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1969.
- Canada, *La politique des revendications globales*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1987.
- Canada, *Politique du Gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1993.
- Canada, *Revendications foncières des autochtones. Aperçu de la politique* (document d'information préparé dans le cadre du 3^e atelier national du Comité canadien des ressources arctiques portant sur les gens, les ressources et l'environnement au nord du 60^e parallèle), Yellowknife, les 1^{er} et 3 juin 1983, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, mai 1983.
- Canada, *Traités en vigueur, ententes durables : rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, décembre 1985.
- Cardinal, Harold, *The Unjust Society*, Edmonton, Hurtig, 1969.
- Cassidy, Frank, dir., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Vancouver, Oolichan Books et Institute for Research on Public Policy, 1992.
- Cassidy, Frank, dir., *Reaching Just Settlements – Land Claims in British Columbia* (actes d'une conférence tenue les 21 et 22 février 1990), Vancouver, Oolichan Books et Institute for Research on Public Policy, 1991.
- Chayes, Abraham, «The Role of the Judge in Public Law Litigation», (1976) 89 Harv. L. Rev. 1281.
- Chefs indiens de l'Alberta, *Citizens Plus* (exposé présenté par les chefs indiens de l'Alberta au Très Honorable P.E. Trudeau, Premier ministre, et au gouvernement du Canada), Edmonton, Indian Association of Alberta, 1970.
- Ciaccia, John, «The Settlement of Native Claims», (1977) 15 Alberta L. Rev. 556.
- Coates, Kenneth S., et William R. Morrison, dir., *For the Purposes of Dominion: Essays in Honour of Morris Zaslow*, North York, Ontario, Captus University Press, 1989.
- Colvin, Eric, *Legal Process and the Resolution of Indian Claims, Studies in Aboriginal Rights No. 3*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1981.
- Commission des revendications des Indiens, *Rapport annuel 1991-1994*, Ottawa, Commission des revendications des Indiens, 1994.
- Commission sur les Indiens de l'Ontario, *Document de travail traitant des revendications territoriales des Premières Nations*, Toronto, Commission sur les Indiens de l'Ontario, 1990.
- Coyle, Michael, «Traditional Indian Justice in Ontario: A Role for the Present?», (1986) 24 Osgoode Hall L. J. 605.
- Crowe, Keith, «A Summary of Northern Native Claims in Canada: The Process and Progress of Negotiations», (1979) 3 *Inuit Studies* 31.
- Daniel, Richard C., *Le règlement des revendications des autochtones, 1867-1979* (rapport préparé pour le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), Ottawa, 1980.

- Dene/Metis Negotiations Secretariat, *The Dene/Metis Land Claim: Information Package* [non daté].
- Dene Nation, *Dene Declaration*, dans Melville Watkins, dir., *Dene Nation – the Colony Within*, Toronto, University of Toronto Press, 1977, pp. 3-4.
- Dene Nation, *Dene Nation Annual Report*, de 1983 à 1991.
- Diamond, Billy, «Aboriginal Rights: The James Bay Experience» dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 281.
- Druckman, Daniel, *Negotiation: Social-Psychological Perspectives*, London, Sage, 1977.
- Druckman, Daniel et B.J. Broome, «Value Difference and Conflict Resolution», (1991) 35 *Journal of Conflict Resolution* 571.
- Durie, Eddie T. et G.S. Orr, «The Role of the Waitangi Tribunal and the Development of a Bicultural Jurisprudence», (1990-1991) 14 *N.Z.Univ.L.Rev.* 62.
- Emond, D. Paul, «Case Comment: *Guerin v. R.*», (1986) 20 *E.T.R.* 61.
- Erasmus, Georges, «Introduction: Twenty Years of Disappointed Hopes» dans Boyce Richardson, dir., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country*, Toronto, Summerhill Press, 1989, p. 1.
- Feit, Harvey, «Negotiating Recognition of Aboriginal Rights: History, Strategies and Reactions to the James Bay and Northern Quebec Agreement», (1980) 1 *Canadian Journal of Anthropology* 159.
- Fisher, Roger, «Negotiating South Africa's Future», (1987) 3 *Negotiation Journal* 231.
- Fisher, Roger, William L. Ury et Bruce Patton, *Getting to YES: Negotiating Agreement Without Giving In*, 2^e éd., Toronto, Penguin Books, 1991.
- Fiss, Own M., «Against Settlement», (1983-1984) 93 *Yale Law J.* 1073.
- Fuller, Lon L., «The Forms and Limits of Adjudication», (1978) 92 *Harv. Law Rev.* 353.
- Fumoleau, René, *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 & Treaty 11 1870-1973*, Toronto, McClelland & Stewart, 1974.
- Gifford, Donald G., «A Context-Based Theory of Strategy Selection in Legal Negotiations», (1985) 46 *Ohio State Law J.* 41.
- Goldberg, Stephen B., Frank E.A. Sander et Nancy H. Roger, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 2^e éd., Toronto, Little, Brown and Co., 1992.
- Greschner, Donna, «Judicial Approaches to Equality and Critical Legal Studies» dans Sheilah L. Martin et Kathleen E. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, p. 59.
- Grillo, Trina, «The Mediation Alternative: Process Dangers for Women», (1991) 100 *Yale Law J.* 1571.
- Groupe de travail des Nations Unies sur les peuples autochtones, *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*, co. E/CN. 4/Sub:2/1989/29.
- Henderson, James Youngblood, «Aboriginal Rights in Western Legal Tradition» dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, New York, Dutton, 1975.

- Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992.
- Hogg, Peter W., *Liability of the Crown*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1989.
- Holmes-Norton, Eleanor, «Bargaining and the Ethic of Process», (1989) 64 N.Y.U.L.Rev. 493.
- Hurley, John, «The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: *Guerin v. The Queen*», (1985) 30 McGill L.J. 559.
- Jamieson, Roberta, *Resolution of Issues Involving First Nations and Governments: An Ontario Experience* (ébauche préparée pour le Comité spécial de la justice autochtone de l'Association du Barreau canadien) 1988.
- Joffe P. et M.E. Turpel, *Extinguishment of the Rights of Aboriginal Peoples: Problems and Alternatives*, 3 vols, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, le 17 novembre 1994.
- Johnson, Ralph W., «Fragile Gains: Two Centuries of Canadian and United States Policy Toward Indians», (1991) 66 Wash.L.Rev. 643.
- Johnston, Darlene M., «A Theory of Crown Trust Towards Aboriginal Peoples», (1986) 18 Ottawa L.Rev. 307.
- Knudtson, Peter et David Suzuki, *Wisdom of the Elders*, Toronto, Stoddart Publishing, 1992.
- Lanley, L., «Australian Aborigenes and Their Land», (août 1980) 29 Social Survey 216.
- Lawton, R. Hanson, «Negotiation From Strength», (1987) 14 Pepperdine L. Rev. 839.
- Lax, David A. et James K. Sebenius, *The Manager as Negotiator*, New York, Free Press, 1986.
- Lax, David A. et James K. Sebenius, «Interests: The Measure of Negotiation», (1986) 2 Negotiation Journal 73.
- Lazerson, Mark H., «In the Halls of Justice, the Only Justice is in the Halls» dans Richard Abel, dir., *The Politics of Informal Justice: The American Experience*, vol. 1, Toronto, Academic Press, 1982, à la p. 119.
- Leghorn, Karen, *Planning for Fairness: An Evaluation of the Canadian Native Claims Settlement Process*, documents de planification de l'UCB, Vancouver, École de planification communautaire et régionale, août 1985.
- Little Bear, Leroy, «Aboriginal Rights and the Canadian "Grundnorm"» dans J. Rick Ponting, dir., *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization*, Toronto, McClelland et Stewart, 1986, p. 244.
- Lysyk, Kenneth, «Approaches to Settlement of Indian Title Claims: The Alaskan Model», (1973) 8 U.B.C.L.R. 321.
- MacGregor, Roy, *Chief: the Fearless Vision of Billy Diamond*, Markham, Ontario, Penguin Books, 1990.
- MacGuigan, Mark R., «Sources of Judicial Decision Making and Judicial Activism» dans Sheilah L. Martin et Kathleen E. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, p. 30.
- McCallum, Andrea, «Dispute Resolution Mechanisms in the Resolution of Comprehensive Land Claims: Power Imbalance between Aboriginal Claimants and Governments», document de travail préparé pour la Commission royale sur les peuples autochtones, mai 1993.

- McHugh, Paul, *The Maori Magna Carta, New Zealand Law and the Treaty of Waitangi*, Toronto, Oxford University Press, 1991.
- McMurtridry, William R. et Pratt, Alan, «Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective», (1986) 3 C.N.L.R. 19.
- McNeil, Kent, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- McNeil, Kent, «First Nations, Sovereignty and Land Rights: The Legacy of British Colonialism in North America», publié sous le titre «Las Primeras Naciones, Soberanía y Derechos sobre la Tierra: El Legado del Colonialismo británico en Norteamérica», Taller «El Derecho Comparado Indígena en América», Quito, Équateur, les 16 et 19 mai 1990.
- Macklem, Patrick, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination», (1991) 36 McGill Law J. 382.
- Malloch, Lesley, *Dene Government Past and Future: A Traditional Dene Model of Government and its Implications for Constitutional Development in the Northwest Territories Today*, Yellowknife, Territoires du Nord-Ouest, Western Constitutional Forum, 1984.
- Martin, Sheila L. et Kathleen E. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987.
- Menkel-Meadow, Carrie, «Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving», (1984) 31 U.C.L.A. Law Rev. 754.
- Merritt, John, «A Review of Current Federal Land Claim Policy» (document préparé dans le cadre du 3^e atelier national du Comité canadien des ressources arctiques, Yellowknife, juin 1983).
- Miller, J.R., «Aboriginal Rights, Land Claims, and the Struggle to Survive» dans J.R. Miller, dir., *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, p. 405.
- Mitchell, Leon, «Using Mediation to Resolve Disputes over Aboriginal Rights: A Case Study» dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 286.
- Mnookin, Robert H., «Child Advocacy: A Look at Test-Case Litigation», (1986) 20 Stanford Lawyer 15.
- Morris, Rose et Ledgett, «Analysis of Canada's Comprehensive and Specific Claims Policies and Suggested Alternatives», document de travail préparé pour la Commission royale sur les peuples autochtones, avril 1994.
- Morrison, William R., «The Comprehensive Claims Process in Canada's North: New Rhetoric, Old Policies» dans Kenneth S. Coates et William R. Morrison, dir., *For the Purposes of Dominion: Essays in Honour of Morris Zaslow*, North York, Ontario, Captus University Press, 1989, p. 261.
- Morse, Bradford W., dir., *Aboriginal Peoples and the Law*, Ottawa, Carleton University Press, 1985.
- Morse, Bradford W., «Labour Relations Dispute Resolution Mechanisms and Indian Land Claims» dans Bradford W. Morse, dir., *Indian Land Claims in Canada* (Association of Iroquois and Allied Indians, Grand Council Treaty #3 et Union of Ontario Indians) [non daté], p. 293.

