

MÉMOIRE

présenté au Comité permanent des affaires autochtones et du Nord

par le juge Harry Slade, président, Tribunal des revendications particulières Canada,

le 19 octobre 2017 – Ottawa (Ontario)

I. CONTEXTE

[1] La *Loi sur le tribunal des revendications particulières* (LTRP), le fruit d'un effort conjoint de l'Assemblée des Premières Nations et du gouvernement du Canada, est entrée en vigueur le 16 octobre 2008. Elle faisait suite à 30 années de discussions, d'initiatives législatives qui ont échoué, d'études, de rapports et de négociations sur la façon optimale de réformer le processus des revendications particulières, menant finalement à la politique intitulée *Revendications particulières : La justice, enfin* annoncée par le ministre Strahl en 2007.

[2] Le processus des revendications particulières s'amorce lorsqu'un revendicateur des Premières Nations présente une revendication au ministre, Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord, qui doit ensuite décider d'accepter ou non de négocier la revendication. La revendication est d'abord examinée par la Direction générale des revendications particulières du ministère. Un avis juridique est préparé par un avocat du ministère. Par la suite, une recommandation est soumise au ministre.

[3] Le Tribunal a compétence sur les revendications qui n'ont pas été acceptées en vue de la négociation d'un règlement dans un délai de trois ans ou qui, à la suite d'une acceptation, ont fait l'objet de négociations pendant trois ans sans aboutir à un règlement.

[4] Les procédures devant le Tribunal ne sont ni un appel, ni un contrôle de la décision du ministre.

[5] Aux termes de la LTRP, les membres du Tribunal sont choisis parmi une liste de juges de juridiction supérieure. Cette disposition a pour but d'assurer l'indépendance du Tribunal.

[6] Les membres du Tribunal, en consultation avec les personnes intéressées au sein du comité consultatif établi suivant le paragraphe 12(2) de la LTRP, ont rédigé les Règles de procédure du Tribunal. En juin 2011, le Tribunal s'est mis à accepter le dépôt de réclamations.

II. TENEUR ET PROCESSUS

[7] Les revendications présentées au Tribunal sont souvent complexes sur les plans des faits et de l'application du droit. La plupart des revendications, même si elles sont relativement simples, font l'objet d'une audience en règle sur le bien-fondé et, le cas échéant, sur les indemnités afférentes. Il arrive souvent que les parties présentent des requêtes préliminaires concernant la compétence, l'admissibilité de la preuve et d'autres questions. Il est courant que le dossier contienne des éléments tirés de la tradition orale, des témoignages d'expert et un dossier documentaire volumineux, couvrant parfois plus d'un siècle.

[8] Les audiences tenues dans les collectivités des revendicateurs sont un volet essentiel du processus et ont une vocation conciliatoire.

III. REVENDICATIONS DÉPOSÉES

[9] Depuis 2011, le Tribunal a reçu un total de 90 revendications. Sur le plan géographique, elles sont réparties comme suit :

- 32 en Colombie-Britannique;
- 12 en Alberta;
- 17 en Saskatchewan;
- 8 au Manitoba;
- 6 en Ontario;
- 12 au Québec;
- 3 au Nouveau-Brunswick.

[10] En ce moment, le Tribunal est saisi de 78 revendications. De ce nombre, 64 sont actives et font l'objet d'une gestion d'instance.

[11] En général, les revendications ont trait à l'exercice des obligations de la Couronne en ce qui a trait à la création de réserves, aux traités et à l'administration des terres de réserve. Dans la plupart des cas, il est allégué que la Couronne a manqué à ses obligations fiduciaires.

IV. EXAMEN DE LA POLITIQUE

[12] Le 6 septembre 2017, les ministres Wilson-Raybould et Bennett ont publié une déclaration commune où elles signalent ce qui suit :

[...] le Canada estime que l'actuelle politique sur les revendications particulières et le processus de règlement, incluant la question de l'indemnisation équitable, sont contraires à la reconnaissance des droits ou à l'approche fondée sur la reconnaissance des droits destinée à régler les différends entre la Couronne et les peuples autochtones. Le Canada s'emploie à revoir entièrement la politique, en coopération et en collaboration avec les peuples autochtones, [...]

[13] Par le passé, la politique et le processus en matière de revendications particulières étaient élaborés et administrés par la Direction générale des revendications particulières du ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada. Ils relèvent maintenant du ministère des Relations Couronne-Autochtones et des Affaires du Nord.

