

Cour fédérale ~ Association du Barreau autochtone

Réunion du Comité de liaison

Le jeudi 25 octobre 2007 (9 h à 16 h 30)

Victoria (Colombie-Britannique)

PROCÈS-VERBAL

PARTICIPANTS

Juge François Lemieux	Cour fédérale
Juge Michael Phelan	Cour fédérale
Juge Leonard Mandamin	Cour fédérale
Protonotaire Roger Lafrenière	Cour fédérale
Juge Marvyn Koenigsberg	Cour suprême de la Colombie-Britannique
M. David Nahwegahbow	Association du Barreau autochtone
M. Jeff Hewitt	Association du Barreau autochtone, président
Professeur John Borrows	Université de Victoria, Faculté de droit
M ^{me} Kathy Ring	Ministère de la Justice
M. Grant Christoff	Ministère de la Justice
M ^{me} Louise Marcotte	Agent supérieur du Greffe, Cour fédérale
M. Andrew Baumberg	Attaché de direction, Cour fédérale
M. Christopher Devlin	ABC, Section nationale du droit autochtone, président
M ^{me} Aimée Craft	ABC, Section du droit autochtone, Manitoba, présidente
M. Peter Hutchins	ABC, membre honoraire de l'exécutif
M ^{me} Deborah Hanly	Association du Barreau autochtone / ABC (Calgary)
M ^{me} Angela Cousins	Association du Barreau autochtone, membre du CA
M. Drew Mildon	ABC, Section du droit autochtone, île de Vancouver
M ^{me} Lee Schmidt	Association du Barreau autochtone, membre du CA
M ^{me} Katherine Hensel	Association du Barreau autochtone
M ^{me} Jodie-Lynn Waddilove	Association du Barreau autochtone, membre du CA
M. Jeff Schnuerer	Association du Barreau autochtone

OUVERTURE DE LA SÉANCE

M^{me} Kathleen Lickers accueille les membres du comité au nom de l'Association du Barreau autochtone. Le comité lit l'ordre du jour.

- Principal thème : discussion sur les lignes directrices, sans décision. Il s'agit de lignes directrices et non de changements aux règles. Le comité doit travailler avec le Comité des *Règles*.
- Les documents de travail sur le rôle des aînés et de la tradition orale sont encore en cours d'élaboration. La discussion de ce jour pourrait faciliter cette tâche.
- Réforme des *Règles* (témoignage d'expert) : le sous-comité des *Règles* souhaite conserver un ensemble de règles génériques tout en reconnaissant que certains domaines du droit autochtone appellent des règles spécifiques. Il revient au comité de préciser lesquels, pour que le juge Lemieux fasse ensuite rapport.

Le procès-verbal de la réunion du 8 mars 2007 (Winnipeg) est approuvé en principe, sous réserve de quelques corrections mineures et finales qu'apportera M. Baumberg.

PARTIE I : RÔLE DE LA TRADITION ORALE ET DU TÉMOIGNAGE DES AÎNÉS DANS LES PROCÉDURES JUDICIAIRES

Professeur John Borrows

Le professeur souligne l'importance de l'interaction entre les traditions autochtones et la common law et le droit civil. En cour, les Autochtones présentent la tradition au moyen :

- de faits historiques concrets,
- de faits métaphoriques (évaluation, interprétation), parfois fondés sur des événements mais continuellement développés étant donné leur importance;

d'où la difficulté qui se pose au décideur :

- *de quel type de fait s'agit-il?*
- *comment le traiter?*

Souvent les témoignages de vive voix constituent une forme de droit; il ne s'agit pas d'un événement, mais d'un jugement lié à cet événement, d'une tentative d'en tirer un sens. Le tribunal l'entend alors comme s'il s'agissait d'un élément de *preuve* alors qu'il s'agit en réalité de *droit* et que le témoignage peut aider à établir la référence et la structure normative. Le droit est une structure qui permet de déduire le sens d'un événement et cette autre perspective est souvent intégrée à la perspective « factuelle ». (Ex. : L'escargot dans la bouteille, tiré de la common law anglaise, est plus qu'une anecdote sur un escargot; c'est une histoire qui permet de déterminer qui est « son prochain ». De même, les récits autochtones sur la terre font référence à l'histoire ainsi qu'aux interrelations et au droit.) Difficile de déterminer *le poids qu'il faut accorder à ces récits*. L'arrêt *Delgamuukw* donne quelques lignes directrices à ce sujet, qui ne sont tout de même qu'une ouverture sur les normes de preuve et le pluralisme juridique. Le droit autochtone est *sui generis*, « unique en son genre ». *Quelles sont les normes fondamentales?* Selon l'arrêt *Delgamuukw*, le caractère *sui generis* de la common law peut être utile à l'interprétation. On peut s'inspirer de la common law, sans négliger toutefois le droit autochtone, pour ensuite procéder par « triangulation ». Le droit autochtone est fondé sur une expérience intersociétale et, à ce titre, incorpore différentes perspectives. Le système canadien est bijuridique, mais dans l'optique autochtone, il est en fait multijuridique. Le droit civil et la common law sont souvent distincts mais il y a aussi beaucoup d'interactions.

