

Cour fédérale ~ Barreau Autochtone ~ Barreau

Réunion du Comité de liaison

Le jeudi 8 mars 2007, 9 h à 17 h

Winnipeg (Manitoba)

COMPTE RENDU

PARTICIPANTS

Le juge en chef Allan Lutfy	Cour fédérale
La juge Anne Mactavish	Cour fédérale
Le protonotaire Roger Lafrenière	Cour fédérale
Le juge L.S. Tony Mandamin	Cour provinciale de l'Alberta
Mme Candice Metallic	Association du Barreau Autochtone / Assemblée des Premières Nations
M. Don Worme, c.r., C.P.A.	Association du Barreau Autochtone
Mme Deborah Hanly	Association du Barreau Autochtone / ABC (Calgary)
M. Arthur Ray, MSRC	Département d'histoire, Université de la Colombie-Britannique
Mme Kathy Ring	Ministère de la Justice (Canada)
M. Grant Christoff	Ministère de la Justice (Canada)
M. Brian McLaughlin	Ministère de la Justice (Canada)
Mme Melanie Mallet	Experte-conseil, Institut national de la magistrature
M. Wayne Garnons-Williams	Greffe, Cour fédérale
M. Andrew Baumberg	Attaché de direction, Cour fédérale
M. Christopher Devlin	Président de la Section nationale du droit des Autochtones de l'ABC
M. Gary Campo	Trésorier de la Section nationale du droit des Autochtones de l'ABC
Mme Sandra Inutiq	ABC Nunavut
Mme Karen Lajoie	ABC / Ministère de la Justice (T.N.-O.)
Mme Lysane Cree	Hutchins Caron & Associés
Mme Jameela Jeeroburkhan	Hutchins Caron & Associés
Mme Gaylene Schellenberg	Bureau national de l'ABC
M. Jonathan Davey	Osgoode Hall Law School (étudiant au LL.B)

OUVERTURE

Le compte rendu ainsi que les résumés des questions supplémentaires ont été approuvés. Il est convenu que le but du présent processus de liaison est de consulter au sujet de questions de pratique et ensuite de formuler des recommandations concrètes au Comité des règles de la Cour, des avis de pratique ou en matière de gestion des instances (GI). Ces recommandations pourraient être intégrées au programme d'éducation de la Cour, le prochain séminaire devant se tenir en 2008.

PARTIE I: PORTÉE ET MOMENT DE LA COMMUNICATION DE LA PREUVE D'EXPERT

Mme Ring souligne que le ministère de la Justice ne connaît généralement pas une instance jusqu'à ce qu'elle soit introduite et ne peut commencer à y travailler avant. En outre, la capacité de mobilisation dépend de la nature de l'instance et se fait plus facilement pour les instances modernes que pour les instances relatives à des traités historiques. Bien que des discussions précédant l'instance peuvent entrer en jeu, elles ont rarement lieu avec les bureaux chargés des litiges du ministère de la Justice, mais plutôt avec le MAINC et les services de conseils du ministère de la Justice ou les services juridiques du MAINC. Sont fournies en exemple des ententes conclues tôt dans un litige impliquant une première Nation relativement à la nomination d'experts.

Le protonotaire Lafrenière note que les actes de procédure sont souvent modifiés de manière importante et le moment de la défense constitue un problème. Il est important que les parties se parlent avant l'introduction de l'instance pour que les actes de procédure soient conséquents. Cependant, il faut entamer une procédure formelle pour que la Cour participe – il faut un acte introductif d'instance (p. ex. une déclaration). Cependant, les règles sont flexibles. La déclaration *pro forma* a été proposée à titre de solution possible conforme aux règles actuelles, dans laquelle déclaration les questions générales et les faits seraient présentés en même temps qu'une demande immédiate de GI.

M. Devlin recommande que soit examinée la possibilité d'instaurer une période précédant l'instance pour les litiges complexes, où seraient volontairement appliqué un ensemble de règles régissant l'échange de renseignements tôt dans le processus et permettant aux experts de se faire entendre. À son avis, il serait utile pour les procès complexes d'avoir des règles, choisies par les parties en présence ou ordonnées par la Cour selon certains critères. Cela donnerait un cadre de travail pour les procès complexes (déclaration, calendrier pour la sélection et l'échange d'information d'experts, conférences d'experts, ententes relatives à la preuve des experts). Il est pris note de l'article 292 (actions simplifiées) en tant que déclencheur. Une partie pourrait déposer une demande en application des règles d'actions complexes et l'autre partie pourrait ensuite accepter ou contester la requête. Pour ce qui est de « l'avis d'intention », il est fait référence à l'ancienne version des actions en Ontario (le bref « d'avis d'action ». En Colombie-Britannique, un bref d'assignation est déposé et la véritable instance doit être introduite dans les quelques semaines suivantes.

Le juge en chef Lutfy souligne la longueur du processus pour apporter une modification importante aux règles et recommande la mise sur pied d'un projet pilote auquel participeraient les premières Nations et le gouvernement. L'article 55 des règles permet que la Cour peut charger un juge de la gestion de l'instance en tout temps.

Mme Ring fait remarquer que rien n'entrave les parties maintenant, sauf les questions de prescription. Cependant, il est difficile d'accélérer la participation des experts pour qu'ils aident la défense. Le processus a besoin de temps. Il faudrait peut-être considérer la

possibilité d'instaurer tôt dans le litige un processus de GI où se feraient des échanges sans qu'il en porte préjudice.

