

## **Résumé**

Dans le cadre de sa responsabilité constitutionnelle à l'égard des Indiens et des terres qui leur sont réservées, le gouvernement fédéral reconnaît, depuis 30 ans, que sa responsabilité peut être engagée dans certaines circonstances : manquement à une obligation découlant d'un traité ou d'une loi; aliénation illégale de terres; mauvaise gestion des fonds ou des biens appartenant à des bandes indiennes. Les revendications particulières sont les litiges qui en découlent. Plus de 1296 revendications particulières ont été déposées jusqu'ici au gouvernement du Canada, dont très peu proviennent du Québec. Pourtant le rôle des avocats dans ces dossiers est crucial. Les règlements indemnisant une Première Nation pour la violation de ses droits peuvent atteindre plusieurs dizaines de millions de dollars. Il y a là un champ de pratique méconnu et inexploré au Québec, ce qui nous interpelle comme avocats.

## **Introduction**

Qui se rappelle aujourd'hui que la Commission des revendications particulières des Indiens a été créée dans la foulée de la crise d'Oka? Et pourtant, la création de cette Commission d'enquête fédérale<sup>1</sup>, connue sous le nom de Commission des revendications des Indiens, fait partie du plan d'action élaboré par le gouvernement canadien en réponse à cette crise et rendu public à l'automne 1990 par le premier ministre de l'époque, Brian Mulroney.

La Commission des revendications des Indiens exerce son mandat en vertu de la première partie de la loi fédérale sur les enquêtes. La Commission est venue s'ajouter à un processus administratif d'examen des revendications des bandes indiennes établi plus de 15 ans auparavant aux termes d'une politique interne du ministère fédéral des Affaires indiennes et du Nord canadien. La Commission est un mécanisme quasi-judiciaire de révision de certaines décisions du ministre.

---

<sup>1</sup> Décret CP 1991-1329, modifié par le décret CP 1992-1730

La Constitution canadienne prévoit que les Indiens et les terres qui leur sont réservées relèvent de la compétence fédérale. C'est dans le cadre de cette compétence que le ministre des Affaires indiennes, Jean Chrétien, avait déclaré à la Chambre des communes, en 1973, que le gouvernement envisageait de régler, par la négociation, deux catégories de « revendications » : les revendications « globales » et les revendications « particulières ».

Les revendications globales sont fondées sur un titre autochtone existant (qui n'a pas été cédé ni éteint), comme les négociations tripartites actuelles, amorcées en 1979, avec les Premières Nations innues (du nord-est du Québec) et atikamekw (du nord-ouest du Québec). Les éléments de cette politique seront précisés en 1981 dans un document publié sous le titre « En toute justice »<sup>2</sup>.

Les revendications particulières découlent du non-respect d'une obligation légale dans certaines circonstances décrites dans la politique publiée en 1982 sous le titre « Dossier en souffrance »<sup>3</sup>. On parle ici de litiges non résolus depuis plusieurs décennies dans la majorité des cas, ce qui découle certainement du contexte créé par l'inscription, en 1927, d'une disposition dans la *Loi sur les Indiens*<sup>4</sup>. Entre 1927 et 1951, cette loi a interdit aux Premières Nations de retenir, sans l'autorisation préalable écrite du gouvernement, les services d'avocats afin d'intenter des procédures judiciaires pour faire valoir leurs droits. Toute personne qui sollicitait ou recevait des honoraires en contravention de cette disposition de la loi, était passible d'une amende allant jusqu'à 200 \$ ou d'une peine d'emprisonnement maximale de deux mois.

Nous allons nous concentrer, dans notre exposé, sur les revendications particulières qui sont directement au cœur du mandat de la Commission des revendications des Indiens. Cette Commission a donc vu le jour dans un contexte politique chargé et dans un

---

<sup>2</sup> *En toute justice, Une politique des revendications des Autochtones, Revendications globales*, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1981.

<sup>3</sup> *Dossier en souffrance, Une politique des revendications des Autochtones, Revendications particulières*, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982.

<sup>4</sup> *Loi concernant les Indiens*, SR 1927, c. 98, art. 141.

contexte juridique totalement nouveau par rapport à celui qui prévalait au moment de la formulation de cette politique en 1973.

Il faut rappeler un précédent important sur le plan constitutionnel : la reconnaissance et la confirmation, dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, des droits existants

- ancestraux (qui renvoient entre autres aux revendications globales) et
- issus de traités conclus avec des peuples autochtones (Indiens, Inuits et Métis).