- Moss, Wendy, «The Implementation of the James Bay and Northern Quebec Agreement» dans Bradford W. Morse, dir., *Aboriginal Peoples and the Law*, Ottawa, Carleton University Press, 1985, p. 684.
- Murray, John S., «Understanding Competing Theories of Negotiation», (1986) 2 *Negotiation Journal* 179.
- Osnaburgh/Windigo Tribal Council, *Report of the Osnaburgh/Windigo Tribal Council Justice Review Committee*, juillet 1990.
- Parti libéral du Canada, *Pour la création d'emplois / Pour la relance économique : Le plan d'action libéral pour le Canada*, Ottawa, Parti libéral du Canada, 1993.
- Parti libéral du Canada, *Les peuples autochtones du Canada*, Ottawa, Parti libéral du Canada, 1993.
- Penner, Roland, «Power, the Law, and Constitution-Making» dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Vancouver, Oolichan Books et Institute for Research on Public Policy, 1992, p. 247.
- Ponting, J. Rick, dir., *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization*, Toronto, McClelland & Stewart, 1986.
- Puxley, P., «The Colonial Experience» dans Melville Watkins, dir., *Dene Nation —the Colony Within*, Toronto, University of Toronto Press, 1977, p. 103.
- Raiffa, Howard, *The Art and Science of Negotiation*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1982.
- Reid, l'honorable Robert F., «La médiation, solution préférable», *Bulletin de la Commission des revendications des Indiens*, Ottawa, Commission des revendications des Indiens, 1993.
- Richardson, Boyce, *Strangers Devour the Land*, Toronto, Macmillan, 1975.
- Richardson, Boyce, dir., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country*, Toronto, Summerhill Press, 1989.
- Ridington, Robin, «Fieldwork in Courtroom 53: A Witness to Delgamuukw» dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Vancouver, Oolichan Books et Institute for Research on Public Policy, 1992, p. 206.
- Ross, Rupert, *Dancing with a Ghost: Exploring Indian Reality*, Markham, Ontario, Octopus Publishing Group, 1992.
- Rubin, Jeffrey Z. et Frank E.A. Sander, «Culture, Negotiation and the Eye of the Beholder», (1991) 7 *Negotiation Journal* 249.
- Ryan, Joan et Bernard Ominayak, «The Cultural Effects of Judicial Bias» dans Sheilah L. Martin et Kathleen E. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, p. 346.
- Sanders, Douglas, «A Critical Review of the New Indian Policy and Native Claims», *Association eskimo-indienne du Canada*, mai 1970.
- Sanders, Douglas, «The Australian Aboriginal Land Commissioner», *Association du Barreau canadien*, Cours de formation juridique permanente, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1987.

- Satsan (Herb George), «The Fire Within Us» dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Vancouver, Oolichan Books et Institute for Research on Public Policy, 1992, p. 53.
- Slattery, Brian, «Understanding Aboriginal Rights», (1987) 66 C.B.R. 727.
- Turpel, Mary Ellen, «Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretive Monopolies, Cultural Differences», (1989-1990) 6 C.H.R.Y.B. 3.
- Turpel, Mary Ellen, «Home/Land», (1991) 10 Canadian Journal of Family Law, 17.
- Watkins, Melville, dir., *Dene Nation: the Colony Within*, Toronto, University of Toronto Press, 1977.
- Weaver, Sally M., *Making Canadian Indian Policy: The Hidden Agenda 1968-1970*, Toronto, University of Toronto Press, 1981.
- Weaver, Sally M., «Federal Difficulties with Aboriginal Rights» dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 139.
- Woods, Laurie, «Mediation: A Backlash to Women's Progress on Family Law Issues», (1985) 19 Clearinghouse Review 431.
- Youdan, T.G., dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, Toronto, The Carswell Co. Ltd., 1989.

JURISPRUDENCE CHOISIE

- Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20.
- Bande Alexander (N° 134) c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (1^{re} inst.)*, [1991] 2 C.F. 3.
- Bande indienne des Sarcis c. Canada (1^{re} inst.)*, [1990] 2 C.F. 110.
- Bande indienne Tsartlip c. Fondation du saumon du Pacifique (1^{re} inst.)*, [1990] 1 C.F. 609.
- Blackfoot Indian Band (No. 146) (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band (No. 146) (Chief and Councillors)*, [1986] 7 F.T.R. 133.
- Canada v. Fort Alexander Indian Band*, [1991] F.C.J. n° 104 (C.A.).
- Canadien Pacifique Ltée. c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654.
- Deer c. Conseil mohawk de Kahnawake (1^{re} inst.)*, [1991] 2 C.F. 18.
- Delgamuukw et al. v. R.*, [1991] 5 C.N.L.R. 233 (C.S. C.-B.).
- Enoch Indian Band v. Canada (Minister of the Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1990] F.C.J. n° 569 (C.F. 1^{re} inst.).
- Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.
- Kruger v. La Reine et al.* [1985], 17 D.L.R., (4th). 591 (C.F.A.); permission d'en appeler à la Cour suprême refusée, 62, N.R. 103.
- Mentuck c. Canada*, [1986] 1 C.F. 3.
- Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85.
- Native Communications Society of B.C. c. Canada (M.R.N.)*, [1986] 3 C.F. 471.
- Ominayak c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 174.

- Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 571.
R. v. Joseph, [1991] Y.J. n° 37 (Cour terr.).
R. c. Vanderpeet, [1991] B.C.J. n° 2573 (C.S.).
Roberts c. Canada, [1989] 1 R.C.S. 322.
Sandy Bay Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), [1988], 18 F.T.R., 316 (sous l'intitulé *Desjarlais c. Canada*).
Sparrow c. R., [1990] 1 R.C.S. 1075.
Sterritt v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) [1989] 3 C.N.L.R., 198 (C.F. 1^{re} inst.).
Thomas c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1^{re} inst.), [1991] 2 C.F. 433.

**GROUPE DE TRAVAIL MIXTE DU
GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET DE L'ASSEMBLÉE
DES PREMIÈRES NATIONS**

**PROJET DE RECOMMANDATIONS
PAR UNE PARTIE NEUTRE**

30 JUIN 1993

Le 25 juin 1993
Projet

SINGLETON
URQUHART
MACDONALD

NOTE

Voici la plus récente ébauche d'un document sur l'avancement des travaux du Groupe de travail mixte, rédigée sur la base de ce qui s'est dit aux réunions tenues de novembre 1992 au 25 juin 1993.

Tout au long du présent document, j'utilise le terme «protocole» pour désigner le processus indépendant d'examen des revendications dans son ensemble, tel que décrit dans les recommandations. La mise en oeuvre de ce protocole suivra la signature d'une entente entre le gouvernement fédéral et l'Assemblée des premières nations, l'adoption d'une loi fédérale et l'instauration d'une politique fédérale.

Certaines questions doivent encore faire l'objet de discussions approfondies avant que le consensus puisse se faire. Je les ai répertoriées en annexe et, dans le corps du texte, je les ai placées entre crochets de la manière suivante :

1. les propositions faites par le gouvernement fédéral sont indiquées en gras : par exemple [(GF) **et qui ne fera pas augmenter, pour le gouvernement fédéral...**];
2. les propositions présentées par les Premières Nations sont en caractères gras italiques : par exemple [(PN) *Bien que ce processus ne doive pas couvrir...*]

Bonita J. Thompson, c.r.
30 juin 1993

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	135
APERÇU	137
OBJET	138
PRINCIPES DIRECTEURS	139
PROCESSUS INDÉPENDANT D'EXAMEN DES REVENDICATIONS	140
1. Organisme indépendant de règlement des revendications	140
A. Structure	140
B. Personnel	141
C. Comités indépendants d'évaluation	141
D. Financement	142
2. La procédure	142
A. Accès optionnel	142
B. Présentation d'une revendication	143
i) Présentation directe à l'organisme indépendant d'examen des revendications	143
ii) Présentation directe au gouvernement fédéral	144
C. Pouvoirs de l'organisme indépendant d'examen des revendications	145
D. Échec des négociations	146
E. Succès des négociations	146
F. Accès à l'organisme indépendant d'examen des revendications durant le cours d'une action devant les tribunaux	146
G. Fonctions supplémentaires	147
3. Financement de la participation des Premières Nations	147
A. Financement pour la documentation et la négociation des revendications	147
B. Financement des organismes représentant les Premières Nations	148
C. Financement pour s'adresser aux tribunaux	148
D. Administration du financement	149

REVENDICATIONS COUVERTES PAR LE PROTOCOLE 150

- A. Définition 150
- B. Recommandation d'exercer un recours en dehors du champ d'application du protocole 151

QUI PEUT PRÉSENTER UNE REVENDICATION EN VERTU DU PROTOCOLE 153

ÉCHANGE D'INFORMATION 154

- A. Divulgarion par le gouvernement fédéral 154
- B. Divulgarion par la Première Nation 154
- C. Obligation de divulguer l'information 155

PRINCIPES RÉGISSANT LE RÉGLEMENT DES NÉGOCIATIONS 156

RECOMMANDATIONS TOUCHANT LA PROCÉDURE 159

- A. Consultations intergouvernementales 159
- B. Visite dans les collectivités des requérants 159
- C. Mieux renseigner les Premières Nations 159
- D. Mieux planifier la mise en œuvre de l'entente 160
- E. Création d'une base de données 160

DROITS DES TIERS 161

ÉVALUATION 163

- A. Modifications au processus indépendant d'examen des revendications 163
- B. Comité mixte d'examen des revendications 163
- C. Méthode d'évaluation 163

MISE EN OEUVRE 165

- A. Structure du protocole 165
- B. Étapes de la mise en application 165

INTRODUCTION

En octobre 1990, un groupe de dirigeants des Premières Nations a rencontré le ministre Siddon pour discuter des moyens d'améliorer la Politique et le processus d'examen des revendications particulières. La rencontre a débouché sur la création du Comité des chefs sur les revendications, coprésidé par le chef Clarence T. Jules et M^e Harry LaForme, et ouvert à tous les dirigeants des Premières Nations de tout le Canada.