[14] Autrefois, l'apport des ministres de la Justice se limitait à la nomination de juges à titre de membres au Tribunal, car les relations entre le gouvernement et la magistrature relèvent du ministère de la Justice. Nous (il ne s'agit pas ici d'un pluriel de majesté, mais du Tribunal) estimons que le nouveau rôle du ministre de la Justice dans les réformes de la politique et du processus des revendications particulières constitue une évolution positive.

[15] Nous accueillons favorablement l'examen de la politique et espérons que le présent mémoire sera utile au Comité permanent.

V. SIX ANS PLUS TARD : L'EXPÉRIENCE ET LE POINT DE VUE DU TRIBUNAL

[16] La présentation des renseignements et des préoccupations qui suivent n'a pas pour but de critiquer les ministres de la Couronne qui sont présentement responsables des relations entre la Couronne et les Autochtones.

[17] Depuis la création du Tribunal, il est clair que la conduite de l'intimé – le Canada – dans le cadre des procédures devant le Tribunal est dirigée par la Direction générale des revendications particulières (DGRP).

[18] Il est devenu évident, à la lumière de renseignements recueillis durant les délibérations des comités consultatifs et la gestion des instances liées aux revendications, que les politiques et pratiques internes de la DGRP étaient en place avant l'examen de la politique en 2008 et sont demeurées en place après cet examen et après la création du Tribunal. De plus, certaines de ces politiques ont été mises en lumière dans des revendications examinées par le Tribunal, à savoir les affaires *Première nation Halalt c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada* et *Bande Beardy's et Okemasis n^{os} 96 et 97 c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*.

VI. MANQUE DE TRANSPARENCE DANS LES PROCESSUS DE LA DGRP

[19] Dans le cadre de la gestion des instances, des revendicateurs ont fait part de leurs préoccupations concernant des pratiques adoptées à l'étape initiale du processus des revendications qui, de l'avis de la communauté des revendicateurs, ne cadrent pas avec les objectifs généraux de la politique des revendications particulières.

[20] Dès le début du processus du Tribunal, nous discutons des moyens de preuve devant servir à établir le bien-fondé de la revendication. Dans tous les dossiers, la preuve principale est de nature documentaire. Les revendicateurs nous signalent que, même s'ils ont soumis leurs documents et autres éléments de preuve dans leur présentation au ministre, y compris des résumés de témoignage anticipé, des rapports d'experts et des mémoires juridiques, la partie adverse ne leur achemine pas la documentation additionnelle que la DGRP a examinée avant sa décision de recommander ou non l'acceptation de la revendication aux fins de la négociation. Lorsque les revendications ne sont pas acceptées, les revendicateurs ne reçoivent pas d'explication complète des faits et du droit qui motivent la décision.

[21] Nous sommes également saisis de revendications qui ont été acceptées, mais qui n'ont toujours pas abouti à un règlement. Durant les négociations, les parties peuvent commander, conjointement ou individuellement, des rapports d'experts concernant le bien-fondé de la revendication ou l'indemnité afférente. De manière générale, ces rapports ne sont pas

communiqués au Tribunal, car la Couronne s'oppose à leur présentation en invoquant le privilège de négociation.

[22] Le Tribunal reconnaît que les parties sont libres de choisir leurs stratégies dans les procédures devant le Tribunal. Toutefois, le manque de transparence dans le processus de la DGRP et le recours au privilège de règlement et au privilège de négociation prolonge la procédure du Tribunal parce qu'il faut alors repartir à zéro en reprenant la divulgation des documents et la préparation de rapports d'experts. Dans les dossiers où les revendicateurs prennent appui sur la tradition et l'histoire orales, il arrive que leurs sources ne soient plus en vie, car la période entre le dépôt initial à la DGRP et le dépôt au Tribunal peut atteindre 15 ans. Il en résulte que les procédures s'éternisent et deviennent inefficaces et inutilement coûteuses.

[23] L'accès du Tribunal au dossier complet de la DGRP permettrait au Tribunal de cerner les questions de fait et de droit qui sont centrales. Si les parties sont ouvertes à une évaluation préliminaire du bien-fondé d'une revendication, la divulgation du dossier de la DGRP serait utile.

VII. LA LTRP ET LA NÉGOCIATION

[24] La LTRP reconnaît que la négociation est le meilleur moyen de régler une revendication. Selon le préambule de la LTRP :

le droit des Premières Nations de saisir ce tribunal de leurs revendications particulières encouragera le règlement par la négociation des revendications bien fondées. [C'est nous qui soulignons.]