Les traités sont au cœur de la relation particulière établie entre la Couronne et les peuples autochtones. Il est important de rappeler un autre précédent, survenu en 1984 avec l'arrêt *Guerin*<sup>5</sup>, dans lequel la Cour suprême du Canada a qualifié la relation entre la Couronne et les Indiens de relation de fiduciaire, laquelle crée, dans certaines circonstances, une obligation de fiduciaire dont le manquement peut être sanctionné par les tribunaux. La Cour suprême dira, dans l'arrêt *Sparrow*<sup>6</sup>, en 1990, que cette relation de fiduciaire existe non seulement entre la Couronne et les Indiens, mais à l'égard des autres peuples autochtones (Inuits et Métis).

### **Le mandat de la Commission**

La Commission des revendications des Indiens a le mandat de faire enquête et rapport dans deux contextes précis :

- 1- pour évaluer la validité des revendications particulières rejetées par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien
- 2- pour déterminer les critères d'indemnisation applicables dans la négociation d'une revendication, lorsqu'une Première Nation requérante conteste les critères retenus par le ministre pour négocier le règlement de cette revendication.

---

<sup>5</sup> *Guerin c. R.* [1984] 2 RCS 335.

<sup>6</sup> *R. c. Sparrow* [1990] 1 RCS 1075.

La politique prévoit une liste de dix critères d'indemnisation pour les pertes et les dommages subis en raison des manquements de la Couronne à ses obligations. Les dédommagements sont versés sous forme d'indemnités monétaires. Quand la revendication porte sur des événements survenus avant 1867 et sur des terres situées à l'intérieur d'une province, le Canada exige que la province concernée assume une partie du règlement de l'indemnité. Le règlement d'une revendication doit tenir compte des droits et intérêts des tierces parties.

De plus, la Commission peut, avec le consentement des parties (la Première Nation requérante et le ministère des Affaires indiennes) fournir des services de médiation pour faciliter le règlement de toute question relative à une revendication particulière.

La Première Nation peut obtenir du financement (sous forme de contribution et de prêt) du ministère des Affaires indiennes selon des critères établis par le gouvernement, que ce soit à l'étape de la préparation et du dépôt de la revendication au Ministère ou à l'étape de l'enquête ou de la médiation de la Commission.

La Commission intervient donc une fois qu'une revendication a été rejetée, c'est-à-dire après que le Ministère a refusé de reconnaître quelque responsabilité que ce soit, sur la foi de l'opinion juridique émise par le ministère de la Justice. La Première Nation n'est pas nécessairement représentée ou assistée par un avocat quand elle soumet le dossier de sa revendication au ministère des Affaires indiennes. Dans ce cas, le Ministère ne dispose donc d'aucun argument juridique à l'appui de la position de la Première Nation. De plus, comme le processus d'analyse se fait exclusivement à partir de documents à cette étape, la Première Nation n'a pas l'occasion de faire entendre des témoins.

L'absence de représentation met en cause la préservation des droits et des intérêts d'une Première Nation et, de façon plus générale, la question de l'administration de la justice. Ne devrait-on pas s'assurer qu'une Première Nation a accès à des conseils juridiques indépendants avant le dépôt d'une revendication qui risque d'affecter ses droits, ou du

moins qu'elle a été avisée de l'utilité de solliciter de tels conseils? L'expérience démontre que des dossiers préparés par des chercheurs sans qualifications juridiques ont mené au rejet d'une revendication. Ce n'est qu'au cours ou à la suite de l'enquête menée par la Commission consécutivement à ce rejet que le Canada a accepté de revenir sur sa décision, après avoir entendu les arguments juridiques présentés par les avocats de la Première Nation.

Ce processus a fait l'objet de critiques virulentes selon lesquelles le Ministère est juge et partie dans l'analyse de ces revendications, ce qui le met en situation de conflit d'intérêt : le ministre examine la revendication et décide, sur la foi d'une opinion confidentielle du ministère de la Justice qui n'est pas communiquée à la Première Nation concernée, s'il estime qu'il a contrevenu à une de ses obligations à l'endroit de cette Première Nation, et s'il va, par conséquent, accepter de négocier le règlement de cette revendication. Dans le cas où il ne se reconnaît pas d'obligation, le ministre des Affaires indiennes rejette la revendication.