En décembre de la même année, le Comité a présenté au ministre Siddon un rapport qui énonce les préoccupations des Premières Nations au sujet de la Politique et du processus d'examen des revendications particulières, dans lequel il insiste, notamment, sur :

- I. l'insuffisance des budgets affectés au règlement des revendications;
- II. la partialité inhérente du processus de règlement, étant donné que le gouvernement fédéral tente de remplir ses obligations de fiduciaire à l'égard des Indiens tout en défendant les intérêts de la Couronne;
- III. le caractère excessivement restrictif de la Politique.

En avril 1991, le gouvernement fédéral a répondu à ces préoccupations en faisant passer le budget affecté au règlement des revendications d'environ 15 millions à 60 millions de dollars par année, en créant, en vertu de la *Loi sur les enquêtes*, la Commission des revendications des Indiens pour servir, à titre intérimaire, d'organisme indépendant chargé d'examiner les décisions du gouvernement concernant les revendications particulières, en supprimant de la Politique la restriction touchant les événements antérieurs à la Confédération et enfin, en créant un groupe de travail mixte pour examiner tous les aspects de la Politique et du processus d'examen des revendications particulières.

Le Groupe de travail mixte des Premières Nations et du gouvernement sur les revendications particulières s'est réuni pour la première fois en février 1992. Il était à ce moment-là composé de huit représentants des Premières Nations et de trois représentants du gouvernement fédéral. Le chef national de l'Assemblée des premières nations, M. Ovide Mercredi, et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, M. Tom Siddon, ont

signé, en juillet 1992, un protocole énonçant le rôle du Groupe et précisant les modalités qui allaient régir les relations de travail entre ses membres.

Durant l'année et demie qui vient de s'écouler, le Groupe s'est réuni 13 fois pour discuter de tous les aspects de la Politique et du processus d'examen des revendications particulières.

Le présent rapport du Groupe, signé par les coprésidents Clarence T. Jules et John Graham, renferme des recommandations sur les modifications à soumettre aux Premières Nations et au gouvernement fédéral. Tout au long de ses délibérations, le Groupe a insisté sur l'importance de concevoir un système de règlement des revendications qui réponde efficacement aux attentes des deux parties **[(GF) et qui ne fera pas augmenter, pour le gouvernement fédéral, le coût du règlement des revendications.]** Le Groupe a été attentif à l'importance du maintien des relations entre les bandes requérantes et le gouvernement fédéral.

Voulant absolument assurer une large mesure d'indépendance au nouveau processus, le Groupe a proposé la création, par loi fédérale, d'un organisme indépendant d'examen des revendications qui, au moment opportun, remplacerait la Commission des revendications des Indiens.

[PN) Bien que ce processus ne doive pas couvrir les négociations générales sur les titres ancestraux ni les négociations bilatérales sur l'exécution des traités, d'autant qu'il existe, ou qu'on envisage de créer, d'autres processus pour couvrir ces négociations, on reconnaît que les titres ancestraux ou les droits issus de traités pourraient figurer parmi les éléments des revendications examinées dans le cadre du processus.]

Sincèrement désireuses d'établir un système efficace, juste et équitable, les parties ont travaillé durement et consenti à de difficiles compromis pour en venir aux recommandations suivantes.

APERÇU

Tout au long du présent document, j'utilise le terme «protocole» pour désigner le processus indépendant d'examen des revendications dans son ensemble, tel que décrit dans les recommandations. La mise en oeuvre de ce protocole suivra la signature d'une entente entre le gouvernement fédéral et l'Assemblée des premières nations, l'adoption d'une loi fédérale et l'instauration d'une politique fédérale.

Le 25 juin 1993
Projet

SINGLETON
URQUHART
MACDONALD

OBJET

L'objet du processus indépendant d'examen des revendications, que nous appellerons désormais «protocole», est de servir à régler les revendications faites par des Premières Nations contre le gouvernement fédéral et, dans certains cas, contre des gouvernements provinciaux et territoriaux. Ce processus doit être simple, clairement compris, accessible, souple, créatif, efficace, à point, juste et équitable pour les parties. L'aide doit être assurée et l'examen doit être effectué de façon impartiale et indépendante. Les règlements conclus doivent être clairement compris, définitifs dans le cas des questions résolues, justes et équitables, satisfaisants aux yeux des parties et applicables concrètement.

Le 25 juin 1993
Projet

SINGLETON
URQUHART
MACDONALD

PRINCIPES DIRECTEURS

Le protocole doit

1. être conforme à la relation de fiduciaire que la Couronne a à l'égard des Premières Nations et faire en sorte que le gouvernement fédéral se conduise de façon à préserver l'honneur de la Couronne;
2. faire en sorte que les Premières Nations requérantes aient accès aux ressources nécessaires pour leurs recherches et puissent véritablement être en mesure de mener des négociations sur leurs revendications;
3. tenir compte du fait que le gouvernement fédéral et les Premières Nations négocient de gouvernement à gouvernement;
4. être conforme avec la relation établie, par traités, entre la Couronne et les Premières Nations et faciliter le règlement des revendications présentées pour inexécution d'obligations issues de ces traités;
5. encourager et faciliter le règlement, par négociation, des revendications des Premières Nations;
6. prévoir que, lorsqu'il y a lieu, l'indemnisation assurée ne soit pas uniquement monétaire, mais comprenne aussi des terres et des ressources;
7. respecter les différences historiques, politiques, économiques, sociales et culturelles qui existent entre les Premières Nations;
8. pouvoir se modifier facilement au besoin et comporter un processus de réexamen permanent;
9. veiller à ce que les Premières Nations prennent largement part à l'élaboration des modifications proposées au protocole, et
10. encourager et faciliter, lorsqu'il y a lieu, la participation des gouvernements provinciaux et territoriaux.

Le 25 juin 1993
Projet

SINGLETON
URQUHART
MACDONALD

PROCESSUS INDÉPENDANT D'EXAMEN DES REVENDICATIONS

Un organisme indépendant d'examen des revendications aurait un rôle important à jouer dans le règlement des revendications présentées par les Premières Nations contre le gouvernement fédéral. L'organisme créé devrait

- se guider sur l'objectif et les principes sur lesquels le protocole est fondé, et notamment sur les dispositions de l'entente conclue et celles de la loi;
- être doté, par la loi constituante, d'assez de pouvoirs et de ressources pour assurer un règlement rapide des revendications qui lui sont soumises;
- être chargé de seconder les parties, de suivre l'avancement des négociations et de prendre des décisions afin d'aider les parties à résoudre définitivement les questions en litige;
- pouvoir contribuer à l'exécution des règlements conclus;
- être composé de membres nommés en conformité avec l'objectif et les principes sur lesquels le protocole est fondé.

Le protocole doit tenir compte des préoccupations régionales ainsi que de l'existence d'organismes indépendants ayant déjà des fonctions similaires à celles qui sont recommandées pour l'organisme indépendant de règlement des revendications.

1. ORGANISME INDÉPENDANT DE RÈGLEMENT DES REVENDICATIONS

A. Structure

L'organisme doit se composer de trois personnes :

- a) un membre à temps partiel nommé par l'Assemblée des premières nations;
- b) un membre à temps partiel nommé par le gouvernement fédéral, et
- c) un président et directeur général à temps plein, nommé conjointement par le gouvernement fédéral et par l'Assemblée des premières nations.

Le 25 juin 1993
Projet

SINGLETON
URQUHART
MACDONALD

Les membres seraient nommés pour cinq ans, sous réserve de révocation motivée. Ils devraient avoir des qualifications conformes aux fonctions à exécuter et au niveau de confiance nécessaire pour s'en acquitter convenablement.

L'organisme serait responsable de la gestion et de l'administration du processus indépendant d'examen des revendications décrit dans le présent protocole.

B. Personnel

L'organisme doit avoir un personnel suffisant pour s'acquitter convenablement de ses fonctions tout en assurant la continuité nécessaire. Ce personnel ne doit toutefois pas être nombreux au point de coûter inutilement cher. Il doit également être au fait des questions qui intéressent les Premières Nations, des revendications présentées contre le gouvernement fédéral ainsi que des fonctions et du fonctionnement du gouvernement, avoir les compétences nécessaires pour bien s'occuper des dossiers dont l'organisme sera saisi, et en particulier connaître les techniques de résolution des conflits et savoir communiquer.

C. Comités indépendants d'évaluation

Ces comités évaluent les revendications présentées par les Premières Nations afin de voir si le gouvernement fédéral et les requérants devraient recourir au processus indépendant établi pour aider à régler les revendications. Chaque comité constitué, au besoin, par l'organisme indépendant de règlement des revendications doit se composer de trois membres :

- a) un membre choisi d'après une liste permanente d'au moins onze personnes proposées par l'Assemblée des premières nations;
- b) un membre nommé d'après une liste permanente d'au moins onze personnes proposées par le gouvernement fédéral;
- c) un président nommé d'après une liste permanente d'au moins quatre personnes proposées conjointement par le gouvernement fédéral et par l'Assemblée des premières nations.

Personne ne devrait accepter d'être nommé à un comité s'il y a des motifs de douter de son impartialité. Les membres doivent avoir des qualifications correspondant à leurs fonctions et jouir de la confiance nécessaire pour s'en acquitter convenablement. Il serait bon que les personnes dont les noms figurent sur les listes permanentes proviennent de régions représentatives du Canada. Les comités pourraient demander à l'organisme indépendant d'examen des revendications de faire, pour eux, office de secrétariat ou de leur assurer le soutien technique nécessaire. Toutefois, les comités seraient totalement indépendants de l'organisme.

Le groupe de personnes dont le nom figure sur la liste établie conjointement par le gouvernement fédéral et l'Assemblée des premières nations devrait être doté d'un budget suffisant pour lui permettre de se réunir régulièrement, selon ce qu'il juge nécessaire, pour les fins suivantes :

- a) discuter du processus,
- b) mettre en commun l'information pertinente, et
- c) assurer l'uniformité de la procédure et de la prise des décisions.

