



Mémoire de l'Assemblée des Premières Nations au Comité permanent des affaires autochtones et du Nord de la Chambre des communes

Restitution des terres aux communautés des Premières Nations, des Inuits et des Métis

29 juin 2023

Introduction

L'Assemblée des Premières Nations (APN) est une organisation nationale qui fait progresser les droits et les priorités des Premières Nations du Canada selon les directives des Premières Nations-en-assemblée. Ce mémoire présente au Comité permanent des affaires autochtones et du Nord de la Chambre des communes (INAN) des observations préliminaires sur la restitution des terres aux Premières Nations.

Depuis des temps immémoriaux, les Premières Nations vivent sur leurs terres et leurs territoires et elles ont développé de profondes relations culturelles, spirituelles et sociales avec ces derniers et les ressources qui s'y trouvent. Ces relations, qui sont ancrées dans la terre, sont indissociables des droits fondamentaux des Autochtones et de la personne et elles donnent lieu à une diversité de cultures, de langues, de lois, de pratiques spirituelles, de médecines, d'économies et de modes de vie. Dans ce contexte, les terres des Premières Nations ne sont pas des marchandises fongibles qui peuvent être facilement remplacées, et la restitution des terres est une condition de base préalable à l'exercice des droits, notamment le droit inhérent à l'autodétermination.

Ce que nous appelons aujourd'hui le Canada a été constitué en grande partie grâce à des relations complexes fondées sur des traités conclus entre les Premières Nations et les gouvernements coloniaux successifs. Lorsqu'il n'y avait pas de traité ou qu'un traité n'était pas commode, les gouvernements coloniaux affirmaient la souveraineté de la Couronne, qui repose sur une fiction juridique, notamment les doctrines racistes de la *découverte* et de la *terra nullius*, et s'approprièrent les terres et les ressources des Premières Nations sans leur consentement.

Qu'il s'agisse de promesses issues de traités non tenues ou de vols purs et simples, l'histoire du Canada est ancrée dans la dépossession des terres des Premières Nations. La voie de la réconciliation commence par la restitution par le Canada des terres des Premières Nations afin de jeter les bases de relations de nation à nation significatives fondées sur le respect et la reconnaissance mutuels.

Normes minimales de réparation au titre du droit national et international

Le gouvernement du Canada a actuellement l'obligation légale de restituer des terres aux Premières Nations afin de respecter les engagements qu'il a pris dans le cadre de traités, d'accords et d'autres arrangements constructifs. L'honneur de la Couronne est le principe selon lequel, lorsqu'elle agit au nom du souverain, la Couronne doit toujours se comporter avec honneur. Ce principe signifie que, dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, la Couronne doit agir honorablement et il découle de la « relation spéciale » entre la Couronne et les peuples autochtones¹. En conséquence, le gouvernement du Canada doit s'acquitter de son obligation de restitution d'une manière honorable et conforme à cette relation.

En outre, le gouvernement du Canada est tenu de restituer aux Premières Nations les terres, les territoires et les ressources qui ont été pris, volés, exploités, occupés ou dégradés. L'article 28 de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (la Déclaration des Nations Unies) prévoit que :

1. Les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné

¹ *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, par. 62.

librement et en connaissance de cause.

2. Sauf si les peuples concernés en décident librement d'une autre façon, l'indemnisation se fait sous forme de terres, de territoires et de ressources équivalents par leur qualité, leur étendue et leur régime juridique, ou d'une indemnité pécuniaire ou de toute autre réparation appropriée².

L'article 28 affirme que les Premières Nations ont droit à réparation pour les terres, les territoires et les ressources qui leur ont été injustement enlevés. Il est important de noter que ni la présence d'intérêts de tiers ni l'absence de possession ne peuvent empêcher un groupe autochtone d'exercer son droit à réparation³.

