



Cour fédérale ~ Comité de liaison entre la Cour fédérale et le Barreau des Autochtones

Le jeudi 19 octobre 2017

Halifax (Nouvelle-Écosse)

PROCÈS-VERBAL

Présents

En personne : Le juge Roger Lafrenière (président), le juge Michael Phelan, la protonotaire Martha Milczynski, le professeur Tuma Young, Krista Robertson (ABC), Christina Gray (ABA), Julie Blackhawk (MJ).

Par téléconférence : Le juge en chef Paul Crampton, le juge Michel Shore, Andrew Baumberg, Manon Pitre (greffe), Judy Charles (greffe), Robert Janes (ABC), Sheldon Massie (MJ), Paul Anderson (MJ).

Absents : Le juge Leonard Mandamin, la juge Cecily Strickland, la juge Ann Marie McDonald; Scott Robertson (ABA).

1. Mot de bienvenue et revue de l'ordre du jour et du procès-verbal de la réunion du 31 mai 2017

Des modifications mineures sont proposées au procès-verbal : « intégration » changé pour « interaction » (dans les commentaires du D^r Stevenson); correction d'un nom (Sheldon Massie); retrait de Michal Jerch et Kathryn Tucker de la liste des personnes présentes. Le procès-verbal est approuvé avec les modifications.

2. Discussion : Comment réserver une place aux traditions juridiques autochtones (procédure et preuve) dans le processus judiciaire

Le juge Lafrenière mentionne que le Comité examine la possibilité de proposer des changements à la pratique et aux règles de la Cour afin de faciliter l'accès des Autochtones au tribunal.

Le professeur Tuma T.W. Young, professeur adjoint, Études autochtones, Cape Breton University, présente son document intitulé « L'nuwita'simk: A Foundational Worldview for a L'nuwey Justice System ».

Après s'être présenté, le professeur Young commence par souligner que les institutions de gouvernance, en particulier les systèmes de règlement des différends et de justice (aux fins de la présentation d'aujourd'hui) fonctionneraient mieux s'ils étaient fondés sur les visions du monde sous-jacentes des personnes qu'ils concernent.

Récupérer le système de justice – comment s'y prendre? Il a rédigé son document en partie en fonction de son expérience avec la cour tribale en Arizona : même si les participants étaient tous des Autochtones, ils comptaient tout de même sur le code régissant la garde d'enfant qui reflétait le code de l'état de l'Arizona. Cela était courant dans de nombreux tribunaux tribaux établis aux États-Unis. Plus récemment, il a eu vent de demandes présentées par des membres de la collectivité de L'Nu concernant un système judiciaire composé d'un personnel autochtone. Cependant, il a remis en question la façon dont cela respectait la tradition L'Nu, alors que le seul changement concernait les personnes chargées de l'administrer. De nombreuses études prouvent que cela ne fonctionne pas. Il était nécessaire d'établir une perspective différente.

Chaque culture a sa vision du monde – sa façon de voir le monde, y compris ses protocoles et ses



règlements bien à elle. Le professeur raconte une histoire sur un nouveau poste d'avocat dans le secteur Est du centre-ville, en précisant que bon nombre de ses clients connaissaient beaucoup mieux le monde juridique que lui. Les mots sont nombreux et certains sont peu connus, et lorsqu'une personne ouvre la porte d'un nouveau monde, elle doit apprendre les protocoles de conduite.

Il raconte une autre histoire sur l'élaboration de la loi décrite dans son document en ce qui concerne les protocoles liés au Pow-Wow. Dans certains cas, un élément serait cité comme s'il s'agissait d'une loi alors qu'en fait, il ne s'agirait que d'un énoncé fondé sur des paroles entendues qui peuvent avoir été mal interprétées.

Où sont nos lois? Elles sont dans notre langue, dans nos histoires, dans nos chansons, nos chants, nos danses et nos cérémonies. C'est dans ces éléments que vous les trouverez.

Il a raconté une autre histoire sur la coutume du mariage traditionnel qui comporte certains protocoles pour le mariage et pour le divorce. Bien que ces protocoles puissent être utilisés, il est difficile d'assurer leur bon fonctionnement à l'ère moderne, étant donné la séparation entre les lois provinciales qui traitent du mariage et les lois fédérales qui traitent du divorce.

La difficulté est d'harmoniser ces principes juridiques autochtones avec les règles de la Cour fédérale, par exemple pour des différends qui concernent une élection.

Le but principal est de régler les différends. Nous souhaitons avoir une collectivité en santé, mais des différends surgissent. Nous ne suivons pas à la roue médicinale; nous suivons plutôt l'étoile à huit pointes. La première section constitue le différend. Le facilitateur tente ensuite de le déplacer dans la deuxième section, en désarticulant les parties afin de permettre une période de guérison. Il réunit ensuite les parties pour tenter de conclure une entente (parfois appelée pardon, mais ce terme n'est pas tout à fait exact; cela signifie simplement qu'une entente a été établie). C'est souvent à ce moment-là que nous quittons le système de justice, mais les parties sont laissées sans résolution dans leur relation. Elles ont besoin d'un festin ou d'un autre protocole quelconque pour les aider à restaurer la relation, afin de pouvoir vivre dans la même collectivité. C'est ce qu'il faut faire, en plus d'établir un règlement dans le cadre d'un procès. Il raconte une histoire sur la séparation d'un couple pour illustrer le protocole supplémentaire requis pour restaurer l'équilibre dans la collectivité.

Toute chose évolue – les systèmes judiciaires, les gens et les relations ont tous besoin de se renouveler.

