



MEMORANDUM / NOTE DE SERVICE

TO: Sylvia MacKenzie
Senior Counsel, Federal Court

À : Sylvia MacKenzie
Avocate principale,
Cour fédérale

FROM: Justice Mandamin

DE : Le juge Mandamin

DATE: January 11, 2013

DATE : Le 11 janvier 2013

**RE: Alternative Dispute Resolution for
First Nations Judicial Review Issues**

**OBJET : Modes alternatifs de
règlement des conflits pour les
Premières Nations – Questions liées au
contrôle judiciaire**

The Federal Court is encouraging alternative means of resolution of First Nations' disputes where appropriate instead of proceeding to full-fledged adjudication. The essence of the alternative approach is to foster resolution by agreement between parties supported by a Federal Court participation in mediation and dispositions.

La Cour fédérale encourage le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) pour les litiges concernant les Premières Nations lorsqu'il est approprié de procéder ainsi plutôt que d'avoir recours au mode classique de règlement. L'essence même de cette approche alternative est d'encourager le règlement par voie d'entente entre les parties, grâce à la participation de la Cour fédérale à la médiation et aux décisions.

There are essentially three areas in which First Nations disputes arise:

- a) governance issues as between First Nation members and their institutions often concerning elections or elected office,
- b) issues between First Nations and the federal government or federal entities such as the Canada Revenue Agency, and
- c) disputes between First Nations or

Essentiellement, il y a trois types de litiges concernant des Premières Nations :

- a) des questions de gouvernance opposant des membres des Premières Nations et leurs institutions, habituellement au sujet d'élections ou de fonctions électives;
- b) des litiges entre des Premières Nations et le gouvernement fédéral ou des

their entities and third parties.

Governance issues may arise over decisions by First Nations electoral officers or election appeal tribunals. When a First Nation has established its own custom laws for governance the challenge proceeds by way of an application for judicial review of the decision. The challenge is usually allegations of procedural unfairness, failure to follow the custom election law, or a challenge to the validity of the custom election law.

Such issues usually arise in strongly contested elections or internal contentious disputes which engages individual personalities or familial groupings. While adjudication may decide the legal issue, and it often does not resolve the underlying dispute. Resolution by agreement of the parties on a course of action to address the dispute offers the prospect of bringing the controversy to a conclusion.

To this end, the Federal Court has initiated a pilot project for judicially mediated dispute resolution. It involves:

- a) an early triage assessment by a prothonotary or judge whether the proceeding may be resolved by agreement between the parties,
- b) alternatively, the parties may initiate the process by requesting judicially assisted mediation by either a prothonotary or a judge,
- c) the matter would be placed under case management and the following options made available to the parties:

organismes fédéraux, par exemple l'Agence du revenu du Canada;

- c) des litiges opposant des Premières Nations ou leurs organismes à des tiers.

Des litiges concernant des questions de gouvernance peuvent survenir à la suite de décisions prises par des agents électoraux de Premières Nations ou des tribunaux d'appel électoral. Lorsqu'une Première Nation a établi son propre droit coutumier en matière de gouvernance, le recours procède par voie de demande de contrôle judiciaire de la décision. Le recours concerne habituellement des allégations de manquement à l'équité procédurale, de défaut de suivre le droit électoral coutumier, ou encore une contestation de la validité du droit électoral coutumier.

Les litiges concernant ces questions surviennent habituellement lors d'élections vivement disputées ou lors de conflits internes litigieux opposant des individus ou des groupes familiaux. Le règlement judiciaire de ces différends permet de trancher la question juridique soulevée, mais, trop souvent, cela ne règle pas le conflit sous-jacent. Le règlement par entente entre les parties sur une ligne de conduite visant à régler le différend permet d'espérer une solution globale.