Question : *Qu'est-ce que le droit autochtone? Quelles en sont les sources?* Le droit coutumier est l'une des sources, mais il y a plus :

- droit positif ou jugements formels sur les règles applicables dans un domaine donné;
- délibérations (cercles, formulation consensuelle de règles, dialogue);
- sources naturelles (enseignements tirés d'interactions informatives dans la nature);
- sources sacrées (du Créateur ou de traités ou de pactes).

Voilà pourquoi il est dangereux de réduire le récit d'un aîné à un simple élément de preuve; une bonne part du sens se trouve alors perdue. Le professeur Borrows ajoute que beaucoup d'aînés se voient comme des « passeurs » du droit plutôt que comme des historiens.

Question ou commentaire des membres : *Le point essentiel pour la Cour est de déterminer pourquoi tel témoignage est offert. Il appartient à l'avocat de définir les points abordés et d'expliquer les motifs sous-jacents du récit, les motifs ultimes et les liens entre la situation et le récit, c'est-à-dire d'expliquer le sens du pluralisme juridique et de clarifier ce que chaque système peut offrir dans chaque cas.*

Le professeur Borrows souligne la difficulté particulière, du fait que, souvent, il y a plusieurs questions à déterminer. Les récits peuvent être des témoignages concrets venus de l'histoire mais aussi une indication du critère légal applicable dans les circonstances.

Question ou commentaire des membres : *Comment faire la part des choses entre des récits concurrents?*

Le professeur Borrows répond que cela dépend en partie de la détermination du critère juridique applicable.

Le juge Lemieux ajoute qu'il en va de même pour le droit étranger. L'hypothèse n'est pas permise. Le droit étranger est considéré comme une question de fait prouvée (ex. : témoignage constitué par le droit des États-Unis sur une question de responsabilité en matière maritime); il faut un témoignage d'expert. À la différence que le droit autochtone n'est pas un droit « étranger »; c'est le droit du pays.

Le professeur Borrows précise qu'il est possible de présenter des témoignages et des sources qui permettent de choisir la bonne façon d'évaluer les éléments de preuve soumis (ex. : jurisprudence de la Cour suprême et de la Cour fédérale, etc., et tradition juridique autochtone locale).

Le juge Phelan demande comment un tribunal peut traiter au mieux le droit autochtone, puisque ce n'est pas un système juridique très connu.

Le professeur Borrows évoque l'harmonisation entre common law et droit civil, qui fournit des règles d'évaluation de leurs perspectives différentes : « *il faut trouver les points communs* ». Il n'y a toutefois pas de règle. *Comment intégrer le droit autochtone dans un cadre plus vaste?*

M. Hutchins fait remarquer qu'il s'agit tout de même d'un droit étranger à la common law et non étranger au Canada, ce qui pose la question de la compétence. *Est-ce bien à la Cour de déterminer l'interprétation appropriée du droit étranger?* Le travail du juge est de se concentrer sur le degré d'intégration du droit autochtone. La question est d'importance, puisque la Cour suprême parle de cohabitation de la common law et du droit autochtone. La common law a déjà incorporé une partie du droit autochtone, mais la situation évolue encore.

M. Devlin évoque le recours possible à des assesseurs neutres de préférence à des « témoins experts », qui étudierait le droit des différents groupes autochtones. Ces assesseurs produiraient un rapport technique indiquant ce qu'est le droit. Ce point est d'ailleurs examiné en profondeur dans le document de travail de l'ABC.

David Nahwegahbow rappelle les deux perspectives fondamentales explorées par la Cour suprême :

- L'arrêt *Delgamuukw* reconnaît « l'occupation ancestrale » et tente de réconcilier les sociétés qui existaient à l'époque et qui avaient chacune leur propre système de droit.
- L'arrêt *Haida* parle de « souveraineté de fait et non de droit », d'où la très grande difficulté du rapprochement.

Le droit autochtone est très fort sur le plan des concepts ou de la philosophie, mais n'en reste pas moins vulnérable. Il favorise le recours à l'assesseur au lieu de « l'expert », ce qui mine l'intégrité de l'aîné.