La Déclaration des Nations Unies précise en outre à l'article 32 que les États doivent mettre en place des mécanismes efficaces visant à assurer une réparation juste et équitable pour les projets ayant des incidences sur les terres ou les territoires autochtones, ou d'autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres. L'article 8 indique également clairement que les États doivent mettre en place des mécanismes de réparation efficaces visant tout acte ayant eu pour effet de les déposséder de leurs terres, territoires ou ressources.

L'article 37 de la Déclaration des Nations Unies indique clairement que la Couronne doit honorer et respecter la relation de nation à nation et les traités qu'elle a conclus avec les Premières Nations et il précise que les peuples autochtones ont droit à ce que les traités soient reconnus et effectivement appliqués. Le préambule de la Déclaration reconnaît en outre qu'il est urgent que les États respectent et promeuvent les droits des peuples autochtones affirmés dans les traités et que, en fin de compte, les traités conclus avec les peuples autochtones pourraient avoir des dimensions internationales en précisant que les traités « sont, dans certaines situations, des sujets de préoccupation, d'intérêt et de responsabilité à l'échelle internationale et présentent un caractère international ».

Le Canada a récemment adopté la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*⁴ (la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies*), qui souligne l'importance des normes internationales fondamentales en matière de droits de la personne énoncées dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones⁵. Le préambule de la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies* explique en quoi la Déclaration des Nations Unies constitue un cadre pour la réconciliation dans toutes les sphères de la société canadienne. Le gouvernement du Canada a actuellement l'obligation au titre de l'article 5 de la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies* de prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les lois fédérales soient compatibles avec la Déclaration des Nations Unies⁶.

Le sens de la restitution

La restitution vise à rétablir les Premières Nations touchées dans leur situation initiale. Il s'agit du « rétablissement complet de la situation initiale qui existait avant que le tort ne soit commis⁷ ». La Cour

² Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rés. AG 61/295 (13 septembre 2007), article 28 (« Déclaration des Nations Unies »).

³ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay: Merits, Reparations and Costs*, Jugement du 29 mars 2006, série C, n° 146, par. 128, 138 et 139.

⁴ *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, L.C. 2021, ch. 14 (« *Loi sur la Déclaration des Nations Unies* »).

⁵ Déclaration des Nations Unies.

⁶ Déclaration des Nations Unies, art. 5.

⁷ Federico Lenzerini, *Reparations for Indigenous Peoples in International and Comparative Law: An Introduction*, 2008,

interaméricaine des droits de l'homme a confirmé que, pour rétablir un peuple autochtone dépossédé de ses terres à sa situation initiale, il fallait lui rendre ses terres⁸. Dans ce contexte, la restitution signifie rétablir les Premières Nations dans la situation où elles se trouvaient avant d'être dépossédées de leurs terres, de leurs territoires et de leurs ressources. La restitution exige également que le gouvernement du Canada indemnise les Premières Nations qui ont perdu l'usage de leurs terres, de leurs territoires et de leurs ressources.

La restitution des terres saisies illégalement est une mesure de réparation directement proportionnelle au préjudice causé. En outre, elle reconnaît les liens profonds et durables que les Premières Nations entretiennent avec leurs terres, leurs territoires et leurs ressources. À cet égard, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a reconnu que les droits fonciers sont interreliés et interdépendants et qu'ils créent une synergie avec d'autres droits fondamentaux de la personne en raison de « l'étroite relation des peuples autochtones avec leurs terres traditionnelles et les ressources naturelles liées à leur culture qui s'y trouvent, ainsi que les éléments immatériels qui en découlent⁹ ».

Lorsque la restitution est impossible ou qu'elle n'est pas le recours privilégié par une Première Nation, le gouvernement du Canada est tenu d'accorder aux Premières Nations une indemnisation juste et équitable. L'article 28 de la Déclaration des Nations Unies indique clairement que « l'indemnisation se fait sous forme de terres, de territoires et de ressources équivalents par leur qualité, leur étendue et leur régime juridique, ou d'une indemnité pécuniaire ou de toute autre réparation appropriée ».