Vous devez examiner de près la collectivité tribale pour découvrir les histoires pertinentes, comme les histoires qui précèdent les *premiers contacts* (histoires sans frontières ici, ou histoires de Nanabush ou de corbeau pour d'autres Premières Nations), et ensuite les histoires qui traitent des *contacts*. Il raconte l'histoire d'un premier contact au sujet de l'arrivée des Français sur la côte Est et du fait qu'ils se nourrissaient de morue seulement. L'histoire traitait des aspects sous-jacents de la relation.

Par la suite, il discute des litiges au civil au sein de collectivités autochtones – il s'agit d'une question portant sur l'interprétation d'un traité en vertu des traités de paix et d'amitié et de leur rapport avec la *Loi sur les Indiens*. Un système hybride pourrait être créé à la croisée des deux systèmes distincts.

Il raconte ensuite l'histoire d'un externat indien fédéral, en 8^e année, alors qu'un remplaçant est entré et a demandé aux enfants ce qu'ils souhaitent lorsqu'ils seront grands. Certains ont répondu qu'ils souhaitaient devenir enseignant, avocat ou médecin, entre autres, mais les enfants du



groupe dirigé par le professeur Young ont répondu qu'ils deviendraient des « prestataires d'aide sociale ». Il explique que l'enseignant avait dit aux élèves qu'ils pouvaient devenir ce qu'ils voulaient, et pourtant, il n'y avait ni juge, ni avocat, ni médecin, ni agent de police et ni enseignant micmacs, entre autres, et, en conséquence, il était injuste que l'enseignant donne de faux espoirs aux enfants en affirmant qu'ils avaient accès à de telles professions. Cependant, plus tard, des changements se sont produits – les Autochtones ont commencé à avoir accès à ces professions, même s'il a fallu beaucoup de temps. Il était maintenant possible d'utiliser les histoires et la langue autochtone pour faciliter la compréhension.

Il décrit l'histoire du « parcours » traditionnel d'une personne qui se rend dans la forêt sombre et profonde pour en ressortir changée. La situation est la même pour lui – il a été l'un des premiers à aller dans un pensionnat indien – lorsqu'il est revenu pour raconter son expérience aux autres, il avait changé.

Il raconte l'histoire d'une conférence juridique en Nouvelle-Écosse, à Membertou, à laquelle participent des juges doyens et d'autres personnes, et ensuite la rencontre d'une connaissance dans la cafétéria de l'université qui l'a aperçu, bien habillé, et lui a demandé d'assister à l'événement. Il a dit que cela était facile, une fois que l'on connaît les protocoles. Le principe autochtone fondamental est que vous traitez tous les gens sur un même pied d'égalité : *avec respect*.

Il décrit ensuite la langue – les langues algonquines de l'Est étaient différentes de celles de l'Ouest. Elles sont aussi très différentes de l'anglais. La langue micmaque se concentre davantage sur les verbes et les actions, alors que l'anglais se concentre sur les noms ou les états d'être. Par exemple, le terme anglais « guilt » est difficile à traduire en tant que notion statique, mais il devient une action. La structure de phrase est simple, mais la structure du mot est très complexe. Les principes juridiques sous-jacents sont construits dans la langue et, par conséquent, tout effort visant l'intégration des processus de règlement des différends micmacs dans les processus de la Cour fédérale doit tenir compte des perspectives linguistiques.

Il donne ensuite quelques exemples de la langue micmaque.

Le juge est une personne qui donne des conseils, qui corrige le comportement.

Nujo'teket : « être témoin ». Dans l'usage moderne, en règle générale, ce terme est limité au sens d'être témoin d'une cérémonie de mariage. Cependant, traditionnellement, il renvoie à la nécessité d'un engagement solennel constaté officiellement pour ensuite être inscrit et transmis aux générations futures au moyen des traditions orales et des histoires.

A'nus'tumakwek : le mot a été prononcé au cours du processus de règlement d'un différend dans le cadre duquel une jeune femme avait conduit en état d'ébriété et causé un accident ayant entraîné la mort d'une autre femme. Dans le cercle de détermination de la peine, la mère de la victime de l'accident de voiture n'a demandé aucun châtiment, invoquant ce terme. Il est défini vaguement comme suit : « ils ont subi la douleur qu'ils ont causée ». La famille de la femme accusée du crime avait aussi souffert d'un événement terrible, soit le décès de la sœur de la femme accusée qui avait été trouvée morte dans le havre.

Nous pouvons chercher des façons d'incorporer les protocoles autochtones dans la Cour fédérale. Le défi est de comprendre l'origine des principes juridiques – la langue, les histoires, les chansons et les cérémonies. Comment comprendre d'où vient la loi? Il est peut-être possible d'établir un système hybride dans lequel aucune perspective n'est dominante. La personne doit suivre un parcours et en revenir enrichie d'une compréhension. La personne a besoin d'un



engagement à explorer.

Nous devons songer à cette question au moyen d'une approche décolonisée. Qu'est-ce que cela signifie? Une personne doit entamer une cérémonie pour se rappeler de ce qui s'est produit, pour faire son deuil de ses pertes et, ensuite, pour rêver à l'avenir, prendre un engagement ou trouver les moyens de réaliser le rêve. Il s'agit là d'une approche décolonisée. Cela ressemble à son histoire en 8^e année – on ne pouvait savoir, mais on pouvait rêver et agir.

