

Comité de liaison entre la Cour fédérale et le Barreau en droit des autochtones

Le jeudi 13 octobre 2016
Centre culturel de Musqueam
Vancouver (Colombie-Britannique)

COMPTE RENDU

Présents : juge en chef Crampton, protonotaire Lafrenière (président), professeure Hadley Friedland, professeure Sarah Morales, Scott Robertson (représentant de l'Association du Barreau Autochtone du Canada), Krista Robertson (représentante de l'Association du Barreau canadien), Diane Soroka, Paul Anderson (représentant du ministère de la Justice), Robert Janes, Anita Schwartz (greffe de Vancouver). **Par téléphone :** juge Shore, juge Strickland, Sheldon Massie (représentant du ministère de la Justice), Andrew Baumberg, Jennifer Choi, Victoria Luxford.

1. Mot d'ouverture

Le protonotaire Lafrenière remercie la Première Nation Musqueam d'accueillir les membres du Comité à l'occasion de cette importante rencontre.

Examen de l'ordre du jour

Il est mentionné qu'Aimée Craft donnera une présentation lors de la prochaine réunion.

Sheldon Massie rapporte que le rapport de l'examen quinquennal de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* a été publié le mois dernier.

Le protonotaire Lafrenière souligne qu'il faut établir des plans à court et à long terme pour le Comité. Des conférenciers ont été invités pour évaluer notre situation actuelle et déterminer notre vision à long terme.

Le juge en chef Crampton ajoute que la Cour a élaboré un plan stratégique il y a quelques années et que ce plan consistait notamment à élaborer des lignes directrices relatives à la pratique, lesquelles ont été effectivement établies. De plus, différents événements, y compris la Commission de vérité et réconciliation du Canada, l'arrêt *Daniels* et la multiplication des demandes visant à accorder une plus grande place au droit autochtone dans le contexte des procédures judiciaires, suggèrent que le Comité doit établir une nouvelle vision stratégique pour orienter ses activités au cours des prochaines années. Le juge Shore souligne que la Cour déploie des efforts soutenus afin de promouvoir un dialogue interculturel et ainsi permettre aux membres des tribunaux d'aborder les questions de droit autochtone et faire en sorte que le travail effectué sur ces lois soit utile. Une réflexion commune contribuera à changer la situation. Cette réunion représente un nouveau départ pour le Comité qui dispose maintenant d'une solide fondation grâce au soutien du juge en chef.

Compte rendu de la réunion du 4 mai 2016 — approuvé.

2. Discussion : harmonisation du droit autochtone et du droit non autochtone pour les affaires présentées devant la Cour fédérale

La professeure Sarah Morales commence par un terme hul'qumi'num qui signifie que l'on tire son origine de la terre.

Elle fait référence aux travaux du professeur Borrows sur l'importance de la reconnaissance du droit autochtone. Les peuples autochtones ont été les premiers praticiens du droit au Canada. Ils avaient

des normes de pratique qui régissaient leurs relations et elles ont évolué jusqu'à devenir des systèmes de droit très bien organisés. Au début, ces lois ont été reconnues et respectées, comme en témoignent le processus de négociation de traités, les échanges commerciaux et les mariages. L'on voulait également apprendre du droit autochtone. Bien que l'influence des lois autochtones a diminué en raison de l'accroissement de la colonisation par les Européens et de leurs politiques d'assimilation, elles n'ont toujours pas disparu.

Elle aborde ensuite la définition du droit autochtone et elle mentionne que son expérience de la common law lui laisse croire qu'une approche complètement différente est nécessaire. Le droit est une pratique qui ne peut pas être dissociée de la culture environnante.

Un membre de la communauté de Musqueam chante une chanson (accompagné d'un tambour).

La professeure Morales reprend en faisant valoir que puisque les Autochtones vivent aujourd'hui dans un contexte interculturel, les lois qui régissent leur vie doivent être inspirées des cultures qu'ils côtoient. Cela peut inclure à la fois le contexte autochtone et le contexte canadien général. Elle poursuit avec son exploration des lois des Hul'qumi'num (elle fait référence à l'expression *Snuw'uyulh* qui signifie « notre mode de vie » et « notre façon d'être sur la Terre mère »). Lorsqu'elle a commencé ses recherches, elle a constaté qu'ils n'avaient pas d'équivalents simples pour les principaux termes de la common law, mais que bon nombre de leurs pratiques reposaient sur un cadre sous-jacent. Compte tenu du fait que leurs pratiques étaient profondément ancrées dans leur culture, il était souvent difficile de les cerner directement à l'aide d'une grille d'analyse conçue pour la common law. Elle devait donc changer de méthodologie.

