



COUR FÉDÉRALE

LIGNES DIRECTRICES SUR LA PRATIQUE EN MATIÈRE DE PROCÉDURES INTÉRESSANT LE DROIT DES AUTOCHTONES SEPTEMBRE 2021 (4^e ÉDITION)

PARTIE I. Préambule

PARTIE II. Procédures souples

- A. Nomination d'un conseiller neutre de la Cour concernant le droit autochtone
- B. Résumés des décisions en langues autochtones
- C. Diffusion sur le Web des audiences

PARTIE II. Lignes directrices sur la pratique

A. Règlement des litiges par le dialogue

B. Actions

- 1. Phase précédant l'instance
- 2. Introduction de l'instance
- 3. Gestion de l'instance/médiation
- 4. Gestion de l'instruction
- 5. Instruction
- 6. Après l'instruction

C. Demandes de contrôle judiciaire

- 1. Phase préliminaire de 30 jours
- 2. Dépôt d'un avis de demande
- 3. Signification et dépôt des documents
- 4. Preuve par affidavit : dépôt de documents dans une demande
- 5. Gestion de l'instance/médiation
- 6. Audience

D. Protocole relatif au témoignage des aînés et aux récits oraux

Annexe A – Liste de contrôle

Annexe B – Compilation des exemples de pratique

PARTIE I – PRÉAMBULE

Lorsqu'un litige survient entre des personnes, des communautés, des organisations ou des gouvernements, trois résultats sont généralement possibles :

- non résolu – le litige persiste et peut donner lieu à d'autres différends;
- résolu à la suite d'une entente – le litige s'est réglé par le dialogue entre les parties et a donné lieu à un règlement amiable, qui peut être entériné par une ordonnance de la Cour;
- résolu à la suite d'une procédure judiciaire – le litige a été résolu à la suite d'une procédure contradictoire ayant donné lieu à une ordonnance de la Cour, qui tranche les questions en litige.

Les présentes lignes directrices ont pour objectif fondamental de faciliter le règlement des litiges en donnant de l'information sur la procédure de la Cour, sur les options de règlement et sur les ressources qui peuvent être utilisées pour favoriser les discussions en vue d'un règlement et rendre la procédure plus efficace.

Le *Comité de liaison entre la Cour fédérale, l'Association du Barreau autochtone et les juristes en droit autochtone* (« *Comité de liaison* ») réunit des représentants de la Cour fédérale, de l'Association du Barreau autochtone, du ministère de la Justice (du Canada), de l'Association du Barreau canadien et l'Advocates' Society de manière à créer un lieu de rencontre où discuter et revoir les pratiques et règles de procédure ainsi que formuler de recommandations en vue de leur amélioration. D'autres organismes ont également participé de manière sporadique, notamment des membres de divers tribunaux canadiens, des universitaires et l'Institut national de la magistrature. De plus, le Comité de liaison consulte régulièrement les aînés autochtones de partout au pays. Leurs idées et leurs avis en ce qui a trait au protocole relatif au témoignage des aînés et aux récits oraux dont il est question à la partie D ont revêtu une grande importance. Les procès-verbaux du comité se trouvent sur le site Web de la Cour fédérale à l'adresse suivante : <https://www.fct-cf.gc.ca/fr/pages/au-sujet-de-la-cour/comites-de-liaison/comite-de-liaison-entre-la-magistrature-lassociation-du-barreau-autochtone-et-le-barreau-en-droit-des-autochtones> .

À propos de la 4^e édition

La 4^e édition comprend :

- de nouvelles lignes directrices sur la nomination d'un assesseur, chargé d'agir comme conseiller neutre de la Cour concernant le droit ou les traditions autochtones, en vertu de l'article 52 des *Règles des Cours fédérales* (les « Règles »);
- un protocole visant à trouver un juste équilibre entre la réception du témoignage des aînés et la preuve sous forme de récits oraux et les besoins concrets d'un système de justice dans des conditions qui favorisent l'équité et la recherche de la vérité dans les litiges civils;

- un cadre pilote permettant aux parties de demander le résumé d'un jugement dans une langue autochtone;
- liste des éléments à prendre en compte lors de la préparation dans le cadre d'une affaire relevant du droit autochtone;
- un avis de l'option qu'ont les parties de demander l'autorisation d'assister à une audience de la Cour à distance par vidéo.

La 4^e édition complète la version antérieure, qui comprenait des options de règlement des litiges et des lignes directrices sur la pratique pour les *demandes de contrôle judiciaire et les actions* (y compris les questions litigieuses de pratique relatives aux témoignages oraux et au rôle des aînés). On encourage les parties et leurs avocats à s'inspirer des recommandations lorsqu'elles le jugent utile. Les lignes directrices constituent un « document à caractère évolutif » et elles seront mises à jour à la lumière des délibérations futures et de l'expérience additionnelle tirée de leur utilisation comme outil de référence dans le cadre de litiges.

Aux fins de la version anglaise des présentes lignes directrices sur la pratique :

Le terme **“Aboriginal” (law or litigation)** est habituellement utilisé par les avocats pour parler de l'ensemble des lois canadiennes dans ce domaine couramment traité à la Cour fédérale;

Le terme **“Indigenous” (people or law)** renvoie aux peuples, *y compris aux Premières Nations, aux Inuits et aux Métis*, qui sont en cause dans les affaires de droit autochtone devant la Cour fédérale, ou est habituellement utilisé par les avocats pour parler des lois créées par les peuples autochtones.

En français, le mot « autochtone » est employé pour traduire à la fois les mots anglais « *Aboriginal* » et « *Indigenous* ». Ainsi, dans la version française des présentes lignes directrices, les expressions anglaises « *Aboriginal law* » et « *Indigenous law* » sont toutes deux rendues par « droit autochtone ».

Rétroaction et compilation des pratiques exemplaires dans le cadre de litiges

Les commentaires, suggestions ou leçons tirées de l'utilisation des présentes lignes directrices sont les bienvenus et peuvent être envoyés aux représentants de l'Association du Barreau canadien, de l'Association du Barreau autochtone, de l'Advocates' Society ou du ministère de la Justice qui siègent au Comité de liaison, ou sinon directement au secrétaire du Comité :

Conseiller juridique, Cour fédérale
media-fct@fct-cf.gc.ca
 (613) 947-3177

Le *Comité de liaison* vise à établir des exemples de pratiques utiles pour toutes les étapes des litiges du secteur. Les parties sont invitées à présenter des exemples notables d'ordonnances, d'ententes, d'annexes, de protocoles, etc., qu'ils ont trouvés utiles dans des litiges bien précis, qui pourront alors être examinés et par la suite inclus dans l'[annexe B](#) aux présentes lignes directrices.

PARTIE II – PROCÉDURES SOUPLES

Parce que la Cour fédérale est une cour supérieure d'archives établie en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le cadre applicable à sa compétence et à sa procédure est établi principalement par la *Loi sur les Cours fédérales* et les *Règles*. Bien que cette structure formelle soit nécessaire pour que les deux parties et la Cour aient des points de référence communs en matière de procédure, ce cadre doit néanmoins demeurer souple afin que la Cour facilite l'atteinte de son but ultime qui est d'*apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible*.

Le présent cadre procédural souple favorisant la résolution des litiges où sont parties des peuples autochtones est un outil permettant d'atteindre à la réconciliation, dont l'importance a été affirmée par la Cour suprême du Canada à de multiples reprises¹.

Les *Règles* sont suffisamment souples pour permettre aux parties et à la Cour d'adapter les procédures lorsque des circonstances particulières l'exigent :

- Article 3. « Les présentes règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible. »
- Paragraphe 53. (1) « La Cour peut assortir toute ordonnance qu'elle rend en vertu des présentes règles des conditions et des directives qu'elle juge équitables. »
- Paragraphe 53. (2) : « La Cour peut, dans les cas où les présentes règles lui permettent de rendre une ordonnance particulière, rendre toute autre ordonnance qu'elle juge équitable. »
- Article 54. « Une personne peut présenter une requête à tout moment en vue d'obtenir des directives sur la procédure à suivre dans le cadre des présentes règles. »
- Paragraphe 55. « Dans des circonstances spéciales, la Cour peut, dans une instance, modifier une règle ou exempter une partie ou une personne de son application. »
- Articles 380 – 391. Règles de gestion des instances – Le principal élément des *Règles* qui permet d'assouplir le cadre procédural est le cadre de gestion des instances, qui permet au juge responsable de la gestion de l'instance de travailler avec les parties afin qu'il soit plus facile de trouver une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

¹ *R. c. Van der Peet*, [2006] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623.

A. NOMINATION D'UN CONSEILLER NEUTRE DE LA COUR CONCERNANT LE DROIT AUTOCHTONE OU LES TRADITIONS ORALES

Le Comité de liaison a récemment proposé d'utiliser l'article 52 comme mécanisme procédural afin d'aider la Cour à examiner les lois ou traditions orales autochtones qui pourraient être en cause dans les affaires dont elle est saisie.

ASSESEURS

52 (1) La Cour peut demander à un assesseur :

- a) de l'aider à comprendre des éléments de preuve techniques;
- b) de fournir un avis écrit dans une instance.

(2) L'ordonnance rendue en application du paragraphe (1) doit prévoir le paiement des honoraires et débours de l'assesseur.

(3) Les communications entre la Cour et l'assesseur se font en audience publique.

(4) Avant de demander un avis écrit de l'assesseur, la Cour donne aux parties l'occasion de présenter leurs observations sur la forme et le contenu de la question à soumettre.

(5) Avant de rendre jugement, la Cour transmet aux parties la question soumise et l'avis de l'assesseur et leur donne l'occasion de présenter leurs observations à cet égard.

Dans la mesure où les éléments de preuve relatifs aux traditions orales exigent une compréhension d'un système de connaissances particulier, ces éléments de preuve peuvent être considérés comme étant « techniques » et pourraient nécessiter l'aide d'une personne qui connaît bien ce système. L'« assesseur » pourrait être un aîné ou un autre membre de la collectivité qui connaît le droit autochtone ou les traditions orales. Le processus pilote qui suit a été créé par le Comité de liaison, en consultation avec un groupe consultatif externe composé de gardiens du savoir autochtone et d'universitaires.

PROCESSUS DE DEMANDE DE CONSEIL CONCERNANT LA NOMINATION D'ASSESEURS POUR LES QUESTIONS LIÉES À LA RÉCEPTION, À L'INTERPRÉTATION OU À L'APPLICATION DES LOIS OU TRADITIONS AUTOCHTONES

Objectif : Établir un processus pour aider la Cour fédérale à nommer des assesseurs en vertu de l'article 52 des *Règles* dans les affaires où des questions relatives au droit ou tradition autochtone sont soulevées ou sont susceptibles d'être soulevées.

Aucune entrave : Rien dans ce processus n'oblige la Cour à rendre une ordonnance en vertu de l'article 52 des *Règles* ou n'entrave son pouvoir de le faire.

Création d'un comité consultatif sur le droit autochtone : En consultation avec les membres du Comité de liaison, la Cour fédérale met sur pied un comité consultatif sur le droit autochtone qui sera composé de personnes qui connaissent bien le droit autochtone et qui sera chargé de l'aider dans les affaires où elle doit envisager de nommer un assesseur comme conseiller neutre. Cette aide peut notamment porter sur les questions de la réception, de l'interprétation ou de l'application des lois ou traditions autochtones. Le comité consultatif sur le droit autochtone nommera un président.

Processus de détermination des affaires où la Cour peut nommer un assesseur :

Lorsque la Cour, soit de sa propre initiative, soit à la demande des parties, envisage de nommer un assesseur en vertu de l'article 52, elle peut utiliser le processus suivant pour demander conseil au comité consultatif sur le droit autochtone :

1. La Cour avise les parties qu'elle envisage de nommer un assesseur et leur demande de lui présenter des observations à l'égard de cette possibilité et des questions à inclure dans une demande écrite au comité consultatif sur le droit autochtone.
2. Elle rédige une demande à l'intention du comité consultatif sur le droit autochtone, dans laquelle elle indique les renseignements suivants :
 - a. l'intitulé de l'affaire;
 - b. la liste de toutes les parties;
 - c. la collectivité, le groupe ou la nation dont les lois autochtones pourraient être en cause dans la procédure;
 - d. s'il y a lieu, la collectivité, le groupe ou la nation dont l'une des parties au litige est membre;
 - e. un résumé des questions susceptibles de nécessiter l'aide d'un assesseur et une indication de si l'aide est requise pour :
 - i. des questions procédurales;
 - ii. des questions de fond;
 - iii. les deux.
 - f. une demande de recommandations d'un assesseur qualifié;
 - g. toute autre question que la Cour juge appropriée.
3. La Cour permet aux parties de présenter des observations sur la forme et le contenu de la demande écrite avant de l'envoyer.
4. La demande écrite est envoyée au président du comité consultatif sur le droit autochtone, qui :
 - a. examine la demande;
 - b. établit un sous-comité composé de trois membres du comité consultatif qui sera chargé de répondre à la demande.
5. Le sous-comité doit examiner la demande écrite et :
 - a. proposer la candidature d'au moins un assesseur;
 - b. refuser de proposer la candidature d'un assesseur;
 - c. expliquer brièvement pourquoi il a proposé ou refusé de proposer la candidature d'un assesseur.
6. Lorsque le sous-comité propose la candidature d'un assesseur, il doit :
 - a. tenir compte des compétences et de l'expérience de l'assesseur;
 - b. tenir compte des compétences et de l'expérience de l'assesseur;
 - c. tenir compte des compétences et de l'expérience de l'assesseur;

- d. éviter, à moins que les parties et la Cour n'y aient consenti, de proposer la candidature d'une personne qui est membre de la collectivité, du groupe ou de la nation de l'une des parties, le cas échéant;
 - e. éviter, à moins que les parties et la Cour n'y aient consenti, de proposer la candidature d'une personne qui est membre de la collectivité, du groupe ou de la nation de l'une des parties, le cas échéant;
7. Le président du comité consultatif sur le droit autochtone doit communiquer la réponse du sous-comité à la Cour.
 8. La Cour communique la réponse du comité aux parties et permet à celles-ci de présenter des observations sur les assesseurs proposés.
 9. La Cour peut, sous réserve des dispositions de l'article 52 des *Règles des Cours fédérales*, tenir compte de la recommandation lorsqu'elle rend une ordonnance en vertu de cet article.

B. RÉSUMÉS DES DÉCISIONS EN LANGUES AUTOCHTONES

La Cour a récemment lancé un projet pilote pour la traduction des résumés de certaines décisions dans une ou plusieurs des langues autochtones parlées par les parties à une instance ou par les membres de la Première Nation, de la bande, du groupe ou de la collectivité des parties. En plus d'un résumé écrit, un enregistrement du résumé serait préparé et rendu public sur le site Web de la Cour. Quelques exemples des instances récentes sont accessibles à l'adresse suivante : <https://www.fct-cf.gc.ca/fr/pages/medias/webemission#cont>. La traduction est habituellement attribuée par contrat au Service administratif des tribunaux ou au Bureau de la traduction.

Les parties qui souhaitent demander à la Cour de préparer un ou plusieurs de ces résumés dans leur affaire sont donc invitées à présenter des observations écrites, s'il y a lieu, sur les questions suivantes :

- a) si elles souhaitent faire inclure une instance dans le projet pilote;
- b) la langue autochtone appropriée, y compris des détails sur le dialecte préféré (le cas échéant);
- c) un traducteur approprié (facultatif).

C. DIFFUSION SUR LE WEB DES AUDIENCES

Bien que la Cour tienne régulièrement des audiences et des conférences (comme la médiation) au sein des collectivités autochtones et dans les centres urbains, elle est ouverte à recevoir des demandes d'accès à distance par vidéoconférence. Ce genre de demande doit être présenté le plus tôt possible, soit par écrit, soit de vive voix lors d'une conférence de gestion de l'instance ou de gestion de l'instruction.

PARTIE III – LIGNES DIRECTRICES SUR LA PRATIQUE

A. RÈGLEMENT DES LITIGES PAR LE DIALOGUE

Aînés autochtones : *Privilégier le dialogue pour régler les litiges par une entente*

En 2009, la Cour fédérale a tenu un [Symposium sur le témoignage oral et le rôle des aînés](#), qui ouvrait le dialogue avec les aînés d'un bout à l'autre du Canada et avec les représentants des avocats des secteurs public et privé. Pour leur part, les aînés ont tenu un [rassemblement](#) historique en 2010 à Turtle Lodge pour promouvoir une meilleure compréhension du point de vue des Autochtones. Pour faire suite à ce rassemblement, un séminaire d'éducation judiciaire sur la question du règlement des litiges autochtones a été organisé à Kitigan Zibi à la fin de 2013, en collaboration avec les aînés. Tout au long de ces rencontres, les aînés qui ont été consultés ont manifesté leur préférence pour le règlement des litiges par le dialogue : *discuter pour régler les litiges par une entente*.

Pour rendre plus efficace le règlement des litiges intéressant les Autochtones, la Cour propose de le faciliter par d'autres moyens qu'un jugement, sans toutefois empêcher les parties de rechercher un règlement judiciaire. La Cour les encourage généralement à conclure un règlement amiable ou à limiter d'un commun accord les questions en litige. Cependant, les parties doivent en fin de compte décider si elles veulent s'engager dans cette voie. Ce faisant, ils prendront en compte les coûts potentiels liés aux discussions de règlement, qui ne mènent pas toujours au règlement du litige. Il est reconnu que le règlement amiable, une fois conclu, aide à rétablir la relation et la confiance entre les parties, une forme de réconciliation.

Il est important de ne pas oublier que le règlement amiable et le règlement judiciaire se chevauchent souvent : bon nombre d'affaires qui commencent par une procédure contradictoire peuvent passer au dialogue et se régler à l'amiable, ne serait-ce que pour seulement certaines questions en litige. Qui plus est, selon l'expérience de la Cour, bon nombre de parties qui ne sont d'abord pas disposées à dialoguer découvrent plus tard qu'elles peuvent trouver un terrain d'entente et un intérêt commun dans la quête d'un règlement, ce qui mène à un règlement acceptable pour toutes les parties.

Les parties s'engagent dans un processus de dialogue « sous réserve de tout droit », ce qui signifie que si le litige n'est pas réglé à l'amiable, elles peuvent revenir à une procédure contradictoire sans compromettre leur position initiale. Par le dialogue, les parties obtiennent souvent une meilleure compréhension de leur propre position et de celle des autres parties. Cela permet, entre autres, un processus plus efficace et moins coûteux si les parties n'arrivent pas à une entente par la voie de la médiation.

Cadre de travail de la Cour pour le règlement des litiges par le dialogue

En 2012, au moyen d'instructions relatives à la pratique, la Cour a lancé un projet pilote pour faciliter une résolution plus expéditive, économique et acceptable des demandes de

contrôle judiciaire visant des litiges liés à la gouvernance des Premières Nations. Le projet pilote est désormais une pratique établie à la Cour et fait partie intégrante des présentes lignes directrices, qui étendent également la pratique, *d'une manière flexible*, à toutes les procédures de droit autochtone dont la Cour fédérale est saisie.

Le processus commence par une évaluation initiale (« triage ») faite par un juge de la Cour. *Lorsque la situation s'y prête*, la Cour peut inviter de manière informelle les parties à envisager d'autres moyens de procéder, y compris la médiation hors du cadre de la Cour ou le règlement judiciaire de litiges (par un juge ou un protonotaire).

L'évaluation demandée par la Cour ou une partie suit généralement les étapes suivantes :

Évaluation à la demande d'une partie

- Au moment du dépôt de la déclaration ou d'un avis de demande, le demandeur ou le requérant peut fournir une lettre demandant que l'instance soit gérée comme une instance à gestion spéciale, en vertu de l'article 384 des Règles. Cette lettre devrait décrire les faits pertinents et comporter des observations. Si une instance à gestion spéciale *accélérée* est jugée nécessaire, il faut le préciser dans la lettre.
- Un intimé ou un défendeur peut faire pareille demande en tout temps après avoir reçu avis de la procédure.
- Une partie peut également demander une ordonnance de statu quo, qui, si toutes les parties y consentent, leur permettrait d'envisager toutes les options de règlement du litige sans avoir à se soucier des délais normaux d'une procédure contradictoire.
- Dès réception de la demande, le greffe procède sans délai au renvoi du dossier pour que la Cour fasse une évaluation en temps utile.

Évaluation sur renvoi par le greffe de la Cour

- Même si ni l'une ni l'autre des parties ne fait la demande décrite ci-dessus, le greffe peut renvoyer le dossier pour évaluation par la Cour, s'il juge que le dossier *peut* entrer dans le présent cadre de travail.

