

Réunion du Comité de liaison entre la Cour fédérale et le Barreau en droit des Autochtones

Le jeudi 2 octobre 2014
Calgary (Alberta)

Procès-verbal

Présents : le juge Leonard Mandamin (président), Koren Lightning-Earle, Krista Robertson, Gaylene Schellenberg, Julie Blackhawk, Patricia Esposito, Brenda Gunn, Scott Robertson

Accès par téléconférence : le juge Douglas Campbell, Aimée Craft, Diane Soroka, Andrew Baumberg, Gaylene Schellenberg

1. Mot de bienvenue et présentations – le juge Leonard Mandamin (président)

On fait circuler une clé USB, qui comprend le cahier de la jurisprudence actuel et un projet de révision des lignes directrices sur la pratique, aux fins d'examen.

2. Revue du point a) Ordre du jour et du point b) Compte rendu de la réunion précédente (18 juin 2014)

a) Ordre du jour – approuvé.

b) Procès-verbal

Krista Robertson propose qu'on apporte une modification à la page 3 : « Julie Blackhawk souligne qu'une liste d'Anciens faciliterait peut-être la participation de la Couronne aux discussions en vue d'un règlement. Chaque partie pourrait éventuellement choisir son propre médiateur. Certains membres du ministère de la Justice (MJ) souhaitent étendre le "projet pilote". Un groupe tripartite pourrait peut-être rédiger un document pour préciser le type d'affaires qui conviendraient. Les grandes affaires constitutionnelles ne tomberaient pas nécessairement dans cette catégorie, contrairement aux affaires distinctes, de plus petite envergure ».

Julie Blackhawk souligne que les préoccupations de la Couronne concernaient initialement la neutralité des médiateurs. Les commentaires précédents du ministère de la Justice indiquaient une préférence pour les médiateurs judiciaires. Elle ajoute un point qui a été omis sous le titre « Obstacles aux règlements concernant la Couronne » : « Processus de ratification ».

Elle propose une modification à la ligne suivante : « l'importance de joindre et de disjoindre des questions – certaines peuvent être réglées, d'autres pas ».

Autres modifications proposées :

- « Le juge Mandamin souligne que cela soulève une difficulté technique, puisqu'il existe plus de 600 Premières Nations. »
- « De plus, avant de parvenir à une entente, les parties veulent souvent être directement mêlées au choix des Anciens. »
- « Le juge Mandamin fait remarquer que dans le cadre du projet pilote, un juge ou un protonotaire agit comme médiateur, ou encore les parties résolvent leur affaire elles-mêmes, mais avec la ratification de la Cour. »
- « Aimée Craft indique que cette proposition est toujours valable, mais que la priorité actuelle est d'ajouter le contrôle judiciaire aux lignes directrices. »

D'autres corrections pourront être proposées plus tard pendant la réunion.

Action : Andrew Baumberg doit distribuer le procès-verbal provisoire révisé.

3. Lignes directrices sur la pratique : *Prochaines étapes et objectifs à long terme*

- Présentation de l'ébauche de travail révisée des lignes directrices sur la pratique (MARL / contrôle judiciaire)

Le juge Mandamin fournit le contexte relatif à la version existante des lignes directrices, qui mettaient initialement l'accent sur les mesures. Depuis la publication des lignes directrices, la Cour a lancé un projet pilote axé sur la médiation des litiges en matière de gouvernance. La nouvelle ébauche de travail des lignes directrices vise à tenir compte du processus de médiation et de la procédure de contrôle judiciaire, qui n'étaient pas inclus dans la version originale. L'ébauche est destinée à des fins de discussion seulement. Les participants sont invités à exprimer leurs observations.

Krista Robertson remercie les responsables pour l'importance qu'ils accordent au MARL (et pour les outils fournis à cette fin). Le contexte, qui met l'accent sur le dialogue traditionnel, donne une idée des mesures que prend la Cour sur le plan de l'engagement auprès des Anciens. Des commentaires écrits seront formulés en temps voulu.

Julie Blackhawk souligne que les lignes directrices révisées sont pratiques, et qu'elles fournissent un contexte utile. Quelques questions doivent faire l'objet de discussions au sein du MJ.