M. Ray souligne que la participation des experts arrivent souvent après que la théorie de l'affaire ait été établie. Les experts arrivent trop tard, le dommage est fait.

Mme Inutiq donne un exemple tiré d'un procès au criminel où il était nécessaire de produire un témoignage au sujet des croyances spirituelles répandues dans la collectivité. Il n'était pas établi clairement qui devait témoigner à titre d'expert : un anthropologue ou un aîné.

Le juge en chef Lutfy fait observer que la Cour souhaite savoir quelles instances vont être introduites.

Mme Ring note que le ministère de la Justice le sait parfois. Pour les instances relatives à des revendications modernes, il est possible qu'un avis soit donné au préalable, comme il en a été question plus tôt. Cependant, il y a plus d'incertitude entourant les revendications historiques, qui sont quelques fois déposées sans avis préalable. Parfois, la procédure applicable aux revendications particulières sont utilisées, mais cela revient à fournir un avis au préalable.

Le juge en chef Lutfy confirme que si les parties souhaitent introduire ce type « d'avis d'instance », la Cour agira en conséquence.

M. Devlin propose que soit décomposée une revendication particulière à titre de projet pilote. Bien qu'elle soit complexe, la recherche a déjà été faite.

Mme Metallic est d'accord. Elle souligne que de nombreuses affaires peuvent servir de pilote. Elle fait savoir qu'elle pourrait discuter avec des participants potentiels au projet pilote.

Le protonotaire Lafrenière note qu'il est possible d'envoyer une lettre demandant la gestion d'instance par la Cour, l'ouverture d'un dossier, etc. À partir de là, il serait possible de structurer l'ordre des procédures, de mettre de côté les questions qui peuvent être reportées et de se concentrer sur le litige. La Cour pourrait ordonner qu'un dossier soit ouvert.

Le juge Mandamin fait observer qu'une instance est parfois introduite parce qu'il n'y a pas du tout de dialogue. Dans une première nation, la décision d'entamer une procédure est un événement très important (p. ex. la décision est prise par le conseil de bande en consultation avec les aînés). Pour ce qui est de la prescription, la déclaration pro forma pourrait être nécessaire.

Le protonotaire Lafrenière renvoie à l'article 182 des Règles (lequel précise les critères applicables à une déclaration) et invoque la nécessité d'invoquer des faits concrets, sinon l'autre partie est libre de déposer une requête visant à radier la demande. Il est également

important de prendre en compte les différentes possibilités, y compris la déclaration pro forma (préférable) ou la simple lettre à la Cour, qui permet aux parties d'entamer la gestion d'instance ou la médiation.

Mme Metallic fait remarquer que les parties introduisent souvent une instance parce que la médiation n'a pas fonctionné.

Le protonotaire Lafrenière réplique que la présence d'un tiers est parfois nécessaire et que la médiation a parfois des succès mitigés : même si seulement une question a été tranchée, cela peut être très utile. Il est préférable que la médiation ait lieu tôt dans le processus.

M. Worme décrit le système de médiation en vigueur en Saskatchewan : la médiation est obligatoire dès le dépôt de la déclaration, avant que les parties aient dépensé beaucoup d'argent. C'est assez efficace, cela permet aux défendeurs de faire connaître leur position. La cour impose une sanction punitive si des offres raisonnables sont refusées.

Le protonotaire Lafrenière fait observer que les Règles des Cours fédérales relatives aux dépens permettent à la cour d'imposer une sanction. Cependant, la médiation n'est pas obligatoire et elle peut être tentée à différentes étapes au cours de la procédure.

Consensus : les parties doivent participer au processus le plus tôt possible.

Le juge en chef Lutfy souligne que les Règles peuvent être assez souples pour permettre la déclaration pro forma. En outre, les avocats devraient commencer le dialogue avec leurs experts et encourager le dialogue entre les différents experts pour faire en sorte que les actes de procédures soient exacts.

M. Devlin demande comment mettre en œuvre certains changements dont il a été question de manière à éviter que des années de travail soient perdues avant le procès (il est arrivé que la médiation dans le cadre de certaines revendications particulières ait duré des années). Il suggère de porter le compte rendu des réunions du Comité à l'attention du Barreau pour l'informer que la Cour est ouverte à un projet pilote. Il serait également possible de donner une instruction relative à la pratique, ou quelque chose de semblable, pour inviter les parties à déposer une déclaration pro forma et à travailler sous la direction de la Cour et à donner une certaine structure à la revendication. Un projet pilote pourrait porter principalement sur une revendication territoriale complexe, auquel participeraient des avocats souhaitant trouver des solutions créatives.

Le juge en chef Lutfy fait observer qu'il existe un dialogue semblable avec le milieu spécialisé en propriété intellectuelle et que des efforts ont été faits pour mettre sur pied un projet pilote, sur une base volontaire, pour rendre obligatoire les réponses lors de la communication (article 95 des Règles), et pour que les avocats consentent à ne pas utiliser les règles pour retarder le processus.

La juge Mactavish propose qu'un rapport soit soumis au comité FJP de l'ABC, possiblement par M. Devlin (à titre de président de la section de l'ABC).

Le protonotaire Lafrenière propose une solution : l'avocat dépose une requête et la Cour expose des motifs, qui peuvent ensuite être communiqués aux membres du Barreau. Il a ajouté que s'il doit y avoir des exceptions aux Règles, il est important que la Cour demeure constante dans les divers domaines de pratique.