Évaluation par la Cour

- Un juge ou un protonotaire de la Cour examine le dossier en question et, si la situation s'y prête, il invite les parties à participer à une réunion informelle en personne ou par conférence téléphonique.
- Le juge ou le protonotaire décide si l'instruction du dossier devrait continuer comme une instance à gestion spéciale en vertu de l'article 384 des Règles. Lorsqu'il est constaté qu'un règlement judiciaire simplifié est possible, une ordonnance est prononcée, et un juge chargé de la gestion de l'instance est désigné.

- Si un protonotaire et un juge sont désignés ensemble pour assurer la gestion de l'instance, c'est le protonotaire qui s'occupe de gérer l'instance au jour le jour, à moins d'indications contraires.

La réunion informelle des parties et de la Cour vise à déterminer l'approche privilégiée par les parties pour régler le litige en temps opportun, de la manière la plus économique et acceptable qui soit pour les intéressés et suivant ce que la Cour peut faire pour faciliter ce processus.

Les options dont disposent les parties comprennent notamment :

- la gestion spéciale d'instance prévue aux articles 383 à 385 des Règles;
- une ordonnance sur consentement par statu quo;
- une suspension de l'instance pour favoriser le règlement, prévue à l'article 390, y compris la suspension des délais de dépôt pendant que se déroule le processus de règlement du litige hors cour;
- l'utilisation de processus de règlement des litiges intéressant les Autochtones, qui soient acceptables pour les parties;
- l'officialisation du règlement à l'amiable par une ordonnance sur consentement, le cas échéant;
- les arrangements relatifs à la médiation, au règlement judiciaire du litige et à la présence aux audiences, lorsque cela est possible;
- l'organisation ciblée des faits, des documents et d'autres éléments de preuve et la détermination des questions en litige;
- l'instruction séparée des questions en litige, en vertu de l'article 107 des Règles, de sorte que certaines questions soient tranchées par la Cour et que d'autres soient réglées à l'amiable;
- le recours aux services de règlement des litiges offerts par la Cour, notamment :
 - l'examen, s'il y a lieu, d'une demande présentée par une partie pour que soit nommé un juge ou un protonotaire ayant précisément de l'expérience en médiation ou dans les litiges interculturels;
 - la médiation – alinéa 387a) des Règles [les articles 389, 419 et 420 des Règles qui régissent les offres de règlement];
 - l'évaluation objective préliminaire – alinéa 387b);
 - le mini-procès –alinéa 387c) des Règles.

Un groupe restreint de juges et de protonotaires est disponible pour une affectation pour mener un processus de règlement judiciaire du litige ou de médiation.

Lorsque le processus de règlement judiciaire est un échec ou n'est pas mené ou lorsque les parties se sont entendues seulement sur certaines questions en litige, les questions en litige non résolues seront alors tranchées par un juge ou protonotaire qui n'est pas encore intervenu dans l'affaire, sauf si les parties consentent à continuer avec le même officier de justice.

389(2) Si l'instance n'est réglée qu'en partie à la conférence de règlement des litiges, le juge responsable de la gestion de l'instance rend une ordonnance dans laquelle il fait état des questions litigieuses pendantes et donne les directives qu'il estime nécessaires pour leur adjudication.

(3) Si l'instance n'est pas réglée à la conférence de règlement des litiges, le juge responsable de la gestion de l'instance consigne ce fait au dossier de la Cour.

391. Le juge responsable de la gestion de l'instance qui tient une conférence de règlement des litiges dans le cadre d'une action, d'une demande ou d'un appel ne peut présider l'audience que si toutes les parties y consentent.

Règlement des litiges par le dialogue : *Autres aspects à considérer*

- ***Confidentialité : discussion concernant une publication éventuelle du règlement***

Les discussions menées en vue d'un règlement amiable sont généralement assujetties au privilège de non-divulgence, ce qui signifie que, à moins d'entente entre les parties, ces discussions se déroulent sous réserve de tous droits et ne sont pas versées en preuve ni communiquées au tribunal (voir l'exception prévue à l'article 422 des Règles).

Les discussions menées en vue d'un règlement amiable sont aussi généralement confidentielles. Sous réserve d'ententes spéciales visant à répondre aux demandes des médias ou à renseigner le public, les parties ne peuvent diffuser ou divulguer à des tiers ce qui est discuté.

Article 388. Les discussions tenues au cours d'une conférence de règlement des litiges ainsi que les documents élaborés pour la conférence sont confidentiels et ne peuvent être divulgués.

Bien que les discussions sur le règlement du litige tenues sous le régime des *Règles* soient généralement confidentielles, dans certains cas, il pourrait être utile aux parties à une instance en droit autochtone de faire connaître publiquement les modalités du règlement amiable ou de diffuser à tout le moins un *résumé* du processus et de l'entente définitive. Outre la transparence pour l'ensemble des communautés visées par l'entente, la publication peut également constituer un modèle – tant pour le *processus* que pour les *résultats* – pour les autres communautés qui peuvent être ouvertes à la possibilité de résoudre des litiges semblables par voie de règlement amiable. Il peut parfois arriver qu'un règlement amiable soit accompagné d'une ordonnance de la Cour qui en entérine les résultats et qui procure un caractère juridique définitif au processus. Si les circonstances de l'espèce s'y prêtent, et si toutes les parties y consentent, cette ordonnance peut inclure un résumé du règlement et être versée au dossier public de la Cour.

- ***Obstacles au règlement amiable***

Dans certains cas, le règlement conclu par voie de médiation puisse offrir de nombreux avantages pour toutes les parties, comparativement à un jugement. Cependant, il est important de tenir compte des obstacles susceptibles de nuire au dialogue, pour que les parties s'engagent dans celui-ci avec des attentes réalistes. Les facteurs suivants, dont la liste n'est pas exhaustive, devraient être pris en considération :

- *Coût* – Bien que le règlement conclu par voie de médiation soit presque toujours beaucoup moins coûteux qu'une procédure contradictoire complète, les parties

doivent néanmoins engager certains frais qui doivent être pondérés avec les chances de parvenir à un règlement pour au moins certaines des questions en litige.

- *Connaissance de la demande* – Au début de la déclaration ou de la demande de contrôle judiciaire, les plaideurs n’ont peut-être pas une connaissance suffisante des faits ou des questions en litige pour recommander un règlement amiable. Dans une demande de contrôle judiciaire en particulier, le défendeur n’est pas tenu, selon les Règles, de fournir une réponse sur le fond à la demande; il est donc difficile pour le demandeur de connaître l’opinion du défendeur et les moyens de défense susceptibles d’être plaidés.
- *Processus d’approbation en vue d’obtenir un mandat de règlement amiable* – Bon nombre de demandes ont des conséquences juridiques, pratiques et financières importantes pour les parties. Il peut être nécessaire d’en tenir compte dans le cadre d’une longue procédure d’approbation, et dans ce cas, il se peut que les discussions sur le règlement amiable soient écartées au début de l’instance.
- *Facteur temps* – Des obstacles peuvent contrecarrer les tentatives de régler rapidement, comme nous l’avons vu précédemment. Toutefois, si les parties engagent des ressources financières et humaines considérables dans une démarche contradictoire sans examiner minutieusement les options de règlement, cette situation pourrait également constituer un obstacle au règlement. L’expérience démontre que les parties hésitent souvent à changer de démarche, une fois qu’ils ont consacré beaucoup de temps et de ressources à une procédure contradictoire. Il peut en être ainsi, même si le règlement amiable peut encore leur offrir certains avantages, comparativement à un jugement.

- ***Recours collectif ou instance par représentation***

Des règles spéciales s’appliquent aux discussions sur le règlement du litige dans un *recours collectif* (articles 334.1 et suivants des Règles) ou d’une *instance par représentation* (articles 114 et 115 des Règles) :

114 (4) Le désistement ou le règlement de l’instance par représentation ne prend effet que s’il est approuvé par la Cour.

334.29 (1) Le règlement d’un recours collectif ne prend effet que s’il est approuvé par un juge.

334.3 Le désistement d’une instance introduite par le membre d’un groupe de personnes au nom du groupe ne prend effet que s’il est approuvé par un juge.

- ***Dépens***

Les règlements amiables devraient tenir compte de la question des dépens. Subsidiairement, la question des dépens peut être soumise à la Cour, soit au moyen d’observations écrites ou, sinon, à une audience. Voir, par exemple, l’ordonnance

d'adjudication des dépens faisant suite au règlement amiable intervenu dans l'affaire [*Knebush c. Maygard*](#).²

Les « dépens » s'entendent des honoraires d'avocat et des débours (comme les frais d'impression, de dépôt, d'interprète ou de déplacement des témoins) engagés par une partie au litige. Même si la règle générale applicable à une procédure judiciaire veut que des dépens, si la Cour en adjuge, soient accordés aux parties selon l'issue de la cause, aucune règle fixe ne prévoit que c'est la partie ayant obtenu gain de cause qui y aura toujours droit. Dans de nombreux cas, la partie ayant obtenu gain de cause pourra se voir accorder une partie de ses dépens, *mais rarement tous ses dépens*. La Cour tient compte de nombreux facteurs, énoncés à l'article 400 des Règles, pour trancher la question des dépens :

Paragraphe 400. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de déterminer le montant des dépens, de les répartir et de désigner les personnes qui doivent les payer.

(2) Les dépens peuvent être adjugés à la Couronne ou contre elle.

(3) Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe (1), la Cour peut tenir compte de l'un ou l'autre des facteurs suivants :

- a) le résultat de l'instance;
- b) les sommes réclamées et les sommes recouvrées;
- c) l'importance et la complexité des questions en litige;
- d) le partage de la responsabilité;
- e) toute offre écrite de règlement;
- f) toute offre de contribution faite en vertu de la règle 421;
- g) la charge de travail;
- h) le fait que l'intérêt public dans la résolution judiciaire de l'instance justifie une adjudication particulière des dépens;
- i) la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abrèger ou de prolonger inutilement la durée de l'instance;
- j) le défaut de la part d'une partie de signifier une demande visée à la règle 255 ou de reconnaître ce qui aurait dû être admis;
- k) la question de savoir si une mesure prise au cours de l'instance, selon le cas :
 - (i) était inappropriée, vexatoire ou inutile,
 - (ii) a été entreprise de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection;
- l) la question de savoir si plus d'un mémoire de dépens devrait être accordé lorsque deux ou plusieurs parties sont représentées par différents avocats ou lorsque, étant représentées par le même avocat, elles ont scindé inutilement leur défense;
- m) la question de savoir si deux ou plusieurs parties représentées par le même avocat ont engagé inutilement des instances distinctes;
- n) la question de savoir si la partie qui a eu gain de cause dans une action a exagéré le montant de sa réclamation, notamment celle indiquée dans la demande reconventionnelle ou la mise en cause, pour éviter l'application des règles 292 à 299;
- n.1) la question de savoir si les dépenses engagées pour la déposition d'un témoin expert étaient justifiées compte tenu de l'un ou l'autre des facteurs suivants :
 - (i) la nature du litige, son importance pour le public et la nécessité de clarifier le droit,
 - (ii) le nombre, la complexité ou la nature technique des questions en litige,
 - (iii) la somme en litige;
- o) toute autre question qu'elle juge pertinente.

² *Knebush c. Maygard*, 2014 CF 1247.

L'utilisation efficace des offres de règlement (à savoir un effort fait en vue de régler le litige à l'amiable) est un aspect important à prendre en considération. Les parties qui sont en mesure de démontrer qu'elles se sont véritablement efforcées de régler le litige d'une manière raisonnable, surtout dès le départ, pourront voir leurs efforts pris en compte comme facteur dans l'évaluation des dépens par la Cour (si l'offre de règlement est écrite). Les conséquences des offres de règlement sur les *dépens* sont énoncées aux articles 419 à 421 des Règles.

Il faut souligner que l'article 334.39 des Règles prévoit l'adjudication de dépens liés à un recours collectif. En règle générale, sauf en cas de circonstances spéciales, aucuns dépens ne sont adjugés à l'égard d'une requête en vue de faire autoriser l'instance comme recours collectif, qui constitue un engagement important.

ACTIONS

Une « action » est un type de procédure judiciaire qui vise à faire valoir un droit, à réparer une atteinte à un droit ou à protéger un droit. La partie qui introduit l'action est appelée le « demandeur » et la partie adverse est appelée le « défendeur ». Outre la preuve documentaire présentée à la Cour, il est normal que des personnes, notamment des experts³ et des aînés autochtones (à l'égard desquels des lignes directrices spéciales sont prévues à la section D), soient appelées à témoigner lors de l'instruction de l'action (le « procès »).

Dans le cas d'une demande de réparation contre la Couronne, le demandeur peut introduire l'action devant la Cour fédérale ou une cour provinciale⁴.

1. Phase précédant l'instance

Lorsque cela facilite les choses, *avant* d'introduire une procédure devant la Cour, les parties devraient s'efforcer de faire ce qui suit :

- examiner la revendication prévue avec les témoins potentiels ou retenus, y compris les témoins experts ou les aînés, afin de clarifier les questions essentielles de fait et de droit en litige;
- remettre aux autres parties une ébauche de déclaration, un résumé de l'affaire ou un document semblable;
- entrer en discussion avec les autres parties afin de clarifier les questions essentielles de fait et de droit en litige.

Pour entamer des discussions avec le ministère de la Justice (Canada), il faut communiquer avec le directeur de la Section du droit autochtone du bureau régional

³ Voir les articles 52.1 à 52.6 et 279 à 280 des Règles.

⁴ Voir l'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* et l'article 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

concerné, ou le Directeur général de la Section du contentieux des affaires civiles (Ottawa), qui pourra nommer un avocat comme interlocuteur dans ces discussions précédant l'introduction de l'instance.

Si une instance est introduite *après* la tenue de telles discussions (ou après la tenue de négociations antérieures précédant l'instance), les parties doivent tenter de rationaliser les phases de pré-procès et de procès afin de refléter tout progrès accompli sur les questions en litige. Compte tenu du caractère confidentiel des discussions précédant l'instance, les parties devraient établir quelles portions des discussions précédant l'instance seront assujetties à un privilège et dans quelle mesure elles le seront.

2. Introduction de l'instance

Une partie introduisant une procédure complexe devant la Cour doit porter particulièrement attention à la formulation de la déclaration afin d'éviter que les parties aient par la suite à demander des modifications à la déclaration ou à la défense.

Si les parties s'attendent à ce que la procédure dure plus d'un an, elles devraient *immédiatement* demander au juge en chef que la procédure se poursuive à titre d'instance à gestion spéciale comme le prévoient les Règles, afin de permettre à la Cour de s'impliquer plus tôt dans le processus [voir la rubrique Gestion de l'instance ci-dessous].

Dans les cas particuliers où une partie souhaite introduire une instance auprès de la Cour pour *respecter le délai de prescription*⁵, mais qu'elle n'est pas prête à passer à l'étape suivante prévue dans les Règles (par exemple, présenter une défense ou échanger des affidavits), la partie pourrait vouloir déposer une demande « protectrice » accompagnée d'une demande adressée au juge en chef afin que :

- l'instance devienne immédiatement une instance à gestion spéciale [voir la rubrique Gestion de l'instance ci-dessous];
- les délais pour la présentation d'une défense et d'autres étapes soient suspendus, au besoin.

On encourage les parties à introduire les instances et à déposer les documents par voie électronique⁶.

3. Gestion de l'instance/médiation

La gestion et la disposition rapide des litiges complexes, notamment les instances complexes en droit des Autochtones, peuvent être facilitées par la collaboration entre les parties et par la gestion d'instance. Afin de faire connaître certaines des dispositions applicables des Règles et la souplesse qu'offre la gestion d'instance, les dispositions suivantes des Règles sont soulignées.

⁵ Par exemple, lorsque les parties sont encore en train de négocier.

⁶ Pour plus de renseignements, consultez le site <https://www.fct-cf.gc.ca/fr/pages/acces-en-ligne/depot-electronique>

- Pour qu'il y ait gestion de l'instance (dès l'introduction de l'instance ou plus tard), une lettre demandant l'application de l'article 384 des Règles doit être envoyée au juge en chef, afin que l'instance se poursuive à titre d'instance à gestion spéciale⁷. La lettre doit aborder les questions suivantes :
 - les raisons pour lesquelles la gestion d'instance est demandée;
 - s'il est urgent de nommer un juge responsable de la gestion de l'instance et, le cas échéant, pourquoi;
 - une proposition conjointe pour la gestion de l'instance, qui précise si les parties ont l'intention :
 - a) soit de faire avancer l'instance rapidement, auquel cas le juge responsable de la gestion de l'instance joue habituellement un rôle plus actif, en fonction du niveau de collaboration entre les parties;
 - b) soit de reporter le traitement de l'affaire, auquel cas le juge responsable de l'instance joue normalement un rôle de supervision à plus long terme, par exemple quand il y a encore des négociations ou une médiation hors Cour [par exemple, l'article 390 des Règles];

Remarque : La proposition conjointe peut comprendre un calendrier qui diffère considérablement du calendrier normal établi dans les Règles, qui pourrait prévoir la communication par segment des rapports d'experts, la suspension de l'instance durant un certain temps, etc.

Désaccord : Si les parties ne s'entendent pas à ce sujet, la Cour joue normalement un rôle actif, en fonction des circonstances propres à l'instance.

 - si les parties souhaitent tenir une conférence de gestion d'instance sans délai avec le juge responsable de la gestion de l'instance. Le cas échéant, les parties doivent préciser :
 - a) leurs disponibilités au cours des deux semaines qui suivent;
 - b) une liste des questions qu'elles veulent aborder à cette conférence.

- Les articles 383, 383.1 et 384 des Règles prévoient que la gestion de l'instance peut être offerte à tout moment. Lorsque toutes les parties y consentent, la gestion d'instance est presque toujours fournie. Lorsque certaines des parties n'y consentent pas, les parties demandant la gestion d'instance doivent démontrer comment la gestion d'instance apportera la solution au litige qui est juste et la plus expéditive et économique possible, conformément à l'article 3 des Règles. Conformément à la pratique de la Cour, il doit exister une bonne raison pour qu'une procédure soit retirée des échéanciers normaux prévus par les Règles. Toutefois, une partie qui refuse de consentir à la gestion de l'instance devrait normalement expliquer pourquoi une gestion de l'instance n'est pas envisagée dans les circonstances.

- Les articles 380 à 382.1 des Règles prévoient que si, six mois après l'introduction de l'instance, le dossier de la Cour ne révèle aucune activité, les parties doivent informer

⁷ Les demandes de gestion d'instance sont examinées en temps utile par le juge en chef qui, lorsque la demande est justifiée, nomme immédiatement un juge chargé de la gestion de l'instance.

la Cour de l'état de l'instance. Si un an s'est écoulé et que le dossier ne révèle aucune activité, la Cour doit ordonner que l'instance se poursuive à titre d'instance à gestion spéciale.

- *En fonction des documents écrits et des circonstances*, le juge responsable de la gestion de l'instance peut donner des directives ou rendre des ordonnances sur la gestion de l'instance sans tenir de conférence de gestion d'instance. La conférence n'a lieu que si elle est nécessaire, comme lorsque la Cour ne dispose pas des renseignements nécessaires ou lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre sur une proposition conjointe de gestion de l'instance.
- Le juge responsable de la gestion de l'instance se penche sur toutes les questions soulevées avant l'instruction ou l'audience de l'instance à gestion spéciale. Il dispose d'une bonne marge de manœuvre afin de permettre aux parties et à la Cour d'adapter la procédure pour répondre à certains besoins particuliers, lorsque c'est nécessaire. Il peut notamment exercer les pouvoirs suivants que lui confère le paragraphe 385(1) des Règles :
 - a) donner toute directive nécessaire pour permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible;
 - b) sans égard aux délais prévus par les Règles, fixer les délais applicables aux mesures à entreprendre subséquentement dans l'instance;
 - c) organiser et tenir les conférences de règlement des litiges et les conférences préparatoires à l'instruction qu'il estime nécessaires;
 - d) sous réserve du paragraphe 50(1), entendre les requêtes présentées avant que la date d'instruction soit fixée et statuer sur celles-ci.
- En octobre 2020, la Cour a diffusé un avis mis à jour destiné à la communauté juridique⁸ pour donner d'autres éclaircissements sur l'application des Règles dans la gestion d'instance de litiges complexes dans tous les secteurs de pratique (et surtout en ce qui a trait aux actions complexes). Cet avis avait pour principal objectif d'assurer la proportionnalité dans les affaires devant la Cour.