Les comités devraient, pour bien s'acquitter de leurs responsabilités, disposer des pouvoirs nécessaires, c'est-à-dire être en mesure, ainsi que les parties, de mener les travaux le plus rapidement et le plus convenablement possible tout en respectant les règles de la justice naturelle. L'évaluation pourrait se faire à partir de documents ou de témoignages verbaux. Les comités devraient avoir le pouvoir, pour faciliter la procédure, de citer un témoin à comparaître et d'exiger que des documents leur soient communiqués.

L'évaluation doit se limiter aux questions et aux preuves citées dans la revendication présentée par la Première Nation requérante et dans la réponse du gouvernement fédéral. Il s'agit d'assurer un examen équitable et rapide de la question, et non pas d'empêcher la Première Nation requérante de soulever de nouvelles questions et de présenter de nouvelles preuves : en pareil cas, il faut que le gouvernement fédéral ait d'abord l'occasion de les examiner avant que le tout soit soumis à un comité indépendant d'évaluation.

D. Financement

Le financement de l'organisme indépendant d'examen des revendications doit être assuré au moyen d'une entente de cinq ans signée par le gouvernement fédéral, l'Assemblée des premières nations et l'organisme lui-même. Les fonds ne doivent servir qu'à payer le fonctionnement de l'organisme, y compris le coût des comités indépendants d'évaluation, et non à payer les frais de recherche, de négociation ou de contentieux des Premières Nations.

2. LA PROCÉDURE

A. Accès optionnel

Une Première Nation requérante doit avoir la possibilité d'entamer le processus d'examen de sa revendication en soumettant celle-ci directement au gouvernement fédéral, ou en s'adressant à l'organisme indépendant.

B. Présentation d'une revendication

i) Présentation directe à l'organisme indépendant d'examen des revendications

Dès réception d'une revendication, l'organisme vérifie

- a) que le requérant est bel et bien une Première Nation,
- b) que la revendication correspond bien à la définition qui en est donnée dans le protocole, et
- c) que la revendication n'est pas devant les tribunaux ou, si tel est le cas, que les parties ont convenu de la lui soumettre.

L'organisme peut conseiller et seconder la Première Nation requérante et le gouvernement fédéral au stade de la présentation de la revendication.

L'organisme enregistre la revendication et la transmet au gouvernement fédéral.

Il constitue ensuite un comité indépendant qui évalue la revendication, à moins que les parties lui aient fait savoir, par entente, qu'elles souhaitent entamer ou poursuivre les négociations.

Si la décision rendue par le comité indépendant d'évaluation ne convient ni à l'une ni à l'autre partie, la revendication peut être portée devant les tribunaux :

- a) lorsque c'est le gouvernement fédéral qui n'accepte pas la décision du comité, il verse à la Première Nation requérante des fonds pour couvrir les frais judiciaires, y compris les frais d'appel, en conformité avec les lignes directrices appliquées par l'organisme visé (pour plus de détails, voir la rubrique «Financement de la participation des Premières Nations»);
- b) dans les cas où c'est la Première Nation requérante qui rejette la décision du comité, le gouvernement fédéral ne lui verse rien pour couvrir les frais judiciaires.

[(PN) Le gouvernement fédéral ne peut, dans le cadre de l'action intentée, recourir à aucun moyen de défense technique comme les statuts de prescription ou la règle du retard indu.

(GF) Le gouvernement fédéral peut, dans le cadre de l'action intentée, recourir à tous les moyens de défense possibles.]

À moins qu'elles n'en décident autrement, les parties rédigent et présentent à l'organisme un protocole énonçant les détails de leur plan de négociation ***[(PN) et précisant jusqu'où les négociations seront menées «sans préjudice»]*** si elles décident de

négocier le règlement de la revendication. [(PN) *Les questions de publicité générale doivent également être réglées dans le protocole de négociation.*] Toutes les négociations doivent être menées de bonne foi.

[(GF) La négociation de tous les aspects couverts par le protocole est considérée être menée «sans préjudice», à moins que les parties en aient convenu autrement. Sauf dans la mesure prévue par la loi ou de manière à permettre à l'organisme indépendant d'examen des revendications de s'acquitter des obligations que lui confère le protocole, tous les aspects de ce dernier qui concernent une revendication en particulier doivent être tenus confidentiels par les parties visées.]

ii) Présentation directe au gouvernement fédéral

Si la Première Nation présente une revendication directement au gouvernement fédéral :

- a) le gouvernement fédéral informe l'organisme indépendant d'examen des revendications des détails de la revendication afin de lui permettre de faire office de registraire;
- b) le gouvernement fédéral fait savoir à la Première Nation requérante et à l'organisme s'il refuse ou s'il accepte de négocier le règlement de la revendication, et sur quelle base;
- c) la Première Nation requérante peut en appeler auprès de l'organisme, qui constitue alors un comité indépendant pour évaluer la revendication, d'une décision de rejet rendue par le gouvernement fédéral;
- d) si la décision rendue par le comité indépendant d'évaluation ne convient ni à l'une ni à l'autre partie, la revendication peut être renvoyée devant les tribunaux :
 - i) lorsque c'est le gouvernement fédéral qui n'accepte pas la décision du comité, il verse à la Première Nation requérante des fonds pour couvrir les frais judiciaires, y compris les frais d'appel, en conformité avec les lignes directrices appliquées par l'organisme visé (pour plus de détails, voir la rubrique «Financement de la participation des Premières Nations»);
 - ii) dans les cas où c'est la Première Nation requérante qui rejette la décision du comité, le gouvernement fédéral ne lui verse rien pour couvrir les frais judiciaires.

S'il y a négociation, le gouvernement fédéral en avisera l'organisme. À moins qu'elles n'en décident autrement, les parties rédigent et présentent à l'organisme un protocole énonçant les détails de leur plan de négociation [(PN) *et précisant jusqu'ou les négociations seront menées «sans préjudice»*] si elles décident de négocier le règlement de la revendication. [(PN) *Les questions de publicité générale doivent également*

être réglées dans le protocole de négociation.] Toutes les négociations doivent être menées de bonne foi.

[(GF) La négociation de tous les aspects couverts par le protocole est considérée être menée «sans préjudice», à moins que les parties en aient convenu autrement. Sauf dans la mesure prévue par la loi ou de manière à permettre à l'organisme indépendant d'examen des revendications de s'acquitter des obligations que lui confère le protocole, tous les aspects de ce dernier qui concernent une revendication en particulier doivent être tenus confidentiels par les parties visées.]

À la demande des deux parties, l'organisme s'acquittera des fonctions prévues dans son mandat pour les seconder dans leurs négociations et pour mettre en oeuvre le règlement conclu.

C. Pouvoirs de l'organisme indépendant d'examen des revendications

Si, après que l'organisme a été saisi d'une revendication, les parties entament des négociations, il doit, à moins que les parties n'en décident autrement,

- a) seconder les négociateurs, suivre l'avancement des négociations et en faciliter le déroulement de manière que tout se fasse de bonne foi et en temps opportun;
- b) recommander et faciliter la conciliation ou la médiation pour régler la totalité, ou une partie, des problèmes soulevés dans la revendication;
- c) faciliter l'arbitrage exécutoire, si les parties ont décidé d'y recourir;
- d) recommander, s'il y a lieu, d'obtenir l'avis d'experts indépendants et de rechercher les faits pertinents, et faciliter les démarches faites en ce sens, et
- e) encourager les parties à mener leurs négociations selon les modalités convenues et, si nécessaire, exiger d'une partie qu'elle explique pourquoi elle ne respecte pas ces modalités et émettre une directive l'obligeant à se conformer auxdites modalités.

Suivre l'avancement des négociations peut vouloir dire : suivre le déroulement de la procédure, assurer la liaison entre les parties et les renseigner, examiner les progrès accomplis, présider en toute neutralité les séances de négociation – prendre note des ententes conclues, exiger la présentation, en confidentialité, des motifs qui justifient les offres et le rejet des offres.

Seconder les négociateurs peut vouloir dire : intervenir lorsque les négociations sont rompues, effectuer, sur divers sujets, la recherche indépendante ou guidée nécessaire pour que l'organisme puisse s'acquitter de ses autres fonctions ou effectuer d'autres recherches à la demande des parties en cause, aider celles-ci à se procurer, lorsqu'il y a

lieu, des services d'interprétation simultanée, à rédiger, pour les négociations, des protocoles ou des énoncés de mission, et à établir des calendriers réalistes pour les négociations, et examiner, à la demande d'une partie, une entente de règlement.

L'organisme doit disposer de pouvoirs suffisants et être capable d'imposer des sanctions suffisantes aussi pour faire progresser les négociations efficacement et rapidement. Les sanctions doivent être imposées judicieusement en tenant compte de toutes les circonstances, et après consultation des parties à une revendication. L'organisme doit avoir tous les pouvoirs nécessaires pour

- a) faire rapport, à n'importe quel moment, à la Première Nation et au gouvernement fédéral sur toute question nécessitant une attention urgente de la part de l'une ou de l'autre partie,
- b) imposer à une partie, pour défaut de négocier de bonne foi, une sanction qui pourra aller, mais sans s'y limiter, jusqu'à lui imposer le paiement des frais engagés, et
- c) faire enquête sur la conduite des parties durant des négociations.

D. Échec des négociations

Si la négociation n'a pas résolu toutes les questions en litige, l'une ou l'autre partie peut demander à l'organisme de renvoyer les questions non réglées à un comité indépendant d'évaluation, qui formulera une recommandation non exécutoire. Si l'organisme accueille la demande, il constitue un comité pour formuler la recommandation ou encore il peut faire toute autre recommandation qu'il estime appropriée dans les circonstances pour aider les parties à régler leur différend.

E. Succès des négociations

L'organisme surveille l'application des ententes de règlement et rédige un rapport à ce sujet. En cette qualité, il peut être appelé à confirmer le paiement, aux dates prévues, des montants convenus, confirmer les transferts de terres ou les ajouts de terre aux réserves, encourager l'adoption rapide des mesures législatives nécessaires, confirmer la mise en place des processus ou des organismes administratifs nécessaires. L'organisme n'a pas à contrôler la façon dont la Première Nation requérante utilise les sommes reçues par suite d'une entente.

F. Accès à l'organisme indépendant d'examen des revendications durant le cours d'une action devant les tribunaux

Une Première Nation requérante peut, n'importe quand, porter directement devant les tribunaux une revendication dont l'organisme a déjà été saisi. On considère alors que la

revendication a été soustraite au processus indépendant d'examen, à moins que les parties n'en décident autrement. Si une revendication a déjà été portée devant les tribunaux, mais que les parties ont convenu d'essayer de la régler, elles peuvent demander à l'organisme de les aider à négocier une entente.