Le juge Lemieux précise que le rôle des aînés ne peut pas être défini dans un cadre abstrait. Les juges statuent sur les questions en litige. Le rôle des aînés est déterminé en regard d'une affaire en particulier.

M^{me} Hanly parle d'une tendance des tribunaux à utiliser le système qu'ils connaissent le mieux, ce choix déterminant les outils d'analyse. Certains aînés refusent de témoigner, se considérant comme des passeurs du droit. Résultat : il est très difficile de faire valoir ce droit.

Pour **le juge Koenigsberg**, la façon de traiter le témoignage d'expert dépend de la question en litige. Le tribunal s'appuie sur un ensemble de droit que le juge est tenu d'appliquer. Quelle est la place du droit autochtone dans la hiérarchie des droits? S'il faut trancher entre des opinions concurrentes d'experts du droit étranger, le juge doit choisir. Le juge doit être ouvert à toutes les nuances et se demander *pourquoi tel témoignage lui est présenté, ce qu'il doit trancher, s'il a compétence et quel droit s'applique en l'espèce*.

Le professeur Borrows rappelle que la question fondamentale est le rang du droit autochtone dans cette hiérarchie de droit. Le droit autochtone est souvent considéré comme le palier inférieur parce qu'il est coutumier; pour d'autres, il est au sommet, parce qu'il est protégé par la constitution.

Le juge Koenigsberg ajoute qu'il faut d'abord évaluer la question en litige, par exemple la propriété de Blackacre, puis déterminer le droit applicable.

M. Hutchins revient au degré d'incorporation du droit autochtone dans la common law. Le juge est spécialiste du droit constitutionnel et de la common law, mais non du droit autochtone.

Le juge Phelan demande comment le magistrat doit analyser le récit d'un aîné pour en dégager cette information essentielle sans offenser son auteur.

Le professeur Borrows suggère de s'imaginer qu'on lui pose la même question en sa qualité de juge.

M. Devlin souligne la nécessité d'adopter à l'égard des aînés une approche différente du traitement des témoins experts (problème des tenants du débat contradictoire). Difficulté fondamentale : comment composer avec le fait que les aînés sont juges dans leur communauté et ne sont pas seulement chargés d'établir des faits historiques. Les laisser présenter leurs connaissances pour ensuite les réduire en lambeaux en contre-interrogatoire n'est pas la meilleure méthode.

M^{me} Hensel souligne l'importance d'être sensible au rôle officiel de cette personne dans sa communauté et de la traiter comme un aîné, peu importe l'objet sous-jacent du témoignage.

Le juge Lemieux convient que l'aîné doit être traité avec respect, comme tout autre témoin. La difficulté vient des éventuelles divergences de perspectives.

Le juge Mandamin réfère à la description donnée par le juge Sinclair d'une procédure de recherche des faits dans une collectivité. Chaque personne intervient à tour de rôle. Éventuellement, en dépit de variations mineures, le consensus est atteint. Cette façon de faire est très loin du débat contradictoire, mais *très* efficace. Convoqués à un symposium dans le cadre de la commission d'enquête du Manitoba sur le système de justice autochtone, les divers acteurs des différents systèmes de justice ont conclu que cette approche est applicable et, d'ailleurs, appliquée.

Suivant cette méthode, il n'est pas nécessaire de contredire l'un ou l'autre des intervenants. L'audition de tous les points de vue permet de broser un portrait d'ensemble et de comprendre le sens sous-jacent de ce qui est dit. Obtenir un consensus dans une communauté autochtone est une aptitude inhérente à celle-ci. Personne n'attaque. Le juge Mandamin évoque les rapports selon lesquels le Tribunal canadien de la concurrence aurait échoué sa première application du modèle australien du groupe d'experts, puisqu'il n'y a pas eu consensus. Le cercle est plus pertinent. Il s'agit de faire le tour du cercle jusqu'au consensus.

PARTIE II : PROJET DE LIGNES DIRECTRICES SUR LA PRATIQUE

Le juge Lemieux résume le document de travail. S'ensuit une discussion plus approfondie sur les principaux éléments.

Partie V – Étape précédant l'instance proprement dite et étape du dépôt

M^{me} Hanly rappelle la discussion de la réunion précédente sur la collaboration préalable à l'instance même. Plutôt que d'attendre la gestion d'instance, les parties discutent des questions en litige avant le début des audiences, puis se présentent devant le juge de la gestion d'instance avec une proposition. Il y a lieu d'encourager cette pratique dans les lignes directrices.