Liste de vérification pour la gestion de l'instance⁹

Dès qu'un juge est désigné pour la gestion d'une instance, il faut aborder les questions suivantes le plus rapidement possible par écrit ou lors d'une conférence de gestion d'instance :

⁸ Lignes directrices sur la gestion des instances et des instructions pour les procédures complexes au titre du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* – accessible à l'adresse suivante : <https://www.fct-cf.gc.ca/fr/pages/droit-et-trousse-doutils/avis>

⁹ Cette liste de vérification se veut un guide conçu à l'intention des avocats pour les aider à plaider des questions de droit autochtone devant la Cour fédérale de sorte que la gestion d'instance soit utilisée efficacement pour faciliter la rédaction des demandes et limiter les questions exigeant une décision judiciaire.

i. Échéanciers

- a) Modifications à l'acte de procédure
- b) Dépôt d'une défense
- c) Communication préalable à l'instruction (calendrier de communication des documents);
- d) Calendrier des interrogatoires préalables
- e) Calendrier de remise des interrogatoires par écrit et des réponses
- f) Questions de procédure qui, selon les parties, nécessiteront une décision de la Cour et calendrier d'audience
- g) Calendrier des experts
- h) Calendrier des dates de procès

ii. Possibilité d'une approche par étapes et d'un jugement sommaire

- a) La possibilité pour l'instruction d'être divisée en étapes ou pour la preuve et les plaidoiries d'être présentées par question, au lieu de l'ordre habituel (articles 274 et 278 des Règles)
- b) S'il serait logique qu'un seul juge s'occupe de toutes les phases de la procédure
- c) Le calendrier des jugements relatifs à chacune des phases, le cas échéant
- d) L'incidence des appels interjetés contre une décision d'étape sur les autres étapes de l'instruction
- e) Instruction distincte d'une ou de plusieurs questions – article 107 des Règles.
- f) Exposé conjoint des faits.
- g) Si une ou plusieurs questions peuvent être résolues par jugement sommaire – article 213 des Règles

Autres remarques : Lorsque les questions sont instruites dans des procès distincts, il est recommandé que la durée prévue de chaque procès n'excède pas un an et qu'elle soit limitée si possible à 6 ou 8 mois environ.

iii. Règlement du litige

- a) Tenue d'une conférence préparatoire – article 315 des Règles
- b) Recours aux outils de médiation – articles 257, 389, 419 et 420 et alinéa 387a) des Règles
- c) Évaluation objective préliminaire de toutes les questions ou de certaines d'entre elles – alinéa 387b) des Règles
- d) Suspension de l'instance pour favoriser le règlement du litige par un autre mode – article 390 des Règles

Autres remarques – La Cour examinera, le cas échéant, une demande présentée par une partie pour que soit désigné un juge ou un protonotaire ayant précisément de l'expérience en médiation ou dans les litiges interculturels.

Pour obtenir d'autres renseignements sur les services de règlement des litiges à l'amiable, consultez la section A – Règlement des litiges par le dialogue (ci-dessus).

iv. Communication préalable des documents

- a) Accords en vue de limiter l'ampleur de la communication de documents ou une ordonnance de la Cour en vue de limiter la communication de documents en réduisant le nombre de questions.
- b) Calendrier de communication – possibilité d'échelonner la communication pour permettre la recherche sur des questions particulières.
- c) Utilisation de documents anciens – l'authenticité, et non l'admissibilité.
- d) Utilisation d'un cahier commun de documents.

Autres remarques

- o Accord possible entre les avocats pour limiter l'ampleur de la communication des documents (par rapport à celle établie par le critère énoncé dans *Peruvian Guano*)¹⁰ ou pour demander une ordonnance de la Cour à cet effet, et en particulier la possibilité de limiter l'ampleur de la communication aux documents *qui sont directement pertinents en regard des questions importantes*, sous réserve de l'exigence voulant que la production d'une pièce à l'instruction nécessite sa communication préalable.
- o Les Règles permettent de dispenser une partie de la production de tous les documents pertinents, par conséquent une partie peut demander d'être dispensée de l'obligation de produire des documents, en général ou par catégorie de documents, par exemple¹¹.
- o Il est recommandé que le juge qui entendra l'affaire, s'il a déjà été nommé, soit consulté sur les questions relatives à la portée de la divulgation
- o Calendrier pour la communication de la preuve, y compris la possibilité de communication échelonnée pour permettre la recherche par étape, et la préparation des rapports d'experts.

v. Communication préalable – interrogatoire préalable et interrogatoires par écrit

- a) Calendrier des interrogatoires.
- b) Consentement des parties ou autorisation de la Cour pour les interrogatoires préalables et les interrogatoires par écrit.
- c) Calendrier de remise des interrogatoires par écrit.
- d) Calendrier de remise des réponses aux interrogatoires par écrit.

¹⁰ Il est courant dans plusieurs ressorts de restreindre l'ampleur de la communication, par exemple :

- Alberta : le critère est le document pertinent et important – un document est pertinent et important seulement si l'on peut raisonnablement s'attendre a) à ce qu'il aide considérablement à trancher une ou plusieurs des questions soulevées dans la procédure ou b) à ce qu'il amène de la crédibilité à une preuve pouvant aider considérablement à trancher une ou plusieurs des questions soulevées dans la procédure (article 186.1)
- Colombie-Britannique: les changements proposés aux règles obligerait les parties à communiquer tous les documents pouvant être utilisés par une des parties au procès pour prouver ou réfuter un fait important.
- Manitoba : Paragraphe 30.02(1) des Règles du Banc de la Reine « Un document pertinent qui se trouve ou s'est trouvé en la possession d'une partie, sous son contrôle ou sous sa garde est divulgué conformément à la présente règle, que l'on revendique ou non un privilège à l'égard de ce document. »

¹¹ Voir l'article 230 des Règles.

Autres remarques - Il faut le consentement des parties ou l'autorisation de la Cour pour que les interrogatoires préalables soient faits en partie par écrit et en partie oralement – paragraphe 234(1) des Règles.

vi. Gestion des documents

a) Protocoles de gestion des documents électroniques

Autres remarques

- o Le protocole pour l'échange par voie électronique de documents susceptibles d'être communiqués entre les parties¹².
- o Les parties sont encouragées à déposer des documents par voie électronique.¹³
- o En vertu de l'article 141 des Règles, les parties peuvent consentir à la signification électronique pour qu'elles puissent recevoir ou envoyer des documents par courriel ou par un autre mode de signification électronique.

vii. Les experts

a) Calendrier des experts (selon leur disponibilité)

Autres remarques - De nombreux experts appelés à témoigner dans des litiges en droit autochtone enseignent à l'université. En conséquence, l'horaire du procès peut devoir s'adapter à leur horaire d'enseignement. (Voir également la rubrique Gestion de l'instruction – Calendrier de l'instruction ci-dessous.) Les restrictions à la disponibilité devraient être communiquées à la Cour avant la conférence précédant l'instruction.

viii. Récits oraux et témoignage des aînés

- a) Élaboration d'un protocole pour les récits oraux.
- b) Prise en considération des cérémonies spéciales – choix du moment, fréquence, durée, lieux, consentement des parties et de la Cour.
- c) Orientation culturelle – expérience des parties et de la Cour, visite possible des lieux, renseignements généraux sur les témoins (résumé de témoignage anticipé).
- d) Preuve recueillie par commission rogatoire – moment, lieu.
- e) Utilisation d'une preuve matérielle.
- f) Recours aux services de traducteurs et de personnes épelant les mots.

4. Gestion de l'instruction

¹² À titre d'exemple, plusieurs provinces ont mis sur pied des directives de pratique concernant la préparation, la gestion et la présentation de preuve électronique, ainsi que des protocoles généraux :

- Directive sur la preuve électronique de la Cour suprême de Colombie-Britannique (1^{er} juillet 2006);
- Directive n° 14 de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta (30 mai 2007);
- Les nouvelles Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse abordent également cette question;
- Le *Modèle national de règles de pratique pour l'utilisation de la technologie dans les litiges civils* du Conseil canadien de la magistrature.

¹³ Pour plus de renseignements, consultez le site : <https://www.fct-cf.gc.ca/fr/pages/acces-en-ligne/depot-electronique>

Dès que le juge qui entendra l'affaire est nommé, les conférences de gestion de l'instruction devraient être prévues pour permettre au juge de se pencher sur les questions pouvant être résolues avant l'instruction, notamment :

(a) gestion des documents

- Pour les procédures où la preuve documentaire déposée est de grande envergure, l'adoption de protocoles pour le format, la numérotation, etc., afin de gérer les documents;
- Utilisation de technologies de gestion des documents durant l'instruction;
 - format, codification, attribution d'un numéro de pièce, etc.,
 - directives possibles de la Cour – article 33 des Règles.
- Préparation d'une page couverture en format abrégé pour aider à l'organisation des documents reçus pendant l'audience (voir l'annexe A);
 - intitulé abrégé,
 - courte description de la requête, du document.
- Les parties peuvent s'appuyer sur la règle 70(2.1) qui les dispense de déposer une version papier complète de la plupart des autorités.¹⁴

(b) Lieu de l'audience

- Évaluer les avantages et désavantages associés aux lieux d'instruction possibles, notamment :
 - L'audience peut-elle avoir lieu à différents endroits, tant dans les collectivités autochtones qu'en ville?
 - Certaines questions ou certains témoignages conviennent-ils mieux à un lieu précis?
 - Les conséquences que pourrait avoir le lieu sur la capacité ou l'aisance des témoins de venir témoigner à l'audience, en particulier si des aînés sont appelés à témoigner;
 - La disponibilité d'une salle d'audience ou les coûts liés à l'adaptation ou à la construction d'une salle d'audience;
 - La facilité d'accès à la salle d'audience par les membres des collectivités touchées par le litige;
 - La disponibilité d'hébergement adéquat pour le juge, le personnel de la Cour, les avocats et les autres personnes concernées;
 - Le temps de déplacement vers le lieu proposé;
 - Tout autre facteur pertinent;

¹⁴ Cahier de la jurisprudence et de la doctrine

70 (2.1) À l'égard des motifs du jugement, le cahier de la jurisprudence et de la doctrine comporte les éléments suivants :

a) dans le cas où le cahier est déposé en copie papier et où les motifs sont disponibles dans une base de données électronique à laquelle le public a accès gratuitement, les extraits pertinents des motifs, y compris le sommaire, le cas échéant, et les paragraphes précédant et suivant immédiatement les extraits, et un renvoi à la base de données électronique clairement indiqué sur chacune des pages contenant les extraits;

b) dans tout autre cas, le texte intégral des motifs, les extraits pertinents étant clairement indiqués.

- Prendre en compte tout préparatif particulier requis pour les audiences n'ayant pas lieu dans les installations existantes de la Cour, comme :
 - la nécessité éventuelle de réserver à l'avance de locaux dans une réserve;
 - la construction d'installations spéciales de la Cour, y compris la responsabilité pour les coûts;
 - les visites préalables du juge qui entendra l'affaire, de l'auxiliaire juridique du juge, du personnel du greffe, des avocats et d'autres personnes concernées.

(c) Horaire de l'instruction

- Horaire quotidien et hebdomadaire;
- Horaire à long terme, y compris les interruptions de l'instruction;
- Horaire des experts (voir la partie 3(vii) ci-dessus)

(d) Interprétation

- Identifier les témoins qui souhaitent témoigner dans une langue autochtone et cerner les questions spéciales relatives à l'interprétation;
- Procédures pouvant faciliter l'interprétation et la préparation d'une transcription :
 - Identification des témoins qui peuvent témoigner en anglais ou en français, mais qui utiliseront certains mots (comme des noms de lieu) qui sont en langue autochtone et prévoir toute procédure spéciale pour la préparation de la transcription;
 - Préparation d'une liste des termes uniques à l'usage de la Cour et du sténographe;
 - Présence d'une personne épelant les mots à l'instruction;
 - Confirmation de la fréquence et de la procédure à suivre pour la préparation des transcriptions (quotidiennes, hebdomadaires ou autre);
 - Révision de l'interprétation ou de la transcription (p. ex. révision pendant la nuit de la transcription par l'interprète);
 - Possibilité d'enregistrer (audio ou vidéo) les témoignages à l'instruction;
 - Procédure pour introduire en preuve la transcription traduite (marquer en tant que pièce);
 - Bien que ce soit difficile, l'interprétation simultanée est plus efficace que l'interprétation séquentielle au tribunal lorsque beaucoup de témoignages se font en langue autochtone.
- Façon possible de nommer les interprètes :
 - Selon les Règles, la partie qui appelle quelqu'un à témoigner paye pour l'interprétation, bien que dans certains cas les parties puissent vouloir avoir recours aux mêmes interprètes
 - la Cour puisse ordonner la nomination d'un interprète à partir des observations des parties (sous réserve de considérations relatives à la responsabilité des coûts);
 - Les parties peuvent également préférer avoir des interprètes indépendants (dont l'interprétation ne constituera pas la transcription officielle);
 - Qualifications: idéalement, la personne doit avoir une formation d'interprète judiciaire et n'avoir aucun intérêt dans l'issue du litige, bien que cela ne soit pas toujours possible;
 - La forme possible du processus d'interprétation pour les interprètes sans expérience.

(e) Cérémonies spéciales

- détails concernant la cérémonie : en particulier s'il y a du feu ou de la fumée, puisqu'il faudra s'occuper au préalable des systèmes d'alarme, des restrictions dans les contrats d'assurance des immeubles, etc.
- Moment, fréquence, durée de la cérémonie;
- Nom des personnes qui y assisteront;
- Consentement des autres parties;
- Possibilité d'offrir des cadeaux aux avocats ou à la Cour à la fin de l'instruction;
- Établir si la cérémonie fait partie intégrante de l'instruction ou non;
- Il serait utile de fournir de l'information préalable sur les cérémonies.

(f) Sensibilisation à la culture

- Occasions de sensibiliser à la culture avant l'instruction;
- En fonction de l'envergure de la sensibilisation, il pourrait être souhaitable de verser une transcription au dossier;
- Pour la visite de sites – convenir à l'avance de ce qui sera abordé;
- un examen possible par la Cour – article 277 des Règles;
- Possibilité de sensibilisation auprès de la collectivité par les avocats ou un représentant de la Cour.

(g) Témoins

- Liste des témoins – Il est recommandé que le juge d'instruction reçoive une liste des témoins et, s'il y a de nombreux témoins, une photo de chaque témoin, pour se souvenir plus facilement des témoignages lors de longs procès;
- Communications avec les témoins – Les avocats devront respecter les pratiques de la Cour fédérale dans leurs communications avec les témoins. Par exemple, il ne doit y avoir aucune communication avec un témoin qui a commencé à témoigner, jusqu'à la fin du contre-interrogatoire du témoin. De même, il ne doit y avoir aucune communication entre la fin du contre-interrogatoire et le début du nouvel interrogatoire. Ces exemples sont soumis à l'autorisation de la Cour.

(h) Preuve

- Personnes mentionnées dans les documents historiques – Il est recommandé que le juge qui entend l'affaire reçoive une liste des noms et de leurs relations principales;
- Les limites, s'il y a lieu, de la preuve sur laquelle le juge a l'intention de fonder sa décision;
- Rapports d'experts – déposés ("comme s'il était lu") ou lecture formelle;
- Communication des documents de travail des experts
 - Préciser si les avocats présenteront une requête pour la communication des documents de travail (la requête n'est peut-être pas nécessaire si l'une des parties demande les documents de travail d'un expert et que l'autre partie accède à la demande);
 - Si les documents de travail sont communiqués avec consentement, établir un calendrier pour la communication;

- établir un calendrier pour la détermination de ces questions, si elles ne peuvent être résolues immédiatement;
- La règle relative aux documents anciens – La règle établit l’authenticité, et non l’admissibilité.
 - Encourager la conclusion d’une entente sur les documents pour faciliter l’introduction de documents en preuve (c’est-à-dire une méthode commune par laquelle les documents qui seront invoqués à l’instruction seront authentifiés et introduits en preuve avec l’accord de toutes les parties grâce à une entente sur les documents);
 - L’entente de document peut prévoir que tous les documents visés par l’entente sont authentiques et admissibles (par exemple, quant à la véracité de leur contenu ou quant à un autre aspect limité) ;
- Préparation d’un cahier commun de documents contenant tous les documents visés par l’entente sur les documents conclue par les parties;
- Distribution de « feuillets » tirés des interrogatoires préalables ou des interrogatoires;
- Utilisation de demandes de reconnaître des faits ou des documents – article 255 des Règles;
- Possibilité de préparer un exposé conjoint des faits.

5. Instruction

- (a) La civilité et l’intégrité de la procédure devant la Cour
 - les avocats doivent traiter tous les témoins avec respect – la Cour doit intervenir au besoin pour éviter les contre-interrogatoires se faisant sur un ton trop accusateur ou irrespectueux.
- (b) Explications / directives aux témoins au sujet de leur rôle dans la procédure
 - Les avocats doivent donner des explications appropriées aux témoins qui sont sélectionnés pour témoigner (bien avant l’instruction en tant que telle);
 - À l’instruction, le juge peut présenter d’autres explications aux témoins avant qu’ils ne prêtent serment.
- (c) Les questions relatives aux limites de la preuve doivent être abordées au début de l’instruction, et peut-être encore lors des dernières observations.
- (d) Arguments liminaires – Il est généralement utile que toutes les parties présentent leurs arguments liminaires complets au début de l’instruction.
- (e) Observations finales – On encourage les parties à présenter un cahier conjoint des lois, règlements, jurisprudence et doctrine.
- (f) Recueils - les parties sont encouragées à fournir un recueil succinct et, si possible, conjoint.
- (g) Coûts - les parties sont encouragées à parvenir à un accord sur les coûts, avant la fin de l’instruction.

6. Après l'instruction

Il faudrait discuter avec le juge du procès des questions suivantes relatives à la phase suivant l'instruction :

- (a) Si le processus a commencé avec une cérémonie, il peut y avoir une cérémonie à la fin de l'instruction ou après l'instruction;
- (b) Si l'instruction a lieu en territoire des peuples autochtones, un cadeau pourrait être offert aux participants.

C. DEMANDES DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

Une « demande de contrôle judiciaire » est un type de procédure où la Cour examine la décision d'un « office fédéral »¹⁵. La partie qui introduit la demande est appelée le « demandeur », et la partie adverse est appelée le « défendeur ». Bien que la Cour fédérale entende la plupart des demandes, celles visant les décisions de certains tribunaux administratifs fédéraux sont contrôlées directement par la Cour d'appel fédérale¹⁶.

Comme le prévoit la *Loi sur les Cours fédérales*, une demande de contrôle judiciaire doit normalement être déposée dans les 30 jours suivant la date de la décision à contrôler. Sous réserve d'un possible retard attribuable aux discussions menées en vue d'un règlement amiable, la Cour est censée entendre la demande et statuer sur celle-ci « à bref délai et selon une procédure sommaire » – ce qui signifie qu'il sera rapidement procédé à l'instruction. La preuve présentée à l'audience est généralement la même que celle dont avait été saisi le décideur qui a rendu la décision soumise au contrôle. Par conséquent, en règle générale, aucun témoin n'est autorisé à comparaître devant la Cour pour faire une déposition à l'audience.

Une demande de contrôle judiciaire peut viser des élections tenues par une Première Nation ou d'autres litiges liés à la gouvernance, une décision d'un office fédéral ou une décision d'un tribunal administratif fédéral (y compris des décisions concernant l'application des lois relatives au secteur de l'énergie, à l'environnement ou aux droits de la personne.

1. Phase préliminaire de 30 jours

¹⁵ Voir l'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour obtenir la définition de ce terme, ainsi que les articles 18 et 18.1, qui donnent un cadre à ces demandes.

¹⁶ Voir l'article 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

Comme le prévoit le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, une demande de contrôle judiciaire doit être présentée dans les 30 jours qui suivent la première communication de la décision ou de l'ordonnance :

18.1(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

Compte tenu du délai de 30 jours prévu par la loi pour le dépôt d'une *demande*, il est peu probable que les parties entament des discussions préliminaires. De plus, les processus d'approbation en vue d'obtenir un mandat de règlement à l'amiable peuvent empêcher ou limiter les discussions préliminaires.

2. Dépôt d'un avis de demande

L'avis de demande peut être accompagné d'une lettre demandant que l'instance soit gérée de manière spéciale [voir la section Gestion de l'instance ci-dessous], comme le prévoient les articles 383 à 385 des Règles. Dans cette lettre, le demandeur résume les faits pertinents et les arguments. Le défendeur peut lui aussi demander que l'instance soit considérée comme une instance à gestion spéciale lorsqu'il dépose son avis de comparution. La gestion spéciale peut être demandée notamment dans les situations suivantes :

- Les parties prévoient qu'aucune demande d'audience ne sera déposée dans un délai de 180 jours (paragraphe 380(2) des Règles).
- Les parties veulent explorer la possibilité d'un dialogue susceptible de mener au règlement à l'amiable ou de circonscrire les questions en litige d'un commun accord.
 - Les parties peuvent demander une ordonnance de statu quo pour leur permettre d'envisager toutes les options de règlement du litige ou de circonscrire les questions en litige, sans avoir à se soucier des délais normaux d'une procédure contradictoire.
- Le demandeur veut déposer un avis de demande auprès de la Cour pour *éviter les délais prévus par la loi pour introduire une demande de contrôle judiciaire*¹⁷, mais il n'est pas prêt à passer à l'étape suivante prévue dans les Règles (par exemple, dépôt d'affidavits, contre-interrogatoire et préparation du dossier du demandeur et du défendeur).