### **Le processus d'enquête de la Commission**

La neutralité et l'impartialité sont des caractéristiques importantes du travail de la Commission. La Commission n'est pas le porte-parole de l'une ou l'autre des parties qui paraissent devant elle, que ce soit le gouvernement fédéral ou une Première Nation.

La procédure d'enquête adoptée par la Commission favorise la présentation de témoignages de membres de la communauté visée, souvent des anciens, et ce, dans leur réserve même. La Commission se déplace donc partout au Canada pour entendre ces témoignages. C'est un des éléments inédits de la procédure d'enquête de la Commission, qui permet à la Première Nation et à ses témoins d'exprimer leurs perspectives et leur position sur leur revendication, souvent pour la première fois.

Ces témoignages constituent une source importante de preuve dans l’instruction des revendications particulières. La Commission a fait œuvre de pionnière en intégrant l’histoire et la tradition orales des Premières Nations à sa procédure d’enquête. La Cour suprême du Canada a reconnu, en 1997, la valeur essentielle de la preuve orale, malgré que ce type de déclarations extrajudiciaires entre en conflit avec la règle générale d’inadmissibilité du oui-dire.

*« Malgré les problèmes que crée l’utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques, le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être placé sur un pied d’égalité avec les différents types d’éléments de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques. »<sup>7</sup>*

Les documents historiques passent en général sous silence la perspective et la contribution des peuples autochtones à l’histoire de ce pays. C’est cette lacune que le jugement *Delgamuukw* et la procédure de témoignages adoptée par la Commission visent à combler. Ces témoignages complètent l’analyse historique du dossier menée par les chercheurs de la Commission à partir du dossier soumis par la Première Nation et par le Canada. C’est là une des contributions majeures de la Commission à une meilleure compréhension de l’histoire, tant par les Premières Nations elles-mêmes que par les Canadiens en général.

La première étape de l’enquête consiste en une conférence de planification lors de laquelle la Commission et les avocats représentant les parties discutent des questions de droit et de fait en litige et des modalités de l’enquête. En cas de désaccord des parties, c’est le comité d’enquête (habituellement formé de trois commissaires) qui déterminera les questions qui feront l’objet de l’enquête. Bien souvent c’est la première fois que les représentants de la Première Nation et leur conseiller juridique ont l’occasion de discuter du litige avec les représentants du gouvernement fédéral. Cet aspect de la procédure est très important parce qu’il favorise une meilleure compréhension des positions respectives des parties.

---

<sup>7</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 RCS 1010, par. 87.

Le procureur de la Commission se rend ensuite dans la communauté où il rencontre les témoins de la Première Nation, choisis parmi les membres de la communauté. Il recueille l'essentiel de leur témoignage, et en fait un résumé qui sera ultérieurement communiqué à l'avocat du Canada. Les deux parties peuvent de plus déposer des rapports préparés par des experts, lesquels pourront par la suite témoigner et être contre-interrogés, si le comité d'enquête l'estime nécessaire.

Une audience publique ou séance communautaire a ensuite lieu pendant laquelle les témoins sont interrogés par l'avocat de la Commission. Le contre-interrogatoire des témoins membres de la communauté n'est pas permis, mais les avocats de la Première Nation et du Canada peuvent leur adresser des questions par l'entremise du procureur de la Commission. Ces séances présentent des défis particuliers, par exemple l'interprétation des propos d'anciens qui s'expriment dans leur langue maternelle, quand celle-ci n'est ni l'anglais ni le français.

Après que les deux parties ont soumis leurs plaidoiries écrites et les ont présentées oralement au comité d'enquête, ce dernier délibère et rend ensuite publiques ses conclusions et sa recommandation sur la validité de la revendication. S'il juge que la revendication est fondée, il recommandera au ministre des Affaires indiennes de reconsidérer sa décision initiale et de négocier le règlement de la revendication. Il peut arriver que le Canada en vienne à revoir sa position initiale durant le cours d'une enquête ou à la suite du rapport reçu à la fin de l'enquête.