En écoutant des chansons et des histoires et en participant aux pratiques de la communauté, elle a constaté qu'il était possible de dégager sept grands concepts juridiques : les liens de parenté, le respect, la confiance, le partage, l'amour, le pardon et la responsabilité. Ces sept concepts ne sont pas des principes juridiques fondamentaux; ils ne peuvent pas être appliqués directement aux questions juridiques. Lorsqu'on évoque ces concepts dans le contexte juridique, ils décrivent les conditions découlant de la loi. *Snuw'uyulh* est un état ou une condition et la tradition juridique des Hul'qumi'nums englobe toutes les normes, les coutumes et les traditions vitales qui créent ou maintiennent cet état.

Elle mentionne qu'il y a cinq sources juridiques selon le professeur Borrows : naturelles, délibératives, positivistes, coutumières et divines. Dans sa communauté, la plupart des lois sont divines et elles tirent leur origine de la terre où ils vivent et où ont vécu leurs ancêtres. On ne peut pas dissocier la terre et la culture. Tout comme les histoires des premiers ancêtres, de nombreux enseignements juridiques importants sont directement liés au paysage. Les histoires sacrées donnent vie à ces ancêtres et elles permettent de transmettre leurs enseignements juridiques.

La professeure Morales présente ensuite un différend juridique authentique pour faire une comparaison entre le droit autochtone et la common law. Le différend concernait un ancien lieu de sépulture à Walker Hook sur l'île Saltspring. La Première Nation a demandé à l'Environmental Appeal Board d'émettre une ordonnance pour limiter le développement de la pêche dans le secteur, en faisant valoir que le rejet d'effluents constituerait une profanation de ce site sacré. Les aînés ont expliqué qu'il était important d'assurer la pérennité de protocoles précis en guise de respect envers ce lieu de sépulture. Dans la tradition juridique hul'qumi'num, il y a un lien profond entre la spiritualité et le droit et toute violation de la loi a une incidence négative sur chacun.

Elle cite l'un des aînés, Arvid Charlie : [TRADUCTION] « L'on me pose beaucoup de questions au sujet de nos lieux sacrés. Mais pour moi, c'est un peu comme demander quelle partie d'une église est importante ou quelle partie d'une histoire est importante. L'ensemble de notre territoire est important pour nous. » Elle ajoute que la loi repose sur un principe de respect et de réciprocité et qu'ils reconnaissent ainsi qu'ils ont certaines obligations envers leurs ancêtres et qu'ils doivent entretenir de bonnes relations avec eux. Suivant le rejet de leur demande par l'Environmental Appeal Board, August Sylvester (un aîné Penelakut) a déclaré : [TRADUCTION] « [...] les lois canadiennes qui ont permis cette approbation sont en confrontation directe avec les lois du peuple Hul'qumi'num. »

Il est artificiel de séparer le concept de société préexistante de celui de système juridique préexistant. Nous devons tenir compte de cette réalité et laisser une place aux traditions juridiques autochtones, même si cela soulève de grandes questions pour la pratique du droit canadien, comment allons-nous y parvenir? C'est un défi, mais au moins, nous commençons à en discuter.

Elle lit le passage suivant : [TRADUCTION] « Dans l'arrêt Delgamuukw, le juge conclut en disant qu'il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester. C'est vrai, mais pour permettre la coexistence de plusieurs systèmes juridiques et une conciliation équitable, nous devons reconnaître que si nous sommes ici pour y rester, nous devons également apprendre. » — ancien juge en chef Finch (Cour d'appel de la Colombie-Britannique).

La professeure Morales conclut en indiquant que cela nécessitera beaucoup de travail de la part des Autochtones et des non-Autochtones et elle cite Angus Smith, un aîné Cowichan qui l'a incitée à s'acquitter de cette tâche tout en lui précisant qu'elle aurait besoin d'aide : [TRADUCTION] « Lorsque je suis assis ici tout seul, je me demande souvent qui va faire tout ce travail pour nous, pour faire les choses comme il faut. Vous êtes connue et vous êtes celle qui va accomplir ce genre de travail... quelqu'un doit l'aider. Aidez notre peuple à accomplir cette tâche parce que nous en avons besoin. »

La professeure Hadley Friedland présente une méthodologie de recherche sur le droit autochtone ainsi qu'une approche de mise en application des lois dans un raisonnement juridique. Elle cite les propos de la juge en chef Beverley McLachlin, qui recommande que tous les membres de la magistrature aient accès à une formation et à des documents de référence sur les traditions juridiques autochtones. La juge en chef a fait valoir qu'il s'agit d'une mesure cruciale qui assurerait un accès à la justice à l'échelle nationale et qu'il est donc primordial d'avoir une certaine connaissance du droit et des procédures juridiques autochtones pour rendre justice dans le système de droit canadien. Présentation spéciale donnée lors de la Conférence annuelle de l'Institut canadien d'administration de la justice, *Les peuples autochtones et le droit : « Nous sommes ici pour y rester »*, Saskatoon, 16 octobre 2015 [non publié].