[25] Dans les affaires qui sont soumises aux tribunaux, la négociation est encouragée bien avant que le tribunal ne formule des conclusions contraignantes sur la responsabilité (le « bien-fondé »).

[26] La participation aux négociations est volontaire. Les deux parties doivent s'y engager pour qu'elles portent fruit.

[27] Il était évident dès le départ que les représentants de la Couronne n'étaient nullement intéressés à ce que le Tribunal encourage ou facilite les négociations. À la première réunion du comité consultatif en 2009, nous avons signalé l'existence de procédures fondées sur des règles

et le rôle des juges pour ce qui est d'encourager la négociation, y compris la médiation. Des représentants des revendicateurs, de la DGRP et du ministère de la Justice étaient présents. Les représentants de la Couronne ont répondu que le Tribunal n'avait aucun rôle à jouer sur ce plan, étant donné que les revendications dont il était saisi n'avaient pas été acceptées par le ministre aux fins de la négociation; par conséquent, le seul rôle du Tribunal était d'instruire l'affaire et, au terme de l'instruction, de rendre une décision. Cela revient à traiter toutes les revendications en présumant qu'elles sont dépourvues de fondement, ce qui semble aller à l'encontre de l'objectif de réconciliation.

[28] Dans les tribunaux, la plupart des procédures civiles sont réglées avant la tenue d'un procès. Cela est en partie attribuable au fait que les parties ne peuvent être certaines de l'issue de la procédure. La réalité concrète d'une date de procès incite fortement les parties à négocier.

[29] Nous avons constaté un changement récent. Nous recevons maintenant des requêtes conjointes (de la part du revendicateur et de l'intimé) visant la suspension de notre processus pendant que les parties entreprennent des « discussions », qui pourraient mener à des négociations. De toute façon, les « discussions » commencent par l'établissement d'un « protocole de négociation », ce qui nécessite à peu près un an. Une fois que cela est accompli, la négociation peut commencer. On nous a fait part de prévisions qui vont de deux à cinq ans!

[30] Nous n'arrivons pas à comprendre pourquoi il faudrait un an pour préparer le terrain en vue des négociations et plusieurs années pour parvenir à un règlement.

[31] Une des raisons centrales pour les changements de politique en 2008 et la création du Tribunal était la lenteur du processus pour ce qui est de l'examen initial des revendications.

[32] Le Tribunal a instruit des revendications qui avaient traîné pendant 12 ans avant qu'une réponse ne soit donnée par un des ministres antérieurs. De même, la négociation de revendications acceptées avance à pas de tortue; des revendicateurs ont attendu pendant des années des réponses de la part du Canada à leurs propositions de règlement ou contre-propositions. C'est en raison de ces longues attentes que la règle des trois ans pour tout examen par la DGRP et toute négociation des revendications acceptées a été établie.

[33] Accueillir les requêtes de suspension pour de longues périodes serait un retour en arrière.

[34] Il n'est ni nécessaire ni souhaitable de suspendre les procédures préalables à l'audience servant à établir le dossier du Tribunal – faisant en sorte qu'il ne soit pas possible de fixer une date d'audience – du fait que les parties négocient ou « discutent » de la possibilité de négocier. Lorsque l'obligation de se présenter en salle d'audience n'est plus imminente, la pression de parvenir à un règlement disparaît.

[35] Passons maintenant à notre recherche sur la justification de mettre en suspens des revendications dans le but de poursuivre des négociations. Nous avons récemment convoqué une réunion du comité consultatif pour discuter de plusieurs questions, dont la suivante :

1. Dans le cadre de nombreuses revendications, les parties ont présenté une requête conjointe visant à suspendre la revendication pour la tenue de négociations sans délais réglementaires, sans engagements à l'égard de la résolution des litiges, y compris la médiation, et sans rapports périodiques sur l'efficacité du processus.

[36] À la lumière des renseignements recueillis lors de la gestion des instances et dans les discussions avec le comité consultatif, il est clair que la mise en suspens du processus du Tribunal découle d'une politique de la DGRP. Aux termes de cette politique, une condition préalable à la tenue de négociations est que le revendicateur doit accepter de suspendre la procédure du Tribunal.