M. Nahwegahbow ajoute que ces affaires sont en marge des revendications particulières et que les questions en litige sont déjà fixées. Toutefois, cette façon de faire implique souvent de travailler avec un groupe différent, au gouvernement, et le dossier ne suit pas de l'un à l'autre. Il est très difficile d'obtenir la participation de la Couronne aux discussions préalables à l'instance. Résultat : le plaignant doit amorcer le processus

judiciaire. M. Nahwegahbow craint que la bureaucratie nuise à la procédure volontaire préalable à l'instance et estime que celle-ci serait plus utile si elle n'était pas complètement facultative.

Le juge Lemieux répond que la Cour n'a pas compétence pour décider.

Le juge Koenigsberg convient de la nécessité d'une instance formelle, précisant que les parties ont ensuite différentes options. Elles peuvent saisir immédiatement le juge de gestion d'instance de l'affaire. *Qu'est-ce qui peut être soumis à la médiation?*

M^{me} Hanly recommande d'éviter autant que possible de produire des documents interminables et d'utiliser plutôt un « avis d'introduction d'instance ».

M. Devlin précise qu'en Colombie-Britannique, on utilise encore deux documents : d'abord un bref d'assignation avec visa, suivi de l'acte d'introduction d'instance, qui doit être signifié au plus tard un an après. Le dépôt de ce document met fin au délai de prescription. Il estime qu'une demande *pro forma* devrait suffire et qu'elle aide d'ailleurs la défense puisque la recherche d'un avocat et des témoins experts, ainsi que le dépôt des documents de la défense prennent du temps.

Le protonotaire Lafrenière rappelle que dans les cas des demandes de contrôle judiciaire, il est possible de demander la prolongation du délai préalable. Il serait utile d'avoir un processus semblable de mise en demeure (avis de demande), mais il faudrait probablement modifier les *Règles*. Il est possible de demander la radiation d'une demande qui ne démontre pas une cause d'action raisonnable.

Le juge Koenigsberg souligne une tendance très généralisée à affecter très rapidement un juge à une cause le moins complexe. La Cour a un protocole particulier pour la gestion d'instance. Il faut toutefois déterminer ce qui constitue un litige complexe pour éviter la surcharge.

M. Nahwegahbow décrit la méthode employée en Ontario, qui impose de signifier un avis de demande à la Couronne. Le plaignant dépose un avis de son intention d'intenter une action et doit à brève échéance déposer une demande introductive d'instance. L'essentiel est de saisir rapidement la Cour. La rapidité à l'étape de l'établissement des faits évite les longues demandes d'information subséquentes.

Le protonotaire Lafrenière recommande d'éviter la stricte application des règles tant que le juge de gestion d'instance n'a pas étudié le dossier.

M^{me} Ring demande si l'objectif de l'étape préalable à l'instance est de faire intervenir rapidement *la Cour* ou *la Couronne*. Le ministère de la Justice a une organisation particulière. Une partie peut communiquer avec le directeur de la Section du droit autochtone du bureau régional du ministère de la Justice pour discuter de la cause avant le dépôt des documents. Le Ministère souhaite étudier différentes méthodes de gestion d'instance. En réponse à un commentaire antérieur, M^{me} Ring dit ne pas avoir eu connaissance de l'existence de « murailles de Chine ». Au début d'une instance portant sur des questions déjà abordées par une revendication particulière, elle obtient tous les documents pertinents. De manière générale, toutefois, les documents échangés pendant le

traitement des revendications particulières le sont « sous toute réserve », aux fins des discussions relatives au règlement et ne peuvent être produits au procès que sur le consentement de toutes les parties. Le Ministère n'a pas engagé d'expert au moment de la *demande pro forma* ou le stade préalable à la demande. En pratique, il est donc très difficile d'entamer des discussions officielles à ce stade. Il faut engager les experts et pour ce faire, connaître les questions en litige (par le biais des plaidoyers), ce qui nous ramène à la case départ.

D'après son expérience, **M. Nahwegahbow** croit que les avocats de la Couronne sont tellement surchargés qu'il est impossible d'attirer leur attention. Pour ce qui est des experts, la situation est la même pour le plaignant. Les experts ne sont pas tous disponibles, mais les parties peuvent en obtenir quelques-uns. AINC bénéficie des services de certains experts du processus historique qui ont déjà donné des conseils en la matière et connaissent le dossier.

M. Hutchins convient que le préavis est une excellente méthode. Il estime qu'il y a deux impératifs : 1) le plaignant veut faire intervenir la Cour de sorte qu'une tierce partie fasse l'arbitrage; et 2) le plaignant souhaite le début de l'instance.

Le juge Phelan demande si le processus préalable à l'instance peut mener au règlement.

M^{me} Hanly et M. Hutchins soulignent que les parties souhaitent un traitement ordonné des revendications.