M. Devlin fait observer que les règles de la Cour fédérale ne vont pas aussi loin que les règles d'autres tribunaux. En Colombie-Britannique, les règles permettent facilement la participation d'experts. Il coûte beaucoup moins cher de faire participer les experts tôt dans le processus et il en résulte une procédure beaucoup plus nette.

La juge Mactavish fait remarquer que des questions similaires ont été soulevées avec le milieu spécialisé en propriété intellectuelle. Un sous comité des règles concernant la preuve d'expert a été créé et en est au début de ses travaux. Ce sous-comité cherche à raccourcir les procès et à mieux utiliser les ressources judiciaires.

Mme Ring fait observer que la gestion d'instance entamée tôt dans le processus doit être un dialogue sérieux au sujet des questions en jeu pour aider les parties. En Colombie-Britannique, il en coûte une somme considérable pour aller en cour et des efforts sont faits pour simplifier les règles et réduire le nombre d'experts, afin de permettre un meilleur accès à la justice. Plus de dialogue, moins la nature de l'affaire donne lieu à des devinettes et moins il y a de chance qu'une affaire soit mal « cadrée ».

M. Ray recommande qu'il soit conclu une entente tôt dans le processus au sujet des documents à utiliser (ou qui seront contestés) par opposition à l'approche « fourre-tout » actuelle.

M. Devlin fait part de ses doutes relativement à la portée de la communication, aux règles de communication importante et au critère énoncé dans *Peruvian Guano*. Comment restreindre la communication et éviter que 10 000 documents soient déposés quand, en fait, seulement quelques documents clés sont généralement suffisants.

Le juge en chef Lutfy souligne que la Cour considère sérieusement adopter ce critère pour la communication, lequel a également été soulevé en droit de la propriété intellectuelle. La règle actuelle vise à réduire la portée de la communication.

PAUSE

Mme Ring souligne que dans son rapport (novembre 2006), le B.C. Justice Review Task Force recommande de s'éloigner du critère établi dans *Peruvian Guano*. À la place, les parties seraient tenues de communiquer :

- les documents dont il est question dans les actes de procédure;
- les documents qui seront utilisés au procès;

- les documents dont dispose une partie et qui seront utilisés pour prouver ou nier un fait.

Le milieu spécialisé en droit autochtone serait généralement favorable à la réduction de la portée de la communication. Beaucoup de documents n'ont aucune répercussion.

M. McLaughlin fait observer que le gouvernement n'a pas vraiment en sa possession certains documents archivés. Cependant, plusieurs d'entre eux doivent figurer à la liste.

Le juge en chef Lutfy fait référence au paragraphe 222(2) des Règles. Les quelques jurisprudences à date semblent simplement suivre le critère énoncé auparavant dans *Peruvian Guano*, mais la portée de la communication n'a jamais fait l'objet d'une discussion devant la Cour.

M. Devlin demande si les parties pourraient convenir de ne pas être tenues à la communication, étant donné la souplesse des règles. Si les experts se font entendre, ils peuvent faire le tri dans la liste.

M. McLaughlin souligne que si les chercheurs trouvent quelque chose dans des archives anciennes et le divulguent très tôt dans le processus, la partie perd un avantage tactique.

M. Devlin répond que les deux parties se trouvent dans la même situation et ont besoin de céder un certain « avantage tactique » si elles que l'affaire se déroule efficacement dans l'ensemble.

M. Campo fait observer que l'avantage tactique est souvent fondé sur la disponibilité de fonds pour la recherche. Il est important que les deux parties soient à égalité à cet égard.

Le protonotaire Lafrenière conseille les parties d'obtenir une ordonnance ou une directive de gestion d'instance au sujet du moment où se fera la communication de documents et de la procédure à suivre : il faut soumettre rapidement la question à la Cour.

M. Ray fait remarquer qu'il est fréquent qu'une affaire fasse un virage à 180 degrés parce que les témoins experts ou les aînés sont appelés trop tard à participer. Il faut de la souplesse.

PARTIE II : QUALIFICATIONS ET ÉTHIQUE DES TÉMOINS EXPERTS

M. Baumberg résume la discussion de la dernière réunion.

La juge Mactavish fait remarquer que le sous-comité des règles recommande que soient présentés lors de la communication :

1. un CV présentant les qualifications
2. le domaine d'expertise
3. les postulats
4. le renvoie à un code d'éthique

5. la certification par un expert

Mme Ring renvoie au document du ministère de la Justice qui recommande que cette question soit réglée le plus tôt possible. En Alberta, le « document des experts » comporte ce genre de renseignements. Les avocats de l'autre partie ont alors 60 jours pour accepter ou contester l'expert.

M. Ray souligne deux questions clés de la recherche ethno-historique : quelles sont les données et comment sont-elles interprétées. Pendant la première moitié du 20^e siècle, la recherche se fondait sur la théorie de l'évolution, ce qui influait fortement sur la preuve produite en cour. Les questions examinées il y a 50 ans ne sont pas nécessairement pertinentes aujourd'hui. Il est important que les experts expliquent les différentes théories sous-tendant les anciennes et les nouvelles preuves. La Cour a raison de se méfier de la recherche effectuée uniquement pour une revendication, mais il est assez évident que l'ancienne recherche était également motivée par certaines théories. La Cour doit comprendre la nature des questions en jeu et de la preuve. La preuve n'est pas strictement factuelle. Comme le veut une vieille expression : [TRADUCTION] « L'anthropologue est la preuve. » Ces questions ne sont pas abordées assez en profondeur lors du procès. Par le passé, l'ethnographie était en grande partie fondée sur les témoignages oraux, pourtant la validité des témoignages oraux actuels est mise en doute alors que celle des sources secondaires anciennes ne l'est pas. La Cour doit comprendre le type de questions posées et ce qui en découle.