Il donne quelques exemples tirés de différends liés au régime électoral de la *Loi sur les Indiens*. Auparavant, une élection avait lieu tous les deux ans, mais la durée du mandat est passée à quatre ans pour éviter d'être constamment en mode électoral, ce qui particulièrement problématique si des différends surgissent après l'élection et durent jusqu'à la prochaine élection.

Il souligne la discussion sur la corruption dans les processus électoraux. Il y a bel et bien un commentaire judiciaire, mais il est également nécessaire de comprendre la perspective de la collectivité – la compréhension peut être légèrement différente. Nous devons comprendre le bon processus pour l'élection d'un gouvernement. Nos principes juridiques sont concentrés sur la *prévention* plutôt que sur la *résolution* seulement.

Au cours d'une élection, les gens font souvent campagne pour obtenir le soutien des électeurs et font des promesses, entre autres. La nomination d'un dirigeant devrait être le résultat d'un consensus, plutôt que d'un scrutin divisé. Il existe un autre terme pour définir un dirigeant qui comprend une indication de la façon dont il devrait faire son travail et se comporter. Le juge qui examine un différend relatif à une élection peut conseiller la bonne conduite.

Que devons-nous faire en tant que collectivité pour éviter que les différends se retrouvent devant la Cour fédérale? Certaines collectivités organisent un banquet électoral, bien que, dans certains cas, cela peut favoriser la discorde, au lieu d'être bénéfique. Toutefois, d'autres genres de cérémonie peuvent se tenir, comme prêter serment. Par exemple, au moment de son admission au barreau, il fait prêter serment, mais on lui a appris qu'il devait prêter un autre serment : celui de ne pas utiliser ses connaissances pour faire du tort aux autres, mais pour les aider. Peut-être qu'un serment semblable devrait être prêté par le dirigeant. Cela pourrait être inclus dans un jugement – la personne doit retourner dans la collectivité et prêter le serment que le comportement ne se reproduira pas.

Un défi principal : il avait demandé à une juge à la retraite si elle avait tenu compte des questions liées au pensionnat indien, et elle a répondu qu'elle y avait songé chaque jour, mais qu'elle pouvait en tenir compte seulement si les avocats les invoquaient officiellement. Une partie de notre travail à titre d'avocats est de présenter les principes juridiques autochtones devant la Cour; ce sont les juges qui, par la suite, sont tenus de les prendre en considération.

Nos lois, ces histoires, sont apportées par les oiseaux sacrés qui ont entonné les chants sacrés.

Le juge Lafrenière remercie le professeur Young d'avoir présenté son exposé et invite les participants à poser des questions.

Le juge Shore souligne que le professeur Young a parlé de perspectives. La langue commune parlée dans de nombreuses collectivités fait état des dons de sagesse reçus des Aînés – par exemple les sept enseignements. Ils forment la base du système juridique, mais sont parfois mal compris dans les sociétés occidentales. Il fait référence au wampum à deux rangs – nos deux navires voyageant ensemble, côte à côte. *Comment se lancer dans l'aventure? Où faut-il aller?*

Le professeur Young a exprimé une vision utopique. Une fois que vous avez un rêve, dans le



cadre d'une approche décolonisée, vous agissez, même s'il faudra beaucoup de temps. Cela est suffisant dans la vie d'une personne. Le wampum à deux rangs a été adopté par les micmacs au feu du grand conseil. Dans certaines situations, la Cour peut aider des collectivités locales à régler des différends avant que le tribunal en soit saisi.

Cependant, si le tribunal est saisi de la question, un juge est une personne qui conseille et qui corrige le comportement. Il ne devrait pas s'agir d'un modèle punitif. Pour les collectivités, la justice est locale – les membres de la famille sont les gardiens de la loi et ramènent les gens sur la bonne voie, tandis que dans le cas d'un groupe social plus nombreux, des lois et des protocoles globaux sont requis. Les deux perspectives doivent être constatées et comprises pour améliorer la conduite de l'avocat : la justice comme guérison, pour mettre fin au comportement, le corriger et faire en sorte qu'il ne se reproduise pas.

Le professeur Young a raconté une autre histoire qui illustre bien ce point. Il était sur le point de commencer un emploi comme travailleur communautaire. Une personne lui a raconté son histoire et en la répétant, elle essayait de la comprendre elle-même. Une deuxième histoire avait trait à une mère monoparentale qui avait besoin d'aide avec son fils, mais n'en a reçu aucune. La seule intervention serait déclenchée par le besoin de « protection ». Elle a constaté qu'elle avait été obligée de frapper son fils, d'appeler la GRC et d'être accusée pour avoir accès à l'aide nécessaire. Pourquoi a-t-il fallu atteindre un tel point? Nous pouvons compter sur l'étoile à huit pointes pour comprendre les principes sous-jacents de la relation.

Christina Gray remercie le professeur Young et revient sur l'une de ses histoires qui met l'accent sur la responsabilité que nous avons à l'égard de nos collectivités et sur le principe de réciprocité. Récemment, sa mère lui a rappelé que tout allait bien avec son travail, mais qu'elle devait redonner à sa collectivité. Il s'agit là de principes autochtones fondamentaux : il faut rester humble et se rappeler d'où l'on vient.

Krista Robertson remercie le professeur Young. Elle fait allusion à son image du juge qui prête main-forte à l'aide d'un moyen de rechange pour régler un différend, plutôt qu'en utilisant le processus de contrôle judiciaire normal. Elle lui demande de prendre en considération la proposition actuelle du comité de nommer des personnes qui connaissent bien le droit des Autochtones pour aider la Cour qui fait preuve d'une ouverture remarquable à l'égard de nouvelles approches. Il peut s'agir d'occuper l'espace de la Première Nation, ou d'inviter un Aîné à travailler avec la Cour. Quelle est la marche à suivre qui conviendrait, sur le plan du processus, pour identifier un Aîné qui aurait la responsabilité d'aider la Cour? Nous tentons de dresser une liste d'Aînés qui pourraient être en mesure, de façon générale, de prêter main forte dans le cadre du règlement d'un différend.

