



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

Le 17 juillet 2012

[TRADUCTION]

Par courriel : Andrew.Baumberg@cas-satj.gc.ca

Monsieur Andrew Baumberg
Attaché de direction auprès du juge en chef
Cour fédérale du Canada
Ottawa (Ontario) K1A 0H9

Objet : Lignes directrices sur le témoignage des aînés et la tradition orale (ébauche)

Monsieur,

Je vous écris au nom de la Section nationale du droit des autochtones de l'Association du Barreau canadien (la Section de l'ABC) pour formuler des observations sur la lettre du 4 juillet dernier de Kathy Ring, du ministère de la Justice du Canada.

L'ABC est une association nationale qui regroupe plus de 37 000 avocats, étudiants en droit, notaires et professeurs de droit. Notre mandat comprend l'amélioration du droit et de l'administration de la justice. La Section de l'ABC se compose d'avocats et d'avocates spécialisés en droit des autochtones et dans des questions connexes, provenant de toutes les régions du Canada.

L'appui de la Cour fédérale à l'égard du Comité de liaison entre la magistrature, l'Association du Barreau autochtone et le Barreau en droit des autochtones a été extrêmement utile dans la recherche des manières d'améliorer la pratique du droit des autochtones. La Section de l'ABC, l'Association du Barreau autochtone et le ministère de la Justice du Canada se sont fermement engagés à terminer l'élaboration des lignes directrices sur le témoignage des aînés et la tradition orale.

Nous nous attendons en effet à ce que les lignes directrices soient approuvées au cours de la réunion du 13 juin 2012; elles constituent le fruit d'un travail de plusieurs années, de mémoires et de compromis. Cette dernière ébauche est une tentative de regroupement des perspectives de la part du juge Mandamin avec pour objectif de mettre sur pied un guide de pratique suffisamment détaillé pour permettre la résolution des problèmes à l'origine de ces lignes directrices.

Tout au long de ce processus, les deux principaux domaines de divergences d'opinions avaient trait à la divulgation préalable de la preuve des aînés [qui était la préférence du ministère de la Justice du Canada et qui a été intégrée] et au caractère délicat du contre-interrogatoire des aînés [dont

voulaient tenir compte l'Association du Barreau autochtone (ABA) et l'ABC, mais qui ne bénéficiait pas du soutien du ministère].

Ces deux questions ne sont pas isolées. L'ébauche des lignes directrices rédigée par Monsieur le juge Mandamin reconnaît implicitement le compromis à l'égard de ces deux questions. En contrepartie pour le compromis et la préférence de la Couronne quant à la divulgation préalable de la preuve des aînés, il est d'autant plus justifié d'aborder le caractère délicat du contre-interrogatoire des aînés. Bref, le compromis doit aller dans les deux sens.

Poursuivant dans le même état d'esprit de collaboration qui habitait le travail du Comité, nous avons soigneusement examiné les modifications proposées par le ministère de la Justice le 13 juin, et dans la lettre du 4 juillet. Voici nos observations sur les modifications contenues dans la lettre :

1) Le contre-interrogatoire des aînés

Le ministère de la Justice du Canada propose la suppression de l'alinéa 10 c) à la page 2 et suggère un texte de remplacement.

La Section de l'ABC est d'accord avec une partie du libellé proposé, auquel il faut ajouter le texte suivant en italique : « [TRADUCTION] Le contexte spécial lié au témoignage des aînés laisse penser que d'autres manières de questionnement en contre-interrogatoire *devraient* être explorées, avec l'accord des parties, le cas échéant, *ou d'après les directives du juge responsable de la gestion de l'instance* ».

Suppression du deuxième point de l'alinéa 10 c).

Nous sommes d'accord et nous proposons le libellé suivant : « [TRADUCTION] *L'avocat devrait tenir compte de l'approche culturelle des aînés en faisant de son mieux pour veiller à ce que l'aîné comprenne la question qui lui est posée.* »

Ce Comité a appris que dans plusieurs cultures des Autochtones, un aîné ne demande pas que la question soit clarifiée ou répétée. Dans le texte anglais, l'emploi de « question » au pluriel montre que la clarification ne doit pas avoir lieu après chaque question et que l'avocat doit faire preuve de « son mieux »; cela devrait atténuer la préoccupation selon laquelle l'avocat aura à « garantir » que l'aîné a bien saisi les questions.

2) Les directives du tribunal

Le dernier alinéa de la première disposition (demandant des directives du tribunal lorsque les règles n'abordent pas les questions visées de façon claire).

Nous sommes d'accord de supprimer la partie « ou ces lignes directrices » (« or these guidelines »). La demande de directives au tribunal doit reposer sur les lignes directrices sur le témoignage des aînés et la tradition orale, mais elle ne doit pas déterminer les enjeux d'une manière qui empêche les parties de demander des directives au tribunal.

3) L'admissibilité de la preuve

Disposition 4

Nous sommes d'accord de supprimer le terme « weight » du titre dans le texte anglais, mais nous ne soutenons pas la suppression de la dernière partie de l'alinéa. La reconnaissance par la communauté sert d'indicateur du seuil de fiabilité d'un aîné et de son degré de respect et de représentativité dans

la communauté. Cet alinéa est laxiste et indique que la preuve d'un aîné ne sera pas automatiquement admise, mais qu'il devrait l'être si l'aîné passe le seuil d'acceptation de la communauté. La dernière partie de la phrase est utile pour comprendre les qualifications particulières (p. ex. : l'acceptation de la communauté) qui entrent dans l'examen de l'admissibilité de cette preuve de type particulier.

4) Les pratiques exemplaires et les leçons retenues

Les lignes directrices n'ont pas encore intégré d'exemples précis de pratiques exemplaires et de leçons retenues. Bien que les documents et la lettre du ministère de la Justice aient été fournis pour la première fois en juin 2010, c'était dans le but d'informer et de contribuer à l'élaboration des lignes directrices. Le contenu de l'annexe ferait l'objet des travaux du Comité à l'avenir. La Section de l'ABC pourrait aussi présenter quelques exemples des pratiques exemplaires. À notre avis, l'alinéa proposé par le ministère de la Justice n'est pas nécessaire pour le moment et constitue une anticipation sur les travaux du Comité à l'avenir, ce qui ne devrait pas retarder la mise en œuvre de ces lignes directrices. L'avocat garde toujours la possibilité de poser des questions spécifiques au juge responsable de la gestion de l'instance ou au juge de première instance.

En conclusion, nous avançons respectueusement que la Cour réexamine l'ébauche des lignes directrices dans la mesure qu'elle juge appropriée. Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire d'avoir une téléconférence pour débattre des questions qui ont fait l'objet de nos discussions pendant les cinq dernières années. Nous souhaitons, bien sûr, que l'élaboration de ces lignes directrices soit complétée.

Veillez recevoir, Monsieur, l'expression de nos sentiments distingués.

(original signé par Marilou Reeve pour Aimée Craft)

Aimée Craft
Présidente, Section nationale du droit des autochtones