Nous passons maintenant du « pourquoi » au « comment » : le droit autochtone représente un défi de taille.

- Les juges canadiens, les hauts fonctionnaires du gouvernement et les avocats disent que nous sommes allés aussi loin que possible sur les questions de principe. Les chefs et les membres des communautés disent que nous avons besoin d'outils.
- Les juges des tribunaux tribaux américains estiment que les lois autochtones sont peu utilisées dans leurs tribunaux, il faudra en faire plus pour changer la situation (Fletcher, Sekaquaptewa, Zuni Cruz).

- À l'échelle internationale, les constitutions stipulent que le droit coutumier doit être utilisé dans les tribunaux, mais on constate qu'il n'est pas utilisé, que le changement est difficile et qu'il y a un décalage entre la pratique et la connaissance du « terrain » (p. ex. en Afrique du Sud ou dans le Pacifique Sud).

Les juges des tribunaux américains affirment qu'il est urgent :

- de [TRADUCTION] « trouver des méthodes pour consulter, analyser et appliquer les lois [autochtones] » — Mathew Fletcher;
- d'élaborer [TRADUCTION] « des théories efficaces ou, à tout le moins, des lignes directrices pour travailler avec les [lois autochtones] » — Pat Sekaquaptewa;
- d'adopter une approche qui [TRADUCTION] « témoigne d'un véritable respect envers les lois [autochtones] » — Christine Zuni Cruz.

Voici les sept principaux défis qui ont été relevés : l'intelligibilité, l'accessibilité, l'égalité, l'applicabilité, la légitimité, la pertinence et l'utilité ainsi que les stéréotypes (positifs ou négatifs). Les membres du Comité discutent ensuite de la question de l'*applicabilité*. Dans certains cas, des lois adoptées il y a 200 ans peuvent ne pas être appropriées aujourd'hui. C'est également vrai dans le contexte de la common law. Il est également question de l'applicabilité du droit autochtone dans des contextes où la common law est utilisée actuellement.

Au sujet de l'*égalité*, la professeure Friedland mentionne que l'on estime que certaines lois autochtones ne respectent pas le grand principe de l'égalité. Cependant, il y a des façons de remédier à cette situation. En effet, les peuples autochtones vivent dans une société multiculturelle où il est possible d'exercer une pression interne dans les communautés, mais aussi d'avoir recours au droit international en ce qui a trait aux droits de la personne.

Robert Janes met l'accent sur deux aspects de la question de l'égalité : selon un point de vue général au Canada, une « personne non autochtone devrait avoir les mêmes droits qu'une personne autochtone »; le deuxième point de vue (interne) est que, dans certaines communautés, par exemple, toutes les décisions sont prises uniquement par des dirigeants de l'un des deux sexes.

En guise de réponse, la professeure Friedland donne l'exemple d'un juge canadien qui a refusé d'appliquer une loi autochtone parce que l'aîné d'une communauté autochtone avait donné son assentiment à des pratiques négatives qui favorisaient la discrimination fondée sur le sexe.

Une autre question est la *pertinence* et l'*utilité*; certains juges n'ont tout simplement pas le temps d'étudier une tradition juridique autochtone particulière s'ils ne sont pas susceptibles d'entendre de nombreuses affaires reliées à cette tradition.

Le juge en chef Crampton laisse entendre qu'il n'est tout simplement pas possible pour un juge d'aller sur le terrain suffisamment longtemps pour bien connaître un système juridique autochtone particulier.

Le protonotaire Lafrenière ajoute que cela fait ressortir la nécessité de nommer à la Cour des personnes qui ont déjà de l'expérience.

Le juge en chef Crampton mentionne l'expérience des juges autochtones aux États-Unis (dans la présentation de la professeure Friedland). Selon la professeure Morales, il semble qu'eux-mêmes ont

de la difficulté à appliquer le droit autochtone. Y a-t-il des éléments auxquels nous pourrions raisonnablement laisser de la place? Nous devons commencer quelque part.

Le juge Michel Shore signale que nous devons faire preuve de réalisme, définir une vision et entreprendre un nouveau dialogue et qu'il y a certains aspects fondamentaux que nous devons connaître. Nous devons comprendre à la fois le sens et la musique.