Le professeur Young précise qu'il est nécessaire d'établir des relations, y compris au niveau de la réciprocité. Il est nécessaire d'être au courant de la composition des collectivités. Certains conviennent mieux que d'autres pour certaines questions. Certains sont considérés comme des dirigeants, mais manquent de connaissances. D'autres ne doivent pas être approchés. Certains ont beaucoup d'expérience et de crédibilité, mais n'ont pas de titres de compétences. Un grand nombre des connaissances qu'il a acquises sur les plantes et les médicaments lui ont été enseignées par une personne considérée comme « l'ivrogne du village » ayant reçu les enseignements de sa grand-mère. Personne ne comptait sur lui – les gens ne voyaient que l'image superficielle. Vous devez savoir qui est la personne la plus crédible dans la collectivité (pas nécessairement au sein du tribunal). Voici un autre principe juridique autochtone qu'il est important de souligner : le concept de la responsabilité partagée. De nombreux principes micmacs sont partagés en privé au sein de la famille. Lorsqu'un membre de la famille agit mal, il semble



que la culpabilité soit ressentie par l'ensemble de la famille. Dans le même ordre d'idées, tous les membres de la famille partagent la réussite. Lorsqu'il a obtenu son diplôme de l'UBC et réussi l'examen du barreau, personne ne l'a félicité, mais par la suite, il a appris que sa famille avait reçu des fleurs du conseil de bande en l'honneur de son succès. La responsabilité et la réussite sont partagées. Cela est important lorsqu'il s'agit de travailler dans le domaine des processus de règlement des différends au niveau des différends liés à une élection, c.-à-d. mobiliser la famille au complet.

Le juge Lafrenière remercie le professeur Young d'avoir présenté son exposé.

3. Est-il possible d'apporter des changements aux règles ou à la pratique des Cours fédérales? Utilisation de la règle qui porte sur les assesseurs

Krista Robertson présente un aperçu des trois documents distribués au Comité récemment qui misent sur l'ébauche du document de discussion présentée au cours de la dernière réunion. En ce qui concerne le premier document, elle a communiqué avec John Borrows, Aimée Craft, Brenda Gunn, Heidi Stark et Scott Robertson pour leur demander des suggestions concernant l'établissement d'un comité consultatif, et sur une liste d'Aînés qui pourraient agir à titre d'assesseurs (toutefois, il est possible que ce titre soit reformulé afin qu'il corresponde davantage au contexte). Le deuxième document présente une ébauche du mandat du comité consultatif qui serait un sous-comité du Comité de liaison. Le troisième document constitue l'ébauche d'une lettre d'invitation (et comprendrait probablement l'ébauche d'un document de discussion à titre d'information).

Le juge Harrington fait allusion à la référence à l'article 52 et à la suggestion de « notions élémentaires » dans le procès-verbal de la réunion précédente. Il donne l'exemple d'une audience du tribunal dans le cadre de laquelle on a demandé à une personne du bureau du coroner du Québec de fournir des renseignements spécialisés sur les incendies. La preuve présentée était si claire et simple qu'il était impossible de s'y opposer.

Il fait référence au « hot-tubbing », c'est-à-dire un groupe composé de témoins experts qui seront entendus en même temps, lancé en Australie et adopté au Canada. Par la suite, il donne un exemple de l'affaire *Gotfriedson* en cours actuellement qui comporte une question relative au nombre d'externes. Des universitaires s'occupent de la recherche bien avant la tenue des interrogatoires préalables.

Il souligne que l'article 52 était très différent dans le passé. Il donne l'exemple d'une affaire à laquelle il a participé concernant une collision. Les avocats étaient d'accord sur la cause de l'accident, mais l'affaire comportait une question difficile concernant le coût des réparations qui avait trait au poids de l'acier requis. Le juge Rothstein a été saisi de l'affaire (avant qu'elle se retrouve devant un juge de première instance) et a mentionné qu'il n'avait pas l'intention d'enquêter sur le poids de l'acier en tant que tel, et qu'un assesseur serait nommé. Il a demandé aux avocats de choisir et de payer ensemble l'assesseur qui aurait carte blanche pour mener une enquête et élaborer un rapport. Ils ont réglé la question en fonction de son rapport et n'ont pas participé aux travaux de l'assesseur (ils l'avaient choisi ensemble et lui vouaient un grand respect).

Cela a également été fait dans le domaine de l'évaluation d'une propriété – p. ex. à combien s'élève la valeur de la propriété sur le marché libre? Il agissait à titre de médiateur dans une affaire concernant la location d'une priorité qui devait être remise dans un état d'usure normale seulement, et la propriété a été évaluée par un assesseur. Dans le cadre des causes maritimes, il est normal de faire appel à une aide externe de ce genre.



