

Laisser le Canada se tirer d'affaires ?

Une analyse fondée sur les données probantes du processus de résolution de différends (RDD) dans l'Entente de règlement proposée

12 août 2024

En tenant compte des avis des experts indépendants, la Société de soutien a évalué les processus de résolution des différends (RDD) dans l'Entente de règlement proposée en fonction des critères suivants :

Est-ce exécutoire ?

 **Position de la Société de soutien :** Les décisions prises dans le cadre du processus de règlement des différends doivent être exécutoires par une cour et doivent offrir la possibilité d'exiger du Canada qu'il prenne toute mesure nécessaire pour assurer le respect de l'entente ou pour mettre fin à la discrimination ou y remédier.

 **Avis des experts :** La professeure Metallic et al. ont recommandé que le processus de règlement des différends (« RDD ») créé dans l'Entente soit doté de pouvoirs correctifs importants, y compris d'une solide compétence de surveillance pour faire respecter les obligations du Canada en matière d'égalité réelle et de droits de la personne en vertu du droit interne (législation sur les droits de la personne et *Charte*), ainsi que ses obligations en vertu de C92, de la *Loi sur le ministère des Services aux autochtones*, de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUPA) et la *Loi sur la Déclaration*, ainsi que d'autres instruments internationaux tels que la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Ils ont également recommandé de donner aux cours canadiennes la compétence nécessaire de traiter les questions relatives à l'égalité

réelle des enfants des Premières Nations et le Principe de Jordan.

 **Ce que dit l'Entente proposée :** Alors que les décisions issues du processus de RDD dans l'Entente proposée peuvent être exécutées par la Cour fédérale, elle ne permet pas d'ordonner une ordonnance d'exécution en nature contre le Canada (c'est-à-dire une mesure pour cesser ou remédier à la discrimination). Le processus de RDD ne peut ordonner que des recours disponibles en common law dans le cadre d'un contrôle judiciaire. L'Entente proposée ne donne pas aux cours la compétence nécessaire pour traiter des questions relatives à l'égalité réelle des enfants des Premières Nations et au Principe de Jordan.

Est-ce fondée sur la primauté des droits de la personne ?

 **Position de la Société de soutien :** Le processus de RDD doit offrir aux parties et aux demandeurs des Premières Nations au moins le même niveau de protection que le régime des droits de la personne afin de ne pas les traiter comme des détenteurs de droits de seconde classe comme ils l'ont été dans le passé. Le Canada ne doit pas être autorisé à renoncer aux droits de la personne. Cela signifie que :

- Le Canada doit toujours être l'intimé dans les litiges qui l'opposent à une partie ou à un demandeur des Premières Nations. Aucune ordonnance ne devrait être rendue à l'encontre d'une partie ou d'un demandeur des Premières Nations.
- Toutes les procédures doivent être ouvertes au public et les décisions doivent être rendues publiques afin de promouvoir la transparence et la responsabilité (avec des restrictions autorisées uniquement à la demande d'un membre des Premières Nations afin de garantir la protection de la vie privée d'enfants, de familles ou d'autres personnes vulnérables).
- Les demandeurs des Premières Nations doivent toujours avoir le pouvoir de choisir de porter plainte en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le processus de RDD ne doit pas bloquer leur accès au régime des droits de la personne.
- Les décideurs doivent avoir compétence sur leur propre processus (c'est-à-dire être « maîtres chez eux ») et disposer de larges pouvoirs réparateurs pour ordonner des mesures individuelles et systémiques visant à mettre fin à la discrimination et à empêcher qu'elle ne se reproduise (y compris le pouvoir d'accorder une injonction), à indemniser les victimes, à décourager la discrimination délibérée ou inconsidérée et à ordonner le remboursement des dépenses.
- Les normes relatives aux droits de la personne, l'intérêt supérieur de

l'enfant et les modalités de l'Entente de règlement entérinées par les ordonnances du Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP) doivent prévaloir dans tout litige concernant les ordonnances du TCDP ou l'Entente et une politique ou une loi gouvernementale (y compris la *Loi sur la gestion des finances publiques*). Les normes du droit international des droits de la personne et la DNUPA, et l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant en particulier, doivent être incorporés et appliqués dans toutes les décisions procédurales et de fond du processus de RDD.

- Une protection solide contre les représailles doit être assurée aux demandeurs et aux parties des Premières Nations qui font appel au processus de RDD, ainsi qu'à toute personne qui leur est associée.

 **Avis des experts :** La professeure Metallic et al. ont recommandé que le processus de RDD soit habilité à traiter les questions systémiques de manière globale et proactive et à mener des enquêtes systémiques. Ils recommandent que les demandeurs aient accès au régime des droits de la personne. Ils ont également recommandé que le processus de RDD soit informé par les normes des droits de la personne et l'intérêt supérieur de l'enfant.

 **Ce que dit l'Entente proposée :** Le processus de RDD n'a pas le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts, même en cas de conduite délibérée ou inconsidérée de la part du Canada, ni de traiter des questions

systémiques. Il peut rendre des ordonnances à l'encontre de n'importe quelle partie, et pas seulement à l'encontre du Canada. Les mesures provisoires ne sont possibles qu'en rapport avec la santé ou la sécurité d'un enfant. Les normes relatives aux droits de la personne ou l'intérêt supérieur de l'enfant ne sont pas pris en compte lors de l'évaluation de la conduite du Canada, mais ses « raisons » le sont. Bien que les demandeurs puissent choisir de déposer une plainte pour violation des droits de la personne au lieu de poursuivre le processus de RDD, ils doivent renoncer à leurs droits en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour pouvoir participer au processus. Les parties des Premières Nations signataires de l'Entente n'ont pas accès au régime des droits de la personne pour les questions liées à l'Entente. Il n'existe aucune protection contre les représailles à l'encontre de ceux qui font valoir leurs droits dans le cadre de processus de RDD. L'Entente annule et remplace toutes les ordonnances du TCDP.