Il recommande les textes suivants :

- *If This Is Your Land, Where Are Your Stories?: Finding Common Ground*, J. Edward Chamberlain. Il faut commencer par comprendre l'histoire, comme nous le faisons avec nos enfants ou notre conjoint. Nous ne devons pas être des observateurs, mais bien des participants, pour comprendre leurs forces et leurs défis.
- *L'Indien malcommode et Histoire(s) et vérité(s)*, Thomas King.
- *Telling it to the Judge*, McGill Northern Series. Comment traduire des mots pour une culture qui n'a pas d'équivalents pour ces mots? La clé est ce que nous sommes.
- *Triumph of Narrative*, Robert Fulford. Il ajoute que certains estiment que les 11 principaux traités n'ont pas souvent été rédigés de la même façon qu'ils ont été promulgués. Nous devons connaître l'histoire et le paradigme des Autochtones. Il ne serait jamais parvenu à soulager des troubles de stress post-traumatique sans avoir mémorisé l'histoire de chaque soldat.

La professeure Hadley présente ensuite des ressources (y compris des références) utilisées pour effectuer des recherches sur les lois autochtones :

- aînés, familles, clans et sociétés (Borrows)
- histoires, chants, pratiques et coutumes (Borrows)
- aînés et gardiens du savoir de la communauté (Fletcher)
- histoire, pratiques, rituels et conventions (Napoleon)
- rêves, danses, arts, terre, nature (*La justice en soi : les traditions juridiques autochtones*)
- terre, nature (*La justice en soi : les traditions juridiques autochtones*)
- langues (Fletcher, Borrows)
- danses, chants, cérémonies (Boisselle)
- pots, pétroglyphes et parchemins d'une ancienne hutte cérémoniale (Borrows)
- récits descriptifs historiques recueillis par des étrangers (Borrows)
- témoignages et transcriptions de procès (Napoleon)
- histoires orales et récits collectifs (Napoleon)
- mémoires personnelles et expériences directes (Napoleon)
- entrevues (Napoleon)
- recherche historique et anthropologique publiée (Napoleon, Fletcher)
- recueils de récits publiés (Napoleon)
- écrits de membres d'une communauté, y compris de la fiction, des récits, des poèmes ou des légendes (Fletcher)

Elle raconte ensuite qu'elle avait l'habitude de faire circuler divers objets dans sa classe pour permettre aux étudiants de la faculté de droit de les voir de plus près. Nous devons aussi explorer cette culture concrètement.

Il y a trois grandes catégories de ressources juridiques autochtones :

1. Ressources qui nécessitent une profonde connaissance inhérente et une immersion culturelle complète

- perçues comme idéales ou plus légitimes
- moins accessibles (p. ex. dans certains cas, une cérémonie spéciale est requise)

2. Ressources qui nécessitent des liens avec une communauté ou un accès à celle-ci

- perçues comme le deuxième choix, légitimité moyenne
- accessibilité limitée, difficultés

3. Ressources rendues publiques

- perçues comme le dernier choix, faible légitimité
- très accessibles

Scott Robertson signale que la langue est l'un des défis à relever lors d'une immersion culturelle. Il y a tant de langues autochtones et la loi est fortement ancrée dans la langue.

La professeure Friedland convient que la langue est un défi de taille. Elle donne l'exemple d'un juge qui utiliserait un mot autochtone désignant un concept plus vaste pour l'appliquer à une loi fédérale. Elle mentionne également que, dans certaines communautés, il y a peu de personnes qui parlent la langue autochtone. Il peut donc être impossible de renouveler les lois de la communauté s'il faut attendre que tous les membres réapprennent leur langue. Il doit y avoir d'autres façons de procéder, nous devons commencer là où nous en sommes.

Robert Janes souligne que la question de la présentation de la preuve devant les tribunaux est primordiale pour le droit autochtone. Dans le cas de la common law, l'avocat se fie à un texte écrit, alors qu'un témoin est requis par d'autres systèmes juridiques étrangers (p. ex. droit français). Dans le cas du droit autochtone, il y a de réels problèmes d'accessibilité. Il n'y aura jamais assez de juges autochtones connaissant toutes les lois autochtones.

La professeure Hadley répond que nous ne pouvons pas abandonner à cause de cette difficulté. L'accès à la common law canadienne peut même être difficile pour de nombreuses personnes. S'agit-il d'un problème causé par un conflit de lois ou le mandat consisterait-il à composer avec le droit autochtone lorsqu'il est question du droit civil et de la common law. Nous devons d'abord imaginer comment nous pouvons aborder le droit autochtone.

Un participant suggère que les traditions orales soient traduites sous une forme compréhensible. Les gardiens de la loi ne veulent pas toujours que leurs lois soient écrites. Dans d'autres cultures, lorsque les épopées des bardes ont été consignées par écrit, certains ont estimé que quelque chose avait été perdu et l'on a même fini par ne plus être capable de préserver la tradition orale.

La professeure Friedland répond que certaines choses ne peuvent être partagées ou consignées par écrit. Elle recommande l'ouvrage *Aboriginal Justice and the Charter: Realizing a Culturally Sensitive Interpretation of Legal Rights* de David Milward. Il faut faire des choix : si la loi ne doit pas être partagée, alors elle ne pourra pas être invoquée lors d'une procédure judiciaire. Cela est comparable au privilège de la Couronne; de nombreux documents demeurent secrets.