M. Devlin fait observer que, si les parties s'entendent *ad hoc*, ou si les règles sont modifiées, il est important d'échanger les renseignements le plus tôt possible avec le plus de collaboration possible entre les parties. Il faudrait qu'il y ait une approche parallèle ouverte, plutôt que de procéder de manière « A et ensuite B ».

M. McLaughlin doute que les parties soient prêtes à accepter une telle approche.

M. Campo ajoute qu'il existe souvent des différences considérables entre les points de vue exprimées par les parties adverses.

M. Devlin répond que les parties peuvent au moins limiter le plus possible la portée des questions pour qu'elles correspondent à la principale question en litige.

La juge Mactavish fait remarquer que si les experts se rencontrent avant le procès, ils peuvent faire ressortir les questions et les points de divergence, en effectuant une certaine sélection volontaire entre pairs, même s'il demeure de nombreux points de discorde. Dans certains cas, des experts pourraient témoigner en représentant un groupe d'experts.

M. Ray fait observer que cette approche a été utilisée par des anthropologues experts en Australie, où la collectivité est petite. Cependant, la collectivité est beaucoup plus polarisée au Canada.

Le juge Mandamin ajoute qu'il a entendu des Aînés au sein d'un groupe d'experts.

M. Devlin avance qu'un tel processus conjoint crée une réponse moins « positionnelle », alors que l'approche d'opposition des parties entraîne une polarisation. Le modèle collaboratif pourrait faire diminuer l'usage de cette approche extrême.

M. Ray recommande que les avocats n'assistent pas aux réunions des experts, bien qu'il soit possible que des experts ayant plus d'expérience puissent manipuler le processus.

La juge Mactavish ajoute qu'il pourrait également y avoir des conflits de personnalité, certains experts pourraient dominer le groupe.

Mme Jeeroburkhan s'inquiète des effets de la pression des pairs dans une discussion entre experts et demande si un seul expert approuvé par les deux parties pourrait constituer une solution dans le cadre des revendications moins importantes.

M. McLaughlin fait part de son opinion selon laquelle les positions des experts sont souvent influencées par l'approche opposant les parties et que la Cour ne devrait entendre qu'un expert indépendant nommé par la Cour. Les coûts seraient payés par les deux parties, qui pourraient soumettre des noms parmi lesquels la Cour pourrait choisir.

M. Ray fait référence à un commissaire en Australie qui a demandé à un expert nommé par le tribunal de donner son opinion au sujet de la preuve introduite par les autres experts. Il s'effectuait une rotation entre un petit nombre d'experts, ce qui a bien fonctionné.

M. McLaughlin fait remarquer que l'utilité des réponses d'un expert dépend des questions, qui doivent être précises.

M. Devlin ajoute que les avocats pourraient présenter des questions recommandées à l'expert de la Cour.

PARTIE III : LE RÔLE DES AÎNÉS

Mme Metallic fait remarquer que le document de travail de l'ABA est « en cours d'élaboration » et qu'il ne constitue qu'une ébauche, mais il permet de voir la direction que prend l'ABA. Deux questions principales sont soulevées :

- l'interprétation de fond de la preuve apportée par les Aînés;
- le contexte procédural et la jurisprudence concernant l'admissibilité.

La différence culturelle rend difficile l'acceptation d'une preuve historique orale, bien qu'il existe des ponts pour faciliter le processus. La difficulté principale est due à la nature non statique de l'histoire orale. La preuve trop abondante représente en partie une réponse à la « nécessité » d'étayer l'histoire orale. En outre, il existe des variations entre les différentes premières Nations relativement à la transmission de l'histoire orale.

Il existe des conséquences importantes au contre-interrogatoire des aînés :

- de moins en moins d'Aînés sont prêts à témoigner (mais également, « l'histoire disparaît »);
- des conséquences importantes pour la personne ou pour la collectivité à la suite d'un contre-interrogatoire sévère.

Il est important de créer un équilibre, de reconnaître les faiblesses d'un témoignage oral et de trouver des moyens d'y remédier. Le témoignage d'un Aîné ajoute une marque inhérente d'authenticité. Finalement, il est souligné que l'ABA se préoccupe moins de la question de l'admissibilité que de la validité attribuée à ce type de preuve.

M. Worme s'est dit préoccupé du ridicule et de l'effet dévastateur auxquels sont exposés les Aînés en contre-interrogatoire, quand leur témoignage est rejeté. Il ajoute qu'il n'abandonne pas sa demande pour que soient instaurées des règles particulières pour les litiges autochtones : ces collectivités ont le droit de faire entendre leur histoire à la Cour sur une base égalitaire.

Le protonotaire Lafrenière présente des exemples de sensibilité aux cultures à la Cour. Quand l'avocat le propose, les Aînés peuvent être entendus dans leur propre collectivité plutôt que dans une salle d'audience.

Mme Hanly fait remarquer que la Cour s'est montrée prête à tenir les audiences plus près des collectivités directement touchées, mais demande si c'est réaliste étant donné le petit nombre de juges. Il existe une perception selon laquelle la Cour tient souvent audience par téléconférence pour plus d'efficacité.

Le protonotaire Lafrenière répond qu'il s'agit d'une possibilité pour les réunions entre avocats. S'il y a des témoins, la Cour peut siéger n'importe où.