À ces fins, la Cour fédérale a lancé un projet pilote de règlement des conflits par voie de médiation judiciaire. Cette initiative comprend :

- a) un processus de triage préliminaire par un protonotaire ou un juge pour décider si l'instance peut être résolue par

- a consent standstill order entente entre les parties;
 - involvement of both knowledgeable and informed prothonotaries and judges for judicial dispute resolution.
 - utilization of acceptable First Nation dispute resolution mechanisms
 - formalization of agreed outcomes by consent order where appropriate
- b) par ailleurs, les parties peuvent déclencher le processus en demandant la médiation dirigée par un protonotaire ou un juge;
- c) l'affaire sera alors soumise au processus de gestion d'instance et les parties pourront choisir l'une des options suivantes :
- une ordonnance de suspension de l'instance sur consentement,
 - la participation de protonotaires et de juges bien informés et ayant de bonnes connaissances du sujet pour le règlement judiciaire de l'instance,
 - le recours à des modes acceptables proposés par les Premières Nations pour régler le litige,
 - lorsque cela est approprié, une ordonnance sur consentement qui entérine les modalités dont les parties ont convenu.

The necessary groundwork for this initiative requires making legal counsel aware of this option in order that they may advise the First Nation clients of the option. In addition a core group of prothonotaries and judges are being identified and will participate in an education seminar involving First Nations elders and others knowledgeable in Aboriginal dispute resolution approaches.

In the meantime, Federal Court prothonotaries and judges are alive to the opportunity to propose mediation in First Nations applications and proceedings. These opportunities may arise at different stages:

- a) At early case management stage: prothonotaries are usually involved and may either invite or order mediation between the parties. Such mediations may lead to resolution by agreement between the parties or an opportunity for the parties to hear

Le travail préliminaire pour la mise en œuvre d'une telle initiative signifie qu'il faut bien informer les avocats sur l'existence de cette option afin de leur permettre de la proposer à leurs clients des Premières Nations. De plus, dans le cadre de cette initiative, un certain nombre de protonotaires et de juges seront choisis pour participer à un colloque de formation auquel participeront des aînés des Premières Nations et d'autres personnes qui connaissent bien les approches autochtones en matière de règlement des conflits.

their views in a controlled form that lays the groundwork for an orderly judicial review of the legal issues and acceptance of the outcome by First Nations participants. There have been several instances of this process successfully concluding applications in the past two years.

- b) At a motion for an injunction preliminary to a judicial review: a judge hearing a motion for an injunction has an opportunity to look ahead to the judicial review and become aware of the issues. The judge is in a position to invite the parties to consider mediation as an alternative.
- c) At the judicial review: the judge may invite the parties to consider mediation conducted either by him or herself or by another judge. There've been several occasions where applications have been subsequently resolved.
- d) Post judicial review: the outcome of the judicial review may require further steps by one or both parties. In one instance, the judge made himself available for judicially assisted mediation to complete revisions to the First Nation custom election law satisfactory to all parties so a new election could go forward.
- e) In another instance, where judicially assisted mediation did not lead to

Entre temps, les protonotaires et les juges de la Cour fédérale sont sensibilisés aux occasions de proposer la médiation pour les demandes et les instances concernant des Premières Nations. Ces occasions peuvent se présenter à diverses étapes de l'instance :

- a) Au début de la gestion de l'instance : les protonotaires sont habituellement responsables de cette étape et peuvent donc proposer ou ordonner le recours à la médiation par les parties. De telles médiations peuvent permettre aux parties de régler leur litige ou encore leur donner l'occasion d'exposer leurs points de vue de façon ordonnée, ce qui facilite l'examen judiciaire des questions de droit tout en favorisant l'acceptation des résultats par les participants des Premières Nations. Plusieurs instances ont ainsi été réglées avec succès au cours des deux dernières années.
- b) Lors d'une requête en injonction provisoire dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire : le juge qui entend une requête en injonction a l'occasion d'agir avant la procédure de contrôle judiciaire et de se familiariser avec les questions en litige. Le juge peut dès lors proposer aux parties la médiation comme alternative.

settlement and the judicial review application (heard by another judge) was granted, the parties recalled the judicial mediator to assist in addressing controversy relating to appeals arising in the subsequent election. The second judicial mediation led to resolution of the election appeals by the First Nations appeal tribunal without further controversy and litigation.