On rapporte une conversation entre un aîné Anishnabe et un rabbin, dans le cadre de laquelle l'aîné fait valoir que sa communauté souhaite préserver sa tradition orale, ce à quoi le rabbin répond en précisant qu'à l'origine, la tradition juive était également orale, mais qu'ils ont décidé de passer à une tradition écrite. Il doit s'agir d'une décision de la communauté, qui ne doit pas être imposée de l'extérieur.

Le juge Shore soutient qu'il serait possible de promouvoir la consignation des traditions orales par écrit, mais que cela pourrait prendre beaucoup de temps. Nous ne pouvons pas attendre pendant des années. Ne serait-il pas possible de trouver une personne qui aurait la confiance des deux parties et qui serait capable de dégager des principes intrinsèques du droit autochtone?

La professeure Friedland présente ensuite certaines méthodes pour l'application des lois autochtones, utilisées par les juristes autochtones :

- La détermination des principes juridiques implicites intégrés aux activités, aux expériences et aux pratiques locales (Napoleon et coll.);
- L'apprentissage sur le terrain (Borrows, Morales, Littlechild);
- L'art, la broderie perlée et les châles (Bluesky, Kennedy, Napoleon);
- Les cérémonies spirituelles, les sueries, les quêtes de la vision et les rêves (Borrows, Bird, Lindberg, Mills, Boisselle);
- La méthode linguistique (Fletcher);
- Les entrevues avec les aînés et les détenteurs de connaissances (All, Zuni-Cruz, Craft);
- L'apprentissage axé sur les histoires (Borrows, Bird, Napoleon et Friedland);
- La méthode des sources du droit (Borrows);
- La méthode d'analyse d'un cas ou d'une histoire uniques (Borrows);
- La méthode d'analyse de plusieurs cas et histoires et de la théorie juridique (Napoleon);
- La méthode de l'unité de recherche en droit autochtone : analyse et synthèse juridiques dans le dialogue avec les collectivités (Friedland et Napoleon).

Par la suite, la professeure Friedland présente certaines méthodes adaptées de l'école de droit pour l'application des lois autochtones :

- Il existe un besoin urgent en matière de méthodes transparentes et rigoureuses pour l'application des lois autochtones;
- L'utilisation de méthodes adaptées de l'école de droit consiste à compléter et à appuyer les méthodes plus traditionnelles et non à les remplacer;
- Dans la pratique, cette façon de faire est jugée respectueuse et prometteuse, donne lieu à la capacité de participer d'autres manières et renforce cette capacité, en plus de se traduire par des résultats importants. Les parties doivent s'entendre sur un témoin expert qui connaît bien la loi.

La méthode de l'unité de recherche en droit autochtone est la suivante :

Phase 1 : Commencer par une question de recherche précise

- Soulever les questions précises relatives aux traditions juridiques autochtones auxquelles il faut répondre aujourd'hui.
- Questions concrètes et ciblées au sujet de la gestion ou de la résolution de problèmes réels.
- Les questions de recherche ciblées et fondées se traduisent par des résultats de recherche plus ciblés et fondés.

Phase 2 : Analyse de cas – Analyser la question de recherche en fonction des ressources disponibles : histoires, comptes rendus descriptifs, entrevues, pratiques

- Il est essentiel d'assurer la transparence et la rigueur, de s'éloigner des affirmations ou des descriptions pour privilégier les analyses solides.
- « Indiquez votre démarche » et citez vos sources.
- Notre ressource principale : les histoires (histoires publiées et traditions orales).
- Notre approche : Définir et expliquer les principes juridiques et les thèmes communs en faisant un compte rendu de nombreuses histoires et traditions orales, provenant de sources multiples, portant sur un sujet précis.

Un membre du Comité pose une question relativement au processus à suivre pour choisir la personne à interroger qui constituera une source de droit. On reconnaît qu'il y a parfois des difficultés au sein de la collectivité qui pourraient avoir une incidence sur la fiabilité de certaines sources, ce qui est également le cas dans d'autres domaines. On pose une autre question concernant le niveau de soutien communautaire à l'égard de cette méthode. La professeure Friedland répond qu'il y a eu un soutien considérable et qu'un grand nombre de collectivités demandent que ce processus soit utilisé dans le cadre de leur système juridique autochtone. Chaque collectivité exerce un contrôle sur son propre rapport; dans certains cas, elles peuvent avoir à la fois une version publique caviardée et une version confidentielle. Toutefois, si ce rapport doit servir de loi de la Première Nation, un certain degré de transparence s'impose. Pour qu'un rapport soit assujéti à la loi, tous les membres de la collectivité doivent être en mesure d'y avoir accès.