G. Fonctions supplémentaires

L'organisme doit avoir les fonctions supplémentaires suivantes :

- a) tenir une base de données sur les revendications déjà conclues;
- b) renseigner le grand public sur le processus de règlement des revendications, et notamment produire, à l'intention des collectivités autochtones, de la documentation visuelle et écrite;
- c) se tenir au courant des cas d'aliénation de terres ou de ressources qui se produisent durant les négociations;
- d) traduire, au besoin, la documentation de l'organisme afin de faciliter l'accès au processus indépendant d'examen des revendications;
- e) trouver des sources de renseignements et de formation en techniques de négociation, en élaboration de plans de développement socio-économique, etc.

3. FINANCEMENT DE LA PARTICIPATION DES PREMIÈRES NATIONS

A. Financement pour la documentation et les négociations des revendications

L'organisme ne doit s'occuper ni de l'administration, ni de l'affectation de ces sommes. Il doit cependant conseiller, soit directement, soit par l'intermédiaire de son rapport annuel, le Comité mixte d'examen des revendications (voir en page 23) relativement aux sommes nécessaires pour permettre aux Premières Nations de participer véritablement au processus prévu dans le protocole.

Le Comité mixte doit, en qualité d'intervenant dans le processus d'exécution prévu par le protocole, recommander au gouvernement fédéral et aux Premières Nations des lignes directrices concernant la répartition des fonds et la façon de rendre compte de leur utilisation. Le Comité pourra faire, après avoir consulté l'organisme, des recommandations au gouvernement fédéral sur les budgets annuels à affecter à ces fins.

[(GF) S'il y a entente sur un règlement, les prêts consentis à une Première Nation requérante pour participer aux négociations doivent être remboursés par le gouvernement fédéral selon les modalités établies par le comité mixte d'examen des revendications dans le cadre du processus de mise en oeuvre. La Première Nation requérante peut demander à l'organisme indépendant d'examen des

revendications d'augmenter le montant du remboursement prévu dans les modalités lorsque les circonstances le justifient. (PN) *Le financement assuré à une Première Nation pour participer aux négociations doit être offert sous forme de subventions et non de prêts. Ces subventions doivent être calculées en fonction des besoins de la Première Nation requérante. Après avoir reçu une subvention, les requérants peuvent demander à l'organisme indépendant d'examen des revendications d'en augmenter le montant lorsque les circonstances le justifient.*]

B. Financement des organismes représentant les Premières Nations

Pour que le mécanisme prévu par le protocole fonctionne bien, [(PN) *l'Assemblée des premières nations*] doit recevoir une aide financière [(GF)]-~~sous forme de subventions~~] afin de pouvoir assurer le soutien des politiques ainsi que la liaison entre le Comité mixte d'examen des revendications et les Premières Nations.

L'Assemblée des premières nations doit, après les consultations qu'elle juge appropriées, faire les nominations prévues à l'organisme indépendant d'examen des revendications ainsi qu'au Comité mixte d'examen des revendications, et faire inscrire aussi les candidats qu'elle veut sur les listes à établir pour les comités indépendants d'évaluation prévus par le protocole. Il pourrait être nécessaire de créer un secrétariat pour s'occuper de ces fonctions. Le financement serait assuré au moyen d'une entente de cinq ans conclue entre l'Assemblée des premières nations et le gouvernement fédéral.

COMMENTAIRE : La manière dont les Premières Nations choisissent leurs représentants au cours de ce processus a une incidence indirecte sur le gouvernement fédéral. Les principes 1, 4 et 9 ont trait à la relation entre le gouvernement fédéral et les Premières Nations. Le gouvernement ne dit pas clairement comment il entend répondre à l'intention de ces principes dans le cas des requérants qui ne sont pas représentés par l'Assemblée des premières nations.

C. Financement pour s'adresser aux tribunaux

Le Comité mixte d'examen des revendications doit établir des critères d'admissibilité ainsi que des lignes directrices dans le cas du financement que doit assurer le gouvernement fédéral, aux termes du présent protocole, pour porter une revendication devant les tribunaux.

D. Administration du financement

Le Comité mixte doit retenir, à contrat, les services d'une personne ou d'une organisation indépendante pour

- a) administrer le financement prévu pour la recherche, la négociation et le recours aux tribunaux, et
- b) répartir ces sommes conformément aux critères d'admissibilité et aux lignes directrices adoptés par le Comité.

Le 25 juin 1993
Projet

SINGLETON
URQUHART
MACDONALD

REVENDICATIONS COUVERTES PAR LE PROTOCOLE

A. Définition

Une revendication doit être jugée recevable pour fins de négociations en vue d'un règlement lorsque [(GF) les Premières Nations requérantes ont établi qu'il y a eu manquement à une obligation (PN) *l'on a établi qu'il y a bien eu manquement à une obligation*] de la part du gouvernement fédéral, obligation dérivée du droit (*common law*, droit civil, *equity* ou textes de loi), y compris les [(PN) *devoirs et*] obligations qui [(PN) *peuvent découler*] découlent de la relation de fiduciaire qui existe entre les Premières Nations requérantes et la Couronne. Aux fins du protocole, [(PN) *et sans limiter la généralité de ce qui précède*] il y a manquement à une obligation dans les cas suivants :

- a) violation ou inexécution d'un traité ou d'une entente unissant la Couronne et la Première Nation requérante;
- b) inexécution d'une obligation découlant de la *Loi sur les Indiens* ou d'autres lois [(PN) *touchant les Indiens* (GF) concernant spécifiquement les Indiens] ou les terres réservées aux Indiens;
- c) inexécution d'une obligation découlant du défaut, de la part du gouvernement fédéral, d'administrer convenablement l'argent, les terres, les ressources ou autres biens destinés aux Indiens, ou
- d) aliénation illégale d'une terre indienne.

~~[(PN) *Le protocole devrait aussi reconnaître les revendications dans lesquelles les requérants ont établi qu'il y a eu*~~

- e) détérioration ou aliénation légales des terres indiennes par le gouvernement fédéral qui n'a jamais offert [(PN) *pleine et entière*] compensation;
- f) acte frauduleux commis par un employé ou un agent du gouvernement fédéral dans l'une ou l'autre des circonstances décrites aux paragraphes a) à d)./

~~[GF] Le protocole devrait aussi reconnaître les revendications dans lesquelles les requérants ont établi qu'il y a eu :~~

- ~~e) détérioration ou aliénation légales des terres indiennes par le gouvernement fédéral qui n'a jamais offert [(PN) *pleine et entière*] compensation;~~
- ~~f) acte frauduleux commis par un employé ou un agent du gouvernement fédéral dans l'une ou l'autre des circonstances décrites aux paragraphes a) à d)./~~

COMMENTAIRE : Les représentants des Premières Nations souhaitent que soient clarifiés le sens ou l'application du paragraphe e) et ont exprimé l'avis que les questions couvertes dans les paragraphes e) et f) étaient, de toute façon, comprises dans les obligations légales. En réponse, les représentants du gouvernement fédéral ont fait savoir qu'ils seraient d'accord pour supprimer les deux paragraphes en question, mais sans pour autant reconnaître que les deux questions en cause étaient couvertes dans la définition d'une revendication. Ils ont également dit ne pouvoir se rappeler aucun cas où l'on ait recouru au paragraphe e).

[(GF) Le protocole n'est pas censé couvrir les revendications fondées sur la reconnaissance d'un titre ancestral ni celles qui nécessiteraient la renégociation d'un traité. On reconnaît que les revendications basées sur le titre ancestral relèvent d'un autre processus. On convient en outre que les Premières Nations et le gouvernement fédéral examinent actuellement la possibilité de mettre sur pied un processus commun pour clarifier les traités.]

Il est entendu que la façon dont on estimera devoir appliquer le protocole pourra être contestée par le gouvernement fédéral et par les Premières Nations. Il est entendu aussi que, du point de vue des Premières Nations, ces modalités d'application pourront dépasser, et de beaucoup, tout ce que le gouvernement serait disposé à accepter.

B. Recommandation d'exercer un recours en dehors du champ d'application du protocole

Il pourra arriver qu'une Première Nation présente une revendication qui, de l'avis du gouvernement fédéral aussi bien que d'un comité indépendant d'évaluation des revendications, ne relève pas strictement du protocole.

Si un tel comité établit que le protocole ne s'applique pas, il doit être encouragé à se prononcer sur la question de savoir si les circonstances peuvent amener une personne juste et raisonnable à conclure que des réparations seraient justifiées, ainsi qu'à formuler des recommandations sur le processus à suivre pour faciliter la discussion en ce sens. On reconnaît également que, dans des cas exceptionnels, le comité peut être fondé à recommander la tenue d'une enquête indépendante.

Dans les cas qui, de toute évidence, ne relèvent absolument pas du protocole, il est recommandé que les Premières Nations aussi bien que les particuliers ou les groupes s'adressent – et soient encouragées à le faire – lorsque les autres avenues ont été épuisées, à un organisme comme la Commission canadienne des droits de la personne pour faire valoir leur réclamation.

Il est recommandé que le Comité mixte d'examen des revendications se tienne très au fait des cas qui ne sont pas couverts par le protocole, afin de déterminer s'il y aurait lieu de prendre d'autres mesures pour les régler.

Le 25 juin 1993
Projet

SINGLETON
URQUHART
MACDONALD

QUI PEUT PRÉSENTER UNE REVENDICATION EN VERTU DU PROTOCOLE

Le processus est destiné aux Premières Nations.

Lorsqu'une revendication est présentée contre le gouvernement fédéral, les représentants des requérants doivent s'identifier clairement et préciser aussi quel organisme et quelles personnes ils représentent.

Tôt dans les négociations, les parties doivent discuter des modalités de ratification qui doivent figurer dans l'entente de règlement.

Le gouvernement fédéral et les représentants des requérants doivent s'efforcer, sans retarder indûment l'examen de la revendication, de résoudre toute divergence de vues entre eux quant aux responsabilités à assumer concernant la documentation, la négociation ou la ratification d'une revendication.

ÉCHANGE D'INFORMATION

Le gouvernement fédéral et la Première Nation requérante doivent toujours communiquer franchement entre eux afin d'établir un climat de coopération propice au règlement de la revendication.