Le juge en chef Lutfy fait référence aux règles générales de la Cour et donne l'exemple d'un litige qui a été entendu dans une collectivité éloignée. S'il en est fait la demande, la Cour siège, que ce soit pour une demande de contrôle judiciaire ou pour un procès. Pour ce qui est des règles relatives à la preuve, elles ne se trouvent pas dans les Règles des Cours fédérales mais dans la jurisprudence.

Mme Metallic fait observer que le Barreau ne conteste pas tant l'admissibilité que la valeur de ce type de témoignages, qui ne sont pas traités sur le même pied que celui des autres experts.

La juge Mactavish fait remarquer que, dans certains cas, afin d'obtenir véritablement l'égalité, il est nécessaire de traiter les gens différemment. Elle demande comment il peut être répondu aux préoccupations tout en permettant à la Couronne de tester la preuve.

Mme Metallic cite en exemple la Commission des revendications des Indiens, laquelle s'est rendue dans les collectivités concernées. Les questions sont posées par l'avocat de la Commission. Il en résulte que les Aînés sont tous traités de la même manière et c'est très efficace.

M. Worme insiste sur l'importance de traiter les gens avec respect afin de leur permettre de faire leur récit et aussi afin de permettre au décideur de rendre une bonne décision.

Mme Inutiq fait remarquer que les juges jouent un rôle important pour ce qui est d'établir le ton, d'assurer le respect (p. ex. ne pas permettre aux avocats de monter le ton, d'adopter une posture ou une approche agressive).

M. Davey propose qu'un « intervenant désintéressé » fasse enquête sur les valeurs et la culture pertinentes pour aider la Cour à choisir le processus approprié.

Le juge Mandamin fait observer que le but d'un contre-interrogatoire est d'assurer la véracité d'un témoignage.

Il donne des exemples d'effets négatifs dont il a été témoin :

- dans une affaire, un avocat a utilisé la « langue juridique » de sorte que l'Aîné ne l'a pas compris, faisant ainsi passer l'Aîné pour un incompetent – l'avocat n'a pas utilisé le vocabulaire approprié;
- dans une autre affaire, il était question d'une accusation en matière de pêche, l'Aîné était pêcheur depuis plus de 50 ans et il était accusé de vendre du poisson pêché sans permis – la Couronne a mené un contre-interrogatoire poli, mais insistant, pendant plusieurs heures, ce qui était très fatigant – à la suite de la contestation de son témoignage, l'Aîné a cessé de pêcher et a abandonné son rôle dans la collectivité.

Certaines solutions ont été proposées pour diminuer les risques de répercussions négatives « d'assurer la vérité » des témoignages :

- témoignages en groupe – freinés par un « public » pour assurer la crédibilité;
- témoignage dans la collectivité (p. ex. le modèle de la Commission des revendications des Indiens, où la première audience est tenue dans la collectivité).

Un témoignage devant un grand public est plus fiable qu'un contre-interrogatoire.

Le juge en chef Lutfy demande s'il est possible d'établir une nouvelle structure ou un nouveau vocabulaire. Beaucoup peut être fait sans avoir à changer les règles. Pourquoi l'avocat ne le demande-t-il pas?

Le protonotaire Lafrenière souligne l'article 270 des Règles (conférence de gestion de l'instruction), par lequel les avocats peuvent discuter du lieu où se tiendra le procès et du protocole avec la Cour.

M. Campo fait part de son expérience personnelle dans la récente affaire du chef Williams en Colombie-Britannique (décision rendue par le juge Vickers). Il a passé quatre ans dans la collectivité à préparer le dossier, puis il a présenté la preuve au juge Vickers en cour pendant deux ans (360 jours en cour); une grande partie de la preuve a été présentée par des Aînés. Cette preuve était « utile et nécessaire », parfois elle était la seule disponible. À son avis, elle devrait être acceptée en elle-même et il devrait lui être accordé une valeur indépendante. Le témoignage oral est souvent le seul moyen de transmission d'une société orale. Le droit de la preuve doit être adapté pour permettre au

point de vue autochtone d'être présenté. Ne pas le permettre imposerait un fardeau indu aux parties autochtones.

Il donne l'exemple d'un conflit entre la preuve orale et la preuve écrite. Il était question dans la preuve eurocentrique écrite par des individus non autochtones de [TRADUCTION] « meurtres d'étrangers ». Ces documents font référence à des meurtres, des vols et du pillage, alors que le témoignage oral explique la structure juridique concernant le droit d'usage exclusif des territoires et la punition suivant toute violation. Les documents coloniaux brossent un portrait très limité devant être complété par l'histoire orale.

Pour ce qui est de la valeur, la Cour accorde présentement à l'histoire orale un spectre très large de valeur, de « toujours digne de foi » à « jamais digne de foi ». À son avis, les témoignages oraux devraient être considérés comme étant généralement dignes de foi, lorsque cela convient. Cependant, il souligne que le témoin expert de la Cour, M. von Gernet, a affirmé en cour que l'histoire orale n'est digne de foi que si elle est étayée par des documents écrits. Toutefois, la Cour suprême du Canada a rejeté cette opinion (*Delgamuukw*). Selon l'arrêt *Mitchell*, les tribunaux doivent adopter une approche plus souple et évaluer la preuve en tenant compte de la nature particulière de ces procédures.