- Il serait préférable d'établir un lien clair avec les Règles – celles-ci existent dans certains secteurs, mais pas dans d'autres. En ce qui concerne les ententes entre les parties, on demande d'ajouter des renvois aux Règles.
- Un point n'est pas clair, à savoir l'étendue du projet de contrôle judiciaire à l'ensemble des procédures de droit des Autochtones. Ce point doit être examiné de manière approfondie.
- Section 1 : il serait utile de prévoir des moyens autres que le règlement pour simplifier les processus, p. ex. la séparation des procédures.
- Section de la page 14 concernant les discussions avec le Ministère et la manière de communiquer avec celui-ci : en général, le Ministère n'a pas de mandat; les discussions devraient donc être ouvertes et « sous réserve des droits »; certaines parties s'intéressent à la question, d'autres non.

Il faudra approfondir l'examen au sein du Ministère.

Le juge Mandamin souligne que l'on convient généralement que le projet pilote concernant le règlement des litiges en matière de gouvernance a largement dépassé le stade de « projet pilote ». Le juge en chef a publié un ensemble de lignes directrices visant ce projet. Le principe est que nous pouvons retirer ces lignes directrices et les intégrer aux lignes directrices plus globales. Le projet pilote mettait initialement l'accent sur les litiges en matière de gouvernance; toutefois, la Cour a constaté qu'il pourrait s'appliquer tout autant dans un contexte plus général, y compris à toutes les demandes de contrôle judiciaire, de même que les mesures.

Le juge convient avec Julie Blackhawk que certains aspects ne conviennent pas particulièrement à une entente de règlement. Ces questions concernent l'interprétation ou l'application de la loi. Dans certains cas, les conseillers juridiques des deux parties peuvent examiner les faits et reconnaître l'issue probable. Cependant, lorsqu'il existe des divergences sur le plan de l'interprétation ou des positions bien ancrées, la situation pourrait exiger un arbitrage par un juge. Par exemple, une question constitutionnelle pourrait être difficile à régler au moyen d'une entente.

En ce qui concerne la séparation, il est important de régler certains aspects et de laisser le reste à l'arbitrage; nous pouvons chercher un processus approprié pour aborder ce type de question.

En ce qui concerne les commentaires de Krista Robertson, la Cour a entrepris un parcours très intéressant avec les Anciens et a beaucoup appris de ces derniers. Il convient de reconnaître leur contribution au processus et à l'élaboration des lignes directrices.

Andrew Baumberg demande au Comité si des types d'affaires ne conviennent pas au triage et devraient être expressément inclus dans les lignes directrices.

Scott Robertson répond que cela devrait être traité au cas par cas. Même dans le cas de questions juridiques difficiles, certaines situations pourraient être réglées – on ne devrait pas empêcher les parties d'essayer.

Julie Blackhawk est d'accord, et ajoute que dans certains cas, la Couronne étudie des accords sur des questions de fond essentielles même lorsque les parties conviennent d'être en désaccord, afin de pouvoir avancer et régler une affaire. La Couronne fédérale examine cette question, bien que certains points ne puissent pas être négociés, c.-à-d. la Constitution et l'interprétation.

Andrew Baumberg mentionne que même pour certaines questions constitutionnelles, certains litiges pourraient être réglés au moyen d'un traité; ces questions sont expressément reconnues et affirmées par la Constitution.

Scott Robertson souligne que les avocats sont tenus de tenter de régler les affaires au moyen d'un accord.

Le juge Mandamin fait remarquer que le problème est de communiquer le message. Nous avons tenu une séance sur le règlement des litiges à l'interne, et nous avons renseigné les nouveaux juges au sujet de ce processus. En outre, nous envisageons :

- de mieux aider les juges et les protonotaires afin qu'ils disposent des outils nécessaires pour aborder le MARL;
- de créer une tribune aux fins de discussions publiques sur le sujet; cette tribune réunirait d'autres groupes – il pourrait s'agir d'un symposium coparrainé par la Cour, le MJ, l'Association du Barreau autochtone du Canada (ABA) et l'Association du Barreau canadien (ABC), ce qui lui conférerait un profil suffisant.

Les conseillers juridiques devraient néanmoins renseigner leurs clients sur la manière de faire des choix éclairés concernant la façon de procéder. La question demeure : Comment communiquer le message? (On pourra le faire dans le cadre de la conférence de l'ABA samedi prochain.)