[37] Cette politique date d'avant la création du Tribunal. La politique sur les revendications particulières exclut l'acceptation d'une revendication aux fins de la négociation pendant que l'affaire fait l'objet d'une procédure judiciaire. La condition est énoncée dans la LTRP :

s.15(3) La première nation ne peut saisir le Tribunal d'une revendication si les conditions suivantes sont réunies :

- a) une juridiction autre que le Tribunal est saisie d'une demande portant sur les mêmes terres ou autres éléments d'actif et susceptible de donner lieu à une décision incompatible ou fondée essentiellement sur les mêmes faits;
- b) la première nation et Sa Majesté sont parties à l'instance;
- c) l'instance est toujours en cours. [C'est nous qui soulignons.]

[38] Toutefois, la politique est appliquée de manière erronée, car elle enfreint l'alinéa 15(3)a), qui prévoit que la négociation d'une revendication peut aller de l'avant pendant que le Tribunal est saisi de la demande.

[39] Nous avons également appris lors de la gestion des instances et dans les discussions avec le comité consultatif que les politiques du ministère ne permettent pas le financement simultané d'une procédure devant le Tribunal et d'une négociation.

[40] Ces contraintes issues des politiques nuisent aux efforts du Tribunal en vue d'encourager des solutions négociées aux affaires qui lui sont soumises. Cela va à l'encontre de la pratique adoptée par les tribunaux. Question encore plus préoccupante, cela suscite chez les revendicateurs des doutes quant à la bonne foi dans les négociations.

VIII. MÉDIATION

[41] Il est maintenant courant que les règles d'un tribunal prévoient la tenue de conférences de règlement. Certains tribunaux prévoient la tenue de « mini-procès ». Les parties présentent leurs arguments; le tribunal rend un avis non contraignant sur la responsabilité. Dans la plupart des cas, l'affaire est réglée rapidement dans les négociations qui s'ensuivent.

[42] Il est également courant que les tribunaux recommandent la médiation par un membre du tribunal ou un médiateur externe.

[43] Le Parlement voulait que le recours à la médiation soit une option pour le règlement des revendications soumises au Tribunal. La LTRP est rédigée comme suit :

12(1) Un comité formé d'au plus six membres du Tribunal nommés par le président peut établir des règles d'application générale concernant l'accomplissement des travaux du Tribunal et la gestion de ses affaires internes ainsi que des règles de procédure pour régir ses activités, notamment en ce qui concerne :

[...]

h) la gestion des instances, y compris les conférences préparatoires et le recours à la médiation; [...] [C'est nous qui soulignons.]

[44] Dans le cadre de la gestion des instances, les membres du Tribunal demandent régulièrement aux parties si elles souhaitent recourir à la médiation. Les revendicateurs sont généralement réceptifs, même favorables, à cette idée. Il n'en est pas de même du côté de l'intimé.

[45] Il est généralement reconnu que la médiation était un des piliers de la « relation renouvelée » envisagée dans l'examen de la politique en 2008. Il n'y a jamais eu de suite.

[46] À chaque réunion du comité consultatif, le fait que la médiation n'a pas été mise en place au sein du processus des revendications est soulevé. Aux yeux des intervenants des Premières Nations, il s'agit d'un reniement des engagements pris par le Canada au moment où la LTRP est entrée en vigueur. Le rejet de la médiation est, à tout le moins, un refus de donner effet à l'intention qui sous-tend la LTRP.

[47] Nous encourageons fortement les Premières Nations et le Canada à être ouverts à explorer les façons dont le Tribunal peut favoriser la négociation de règlements ou d'autres mécanismes de résolution des différends. À titre de juges de juridiction supérieure, les membres de notre Tribunal comptent tous de nombreuses années d'expérience dans la médiation des différends soumis aux tribunaux.

IX. DÉPÔT DES REVENDICATIONS, ÉTAT D'AVANCEMENT ET FINANCEMENT

[48] Le Tribunal a également cherché à recueillir les observations du comité consultatif sur les questions suivantes :

1. le rythme auquel les revendications sont déposées auprès du Tribunal a ralenti au cours des trois dernières années;
2. les revendications passent à l'étape de l'instruction plus lentement que prévu.

[49] On nous dit que la lenteur avec laquelle les revendications progressent est attribuable au financement inadéquat accordé aux revendicateurs.

[50] Depuis la création du premier processus des revendications particulières en 1976, il est reconnu que les Premières Nations ne seraient pas en mesure de justifier leurs revendications sans aide financière. On nous signale qu'il y a eu des compressions durant l'administration précédente.