Il est d'avis que ce type de preuve doit être valable en elle-même lorsque cela convient, après examen de toute la preuve. Il fait référence à l'approche adoptée par le juge Vickers, qui a suggéré l'instauration d'un processus préliminaire (pas un voir-dire), visant à vérifier la fiabilité de la preuve, dans lequel la Couronne peut présenter des observations et contre-interroger les témoins. Le juge Vickers a établi des questions clés afin de juger si le témoignage satisfaisait au seuil d'admissibilité, d'une manière semblable à un processus de qualification. Le juge Vickers a par la suite testé la preuve par rapport aux autres témoins et à la preuve documentaire.

M. McLaughlin fait observer que la position de M. von Gernet sur le témoignage n'est pas celle adoptée par le Canada. Il fait ensuite référence à la position, qu'il partage entièrement, énoncée à la page 53 du document de l'ABA : [TRADUCTION] « Il faut fournir des preuves expliquant pourquoi l'événement en question constitue de l'histoire orale autochtone et comment l'orateur en est venu à posséder ces connaissances. » Le Canada est d'avis que le rôle des Aînés est semblable à celui d'un témoin-expert. Il est nécessaire de montrer que cette personne est un Aîné et qu'elle est en mesure de raconter l'histoire. Il faut un processus préliminaire pour le démontrer.

Il cite ensuite un deuxième extrait du document de l'ABA, à la page 56 : [TRADUCTION] « En ramenant l'attention des tribunaux à la notion de preuve corroborante de l'histoire orale autochtone par le moyen "d'experts locaux", il sera répondu au besoin d'instaurer un processus pour recueillir la preuve, d'une façon respectueuse de la culture, dans les collectivités autochtones. Pour obtenir cette preuve, les représentants de la Cour pourraient avoir à interroger des chefs, des Aînés et d'autres personnes importantes des collectivités autochtones au sujet de leurs souvenirs des événements passés. » Il estime qu'un « intervenant désintéressé » constituerait une solution très appropriée. Il est

considéré comme très difficile de contre-interroger un Aîné, particulièrement par l'intermédiaire d'un interprète, et souvent, cela n'est d'aucune utilité à la Cour ou à l'Aîné. À son avis, les Aînés veulent être entendus en personne. Il a donc des réserves sur la possibilité évoquée que la Cour entende leur témoignage par l'intermédiaire d'experts non autochtones représentant un tiers.

Finalement, il cite un troisième passage, à la page 58 : [TRADUCTION] « Il est possible de respecter les Aînés et de s'adapter à leurs besoins au cours du contre-interrogatoire grâce à la préparation, à la concentration et à la recherche. » Selon lui, il est possible de procéder aux contre-interrogatoires de manière respectueuse. Il raconte comment Mme Julie Blackhawk a contre-interrogé une personne dans une salle de classe qui avait été transformée en salle d'audience en février 2005. Cependant, il fait remarquer que le fait de tenir tout le procès à cet endroit a posé des problèmes de logistique.

La juge Mactavish soulève la question concernant la formation interculturelle des avocats, qui est souvent plutôt artificielle. Il est important d'avoir un contact véritable.

M. Christoff observe que des efforts ont été faits pour mettre sur pied un programme de formation, la Colombie-Britannique se montrant la plus active à cet égard au ministère de la Justice.

M. Worme met en question l'approche adoptée dans le cadre de la formation de sensibilisation et sa capacité de tenir compte des différences locales.

Mme Ring fait observer que la formation représente un défi. Tous les avocats reçoivent de la formation, bien que les histoires locales soient très différentes. Les avocats doivent comprendre le protocole et l'histoire propres à la première Nation impliquée dans le litige, mais ils ne peuvent pas se rendre facilement dans la collectivité. En pratique, cependant, les avocats de la première Nation peuvent hésiter à accepter que les avocats s'y rendent, car cela pourrait encourager la perception que le ministère a l'intention de régler à l'amiable. En conséquence, les parties souvent choisissent plutôt de se rencontrer près de la collectivité.

M. Worme fait observer que la question est encore plus difficile dans tout le Canada, mais que l'ABA est prête à aider.

La juge Mactavish demande si cette « éducation » pourrait faire partie de la préparation au procès.

Mme Metallic soutient ardemment cette proposition, mais elle reconnaît que cela dépend en grande partie de la réceptivité des parties et du juge.

Le protonotaire Lafrenière considère que consacrer deux jours de « formation » pour un procès de trois ans est du temps bien dépensé.

M. Campo suggère que soit instauré un protocole particulier pour de tels témoignages. Par exemple, des aînés pourraient être entendus seulement le soir. Également, le fait que

les juges portent des toges cause un problème, car cela rappelle les autorités qui ont commis des abus dans les pensionnats.

M. Ray fait également observer qu'il existe de nombreuses différences locales et différents types d'aînés. Il faut qu'il y ait un moyen transparent permettant d'accorder le titre d'aîné. Il a été répondu à certaines préoccupations dans son document ainsi que dans certaines observations précédentes. Sans témoignage oral des autochtones, il n'y aurait aucune anthropologie autochtone, anthropologie judiciaire ou archéologie. Tout a été testé et fondé sur la preuve orale. Fondamentalement, il existe une boucle relativement à la preuve : les témoignages oraux sont la source de la preuve écrite qui sert ensuite à contester les nouveaux témoignages oraux. Il existe de nombreux liens entre les sources, nombre d'entre elles provenant de commerçants de fourrures, qui étaient soit des autochtones soit mariés à des Autochtones.