Voir aussi la Partie III - A, Règlement des litiges par le dialogue, ci-dessus.

3. Signification et dépôt des documents

Conformément à l'article 301 des Règles, pour introduire une demande de contrôle judiciaire, le demandeur doit déposer trois copies de son avis de demande (en utilisant la formule 301) auprès du greffe de la Cour fédérale et acquitter les frais de dépôt de 50 \$ (prévus par le tarif A). Le greffe conservera deux copies de l'avis qui seront versées au dossier de la Cour et remettra la troisième, marquée d'une estampille, au demandeur, qui

¹⁷ Par exemple, lorsque les parties sont encore en train de négocier.

devra ensuite la faire signifier (à savoir, une remise faite conformément aux règles de la signification) à tous les défendeurs désignés dans la demande (voir l'article 303 des Règles pour savoir qui doit être désigné).

Paragraphe 127. 1) L'acte introductif d'instance qui a été délivré est signifié à personne sauf dans le cas de l'appel d'une décision de la Cour fédérale devant la Cour d'appel fédérale et dans le cas d'une demande visée à la règle 327 et présentée *ex parte*.

Les règles applicables à la signification à *personne* sont énoncées aux articles 127 à 137 des Règles. Il importe de souligner en particulier que l'article 133 prévoit une procédure spéciale pour la signification à la Couronne, au procureur général du Canada ou à tout autre ministre de la Couronne :

Paragraphe 133. 1) La signification à personne d'un acte introductif d'instance à la Couronne, au procureur général du Canada ou à tout autre ministre de la Couronne s'effectue par dépôt au greffe de l'original et de deux copies papier.

Même si l'avis de demande est déposé avant d'être signifié aux autres parties, les documents subséquents doivent être signifiés aux autres parties avant d'être déposés au greffe avec une preuve de la signification. Ces documents n'ont pas à être signifiés à *personne*. Les règles de la signification de documents par un *autre mode que la signification à personne* sont énoncées aux articles 138 à 148 des Règles. Les règles relatives au moment et à la preuve de la signification sont énoncées aux articles 142 à 146.

Les parties peuvent également déposer leurs documents par voie électronique¹⁸. En vertu de l'article 141 des Règles, les parties peuvent consentir à la signification électronique pour qu'elles puissent recevoir ou envoyer des documents par courriel ou par un autre mode de signification électronique.

4. Preuve par affidavit : dépôt de documents dans une demande

Une demande de contrôle judiciaire est une procédure par laquelle le demandeur prie la Cour de contrôler une décision (généralement une seule, comme le prévoit l'article 302) rendue par un office fédéral, tels un conseil, un bureau, une commission ou un autre organisme. La plupart du temps, il s'agit de décisions prises par des conseils de bande. La Cour contrôle la décision en tenant compte de la preuve dont avait été saisi le premier décideur. Si des témoins ont comparu devant ce décideur, la *transcription* de leur déposition peut également être versée au dossier de la Cour. Toutefois, ces personnes ne seront pas appelées à témoigner de nouveau. Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire est généralement une procédure d'examen sur papier, en ce sens qu'il s'agit d'un contrôle fondé sur le dossier documentaire du décideur dont émane la décision. Dans des circonstances particulières, notamment si le témoignage et le récit oral d'un aîné sont nécessaires, l'article 316 des Règles confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire

¹⁸ Pour plus de renseignements, consultez le site : <https://www.fct-cf.gc.ca/fr/pages/acces-en-ligne/depot-electronique>

d'autoriser un témoin à faire une déposition de vive voix devant elle, au lieu de souscrire un affidavit :

316. Dans des circonstances particulières, la Cour peut, sur requête, autoriser un témoin à témoigner à l'audience quant à une question de fait soulevée dans une demande.

Une demande peut aussi être instruite comme une action si la crédibilité est une question en litige ou si des témoins doivent être appelés à comparaître, comme le prévoit le paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* :

18.4 (2) Elle peut, si elle l'estime indiqué, ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action.

Toutefois, la procédure de contrôle judiciaire n'offre pas la possibilité d'une nouvelle audition complète de l'affaire avec des témoins à la Cour (mais si celle-ci décide d'annuler la décision en question, il se peut que l'affaire soit renvoyée au décideur pour nouvel examen).

Si une partie ne dispose pas de tous les documents ou éléments matériels dont le décideur avait été saisi, elle peut en demander la transmission en vertu de l'article 317. Ces documents ou éléments seront transmis conformément à l'article 318 :

317. (1) Toute partie peut demander la transmission des documents ou des éléments matériels pertinents quant à la demande, qu'elle n'a pas mais qui sont en la possession de l'office fédéral dont l'ordonnance fait l'objet de la demande, en signifiant à l'office une requête à cet effet puis en la déposant. La requête précise les documents ou les éléments matériels demandés.

(2) Un demandeur peut inclure sa demande de transmission de documents dans son avis de demande.

(3) Si le demandeur n'inclut pas sa demande de transmission de documents dans son avis de demande, il est tenu de signifier cette demande aux autres parties.

318. (1) Dans les 20 jours suivant la signification de la demande de transmission visée à la règle 317, l'office fédéral transmet :

a) au greffe et à la partie qui en a fait la demande une copie certifiée conforme des documents en cause;

b) au greffe les documents qui ne se prêtent pas à la reproduction et les éléments matériels en cause.

Remarque : Même si le décideur qui a rendu la décision soumise au contrôle a transmis les documents et les éléments matériels au greffe de la Cour conformément à l'article 318 des Règles, ceux-ci ne sont pas réputés faire partie du dossier officiel de la Cour tant qu'au moins l'une des parties ne les a pas précisément inclus dans son dossier.

Il incombe à chacune des parties de choisir, parmi les documents dont avait été saisi le décideur, ceux qu'elle veut faire verser au dossier de la Cour. Ces documents, *ainsi que tout autre document ou élément matériel qu'une partie juge pertinent dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire*, doivent être communiqués à l'autre partie au moyen d'un affidavit (une déclaration faite *sous serment* par la partie ou son avocat), ceux-ci y étant joints.

Paragraphe 306. Dans les trente jours suivant la délivrance de l'avis de demande, le demandeur signifie les affidavits et pièces documentaires qu'il entend utiliser à l'appui de la demande et dépose la preuve de signification. Ces affidavits et pièces sont dès lors réputés avoir été déposés au greffe.

Paragraphe 307. Dans les trente jours suivant la signification des affidavits du demandeur, le défendeur signifie les affidavits et pièces documentaires qu'il entend utiliser à l'appui de sa position et dépose la preuve de signification. Ces affidavits et pièces sont dès lors réputés avoir été déposés au greffe.

Dans une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, contrairement à ce qui est prévu dans la plupart des cours provinciales, le défendeur doit seulement déposer un avis de comparution, qui est simplement un avis qu'il entend répondre à la demande. Comme le défendeur n'est pas tenu de fournir une réponse sur le fond de la demande, le demandeur peut avoir de la difficulté à décider quels sont les documents pertinents à verser au dossier qu'il déposera à la Cour.

Une fois que les affidavits et les pièces documentaires ont été communiqués, une partie peut choisir de mener un contre-interrogatoire sur les affidavits de l'autre partie, souvent en ayant recours aux services d'un sténographe pour la rédaction de la transcription, si cela est nécessaire.

308. Toute partie qui désire contre-interroger l'auteur d'un affidavit le fait dans les 20 jours suivant le dépôt des affidavits du défendeur ou dans les 20 jours suivant l'expiration du délai prévu à cette fin, selon celui de ces délais qui est antérieur à l'autre.

Une fois les contre-interrogatoires terminés, chaque partie doit préparer son dossier, en signifier une copie aux autres parties et ensuite déposer trois copies au greffe avec une preuve de la signification.

Paragraphe 309. 1) Le demandeur signifie et dépose son dossier dans les 20 jours suivant la date du contre-interrogatoire des auteurs des affidavits déposés par les parties ou dans les 20 jours suivant l'expiration du délai prévu pour sa tenue, selon celui de ces délais qui est antérieur à l'autre.

Paragraphe 310. 1) Le défendeur signifie et dépose son dossier dans les 20 jours après avoir reçu signification du dossier du demandeur.

Le dossier de chacune des parties comprend également un mémoire des faits et du droit, qui constitue une plaidoirie écrite résumant la preuve, les principes juridiques et les arguments invoqués. Contrairement à ce qui est prévu dans la plupart des cours provinciales, les demandeurs qui présentent une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale (autre que les demandes en matière de la citoyenneté, d'immigration, et des réfugiés) ne peuvent déposer des observations écrites en réponse à une plaidoirie écrite du défendeur.

Les parties peuvent s'appuyer sur la règle 70(2.1) qui les dispense de déposer une version papier complète de la plupart des autorités.¹⁹

5. Gestion de l'instance/médiation

La gestion et la disposition rapide des litiges, qui peuvent être particulièrement complexes dans les demandes de contrôle judiciaire en droit autochtone, peuvent être facilitées par la collaboration entre les parties et par la gestion d'instance. Afin de faire connaître certaines des dispositions applicables des Règles et la souplesse qu'offre la gestion d'instance, les dispositions suivantes des Règles sont soulignées.

Procédure applicable à la gestion de l'instance

- Pour présenter une requête en gestion de l'instance (dès le dépôt de l'avis de demande ou plus tard), une lettre en vertu de l'article 384 des Règles doit être envoyée au greffe de la Cour (avec une copie à chaque partie). Cette lettre doit inclure une demande qu'elle soit portée à l'attention du juge en chef²⁰ et doit aborder les questions suivantes :

- les raisons pour lesquelles il est demandé de commencer la gestion d'instance;
- s'il est urgent de nommer un juge responsable de la gestion de l'instance et, le cas échéant, pourquoi;
- une proposition pour la gestion de l'instance (de préférence une proposition conjointe sur accord toutes les parties), qui précise si les parties ont l'intention :
 - (a) soit de faire avancer l'instance rapidement, auquel cas le juge responsable de la gestion de l'instance joue habituellement un rôle plus actif, en fonction du niveau de collaboration entre les parties;
 - (b) soit de reporter le traitement de l'affaire, auquel cas le juge responsable de l'instance joue normalement un rôle de *supervision* à plus long terme, par exemple pour permettre des négociations ou une médiation hors Cour [par exemple, l'article 390 des Règles];

Remarque : La proposition peut inclure un calendrier qui diffère considérablement du calendrier normal établi dans les Règles, qui

¹⁹ Cahier de la jurisprudence et de la doctrine

70 (2.1) À l'égard des motifs du jugement, le cahier de la jurisprudence et de la doctrine comporte les éléments suivants :

a) dans le cas où le cahier est déposé en copie papier et où les motifs sont disponibles dans une base de données électronique à laquelle le public a accès gratuitement, les extraits pertinents des motifs, y compris le sommaire, le cas échéant, et les paragraphes précédant et suivant immédiatement les extraits, et un renvoi à la base de données électronique clairement indiqué sur chacune des pages contenant les extraits;

b) dans tout autre cas, le texte intégral des motifs, les extraits pertinents étant clairement indiqués.

²⁰ Les demandes de gestion d'instance sont examinées en temps utile par le juge en chef qui, lorsque la demande est justifiée, nomme immédiatement un juge chargé de la gestion de l'instance.

pourrait prévoir la communication par segment des rapports d'experts, la suspension de l'instance durant un certain temps, etc.

Désaccord : Si les parties ne s'entendent pas à ce sujet, la Cour joue normalement un rôle actif, en fonction des circonstances propres à l'instance.

- si les parties souhaitent tenir une conférence de gestion d'instance sans délai avec le juge responsable de la gestion de l'instance. Le cas échéant, les parties doivent préciser :
 - (a) leurs disponibilités au cours des deux semaines qui suivent;
 - (b) une liste des questions qu'elles veulent aborder à cette conférence.
- Les articles 383, 383.1 et 384 des Règles prévoient que la gestion de l'instance peut être offerte à tout moment. Lorsque toutes les parties y consentent, la gestion d'instance est presque toujours fournie. Lorsque certaines des parties n'y consentent pas, les parties demandant la gestion d'instance doivent démontrer que la gestion d'instance apportera la solution au litige sur le fond qui est juste, la plus expéditive et économique possible, conformément à l'article 3 des Règles.
- Le paragraphe 380(2) des Règles prévoit que, si aucune demande d'audience n'est déposée dans les six mois qui suivent le dépôt de l'avis de demande, les parties doivent informer la Cour de l'état de l'instance ou la Cour peut imposer sans délai la gestion de l'instance.
- *En fonction des documents écrits et des circonstances*, le juge responsable de la gestion de l'instance peut donner des directives ou rendre des ordonnances sur la gestion de l'instance sans tenir de conférence de gestion d'instance. La conférence n'a lieu que si elle est nécessaire, comme lorsque la Cour ne dispose pas des renseignements nécessaires ou lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre sur une proposition conjointe de gestion de l'instance.
- Le juge responsable de la gestion de l'instance se penche sur toutes les questions soulevées avant l'audience de l'instance à gestion spéciale. Il dispose d'une bonne marge de manœuvre, afin de permettre aux parties et à la Cour d'adapter la procédure pour répondre à certains besoins particuliers, lorsque c'est nécessaire. Il peut notamment exercer les pouvoirs suivants que lui confère le paragraphe 385(1) des Règles :
 - a) donner toute directive nécessaire pour permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible;
 - b) sans égard aux délais prévus par les Règles, fixer les délais applicables aux mesures à entreprendre subséquemment dans l'instance;
 - c) organiser et tenir les conférences de règlement des litiges et les conférences préparatoires à l'instruction qu'il estime nécessaires;
 - d) sous réserve du paragraphe 50(1), entendre les requêtes présentées avant que la date d'instruction soit fixée et statuer sur celles-ci.

Questions à examiner en gestion d'instance

Dès qu'un juge est désigné pour la gestion d'une instance, il faut aborder les questions suivantes le plus rapidement possible par écrit ou lors d'une conférence de gestion d'instance :

(a) Un calendrier pour :

- La signification des affidavits et le dépôt de la preuve de la signification
- Le contre-interrogatoire sur affidavits
- Toute autre question de procédure qui, selon les parties, nécessitera une décision de la Cour.
- Toute requête en injonction provisoire ou interlocutoire (les parties peuvent envisager de demander une instruction accélérée sur le fond, au lieu de déposer une requête en injonction)
 - cela se traduit normalement par une augmentation des frais et des délais supplémentaires, pour parvenir à un règlement durable des questions sous-jacentes.

(b) Le recours possible aux services de règlements des litiges offerts en application des Règles, notamment :

- La conférence préparatoire, qui peut mener à des discussions de conciliation – article 315 des Règles;
- la médiation – alinéa 387a) des Règles [les articles 389, 419 et 420 des Règles qui régissent les offres de règlement];
- l'évaluation objective préliminaire – alinéa 387b);
- le mini-procès – alinéa 387c) des Règles.
- La suspension de l'instance pendant que les parties ont recours à un mode alternatif de règlement des litiges – article 390 des Règles;
- L'examen, s'il y a lieu, d'une demande présentée par une partie pour que soit désigné un juge ou un protonotaire ayant précisément de l'expérience en médiation ou dans les litiges interculturels.

Pour obtenir d'autres renseignements sur les options de règlement des litiges à l'amiable, consultez la section A – Règlement des litiges par le dialogue (ci-dessus).

(c) gestion des documents

- Protocole de communication des affidavits par voie électronique
- Consentement d'une partie à la signification électronique des documents – avis de consent de la formule 141A (voir l'article 141 des Règles)
- Utilisation de technologies de gestion des documents durant l'instruction
 - format, codification, attribution d'un numéro de pièce, etc.
 - directives possibles de la Cour – article 33 des Règles.

(d) Détermination de la date d'audience, y compris une possible instruction accélérée selon l'urgence du litige (voir (a) ci-dessus pour les requêtes en injonction)

(e) Lieu de l'audience

Certaines demandes de contrôle judiciaire, comme celles portant sur des litiges de gouvernance, peuvent se prêter à la tenue d'une audience au sein de la communauté autochtone. Cette façon de faire facilite l'accès à la justice grâce à la participation de l'ensemble des communautés à l'instruction. Cela permet, entre autres, une meilleure compréhension et acceptation de l'issue de l'instance. Comme le prévoient les Règles, la Cour n'est pas obligée de siéger là où elle est normalement établie :

Paragraphe 28. La Cour peut siéger aux dates, heures et lieux qu'elle fixe.

- Penser à tenir une partie de l'instruction, y compris le prononcé du jugement et des motifs de jugement, dans la communauté autochtone
- Évaluer les avantages et désavantages associés aux lieux d'instruction possibles, notamment :
 - la disponibilité d'une salle d'audience ou les coûts liés à l'adaptation d'une salle d'audience;
 - la facilité d'accès à la salle d'audience par les membres des collectivités touchées par le litige;
 - la disponibilité d'un hébergement adéquat pour le juge, le personnel de la Cour, les avocats et autres personnes intéressées;
 - Le temps de déplacement vers le lieu proposé;
 - Tout autre facteur pertinent;
- Prendre en compte tout préparatif particulier requis pour les audiences n'ayant pas lieu dans les installations existantes de la Cour, comme :
 - la réservation de locaux dans les communautés autochtones;
 - les visites préalables du juge qui entendra l'affaire, de l'auxiliaire juridique du juge, du personnel du greffe, des avocats et d'autres personnes intéressées.

(f) Horaire de l'instruction

(g) Cérémonies spéciales

Tel qu'il a été souligné au point (e) ci-dessus, certaines demandes de contrôle judiciaire peuvent justifier des arrangements spéciaux pour le lieu où seront tenues les audiences. De la même manière, une cérémonie spéciale peut être envisagée dans ces situations, particulièrement si toutes les parties concernées sont des Autochtones.

- détails concernant la cérémonie : en particulier s'il y a du feu ou de la fumée, puisqu'il faudra s'occuper au préalable des systèmes d'alarme, des restrictions dans les contrats d'assurance des immeubles, etc.
- Moment, fréquence, durée de la cérémonie;
- Nom des personnes qui y assisteront;
- Consentement des autres parties;
- possibilité d'offrir des cadeaux aux avocats ou à la Cour à la fin de l'instruction
- établir si la cérémonie fait partie intégrante de l'instruction officielle ou non
- Il serait utile de fournir de l'information préalable sur les cérémonies.

(h) Sensibilisation à la culture

- occasions de sensibiliser à la culture avant l'instruction
- En fonction de l'envergure de la sensibilisation, il pourrait être souhaitable de verser une transcription au dossier;

- Pour la visite de sites – convenir à l’avance de ce qui sera abordé;
- Possibilité de sensibilisation auprès de la collectivité par les avocats ou un représentant de la Cour.

(h) Intégrité de la procédure devant la Cour

- Il incombe ultimement à la Cour de veiller à ce que les normes appropriées de conduite soient respectées tout au long de la procédure;

Le juge chargé de la gestion de l’instance doit examiner la possibilité de renvoyer certaines de ces questions au juge chargé de la demande. Dans certaines instances, la Cour peut désigner un juge qui pourra à la fois gérer l’instance (c’est-à-dire mener des réunions avec les parties, au besoin, pour régler les questions énumérées ci-dessus et, dans certains cas, pour décider des litiges liés à la procédure) et trancher les questions de fond en litige. Toutefois, si le juge chargé de la gestion de l’instance joue un rôle dans la médiation ou les discussions de règlement amiable avec les parties durant la phase de gestion de l’instance, normalement ce juge ne présidera pas l’instruction définitive sur le fond, à moins de consentement de toutes les parties (voir la section Règlement des litiges par le dialogue, ci-dessus, et l’article 391 des Règles).

6. Audience

Une fois que le défendeur a déposé son dossier ou que le délai prévu pour ce faire est expiré, le demandeur devrait déposer une demande d’audience :

314. (1) Dans les 10 jours après avoir reçu signification du dossier du défendeur ou dans les 10 jours suivant l’expiration du délai de signification de ce dossier, selon celui de ces délais qui est antérieur à l’autre, le demandeur signifie et dépose une demande d’audience, établie selon la formule 314, afin qu’une date soit fixée pour l’audition de la demande.

