Cour fédérale ~ Barreau – Droit des Autochtones
Réunion du Comité de liaison

Le 7 octobre 2013
Orillia (Ontario)

PROCÈS-VERBAL

PRÉSENTS :
En personne : Le juge Leonard Mandamin (président), le juge Douglas Campbell, le juge Michael Phelan, le protonotaire Roger Lafrenière, Julie Blackhawk, Brenda Gunn, Dave Nahwegahbow, Diane Corbière, Krista Robertson, Aimée Craft, Don Worme, Scott Robertson, Lucia Shatat, Aaron Wilson.
Par vidéoconférence : Le juge en chef Paul Crampton.

1. **Mot de bienvenue et présentations** par le juge Mandamin.
2. **Procès-verbal de la réunion précédente** – approuvé après une modification à la liste des personnes présentes.
3. **Discussion concernant l'article rédigé par l'ancien juge en chef Finch, « The Duty to Learn : Taking Account of Indigenous Legal Orders in Practice » [L'obligation d'apprendre : Tenir compte des ordonnances juridiques indigènes dans la pratique]**

Le juge Mandamin présente l'article et explique qu'un certain nombre de décisions concernant les perspectives et traditions juridiques autochtones ont été rendues. Le comité s'est intéressé à des sujets bien précis en cette matière, tels que la preuve des Anciens. Les facultés de droit abordent de plus en plus dans leurs cours le droit des indigènes (au chapitre des traditions juridiques), les discordes autochtones, les diverses approches en matière de médiation, etc.

Il invite les membres du comité à offrir des commentaires sur le texte, ces discussions devant permettre au comité de définir les questions sur lesquelles il devra s'attarder prochainement.

Krista Robertson souligne qu'il est essentiel que nous fassions des progrès dans ce domaine et que les *Règles des Cours fédérales* laissent aux juges un certain pouvoir discrétionnaire pour adopter différentes approches à l'égard de la preuve. Il existe un espace procédural qui permet d'intégrer les perspectives autochtones.

Aimée Craft fait observer qu'il existe d'importants défis intrinsèques, et que des problèmes vont se poser. Par exemple, comment appliquer les règles concernant l'applicabilité de la preuve aux questions autochtones?

Don Worme souligne qu'il est essentiel de respecter les traditions autochtones.

Le protonotaire Lafrenière souligne que les parties doivent soulever dès que possible les questions importantes durant la gestion de l'instance. À l'étape du procès, il est trop tard pour parler des accommodements, etc. Il souligne que les parties peuvent rapidement et facilement consulter les juges de gestion de l'instance, et qu'ils peuvent ainsi soulever des questions au plus tôt.

Le juge Campbell indique qu'il est d'accord avec le juge Finch sur le fait qu'il faut mettre l'accent sur la *personne* et non sur le *système*. Les intervenants peuvent contrôler le système en

se changeant eux-mêmes. Il ajoute que ce qui est important, c'est ce qui est ignoré, surtout pour les juges. Il évoque le séminaire de la Cour fédérale sur la résolution des litiges autochtones, qui aura lieu plus tard ce mois-ci et qui enseignera aux juges la perspective des Anciens.

Le juge Phelan déclare que la fiabilité de la preuve orale soulève des difficultés pour les juges. Comprendre les questions autochtones leur permettra de s'attaquer à ce problème, qui d'ailleurs ne lui semble pas insurmontable : les juges savent traiter les lois adoptées dans d'autres pays et pourront recourir au même processus analytique.

Diane Corbière est d'accord avec Don Worme et se dit très satisfaite de l'évolution des travaux de la Cour fédérale jusqu'ici. Elle souligne toutefois que si les praticiens présentent une affaire et perdent, cela établirait un très mauvais précédent. L'ABA continuera néanmoins de participer.