Mme Ring fait part de sa préoccupation relative à l'absence de communication de la preuve historique orale tôt dans le processus précédant le procès. Au cours des années 1970, beaucoup de témoignages relatifs à la signature des traités numérotés historiques ont été transcrits ou enregistrés de crainte qu'ils ne soient perdus. La forme sous laquelle le témoignage se présente aujourd'hui des répercussions importantes sur le processus de communication. Pour la preuve sortant de la norme, il faut un contexte pour comprendre leur pertinence, mais pourtant, souvent l'histoire orale n'est pas communiquée tôt dans le processus. Les résumés de témoignage anticipé seraient très utiles. Dans son rapport (novembre 2006), la B.C. Justice Review Task Force a recommandé que les résumés de témoignage anticipé soient communiqués. Toutefois, ils sont souvent trop brefs pour être utiles. Quand l'histoire orale est transcrite, il est nécessaire de pouvoir consulter la transcription ou l'enregistrement, car il pourrait y avoir des doutes sur la qualité de la traduction.

Mme Jeeroburkhan fait observer que l'obligation de communiquer dissuade les collectivités d'enregistrer leur culture pour elles-mêmes. L'usage en cour de ces connaissances privées ne devraient pas être possible pour tous. La question porte sur la bonne interprétation de l'article 222(2) des Règles.

Le protonotaire Lafrenière fait remarquer que les règles relatives à la procédure simplifiée permettent que le témoignage en interrogation principale soit présenté par affidavit. La preuve non contestée pourrait être soumise de cette manière. L'autre partie pourrait alors circonscrire les limites précises du témoignage en contre-interrogatoire.

M. Campo fait observer que cette approche a été utilisée dans l'affaire *Williams*. Cependant, moins de valeur lui a été accordée en raison de l'argument voulant que le témoignage ait été [TRADUCTION] « guidé par l'avocat ». Toutefois, beaucoup de temps a été épargné en fonctionnant par affidavit.

M. McLaughlin juge cette approche acceptable pour la preuve non contestée. Cependant, si la preuve est contestée ou si le témoin n'est pas disponible, il est difficile pour la cour de savoir quoi faire avec cette preuve.

Le protonotaire Lafrenière souligne que la règle permet que l'interrogatoire se fasse à l'extérieur de la Cour, au moyen d'une vidéo, ce qui peut être assez efficace.

Le protonotaire Lafrenière confirme, en réponse à la question de savoir s'il existe un protocole régissant l'échange de documents, que la signification par courrier électronique est autorisée, s'il y a consentement, à titre d'exception aux règles normales.

M. McLaughlin estime que les procès hybrides avec des documents papiers et électroniques sont le pire des deux mondes. Cela ne fonctionne que si tous les avocats sont branchés.

M. Worme fait part des leçons tirées d'enquêtes publiques comme celles sur Ipperwash et Milgaard, qui avaient des systèmes de gestion de données exceptionnels. Dans ces cas, la Commission exigeaient que les avocats suivent son exemple.

Mme Ring souligne la nécessité de faire particulièrement attention avec les aînés quand est utilisée de technologie.

Le juge Mandamin recommande l'interprétation simultanée séquentielle. La situation est difficile si la personne ne maîtrise que peu l'anglais tout en ayant une connaissance solide de sa langue. Il faut faire attention avec les témoignages donnés dans une langue seconde. Également, la transcription perd le message envoyé par le langage corporel; en appel, la transcription ne constitue pas une bonne façon de transmettre le témoignage. Parfois, l'interprète choisi par la collectivité est le plus apte à établir ce que le témoin « veut dire ». Pour l'histoire orale, il est très important que le témoignage se fasse dans la langue originale.

M. Campo réitère le besoin d'établir un protocole pour les aînés, car leur culture est fondée sur le respect. Manquer de respect à un aîné ne rend service ni à la Cour ni à l'aîné. Par exemple, poser deux fois la même question peut constituer un manque de respect, en donnant à penser que l'audience n'a pas écouté la première fois, mais un aîné peut avoir besoin de se faire poser la même question plus d'une fois avant le procès. Parfois, les questions suggestives peuvent être le meilleur moyen de poser une question.

Mme Hanly a eu un cas où une cérémonie spéciale a été tenue, celle du foin d'odeur, à titre de marque de respect pour l'aîné.

Le protonotaire Lafrenière propose qu'un avocat porte cette question à l'attention de la Cour lors de la conférence précédant le procès et elle sera tranchée au cas par cas.

Mme Jeeroburkhan ajoute que ce n'est pas seulement une question de « respect » - c'est le droit autochtone. Ces cérémonies font partie d'un système de poids et contre-poids permettant d'assurer l'authenticité du témoignage : le protocole est très important.

Mme Metallic insiste sur les conséquences graves découlant du traitement des aînés et de la valeur accordée à leur témoignage. Dans une affaire impliquant des premières Nations rivales, il n'a été accordé aucune valeur au témoignage de certains aînés – ce qui a été dévastateur pour la collectivité. Le juge doit rédiger ses motifs avec soin.

M. Devlin a fait part d'une situation semblable, après laquelle la collectivité a hésité à faire appel aux tribunaux, de peur que les aînés vivent encore la même chose. Il suggère que la cour accepte qu'une personne soit un expert sans que son témoignage soit accepté intégralement.

M. Baumberg propose que ces résultats possibles soient soulevés par les avocats à l'avance, pour aider à gérer les attentes des parties qu'ils représentent et de leurs témoins.

Mme Metallic fait observer que parfois le problème est plus le traitement réservé à l'aîné que le résultat final.