Robert Janes ajoute que de nombreuses collectivités ont des sociétés secrètes qui contrôlent leurs propres codes. Des protocoles complexes sont habituellement en place pour avoir accès à la société.

Phase 3 : Créer un cadre – Synthèse

- Cette phase consiste à organiser l'information et les résultats de recherche selon une structure accessible et commode afin de pouvoir les comprendre, les analyser et les appliquer plus facilement.
- Établir un cadre sur lequel l'on peut sans cesse prendre appui.
- Assurer le suivi d'une situation, de débats soutenus et de l'évolution de la loi.
- Il est essentiel d'élaborer ce cadre en collaboration avec les chercheurs juridiques et les collectivités et en s'entretenant avec eux.

a) Introduction

- Clarifier certains renseignements sociétaux et historiques pour le lecteur.
- On ne peut pas supposer l'acquisition de certaines connaissances, au sein d'une même collectivité ou dans l'ensemble des collectivités.

b) Synthèse : Le cadre analytique

- Rassembler toute l'information découlant de l'analyse de cas liée aux histoires (et d'autres ressources, notamment les entrevues et les cérémonies).
- Faire le « travail du droit » afin de comprendre un domaine précis.
- Il est analogue à une note de service juridique dans la pratique, ou à l'aperçu ou au résumé d'un examen d'une école de droit.
- Il ne s'agit pas de modifier l'information, mais plutôt de l'organiser en fonction d'une structure accessible et commode.
- Peut être facilement consulté, compris et appliqué.
- Peut être remis en question, faire l'objet d'un examen critique, être modifié et servir de fondement.

c) Théorie juridique préliminaire

- Questions relatives à la situation dans son ensemble – comment la loi fonctionne-t-elle et comment est-elle censée fonctionner?
- Toutes les traditions juridiques sont à la fois dynamiques et limitées.
- Nous encourage à nous demander continuellement si notre compréhension et notre définition de toute loi demeurent adaptées à la tradition juridique autochtone et respectueuses de l'intégrité de cette dernière.

On discute ensuite des décideurs qui font autorité : qui est reconnu comme énonçant le droit ou exerçant une influence sur celui-ci?

On souligne qu'il existe un processus au sein de la cour pour évaluer l'état de la common law, et obtenir des précisions auprès de l'avocat en présence de points de vue divergents

(p. ex. jurisprudence contradictoire). La professeure Friedland fait mention d'un exemple de recueil de jurisprudence faisant appel à cette méthode préparé pour une collectivité (The Accessing Justice and Reconciliation Project Short Summary of Legal Principles – Legal Traditions: Coast Salish [le projet sur l'accès à la justice et la réconciliation – résumé des principes juridiques – traditions juridiques : Salish de la côte]).

Phase 4 : Mise en œuvre, application et évaluation critique

- Application des principes et des procédures de la synthèse aux questions actuelles touchant les êtres humains et la société, selon les objectifs communautaires.
- Réintégration continue des résultats et des réflexions à la synthèse.
- Processus itératif de demande et d'évaluation, et apport de changements là où il est nécessaire ou souhaitable.

On indique qu'il existe un risque de « dénaturation » du droit autochtone associé à cette méthode de l'unité de recherche en droit autochtone, mais il faut en tenir compte dans le contexte de la dénaturation continue du droit autochtone depuis les 300 dernières années attribuable à d'autres causes.

La professeure Friedland dirige ensuite un exercice permettant aux participants de discuter des moyens de régler un différend en s'appuyant sur le résumé des principes juridiques des Salish de la côte.

Les participants conviennent qu'il s'agit d'un exercice très utile pour examiner les façons d'appliquer le droit autochtone.

3. Règles des Cours fédérales/Loi sur les Cours fédérales

Discussion sur les avantages et les inconvénients de règles spéciales relatives aux procédures de droit autochtone : renvois (règle 153), assesseurs (règle 52 et règle 263)

Krista Robertson indique que nous avons terminé l'étape du « pourquoi » de la discussion et en sommes maintenant au stade du « comment ». L'une des idées consiste à s'appuyer sur les règles liées aux renvois ainsi qu'aux assesseurs. À titre d'exemple, s'il existe un code électoral coutumier, il pourrait être difficile de se prononcer sur le contenu de ce code dans une procédure judiciaire accusatoire. Ces règles pourraient fournir un outil pour examiner la portée et le contenu du droit autochtone dans un cas précis afin de le retirer du contexte accusatoire, ce qui pourrait autrement être un facteur de dénaturation.

Paul Anderson demande si l'idée consiste à avoir quelque chose de semblable à un « commissaire-enquêteur » qui pourrait fournir un rapport sur le sujet.