A. Divulgence par le gouvernement fédéral

Le gouvernement fédéral doit fournir copie de tous les documents historiques et énoncés de faits dont il peut avoir connaissance, ainsi que de tous les résumés historiques ou résumés des faits qui ont été établis par la Direction générale des revendications particulières et par la Direction des droits fonciers issus des traités et qui sont pertinents. Le gouvernement fédéral doit fournir copie de toutes les évaluations et autres études pertinentes

- a) qui ont été commandées avant que le gouvernement fédéral soit avisé du dépôt d'une revendication, ou
- b) qui ont été commandées après que les deux parties ont convenu ou ont été tenues d'essayer de négocier un règlement, et sur lesquelles le gouvernement fédéral a l'intention de s'appuyer.

Ces documents doivent être communiqués dans un délai raisonnable après que le gouvernement fédéral les a reçus.

Ces obligations sont sujettes aux restrictions imposées par la *common law*, la réglementation ou la législation, par exemple la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou la *Loi sur l'accès à l'information*.

B. Divulgence par la Première Nation

La Première Nation requérante doit fournir copie de tout document historique et énoncé de faits dont elle peut avoir connaissance et qui sont pertinents.

La Première Nation requérante doit fournir copie de toutes les évaluations et autres études pertinentes

- a) qui n'ont pas été commandées en vue de la présentation d'une revendication ni en prévision d'une action devant les tribunaux fondée sur une revendication, ou
- b) sur lesquelles elle a l'intention de se fonder.

Ces documents doivent être communiqués dans un délai raisonnable après que la Première Nation les a reçus.

Ces obligations sont sujettes aux restrictions imposées par la *common law*, la législation ou la réglementation.

C. Obligation de divulguer l'information

Si le gouvernement fédéral ou la Première Nation requérante ont en leur possession des documents pertinents que le Protocole ne les oblige pas à communiquer, ils doivent fournir à l'autre partie la liste de tous ces documents, en indiquant les motifs de la non-divulgarion de ces derniers.

PRINCIPES RÉGISSANT LE RÈGLEMENT DES NÉGOCIATIONS

Les principes qui suivent doivent régir les négociations menées en vertu du protocole pour en venir à un règlement.

1. Il ne faut pas recourir aux statuts sur la prescription ou à la règle du retard indu [(PN) *Il ne faut recourir à aucun moyen technique de défense comme les statuts sur la prescription et la règle du retard indu*] tant que les parties demeurent dans les limites du protocole. Toutes les preuves doivent être examinées, non pas seulement celles qui, selon les règles juridiques strictes, seraient recevables par un tribunal. [(PN) *L'application des statuts sur la prescription doit être suspendue tant que les parties suivent le processus indépendant d'examen des revendications.* / (GF) *La Première Nation requérante est encouragée à faire tout ce qui est nécessaire pour éviter de perdre des droits par suite de l'expiration d'un délai prescrit, tant que les parties suivent le processus indépendant d'examen des revendications.*]
2. Les parties doivent convenir ensemble de certaines mesures à prendre, notamment le maintien de la confidentialité, pour faire en sorte que le prix de toute terre visée par les négociations ne soit pas gonflé du fait de ces négociations.
Le Comité mixte d'examen des revendications doit examiner et recommander des moyens complémentaires qui pourraient être utilisés pour éviter l'inflation du prix des terrains, et par exemple prendre, dès le début des négociations, une option d'achat sur les terres en question.
3. La compensation doit [(GF) être conforme aux principes juridiques reconnus. / (PN) être d'un montant ou prendre une forme qui concorde avec les objectifs et les principes directeurs du protocole.]

COMMENTAIRE : Les représentants des Premières Nations ont également fait savoir que la possibilité pouvait être envisagée de supprimer aussi le paragraphe 3.

4. Les parties doivent faire tout ce qui est raisonnablement possible pour s'assurer que l'entente conclue est celle qui convient le mieux aux circonstances de la revendication.

Le gouvernement fédéral et la Première Nation souhaitent qu'on fasse preuve de souplesse, d'innovation et de créativité pour déterminer ce qui peut figurer dans une proposition de règlement. Il faut songer aux aspects spirituels et culturels des questions non résolues. **[(GF) Les formes habituelles de compensation, par exemple l'argent ou les terres, ne conviennent peut-être pas en l'occurrence.]** Dans certains cas, il y aurait peut-être lieu de songer à des formes de guérison : cérémonies ou autres, reconfirmation de liens, dédicace de monuments, adoption de symboles ou reconnaissance publique des torts causés.

On reconnaît que les solutions novatrices peuvent être les façons les meilleures ou les plus appropriées de régler la question des **[(GF) pertes attribuables à la gestion de ressources hors réserve]** par exemple, la chasse, la pêche, la cueillette, etc. En pareil cas, il faut songer sérieusement à gérer conjointement les ententes sur les ressources, les ententes de partage des revenus ou les ententes de développement économique comme moyen de régler ces questions complexes.

Il est également reconnu qu'il serait nécessaire et désirable, dans certaines circonstances, de s'assurer le concours des provinces ou des territoires, faute de quoi nombre de ces solutions ne pourraient être applicables. Il est reconnu que, lorsqu'il y a lieu, il convient d'encourager les provinces et territoires à participer au règlement des revendications concernant les ressources.

Les questions de gestion des ressources ne sont pas convenablement abordées à l'heure actuelle, mais on reconnaît que les éléments suivants devraient faciliter des progrès en ce sens dans un avenir prochain :

- il existe de plus en plus d'ententes conjointes de gestion des ressources;
- les tribunaux indiquent plus clairement qu'auparavant aux parties quoi faire quand il y a eu perte de ressources;
- les discussions sur l'autonomie gouvernementale pourront faciliter la conclusion d'ententes du genre;
- les processus actuels pour conclure des traités aborderont vraisemblablement nombre de ces questions de façon novatrice.

5. Il ne faut pas exiger, comme préalable à l'ouverture des négociations, qu'il y ait entente sur les principes devant régir la compensation. **[(GF) Les parties doivent s'entendre sur les principes régissant la compensation aussitôt que possible durant les négociations afin d'éviter les retards et de causer de la frustration.]**

Il est entendu que le gouvernement fédéral établira, à l'intention de ses négociateurs de tout le pays, des instructions ou des lignes directrices pour la négociation, et que les lignes directrices dont se serviront les Premières Nations pourront être différentes de celles utilisées par le gouvernement fédéral. Avant d'adopter ou de modifier ses lignes directrices, le gouvernement fournira copie du projet de modification au comité mixte d'examen des revendications pour que celui-ci l'examine et le commente. Ces instructions ou lignes directrices ne feront pas partie du protocole, mais elles doivent concorder avec l'objectif et les principes sur lesquels celui-ci est fondé.

Le 25 juin 1993
Projet

SINGLETON
URQUHART
MACDONALD

RECOMMANDATIONS TOUCHANT LA PROCÉDURE

A. Consultations intergouvernementales

Durant les négociations comme au stade de la mise en oeuvre de l'entente de règlement, il faut faire tous les efforts raisonnablement possibles pour que toutes les consultations entre les organismes intéressés et entre les différents paliers de gouvernement aient lieu de manière à éviter des retards inutiles dans l'application de cette entente, à pouvoir fournir aux Premières Nations des renseignements concrets sur les délais d'application de l'entente conclue, ainsi qu'à éviter toute surprise ou tout conflit interne à un stade avancé des négociations.

B. Visite dans les collectivités des requérants

Le gouvernement fédéral doit poursuivre sa politique de visiter les collectivités visées et de se mettre au fait de leurs préoccupations. Plus une collectivité participera à la préparation et à la négociation de sa revendication, plus il y aura de chances que le processus et le règlement lui conviennent. S'il y a lieu, les négociations doivent être tenues dans la collectivité des requérants. S'il y a lieu également, les comités indépendants d'évaluation des revendications doivent, en tenant compte des coûts et des avantages de la chose, se rendre chez les requérants.

C. Mieux renseigner les Premières Nations

Les Premières Nations requérantes doivent pouvoir être renseignées plus complètement sur le protocole dès le moment, ou à peu près, où elles envisagent de présenter une revendication. L'organisme indépendant d'examen des revendications doit établir de la documentation visuelle et écrite et la faire diffuser par [(PN) *l'Assemblée des premières nations*] pour aider les collectivités en cause à se faire une idée réaliste de ce qu'elles peuvent attendre du processus, en même temps que les renseigner

- sur l'expérience des autres collectivités – leurs succès, leurs problèmes;
- sur le fonctionnement du processus et son déroulement;
- sur la manière de gérer efficacement les ressources humaines et financières;

- sur l'opportunité de retenir les services de consultants et d'un conseiller juridique, et
- sur les autres sources d'information et de soutien.

D. Mieux planifier la mise en oeuvre de l'entente

Lorsqu'une collectivité planifie la façon dont elle veut utiliser les sommes obtenues par le biais de l'entente de règlement, elle en éprouve plus de satisfaction et en profite davantage à long terme. Il faut donc encourager pareille planification. La question de la mise en oeuvre doit figurer dans le protocole de négociation et être abordée dès le début des négociations. L'organisme indépendant d'examen des revendications doit veiller à ce que la question soit examinée au moment de la préparation du protocole de négociation, mais ne doit avoir aucun pouvoir de décision quant à la façon dont une Première Nation pourra traiter la question.

E. Création d'une base de données

L'organisme doit mettre sur pied une base de données sur les revendications présentées, les protocoles de négociation établis ainsi que sur les ententes et protocoles de règlement et de mise en oeuvre conclus aux termes de l'ancienne politique aussi bien que de la nouvelle. Ces renseignements doivent pouvoir être examinés et étudiés.

DROIT DES TIERS

La Première Nation requérante n'assume aucune responsabilité à l'égard des droits des tiers touchés par sa revendication, à moins d'avoir accepté cette responsabilité par négociation avec le gouvernement fédéral.

Lorsque le règlement d'une revendication prévoit que le gouvernement fédéral cédera des terres à la Première Nation requérante, le gouvernement fédéral reconnaît devoir assumer la responsabilité des éventuels droits d'une tierce partie et devoir s'en occuper. S'il y a opposition entre les droits de la Première Nation requérante et ceux d'une tierce partie, le gouvernement fédéral tiendra compte comme il sied de sa relation de fiduciaire avec cette Première Nation.

Le processus de règlement d'une revendication doit être assez souple pour permettre la participation des tierces parties, lorsque la Première Nation requérante et le gouvernement fédéral l'acceptent et conviennent qu'elle est cruciale au règlement de la revendication. La nature de cette participation sera déterminée, au cas par cas, par les deux parties. L'organisme pourra faciliter la participation des tierces parties au processus de règlement.