Est-ce éthique ?

 **Position de la Société de soutien :** Les adjudicateurs, le personnel et les agents doivent être des personnes de bonne mœurs ayant une expérience démontrée de l'adjudication des affaires concernant les enfants, les jeunes et les familles autochtones. Ils ont l'obligation de s'acquitter de leurs fonctions avec le plus haut niveau d'indépendance et d'intégrité. Les adjudicateurs, le personnel et les agents ne doivent pas avoir exercé de fonctions politiques depuis au moins cinq ans et sont

tenus de divulguer aux parties tout conflit d'intérêts perçu ou réel.

 **Avis des experts :** La professeure Metallic et al. ont estimé que la formation devrait être élaborée par un défenseur des enfants des Premières Nations qui est un expert indépendant. Le processus de RDD devrait être impartial et apolitique.

 **Ce que dit l'Entente proposée :** Il n'y a aucune restriction à l'engagement politique des membres du Tribunal de règlement des différends et de son personnel. Le président du Tribunal de RDD, nommé par le Canada, doit mettre au point une formation sur le respect et l'adéquation culturelle.

Est-ce efficace ?

 **Position de la Société de soutien :** Afin d'apporter des mesures de redressement efficaces et significatives, le processus de RDD doit :

- Être souple : Les litiges susceptibles d'avoir un impact sur un enfant seront traités en urgence, aussi rapidement que possible.
- Permettre pas des retards dans la procédure : Le temps étant un facteur critique dans les décisions administratives ayant un impact sur les enfants, si un appel contre un refus n'est pas entendu ou si une décision n'est pas rendue dans les délais impartis, il est présumé avoir

été accordé. L'ordonnance finale qui en résulte n'est pas révisable, sauf si le Canada peut démontrer qu'il a subi un préjudice.

- Offrir une solution rapide : Les adjudicateurs doivent avoir le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires et d'accorder des mesures de redressement interlocutoires.
- Être proactif : Doit comprendre des mécanismes permettant d'identifier et de remédier de manière proactive à d'éventuels la discrimination.

 **Avis des experts :** La professeure Metallic et al. sont d'avis que le processus de RDD doit être en mesure de traiter rapidement les cas urgents. Il doit avoir la capacité d'accorder des ordonnances provisoires et de traiter de manière proactive les problèmes systémiques.

 **Ce que dit l'Entente proposée :** Il n'y a pas d'orientation sur la manière dont les cas urgents seront traités. Il n'y a pas de compétence pour accorder des mesures systémiques. Les mesures provisoires ne sont disponibles qu'en relation avec la santé ou la sécurité d'un enfant.

Est-ce équitable ?

 **Position de la Société de soutien :** diverses mesures doivent être prises pour égaliser les chances entre les demandeurs des Premières Nations et les

parties contre le Canada. Ces mesures comprennent :

- Représentation juridique et soutien social financés par l'État pour les demandeurs et les parties des Premières Nations qui participent au processus de RDD.
- Inversion du fardeau de la preuve : en cas de désaccord entre le Canada et le demandeur des Premières Nations, c'est au Canada qu'il incombe de démontrer que la solution qu'il propose est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et à l'égalité réelle.
- Garanties contre la guerre juridique menée par le Canada contre les enfants des Premières Nations : L'équité procédurale ne peut être invoquée par le Canada pour provoquer des retards, à moins qu'il puisse être démontré que le retard est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

 **Avis des experts :** La professeure Metallic et al. ont également recommandé que diverses mesures soient mises en place pour uniformiser les règles du jeu, telles que l'inversion du fardeau de la preuve et une présomption en faveur des enfants des Premières Nations. Ils ont également recommandé la création de services juridiques nationaux pour les enfants et les familles autochtones afin de fournir des conseils juridiques gratuits et une représentation aux demandeurs des Premières Nations.

 **Ce que dit l'Entente proposée :** des agents culturels et un avocat de service sont disponibles pour offrir du soutien aux demandeurs des Premières Nations. Cependant, il n'y a pas de soutien pour prendre en charge les cas systémiques ou complexes. Il n'y a pas de présomption légale en faveur des enfants des Premières Nations ni de renversement de la charge de la preuve.

L'Entente est-elle durable ?

 **Position de la Société de soutien :** Le processus de RDD doit offrir une solution appropriée pour traiter et prévenir la discrimination, comme par exemple :

- Non régression et réalisation progressive : Le processus de RDD doit éviter les dérapages. Les progrès réalisés pour les enfants des Premières Nations ne peuvent être récupérés.
- Durable : Le processus de RDD doit permettre une résolution efficace, contraignante et exécutoire des différends au-delà de la durée de l'Entente.
- Imputable : Le processus de RDD doit comprendre des examens rigoureux visant à aborder les problèmes de manière proactive et à proposer des solutions fondées sur des données probantes.

 **Avis des experts :** Les experts n'ont pas abordé la question de la durée du

processus de RDD. Toutefois, la professeure Metallic et al. ont recommandé la création d'un poste permanent de défenseur national des enfants et des familles autochtones, chargé de superviser la manière dont le Canada traite les enfants des Premières Nations.

 **Ce que dit l'Entente proposée :** L'Entente proposée ne durera que dix ans. Bien que le processus de RDD ne puisse pas ordonner au Canada de financer à un niveau inférieur, il ne dit pas si le Canada est autorisé à récupérer le financement au cours de la période de dix ans. Aucune mesure n'est prévue pour traiter de manière proactive les éventuels problèmes de discrimination avant qu'ils ne se produisent.