Il aborde ensuite la jurisprudence de l'affaire *Porto Seguro* traitant du droit maritime. Dans le droit maritime, il est arrivé souvent qu'un juge et un assesseur procèdent sans que des témoins experts soient entendus. Cependant, la décision a été infirmée par la Cour suprême en raison d'un manque de transparence : les parties ont le droit d'entendre ce que l'assesseur dit à la Cour. En tant qu'avocat, le juge Harrington ne comptait pas sur les assesseurs, car il était toujours impossible de savoir ce que l'assesseur allait faire. Il préférerait appeler ses propres témoins experts. En tant que juge, il préfère également compter sur les témoins experts. Si un assesseur est embauché, cette personne peut tout simplement agir en tant que troisième expert. Il ajoute une solution de rechange à la dépendance à l'article sur l'assesseur. Souvent, une conférence préalable au procès peut se transformer en règlement de différend. Au cours d'une conférence tenue récemment, deux documents ont été présentés par le juge Mandamin (règlement d'un différend qui concerne les Autochtones) et le juge Harrington (règlement d'un différend lié au commerce). Il est fréquent que le règlement d'un différend privé donne de meilleurs résultats qu'une décision rendue par la Cour – vous choisissez votre propre décideur ou trois arbitres (p. ex. un par chaque partie et le troisième est choisi conjointement). Le droit maritime traite du commerce et des transactions. Habituellement, les émotions n'occupent pas une grande place. Par conséquent, il se peut que l'expérience en matière de droit maritime avec l'assesseur ne soit pas aussi utile en ce qui concerne les affaires qui traitent du droit des Autochtones. Il termine en soulignant que, s'il est nécessaire de faire appel à un expert en droit des Autochtones, vous vous attendez à ce qu'il soit favorable à votre cause. Il pourrait également être utile que la Cour fasse appel à un assesseur.

Paul Anderson présente des commentaires sur le document de Krista Robertson. Sur le plan fédéral, il serait nécessaire de consulter le ministère avant de formuler une réponse officielle. Il soulève cette question : En quoi est-ce différent des parties qui discutent du choix conjoint d'un expert spécialisé dans le droit coutumier, les traditions et l'histoire, entre autres? Il suggère également que l'évaluation de terrains peut constituer un autre domaine pour lequel vous pourriez prendre en considération le rôle de l'assesseur – il pourrait être nécessaire que vous clarifiiez l'utilisation traditionnelle de la terre.

Krista Robertson répond qu'il y a une différence entre les deux règles (expert par rapport à assesseur). L'assesseur est nommé par la Cour et il est considéré qu'il est plus neutre. Il n'est pas assuré qu'il serait assujéti aux règles concernant les témoignages d'expert. Le processus proposé offrirait un groupe adapté au domaine du droit des Autochtones.

Robert Janes ajoute que le gouvernement du Canada ne souhaite pas s'immiscer dans une question interne qui traite du droit des Autochtones, par exemple la décision du juge Barnes sur la qualité pour agir dans le cas de l'installation de Pacific Northwest LNG. Une question de haut niveau concernait le droit d'agir pour la collectivité, mais il y avait également une question interne liée au droit des Autochtones de savoir si une personne occupait un poste de dirigeant. Le juge Barnes qui hésitait peut-être à s'immiscer dans la question juridique liée aux Autochtones a abordé l'affaire en s'attaquant à d'autres questions. Cependant, sa décision comportait une suggestion indiquant que la question juridique liée aux Autochtones ne pouvait pas faire l'objet d'une action devant les tribunaux. L'assesseur pourrait être appelé à parler d'une question à la fois de droit et de fait, en tant que membre de la cour, pour aider la cour à comprendre la signification d'un cadre juridique étranger. Le point sur la légitimité est aussi important : la perception selon laquelle vous ne voulez pas que des juges non autochtones se prononcent sur le droit des Autochtones. Cela peut être considéré comme une interférence illégitime dans des questions internes. L'utilisation proposée de l'article qui traite de l'assesseur aiderait la cour à comprendre les questions juridiques primordiales et à s'attaquer au problème de légitimité. Il y a une différence entre la négociation (dans le feu de l'action au cours d'un processus accusatoire)



qui mène à la sélection d'un expert commun, et la présente proposition dans le cadre de laquelle une liste proposée d'Aînés est dressée en dehors du processus accusatoire en tant que ressource par défaut pour fournir une orientation à la cour. La différence est importante.

Paul Anderson remercie Krista Robertson et Robert Janes de leurs précisions sur le genre d'instance, alors que la cour tente de comprendre le fondement du droit des Autochtones qui est important pour une cause. Toutefois, la tâche se complique si l'assesseur se voit proposer d'assumer un rôle plus décisionnel.

En ce qui concerne ce dernier point, Robert Janes donne l'exemple d'une cause en Ontario dans le cadre de laquelle le rôle décisionnel peut intéresser la Couronne. En matière de défense, le gouvernement de l'Ontario et le gouvernement fédéral ont déclaré qu'il était possible que d'autres réclament une partie de la terre faisant l'objet du litige. Cela dépend de la relation qu'entretiennent les Premières Nations les unes avec les autres. Cela donne lieu à un fouillis procédural : comment passer du spectre d'une question à l'identification claire des parties appropriées. Le message du gouvernement : Il n'est pas utile de préciser la façon dont les Premières Nations sont organisées; seule la défense appropriée liée à l'affaire nous intéresse. S'il s'agit véritablement d'une affaire interne, il conviendrait d'obtenir de l'aide en ce qui concerne l'ordre établi par les Premières Nations dans leurs collectivités. Éventuellement, la question liée à l'assesseur devrait être soulevée avec les parties afin de déterminer si cela est approprié dans des causes en particulier. Cela protège toutes les parties en vue d'atténuer la préoccupation soulevée.