Krista Robertson mentionne qu'un rapport sur cette initiative a été présenté lors d'une réunion de section nationale, et qu'il a donné lieu à une très bonne réaction et à un engagement à promouvoir l'initiative. Il faut assurer une promotion parmi toutes les sections de l'ABC.

Aimée Craft ajoute qu'un travail doit être fait pour promouvoir cette question auprès des conseillers juridiques et pour que ceux-ci fassent de même auprès de leurs clients; des ressources en langage simple de la Cour seraient utiles, par exemple une brochure visant à promouvoir la discussion – cela serait utile comme point de départ. Ce type d'outil promotionnel correspond aux objectifs et au plan stratégique décrits par le juge en chef.

Le juge Mandamin mentionne que cela ressemble au petit « guide des procédures judiciaires » proposé l'an dernier (c.-à-d. le modèle Ferguson).

Y a-t-il d'autres commentaires au sujet des lignes directrices provisoires?

Brenda Gunn ajoute que les membres de l'ABA ont exprimé une certaine hésitation en ce qui concerne le règlement des litiges, étant donné que ces processus peuvent simplement entraîner des coûts supplémentaires; il serait utile d'expliquer initialement pourquoi nous entreprenons ce processus et de mentionner la nécessité d'accélérer le traitement des affaires et d'accroître l'efficacité (voir la p. 4). La promotion de ces processus peut représenter des coûts additionnels.

Renvoi à l'objectif : tenter de régler les litiges sans ajouter une couche supplémentaire, en langage simple : règlement rapide et opportun des différends.

Julie Blackhawk exprime quelques réserves en ce qui concerne l'importance accordée à l'économie de coûts, car le processus n'entraînera pas nécessairement une réduction des coûts, mais plutôt une amélioration des relations.

Le juge Mandamin souligne qu'il s'agit d'un point important : la médiation des différends contribue à rétablir les relations et la confiance entre les parties, c'est une forme de réconciliation.

Brenda Gunn ajoute que nous devons nous assurer que les lignes directrices n'imposent pas de négociations, déterminent les situations où les différends sont propices à un règlement et garantissent qu'aucun processus *pro forma* n'est appliqué.

Krista Robertson souligne qu'il est beaucoup question de triage dans la partie I; le juge doit déterminer si une affaire est vraiment « mûre ». Cela offre une possibilité, mais sans imposer de processus.

Le juge Mandamin souligne que les membres du Comité pourraient envoyer d'autres commentaires par écrit. Ceux-ci seront examinés dans le cadre de la réunion du printemps 2015.

Élément du *contrôle judiciaire* des lignes directrices

Julie Blackhawk exprime une réserve en ce qui concerne les attentes relatives à la médiation dans le contexte des demandes de contrôle judiciaire. En particulier, les discussions préalables à un avis ne conviennent pas nécessairement au Ministère; quoi qu'il en soit, il est irréaliste de s'attendre à ce que le Ministère puisse obtenir un mandat plutôt que de tenir des discussions liées à une requête préliminaire. M^{me} Blackhawk souligne qu'il existe de nombreux obstacles, qui ont été énumérés lors de la dernière réunion. Cependant, si une affaire fait l'objet d'une gestion spéciale, l'échéancier peut être révisé. Elle ajoute qu'elle ne considère pas que la médiation ne devrait pas être étendue au contrôle judiciaire, mais simplement qu'il faut reconnaître les limitations pratiques.

Scott Robertson mentionne qu'il s'est occupé de deux demandes de contrôle judiciaire qui ont été réglées.

Krista Robertson mentionne la section C concernant les discussions avec le Ministère à l'étape de préavis. Il s'agirait d'une option intéressante; cependant, elle ne saurait pas qui contacter au sein du Ministère.

Julie Blackhawk répond que s'il n'y a pas de demande, elle ne peut pas nécessairement fournir de contacts. Il faudrait revoir ce point.

Le juge Mandamin ajoute que, de la même manière, la Cour ne peut pas intervenir tant que les parties ne déposent pas un document quelconque.

Krista Robertson mentionne que la période d'avis préalable (30 jours seulement) est très courte. Est-il réaliste de maintenir cette section dans les lignes directrices?