Dave Nahwegahbow explique comment certains se présentent par leur nom indien ou leur esprit. Il souligne que le système est rigide et qu'il faut des personnes éclairées pour le pénétrer. Il y a les aspects procéduraux, mais aussi les aspects de fond. Par exemple, il fait remarquer qu'au moment d'interpréter les traités, il faut prendre en compte la perspective autochtone et la manière dont certaines questions ont été interprétées par les peuples autochtones.

Julie Blackhawk explique que le ministère de la Justice a pris une part active aux travaux du comité et qu'il est déterminé à continuer de le faire dans la mesure du possible. Elle ne peut pas se prononcer sur les questions de fond. Le MJ est prêt à envisager les moyens de mieux prendre en compte les perspectives indigènes dans le cadre des procédures judiciaires et de recourir efficacement à la gestion de l'instance.

Le juge en chef Crampton souhaite chaleureusement la bienvenue à chacun et regrette de ne pouvoir assister à la réunion en personne, mais se dit impatient de rencontrer tout le monde au Gala de l'ABA.

Il explique que la Cour a hâte à la Conférence de résolution des litiges autochtones. Il souligne l'importance des travaux réalisés jusqu'à présent par la Cour (p.ex., les lignes directrices et le projet pilote), et souligne que le comité doit maintenant envisager une perspective plus large sur ces questions. Il indique que l'ancien juge en chef Finch a fourni de précieux conseils en déclarant que nous devions faire preuve d'une meilleure compréhension (pour créer l'espace), et en montrant comment s'y atteler efficacement. Il souligne qu'il est important de parvenir à une réconciliation véritable et que la Cour est prête et disposée à le faire dans la mesure de ses capacités.

Le juge en chef passe également en revue les événements survenus depuis la dernière réunion. Il explique qu'un avis à la profession concernant les ajournements ainsi qu'un avis concernant les cahiers de la jurisprudence et la doctrine ont été publiés.

Le juge Mandamin déclare que la Cour et ses juges doivent également se demander en quoi ils peuvent contribuer. Les juges sont jumelés à diverses facultés de droit, et cette relation peut sans doute être mise à profit. Il évoque également la question du contrôle judiciaire et la manière dont le concept des traditions juridiques peut s'appliquer dans ce domaine.

Le juge Phelan souligne que l'utilisation même des affidavits pour résumer le récit oral rend les choses difficiles. Il déclare qu'il faut peut-être examiner certaines des règles liées au contrôle judiciaire sous un angle différent, ou envisager un élément de preuve orale dans les contrôles judiciaires.

Diane Corbière souligne que les praticiens craignent que le droit autochtone ne soit éclipsé par les principes de common law. Elle croit comprendre que pour certains avocats, le droit autochtone peut être pris en compte tant qu'il va dans le même sens que les principes de common law, mais qu'il ne peut jamais supplanter ceux-ci. À son avis, la sensibilisation est la clé.

Le protonotaire Lafrenière déclare que, de son point de vue, les contrôles judiciaires peuvent être instruits de vive voix et traités comme des actions. Il invite les avocats à soulever ce type de questions devant la Cour, et indique que celle-ci est disposée à instruire les contrôles judiciaires de diverses manières (p. ex., preuve orale ou mélange de preuve orale et d'affidavit).

Aimée Craft souligne que l'un des défis tient à ce que les Anciens veulent examiner les questions dans un contexte plus large (pas les points étroits soulevés dans le cadre d'une instance) – il s'agit d'une approche holistique. S'ils procédaient autrement, ce serait comme si les juges interprétaient une loi sans avoir aucune connaissance de la Constitution canadienne.

Le juge Phelan indique que d'un point de vue de théorie juridique, on ne peut pas comprendre la perspective juridique autochtone étroite sans en saisir les fondements.

Le juge Mandamin parle des tribunaux navajos et du fait qu'ils ont élaboré leur propre jurisprudence dans laquelle les principes navajos servent à résoudre des litiges. Il cite un ouvrage sur les tribunaux et principes navajos (*Navajo Courts and Navajo Common Law*, de Raymond D. Austin, University of Minnesota Press, 2009).