Le protonotaire Lafrenière rappelle la règle particulière qui prévoit automatiquement la gestion d'instance dans le cas des recours collectifs. Cette approche serait peut-être utile dans le cas des affaires complexes.

M. Devlin demande quels seraient alors les critères. Un litige relatif à une élection serait-il considéré comme une affaire complexe?

Le protonotaire Lafrenière fait une distinction entre demande et action. La partie à l'origine d'une demande devrait justifier le recours à la gestion d'instance.

M. Hutchins dit avoir participé à deux causes auxquelles ont été appliqués les principes qui sont l'objet des lignes directrices. Dans l'affaire *Alderville*, les avocats sont déterminés à collaborer et à faciliter les discussions entre les témoins.

Consensus général : Utiliser la demande *pro forma* et faire rapidement intervenir la Cour.

M. Baumberg demande aux membres du comité de formuler officiellement des suggestions ou de fournir des protocoles concrets conçus par les parties à certaines affaires, qui pourraient ensuite être incorporés aux lignes directrices sur la pratique.

Témoins experts

Il est ensuite question du nouveau processus soumis au Comité des *Règles* relativement à la reconnaissance de la compétence des experts.

- La disqualification sera immédiate.
- Le mémoire relatif à la conférence préparatoire exposera dans le détail les compétences ou le domaine d'expertise de l'expert.

- Le code de conduite précisera ce que doit contenir le rapport de l'expert.

Le Comité des *Règles* travaille aussi aux changements à la règle du jugement sommaire.

Quelques questions sont posées sur l'opportunité d'élaborer des règles sur la divulgation relativement aux témoignages de vive voix.

M. Hutchins souligne l'importance, pour le comité, d'élaborer un protocole relatif aux aînés.

M. Nahwegahbow en convient. Il souligne par ailleurs qu'il faut beaucoup de temps au Comité des *Règles* pour établir les règles et recommande de publier d'abord un avis à la profession. Il s'inquiète enfin du recours au jugement sommaire, qui ne mène pas nécessairement à une entente sur le bien-fondé de l'affaire.

Le juge Koenigsberg répond qu'en Colombie-Britannique, le jugement sommaire est utilisé quand il convient de le faire pour résoudre une question distincte, après évaluation du bien-fondé du processus pour éviter d'engager inutilement des ressources considérables.

L'ABC a distribué un document de travail sur le rôle des aînés et le témoignage fondé sur la tradition orale. Les divers rôles des aînés (témoignages relatifs aux faits et au droit) pourraient appeler diverses méthodes. Dans certains cas, par exemple, une présentation collective pourrait être la meilleure méthode. Le recours à un assesseur – assesseur autochtone ou greffier –, spécialisé dans une certaine mesure, est également privilégié. Cette personne renseignerait la Cour sur les traditions autochtones. L'article 52 des *Règles* (qui porte sur les assesseurs) pourrait atténuer une part de l'incidence négative du contre-interrogatoire.

Le juge Lemieux évoque l'arrêt *Porthouse Seguro*, dans lequel la Cour suprême rejette le recours aux assesseurs, considérés en l'espèce comme ayant usurpé le rôle du juge à l'égard de l'évaluation des faits, puisqu'ils n'avaient pas été contre-interrogés. Certes, le recours à l'expert unique nommé par la Cour est lui aussi controversé dans une certaine mesure, mais il est préféré au recours à l'assesseur.

Le protonotaire Lafrenière admet que mieux vaut une intervention rapide des experts, mais que, en réalité, peu d'entre eux interviennent tant que l'instruction n'est pas imminente. C'est la raison pour laquelle il y aura modification aux *Règles*, de sorte que le rapport d'expert soit désormais déposé au plus tard à la conférence préalable à l'instruction. En revanche, certaines règles laissent un peu de latitude. Ainsi, il est possible d'enregistrer à l'avance les témoignages sur bande vidéo, au sein de la communauté. Les parties devraient alors en parler à la conférence de gestion d'instance.

M. Hutchins souligne la difficulté pour les avocats d'élaborer un protocole relatif au témoignage des aînés. C'est pourquoi, dans certains cas, ils se contentent d'enregistrer les témoignages de vive voix sur bande vidéo en l'absence de la partie adverse. Il est important que la Cour élabore un cadre pour l'évaluation des aînés préalablement à l'instance.