Le juge Mandamin suggère de simplifier la section en conservant une mention générale au sujet du délai relatif aux demandes, mais en éliminant l'information précise qui favorise les discussions liées à un préavis. Autrement, les parties peuvent toujours tenir des discussions « sous réserve de tous droits ».

Julie Blackhawk est d'accord. Elle vérifiera auprès du groupe responsable des règlements et demandera s'il y a une personne-ressource.

Krista Robertson ajoute qu'un conseiller juridique du Ministère peut être présent à une table de consultation. Si une décision définitive est prise, la première personne à contacter serait probablement le conseiller du Ministère.

Julie Blackhawk répond que cela dépend de la question. On ignore s'il y a autre chose à dire à cette étape.

Scott Robertson ajoute qu'il incombe au conseiller juridique de protéger les droits du client. Si des négociations sont en cours, le conseiller juridique doit déposer une demande de contrôle judiciaire afin de protéger les droits du client.

Brenda Gunn ajoute qu'il serait utile de mentionner, dans les lignes directrices, la limite de 30 jours pour le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire. Ce point n'est pas toujours clair pour les plaideurs éventuels.

Krista Robertson mentionne qu'elle aime bien les options concernant les lieux d'audiences, en particulier la possibilité de tenir une audience au sein de la « communauté autochtone » (plutôt que « dans la réserve ») et les options relatives aux cérémonies spéciales. Il est bon de dire aux parties que la Cour est ouverte à cette idée. Elle souligne que la procédure de demande concernant la gestion spéciale des instances devrait comporter un renvoi à une proposition conjointe « dans la mesure du possible ». Elle ne devrait pas donner à croire que l'absence de proposition conjointe exclurait cette option.

Le juge Mandamin mentionne qu'en général, la demande est faite par une partie seulement. C'est un moyen de faire en sorte que le Ministère obtienne un mandat. On peut tenter de déterminer s'il est possible d'obtenir un mandat pour la gestion spéciale des instances.

Les possibilités de règlement des différends peuvent se présenter à n'importe quelle étape de la procédure – les lignes directrices devraient tenir compte de ce point.

Échéancier proposé : commentaires par écrit, suivis d'un examen dans le cadre de la réunion du printemps 2015.

Le juge Mandamin invite tout le monde à faire circuler des commentaires point par point par écrit afin que l'on puisse rassembler les suggestions et effectuer une révision à temps pour la réunion du printemps. Un délai de 60 jours est proposé pour les commentaires par écrit.

3. Règlement des litiges avec l'aide de la Cour : Prochaines étapes et objectifs à long terme

▪ Règlement des litiges par accord mutuel avec l'aide de la Cour, et extension possible de l'utilisation des approches indigènes de résolution des différends

Le juge Mandamin souligne que la Cour a poursuivi ce projet :

- La majorité des membres de la Cour se sont dits intéressés à participer;
- Nous envisageons de fournir des outils aux membres de la Cour en ce qui concerne le processus de règlement des différends, c'est-à-dire à la fois des outils conventionnels et de la formation

pour les juges qui ne connaissent pas bien les communautés autochtones (structure, processus décisionnel, rôle des Anciens, etc.).

Il faut assurer une capacité juridique suffisante et une orientation axée sur l'éducation.

Au sein de la communauté juridique, on devrait également étudier cette question et examiner les options avec les clients, afin qu'ils puissent prendre une décision éclairée.

Il s'agit également d'un point important pour l'ensemble de la collectivité (c.-à-d. pour les clients, soit le gouvernement fédéral, les conseils de bande, etc.). Selon l'expérience d'un juge de cour provinciale, on mettait l'accent sur la communication du message à la collectivité au sujet des résultats du processus de « conciliation ». Au fil du temps, la collectivité a commencé à *s'approprier* ce processus – tous les secteurs de la collectivité ont commencé lentement à privilégier la conciliation.

Comment pouvons-nous transmettre le message d'une communauté à l'échelon plus général, qui regroupe des centaines de communautés? En outre, même au sein d'une seule communauté, comment pouvons-nous nous assurer qu'il existe un moyen d'enregistrer le règlement pour l'avenir?

Nous devons peut-être élaborer un processus quelconque pour enregistrer les règlements. Il est souligné que les règlements conventionnels comportent une entente de confidentialité, ce qui est improductif. Si une affaire est réglée au sein de la communauté, il devrait s'agir d'un exercice ouvert, par exemple dans la salle du conseil de bande. Si le processus est fermé, c'est douteux.