[51] Les revendicateurs ne sont pas les seuls qui soient touchés par un financement insuffisant. Dans le cadre de la gestion des instances, les avocats de l'intimé nous ont signalé que le manque de fonds et le processus bureaucratique pour l'attribution de contrats les empêchent d'achever à temps la recherche documentaire et les rapports préalables aux audiences.

X. REVENDICATIONS GLOBALES

[52] Nous avons ajouté la présente section sur les revendications globales en réponse aux questions des membres du comité.

[53] Les revendications déposées par des groupements autochtones à l'égard des terres et des ressources, c'est-à-dire le titre autochtone, sont examinées dans le cadre de la Politique sur les revendications territoriales globales. Le Tribunal des revendications particulières n'a pas de mandat ou de compétence en ce qui touche ces questions.

[54] La politique prévoit la négociation de revendications globales. Lorsque le territoire revendiqué est constitué de terres publiques provinciales, des négociations tripartites incluant la province, le Canada et le groupement autochtone sont la norme. Les négociations sont volontaires. Il n'y a pas de loi fédérale qui établisse un processus suivant lequel on pourrait mesurer les progrès accomplis. Il n'y a pas d'organisme indépendant doté d'un mandat conféré par la loi et de pouvoirs lui permettant de guider les progrès de la négociation et de surveiller la conduite des parties.

[55] Le résultat souhaité est un traité moderne. Toutefois, l'élaboration de tels traités est un lent processus, nécessitant en général des décennies. Entre-temps, la croissance démographique et l'exploitation des ressources se poursuivent dans les territoires revendiqués, ce qui peut réduire la valeur des terres revendiquées alors même que la négociation des traités est en cours. Les groupements de revendicateurs n'ont d'autre choix que de demander aux tribunaux de prendre une mesure injonctive.

[56] À l'heure actuelle, la seule solution de rechange aux négociations dans le cadre de la politique est le recours aux tribunaux. Les requêtes en vue d'obtenir la déclaration du titre autochtone peuvent être très longues, entraîner des frais importants et créer des divisions. La revendication sera accueillie ou rejetée. Si elle est accueillie, il reste encore beaucoup de chemin

à parcourir avant de régler les questions liées à la gouvernance des terres et aux relations avec les autres parties concernées, y compris le Canada, la province et les municipalités.

[57] De nombreux observateurs font valoir que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) devrait servir de modèle pour la réconciliation. Toutefois, il ne serait pas possible de donner suite à l'appel de la DNUDPA en faveur de la reconnaissance de la propriété et du contrôle entier par les Autochtones de leurs territoires traditionnels sans d'abord cerner les entités autochtones qui détiennent les titres, délimiter leurs territoires, ainsi que relever comment concilier les intérêts des divers groupements autochtones entre eux et avec les intérêts non autochtones. De plus, il faut concilier les pouvoirs de gouvernance autochtone et les pouvoirs de gouvernance conférés par la Constitution à la lumière de la common law canadienne relative au titre autochtone.

[58] En Australie et en Nouvelle-Zélande, il y a des tribunaux mandatés et habilités à favoriser les consensus au moyen d'un processus de négociation où les pouvoirs et les obligations des parties de faire preuve de bonne foi sont équilibrés et où les progrès sont mesurables. Les objectifs sont notamment l'identification des titulaires de droits autochtones, la conclusion d'ententes sur les intérêts liés aux terres, aux ressources et à la gouvernance, la confirmation juridique de ces intérêts, ainsi que leur conciliation avec les intérêts non autochtones.

[59] La DNUDPA prévoit justement la mise en place d'un tel processus :

Article 27

Les États mettront en place et appliqueront, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent prenant dûment en compte les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones, afin de reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement, et de statuer sur ces droits. Les peuples autochtones auront le droit de participer à ce processus.

[60] D'après l'article 46, la mise en œuvre de l'article 27 ne menacerait pas l'intégrité territoriale de l'État-nation du Canada ni les droits et libertés fondamentales de ses peuples :

Article 46

1. Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies, ni considérée comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoindrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant.

2. Dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés. L'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration est soumis uniquement aux restrictions prévues par la loi et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Toute restriction de cette nature sera non discriminatoire et strictement nécessaire à seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique.

Respectueusement soumis,

Harry Slade, président, Tribunal des revendications particulières du Canada