M^{me} Ring rapporte que le ministère de la Justice prépare un document sur le témoignage des aînés pour la réunion de février 2008, qui porte entre autres sur deux questions fondamentales :

- production d'éléments de preuve avant un procès (résumé de témoignage anticipé),
- traitement des témoignages sur la tradition orale (*y a-t-il lieu de les contrôler?*)

M^{me} Ring estime que les témoignages sur la tradition orale devraient faire l'objet d'une vérification, mais comment? Elle demande si le problème perçu par les Premières Nations vient de la manière dont les questions sont posées en contre-interrogatoire aux aînés qui fournissent ces témoignages sur l'histoire ou, plus fondamentalement, s'il tient à la contre-vérification de ces témoignages, laquelle semblerait remettre en question la crédibilité des aînés et, par conséquent, minimiser leur rôle dans la communauté. Elle souligne que tous les participants à une instance ont un rôle dans le traitement approprié des éléments de preuve produits au procès. L'avocat du plaignant devrait expliquer aux aînés appelés comme témoins au procès ce à quoi ils doivent s'attendre et l'avocat du Ministère, tout comme les tribunaux, devraient participer de plus près aux protocoles encadrant les témoignages sur la tradition orale. M^{me} Ring soulève les écarts sensibles entre normes culturelles, d'où l'importance d'une formation sur les diverses cultures. Celle-ci reste toutefois difficile. En fait, elle est plus efficace si elle concerne la Première Nation qui est partie à une instance en particulier. Elle rappelle l'enquête sur Ipperwash, qui a commencé par deux journées de formation culturelle. M^{me} Ring prévoit une divergence entre la position de l'ABC et celle du ministère de la Justice concernant la divulgation préalable au procès des témoignages sur la tradition orale et des protocoles connexes, mais souligne que grâce à la divulgation préalable, il est peu probable que l'avocat du ministère de la Justice pose des questions qui seraient jugées « impropres » au contre-interrogatoire.

M. Nahwegahbow revient à la question des assesseurs et maintient que l'idée est bonne. Il estime que la Couronne et la Première Nation ne s'entendront pas sur le choix d'un expert unique étant donné le caractère contradictoire du processus. Même si les assesseurs ne sont pas permis en droit maritime, il reste peut-être possible dans le domaine *sui generis* du droit autochtone.

Le juge Mandamin décrit ses récentes discussions avec des juges de l'Australie, résumant deux processus fondamentaux : la méthode de la concordance (*hot tub*) et les « audiences sur le terrain » (*on-country hearing*).

Méthode de la concordance

Le processus est né au tribunal de la concurrence de l'Australie. Des experts se réunissent et élaborent une position commune avant le procès ou l'audience. À l'audience, ils expriment collectivement leur opinion. Le succès n'étant pas toujours au rendez-vous, des règles ont été formulées.

- Les experts signent un document établissant que leur responsabilité première est envers la cour.
- La réunion, à l'extérieur du tribunal, est facilitée par une personne travaillant au greffe.
- Règles particulières pour les interrogatoires

- Production d'un mémoire résumant les points de concordance et les points de divergence.
- À l'audience, seules les divergences sont abordées.

Audiences sur le terrain

Ayant admis les difficultés particulières des témoins aborigènes dans la salle d'audience, la cour australienne a proposé des audiences sur le terrain.

- Une équipe spéciale a été formée au sein du greffe pour les transcriptions, etc.
- Les audiences ont lieu dans un endroit qui convient aux témoins.

Le juge rapporte cet exemple d'un collègue australien très sceptique, qui a fini par adopter les audiences sur le terrain et reconnu l'efficacité du processus. Témoins et témoignages étaient beaucoup plus cohérents et efficaces en territoire familier.

Le juge Mandamin poursuit en expliquant son hésitation à classer les aînés et les témoins experts dans une même catégorie. Les communautés traversent les époques, se transforment et adoptent avec le temps un vaste ensemble de lois pour résoudre les litiges. Dans le contexte de ces lois, il y a des aînés au sens classique du terme, qui ont appris à transmettre les savoirs (ce sont des aînés qui ont une excellente mémoire et sont particulièrement aptes à transmettre ces connaissances de génération en génération). Il y a par contre une autre sorte d'aînés, immergés dans une culture particulière, non comme « porteurs » de savoir mais simplement comme des personnes très au fait de la culture grâce à l'expérience directe qu'ils en ont. Il y a aussi de plus en plus d'aînés scolarisés, dont certains sont titulaires d'un grade universitaire (maîtrise ou doctorat) qui continuent de participer à la communauté autochtone. Il se peut qu'avec le temps, cette troisième catégorie devienne le principal groupe. Toute discussion doit tenir compte de la valeur propre que peut apporter chacun de ces groupes. Les variations d'une époque et d'une région à une autre sont substantielles, surtout au vu de la disparition progressive de la génération antérieure des aînés « classiques ». Certains aînés ont un rôle prédominant et ne peuvent pas siéger avec d'autres, puisque tous s'en rapporteront à eux. La souplesse est de mise en ce qui a trait à l'évaluation de la compétence des aînés. Il faut un système qui permette d'élaborer un protocole.