Il faut encourager, lorsqu'il y a lieu, la participation des provinces et territoires au règlement des revendications qui portent sur les ressources.

Sous réserve de ce qui précède, on reconnaît que, dans bien des cas, la participation d'un gouvernement provincial ou territorial est essentielle au règlement d'une revendication, surtout [(PN) *Si la Première Nation requérante le demande, le gouvernement fédéral fera tout son possible pour que le gouvernement provincial ou territorial concerné participe au processus de négociation, particulièrement*] lorsque des terres ou des ressources sont en cause et que la province ou le territoire

- a) a tiré profit de l'inexécution d'une obligation légale,
- b) a agi de façon qu'il y ait inexécution d'une obligation légale envers une Première Nation requérante, ou

- c) s'est injustement enrichi du fait de l'interprétation juridique qui a été donnée d'événements historiques et du partage des pouvoirs dans la Constitution.

COMMENTAIRE : Les représentants du gouvernement fédéral ont dit que celui-ci souhaiterait donner aux gens l'assurance que, en règle générale, leurs droits fonciers ne seront pas touchés par les règlements négociés entre les Premières Nations et le gouvernement fédéral.

Le 25 juin 1993
Projet

SINGLETON
URQUHART
MACDONALD

ÉVALUATION

A. Modifications au processus indépendant d'examen des revendications

Les Premières Nations et le gouvernement fédéral

- a) doivent coopérer à une évaluation continue du protocole;
- b) doivent, afin d'en réaliser l'objectif, faire tous les efforts raisonnablement possibles pour en venir à un consensus sur toute modification à une politique du gouvernement fédéral concernant les sujets couverts par le protocole;
- c) sous réserve des dispositions suivantes, ne peuvent pas modifier une entente faisant partie intégrante du présent protocole, à moins que la modification n'ait été acceptée par les parties et mise par écrit, et
- d) peuvent, sous réserve de toute exigence législative, convenir de modifier le protocole afin de pouvoir régler la revendication en question.

B. Comité mixte d'examen des revendications

Un comité mixte d'examen des revendications doit être créé pour faire les évaluations conjointes et s'acquitter de toutes les autres fonctions prévues dans les présentes recommandations. Ce comité se composera d'un petit nombre de personnes nommées en nombre égal par le gouvernement fédéral et l'Assemblée des premières nations. Il sera coprésidé par un représentant de chacun de ces deux organismes.

Le Comité se réunira une fois par année civile ou plus souvent, à la discrétion des coprésidents. Il n'aura pas de secrétariat ou d'installations permanentes.

C. Méthode d'évaluation

L'évaluation en continu doit se faire comme suit.

1. L'organisme indépendant d'examen des revendications publie un rapport annuel couvrant les sujets suivants :
 - un résumé de toute l'activité déployée durant l'année écoulée autour des revendications, c'est-à-dire les revendications présentées, acceptées, négociées, réglées, etc.;

- les incidences des règlements conclus sur les collectivités touchées;
- le volume, la répartition et la disponibilité des ressources pour assurer un processus efficace et efficient;
- la «performance» et la participation des parties au processus;
- des recommandations sur les améliorations à apporter, y compris les critères selon lesquels établir un éventuel ordre de priorité pour résoudre les revendications et pour réduire ou supprimer tout arriéré de revendications non réglées.

Le ministre des Affaires indiennes doit déposer au Parlement, aussitôt que possible après sa publication, copie du rapport annuel de l'organisme indépendant d'examen des revendications. Celui-ci doit également remettre, dans les plus brefs délais, copie de son rapport annuel à l'Assemblée des premières nations.

2. L'organisme tient chaque année une rencontre avec le Comité mixte d'examen des revendications pour présenter le rapport annuel et en discuter. La date de la réunion est arrêtée par les coprésidents du Comité mixte, qui président la réunion.
3. Les Premières Nations et le gouvernement fédéral coopéreront, par l'entremise du Comité mixte, et trois ans après la mise en application du protocole, à la réalisation d'une évaluation de l'efficacité de la recherche qui aura pu être faite relativement à une revendication.
4. Les Premières Nations et le gouvernement fédéral coopéreront, par l'entremise du Comité mixte et dans les cinq ans suivant la mise en application du protocole, à la réalisation d'une évaluation entière de l'efficacité du protocole. Le financement nécessaire sera prévu dans le budget de l'organisme indépendant d'examen des revendications.
5. On reconnaît que, la loi évoluant constamment, d'autres questions devront peut-être s'ajouter au Protocole à mesure que le temps passe. Le Comité mixte devra examiner chaque année, plus souvent si nécessaire, toute modification à la législation ou tout autre changement pertinent afin de voir si le protocole devrait être modifié ou révisé.

Le 25 juin 1993
Projet

SINGLETON
URQUHART
MACDONALD

MISE EN OEUVRE

A. Structure du protocole

Le processus indépendant d'examen des revendications proposé dans le présent protocole doit être mis en oeuvre par la signature d'une entente entre le gouvernement fédéral et l'Assemblée des premières nations, par l'adoption d'une loi fédérale et par l'adoption aussi d'une politique fédérale. Les questions couvertes par le protocole et devant figurer expressément dans l'entente, la législation et la politique, doivent être déterminées et recommandées au stade de la mise en application. L'entente, la législation et la politique d'application du protocole doivent concorder avec l'objectif qui s'y trouve visé et avec les principes sur lesquels il repose.

Ce processus de mise en oeuvre n'est censé fixer en aucune manière des droits en cours d'évolution dans le contexte juridique actuel.

B. Étapes de la mise en application

1. Après avoir donné leur accord de principe au présent protocole, le gouvernement fédéral et l'Assemblée des premières nations doivent nommer leurs représentants respectifs au comité mixte d'examen des revendications.
2. Le comité a les fonctions suivantes :
 - a) déterminer si les questions couvertes par le protocole devraient figurer dans une entente, dans une loi ou dans une politique gouvernementale, et faire des recommandations en ce sens;
 - b) établir et recommander une entente écrite qui devra être appliquée par le gouvernement fédéral et l'Assemblée des premières nations;
 - c) **[(GF) formuler des recommandations quant à ce qui devrait figurer dans une mesure législative];**
 - d) établir et recommander des ententes de financement quinquennales.
3. Le gouvernement fédéral et l'Assemblée des premières nations font les nominations nécessaires
 - a) à l'organisme indépendant d'examen des revendications, et
 - b) sur les listes établies pour les comités indépendants d'évaluation.

4. Le comité mixte d'examen des revendications a les fonctions suivantes :
- a) choisir et engager une personne ou une organisation indépendante pour administrer le financement alloué à la recherche, à la négociation et aux actions devant les tribunaux;
 - b) établir les lignes directrices et les critères d'admissibilité applicables au financement pour la recherche, la négociation et les poursuites en justice.

Le 25 juin 1993
Projet

SINGLETON
URQUHART
MACDONALD

RÉSUMÉ DES QUESTIONS NON RÉGLÉES, SELON LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

[Énumérées au hasard]

1. Coût du processus indépendant d'examen des revendications

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Page 136 Tout au long de ses délibérations, le Groupe a insisté sur l'importance de concevoir un système de règlement des revendications qui réponde efficacement aux attentes des deux parties **[(GF) et qui ne fera pas augmenter, pour le gouvernement fédéral, le coût du règlement des revendications.]**

PREMIÈRES NATIONS

Page 136 Tout au long de ses délibérations, le Groupe a insisté sur l'importance de concevoir un système de règlement des revendications qui réponde efficacement aux attentes des deux parties.

2. Possibilité, pour le gouvernement fédéral, de recourir devant les tribunaux à des moyens techniques de défense

PREMIÈRES NATIONS

Page 143 **[(PN) *Le gouvernement fédéral ne peut, dans le cadre de l'action intentée, recourir à aucun moyen de défense technique comme les statuts de prescription ou la règle du retard indu.*]**

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Page 143 **[(GF) *Le gouvernement fédéral peut, dans le cadre de l'action intentée, recourir à tous les moyens de défense possibles.*]**

3. Mesure dans laquelle le processus indépendant d'examen des revendications peut se dérouler «sans préjudice»

PREMIÈRES NATIONS

Page 143 À moins qu'elles n'en décident autrement, les parties rédigent et présentent à l'organisme un protocole énonçant les détails de leur plan de négociation **[(PN) et précisant jusqu'où les négociations seront menées «sans préjudice»]** si elles décident de négocier le règlement de la revendication.

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Page 144 **[(GF) La négociation de tous les aspects couverts par le protocole est considérée être menée «sans préjudice», à moins que les parties en aient convenu autrement. Sauf dans la mesure prévue par la loi ou de manière à permettre à l'organisme indépendant d'examen des revendications de s'acquitter des obligations que lui confère le protocole, tous les aspects de ce dernier qui concernent une revendication en particulier doivent être tenus confidentiels par les parties visées.]**

4. Dépossession de tierces parties

PREMIÈRES NATIONS

Page 144 **[(PN) Les questions de publicité générale doivent également être réglées dans le protocole de négociation.]**

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Page 162 COMMENTAIRE : Les représentants du gouvernement fédéral ont dit que celui-ci souhaiterait donner aux gens l'assurance que, en règle générale, leurs droits fonciers ne seront pas atteints par les règlements négociés entre les Premières Nations et le gouvernement fédéral.

5. Financement des négociations des revendications

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Pages 147 et 148 [(GF) S'il y a entente sur un règlement, les prêts consentis à une Première Nation requérante pour participer aux négociations doivent être remboursés par le gouvernement fédéral selon les modalités établies par le comité mixte d'examen des revendications dans le cadre du processus de mise en oeuvre. La Première Nation requérante peut demander à l'organisme indépendant d'examen des revendications d'augmenter le montant du remboursement prévu dans les modalités lorsque les circonstances le justifient.]

PREMIÈRES NATIONS

Page 148 [(PN) *Le financement assuré à une Première Nation pour participer aux négociations doit être offert sous forme de subventions et non de prêts. Ces subventions doivent être calculées en fonction des besoins de la Première Nation requérante. Après avoir reçu une subvention, les requérants peuvent demander à l'organisme indépendant d'examen des revendications d'en augmenter le montant lorsque les circonstances le justifient.*]

6. Organisme représentant les Premières Nations

PREMIÈRES NATIONS

Page 148 Pour que le mécanisme prévu par le protocole fonctionne bien, [(PN) *L'Assemblée des premières nations*] doit recevoir une aide financière [(GF) ~~sous forme de subventions~~] être financée afin de pouvoir assurer le soutien des politiques ainsi que la liaison entre le Comité mixte d'examen des revendications et les Premières Nations.