Robert Janes fait remarquer que cette mesure évoque l'ancienne règle liée aux assesseurs qui permettait à la cour, en droit maritime, de renvoyer une question à un assesseur qui est un spécialiste dans le domaine. La question stratégique concerne la façon dont nous traitons le droit autochtone; les règles relatives aux assesseurs ou aux renvois sont des outils qui pourraient être utilisés. Étant donné que, dans un avenir prévisible, il n'y aura pas de magistrature autochtone en mesure de statuer sur les questions juridiques autochtones directement, il est préférable de ne pas simplement avoir une bataille d'experts.

Krista Robertson ajoute qu'un arbitre pourrait traiter une question de fait. Si l'on en convient, nous pourrions créer un cadre qui pourrait être intégré aux lignes directrices.

Le juge en chef Crampton indique que les règles pourraient même être modifiées au besoin. Il serait utile d'avoir une meilleure idée des aspects du droit autochtone auxquels nous devrions accorder une importance, puis de nous employer à élaborer des procédures. Il y a de nombreuses questions à l'horizon que nous devons commencer à traiter.

Robert Janes indique que le sujet ou la question est susceptible de se présenter d'une manière imprévisible. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Enbridge*, il aurait pu y avoir un différend quant à la personne à qui incombe le pouvoir de consentement pour la collectivité. Dans d'autres cas, il y a des questions liées au pouvoir d'attribution des terres dans une collectivité, ainsi que des différends relatifs à la protection de l'enfance. Il est difficile de prédire le contexte où la question surviendra pour la première fois; par le passé, il s'agissait simplement d'une question de savoir si une Première Nation avait certains droits, tandis qu'au cours des 20 prochaines années, il commencera à s'agir d'une question de savoir si les droits sont exercés conformément à la loi de la Première Nation.

Paul Anderson mentionne qu'il est nécessaire d'adopter un processus plus neutre pour déterminer le contenu du droit autochtone.

Le juge Shore fait remarquer qu'il est nécessaire de veiller à ce que les jugements soient maintenus, ainsi que de fixer des échéanciers, ce qui est l'une des raisons pour lesquelles certains différends surviennent sans cesse (p. ex. la gouvernance des différends). Sujet à aborder au cours d'une réunion à venir.

Diane Soroka indique que l'un des projets consiste à « maîtriser » le droit autochtone; un autre consiste à apprendre à écouter, à savoir que les choses peuvent être présentées de différentes façons (p. ex. si vous posez une question, il se peut que l'on vous raconte une histoire; ce n'est pas une fourberie, mais simplement une façon de fournir une réponse significative).

Le juge en chef Crampton encourage la collaboration dans une plus grande mesure avec l'Association du Barreau Autochtone du Canada et les dirigeants nationaux des collectivités autochtones.

Robert Janes mentionne que si nous demandons aux gens de remplir une page blanche, il n'y aura aucune réponse, mais si nous formulons des recommandations concrètes pour recueillir des commentaires, les commentaires seront nombreux. Il propose un certain nombre de tâches qui semblent pertinentes pour le Comité :

1. Nous souhaitons discuter de l'approche consistant à accueillir le droit autochtone à la Cour fédérale, et des sous-questions :

- détermination des problèmes éventuels et du contexte dans lequel ceux-ci peuvent survenir;
- examen des lignes directrices en vue d'y ajouter éventuellement du nouveau contenu;
- analyse des règles existantes en vue d'établir des approches créatives.

2. Élaborer une réponse à la Commission de vérité et réconciliation du Canada dans le cadre du processus de la Cour fédérale; quelles sont les recommandations susceptibles de s'appliquer ou de nuire à la Cour fédérale?

3. Élaborer une approche à l'égard des différends chroniques, notamment :

- une intervention anticipée;

- des recours et approches axés sur le différend sous-jacent.
4. Discuter des questions découlant de l'arrêt *Daniels* qui peuvent éventuellement devenir litigieuses devant la Cour fédérale.

Le juge en chef Crampton accueille favorablement ces quatre questions pertinentes établies en vue d'une discussion de suivi par chaque groupe d'intervenants représenté au sein de ce comité.

Le protonotaire Lafrenière demande à chacun des groupes de discuter des questions à l'interne afin qu'ils soient prêts à les aborder dans le cadre d'une prochaine réunion du Comité. Il souligne qu'en ce qui a trait aux différends répétés en matière d'élection de conseil de bande, les frais de litige semblent être acquittés à même les fonds généraux de la bande, souvent au détriment de la collectivité dans son ensemble. Il faut trouver une solution pour régler cette question.