### **Les fondements d'une revendication particulière**

La politique fédérale prévoit que le gouvernement fédéral est prêt à reconnaître sa responsabilité s'il est démontré qu'il n'a pas respecté une obligation légale dans les circonstances suivantes :

1-Le non-respect d'un traité ou d'un accord entre les Indiens et la Couronne. Les termes « traité » et « accord » ne sont pas définis. On retrouve dans cette catégorie, les revendications fondées sur le non-respect des traités historiques signés entre la Couronne et les Indiens, et plus particulièrement les traités « numérotés » portant sur la cession par les Premières Nations de leurs droits territoriaux sur les terres de l'Ontario à la Colombie-Britannique et une partie des Territoires du Nord-Ouest. Par exemple, la revendication de la Première Nation de Long Plain au Manitoba a donné lieu, en 1994, à un règlement de 16,5 millions de dollars, en compensation de la différence entre la superficie de terres que la Première Nation a obtenues et la superficie à laquelle elle avait droit en vertu du traité n° 1 signé en 1871. De même, le gouvernement fédéral a versé, en 2000, une indemnité de 23 millions de dollars à la nation de Kawacatoose<sup>8</sup> en Saskatchewan, pour compenser l'insuffisance de la superficie que cette Première Nation a reçue conformément au traité n° 4 auquel elle a adhéré en 1874. Ces deux règlements sont intervenus après qu'une enquête de la Commission a recommandé au gouvernement fédéral de revoir sa position.

2-Un manquement à une obligation découlant de la *Loi sur les Indiens* ou d'autres lois et règlements relatifs aux Indiens. Par exemple, le gouvernement fédéral a reconnu sa responsabilité, au cours de l'enquête menée par la Commission en 2003, découlant du fait qu'il a laissé construire un pont et une route provinciale, en contravention de la *Loi sur les Indiens*, dans les limites de la réserve des Montagnais-Innus de Betsiamites sur la Côte-Nord du Québec, dans les années 1930. De même, la cession illégale en 1904 de la réserve des Quarante Arpents appartenant aux Hurons-Wendat dans la région de Québec a fait l'objet d'un règlement de 12 millions de dollars.

3-Un manquement à une obligation découlant de la responsabilité administrative du gouvernement fédéral à l'égard des fonds ou autres biens appartenant à des bandes. Par exemple, le gouvernement fédéral a reconnu sa responsabilité, en 1998, pour les pertes

---

<sup>8</sup> *Enquête sur les droits fonciers issus de traités, Première Nation de Kawacatoose, Actes de la Commission des revendications des Indiens* (1996) 5 ACRI.



subies par la Tribu des Blood-Kainaiwa en Alberta découlant d'erreurs dans la description des terres arpentées conformément au traité n° 7 signé en 1877<sup>9</sup>.

4-L'aliénation illégale de terres indiennes.

S'ajoutent les deux circonstances suivantes dites « au delà » de l'obligation légale :

1-Le défaut d'indemnisation en regard des terres prises par le gouvernement fédéral ou un organisme relevant de son autorité.

2-Une fraude commise par des employés ou mandataires du gouvernement dans l'acquisition ou l'aliénation de terres indiennes.

Il est important de préciser que la politique prévoit que la prescription légale ou la règle de *common law* du retard indu à exercer un recours ne s'applique pas à l'encontre d'une revendication particulière.

La responsabilité de fiduciaire établie par la Cour suprême du Canada depuis l'arrêt *Guerin* est venue ajouter un élément important dans l'analyse de la responsabilité du gouvernement fédéral et des obligations légales de la Couronne dans le contexte des revendications particulières. Depuis 1984, les Premières Nations peuvent en effet invoquer que les violations de ces obligations légales constituent des manquements à l'obligation de fiduciaire de la Couronne, un concept qui n'existait pas au moment de l'adoption de la politique fédérale sur les revendications. Le gouvernement fédéral l'a d'ailleurs reconnu en incluant un manquement à son obligation de fiduciaire comme fondement d'un recours au futur centre de règlement des revendications particulières des Premières Nations qui sera créé en vertu d'une loi votée par le Parlement en novembre 2003<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> *Enquête sur la revendication de la tribu des Blood-Kainaiwa, Cession consentie à Akers en 1889, Actes de la Commission des revendications des Indiens* (2000) 12 ACRI.

<sup>10</sup> Cette loi qui a reçu la sanction royale n'est toujours pas en vigueur, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien ayant décidé de reprendre des pourparlers avec l'Assemblée des Premières Nations, dans

Par ailleurs, la Cour suprême du Canada a précisé, dans deux décisions rendues en novembre 2004 : les arrêts *Nation haïda*<sup>11</sup> et *Première Nation Tlingit de Taku River*<sup>12</sup>, que la Couronne provinciale (mais pas les tiers entrepreneurs et promoteurs) a une obligation de consultation et d'accommodement qui découle du principe de l'honneur de la Couronne dans ses relations avec les peuples autochtones, même avant que leurs droits aient été établis.