Les alinéas 314(2)a) à (f) énoncent les éléments qui doivent être inclus dans la demande d’audience, notamment ceux-ci :

- Lieu de l’audience, 314(2)b) : Même si l’instance n’a pas fait l’objet d’une gestion spéciale, une partie peut demander que l’audience soit tenue dans la communauté autochtone.
 - Voir la section Lieu de l’audience (sous Gestion de l’instance, ci-dessous) pour connaître les éléments qui s’appliquent.
- Durée de l’instruction, 314(2)c) : La durée proposée pour l’instruction devrait découler des discussions entre les parties. En cas de désaccord, ou si l’une ou l’autre des parties considère que l’instruction pourrait être beaucoup plus longue ou beaucoup plus courte que la durée proposée, il devrait en être fait état dans la demande d’audience.
 - Fait important à souligner, il se peut que la Cour ne soit pas en mesure d’appliquer des changements de dernière minute au calendrier si plus de temps est nécessaire.

D. PROTOCOLE RELATIF AU TÉMOIGNAGE DES AÎNÉS ET AUX RÉCITS ORAUX

Comme nous l'avons vu précédemment, en 2009, la Cour fédérale a organisé un [Symposium sur le témoignage oral et le rôle des aînés](#), qui ouvrait le dialogue avec les aînés d'un bout à l'autre du Canada et avec les représentants des avocats des secteurs public et privé. Pour leur part, les aînés ont tenu un [rassemblement](#) historique en 2010 à Turtle Lodge pour promouvoir une meilleure compréhension du point de vue des Autochtones. Le *Comité de liaison* a ensuite poursuivi les discussions avec les aînés, qui, compte tenu de leurs idées et de leurs conseils, ont grandement contribué à l'élaboration des présentes lignes directrices publiées la première fois en 2012 et mises à jour d'abord en 2016, puis en 2021.

MÉTHODOLOGIE

Lors de la mise à jour du présent protocole, nous avons examiné 10 affaires où un protocole officiel ou non officiel relatif aux témoignages et aux récits oraux a été adopté par les parties ou ordonné par la Cour. Voici les affaires mentionnées en référence dans les notes de bas de page tout au long du protocole:

1. *Les Innus de Uashat Mak Mani-Utenam c. Sa Majesté La Reine du Chef du Canada*, SCT-2003-13 : Protocole régissant le témoignage des aînés [*Innus de Uashat Mak Mani-Utenam*]
2. *Peter Watson et al c. SMR ; Wesley Bear et al c. SMJ*, n^{os} de dossier de la Cour : T-2153-00 et T-2155-00 : Procès-verbal de la conférence préalable au procès du 13 décembre 2017 et procès-verbal de la conférence préalable au procès du 7 mars 2018 [*Watson-Bear*]
3. *Première Nation d'Akisq'nuk c. SMR*, SCT-7006-12 : Protocole relatif aux récits oraux [*Akisq'nuk*]
4. *Restoule et al v. Attorney General of Canada et al*, n^{os} de dossier de la Cour : C-3512-14 et C-3512-14A : Ordonnance (Procédure d'interrogation des témoins), Annexe A : Protocole relatif aux aînés [*Restoule*]
5. *Première Nation Kawacatoose et al. c. SMR*, SCT-5001-13 : Protocole relatif au témoignage des aînés et aux récits oraux [*Kawacatoose*]
6. *Shot Both Sides et al c. SMR*, 2015 CF 1159 : Ordonnance [*Shot Both Sides*]
7. *Sechelt Indian Band v. Canada (Attorney General) et al*, n^o A980252 : Ordonnance sur consentement [*Sechelt*]

8. *Couchiching First Nation et al v. AG Canada et al*, 2014 ONSC 1076 : Jugement [*Couchiching*]
9. Observation de la Nation Gitxaala sur la nécessité d'un témoignage oral d. 6 oct. 2011 A2E7V6
10. *Ignace v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 BCSC 10

Les sections dans les encadrés (comme la présente section) énoncent les solutions de rechange qui permettent d'aborder le même sujet et qui sont tirées des protocoles modèles, ou fournissent des exemples précis de clauses qui peuvent être uniques ou ne pas s'appliquer de manière générale.

Les sections qui ne sont pas dans un encadré sont des éléments des protocoles qui semblaient relativement conformes aux autres protocoles examinés.

PRÉAMBULE

Conditions et portée

Dans le présent protocole, les expressions « témoignage sous forme de récit oral », « récit oral », « témoignage des aînés » et « preuve orale » sont utilisées pour renvoyer à deux types de témoignage :

- Les histoires orales (qui peuvent être racontées par un aîné ou pas);
- La preuve orale d'un « aîné » autochtone (un terme qui peut être utilisé par le groupe autochtone en cause et peut vouloir dire différentes choses pour différents groupes autochtones).

Le présent protocole est souple et de portée générale, et peut servir d'outil dans plusieurs situations. Les avocats pourraient vouloir examiner plus attentivement les situations où ce protocole s'applique et si des améliorations sont appropriées. Les contextes qui suivent, sans être restrictifs, peuvent être particulièrement appropriés :

1. Lorsqu'une partie veut présenter une preuve orale de quelque chose qui, dans ses lois et ses traditions, doit se partager de vive voix – histoires ou enseignements autochtones, l'« histoire » d'un groupe autochtone, explication des lois autochtones, etc.
2. Lorsqu'un Autochtone (un aîné ou non) témoigne et que l'application du présent protocole semble appropriée – cela dépend de la portée du protocole, mais plusieurs aspects semblent appropriés à adopter à l'extérieur de la portée plus restreinte des récits oraux.

Objectif

L'objectif du présent protocole est de trouver un juste équilibre entre la réception du témoignage des aînés et la preuve sous forme de récits oraux et les besoins concrets d'un système de justice dans des conditions qui favorisent l'équité et la recherche de la vérité

dans les litiges civils. Le principe de base du protocole est qu'en plus de fournir des éléments de preuve utiles concernant des questions de fait importantes, la perspective autochtone donnée par les aînés peut aider la Cour en lui fournissant un contexte pour l'affaire dont elle est saisie.

Avant la création du présent protocole, les parties et la Cour devaient élaborer des protocoles à partir de zéro, en se fondant sur l'édition précédente des Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones. Le présent protocole offre des options tirées des anciens protocoles qui peuvent faciliter la présentation du témoignage d'un aîné autochtone tout en respectant les exigences de la Cour et en reconnaissant les sensibilités des Autochtones. Il est conçu pour assurer la cohérence entre les protocoles lorsque cela est souhaitable ainsi que pour démontrer la variété de façons dont les protocoles peuvent être adaptés à la diversité de collectivités autochtones et à leur traitement des récits oraux.

Étant donné que la réception des récits oraux se fait dans des contextes particuliers, le présent protocole n'est pas prescriptif. Il est plutôt conçu pour présenter les options que les parties et la Cour doivent prendre en considération et adapter aux circonstances particulières de chaque affaire.

Le présent protocole vise à aider à établir des protocoles propres aux récits oraux dans les actions et les demandes intentées à la Cour fédérale pour lesquelles on s'attend à recevoir des témoignages d'Autochtones.

Les avocats devraient consulter les parties pertinentes des *Règles* et d'autres articles des *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones* lorsqu'ils établissent un protocole relatif aux récits oraux. Dans les cas où les *Règles* ne se prononcent pas clairement sur les questions relatives aux témoignages des aînés ou aux récits oraux, les parties devraient demander à la Cour une directive ou une ordonnance dans le cadre de la gestion de l'instance ou de la gestion de l'instruction.

Objectifs

Les objectifs d'un protocole pour la réception d'un récit oral dans le cadre d'un procès sont les suivants :

1. Faciliter la présentation d'une preuve utile, fiable et équitable qui aidera le juge à se prononcer sur les faits et à appliquer le droit pertinent;
2. Veiller à ce que les témoignages des Autochtones et à propos histoires, des lois et des traditions autochtones puissent être présentés et reçus à la Cour d'une manière qui respecte les peuples autochtones et la diversité des collectivités autochtones;
3. Adapter les règles de preuve lorsque c'est nécessaire pour recevoir des témoignages d'Autochtones tout en maintenant les principes d'équité, de recherche de vérité et de justice afin d'atteindre la réconciliation;

4. Préciser ce qui est attendu des deux parties et de leurs représentants afin de veiller à ce que la preuve orale des Autochtones puisse être prise en compte avec équité et respect.

Contexte

Besoin de preuve orale dans les litiges

Les peuples autochtones du Canada possèdent des droits uniques que protège la Constitution. Les tribunaux canadiens doivent tenir compte de la perspective autochtone lorsqu'ils évaluent ces droits²¹. Ces droits sont souvent démontrés dans les éléments de preuve historique écrits. Toutefois, des aspects importants de la perspective autochtone ne sont pas dans ces documents écrits parce que la plupart des peuples autochtones documentent et racontent leur histoire de vive voix. Les documents historiques écrits par des non-Autochtones peuvent également montrer un certain manque de respect envers les peuples autochtones²².

Ainsi, la tradition orale est souvent un élément important des litiges intéressant les Autochtones et peut être le seul moyen selon lequel les parties à un tel litige peuvent prouver leurs droits et les exercer. Comme le dossier documentaire écrit et la perspective autochtone non écrite peuvent être des méthodes complémentaires pour se souvenir de l'histoire et la raconter, les témoignages d'Autochtones sont souvent requis afin de dresser un portrait plus complet du passé.

Nature de la preuve orale

Les aînés autochtones ou autres gardiens de la sagesse sont la principale source de preuve concernant les points de vue des Autochtones et l'histoire orale autochtone. Les récits oraux des aînés relatant l'histoire présentent la preuve historique de la façon dont les Autochtones l'ont comprise.

Le témoignage des aînés peut porter sur des faits historiques, l'occupation des terres par les Autochtones, l'utilisation des terres, les coutumes, les pratiques, les lois, la spiritualité et l'identité. Leurs témoignages à propos du point de vue des Autochtones peuvent décrire le contexte qui permet à la Cour de comprendre les valeurs normatives des Autochtones et la signification des événements.

Les cérémonies autochtones peuvent faire partie de l'histoire orale. Il se peut que dans un tel cas, le témoignage des aînés nécessite des interprètes qui connaissent l'histoire orale des Autochtones.

Le témoignage des aînés diffère de celui des témoins experts, lesquels livrent un témoignage d'opinion. Les aînés témoignent à propos de ce qu'ils connaissent de leur point de vue personnel, du point de vue de la collectivité et du point de vue de leur culture²³.

²¹ *R c. Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075, 70 DLR (4th) 385, p. 411.

²² *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2007 BCSC 1700, par. 194, [2008] 1 CNLR 112.

²³ Juge L. S. Tony Mandamin, « Aboriginal Elders in Court » (20 avril 2016), p. 2.

Preuve orale et traditions juridiques autochtones

Il existe une relation importante entre la preuve orale et les traditions juridiques des Autochtones. Comme le professeur John Borrows l'a mentionné :

[TRADUCTION]

Les traditions juridiques autochtones sont souvent invoquées par les aînés ou sanctionnées par les gardiens de la sagesse afin de déterminer et de communiquer le droit¹⁴². Dans leur regroupement, chacun de ces domaines culturels est lié et renforcé par des pratiques particulières. Ces pratiques incluent des coutumes complexes comme les préparatifs préalables à l'audience, des procédés mnémotechniques, la répétition de cérémonies, la nomination de témoins, des danses, des fêtes, des chansons, des poèmes, l'utilisation de tests et l'utilisation et l'importance des lieux et de l'espace géographique pour veiller à ce que certaines traditions soient admises dans la collectivité¹⁴³. La tradition orale n'est pas un élément autonome; elle tire sa signification des expériences culturelles qui l'entourent²⁴.

Selon les commentaires du professeur Borrows, les avocats devraient rester ouverts à la gamme de possibilités concernant la preuve orale des Autochtones. La nature ouverte du présent protocole vise à faciliter la préparation de réponses pour aborder un certain nombre de situations, allant de récits oraux à l'appui de cérémonies, jusqu'au contre-interrogatoire en bonne et due forme.

Défis de la preuve orale

Le système de justice canadien s'en remet aux parties pour qu'elles présentent une preuve fiable afin d'aider un juge impartial à se prononcer sur les faits et le droit qui résoudront leur différend, soit à l'occasion d'une instance judiciaire ou d'un processus de médiation.

En Cour fédérale, des règles de preuve et de procédure régissent le processus. Les *Règles* sont conçues pour veiller à ce que les parties qui s'opposent aient accès aux renseignements nécessaires à la préparation de leur cause et à leur offrir un forum où elles peuvent plaider leur cause équitablement. Ces Règles ne traitent toutefois pas de la nature particulière du témoignage des aînés et de l'histoire orale.

La preuve orale des Autochtones constitue un défi pour le système de justice canadien; selon une approche traditionnelle des règles de preuve, un grand nombre des caractéristiques de cette preuve orale joueraient contre l'admissibilité de celle-ci et la valeur probante qui doit lui être accordée²⁵. L'histoire orale des Autochtones n'est peut-être pas le simple récit de faits historiques; elle est peut-être aussi enracinée dans la signification que l'on donne actuellement aux événements du passé et elle joue un rôle culturel plus grand que le simple fait de raconter une histoire²⁶. En outre, ces récits de

²⁴ John Borrows, *Indigenous Legal Traditions in Canada*, 19 WASH. U. J. L. & POL'Y 167 (2005), p. 191 https://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol19/iss1/13

²⁵ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 RCS 1010, par. 86-87, 153 DLR (4th) 193 [Delgamuukw].

²⁶ *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Un passé, un avenir*, vol 1 (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1996), p. 37-39; John Borrows, « Listening for a Change: The Courts and Oral Tradition », 39 Osgoode Hall L J 1 (2001), p. 5.

l'histoire orale constituent souvent des déclarations extrajudiciaires admises pour leur véracité, ce qui entre en conflit avec la règle générale d'inadmissibilité du oui-dire²⁷.

Cependant, les « règles de preuve devraient favoriser la justice, et non pas y faire obstacle »²⁸. Les récits oraux sont admissibles lorsqu'ils sont utiles et raisonnablement fiables, sous réserve de la discrétion du juge de première instance²⁹. Les récits oraux peuvent être utiles parce qu'ils offrent une preuve des pratiques ancestrales et de leur importance, en plus de présenter le point de vue des Autochtones par rapport aux événements historiques. On peut évaluer la fiabilité en examinant comment un aîné en est venu à connaître l'histoire orale et les traditions et à les raconter. Dans cette évaluation, on ne devrait pas écarter la preuve orale simplement parce qu'elle n'est pas conforme aux traditions non autochtones de préservation de l'histoire.

Ces lignes directrices ont pour but de fournir des suggestions ainsi qu'une orientation générale qui peuvent être adaptées aux circonstances de chaque affaire. Quatre principaux défis peuvent se présenter :

1. Confiance – Les conseillers juridiques des parties doivent s'efforcer de créer un environnement de confiance dans le cadre du litige afin de pouvoir avoir accès aux histoires orales bien gardées. Il leur sera utile de faire preuve de respect, de reconnaissance et d'honnêteté tout au long du processus.
2. Logistique – Il se peut que des défis logistiques surviennent. Les témoins parlent-ils français? Peut-on communiquer avec eux à l'avance? Y a-t-il des pratiques traditionnelles dont il faut être au courant? Il faut tenir compte de toutes ces questions ainsi que d'autres.
3. Coûts – Il se peut que les témoins au procès aient besoin d'un ou de plusieurs interprètes. Il pourrait y avoir d'autres coûts connexes.
4. Retards – Il se peut que des étapes préliminaires doivent être suivies et que des requêtes doivent être présentées, ce qui prend du temps³⁰.

Élaboration d'un protocole relatif à la preuve orale

Afin de concilier les éléments écrits et oraux, les tribunaux doivent trouver des moyens de rendre les règles de procédure pertinentes pour la perspective autochtone sans perdre de vue les principes d'équité, de recherche de la vérité et de justice.

Une approche fondée sur le respect et la dignité permet d'y arriver.

Un protocole devrait reconnaître la diversité parmi les cultures autochtones du Canada. Élaborer un protocole propre à l'affaire est une façon d'obtenir la souplesse nécessaire pour les normes et les pratiques des collectivités autochtones, pour les aînés qui

²⁷ *Delgamuukw*, par. 86.

²⁸ *Mitchell c. Ministre du Revenu national*, 2001 CSC 33, par. 30, [2001] 1 RCS 911 [*Mitchell*].

²⁹ *Mitchell*, par. 30-35.

³⁰ Pour avoir une bonne idée de la perspective des avocats des Premières Nations, voir *William v. British Columbia et al.*: Challenges, Successes and Lessons Learned in the Context of Oral History, 22 janvier 2008, par : Gary S. Campo, Woodward & Company.

participent au processus, pour le témoignage à entendre et pour les questions soulevées dans le cadre de l'instance.

Plus les aînés autochtones seront à l'aise avec le processus, plus la qualité de leur témoignage sera élevée³¹. En plus de reconnaître et de respecter le contexte culturel différent entourant le témoignage, les protocoles devraient inclure toute mesure d'accommodement nécessaire pour tenir compte de l'âge et de la santé des aînés qui doivent témoigner.

Attentes à l'égard des avocats

Étant donné l'importance de s'assurer que la Cour est en mesure d'examiner et de soupeser la preuve orale, les avocats doivent traiter les aînés autochtones avec respect. Ils doivent notamment :

1. Poser des questions à un aîné en comprenant bien sa position et sa source de connaissances;
2. Tenir compte des cérémonies et des protocoles autochtones afin de faire preuve de respect et de permettre aux témoins autochtones de se faire entendre;
3. Fournir suffisamment d'information à la Cour et aux autres avocats afin qu'ils comprennent le contexte du témoignage de l'aîné et qu'ils puissent l'évaluer efficacement;
4. Garder en tête que l'article 3 des *Règles* exige qu'elles soient interprétées et appliquées « de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible ».

Principes directeurs

Principe n° 1 – Les *Règles* doivent être appliquées avec souplesse afin de prendre en compte le point de vue des Autochtones.

Principe n° 2 – Les règles de procédure devraient être adaptées de façon à bien comprendre le point de vue des Autochtones, à l'instar de la perspective historique académique.

Principe n° 3 – Les aînés qui témoignent devraient être traités avec respect.

Principe n° 4 – L'approche à l'égard du témoignage des aînés et de l'histoire orale devrait être fondée sur la dignité, le respect, la créativité et la sensibilité dans le cadre d'un processus équitable qui prend en compte les normes et les pratiques des groupes autochtones et les besoins individuels de l'aîné qui témoigne.

³¹ Justice L. S. Tony Mandamin, « Some Thoughts on Elder Testimony and Oral History » (novembre 2010), p. 4.

ADMISSIBILITÉ

1. La décision d'admettre le témoignage d'un aîné relève du juge qui entend l'affaire ou du tribunal, au cas par cas³².
2. Le témoignage des aînés fournit à la Cour le point de vue des Autochtones et sera habituellement admissible lorsqu'un aîné est une personne reconnue comme telle par sa collectivité.

DIVULGATION ET QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

Liste des aînés à être appelés

3. La partie qui appelle un aîné à témoigner doit fournir à l'autre partie une liste des témoins qu'elle a l'intention d'appeler à donner un témoignage ou à présenter une preuve sous forme de récit oral :

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none">a. Avant de fixer une date pour le témoignage des témoins profanes, la partie qui appelle l'aîné doit aussi expliquer pourquoi elle le fait³³.b. Conformément au protocole, les aînés suivants témoigneront : [noms, adresses, dates de naissance]³⁴. |
|--|

4. La partie qui fait témoigner un aîné devrait fournir des renseignements concernant l'aîné et le fondement de ses connaissances à propos du sujet sur lequel il témoignera³⁵.
5. La divulgation devrait également fournir des renseignements à propos des pratiques ou des protocoles de la collectivité autochtone relatifs à la demande de témoignage d'un aîné. Les aînés s'abstiennent souvent de se décrire comme tels et la partie qui appelle l'aîné à témoigner peut demander à un membre de la collectivité de présenter l'aîné et de confirmer son statut d'aîné³⁶.

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">6. Un groupe d'aînés peuvent être appelés à témoigner ensemble lorsque les traditions orales d'un groupe autochtone sont détenues en tant que groupe. Dans un tel cas, la partie qui appelle le groupe doit identifier les membres et expliquer pourquoi le témoignage se fait en groupe. Il se peut que quelques |
|---|

³² Kawatacoose, p. 2; Restoule, annexe A, p. 2, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 31.

³³ Akisq'nuk, p. 1-2.

³⁴ Innus de Uashat Mak Mani-Utenam, p. 2. Cet aspect de la divulgation faisait partie du protocole.

³⁵ Restoule, annexe A, p. 2, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 31.