M. Nahwegahbow suggère que ce protocole établisse simplement la reconnaissance dont tel aîné jouit dans une société donnée.

M. Devlin renvoie à la page 12 du document de l'ABC, qui décrit les efforts déployés par le juge Vickers pour situer le rôle des aînés en contexte. Il ne doit pas y avoir de formule fixe, mais plutôt des principes de base. Il faudrait en outre établir un processus permettant de comprendre les traditions fondamentales du groupe. On ne saurait utiliser les règles standard appliquées aux témoins experts dans le cas des aînés qui forment une catégorie unique en son genre. Il vaut mieux établir des lignes directrices spéciales, qui orienteront la cour et les parties dans leur compréhension des attributions particulières des différents aînés et de la façon de recevoir leur témoignage.

M^{me} Hanly souligne qu'il ne faut pas considérer les aînés comme un intermédiaire entre le témoin expert et le témoin profane, mais comme un intermédiaire entre un témoin expert et un passeur du droit. Elle ajoute qu'un récit présentera toujours une nuance

différente avec le temps, les aînés ayant eux-mêmes entendu un même récit présenté sous des angles différents.

M. Hutchins évoque cet autre problème, causé par le recours à des experts non autochtones qui se prononcent sur le témoignage des aînés par le biais d'une critique détaillée et dure qui, bien entendu, offense les aînés. Le plaignant ne va pas appeler un aîné à la barre pour que celui-ci soit ensuite démolé par l'avocat de la partie adverse. M. Hutchins fournit l'exemple de l'affaire *Sampson Cree*, qui a donné lieu à des discussions relatives au témoignage sur la tradition orale, à la compréhension du rôle des aînés et au cadre de transmission de l'histoire.

M^{me} Craft parle des différents moyens employés dans différentes communautés pour transmettre l'histoire. Cette transmission du savoir est souvent spontanée, rarement structurée. Les aînés apprécient que le juge dispose d'un cadre qui lui permette de mieux comprendre leur rôle.

M. Devlin ajoute qu'il est très difficile pour un aîné de réfuter les dires d'un autre et encore plus de voir un expert non autochtone le faire.

Consensus : Le Comité convient d'élaborer un protocole.

M. Nahwegahbow propose que l'Association du Barreau autochtone rédige une première version.

M^{me} Ring ajoute quelques commentaires sur le document de travail concernant l'élaboration de lignes directrices sur la pratique.

- Témoignage de vive voix (p. 6) : Le document du ministère de la Justice exposera les moyens d'obtenir la divulgation préalable au procès des témoignages de vive voix sur la tradition orale (moment, forme, étendue). Il arrive que la cour ordonne la production d'un résumé du témoignage anticipé, mais celui-ci est souvent trop succinct.
- Témoignage écrit (p. 6 et 7) : Il serait utile d'ajouter au processus de gestion d'instance la possibilité de demander au juge qui la préside de limiter l'étendue des témoignages produits. Les avocats semblent souvent présumer qu'il faut satisfaire au critère établi dans l'arrêt *Peruvian Guano*.
 - Le juge reçoit souvent de la partie adverse une requête demandant la divulgation d'autres documents, de sorte que la procédure standard consiste à en prévoir beaucoup. C'est une bonne chose que le document de travail mentionne la possibilité de restreindre l'ampleur des renseignements à divulguer.
 - Il est difficile d'établir une norme applicable et acceptée définissant l'ampleur des renseignements à divulguer, mais la formulation actuelle du document de travail (« [TRADUCTION] *ayant directement trait aux points substantiels* ») est vraisemblablement acceptable. Le ministère de la Justice étudiera la méthode suivie par différents tribunaux, pour comparaison.

- Documents publics à la garde de la Couronne (p. 7)
Cette question intéresse plus directement les cours provinciales puisque, selon l'article 222.3 des *Règles des cours fédérales*, un document n'est pas considéré comme étant sous la garde de la Couronne si la partie adverse a le droit d'en obtenir l'original ou une copie. Dans le cas de la Cour fédérale, il reste toutefois à résoudre la question des documents qui se trouvent aux Archives nationales et qui ne sont pas accessibles au grand public. M^{me} Ring souligne que les documents du groupe d'archives 10 (Affaires indiennes et du Nord) des Archives nationales sont largement accessibles. La situation ne causera donc généralement pas de problème, mais il y a lieu d'en discuter à la conférence de gestion d'instance pour que les parties se procurent les documents qui sont du domaine public.
- Secret professionnel (p. 7) : Ce passage n'est pas clair, puisque le secret professionnel de l'avocat est illimité dans le temps.
 - À ce sujet, M. Baumberg répond que lors du sondage, les cours ont été invitées à suggérer les éléments à inclure dans le document de travail et que quelqu'un a suggéré de déterminer s'il convient de maintenir le secret professionnel à l'égard des documents *historiques*.