Justice Lafrenière demande s'il est utile de tenir des réunions trimestrielles de 2 heures pour élaborer une liste qui pourrait être utilisée dans le cadre de causes isolées seulement. Si ces questions ne sont pas souvent soulevées, il pourrait être préférable de mettre sur pied un comité qu'un juge pourrait consulter afin de trouver un assesseur pour une cause en particulier. Cela entraîne un fardeau moins lourd pour les membres du comité, tout en étant très utile.

Le juge en chef Crampton ajoute que, dans le domaine de la sécurité nationale, il est très utile d'avoir à sa disposition une liste des amici qui sont disponibles, étant donné que les différends surviennent à court préavis. Les noms s'accumulent au fil du temps sur la liste des amici. De plus, que ferait un assesseur qu'un expert ou amicus ne ferait pas? Il est nécessaire de bien comprendre les rôles.

Julie Blackhawk demande si le rôle de l'assesseur est de mettre en contexte le témoignage de l'Aîné sans fournir directement la preuve des lois autochtones?

Le juge Lafrenière mentionne qu'il pourrait être appelé à fournir une opinion par écrit.

Robert Janes ajoute que l'article prévoit que des questions précises seront posées à l'assesseur, p. ex. quel est le droit applicable qui traite de la succession? Vous pourriez faire allusion à ce contexte ou appliquer la loi. Tout tourne autour des questions sur lesquelles l'assesseur doit se pencher.

Le juge Lafrenière souligne que, contrairement au contexte de la sécurité nationale qui est plutôt concentré, le domaine du droit des Autochtones est beaucoup plus vaste, tant sur le plan conceptuel que géographique. D'ici à ce qu'il soit vraiment nécessaire de faire appel à un assesseur dans un secteur, il se peut que cette personne qui figure sur la liste ne soit plus disponible. Il suggère de commencer au cas par cas et, par la suite, de construire sur cette fondation.

Julie Blackhawk demande comment faire pour dresser une liste, compte tenu de la diversité des Premières Nations dans tout le pays. Rien que pour les Cris, les variations sont nombreuses d'une région à une autre.

Robert Janes convient que la suggestion du juge Lafrenière peut aussi être appliquée. La liste n'est pas censée être exécutoire; elle fournit simplement un point de départ. Une liste améliorée



pourrait être dressée avec le temps. Il se peut que nous ajoutions dans les Lignes directrices une note pour demander à l'avocat de déterminer si un assesseur pourrait être utile. Il se peut que la règle sur l'assesseur ne soit pas utilisée tout simplement parce que personne ne sait comment l'utiliser.

Le juge en chef Crampton convient que, dans certaines circonstances, un assesseur peut s'avérer utile. Peut-être que la proposition pourrait être examinée avec la Cour, avant d'être renvoyée au Comité.

Andrew Baumberg propose parallèlement un projet pilote dans le cadre duquel l'avocat soulèverait la possibilité de faire appel à un assesseur avec le juge d'instance dans une cause appropriée (ou plusieurs causes).

Robert Janes souligne qu'il est difficile d'identifier des cas de l'extérieur.

Sheldon Massie est d'accord avec la mise sur pied d'un comité consultatif.

Le juge Lafrenière encourage le comité à aller de l'avant ne ce qui concerne cette question. Nous pouvons au moins établir un sous-comité et par la suite, cela pourrait renforcer l'intérêt. Il peut être utile de préciser un maximum de quatre téléconférences d'une durée qui ne dépasse pas deux heures (au lieu d'établir une période par défaut de deux heures).

Christina Gray suggère d'adopter une approche régionale pour la liste.

Décision du Comité : Il convient d'aller de l'avant et de prévoir la tenue d'une discussion approfondie au cours de la prochaine réunion.

Andrew Baumberg accepte d'agir à titre de secrétaire.

4. Triage des différends en matière de droit des Autochtones – est-ce efficace / peut-on apporter des améliorations?

Le juge Lafrenière mentionne que des avocats n'identifient toujours pas les causes liées au droit des Autochtones au moyen d'une lettre d'accompagnement en vertu des Lignes directrices sur la pratique. Des causes échappent au système. On encourage le Barreau à mettre en évidence ce processus.

La protonotaire Milczynski constate que les parties se représentent elles-mêmes dans un grand nombre de causes et il arrive souvent qu'elles ne soient pas au courant des Lignes directrices sur la pratique. Peut-être que l'avocat qui représente la bande ou le gouvernement pourrait faire preuve d'initiative et signaler l'affaire.

Mesure : Krista Robertson souligne qu'elle devait fournir une lettre d'accompagnement et une liste de vérification et qu'elle présentera une mise à jour au moment opportun.

Andrew Baumberg ajoute qu'il a réparé les liens du site Web et qu'il est prêt à recevoir d'autres suggestions.

Robert Janes demande si le greffe de la Cour fédérale exige qu'une partie dépose une liste de vérification se rapportant au type de cause.

Le juge Lafrenière répond que non. Certains types de causes (comme une action qui traite d'un brevet pharmaceutique) font automatiquement l'objet d'une gestion d'instance. Au niveau du greffe, rien n'empêche que ces causes soient identifiées et acheminées directement à la Cour aux fins de gestion d'instance.

Le juge en chef Crampton ajoute que quelqu'un doit se pencher sur cette question sans tarder. Nous devons tenir une discussion avec Manon Pitre (greffe) et le juge Lafrenière afin d'assurer l'adoption d'une approche exhaustive.



Robert Janes mentionne que, bien que le Barreau en droit des Autochtones soit considéré comme un barreau spécialisé, dans les faits, il est plutôt d'ordre général. Les différends en matière de gouvernance sont souvent présentés par des avocats généralistes locaux originaires de petites collectivités.