³⁶ Restoule, annexe A, p. 2, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 31.

restrictions soient nécessaires pour aider la Cour, notamment quant à la personne qui peut répondre aux questions en contre-interrogatoire³⁷. Les avocats doivent demeurer ouverts à la possibilité que d'autres formes de coutumes collectives, comme des cérémonies (voir *Borrows*, précité), puissent être nécessaires pour étayer adéquatement l'histoire d'un groupe autochtone.

Présentation des aînés

7. Un membre de la collectivité ou un témoin convenu par les parties peut présenter un aîné, un élément de preuve biographique et généalogique concernant chaque aîné qui sera appelé à témoigner et livrer un témoignage au sujet des raisons pour lesquelles les aînés sont reconnus par la Première Nation³⁸.
8. La partie qui appelle l'aîné à témoigner peut demander à un membre de la collectivité de présenter l'aîné et de confirmer son statut d'aîné³⁹.

Témoignages anticipés

Exigences relatives aux témoignages anticipés

9. La partie qui appelle un aîné à témoigner doit fournir à l'autre partie des témoignages anticipés⁴⁰.
10. Si aucun interrogatoire préalable n'a été effectué concernant cette preuve, la partie qui appelle le témoin doit fournir à l'autre partie une déclaration de témoignage anticipé⁴¹.

Contenu de la déclaration de témoignage anticipé

11. Les déclarations de témoignages anticipés comprennent un résumé des sujets qui seront abordés par chaque témoin et des témoignages anticipés, notamment le fondement de leurs connaissances et des renseignements sur les pratiques ou les protocoles de la collectivité associés à la transmission de l'histoire orale⁴².
12. En ce qui concerne les résumés des témoignages des aînés, les parties doivent garder à l'esprit que le respect des Autochtones envers les aînés peut signifier ne pas aiguiller les propos de l'aîné et qu'un aîné qui n'est pas au fait de la procédure judiciaire peut répondre sur des sujets imprévus⁴³.

³⁷ *Gitxaala Nation Submission on need for Oral Evidence d. Oct. 6, 2011 A2E7V6* et *Ignace v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 BCSC 10, ordonnance sur la preuve sous forme de récit oral d'un groupe.

³⁸ *Kawacatoose*, p. 2; *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 9.

³⁹ *Restoule*, annexe A, p. 2, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 31.

⁴⁰ *Akisiq'nuk*, p. 1-2.

⁴¹ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 7, 9.

⁴² *Akisiq'nuk*, p. 1-2; *Restoule*, annexe A, p. 2, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 31.

⁴³ *Restoule*, annexe A, p. 2, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 31.

13. Le contenu de la déclaration de témoignage anticipé, pour chaque aîné, comprendra une description détaillée de ce qui suit :
 - a. la langue qui sera employée par chaque aîné;
 - b. des renseignements quant aux antécédents personnels, familiaux, communautaires et professionnels de l'aîné, de manière à pleinement évaluer le statut de témoin à titre d'aîné de la communauté et l'autorité de celui-ci pour réciter la tradition orale;
 - c. tout autre élément contextuel au sujet de l'aîné qui est pertinent quant au témoignage qu'il ou elle livrera;
 - d. le moment et la manière avec laquelle l'aîné a eu connaissance de la preuve en question;
 - e. la personne qui a transmis la preuve à l'aîné, la relation entre l'aîné et cette personne, la réputation générale de cette personne et la question de savoir si cette personne avait eu une connaissance directe de l'incident ou si on lui a relaté;
 - f. le contenu du témoignage de l'aîné⁴⁴.
14. La partie qui appelle un aîné à témoigner doit fournir à l'autre partie une déclaration du témoignage anticipé de chaque aîné invité à présenter des éléments de preuve concernant la manière dont la tradition orale de la Première Nation est conservée, les personnes qui ont droit de relater cette tradition, la manière dont ce droit est déterminé et la pratique de la communauté en ce qui a trait à la protection de l'intégrité de sa tradition orale, à moins qu'un tel élément de preuve ait déjà été communiqué à l'autre partie⁴⁵.
15. Lorsqu'un témoin ne présente pas un aîné, la partie peut énoncer les renseignements énumérés au paragraphe 19 de l'affaire *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2004 BCSC 14, reproduits ci-dessous, à titre de préambule de la déclaration de témoignage anticipé :
 - a. certains renseignements personnels au sujet de la situation du témoin et de sa capacité à relater ce que d'autres lui ont raconté;
 - b. l'identité de la personne qui a raconté l'événement ou l'histoire au témoin;
 - c. le lien entre le témoin et la personne qui lui a raconté l'événement ou l'histoire;
 - d. la réputation de la personne qui a raconté l'événement ou l'histoire au témoin;
 - e. la question de savoir si cette personne a été témoin de l'événement ou

⁴⁴ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 12.

⁴⁵ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 7.

- en a simplement été informée;
- f. tout autre sujet qui pourrait avoir une incidence sur la question de savoir si le juge des faits peut se fier à la preuve produite pour tirer des conclusions de fait importantes⁴⁶.

Moment du dépôt et de la signification des déclarations de témoignages anticipés

16. Les déclarations de témoignages anticipés doivent être signifiées et déposées conformément à l'échéancier suivant.

Moment du dépôt et de la signification des déclarations de témoignages anticipés

- a. Avant de fixer la date pour l'audition des témoins profanes⁴⁷.
- b. Au plus tard le [date, approximativement quatre mois avant l'audience spéciale]⁴⁸.

Moment du dépôt et de la signification des déclarations de témoignages anticipés

- c. Au plus tard le [date, approximativement cinq mois avant le procès]⁴⁹.
- d. Dans les soixante jours suivant la date d'achèvement du protocole, ou une période plus longue si les parties y consentent ou si la Cour l'ordonne ainsi⁵⁰.
- e. Au moins 90 jours avant le procès⁵¹.

Moment du dépôt des déclarations de témoignages anticipés par rapport à la divulgation des documents

- f. Compte tenu de la dynamique différente et des questions logistiques possibles qui peuvent arriver lors du témoignage d'un aîné, il n'est pas nécessaire que cette divulgation coïncide avec la divulgation des documents, pourvu qu'elle soit faite en temps opportun⁵².

⁴⁶ *Kawacatoose*, p. 2.

⁴⁷ *Akisiq'nuk*, p. 1-2.

⁴⁸ *Kawacatoose*, p. 1.

⁴⁹ *Watson-Bear*, procès-verbal de la conférence préalable au procès du 7 mars 2018, par. 3.

⁵⁰ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 11. La question de savoir si des déclarations de témoignage anticipé devraient être fournies était une question en litige dans cette affaire et a été débattue en long et en large. La Première Nation s'opposait à ce que le Canada inclue des témoignages anticipés dans le protocole proposé. La Cour a ordonné l'utilisation de déclarations de témoignage anticipé.

⁵¹ *Kawacatoose*, p. 2; *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 9.

⁵² *Restoule*, annexe A, p. 2, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 31.

Utilisation de témoignages anticipés au procès

17. Les témoignages anticipés doivent être aussi clairs que possible. La Couronne a le droit à un préavis approprié des arguments qu'elle aura à réfuter. Si des oui-dire sont utilisés, il faut le mentionner précisément et sans ambiguïté⁵³.
18. Les déclarations de témoignages anticipés doivent contenir suffisamment de détails pour permettre aux autres parties de contester la pertinence des témoignages proposés ainsi que pour leur permettre de se préparer adéquatement en vue du contre-interrogatoire⁵⁴.
19. Les déclarations de témoignages anticipés ne feront pas partie de la preuve au procès, mais l'autre partie pourra utiliser ces déclarations à titre de preuve d'une déclaration antérieure de l'aîné qui témoigne dans l'éventualité où le témoignage livré au procès diverge de manière importante du contenu du témoignage anticipé, ou qu'il soit incompatible avec cette déclaration⁵⁵.

Objections préliminaires

20. Si l'autre partie a l'intention de soulever une objection préliminaire à l'admissibilité de la preuve présentée dans les déclarations de témoignages anticipés, elle doit en informer la partie qui appelle l'aîné à témoigner :

- a. Un mois avant l'audience⁵⁶.
- b. Avant une date donnée, environ deux mois avant l'audience spéciale visant à recevoir le témoignage de l'aîné et l'histoire orale⁵⁷.
- c. Un mois après la signification et le dépôt des déclarations de témoignages anticipés⁵⁸.
- d. Avant que l'aîné témoigne et sans la présence de celui-ci⁵⁹.

21. Les questions relatives à l'absence d'un préavis doivent être soulevées auprès du juge qui entend l'affaire⁶⁰.
22. Lorsque le caractère adéquat de la divulgation soulève des difficultés entre les parties, ces dernières devraient solliciter de l'aide dans le cadre de la gestion de l'instance ou de la gestion de l'instruction en vue d'obtenir une directive ou une décision sur la divulgation à fournir et son échéance. Sans nuire au rôle qu'elle joue dans la procédure judiciaire lorsqu'elle règle ces difficultés, la Cour tiendra

⁵³ *Watson-Bear*, procès-verbal de la conférence préalable au procès du 13 décembre 2017, par. 28.

⁵⁴ *Kawacatoose*, p. 1; *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 12.

⁵⁵ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 13.

⁵⁶ *Akisq'nuk*, p. 2.

⁵⁷ *Kawacatoose*, p. 2.

⁵⁸ *Watson-Bear*, procès-verbal de la conférence préalable au procès du 7 mars 2018, par. 3.

⁵⁹ *Innus de Uashat Mak Mani-Utenam*, p. 5.

⁶⁰ *Watson-Bear*, procès-verbal de la conférence préalable au procès du 13 décembre 2017, par. 29.

- compte du rôle de chacun des aînés au sein de la communauté, et les avocats des parties sont encouragés à adopter une attitude semblable à cet égard⁶¹.
23. Lorsqu'une partie s'oppose à l'admissibilité d'un élément de preuve, il peut être approprié d'obtenir un jugement sur l'admissibilité de cet élément avant que la preuve principale soit entendue⁶².

Documents

24. Si, en interrogatoire principal ou en contre-interrogatoire lors du témoignage sous forme de récit oral, l'une ou l'autre des parties a l'intention de faire référence à un document qui n'a pas été produit par les parties ou qui porte sur un sujet qui n'est pas précisément mentionné dans la déclaration de témoignage anticipé, la partie qui veut faire référence au document doit aviser l'autre partie et produire des copies un mois avant l'audience⁶³.
25. Chaque partie doit divulguer à la partie adverse tous les documents, dossiers, cartes, dessins, photos et autres éléments auxquels elle prévoit faire référence au cours du témoignage, et ce, dès que ces éléments sont identifiés. Au plus tard 30 jours après le procès, les parties doivent déposer un recueil conjoint des documents, lequel contient les documents susmentionnés. L'admissibilité de tout document qui n'a pas été identifié et produit conformément à la présente disposition au cours du témoignage sous forme de récit oral relèvera du pouvoir discrétionnaire du juge du procès⁶⁴.
26. L'autre partie disposera de quatre-vingt-dix jours, après qu'on lui eut transmis la déclaration de témoignage anticipé à l'égard d'un aîné, pour relever et divulguer à la partie qui appelle l'aîné à témoigner les documents qu'elle souhaite soumettre à cet aîné⁶⁵.

Consultation

27. La partie qui appelle des aînés à témoigner, ou les deux parties le cas échéant, devrait consulter les aînés au préalable afin de leur indiquer ce qu'on attend généralement d'eux en cour, ou ce qu'on peut leur demander en cour, et leur donner la possibilité de réfléchir à leur contribution. Lors d'une telle consultation, il est aussi possible de demander aux aînés de formuler des recommandations concernant les protocoles autochtones ou les questions qui touchent aux sensibilités des Autochtones. Lorsque les deux parties consultent les aînés, la Cour peut également participer à cette consultation par le biais de la gestion de

⁶¹ *Restoule*, annexe A, p. 2, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 31; *Watson-Bear*, procès-verbal de la conférence préalable au procès du 13 décembre 2017, par. 29.

⁶² *Kawacatoose*, p. 2.

⁶³ *Akisq'nuk*, p. 2.

⁶⁴ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 6.

⁶⁵ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 11.

l'instance ou de la gestion de l'instruction. En participant à la consultation, la Cour manifeste son respect et reconnaît l'importance d'entendre les aînés⁶⁶.

[Par exemple, dans *Restoule*, le protocole prévoyait ceci : [TRADUCTION] « Les aînés aiment avoir l'occasion de consulter les avocats de toutes les parties ainsi que la cour dans le cadre du processus de gestion de l'instance, avant la date prévue pour l'audition du témoignage. »⁶⁷]

Confidentialité

28. Si la preuve orale historique des Autochtones qui doit être présentée au procès contient des renseignements sensibles ou confidentiels, la partie qui présente une telle preuve peut envisager de demander à la Cour les mesures nécessaires pour préserver la confidentialité ou la propriété des renseignements.
29. Les *Règles* prévoient la façon de traiter les documents confidentiels⁶⁸.
30. La partie qui sollicite la protection de la confidentialité d'éléments de preuve autochtones devrait en indiquer la raison avant leur présentation.

DÉROULEMENT DE L'AUDIENCE ET LOGISTIQUE

Langue et interprétation

31. L'audience se tient principalement en anglais ou en français. Un interprète est présent pour tout aîné qui souhaite s'exprimer dans une langue autochtone⁶⁹.
32. Au besoin, la Cour fournira le matériel pour l'interprétation simultanée⁷⁰.
33. Si un témoin est interrogé dans une autre langue que l'anglais ou le français, un service d'interprétation devrait être fourni par une personne possédant une expérience de l'interprétation judiciaire, ou à tout le moins, une personne possédant une expérience comme interprète⁷¹.

Choix de l'interprète ou du traducteur

34. L'interprète choisi doit être accepté par toutes les parties⁷².
35. La partie qui appelle l'aîné à témoigner doit fournir à l'autre partie l'identité de l'interprète qu'elle a choisi avant le [date, approximativement quatre mois avant le procès]⁷³.

⁶⁶ *Restoule*, annexe A, p. 2-3, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 31.

⁶⁷ *Restoule*, annexe A, p. 3.

⁶⁸ *Restoule*, annexe A, p. 3, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 31.

⁶⁹ *Watson-Bear*, procès-verbal provisoire de la conférence préalable au procès du 13 décembre 2017, par. 37; *Restoule*, annexe A, p. 5; *Sechelt*, par. 3.

⁷⁰ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 14.

⁷¹ *Sechelt*, annexe A, p. 1.

⁷² *Innus de Uashat Mak Mani-Utenam*, p. 5;[6] par. 14 de l'ordonnance.

⁷³ *Kawacatoose*, p. 1.

36. La partie qui appelle l'aîné à témoigner doit fournir à l'autre partie une liste des interprètes proposés avant de fixer une date pour l'audition du témoignage des témoins profanes. L'autre partie doit fournir une réponse à la liste d'interprètes proposés, puis les parties doivent présenter à la Cour des observations conjointes sur les interprètes⁷⁴.
37. Au besoin, les parties peuvent s'entendre sur une personne qui épellera les mots. « Si les parties ne peuvent s'entendre au sujet d'un interprète ou d'une personne épelant les mots quatre-vingt-dix (90) jours avant le début de [l'audience], la Cour en nommera un (suivant les observations des parties). »⁷⁵
38. « L'interprète et la personne épelant les mots seront impartiales, indépendantes, à la satisfaction des parties et de la Cour, et il peut s'agir de deux personnes distinctes. »
39. L'interprète et la personne épelant les mots doivent prêter une affirmation solennelle ou un serment pour pouvoir exercer leurs fonctions [TRADUCTION] « véritablement et loyalement, et sans partialité envers l'une des parties à l'instance, et au mieux de leurs capacités »⁷⁶.

Endroit

40. Le témoignage de l'aîné se fait :

- a. Dans la collectivité⁷⁷;
- b. Dans la collectivité, dans la mesure du possible⁷⁸;
- c. Dans la collectivité pour une partie de l'audience⁷⁹;
- d. Dans la collectivité, pour un maximum de 20 jours⁸⁰;
- e. Dans la collectivité ou à proximité⁸¹.

41. La Cour, les parties et leurs avocats doivent visiter l'endroit proposé dans la collectivité afin de confirmer que les installations adéquates sont disponibles pour l'audition et l'enregistrement du témoignage⁸².

⁷⁴ *Akisq'nuk*, p. 1-2.

⁷⁵ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 14.

⁷⁶ [7] p. 3 de l'annexe A.

⁷⁷ *Innus de Uashat Mak Mani-Utenam*, p. 2; [5] p. 2; [6] par. 2 de l'ordonnance; [4] p. 5 de l'annexe A.

⁷⁸ [3] al. 5(a).

⁷⁹ [2]: Les parties ont convenu de tenir le procès à l'extérieur de la réserve; cependant, lors d'une conférence préalable au procès, le juge Lafrenière a invité les parties à tenir certaines parties du procès dans la collectivité. [Traduction]TRADUCTION] « Les avocats doivent discuter de la question avec leurs clients et aviser la Cour de la réponse de ceux-ci ainsi que de la disponibilité d'un endroit adéquat sous peu. Tout endroit devra être adéquat pour les fins du procès. » (Procès-verbal provisoire de la conférence préalable au procès du 13 décembre 2017, par. 36) Lors de la conférence de gestion de l'instruction, il a été établi que la première des quatre semaines du procès se déroulerait dans la réserve afin d'entendre le témoignage des aînés. (Procès-verbal de la conférence de gestion de l'instruction tenue le 7 mars 2018, al. 1b)).

⁸⁰ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 2.

⁸¹ *Sechelt*, p. 1 de l'ordonnance sur consentement.

⁸² *Shot Both Sides*, motifs, par. 4.

Visite des lieux

42. La Cour et les deux parties acceptent de visiter les lieux sur les terres ou près des terres dont la collectivité s'attend à ce qu'elles fassent l'objet du témoignage de l'aîné⁸³.
43. La visite des lieux ne produit pas une preuve constituant le fondement d'une inférence qui pourrait être tirée par le juge du procès, et que l'objet de cette visite se limite à donner au juge du procès et aux avocats une meilleure compréhension du témoignage qui sera livré par les aînés⁸⁴.
44. Si une telle visite de site a lieu, la collectivité autochtone en informera la Cour et le Canada, et ce, au moins six semaines avant le commencement du procès; à défaut, aucune visite de site n'aura lieu. Toute visite de site sera organisée par la collectivité autochtone, à ses frais, et tous les avocats, leurs conseillers, le juge du procès et le personnel de la Cour prendront part à cette visite, qui devra avoir lieu tôt à la première phase du procès⁸⁵.

Enregistrement audio et vidéo et archivage

45. La partie qui appelle un aîné à témoigner doit avoir à l'esprit que la Cour est une cour d'archives. L'aîné devrait être informé que le témoignage est enregistré⁸⁶.
46. Une partie peut souhaiter l'enregistrement de son histoire orale pour la postérité, notamment par les médias audio ou vidéo. Ces enregistrements doivent être effectués conformément aux Lignes directrices de la Cour fédérale à l'intention des médias et à toute autre ordonnance ou directive sur l'enregistrement en salle d'audience⁸⁷.

47. La personne ou les personnes qui enregistrent le témoignage de l'aîné doivent être acceptées par les parties ou, en cas de désaccord, être nommées par la Cour⁸⁸.
48. La vidéo doit donner un gros plan frontal direct du visage du témoin⁸⁹.
49. Les enregistrements appartiennent à la Cour et une copie certifiée conforme de l'enregistrement audio et vidéo des instances de la phase 1 recevront une cote à titre de pièce au procès⁹⁰.
50. Si un enregistrement est fait, il peut être partagé avec les autres parties, mais ne peut pas être utilisé dans le cadre de l'instance à moins que la Cour ne le précise.

⁸³ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 8.

⁸⁴ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 8.

⁸⁵ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 8.

⁸⁶ *Restoule*, annexe A, p. 7, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 36.

⁸⁷ *Restoule*, annexe A, p. 7, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 36; *Shot Both Sides*, par. 23 de l'ordonnance.

⁸⁸ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 23.

⁸⁹ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 23.

⁹⁰ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 23.

51. Une partie peut demander la permission à la Cour de diffuser l'instance sur le Web ou de l'archiver⁹¹.

Cérémonie, organisation et décorum de la Cour

Cérémonies

52. Avant de fixer une date pour l'audition du témoignage des témoins profanes, la partie qui appelle un aîné à témoigner doit aviser la Cour et l'autre partie de toute cérémonie ou coutume autochtone importante pour les traditions du groupe ou de la collectivité autochtone qui doit précéder ou suivre le témoignage du témoin profane⁹².

a. Par exemple, un certain protocole inclut les demandes faites par les aînés concernant les cérémonies de purification⁹³ ou l'utilisation d'un bâton à exploits⁹⁴ et d'un feu sacré⁹⁵. La Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour décider si et comment une telle cérémonie peut être intégrée à l'instance ou se faire en marge de celle-ci.