### **Des règlements découlant de la médiation par la Commission**

La Commission s'assure d'offrir ses services de médiation à toutes les étapes de sa procédure. Les parties à une revendication peuvent à tout moment recourir, d'un commun accord, à ses services de médiation. La médiation peut se dérouler dans le cours d'une enquête, ou une enquête peut être suspendue et soumise à la médiation. La Commission a pris part à plusieurs dizaines de médiations depuis sa création, allant de dossiers simples impliquant une seule question en litige et deux parties (une Première Nation et le gouvernement fédéral) à des dossiers extrêmement complexes impliquant plusieurs questions en litige ainsi que plusieurs parties autochtones et plusieurs paliers de gouvernement (fédéral, provincial, municipal), sans compter des tiers du secteur privé ou public.

De plus, les services de médiation de la Commission mettent l'accent sur des processus conjoints : recherches, analyse et définition des questions en litige, embauche de chercheurs et définition des paramètres de leur mandat, etc., ce qui représente une économie de coûts appréciable. En effet, on évite alors les coûts, d'ordre financier ou autre, associés aux dédoublements et aux délais qu'entraînent, par exemple, une recherche menée par une Première Nation sur la valeur, en dollars d'aujourd'hui, de la

---

le but de venir à bout de son opposition à la loi. Le futur centre comprendra une Commission de médiation et un tribunal spécialisé qui aura une juridiction finale sur ces revendications.

<sup>11</sup> *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)* 2004 CSC 73.

<sup>12</sup> *Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)* 2004 CSC 74.

perte d'usage de terres aliénées illégalement à la fin du 19<sup>e</sup> siècle dans la région de Toronto, une recherche consécutive effectuée par le gouvernement fédéral et les débats inévitables qui risquent de s'ensuivre en cas de désaccord.

Quand on sait que le tout est financé par des fonds publics et que la coopération peut se développer plus facilement entre les parties dans le cadre de tels processus conjoints, la Commission estime que la médiation présente des avantages indéniables pour le règlement de ces revendications. Comme toute approche de médiation, cela demande aux avocats des parties de s'adapter en laissant de côté les stratégies centrées uniquement sur les droits et les positions juridiques au profit de stratégies privilégiant les intérêts des parties à conclure un règlement.

Des règlements importants sont intervenus à la suite des enquêtes et de la médiation effectuées par la Commission, plus particulièrement avec des Premières Nations de la Saskatchewan. Par exemple, le gouvernement fédéral a versé 41 millions de dollars à la Première Nation de Moosomin et 53 millions de dollars à la Première Nation de Thunderchild en 2003, de même que 94,5 millions de dollars à la Première Nation de Kahkewistahaw<sup>13</sup> en 2002, pour les indemniser à la suite de cessions illégales de terres de leur réserve respective.

### **Des statistiques révélatrices**

Au 31 décembre 2004, 1296 revendications particulières avaient été soumises au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, dont 103 seulement proviennent de Premières Nations du Québec. À la même date, 266 revendications avaient été réglées, dont 17 seulement proviennent du Québec. Rien ne laisse prévoir que le nombre de revendications particulières va aller en diminuant, bien au contraire. L'accès accru aux dossiers administratifs gouvernementaux que permettent maintenant les lois d'accès à

---

<sup>13</sup> *Revendication de la Première Nation de Kahkewistahaw relative à la cession de 1907 (médiation), Actes de la Commission des revendications des Indiens (2004) 17 ACRI.*

l'information va probablement entraîner plus de demandes qu'au cours des 30 dernières années.

Plus de 124 demandes d'enquête et 42 demandes de médiation ont été déposées à la Commission depuis 1991. Sur les 65 enquêtes menées à terme, presque la moitié des recommandations de la Commission ont été acceptées par le gouvernement fédéral, ce qui a donné lieu à l'ouverture de négociations et dans certains cas, à des règlements. Plus du tiers des médiations ont mené à un règlement.

## **Conclusion**

Les revendications particulières des Premières Nations comportent des questions juridiques complexes et passionnantes. Ce sont des questions de droit. C'est un domaine en pleine évolution depuis 30 ans et qui le demeurera durant les prochaines décennies. La contribution des juristes et des avocats est capitale. C'est une question de responsabilité et d'opportunité. Il appartient à la communauté juridique de s'y intéresser.

Juin 2005