Page 159 L'organisme indépendant d'examen des revendications doit établir de la documentation visuelle et écrite et la faire diffuser par **[(PN) l'Assemblée des premières nations]** pour aider les collectivités en cause à se faire une idée réaliste de ce qu'elles peuvent attendre du processus, en même temps que les renseigner...

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Page 148 COMMENTAIRE : La manière dont les Premières Nations choisissent leurs représentants au cours de ce processus a une incidence indirecte sur le gouvernement fédéral. Les principes 1, 4 et 9 ont trait à la relation entre le gouvernement fédéral et les Premières Nations. Le gouvernement ne dit pas clairement comment il entend répondre à l'intention de ces principes dans le cas des Premières Nations qui ne sont pas représentées par l'Assemblée des premières nations.

7. Fardeau de la preuve

PREMIÈRES NATIONS

Page 150 Une revendication doit être jugée recevable pour fins de négociations en vue d'un règlement lorsque **[(PN) l'on a établi qu'il y a bien eu manquement à une obligation]** de la part du gouvernement fédéral, obligation dérivée du droit (*common law*, droit civil, *equity* ou textes de loi), y compris les **[(PN) devoirs et]** obligations qui **[peuvent découler]** découlent de la relation de fiduciaire entre les Premières Nations requérantes et la Couronne.

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Page 150 Une revendication doit être jugée recevable pour fins de négociations en vue d'un règlement lorsque **[(GF) les Premières Nations requérantes ont établi qu'il y a eu manquement à une obligation]** dérivée du droit (*common law*, droit civil, *equity* ou textes de loi)...

8. Limitation, à une liste précise, des obligations non exécutées dérivées du droit

PREMIÈRES NATIONS

Page 150 Aux fins du protocole, [(PN) *et sans limiter la généralité de ce qui précède*] il y a manquement à une obligation dans les cas suivants...

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Page 150 Aux fins du protocole, il y a manquement à une obligation dans les cas suivants...

9. Revendications fondées sur un titre ancestral ou nécessitant la renégociation de traités

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Page 151 [(GF) **Le protocole n'est pas censé couvrir les revendications fondées sur la reconnaissance d'un titre ancestral ni celles qui nécessiteraient la renégociation d'un traité. On reconnaît que les revendications basées sur le titre ancestral relèvent d'un autre processus. On convient en outre que les Premières Nations et le gouvernement fédéral examinent actuellement la possibilité de mettre sur pied un processus commun pour clarifier les traités.**]

PREMIÈRES NATIONS

Page 136 [(PN) *Bien que ce processus ne doive pas couvrir les négociations générales sur les titres ancestraux ni les négociations bilatérales sur l'exécution des traités, d'autant qu'il existe, ou qu'on envisage de créer, d'autres processus pour couvrir ces négociations, on reconnaît que les titres ancestraux ou les droits issus de traités pourraient figurer parmi les éléments des revendications examinées dans le cadre du processus.*]

10. Exclusion des moyens techniques de défense durant les négociations

PREMIÈRES NATIONS

Page 156 **[(PN) *Il ne faut recourir à aucun moyen technique de défense comme les statuts sur la prescription ou la règle du retard*] indû tant que les parties demeurent dans les limites du protocole.**

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Page 156 Il ne faut pas recourir aux statuts sur la prescription ou à la règle du retard indu tant que les parties demeurent dans les limites du protocole.

11. Compensation conforme aux principes juridiques reconnus

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Page 156 La compensation doit **[(GF) être conforme aux principes juridiques reconnus.]**

PREMIÈRES NATIONS

Page 156 La compensation doit **[(PN) être d'un montant ou prendre une forme qui concorde avec les objectifs et les principes directeurs du protocole.]**

COMMENTAIRE : Les représentants des Premières Nations ont également fait savoir que la possibilité pouvait être envisagée de supprimer aussi le paragraphe 3.

12. Suspension, durant les négociations, du délai de prescription

PREMIÈRES NATIONS

Page 156 **[(PN) *L'application des statuts sur la prescription doit être suspendue tant que les parties suivent le processus indépendant d'examen des revendications.*]**

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Page 156 [(GF) **La Première Nation requérante est encouragée à faire tout ce qui est nécessaire pour éviter de perdre des droits par suite de l'expiration d'un délai prescrit, tant que les parties suivent le processus indépendant d'examen des revendications.**]

13. Responsabilité du gouvernement fédéral relativement à la participation provinciale

PREMIÈRES NATIONS

Page 161 Sous réserve de ce qui précède, on reconnaît que, dans bien des cas, la participation d'un gouvernement provincial ou territorial est essentielle au règlement d'une revendication, [(PN) *Si la Première Nation requérante le demande, le gouvernement fédéral fera tout son possible pour que le gouvernement provincial ou territorial concerné participe au processus de négociation, particulièrement*] lorsque des terres ou des ressources son en cause et que la province ou le territoire...

GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Page 161 Sous réserve de ce qui précède, on reconnaît que, dans bien des cas, la participation d'un gouvernement provincial ou territorial est essentielle au règlement d'une revendication, surtout lorsque des terres ou des ressources sont en cause et que la province ou le territoire...

14. Renonciations/Cessions

PAS DE PROJET POUR LE MOMENT

NOTA :

Il se trouve, ici et là dans le projet, des questions non résolues qui ne sont pas énumérées ici. Ces questions ne figuraient pas dans le résumé dressé par les représentants du gouvernement fédéral, car elles n'étaient pas considérées importantes. Les représentants des Premières Nations n'ont pas fourni de résumé pour les questions qu'ils considéraient importantes.

Le 25 juin 1993
Projet

SINGLETON
URQUHART
MACDONALD

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 coeur 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 outrepassé 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 DLR (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'historique 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 desseins 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. Délogés 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 Approvisionnements 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. 3 (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 *ONC 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 fiduciaire, 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 ONC 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 Ct.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 demeurait 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-

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 tenter 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 échoppent. 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 oeuvre 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 avantage 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]l 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]l 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'éclosion 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 a 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 feroient 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 légitimise 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'arrière 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 Munro. 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 négociateur 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'arrière 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 SUR 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^o 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 indemnisations, 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 toute 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^o 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^o 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 peut ne 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-divulgence 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 indemnisables. 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° 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° 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^o 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^o 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^o 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^o 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^o 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^o 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^o 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 législation 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.

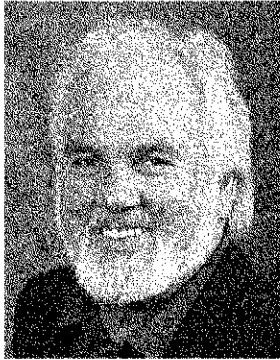
H. Mise en oeuvre et plan de travail

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.

LES COMMISSAIRES



Élu chef de la Première Nation micmaque d'Eel Ground (Nouveau-Brunswick) en 1980, **Roger J. Augustine** occupe le poste de président de l'Union des Indiens du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard de 1988 à janvier 1994. Le chef Augustine, qui s'intéresse de très près au développement économique des collectivités autochtones, est également président de l'Aboriginal Business Circle ainsi que membre-fondateur de la Micmac Maliseet Development Corporation et de l'Eagle Board Trust. Signalons, enfin, qu'il a fondé, et continue de parrainer, le Eel Ground Drug and Alcohol Education Centre et le Native Alcohol and Drug Abuse Rehabilitation Association, et que diverses récompenses lui ont été décernées pour tout le travail accompli dans ce domaine.



Assiniboine-cri de la Première Nation de Little Black Bear, dans le sud de la Saskatchewan, **Daniel J. Bellegarde** participe, de 1982 à 1984, au plan conjoint des chefs du district de Meadow Lake en tant que planificateur socio-économique. Ancien président du Saskatchewan Indian Institute of Technologies (1984-1987), il occupe depuis 1988 le poste de premier vice-chef de la Federation of Saskatchewan Indian Nations. M. Bellegarde est coprésident de la Commission depuis mars 1994.



D'origine dénée, M^{re} **Carole Corcoran** est née dans la réserve indienne de Fort Nelson, dans le nord de la Colombie-Britannique. Avocate de profession, elle possède une vaste expérience des questions liées aux gouvernements et aux politiques autochtones, que ce soit à l'échelle locale, régionale ou provinciale. Elle a été membre de la Commission royale sur l'avenir du Canada en 1990-1991, et a été nommée commissaire à la Commission des revendications des Indiens en juillet 1992, et membre de la B.C. Treaty Commission en avril 1993, de même que du conseil d'administration de la University of Northern British Columbia en novembre 1993.



Natif de Mashteuiatsh (Pointe-Bleue), un village montagnais qui s'étend aux bords du lac Saint-Jean, au Québec, **Aurélien Gill** est diplômé de l'Université Laval en éducation. Il a été président-fondateur du Conseil Atikamekw et Montagnais avant de devenir chef de la collectivité de Mashteuiatsh. Il a, par ailleurs, joué un rôle de premier plan dans la fondation, notamment, de l'Institut culturel et éducatif Montagnais, de la Corporation de Développement Économique Montagnaise, et la Fraternité des Indiens du Canada (aujourd'hui l'Assemblée des premières nations), et occupé divers postes au sein de l'administration fédérale, dont celui de Directeur général (Québec) au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. En 1991, il a été décoré de l'Ordre du Québec.



Attaché au cabinet Rooney Prentice, à Calgary, **M^e P.E. James Prentice, c.r.**, possède une vaste expérience des problèmes territoriaux des Autochtones, expérience que lui ont procurée, entre autres, ses fonctions de conseiller juridique et aussi de négociateur, pour le gouvernement de l'Alberta, lors de la négociation tripartite qui devait aboutir au règlement de la revendication soumise par la bande du lac Sturgeon, en 1989. Spécialiste également du droit administratif, M^e Prentice a agi comme conseiller juridique dans différents dossiers (acquisition de terres, expropriation, arbitrage et évaluations foncières) depuis 1981. De 1985 à 1992, il a présidé un tribunal quasi judiciaire en Alberta. Il est coprésident de la Commission depuis le 17 mars 1994.