53. Les aînés qui témoignent doivent prêter serment ou faire une affirmation solennelle. Lorsqu'un aîné choisit de prêter serment ou de faire une affirmation solennelle selon une pratique autochtone, c'est la même chose que lorsqu'un témoin prête serment sur un livre sacré⁹⁶. Prêter serment en tenant une plume d'aigle⁹⁷ ou lors d'une cérémonie du calumet⁹⁸ sont quelques exemples de ces pratiques autochtones.

Organisation de la Cour

54. Après consultation des parties, l'emplacement des sièges dans la salle d'audience peut prendre l'une des formes suivantes :

a. En cercle⁹⁹;

⁹¹ *Restoule v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 114.

⁹² *Akisq'nuk*, p. 1-2.

⁹³ *Restoule*, p. 4 de l'annexe A. [TRADUCTION] « Les aînés ont également demandé qu'une cérémonie de purification ait lieu avant le début de l'audience à Thunder Bay, et lors des audiences portant sur le témoignage des Anishinaabe et des aînés à Manitoulin et Garden River. »

⁹⁴ *Restoule*, p. 4 de l'annexe A. [TRADUCTION] « Les aînés aimeraient avoir un bâton à exploits durant l'instance, particulièrement à Manitoulin et à Garden River. »

⁹⁵ *Restoule*, p. 4 de l'annexe A : [TRADUCTION] « Les aînés aimeraient utiliser un feu sacré durant l'instance, particulièrement à Manitoulin et à Garden River. »

⁹⁶ *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 37.

⁹⁷ *Restoule*, annexe A, p. 4.

⁹⁸ *Kawacatoose* - aucune mention dans le protocole, mais une mention dans la décision finale (*Première Nation de Kawacatoose et. al. et Première Nation de Star Blanket et Première Nation de Little Black Bear et Première Nation Dakota de Standing Buffalo et Première Nation de Peepeekisis c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 2016 TRPC 1, par. 25).

⁹⁹ *Shot Both Sides*, p. 18 de la décision (annexe A : Diagramme de configuration de la salle d'audience); *Restoule*, p. 4 de l'annexe A.

- b. En cercle ou en demi-cercle pour certaines audiences, dans la mesure du possible¹⁰⁰;
- c. Toute autre configuration qui tient compte des traditions et des lois autochtones du groupe ou des groupes mis en cause.

Décorum

55. La Cour, dans les cas appropriés, peut modifier les exigences vestimentaires pour recevoir le témoignage oral des Autochtones :

- a. Les avocats et les agents de la Cour ne porteront pas leur uniforme officiel de la Cour, mais plutôt une tenue de ville décontractée. Le juge du procès portera sa toge. Le personnel de sécurité portera des vêtements qui les identifieront adéquatement en tant que tel¹⁰¹.
- b. Les aînés n'ont aucune objection à ce que les avocats portent une toge¹⁰².

Éléments de preuve matériels

56. Le témoignage des aînés peut être présenté sous forme de démonstration par des chants, des danses, des objets significatifs du point de vue culturel ou des activités sur le territoire. Les parties peuvent s'adresser à la Cour pour lui demander une directive ou une ordonnance relativement à la présentation d'éléments de preuve matérielle¹⁰³.

57. Les éléments de preuve matériels à utiliser peuvent être précisés dans le protocole. [Par exemple, dans *Restoule*, le protocole prévoyait que [TRADUCTION] « les aînés peuvent avoir leurs pipes et leurs tambours sacrés. Les chefs qui témoigneront ont également indiqué qu'ils porteront leurs coiffures cérémonielles. »¹⁰⁴]

Preuve recueillie par commission rogatoire

58. La partie qui a l'intention de présenter une preuve sous forme de récits oraux en faisant témoigner des aînés qui sont âgés, infirmes ou qui ne peuvent autrement être disponibles au procès, peut solliciter une ordonnance relative à un interrogatoire hors cour pour cet aîné avant le procès. Les éléments suivants devraient être pris en compte lors de témoignages par voie de commission rogatoire :

- a. l'identification des témoins âgés ou infirmes à l'égard desquels une commission rogatoire peut être exigée;

¹⁰⁰ *Restoule*, p. 4 de l'annexe A.

¹⁰¹ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 2.

¹⁰² *Restoule*, p. 5 de l'annexe A.

¹⁰³ *Restoule*, annexe A, p. 3, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 33.

¹⁰⁴ *Restoule*, annexe A, p. 3.

- b. la langue dans laquelle l'interrogatoire sera mené et les services d'interprétation nécessaires;
 - c. la procédure d'enregistrement de ce témoignage, que ce soit par un sténographe, par enregistrement audio ou vidéo;
 - d. la procédure pour faire valoir les objections sans interruption gênante (par exemple le témoignage ininterrompu de l'aîné avant de formuler des objections);
 - e. l'endroit de la commission rogatoire et la durée des séances¹⁰⁵.
59. Un tel témoignage est habituellement recueilli de *bene esse* et la règle générale veut que cette preuve soit ignorée si le témoin est disponible au moment du procès. Les parties peuvent toutefois demander à la Cour d'utiliser le témoignage enregistré lorsque les deux parties ont eu l'occasion de participer à la réception du témoignage par voie de commission rogatoire et qu'il existe des raisons suffisantes pour ne pas exiger que l'aîné témoigne une deuxième fois¹⁰⁶.

Par exemple, dans *Sechelt*, le témoignage d'un aîné a été pris par déposition :

- 60. Le témoignage du témoin [nom] sera pris par déposition aux dates, aux heures et aux endroits convenus par les avocats. Les règles de preuve et la procédure de salle d'audience doivent être appliquées au témoignage par voie de commission rogatoire. Les témoignages par voie de commission rogatoire peuvent être utilisés dans les négociations¹⁰⁷.
- 61. Le témoignage par voie de commission rogatoire doit être : enregistré par le sténographe judiciaire officiel, enregistré sur une technologie numérique par un vidéographe et, au besoin, avec l'aide d'un interprète et d'une personne épelant les mots¹⁰⁸.
- 62. Le témoin fera l'objet d'un interrogatoire principal, d'un contre-interrogatoire et d'un nouvel interrogatoire¹⁰⁹.
- 63. Les objections faites durant la déposition sont enregistrées par les sténographes judiciaires officiels. La validité des objections sera déterminée par la Cour, sur demande de l'une des parties, en vertu du paragraphe 7-8(15) des *Règles de la Cour suprême de la C.-B.*¹¹⁰

¹⁰⁵ *Restoule*, annexe A, p. 3, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 32.

¹⁰⁶ *Restoule*, annexe A, p. 3, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 32.

¹⁰⁷ *Sechelt*, par. 1-3, 7.

¹⁰⁸ *Sechelt*, par. 6.

¹⁰⁹ *Sechelt*, annexe A, par. 2.

¹¹⁰ *Sechelt*, par. 9.

Audience spéciale pour le témoignage des aînés

64. La Cour peut décider de tenir une audience spéciale pour recevoir le témoignage des aînés et l'histoire orale. Le témoignage des aînés donné à l'occasion d'une audience spéciale peut constituer une preuve lors du procès, sous réserve de son admissibilité. Cette audience spéciale peut avoir lieu à toute étape du procès, bien qu'il vaille mieux la tenir au début de celui-ci. Une audience spéciale tenue rapidement permet aux parties d'évaluer leur position, ayant alors entendu le point de vue des Autochtones. Cela peut également leur permettre de réexaminer la possibilité de soumettre certaines questions, sinon toutes, à la médiation ou à la négociation. L'audience spéciale a également l'avantage de conserver les témoignages des aînés, témoignages qui pourraient ne pas être possibles plus tard, si le procès devait accuser du retard ou se prolonger¹¹¹.
65. Les aspects de la procédure d'une audience spéciale peuvent être réglés dans le cadre du processus de gestion de l'instance ou de gestion de l'instruction. L'approche qu'a adoptée le juge Vickers pour prononcer l'ordonnance dans l'affaire *Williams* peut être un guide mais doit prendre en compte les exigences des aînés et de la collectivité autochtone concernés. Dans les groupes autochtones, il n'existe pas de pratique uniforme unique pour entendre les aînés ou l'histoire orale. L'approche retenue devrait être conforme aux pratiques de la collectivité autochtone visée¹¹².
66. Dès le début du processus de gestion de l'instance ou de gestion de l'instruction, les parties devraient se pencher sur les questions suivantes : la divulgation du témoignage des aînés, le lieu de l'audience de la cour, l'utilisation des langues autochtones et les services d'interprétation et les protocoles autochtones. Les discussions à propos de la réception du témoignage des aînés, de son admissibilité et du poids à y accorder devraient avoir lieu avant plutôt qu'au moment où un aîné est à la barre des témoins. Outre les questions plus immédiates, comme une objection fondée sur un privilège, la contestation de l'admissibilité, les questions peuvent être reportées sous toutes réserves jusqu'à ce que l'aîné ait terminé son témoignage. Les questions relatives au poids à accorder au témoignage peuvent être invoquées plus tard lors des plaidoiries¹¹³.

Par exemple, dans *Kawacatoose*, une audience spéciale a été tenue et le protocole prévoyait ceci :

67. Les parties conviennent de tenir une audience afin de recevoir des témoignages d'aînés et une preuve par présentation d'histoire orale en raison du besoin de préserver la preuve qui pourrait ne plus être disponible ultérieurement et de l'avantage que représente le fait de permettre aux parties

¹¹¹ Restoule, annexe A, p. 4, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 33.

¹¹² Restoule, annexe A, p. 4, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 33.

¹¹³ Restoule, annexe A, p. 4, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 33.

d'examiner leurs positions après avoir entendu la perspective de la Première Nation¹¹⁴.

68. Le témoignage entendu à l'audience spéciale peut constituer une preuve lors du procès, sous réserve de son admissibilité¹¹⁵.

69. Si un aîné présente un témoignage plus détaillé durant l'interrogatoire principal dans le cadre de l'audience spéciale que ce qui était indiqué dans la déclaration du témoignage anticipé, l'autre partie peut soulever la question de recevabilité après l'audience¹¹⁶.

TÉMOIGNAGE DES AÎNÉS AU PROCÈS

70. Tous les aînés appelés comme témoins feront l'objet d'un interrogatoire principal, d'un contre-interrogatoire et d'un nouvel interrogatoire¹¹⁷.

71. Tous les interrogatoires des aînés, y compris les interrogatoires directs et les contre-interrogatoires, seront conduits de manière respectueuse et assujettis à la *Loi sur les Cours fédérales*, LRC 1985, c F-7, aux *Règles des Cours fédérales*, ainsi qu'à tout autre texte de loi applicable aux procès devant la Cour fédérale¹¹⁸.

72. Les parties conviennent de l'application souple des règles en matière de preuve d'une façon proportionnée avec les difficultés inhérentes que posent les revendications autochtones, sujettes aux directives du Tribunal¹¹⁹.

73. ***Approche différente*** : Les parties à une instance du Tribunal des revendications particulières ont convenu d'un format informel où l'interrogatoire principal, le contre-interrogatoire et les questions du tribunal seraient soulevés immédiatement plutôt que de prévoir une période distincte pour le contre-interrogatoire et les questions du tribunal. Cela visait à aider l'aîné à se souvenir de leur témoignage :

Les parties proposent un interrogatoire informel au cours duquel le demandeur abordera, autant que possible, des sujets précis. Le défendeur et le Tribunal auront l'occasion de poser des questions sur le sujet immédiatement, plutôt que de procéder au contre-interrogatoire et aux questions du Tribunal à la fin de l'interrogatoire principal. Cette approche est conçue pour aider le témoin à se souvenir de son témoignage principal lorsque le défendeur ou le Tribunal pose des questions¹²⁰.

¹¹⁴ *Kawacatoose*, p. 1.

¹¹⁵ *Kawacatoose*, p. 2.

¹¹⁶ *Kawacatoose*, p. 2.

¹¹⁷ *Innus de Uashat Mak Mani-Utenam*, p. 4; *Sechelt*, annexe A, par. 2.

¹¹⁸ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 10.

¹¹⁹ *Akisq'nuk*, p. 4.

¹²⁰ *Innus de Uashat Mak Mani-Utenam*, p. 4.

Rôle du juge du procès

74. Le juge qui préside l'instruction peut donner le ton à l'instance en exprimant son respect et son appréciation envers l'aîné pour être venu partager ses connaissances avec la Cour. Le juge a alors l'occasion d'expliquer le processus, en fournissant à l'aîné des renseignements et de l'information à propos du processus de recherche des faits de la Cour¹²¹.
75. Le juge doit prendre soin d'éviter de faire des déclarations qui peuvent être interprétées comme étant défavorables à une partie ou à l'autre¹²².
76. Le juge devrait intervenir lorsque les questions outrepassent les limites de l'interrogatoire ou du contre-interrogatoire ou lorsque l'aîné semble avoir des difficultés à comprendre les questions¹²³.

Rôle des avocats

77. Les avocats doivent faire de leur mieux pour faciliter le témoignage des aînés, pour veiller à ce que les témoignages soient enrichissants et constituent une expérience agréable, et pour veiller à ce que l'interrogatoire, le contre-interrogatoire et le nouvel interrogatoire des aînés soient menés dans le plus grand respect des valeurs de la collectivité autochtone¹²⁴.
78. Les avocats doivent poser des questions aux témoins de manière directe et utiliser un langage clair¹²⁵.
79. Les avocats doivent tenir compte de l'âge et de la santé physique du témoin et prévoir des pauses au besoin¹²⁶.
80. Les parties peuvent prévoir un calendrier flexible pour chaque témoin, selon les préférences de ce dernier, sa santé et son niveau de fatigue¹²⁷.
81. On reconnaît que le respect à l'égard des témoins aînés peut signifier de ne pas diriger leurs propos. De plus, un aîné qui n'est pas au fait des instances peut témoigner sur des sujets imprévus¹²⁸.
82. Les parties conviennent de perturber le moins possible le témoignage d'un témoin¹²⁹.

¹²¹ Restoule, annexe A, p. 6, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 35.

¹²² Restoule, annexe A, p. 6, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 35.

¹²³ Restoule, annexe A, p. 7, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 36.

¹²⁴ *Innus de Uashat Mak Mani-Utenam*, p. 2.

¹²⁵ *Akisq'nuk*, al. 5b) de la p. 2.

¹²⁶ *Akisq'nuk*, al. 5d) de la p. 2.

¹²⁷ *Innus de Uashat Mak Mani-Utenam*, p. 3.

¹²⁸ *Akisq'nuk*, al. 6b) de la p. 3; 5, p. 2 sous Admissibilité et poids à accorder.

¹²⁹ *Akisq'nuk*, al. 5e) de la p. 2; 5, p. 2 sous Audition de la preuve sous forme de récit oral.

83. L'avocat restera assis lorsqu'il interrogera ou contre-interrogera un aîné. Les avocats se lèveront uniquement lorsqu'ils s'adressent à la Cour¹³⁰.

Exclusion de témoins

84. Les témoins ne peuvent pas communiquer les uns avec les autres durant les interrogatoires. Chaque aîné sera exclu de la salle lorsque l'autre est interrogé, à moins que les parties en aient convenu autrement¹³¹.

85. Aucune requête visant à exclure de l'audience un aîné qui sera appelé à témoigner lors de la phase 1 ne sera présentée ou instruite avant que les témoignages se rapportant aux traditions orales de la tribu soient terminés¹³².

Interrogatoire principal

86. Les avocats peuvent s'asseoir à côté de l'aîné durant l'interrogatoire principal, particulièrement si l'aîné est malentendant¹³³.

87. Les avocats peuvent diriger un témoin pour les questions non controversées lors de l'interrogatoire principal¹³⁴.

88. Si le témoignage qui est livré à la suite de questions directes diverge de manière importante de ce qui a été mentionné dans la déclaration de témoignage anticipé du témoin, le témoin en question, ou l'avocat dans ses observations, devra en répondre¹³⁵.

89. On s'attend à ce que la Cour souhaite entendre certains renseignements de la part de chaque témoin qui fournit une preuve sous forme de récit oral :

- a. Renseignements sur la tradition de la Première Nation concernant la façon dont les histoires orales sont transmises d'une génération à l'autre;
- b. Certains renseignements au sujet de la capacité du témoin à relater ce que d'autres lui ont raconté;
- c. Qui a raconté au témoin l'événement, l'histoire, la tradition culturelle, la pratique culturelle ou la généalogie et comment cette personne a été mise au courant de cette histoire orale;
- d. La relation entre le témoin et la personne qui lui a raconté l'événement, l'histoire, la tradition culturelle, la pratique culturelle ou la généalogie;
- e. Certains renseignements généraux concernant la personne qui a raconté l'événement, l'histoire, la tradition culturelle, la pratique

¹³⁰ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 2.

¹³¹ *Innus de Uashat Mak Mani-Utenam*, p. 4.

¹³² *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 8.

¹³³ *Restoule*, annexe A, p. 6.

¹³⁴ *Akisiq'nuk*, al. 5c) de la p. 2.

¹³⁵ *Shot Both Sides*, motifs, par. 13.

culturelle ou la généalogie au témoin;

- f. Si cette personne a été témoin de l'événement, de la tradition culturelle ou de la pratique culturelle ou en a simplement été informée;
- g. Tout autre sujet qui pourrait avoir une incidence sur la question de savoir si le juge des faits peut se fier à la preuve produite et quel poids accorder à cette preuve pour tirer des conclusions de fait importantes¹³⁶.

Contre-interrogatoire

- 90. Le défendeur peut contre-interroger les témoins à l'égard de tout élément de preuve fourni¹³⁷.
- 91. Le contre-interrogatoire doit être mené de manière respectueuse et les questions doivent être courtoises, en accord avec le respect accordé à l'aîné par sa collectivité¹³⁸.
- 92. Les avocats doivent tenir compte l'approche culturelle des aînés et faire les meilleurs efforts pour veiller à ce que l'aîné comprenne les questions posées¹³⁹.
- 93. Le contexte particulier du témoignage des aînés suggère que d'autres moyens de poser des questions en contre-interrogatoire devraient être explorés dans les cas appropriés. Cette exploration doit être faite avec le consentement des parties ou sur la direction du juge de gestion de cas¹⁴⁰.
- 94. L'aîné peut discuter avec les avocats et le juge quant à la manière de mener le contre-interrogatoire¹⁴¹.

Nouvel interrogatoire

- 95. Les pratiques habituelles concernant les communications avec les témoins qui déposent s'appliquent notamment pendant les pauses prises pendant le témoignage et entre la fin du contre-interrogatoire et le début du réinterrogatoire. Les avocats devraient expliquer au préalable ce processus à l'aîné¹⁴².

¹³⁶ Akisq'nuk, al. 5h) de la p. 3.

¹³⁷ Akisq'nuk, al. 5g) de la p. 3.

¹³⁸ Restoule, annexe A, p. 7, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 36; *Shot Both Sides*, motifs, par. 13.

¹³⁹ Restoule, annexe A, p. 7, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 36.

¹⁴⁰ Restoule, annexe A, p. 7, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 36.

¹⁴¹ Restoule, annexe A, p. 7.

¹⁴² Restoule, annexe A, p. 7, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 36.

96. La Cour peut accorder l'autorisation de discuter de certains sujets avec un témoin lorsque cela est nécessaire et dans l'intérêt du déroulement du procès¹⁴³.

Objections

97. Des procédures spéciales peuvent être adoptées pour régir la façon de soulever des objections sans interrompre le récit du témoignage d'un aîné¹⁴⁴.

98. L'avocat des défendeurs peut choisir de retarder ou de reporter ses objections afin de ne pas interrompre inutilement le témoignage d'un aîné, sans que cela ne porte atteinte à son droit de soulever une objection. La Cour peut trancher celle-ci à un moment plus approprié¹⁴⁵.

99. Il ne faut pas interrompre un aîné alors que celui-ci parle, sauf si une objection immédiate relative au privilège est nécessaire ou s'il y a de graves problèmes d'interprétation¹⁴⁶.

100. Une partie peut soulever une objection à l'égard d'une question posée par l'avocat avant que l'aîné ne commence son témoignage en réponse, s'il est d'avis que l'objection est sérieuse au point où elle doit être soulevée sur-le-champ¹⁴⁷.

101. Une partie peut soulever une objection après la clôture du témoignage donné par un aîné et avant le début du témoignage de l'aîné suivant, ou au cours des pauses lors du témoignage de l'aîné¹⁴⁸.