Quelqu'un souligne que certains litiges sont extrêmement contentieux et demande s'il est réaliste de s'attendre à ce que les parties recourent alors à la médiation.

Don Worme fait observer que les avocats sont également tenus de suivre des formations et d'avoir l'expérience nécessaire pour s'occuper de certaines affaires complexes, ce qui leur permettrait de proposer à la Cour les solutions qui leur paraissent souhaitables.

Brenda Gunn indique que la situation est très délicate et qu'elle n'est pas certaine de savoir comment les traditions juridiques indigènes peuvent être intégrées au sein du système des traditions juridiques canadiennes.

Dave Nahwegahbow reconnaît que les avocats ont une obligation en ce qui a trait à la médiation et que certains d'entre eux sont très portés à l'antagonisme.

L'idée de forcer les parties à essayer d'abord la médiation est avancée, mais **le juge Campbell** souligne que même si certains tribunaux l'imposent en premier lieu, ils ne peuvent traîner les gens en médiation.

Le juge Mandamin déclare que lorsqu'une collectivité autochtone cherche des moyens de résoudre une question en dehors de la collectivité, nous devrions être en mesure de lui offrir un choix : soumettre l'affaire au processus judiciaire avec des « petits ajustements » – ou utiliser une approche qui relève de ses traditions (par exemple, parvenir à un accord par la médiation; la Cour peut faire tout ce qu'elle peut pour aider les parties, et reconnaître l'entente en rendant l'ordonnance appropriée). La Cour prendra en compte les traditions juridiques en donnant effet à l'entente sans égard à la manière dont elle a été conclue. Il ajoute que la Cour devra peut-être examiner la question de la répartition des coûts, qui sont une réelle préoccupation.

Krista Robertson souligne qu'il est parfois difficile d'amener les clients à consentir à la médiation.

Le juge en chef Crampton se demande si le contexte interne des Premières Nations serait propice à la création d'un tribunal adéquat devant lequel les traditions juridiques autochtones pourraient être soulevées en premier lieu.

Action : Le juge Mandamin demande aux membres du comité de réfléchir à ce qui a été discuté et de proposer un paragraphe ou une déclaration sommaire sur la marche à suivre – et de reprendre cette discussion lors de la prochaine réunion.

4. Élaboration d'un recueil des meilleures pratiques

Le juge Mandamin suggère que le comité prépare un document d'appui, basé sur l'ouvrage du juge Ferguson sur les procédures de salle d'audience en Ontario. Le document serait aisément accessible et facile à utiliser, et pourrait également être offert sous forme de brochure au comptoir du greffe. On pourra consulter d'autres tribunaux et juridictions pour obtenir des idées. Aaron Wilson examinera ce qui se fait en Australie. Quelqu'un souligne que l'ouvrage *Aboriginal and Treaty Rights Practice Book* (par Mary Locke Macaulay) pourrait également servir d'exemple.

Aaron Wilson serait le principal rédacteur du document d'appui; un sous-comité pourrait être constitué pour élaborer le recueil. Les travaux seraient confiés à des avocats juniors ou à des étudiants qui pourraient préparer un document qu'ils soumettraient à l'examen du comité.

S'agissant du sous-comité :

- le protonotaire Lafrenière apportera son aide;
- Brenda Gunn souligne que certains étudiants de l'Université du Manitoba pourraient apporter leur aide;
- Scott Robertson, Julie Blackhawk et Krista Robertson indiquent qu'ils peuvent apporter leur aide;
- une employée du bureau de Don Worme (Josephine de Whytell) contribuera;
- un étudiant du bureau d'Aimée Craft apportera son aide.

Quelqu'un souligne que divers renseignements, aspects pratiques et même certaines décisions interlocutoires, qui ne sont pas affichées sur le site Web de la Cour fédérale, peuvent être utiles et inclus dans le document. On ajoute que certaines décisions procédurales de nature interlocutoire pourraient figurer dans les cahiers de la jurisprudence et la doctrine.