In First Nations/federal government disputes both parties must be prepared to enter into mediation. This circumstance does not often arise.

In Federal Court Aboriginal Law Bar Liaison meetings, the aboriginal bar practitioners have expressed an interest in seeing such matters also have mediation as an option. The Department of Justice representatives have undertaken to consider this matter. Further discussions are expected.

There have been two First Nations/federal government matters where the parties have agreed to judicially assisted mediation that were ultimately resolved by way of agreement.

First Nations/third-party matters often involve the federal government as well and that scenario is also being considered by the Federal Court Aboriginal Law Bar Liaison Committee.

Finally, one proceeding, an intellectual property action rather than a judicial review, involved a First Nation corporate entity, First Nation members and a non-native corporation. The individual defendants were First Nations

c) Au stade du contrôle judiciaire : le juge peut proposer aux parties d'avoir recours à la médiation sous sa direction ou celle d'un autre juge. Plusieurs demandes ont ainsi été réglées par voie de médiation à ce stade.

d) Après le contrôle judiciaire : l'issue du contrôle judiciaire exige parfois que l'une toutes les parties au litige prennent certaines mesures. Dans un cas, par exemple, un juge s'est rendu disponible pour une médiation judiciaire visant à compléter la modification d'une loi électorale fondée sur le droit coutumier des Premières Nations – toutes les parties ont été satisfaites et une nouvelle élection a pu être tenue.

e) Dans un autre cas, où la médiation judiciaire n'a pas permis un règlement et où la demande en contrôle judiciaire (entendue par un autre juge) a été accueillie, les parties ont de nouveau fait appel au juge médiateur pour résoudre une controverse liée aux appels qui ont suivis l'élection subséquente. Cette seconde médiation judiciaire a permis le règlement des appels électoraux par le tribunal d'appel des Premières Nations, sans autre controverse ou litige.

Pour que cette solution s'applique aux

members without legal representation. The proceeding involved a motion for an injunction, claims and counterclaims over trademarks and copyright and promised to be a convoluted complex matter. The prothonotary ordered a case management session with a judge. Following an all day session between the parties and the judge, the proceeding was settled by an agreement between all parties and an consent order confirming the terms of the agreement.

litiges qui opposent des Premières Nations au gouvernement fédéral, les deux parties doivent accepter d'avoir recours à la médiation. Cela n'est donc pas très fréquent.

Lors de réunions du Comité de liaison entre la Cour fédérale et le Barreau en droit autochtone, ces derniers ont exprimé un intérêt à ce que la médiation soit aussi possible pour de tels litiges. Les représentants du ministère de la Justice se sont engagés à étudier la question. On s'attend à ce que les discussions se poursuivent.

Il y a deux instances entre des Premières Nations et le gouvernement du Canada pour lesquelles les parties avaient acquiescé à la médiation judiciaire. Dans les deux cas, les instances ont été réglées sur consentement.

Souvent, les instances concernant les Premières Nations et des tiers font aussi intervenir le gouvernement fédéral. Cette possibilité est aussi examinée par les membres du Comité de liaison entre la Cour fédérale et le Barreau en droit autochtone.

Finalement, une autre instance – une action en matière de propriété intellectuelle plutôt qu'une demande de contrôle judiciaire – concernait une personne morale constituée par une Première Nation, des membres de la Première Nation et une société non autochtone. Les défendeurs à titre individuel, qui sont membres de la Première Nation, n'étaient pas représentés par un avocat. L'instance incluait une requête en injonction ainsi que des demandes et des demandes reconventionnelles concernant des marques de commerce et des droits

d'auteur. Le tout laissait présager un litige très complexe. Le protonotaire a ordonné la tenue d'une conférence de gestion de l'instance avec un juge. Après une session d'une journée complète de médiation entre les parties sous la direction du juge, l'instance a été réglée par toutes les parties et une ordonnance sur consentement a confirmé les modalités de l'entente intervenue.