Mme Jeeroburkhan recommande que le comité se penche sur des comités en particulier pour établir des modèles. Par exemple, les tribunaux inuits du Labrador ont un protocole pour le traitement des témoins. Par exemple, on recommande de ne pas utiliser la règle de l'ouï-dire pour rejeter un témoignage ou encore on recommande d'utiliser le témoignage de groupe.

Mme Ring demande, pour ce qui est du document de l'ABA, si la question était de savoir si le contre-interrogatoire d'aînés devait être interdit ou s'il fallait modifier le processus de contre-interrogatoire des aînés, car il a été fait mention de modèles différents pour les audiences lors des réunions précédentes.

M. Worme répond que, d'après son expérience, les aînés sont prêts à être mis à l'épreuve sur leurs connaissances. La question clé est le processus. De nombreux avocats essaient d'attaquer la personne, alors que d'autres sont très respectueux.

Mme Metallic est d'accord et souligne qu'il y a des tactiques fréquemment utilisées en litige sur lesquelles le juge doit exercer son emprise.

CLÔTURE

Tous ont l'occasion de formuler leurs dernières observations.

M. Garnons-Williams souligne l'engagement du greffe de la Cour fédérale de soutenir les solutions créatives respectant les Règles.

M. Christoff juge très utile de voir diverses solutions proposées pour régler ces problèmes.

Mme Ring demande comment le comité peut aller de l'avant. Il y a des préoccupations quant à l'obtention d'un consensus au sein des divers groupes représentés. Il faut des

recommandations claires du comité pour que les groupes puissent les approuver, car il y avait différents points de vue au ministère de la Justice.

M. McLaughlin demande si des leçons ont véritablement été tirées depuis *Delgamuukw*, car *Williams* a duré aussi longtemps.

Mme Metallic confirme que le document de l'ABA sera révisé et que d'autres sujets seront ajoutés à l'ordre du jour de la prochaine réunion.

M. Worme affirme que la présente réunion l'encourage. Il y a eu plusieurs mots positifs : accommodement, souplesse... Il est encore possible d'obtenir la justice devant les tribunaux : [TRADUCTION] « Nos aînés croient encore en vous. »

M. Davey fait observer que le dialogue est utilisé pour fournir un contexte aux documents de travail et qu'il s'agit d'une expérience encourageante pour un étudiant en droit, car il s'agit d'un bel exemple de professionnalisme de la part de tous les participants.

Mme Jeeroburkhan diffusera une ébauche au cours des prochaines semaines. À son avis, le processus opposant les parties doit être modifié pour répondre aux besoins relatifs au témoignage des aînés.

Mme Cree demande comment cela se traduira en cour et confirme son engagement à travailler sur le document de travail qui sera présenté par l'intermédiaire de l'ABC.

M. Campo cite Tom Berger : [TRADUCTION] « Ne nous obligez pas prouver l'évidence... nous étions ici en premier. » Il recommande que la position de M. von Gernet ne soit pas acceptée.

Mme Lajoie parle de la souplesse dans l'interprétation des règles dans son territoire. Les avocats peuvent également faire preuve de souplesse et de créativité vis-à-vis du modèle judiciaire datant du 19^e siècle.

La juge Mactavish répète que les avocats doivent indiquer à la Cour ce dont ils ont besoin et ce que la Cour doit savoir pour faire preuve de respect envers les témoins. De plus, elle remercie M. Davey pour son document remarquable pour un étudiant en droit.

M. Devlin annonce qu'il s'agit de sa dernière réunion à titre de président. À son avis, après la tenue de plusieurs réunions et l'examen de nombreuses questions, il est temps que le Barreau examine les comptes rendus et formule des recommandations concrètes, que ce soit par la proposition de modifications aux règles ou possiblement par des instructions relatives à la pratique qui permettrait de faire connaître aux membres du barreau les options possibles.

Mme Schellenberg confirme que l'ABC peut apporter son aide à cet égard, que ce soit par des annonces lors de séminaires, par des réunions fréquentes, par un bulletin électronique ou par courrier électronique.

M. Ray fait observer que des collègues lui ont demandé s'il était possible de changer le système judiciaire. À la suite de ce processus en cours, il se dit très optimiste. En particulier, il fait part de son appréciation du document de l'ABA.

Le juge Mandamin confirme qu'il rapportera les suggestions à son tribunal.

Mme Hanly réitère le besoin d'examiner d'autres modèles qui fonctionnent dans d'autres juridictions (p. ex. la médiation). Pour ce qui est des communications, elle demande s'il serait possible de diffuser la prochaine réunion sur le Web.

Mme Inuitq fait observer que les éléments clés de ce comité de liaison ont été l'attitude et les valeurs des participants.

Mme Mallet confirme que l'INM examinera comment les questions pratiques dont il a été question se traduiront dans les programmes d'éducation formelle de la magistrature, tant ceux axés sur les habiletés que ceux axés sur le contexte social.

Le protonotaire Lafrenière réitère que le dialogue est très productif. Les avocats devraient tirer avantage de la souplesse des Règles. La Cour écoutera les demandes. Il pourrait être utile que la Cour rédige des motifs dans une affaire donnée et que ceux-ci servent par la suite de modèle.

Le juge en chef Lutfy approuve les observations de ses collègues. À son avis, le principal défi est de faire rassembler les idées et l'énergie positive et ensuite de les transmettre aux intervenants ainsi qu'aux membres de la Cour.

Prochaine réunion : Le 18 octobre 2007 (à Victoria), en même temps que la conférence de l'ABA.