4. Discussion sur l'avis à la communauté juridique (24 juin 2015) – La gestion d'instance : Assurer la proportionnalité dans les litiges complexes en Cour fédérale

Le protonotaire Lafrenière mentionne qu'il a présenté les questions (qui avaient été soulevées lors de la dernière réunion) au président du Comité de gestion des instances. Pour ce qui est des preuves matérielles, il n'y a aucune intention d'empêcher la présentation de preuves standard en cour. Cette question est habituellement soulevée dans les instances liées à la propriété intellectuelle afin de veiller à ce qu'il n'y ait aucune surprise au procès. En ce qui a trait au nombre de jours du procès, il y a toujours une certaine souplesse. Si l'on demande des modifications précises, celles-ci sont accueillies favorablement. Si l'on abuse des interrogatoires par écrit, il est possible de régler ce problème.

Paul Anderson souhaite que d'autres membres du Barreau fournissent de la rétroaction et des exemples relativement à l'usage abusif des interrogatoires par écrit dans le contexte du droit autochtone.

Sheldon Massie fait remarquer qu'il y a une rétroaction positive de la part du ministère de la Justice à l'égard de l'avis touchant la proportionnalité.

5. Le point sur le séminaire sur le mode alternatif de règlement des conflits

La Cour en est maintenant à la dernière étape de la planification de ce séminaire sur le règlement des conflits chez les Autochtones, qui doit avoir lieu le 18 novembre. Voici les conférenciers :

- Aîné Peter Decontie
- Sénateur Murray Sinclair
- Professeure Sarah Morales
- Michèle Audette, commissaire de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées
- John Beaucage, Yorkstreet Dispute Resolution Group
- Aîné Stephen Augustine
- Membres de la Cour fédérale

6. Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des Autochtones : éducation du public

Il s'agit d'une mesure de suivi pour veiller à ce que les Lignes directrices soient diffusées à l'ensemble du Barreau.

Paul Anderson mentionne qu'il fait la promotion des Lignes directrices au sein du Ministère. De même, l'on s'attend à ce que les Lignes directrices soient intégrées au texte de l'ouvrage *Federal Courts Practice*.

7. Divers

a) *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215
On indique qu'il y a eu une décision d'un groupe d'experts formé de cinq membres, laquelle modifie l'approche à l'égard des appels d'ordonnances du protonotaire. Il semble que cette décision soit en appel devant la Cour suprême du Canada.

b) Modernisation de la Cour

Le juge en chef donne un aperçu des initiatives de modernisation de la Cour.

Andrew Baumberg ajoute que l'un des principaux défis est lié à l'insuffisance du financement. Il serait utile de mieux comprendre la priorité qu'accorde le Barreau Autochtone à la modernisation de la Cour (compte tenu de toutes les autres priorités difficiles à concilier).

Scott Robertston présentera cette question à la haute direction de l'Association du Barreau Autochtone du Canada en tant qu'initiative d'accès à la justice. Diane Soroka indique que l'Association du Barreau canadien enverra bientôt une lettre au gouvernement pour l'inciter à financer l'initiative de modernisation de la Cour.

c) Calendrier de conservation des dossiers (voir l'avis préliminaire)

L'avis préliminaire prévoit la conservation des dossiers de la Cour conformément à un calendrier de conservation. La Cour ne peut pas justifier le maintien de tous les documents à perpétuité; la plupart de ceux-ci ne sont jamais utilisés après la clôture du dossier.

On met d'abord l'accent sur les dossiers qui n'ont pas été jugés sur le fond (p. ex. abandon ou renonciation).

Robert Janes indique qu'il préfère être avisé si un dossier est rejeté en raison du non-respect d'une échéance.

Le protonotaire Lafrenière répond que dans le cas de demandes, s'il y a un retard excessif de la part d'une partie, un avis d'examen de l'état de l'instance sera délivré par la Cour, faute de quoi la demande passera à l'étape de la gestion des instances.

Prière de fournir une rétroaction d'ici le début du mois de décembre.

d) Discussion : Cadre décisionnel non accusatoire comme solution de rechange « optionnelle » au modèle décisionnel accusatoire

On propose de discuter de cette question lors de la prochaine réunion, car elle se rattache à la présentation de la professeure en début de journée.

e) Loi sur les élections au sein de premières nations

Il semble qu'une première instance a maintenant été portée devant le système judiciaire provincial. Voir l'article *First Nations Elections Act being tested year after it came into effect* (la Loi sur les élections au sein de premières nations est mise à l'essai un an après son entrée en vigueur) à

l'adresse <http://leaderpost.com/news/local-news/the-first-nations-elections-act-being-tested-a-year-after-it-came-into-effect> (en anglais seulement).

f) Réunion du printemps 2017

La conférence printanière de l'Association du Barreau canadien doit commencer le 31 mai 2017 (date provisoire) à Winnipeg.

Krista Robertson examinera les dispositions relatives à la conférence de l'Association et communiquera les renseignements connexes en temps voulu.