

Guide pour les avocats qui travaillent avec des parties autochtones

Un projet conjoint de :
*La Société des plaideurs,
de l'Association du Barreau Autochtone
et du Barreau de l'Ontario*

Version pour publication
8 mai 2018



Law Society
of Ontario

Barreau
de l'Ontario



Guide pour les avocats qui travaillent avec des parties autochtones

Un projet conjoint de :
*La Société des plaideurs,
de l'Association du Barreau Autochtone
et du Barreau de l'Ontario*

Table des matières

1	PRÉSENTATION GÉNÉRALE.....	3
1.1	Introduction.....	3
1.2	Thèmes clés.....	5
1.4	Objet et portée	5
1.3	Actualité	6
2	APPRENTISSAGES POUR LES AVOCATS.....	7
2.1	Comprendre les incidences pratiques du Rapport de la Commission de vérité et de réconciliation.....	7
2.2	Comprendre l'importance de la compétence culturelle.....	11
2.3	Comprendre les relations autochtones.....	28
2.4	Comprendre les différences linguistiques.....	35
2.5	Comprendre la relation entre les peuples autochtones et le Canada	38
2.6	Comprendre les incidences des principales directives juridiques.....	44
3	METTRE LES APPRENTISSAGES EN PRATIQUE.....	45
3.1	Rencontres, entretiens et dialogue.....	45
3.2	Adapter le droit de la preuve	57
3.3	Obtenir des conseils dans des domaines du droit en particulier	71
3.4	Comprendre et utiliser les protocoles existants pour les questions autochtones	82
4	RESSOURCES.....	83
4.1	Protections constitutionnelles	83
4.2	Grands arrêts	84
4.3	Principales sources non judiciaires	98
4.4	Protocoles qui régissent les rapports avec les peuples autochtones et la façon de traiter les questions autochtones	100
4.5	Cartes annotées des communautés autochtones au Canada.....	104
4.6	Glossaires	104
4.7	Liste d'organismes	104
4.8	Centres d'amitié.....	109
4.9	Ressources communautaires et relatives à la santé	110
4.10	Ressources pour la rédaction de rapports de type Gladue.....	111
4.11	Liste d'interprètes	113
4.12	Programmes de formation culturelle et organismes offrant de telles formations.....	116
4.13	Spécialisations juridiques	117
5	SUGGESTIONS DE LECTURE.....	117

VERSION POUR PUBLICATION – 8 mai 2018

Prière d'envoyer vos commentaires à policy@advocates.ca.

6	REMERCIEMENTS – MIIGWETCH	124
----------	--	------------

Guide pour les avocats qui travaillent avec des parties autochtones

Un projet conjoint de :
*La Société des plaideurs,
de l'Association du Barreau autochtone
et du Barreau de l'Ontario (anciennement le Barreau du Haut-Canada)*

1 PRÉSENTATION GÉNÉRALE

1.1 Introduction

Il est de plus en plus reconnu au Canada, dans tous les secteurs et dans toutes les régions, qu'il faut mieux comprendre et intégrer de façon plus significative les peuples autochtones¹ du Canada. L'une des pièces maîtresses de cette réalisation est le Rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada, publié en 2015. Il contient 94 appels à l'action visant la réconciliation avec les peuples autochtones. L'appel à l'action 27 s'adresse à la communauté juridique du Canada et nous invite (par l'entremise de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada) à :

[...] veiller à ce que les avocats reçoivent une formation appropriée en matière de compétences culturelles, y compris en ce qui a trait à l'histoire et aux séquelles des pensionnats, à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, aux traités et aux droits des Autochtones, au droit autochtone de même qu'aux relations entre l'État et les Autochtones. À cet égard, il faudra, plus particulièrement, offrir une formation axée sur les compétences pour ce qui est de l'aptitude interculturelle, du règlement de différends, des droits de la personne et de la lutte contre le racisme.