Mécanismes de restitution existants

Malgré les engagements répétés du gouvernement du Canada de restituer des terres aux Premières Nations, il n'existe actuellement aucun mécanisme efficace pour restituer équitablement et rapidement des terres. Le cadre politique actuel pour la restitution des terres au Canada n'a pratiquement pas changé depuis les années 1970 et il comprend la Politique sur les revendications territoriales globales (PRTG), la Politique sur les revendications particulières et la Politique sur les ajouts aux réserves (PAR).

Politique sur les revendications territoriales globales

La PRTG fournit le cadre de négociation des traités modernes au Canada et elle s'applique là où il n'y a aucun traité. Au titre de la PRTG, les Premières Nations peuvent échanger des droits fonciers « incertains » contre des terres légalement reconnues et les droits qui y sont associés. Les Premières Nations ont toujours rejeté la PRTG parce qu'elle vise à éliminer les droits fonciers des Premières Nations et qu'elle accorde la priorité au fait d'apporter de la certitude aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et à l'exploitation des ressources. La PRTG ne respecte pas les normes minimales de la Déclaration des Nations Unies, n'est pas conforme à la jurisprudence canadienne et n'a pas été officiellement abrogée même si le gouvernement du Canada s'en est dissocié.

Politique sur les revendications particulières

Les revendications des Premières Nations contre le gouvernement du Canada pour les violations par la Couronne de ses obligations historiques sont régies par la Politique sur les revendications particulières. La politique fédérale sur les revendications particulières vise à permettre au gouvernement du Canada de s'acquitter de son obligation légale par le biais d'ententes négociées avec les Premières Nations¹⁰. De

p. 14 [TRADUCTION].

⁸ *Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Jugement du 24 août 2010, série C, n° 214, par. 281.

⁹ *Ibid.*, par. 85 [TRADUCTION].

¹⁰ Gouvernement du Canada, *Politique sur les revendications particulières et Guide sur le processus de règlement*, 2021, accessible en ligne à <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100030501/1581288705629>.

nombreuses tentatives ont été faites pour réformer la Politique sur les revendications particulières, qui place le gouvernement du Canada dans une situation de conflit d'intérêts : le Canada est responsable d'évaluer les revendications contre lui en s'appuyant sur ses propres conseils juridiques. En outre, les accords de règlement de revendications particulières ne prévoient généralement qu'une réparation sous forme d'argent, mais rarement de terres, ce qui les rend inefficaces en tant qu'outil de restitution. À l'instar de la PRTG, la Politique sur les revendications particulières est loin de respecter les normes minimales de réparation et de restitution énoncées dans la Déclaration des Nations Unies.

Ajout aux réserves

Au Canada, le principal mécanisme de restitution par la reconnaissance juridique des terres des Premières Nations est la création d'une réserve. Le Parlement peut créer une réserve par voie législative, mais il ne l'a fait qu'à de très rares occasions¹¹. L'approche privilégiée par le gouvernement du Canada est la politique et le processus d'ajout aux réserves, qui utilisent le pouvoir non législatif de la prérogative royale pour créer une réserve en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Loi sur les Indiens*.

La politique fédérale d'ajout aux réserves permet aux Premières Nations de soumettre des propositions de conversion de terres en fief simple en terres de réserve en vertu de la *Loi sur les Indiens* par arrêté ministériel. La procédure d'ajout aux réserves est très bureaucratique, comporte plusieurs centaines d'étapes, ne comporte pas de normes de service ni de lignes directrices clairement définies, est limitée par des retards réguliers (notamment un énorme arriéré) et ne garantit pas la création d'une réserve à l'issue des démarches. Services aux Autochtones Canada (SAC) a récemment publié des données qui montrent que plus de 700¹² propositions prioritaires d'ajout aux réserves sont à différents stades d'achèvement. Plus de 80 % des propositions d'ajout aux réserves découlent d'une obligation légale de créer une réserve¹³ et prennent en moyenne de deux à huit ans pour être mise en œuvre.