Andrew Baumberg suggère d'inscrire la liste de vérification comme suggestion au Comité des règles. Si une liste de vérification est intégrée dans d'autres règles de la Cour, elle peut être jugée utile pour les Règles des Cours fédérales également. Ensuite, elle sera nécessairement vue par les avocats, même s'ils ne voient aucune directive à la pratique.

Mesure : Andrew Baumberg fera part de la question au Comité des règles aux fins de prise en considération.

5. Conflits en matière d'administration des bandes : Utilisation originale des coûts pour encourager et prévenir certains comportements, ainsi que pour favoriser le règlement et éviter les procédures et les requêtes frivoles.

Le juge Lafrenière fait allusion à un mémoire de frais s'élevant à 168 k\$ qui n'a pas été publié, car il a été renvoyé aux fins de taxation au lieu d'être traité directement dans la décision de la Cour. Voir : 2013 CF 180; *Roseau River Anishinabe First Nation c. Nelson*. Il peut être utile que le juge aborde les dépens dans les motifs au lieu de les renvoyer aux fins de taxation. Cela favoriserait la transparence au chapitre des dépens.

Paul Anderson continue la consultation au sein du ministère – *ce point sera abordé au cours de la prochaine réunion*.

Krista Robertson souligne que, dans les Directives, nous avons enrichi la section qui traite des dépens. Dans le meilleur des mondes, cet ajout se répercutera progressivement sur le barreau.

6. Programme à long terme du Comité

Robert Janes n'a pas encore examiné l'exécutif dans son ensemble. En attendant, deux questions clés sont proposées :

- **Portée et coûts d'un litige intéressant les Autochtones** – trouver des techniques pour gérer de façon juste la portée et le coût d'un litige intéressant les Autochtones – les règles qui traitent de la communication des documents, y compris les moyens utilisés pour prendre les témoignages, sont conçues pour des différends plus conventionnels qui comportent des listes de documents moins garnies, des questions davantage définies et un nombre inférieur de parties; bon nombre de différends sont complexes et ne peuvent pas faire l'objet d'un litige (pour cette raison, rien n'est tenté dans l'un grand nombre de différends); le cadre procédural établi est tout à fait mal adapté pour ces affaires; s'il existe un mandat quelconque pour ce Comité, le problème est de faire en sorte que ces affaires puissent être gérées; certains des coûts encourus sont stupéfiants, peut-être bien sans raison valable;
- **Cadre de réception de la preuve tirée de l'histoire orale** – la deuxième proposition est une question plus centrée : créer un cadre pour la réception de la preuve tirée de l'histoire orale; par analogie, il y a plusieurs années, aucune règle claire n'était établie en ce qui concerne la réception d'un témoignage d'expert et, par conséquent, les cours ont improvisé et par la suite, des règles ont été élaborées. Nous souhaitons éviter les batailles qui concernent la façon dont l'histoire est obtenue; la décision *Tsilhqot'in* en Colombie-Britannique traite de la manière de



qualifier la personne (mais aucune règle n'est en place pour veiller à ce qu'elle soit respectée); il y a d'autres questions, y compris la communication de l'histoire orale, la présentation des déclarations de témoin, et si la personne est assujettie à un contre-interrogatoire; dans certains cas, une proposition selon laquelle si la personne est membre de la catégorie, elle doit être disponible pour un contre-interrogatoire est présentée; de plus, comment faire pour orienter la gestion précoce de la preuve tirée de l'histoire devant les tribunaux? Au moyen de l'orientation formulée par les juges ou à l'aide des Règles?; nous devons élaborer une liste de vérification pour le juge chargé de la gestion de l'instance, et pour aider la cour et les parties en ce qui concerne la façon dont l'histoire orale sera gérée; même si les cas comportant une histoire orale ne se comptent pas par douzaines, beaucoup d'autres sont attendues;

Le juge en chef Crampton demande si le Barreau en droit des Autochtones utilise les nouvelles directives qui traitent de la proportionnalité. Bien qu'elles aient été élaborées d'abord dans le contexte de la propriété intellectuelle, elles ont été approfondies dans le cadre de tous les types de procédures.

Robert Janes mentionne qu'il est difficile de les utiliser. De nombreuses questions sont nébuleuses. À quel moment devriez-vous demander la preuve orale et de quelle façon, entre autres? La loi va dans tous les sens. Les avocats sont critiqués parce qu'ils ne demandent pas la preuve orale (p. ex. suggestion selon laquelle une conclusion négative est tirée), mais on ne sait pas ce que feront les tribunaux à leur sujet. Dans certains cas, le tribunal affirme que le dossier écrit est clairement suffisant, alors que, dans des affaires semblables, la cour se concentre plutôt sur l'absence de la preuve tirée de l'histoire orale. Les tribunaux supérieurs favorisent un dossier exhaustif. Presque chaque tentative visant à limiter le dossier et à procéder sommairement risque à 50 % de devoir composer avec des conséquences pénibles – l'avocat perd beaucoup du terrain. Par conséquent, il sollicite des directives supplémentaires et des listes de vérification qui fournissent une aide réelle. Nous devrions examiner les aspects précis qui concernent la façon dont les choses se passent afin que les avocats qui entreprennent une affaire soient en mesure de suivre une procédure claire, au lieu de se démener pour tenter d'avancer une affaire à la fois. Dans ce contexte, les règles qui traitent de la proportionnalité comportent un risque. Les moyens limités des parties constituent la seule véritable imposition de proportionnalité.