Quelqu'un suggère que le document traite de questions telles que la provision pour frais et la formation des témoins experts.

Les membres du sous-comité pourraient collaborer par téléconférence. La possibilité de recourir à Skype est abordée, mais des problèmes liés à la sécurité sont évoqués. Différentes modalités de partage des travaux sont également envisagées (p. ex., Google Docs).

Le document serait un guide utile et accessible qui mettrait l'accent sur les pratiques de la Cour fédérale. Des préoccupations sont soulevées concernant la nécessité de parvenir à un consensus sur la dimension narrative du document. Quelqu'un souligne que celui-ci ne changerait rien à ce que le comité a accompli à ce jour (p. ex., Lignes directrices). Le sous-comité tenterait simplement de le présenter sous une forme accessible. Le document n'élargirait pas la portée des Lignes directrices, mais les rendrait plus accessibles. Par exemple, il pourrait aborder la question de savoir comment se déroulerait une audience sur une réserve (p. ex., problèmes de sécurité pour les juges, trouver l'hébergement adéquat, la nécessité de contacter l'administration

judiciaire ou le protonotaire – une liste de contrôle des points à discuter pourrait être incluse). Le document « donnerait vie » aux Lignes directrices, sur lesquelles il mettrait l'accent et expliquerait ce qui se passe lorsque vous allez en Cour. Il s'agirait véritablement d'un manuel pratique.

Quelqu'un souligne qu'il pourrait être utile d'appliquer le modèle des meilleures pratiques et de mettre au point plus de modèles pour les faire figurer dans l'ouvrage (p. ex., affaires concernant le contrôle judiciaire), par exemple sous forme d'annexes. On ajoute que des ébauches d'ordonnances et des renseignements concernant le MARL pourraient aussi s'avérer utiles.

Le sous-comité pourrait examiner la structure du document et soumettre ses questions au comité pour en discuter, le cas échéant.

Le juge Mandamin indique que les lignes directrices sur les contrôles judiciaires seront évoquées à la prochaine réunion.

5. *Loi sur les élections au sein de premières nations*

La Loi a été renvoyée à un comité permanent de la Chambre des communes, mais est morte au feuilleton à la prorogation de la session parlementaire.

6. Cahiers de la jurisprudence et de la doctrine

Il est convenu d'ajouter les deux affaires suivantes aux Cahiers de la jurisprudence et de la doctrine :

- *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56;
- *Manitoba Metis Federation c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14.

On suggère que certaines décisions rendues à l'issue de contrôles judiciaires devraient figurer dans le cahier (la décision du juge Russell dans *Roseau River Anishinabe First Nation*).

Dave Nahwegahbow suggère les décisions suivantes :

- la décision du juge Phelan dans l'affaire *Dene Tha*;
- la décision de la juge Mactavish dans *Assemblée des Premières Nations/Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations*, récemment confirmée par la Cour d'appel fédérale (par le juge Stratas – 2013 CAF 75).

Le juge Mandamin demande aux membres de réfléchir aux décisions issues de contrôles judiciaires susceptibles d'être ajoutées au cahier de la jurisprudence et de la doctrine.

Quelqu'un souligne que les décisions intéressantes devraient être distinguées des décisions à intégrer dans le cahier de la jurisprudence et la doctrine. Un élément concernant les décisions intéressantes pourrait être ajouté à l'ordre du jour de la prochaine réunion de manière à pouvoir les partager. Quelqu'un suggère que le recoupement des décisions par sujet dans la liste pourrait être souhaitable.

7. Réunion du printemps 2014

Il est question du lieu de la réunion du printemps 2014, puisque la conférence de l'ABC aura lieu à Iqaluit les 19 et 20 juin.

Krista Robertson transmettra l'ébauche de l'ordre du jour de la conférence.