102. On ne doit formuler aucune objection durant l'interrogatoire principal, le contre-interrogatoire ou le nouvel interrogatoire dans le cadre de l'audience. Les objections seront plutôt présentées dans le cadre d'une conférence de gestion des cas, le cas échéant, ou d'une audience tenue par le Tribunal à cette fin¹⁴⁹.

103. Les parties conviennent de garder leurs objections et leurs observations sur l'admissibilité de la preuve, le cas échéant, jusqu'après que les parties aient reçu et examiné les transcriptions du témoignage des témoins. Après avoir examiné les transcriptions, les parties mettent leurs objections sur l'admissibilité de la preuve par écrit. Les parties conviennent d'une date pour présenter les arguments à la Cour concernant l'admissibilité de la preuve si elles ont toujours une objection à cet égard¹⁵⁰.

¹⁴³ Restoule, annexe A, p. 7, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 36.

¹⁴⁴ Restoule, annexe A, p. 6, incorporant les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 35.

¹⁴⁵ *Innus de Uashat Mak Mani-Utenam*, p. 5; Restoule, annexe A, p. 7; *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 16-17.

¹⁴⁶ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 15.

¹⁴⁷ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 17.

¹⁴⁸ *Shot Both Sides*, ordonnance, par. 18.

¹⁴⁹ *Kawacatoose*, p. 2.

¹⁵⁰ *Akisq'nuk*, al. 5f) de la p. 3.

104. Les parties conviennent toutes que le témoignage des aînés sera versé au dossier et que les défendeurs exerceront leur droit de soulever une objection quant à l'admissibilité dans leurs observations finales¹⁵¹.

¹⁵¹ *Couchiching*, par. 59.

ANNEXE A - Liste des éléments à prendre en compte lors de la préparation dans le cadre d'une affaire relevant du droit autochtone

La présente liste fournit, dans les grandes lignes, les éléments que doivent prendre en compte les parties et les avocats qui se préparent à plaider dans un contentieux mettant en cause des parties autochtones ou des lois et des régimes juridiques autochtones.

Cet outil convivial se veut donc un point de départ pour l'instruction de ces affaires. Bien que certains points se rapportent à des étapes précises du processus judiciaire, la présente liste de contrôle ne concerne pas que la tenue des procès et peut être consultée tout au long du processus de règlement des différends.

Comme dans le cas des *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des Autochtones de la Cour fédérale*, la présente liste de contrôle n'est pas obligatoire et ne doit pas être lue de façon restrictive; il faut plutôt l'appliquer de manière souple et générale.

Liste des éléments à prendre en compte lors de la préparation dans le cadre d'une affaire relevant du droit autochtone		REMARQUE
1	Examen de la communauté concernée	
	- Obtenir des renseignements culturels	
	- Quelle langue votre client comprend-il ou préfère-t-il?	
	o Les services d'un interprète sont-ils requis?	
	- Existe-t-il certaines traditions juridiques autochtones? Dans l'affirmative, dispose-t-on d'études ou de documentation à ce sujet? Y a-t-il des sources que vous pouvez consulter?	
	- Existe-t-il des traités pertinents?	
	- Existe-t-il des ententes relatives à l'autonomie gouvernementale?	
	- Existe-t-il des ententes sur les revendications territoriales?	
	- Existe-t-il des revendications juridiques?	
	<p>** Les avocats qui n'ont pas l'habitude de travailler avec des peuples autochtones et qui souhaitent obtenir des renseignements supplémentaires peuvent consulter :</p> <ul style="list-style-type: none"> • le Guide pour les avocats qui travaillent avec des parties autochtones, préparé par la Société des plaideurs, l'Association du Barreau Autochtone et le Barreau de l'Ontario • la Trousse d'outils sur la vérité et la réconciliation, préparé par l'Association du Barreau canadien 	

2	Déterminer les structures de gouvernance existantes	
	- Le groupe autochtone est-il doté de sa propre Constitution?	
	- Le groupe autochtone a-t-il adopté un code électoral (ou un texte législatif semblable)?	
	- Le groupe autochtone figure-t-il dans l'annexe de la <i>Loi sur les élections au sein de premières nations</i> , L.C. 2014, ch. 5?	
	- Le groupe autochtone a-t-il adopté un code d'appartenance?	
	- Le groupe autochtone a-t-il établi des textes législatifs et des procédures concernant la gestion foncière aux termes : <ul style="list-style-type: none"> o d'un traité, d'une entente sur l'autonomie gouvernementale ou d'un accord sur des revendications territoriales? o d'un PGETR (Programme de gestion de l'environnement et des terres de réserve)? o d'un PRAT (Programme régional d'administration des terres)? o d'un code foncier aux termes de la <i>Loi sur la gestion des terres des premières nations</i>, L.C. 1999, ch. 24 (dans l'affirmative, a-t-il établi des lois et des procédures en application du code foncier)? 	
	- Le groupe autochtone a-t-il adopté un texte législatif concernant les biens immobiliers matrimoniaux ou est-il assujéti à la <i>Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux</i> , L.C. 2013, ch. 20?	
	- Le groupe autochtone a-t-il adopté un texte législatif aux termes de la <i>Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis</i> , L.C. 2019, ch. 24?	
	- Le groupe autochtone a-t-il adopté un code de gouvernance?	
	- Le groupe autochtone a-t-il établi des règles au sujet des conflits d'intérêts?	

	<ul style="list-style-type: none"> - Le groupe autochtone figure-t-il dans l'annexe de la <i>Loi sur la gestion financière des premières nations</i>, L.C. 2005, ch. 9, et, dans l'affirmative, a-t-il adopté : <ul style="list-style-type: none"> o un texte législatif en matière de gestion financière? o des textes législatifs en matière d'imposition foncière et d'évaluation? o un texte législatif en matière de transfert de biens immobiliers? o d'autres textes législatifs connexes (p. ex. concernant la fiscalité des services locaux, la fiscalité des activités commerciales ou les taxes d'aménagement)? 	
	<ul style="list-style-type: none"> - Le groupe autochtone a-t-il pris des règlements administratifs concernant l'administration financière ou l'impôt foncier aux termes de l'article 83 de la <i>Loi sur les Indiens</i>? 	
	<ul style="list-style-type: none"> - Le groupe autochtone a-t-il pris des règlements administratifs aux termes de l'article 81 de la <i>Loi sur les Indiens</i>? 	
	<p>** La Gazette des premières nations peut constituer un bon point de départ pour rechercher des lois, des règlements administratifs et des codes.</p>	
	<ul style="list-style-type: none"> - Le groupe autochtone a-t-il établi des usages concernant l'adoption selon les coutumes autochtones? 	
	<ul style="list-style-type: none"> - Le groupe autochtone est-il doté de ses propres pratiques de règlement des différends? 	
	<ul style="list-style-type: none"> - Le groupe autochtone a-t-il des coutumes non écrites ou des principes juridiques autochtones? <ul style="list-style-type: none"> o Qui peut attester ces coutumes ou principes? 	
	<ul style="list-style-type: none"> o Y a-t-il des preuves du " large consensus " de la communauté (voir, par exemple, <i>Bertrand c. Première Nation Acho Dene Koe</i>, 2021 CF 287) ? 	
3	Déterminer les éléments de preuve pertinents	
	<ul style="list-style-type: none"> - Existe-t-il des témoignages oraux pertinents? <ul style="list-style-type: none"> o Existe-t-il des éléments de preuve concrets concernant les traditions juridiques (chants, récits, cartes, ceintures wampum, autres artefacts culturels)? 	
	<ul style="list-style-type: none"> o Existe-t-il des témoignages d'aînés? 	

	<ul style="list-style-type: none"> ○ Existe-t-il des récits transmettant ces principes juridiques? Ces récits ont-ils été consignés par écrit? Qui peut attester ces récits? 	
	<ul style="list-style-type: none"> - Les traditions juridiques de ce groupe autochtone ont-elles été étudiées ou consignées? 	
	<ul style="list-style-type: none"> - Existe-t-il un plan d'utilisation des terres? 	
4	Logistique entourant les éléments de preuve	
	<ul style="list-style-type: none"> - Qui sont les témoins? 	
	<ul style="list-style-type: none"> ○ Faut-il prévoir des dispositions particulières pour la prestation de serment des témoins (cérémonie de purification par la fumée, plume, objets culturels, etc.)? 	
	<ul style="list-style-type: none"> ○ Y a-t-il des aînés? 	
	<ul style="list-style-type: none"> ○ Existe-t-il une barrière linguistique? 	
	<ul style="list-style-type: none"> ○ Les services d'un traducteur sont-ils requis? 	
	<ul style="list-style-type: none"> - Quelles sont les déclarations sous serment nécessaires? 	
	<ul style="list-style-type: none"> - Un interrogatoire est-il nécessaire? 	
	<ul style="list-style-type: none"> ○ Où devrait-il se dérouler? <ul style="list-style-type: none"> ▪ Dans le bureau de l'avocat? ▪ Dans la communauté? ▪ Dans un autre endroit lieu pour la personne ou la communauté? 	
	<ul style="list-style-type: none"> - Existe-t-il des restrictions sur les éléments de preuve concernant les traditions juridiques? 	
	<ul style="list-style-type: none"> ○ Une ordonnance de confidentialité est-elle requise? 	
5	Logistique de l'audience	
	<ul style="list-style-type: none"> - Où l'audience se déroulera-t-elle? 	
	<ul style="list-style-type: none"> ○ Devrait-elle avoir lieu dans la communauté? 	
	<ul style="list-style-type: none"> - Est-il nécessaire que témoins, les parties ou la cour se déplacent? 	
	<ul style="list-style-type: none"> - En cas d'audience virtuelle, faut-il rendre l'audience accessible à la communauté (télédiffusion en direct dans un centre communautaire ou sur le site Web de la communauté)? 	

ANNEXE B – COMPILATION DES EXEMPLES DE PRATIQUE

Le Comité de liaison vise à établir des exemples de pratiques utiles pour toutes les étapes des litiges du secteur. On invite les parties à présenter des exemples notables d'ordonnances, d'ententes, d'annexes, de protocoles, etc., qu'elles ont trouvés utiles dans le cadre de litiges bien précis, qui pourront être examinés et par la suite inclus dans la présente annexe.

Les exemples peuvent être présentés au : Conseiller juridique, Cour fédérale, media-fct@fct-cf.gc.ca, 613-947-3177. Ils peuvent également être communiqués par l'intermédiaire des représentants de l'Association du Barreau canadien, de l'Association du Barreau autochtone, l'Advocates Society ou du ministère de la Justice qui siègent au Comité de liaison.

Étude de cas n° 1 – Témoin de récits oraux

Action : *Montana et. al. c. Sa Majesté la Reine*, Cour fédérale, dossier n° T-617-85

Témoin : M^{me} Amelia Potts

Pour : Bande de Samson

Communication d'une preuve de récits oraux avant l'instruction : Oui

Type et moment de la communication :

- 1) Déclaration de récits oraux, faite environ 9 mois avant le début de l'instruction;
- 2) Transcription du récit invoqué par le témoin précédemment, fournie environ 2 mois avant le début de l'instruction (environ 3 mois avant le début du témoignage).

Langue autre que l'anglais ou le français : Oui

Interprétation/traduction :

Procédé habituel. Interprète fourni par la partie qui appelle le témoin, traduction simultanée (du cri à l'anglais). Transcription du témoignage tel que traduit, désigné comme pièce versée en preuve à l'instruction.

Objections : Oui

Méthode d'objection :

Objection générale avant et après la déposition du témoin, pour éviter l'interruption.

Contre-interrogatoire : Oui

Méthode de contre-interrogatoire :

Procédé habituel. Questions posées directement par l'avocat de la partie adverse, y compris des questions suggestives.

Autres cérémonies ou protocoles :

- 1) Cadeau offert au témoin par l'avocat avant sa déposition.
- 2) Déposition d'une autre personne pour présenter le témoin et décrire sa réputation générale en tant qu'aînée dans sa communauté. Traitée comme un témoin ordinaire et contre-interrogée.

[Voir aussi [Montana c. Canada, 2006 CF 261](#) (Juge Hansen), aux paragraphes 55 à 59; décision confirmée par la Cour d'appel fédérale dans un arrêt dont la référence est : [Montana c. Canada, 2007 CAF 218.](#)]

Étude de cas n° 2 – Récits oraux

Action : *Haida Nation c. BC & Canada*, CSCB, dossier n° L020662

Statut : Prise des dépositions des aînés (c'est-à-dire une preuve hors cour avant l'instruction); date de l'instruction non encore fixée.

Communication d'une preuve de récits oraux avant l'instruction : Oui

Type et moment de la communication :

Résumés des dépositions comptant de 5 à 54 pages, fournis par la demanderesse à la Couronne au moins 60 jours avant le début de l'interrogatoire de l'aîné.

Preuve par déposition : Oui

Procédé pour recueillir la preuve par déposition :

Ordonnances par consentement qui établissent la procédure pour recueillir la preuve par déposition des aînés (exemple d'ordonnance par consentement à fournir) :

- Preuve par déposition recueillie dans les communautés de la demanderesse.
- Présence d'un sténographe judiciaire, d'un vidéographe et d'une personne épelant les mots.
 - Aucun juge présent.
 - Frais communs divisés à parts égales entre les parties.
 - Application des règles de preuve et de la procédure de salle d'audience.
 - Ordonnance précisant l'utilisation qui peut être faite de la preuve par déposition.

Langue autre que l'anglais ou le français utilisée durant la prise des dépositions :

De façon générale, la langue haïda a été utilisée pour certains mots seulement.

Cependant, un témoin a raconté en langue haïda quelques légendes qui ont été consignées au compte rendu sténographique.

Interprétation/traduction : Non requise jusqu'à maintenant, mais la demanderesse a préparé un glossaire des termes employés par les aînés (qui n'a pas été accepté par toutes les parties)

Objections soulevées durant la prise des dépositions : Oui

Procédé relatif aux objections :

- 1) Objection générale soulevée au début du témoignage des aînés ou à un moment approprié pour éviter de nuire au déroulement de l'interrogatoire principal.
- 2) Quelques objections précises soulevées à l'encontre de certaines questions durant le témoignage des aînés, mais des efforts ont été faits pour éviter cela.
- 3) Objections consignées par le sténographe judiciaire.
- 4) Objections tranchées par la Cour en vertu du paragraphe 38(12) des règles de procédure de la Colombie-Britannique et de l'ordonnance par consentement. Il faut souligner également que le paragraphe 40(31) des mêmes règles autorise une partie à s'opposer à l'admissibilité d'une question et d'une réponse figurant dans une transcription, une vidéo ou un film versés en preuve, même si aucune objection n'a été soulevée à l'interrogatoire.

Contre-interrogatoire : Oui

Méthode de contre-interrogatoire : Procédé habituel. Questions directes posées par l'avocat de la partie adverse.

Autres cérémonies ou protocoles : Les journées où la preuve par déposition était recueillie commençaient par une prière chantée.

Autres aspects à prendre en considération : Compte tenu du fait que les aînés sont des personnes âgées, des adaptations doivent être faites pour offrir plus de souplesse quant aux heures de début et de fin, à la durée des pauses, etc. En raison de leur médication ou de leur état de santé, certains aînés préfèrent témoigner le matin et d'autres, l'après-midi.

Étude de cas n° 3 – Récits oraux

Action : *The Ahousaht c. Canada and BC*, CSCB, action n° S033335, greffe de Vancouver

Statut : Décision de première instance actuellement en appel.

Communication d'une preuve de récits oraux avant l'instruction : Oui

Type et moment de la communication :

- 1) Production de documents par les demandeurs, y compris des bandes audio comportant la preuve de récits oraux;
- 2) Interrogatoires par écrit de la Couronne, qui sollicitaient des récits oraux. Objection soulevée par les demandeurs à l'égard des interrogatoires par écrit au motif qu'ils portaient sur de l'information concernant des récits oraux trouvés sur des événements qui se sont produits à une époque, ou de l'information concernant une époque, pour laquelle il ne reste plus de témoins et qui, par conséquent, déborde le cadre des interrogatoires par écrit.
- 3) Interrogatoires préalables des demandeurs incluant des questions sur les récits oraux des Premières Nations;
- 4) Les demandeurs ont fourni des résumés de déposition faisant référence à des récits oraux. Les parties étaient d'accord pour communiquer les résumés des dépositions des témoins profanes 30 jours avant leur témoignage, sous réserve des exigences d'instruction concernant des questions comme les horaires.

Preuve par déposition : Non

Lieu de l'audience : Deux jours d'audience dans la communauté des demandeurs. Le reste de l'instruction a eu lieu en salle d'audience, à Vancouver.

Langue autre que l'anglais ou le français : Non

Interprétation/traduction : Non requise, mais les demandeurs ont préparé un glossaire de termes employés par leurs témoins.

Objections Oui

Procédé relatif aux objections :

Lors d'une conférence de gestion de l'instance, la juge du procès a donné, avec le consentement de toutes les parties, des directives qui établissaient une procédure pour soulever des objections concernant les récits oraux au procès. Ces directives sont énoncées en ces termes aux paragraphes 2 et 3 d'une décision rendue à la mi-procès [*Ahousaht c. Canada*, 2008 BCSC 769] :

[TRADUCTION] [2] Lors de la conférence de gestion de l'instance tenue le 20 février 2007, j'ai ordonné, avec le consentement de toutes les parties, qu'une procédure soit suivie pour l'audition de la preuve des récits oraux. Comme les demandeurs ont (avec le consentement de toutes les parties) remis des résumés des dépositions des témoins profanes, les défendeurs ont ainsi été prévenus que certains témoignages se fonderaient, du moins en partie, sur un récit oral. Les directives que j'ai données relativement aux objections visant les récits oraux étaient les suivantes :

- (a) Les défendeurs doivent soulever leur objection générale à l'admission du récit oral d'un témoin particulier lorsqu'il est prévu que cette personne témoignera au sujet de ce récit oral. Le cas échéant, la Cour imposera un voir-dire pour l'ensemble du témoignage de cette personne.
- (b) Dans un délai de deux jours suivant le témoignage, les défendeurs aviseront la Cour quant à savoir s'ils veulent maintenir leur objection à l'admissibilité du récit oral et, le cas échéant, à l'égard de quelles parties du témoignage.

- (c) Les observations concernant l'admissibilité du récit oral en question seront présentées à la Cour le plus tôt possible après la déposition du témoin, suivant le calendrier de l'instruction.
- (d) La décision de la Cour concernant le récit oral déterminera si une partie ou l'ensemble de la preuve entendue au voir-dire était admissible, et les parties jugées admissibles deviendront de la preuve admise au procès.
- (e) Si le récit oral est jugé inadmissible, les demandeurs conserveront le droit de rappeler un témoin pour aborder le sujet de la preuve qui a été exclue, et les défendeurs conserveront le droit de contre-interroger sur ce nouveau témoignage.

[3] Cette procédure a été adoptée et utilisée à l'égard de tous les témoins profanes des demandeurs. La plupart des témoins profanes des demandeurs, sinon la totalité d'entre eux, ont témoigné lors d'un voir-dire. Dans tous les cas, sauf un qui fait actuellement l'objet d'une décision de mi-procès, les défendeurs ont renoncé à leur objection à l'admissibilité du récit oral.

Contre-interrogatoire : Oui

Méthode de contre-interrogatoire : Procédé habituel. Questions directes posées par l'avocat de la partie adverse.

Autres cérémonies ou protocoles :

- 1) Les règles de salle d'audience rédigées par l'avocat des demandeurs ont été affichées sur les lieux où la session de deux jours a été tenue.
- 2) Les demandeurs ont remis un cadeau à la juge du procès lors des deux jours d'audience tenus dans leur communauté.

Étendue du récit oral admis à l'instruction :

Bien qu'une procédure ait été établie durant la gestion de l'instance pour les objections soulevées lors de l'instruction à l'encontre des récits oraux, la juge du procès a fait remarquer dans son jugement définitif que très peu de récits oraux avaient en fait été admis en preuve lors de l'instruction. Elle a déclaré ceci au paragraphe 81 : [TRADUCTION] « Contrairement à nombre de procès portant sur les droits et titres ancestraux, la Cour n'a entendu presque aucune preuve de récit oral ».

Exemple de page couverture

Dossiers n° T-XX-AA; T-YY-AA; T-ZZ-AA, etc.

<p>Numéro de requête _____ (numéro séquentiel de la requête) _____</p> <p>La requête vise à _____ (courte description de la requête) _____</p> <p>La requête est présentée par (demandeur/défenderesse) _____</p> <p>Le document est déposé par (demandeur/défenderesse) _____</p>
--

**COUR
FÉDÉRALE**

ENTRE :

(NOM DU DEMANDEUR)

demandeur

- et -

(NOM DU DÉFENDEUR)

défenderesse

OBSERVATIONS ÉCRITES DE (NOM DE LA PARTIE)