Il suffit de communiquer les éléments essentiels, et non pas tous les détails (c.-à-d. des renseignements suffisants pour expliquer comment l'affaire a été réglée). Par exemple, on a mentionné antérieurement le processus de paix Navajo, administré par un Ancien; si l'affaire a été réglée par un accord, la Cour a enregistré l'accord afin de clore la procédure judiciaire. En ce qui concerne la nation Tsuu T'ina, les responsables du processus de paix ont choisi les pacificateurs en demandant aux membres de la communauté, maison par maison, qui, selon eux, pouvait faire preuve d'équité. Ils ont ainsi établi une liste de 200 personnes, qui a ensuite été réduite en raison de conflits possibles, de problèmes de santé, etc.; on a alors obtenu une liste de 50 personnes, à qui on a demandé de participer à un programme de formation; en cas de litige, le médiateur était invité à participer au processus de paix, avec l'Ancien (qui donnait des conseils, mais qui n'avait pas le mandat d'agir à titre de médiateur officiel).

De nombreuses options sont possibles, mais cela dépend du contexte et de l'intérêt des parties. On donne un exemple de règlement avec les parties. Chacune des parties a été invitée à se faire accompagner par un Ancien.

On donne un autre exemple de séance de médiation où une ordonnance prévoyait l'enregistrement du résultat. Il est possible d'établir une ordonnance sommaire qui indique qu'une discussion sur le règlement du litige a eu lieu, ainsi que le résultat. La Cour pourrait ensuite regrouper les règlements dans un « cahier des règlements ».

Diane Soroka répond qu'il s'agit d'une très bonne idée. Cela serait utile pour la profession; toutefois, M^{me} Soroka a une question au sujet des personnes qui se représentent elles-mêmes, qui ne sauraient pas où trouver l'information.

Le juge Mandamin affirme que nous avons peut-être besoin d'un groupe bénévole.

Krista Robertson soulève quelques suggestions aux fins d'examen en matière de mécanismes d'enregistrement des règlements :

- Modèle des meilleures pratiques (le Comité a élaboré quelques pratiques, ainsi qu'un gabarit à remplir) – on pourrait préparer un résumé de la médiation, y compris le lieu, la participation d'Anciens, etc.; le juge responsable de la gestion de l'instance pourrait encourager les parties à élaborer un résumé;
- Le résultat pourrait être très positif pour les parties;
- Trousse de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission a reçu des fonds destinés à des mécanismes de règlement des différends) – les conseillers juridiques pourraient consulter les exemples fournis dans cette trousse.

Andrew Baumberg ajoute qu'il pourrait s'agir d'une étape supplémentaire « facultative » dans le cadre du processus de règlement en vertu des Règles, c.-à-d. que les parties élaboreraient un résumé du règlement.

Julie Blackhawk est d'accord, car ces mécanismes devaient être joints au recueil. Elle juge cette option valable; toutefois, on pourrait avoir de la difficulté à obtenir une renonciation au privilège en ce qui concerne le règlement.

Le juge Mandamin souligne que le Tribunal canadien des droits de la personne a utilisé les lignes directrices dans le cadre d'une procédure récente. En outre, l'Advocates Society examine les lignes directrices dans le cadre de son étude relative à l'accroissement des coûts de procès.

▪ **Discussion concernant la possibilité d'un symposium de 2015 sur le mode alternatif de règlement des litiges**

Le juge Mandamin demande si le Barreau serait intéressé à tenir ce type de symposium.

Lors du séminaire de la Cour qui s'est déroulé en octobre 2013 au sein de la Première Nation Kitigan Zibi, les Anciens ont décrit le point de vue autochtone selon lequel on règle les litiges en parlant des choses. Il s'agit de la méthode plus traditionnelle de règlement des litiges, par rapport aux procédures contentieuses en cour. Cela se reflète dans la section contextuelle des lignes directrices.

Scott Robertson propose qu'un symposium mixte ait lieu dans le cadre de la conférence de l'ABA de l'an prochain, sous le thème « discuter des choses ». Il propose également qu'une activité semblable se tienne lorsque les avocats du Ministère se réunissent dans le cadre d'une formation interne.