Le juge Lafrenière souligne que la Cour a aussi des difficultés avec la question de la proportionnalité. Il ajoute que les directives en matière de gestion de l'instruction ont également été publiées. Pourquoi tenir un procès qui s'échelonne sur une année pour lesquels les frais juridiques sont supérieurs à la valeur du résultat? Nous pouvons certainement faire en sorte que ces causes soient de taille proportionnelle aux questions qui sont en jeu pour les parties.

Robert Janes ajoute que, souvent, le juge chargé de la gestion de l'instance est poussé dans différentes directions, alors que les avocats présentent une jurisprudence concurrente même pour des questions procédurales. En ce qui concerne le contexte de l'histoire orale, il serait utile d'élaborer une liste de vérification sur les questions que tout juge chargé de la gestion de l'instance devrait soulever relativement à l'histoire orale. Par exemple, s'attend-on à ce que l'histoire orale soit demandée? Cela causera-t-il des inquiétudes pratiques qui devraient être soulignées à la cour, comme des protocoles particuliers qui concernent la présentation de la preuve? De plus, les questions liées à la collecte et à la gestion de la preuve tirée de l'histoire orale, de la divulgation et des dépositions.

Le juge Lafrenière reconnaît l'importance des questions soulevées. Si le Barreau souhaite que la Cour prenne en considération une liste quelconque, veuillez en proposer une qui sera prise en



compte au cours de la prochaine réunion. D'après son expérience, il s'agit là de points qui sont régulièrement abordés par le juge chargé de la gestion de l'instance, mais les suggestions sont accueillies favorablement.

Mesures : Robert Janes fournira une liste de vérification de la gestion d'instance.

Le juge en chef Crampton encourage le Comité à élaborer un plan stratégique concret pour ses travaux. Il y a tout d'abord l'établissement d'un espace réservé au droit des Autochtones, ensuite les étapes vers la réconciliation, et les questions procédurales qui peuvent être soulevées dans les procédures judiciaires individuelles peuvent constituer un autre élément.

En ce qui concerne les nominations, le juge en chef souligne la nomination récente du juge Ahmed. Il ajoute que les candidats du Barreau en droit des Autochtones sont peu nombreux et que les autres tribunaux manifestent également un intérêt à l'égard de ces quelques candidats. Les candidats devraient diriger les membres du barreau et ils doivent se rendre compte qu'il est nécessaire de renoncer à une confrontation – certains ont indiqué qu'ils n'étaient pas prêts à le faire et, par conséquent, ils ne posent pas leur candidature.

Le juge Lafrenière réitère la demande de commentaires sur le programme à long terme à présenter au plus tard au début de 2018 pour la tenue d'une discussion au cours de la prochaine réunion.

7. Divers

Le juge Shore suggère que la Cour crée une archive de l'histoire orale pour y avoir accès par voie électronique.

a) Désistement dans *AGC c. Huu-ay-aht First Nations*, A-17-17

Aucun commentaire.

b) Demande informelle de redressement interlocutoire

Le juge en chef fait allusion aux efforts déployés par la Cour pour entreprendre certaines initiatives visant à accroître sa souplesse.

Le juge Lafrenière souligne que des pratiques locales étaient en place, mais la situation a été normalisée à l'échelle de la Cour.

c) Calendrier

Aucun commentaire.

d) Directives en matière de gestion de l'instruction

Le juge Lafrenière précise qu'elles sont applicables à l'ensemble des procédures. Elles ont pour but d'améliorer l'efficacité de la gestion de l'instruction. La Cour est prête à affecter un juge de première instance et à fixer une date de procès dès le début de la procédure, mais les parties doivent accepter de travailler en fonction de ce calendrier. Le juge de première instance peut ensuite travailler avec les parties.

e) Modernisation de la Cour

Andrew Baumberg mentionne qu'un procès s'échelonnant sur plusieurs années qui traitait du droit des Autochtones a eu lieu récemment devant le juge Mandamin à *Alderville*. Aussi, un procès moins long (mais quand même long) traitant du droit des Autochtones a eu lieu devant le



juge Zinn à *Southwind*. L'utilisation d'un système électronique d'affichage et de gestion des éléments de preuve a permis la tenue d'un procès beaucoup plus efficace grâce à la simplification de la gestion, de l'organisation et de la présentation d'une preuve volumineuse. Les grands écrans ont également permis de grossir les documents historiques pour en faciliter la lecture. Les parties intéressées à tenir des audiences et des procès à venir au moyen d'un système de tribunaux électroniques devraient le préciser dans le cadre de la gestion d'instance ou de la conférence préparatoire (ou simplement écrire à la Cour si l'affaire ne fait pas l'objet d'une gestion d'instance).

Le juge en chef Crampton ajoute qu'une période de 100 jours avait d'abord été prévue pour le procès de *Southwind*, mais il a nécessité 70 jours. Il encourage les avocats à examiner ce point et à communiquer avec les avocats dans l'affaire *Alderville* ou *Southwind*, ou avec A. Baumberg pour obtenir de plus amples renseignements.

f) Délais de conservation des dossiers de la Cour : exigences pratiques pour les praticiens
Aucun commentaire.

g) Nomination à la magistrature pour la Cour : Invitation à postuler
Abordé précédemment.

h) Réunion du printemps 2018

La conférence du printemps de l'ABC se tiendra les 7 et 8 juin 2018 à Whitehorse (Yukon). La date proposée pour la tenue de la prochaine réunion est le 6 juin.

Le juge Lafrenière ajoute qu'un échange supplémentaire aura lieu au sujet de la liste proposée.

***** Clôture de la séance. *****