Les Premières Nations ont déployé de nombreux efforts pour réformer la politique et le processus d'ajout aux réserves, et le gouvernement du Canada a reconnu bon nombre des difficultés rencontrées. Lors d'une assemblée extraordinaire des chefs de l'APN en 2022, Marc Miller, ministre des Relations Couronne-Autochtones, a fait remarquer aux Premières Nations-en-assemblée que « le processus (d'ajout aux réserves) est en grande partie défaillant, est extrêmement lent et constitue une très mauvaise façon de récupérer des terres ». Pris ensemble, le processus inefficace d'ajout aux réserves et la réticence du gouvernement du Canada à utiliser des moyens législatifs pour créer des réserves laissent sans réponse la question de savoir si le Canada est réellement disposé à créer des réserves comme moyen de restitution.

Obtenir la restitution en recourant aux tribunaux

Les tribunaux canadiens ne sont pas une solution de rechange viable au cadre stratégique actuel pour la restitution. Les Premières Nations qui cherchent à obtenir une restitution en recourant aux tribunaux se heurtent à des difficultés considérables, notamment l'application injuste de moyens de défense techniques, comme les lois provinciales de prescription et la doctrine du retard indu, qui rendent

¹¹ En 2001, le gouvernement du Canada a adopté la *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake*, qui a créé des terres réservées aux Mohawks de Kanesatake en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais pas une réserve au titre de la *Loi sur les Indiens*.

¹² Selon SAC, il y avait plus de 1 300 propositions prioritaires d'ajout aux réserves en octobre 2022. En mai 2023, SAC a indiqué que ce chiffre était passé à 700. Au cours de cette période, moins de 50 propositions d'ajout aux réserves ont été mises en œuvre, ce qui laisse croire que le nombre de propositions prioritaires indiqué ne correspond pas au nombre réel de propositions soumises.

¹³ Par exemple, un accord de règlement de revendications particulières ou un accord sur les droits fonciers issus d'un traité.

extrêmement difficiles les poursuites contre le gouvernement du Canada et les provinces. Pour prouver leur titre de propriété devant les tribunaux, les Premières Nations doivent réfuter la présomption selon laquelle le Canada est propriétaire des terres en vertu de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Malgré la victoire historique dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, où la nation des Tsilhqot'ins a prouvé l'existence d'un titre ancestral, les Premières Nations continuent d'avoir du mal à respecter les critères rigoureux permettant de prouver l'existence d'un titre ancestral devant les tribunaux. S'ajoutent à ces difficultés la longueur et les coûts du processus judiciaire.

En fin de compte, il n'existe aucun moyen équitable et efficace pour les Premières Nations d'obtenir la restitution de leurs terres au moyen des lois ou des politiques au Canada. Le gouvernement du Canada doit prendre des mesures immédiates pour réviser son cadre stratégique afin de reconnaître et de restituer les terres des Premières Nations et de s'assurer que les processus judiciaires constituent une solution de rechange viable pour les Premières Nations. Un système judiciaire fonctionnel et accessible favorise les négociations de bonne foi grâce à des processus adaptables, ouverts et transparents pour reconnaître, restituer ou remplacer les terres des Premières Nations.

Conclusion

Le gouvernement du Canada est tenu au titre du droit international et national d'assurer une restitution adéquate et efficace aux Premières Nations qui ont été dépossédées de leurs terres, de leurs ressources et de leurs territoires. Le gouvernement du Canada doit coopérer pleinement avec les Premières Nations pour déterminer les formes particulières que prendra cette restitution. En ne prévoyant pas de mécanismes efficaces de restitution aux Premières Nations, le gouvernement du Canada se trouve actuellement en situation de non-conformité avec la Déclaration des Nations Unies et les normes fondamentales du droit international coutumier. Dans le cadre de la mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies, le gouvernement du Canada doit travailler conjointement avec les Premières Nations pour élaborer et mettre en œuvre des politiques, des programmes et des mécanismes visant à garantir que les Premières Nations puissent se prévaloir d'une restitution de manière équitable et rapide.