Julie Blackhawk croit qu'il s'agit d'une bonne suggestion. Le Ministère serait probablement ouvert à l'idée d'une discussion plus large. M^{me} Blackhawk soulèvera la question de la proposition à l'interne.

Scott Robertson indique qu'il soulèvera cette question à une réunion du conseil de l'ABA, à titre de possibilité pour l'automne 2015.

Brenda Gunn souligne que l'ABA a tenu une double conférence dans le passé.

Le juge Mandamin affirme que nous voudrions au moins une demi-journée, ce qui représenterait une taille gérable qui serait « portable ».

Krista Robertson soulève une question concernant le rôle de la Cour.

Scott Robertson estime que les juges ont un rôle à jouer quant à leur point de vue sur ce type de processus. La Cour a ainsi la possibilité de partager son expérience directe.

Le juge Mandamin suggère un « symposium itinérant » qui pourrait participer à diverses activités.

Andrew Baumberg mentionne que le symposium pourrait également être filmé, s'il y a un accord.

Le juge Mandamin demande un document d'une page sur la question, aux fins d'examen par le Comité.

Action : Andrew Baumberg doit élaborer une ébauche aux fins de diffusion.
Le MJ, l'ABC et l'ABA doivent vérifier au sein de leurs groupes afin de confirmer leur position.

5. Questions diverses

▪ *Loi sur les élections au sein de premières nations* – Sanction royale (2014-04-11)

Tony Oliver présente un bref aperçu et souligne que le projet de loi C-9 est essentiellement semblable au projet de loi précédent, mais qu'il prévoit également un pouvoir du ministre en matière d'élections courantes. Celui-ci n'est pas encore en vigueur. Il y a eu un débat au Parlement au sujet de l'absence de processus réglementaire visant à orienter l'exercice de ce pouvoir par le gouvernement. L'article 41 comporte un cadre général relatif à d'autres pouvoirs, mais sans processus.

Aimée Craft mentionne que c'est le gouverneur en conseil qui établirait des règlements. Le projet de loi crée quelques problèmes :

- Le large pouvoir discrétionnaire du ministre pour intégrer les Premières Nations dans la portée du projet de loi;
- Le texte législatif prévoit une compétence concurrente en ce qui concerne les contentieux électoraux – nous verrons assurément des décisions concurrentes ou des procédures parallèles;
- Si un processus de règlement des différends est autorisé par la Cour fédérale, ce qui mettrait la question en suspens, cette mesure pourrait être sapée par une décision de la Cour supérieure.

▪ *Mise à jour relative au cahier de la jurisprudence* – suggestions concernant de nouvelles affaires

On fournit aux participants une clé USB comportant une copie du cahier. Le juge Mandamin propose quelques ajouts : *Daniels*, *Tsilhqot'in*, *Ahousaht*, *Kitsilano*, etc.

Action : Les participants doivent offrir des suggestions.

Les lignes directrices devraient comporter un renvoi au cahier de la jurisprudence; si les affaires ne figurent pas dans le cahier, il n'est pas nécessaire de déposer des copies papier. Les mises à jour de la partie C peuvent être intégrées au cahier principal.

Question : le cahier devrait-il être organisé selon un ordre particulier, par exemple en ordre alphabétique? Possibilité d'un cahier en deux parties : actions et demandes (p. ex. compétence de la Cour pour entendre une demande de contrôle judiciaire d'un tribunal d'appel de common law).

7. Planification de la réunion du printemps 2015

Réunion du printemps de l'ABC au Centre du commerce et des congrès de Membertou, Hampton Inn, près de Sydney (N.-É.), du 10 au 12 juin 2015. Thème : Créer des économies indigènes.

Réception le 10 juin (jour de l'arrivée), ouverte pour la réunion du Comité de liaison.

Proposition : réunion le 10 juin à 13 h.

Le juge Mandamin souligne qu'un collègue MicMac est situé à proximité.

L'objectif consiste à élaborer une ébauche de lignes directrices qui regrouperait les commentaires du Barreau; l'ébauche serait ensuite présentée à la Cour aux fins d'examen et d'approbation par le juge en chef. Le projet pilote sur la gouvernance des Premières Nations serait alors retiré.

8. Clôture