Le protonotaire Lafrenière recommande la communication des documents à mesure que leur objet acquiert un caractère essentiel. La présentation stratégique des documents est plus efficace.

- Déterminer le calendrier des procédures dès le début d'une instance : requête en radiation, requête en jugement sommaire, etc., et prévoir la communication progressive des documents à cette fin.

Cette suggestion est très bien reçue par les membres du Comité.

Préparation à l'instruction

Communication des documents de travail des experts : le sous-comité des témoignages d'expert a abordé ce point, concluant qu'il n'y avait pas lieu d'imposer la communication des documents de travail. Ce point est lié à d'autres, à propos desquels les délibérations se poursuivent.

PARTIE III : QUESTIONS DIVERSES

5. Comité des *Règles* : Témoignage d'expert

Ce point a été brièvement abordé par le juge François Lemieux au début de la réunion.

6. Comité des *Règles* : instances par représentation

Le juge Phelan rapporte que la demande de rétablissement de l'article antérieur a été envoyée à la *Gazette*. Il y a eu quelques commentaires et quelques suggestions de changements mineurs. On souhaite en général le rétablissement de l'article antérieur sur les instances par représentation. La Cour aura un certain rôle de gardien : une partie peut, pour diverses raisons, remettre en question le bien-fondé de l'instance par représentation et demander en particulier s'il s'agit bien du moyen le plus équitable de procéder. Comme certaines personnes s'interrogent sur une disposition provisoire, M^{me} Ring

transmettra la question à M. Brian Saunders, membre du Comité des *Règles*, et M. Baumberg en parlera avec le juge Blanchard (président du sous-comité).

Le juge Phelan commente brièvement l'arrêt *Altana c. Novopharm*, publié le 23 octobre. Jusque-là, il était convenu que chaque partie avait droit à cinq experts *par question litigieuse*. Cet arrêt établit maintenant la limite à cinq experts au plus *par affaire*, sauf sur autorisation de la Cour. Une partie qui veut appeler plus de cinq experts doit donc aborder la question au moment de la gestion d'instance.

7. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

M. Hutchins rapporte que la Déclaration a finalement été adoptée. Elle traite de questions de fond sans vraiment établir de règles. M. Hutchins commente un article récent du juge LeBel, selon lequel la Cour suprême entend de plus en plus souvent des affaires liées au droit international, dans la mesure où leur pertinence est évidente pour les tribunaux du pays. Pour ce qui est des questions extraterritoriales (ex. : l'affaire *Mitchell*), où les territoires autochtones sont situés de part et d'autre d'une frontière internationale, l'article 36 établit le droit d'exercer des droits par-delà cette frontière. Il ne s'agit pas de droit *conventionnel*, mais de droit international *coutumier*, qui n'a pas besoin d'être ratifié pour être effectif.

M^{me} Ring ajoute que tous les représentants du Canada, des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande ont voté contre la Déclaration. Elle précise que le gouvernement du Canada estime que la Déclaration n'est pas un instrument ayant force de loi, qu'elle n'a pas d'effet légal au Canada et que ses dispositions ne font pas partie du droit international coutumier.

Selon **M^{me} Craft**, certains sont d'avis qu'elle en fera un jour partie. Elle précise par ailleurs que le Canada s'est opposé à un nombre restreint de dispositions et non à toutes.

CONCLUSION ET ACTIVITÉS À VENIR

- **M. Baumberg** révisera le document de travail.
- **M. Nahwegahbow** distribuera le document de travail aux membres de l'Association du Barreau autochtone pour commentaires.
- **M. Nahwegahbow** élaborera un protocole d'ici le mois de février.
- **M^{me} Ring** révisera le document du ministère de la Justice d'ici le mois de février.
- **M. Devlin** préparera des notes et distribuera un projet de lignes directrices aux membres de l'ABC.
- **M. Baumberg** organisera une téléconférence pour le début du mois de janvier.
- **L'ABC** accueillera les membres à Yellowknife avant son congrès, pour la prochaine réunion, le 20 février.
- Projet de baladodiffusion ou téléconférence : aucune objection à ce que la réunion soit enregistrée et que l'enregistrement soit distribué de cette façon.
- **L'Association du Barreau autochtone** accueillera la réunion de l'automne 2008 à Toronto, le 16 octobre 2008.