Cette admonition est en accord avec les conclusions d'une longue liste de décisions judiciaires, d'études gouvernementales et de commissions spéciales à l'échelle du pays. Comme l'a conclu la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R c. Delgamuukw*, « il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester ». Concernant cet énoncé, l'ancien juge en chef de la Colombie-Britannique, Lance Finch, a fait la réflexion suivante :

[TRADUCTION] C'est vrai, mais, dans le cadre de cette réalité, si nous voulons que plusieurs ordres juridiques coexistent et parvenir ultimement à une

¹ En anglais, le terme « Indigenous » est la principale référence utilisée aujourd'hui, mais nous constatons que la jurisprudence moderne et plus ancienne ainsi que les textes universitaires utilisent le terme « Aboriginal ».

réconciliation égale, force est de reconnaître que, le fait de « rester » implique également d'apprendre².

Le Guide pour les avocats qui travaillent avec des parties autochtones a été rédigé dans l'esprit de ces idées. Le présent guide se veut une ressource de départ pour aider les avocats et autres intervenants du système juridique à en apprendre davantage sur les cultures autochtones et à comprendre l'interaction entre les ordres juridiques autochtones et le système de justice canadien. Cependant, la lecture du présent guide ne peut remplacer l'établissement de relations authentiques avec les personnes, les peuples, les collectivités et les organismes autochtones et ne devrait pas être la seule action prise par les praticiens juridiques pour mieux comprendre les questions juridiques relatives aux peuples autochtones.

En 2016, la Société des plaideurs a créé un groupe de travail regroupant des personnes qui avaient de l'expérience avec les peuples autochtones et qui souhaitaient travailler avec eux dans un contexte juridique. Le groupe de travail (voir la liste des membres à la fin du présent guide) se compose de membres du barreau de divers niveaux d'ancienneté, qui exercent le droit dans le domaine public ou en pratique privée, et d'anciens membres de la magistrature. Notre démarche a mené à un partenariat tripartite pour le projet, y ajoutant l'expertise et les ressources de l'Association du Barreau autochtone et du Barreau de l'Ontario (anciennement le Barreau du Haut-Canada).

Pendant plus d'un an, le groupe de travail a travaillé ensemble pour déterminer quelles étaient les principales priorités en matière d'apprentissage et quels conseils pratiques seraient utiles. Les membres du groupe de travail ont procédé à des recherches approfondies et mis en commun leurs propres expériences variées. Avec une première version du guide en main, le groupe de travail a mené une série de consultations auprès d'un plus grand éventail de membres du barreau et auprès de la magistrature, d'universitaires, de travailleurs communautaires et d'ainés. Nous avons recueilli avec gratitude les commentaires de diverses personnes et associations d'un bout à l'autre du pays par voie électronique et au moyen de rencontres, de conférences et d'entretiens téléphoniques.

Le résultat est un guide qui intègre les points de vue de plusieurs personnes qui travaillent avec des personnes et peuples autochtones sur une base régulière et qui font autorité dans ce domaine. Nous remercions toutes les personnes qui ont contribué au guide.

Le présent guide ne se veut ni exhaustif ni complet. Ce n'est qu'un point de départ pour les membres de la profession juridique et les autres personnes qui travaillent avec des parties autochtones dans le cadre de procédures judiciaires. Le guide a été préparé avec

² Lance SG Finch, *The Duty to Learn: Taking Account of Indigenous Legal Orders in Practice*, Continuing Legal Education Society of British Columbia, novembre 2012, section 2.1.2. [c'est nous qui soulignons].

respect et est le fruit d'efforts considérables. Nous reconnaissons qu'il y aura des généralisations et des omissions, surtout compte tenu de la diversité des cultures, des traditions et des histoires autochtones sur un vaste territoire.

Les apprentissages réalisés dans le cadre de ce projet et d'autres initiatives doivent se poursuivre. Le présent guide se veut un document itératif et évolutif. Il sera enrichi et modifié de temps à autre, toujours dans le but de favoriser la réconciliation. Nous sommes heureux de recevoir tout commentaire au sujet du guide. Veuillez les faire parvenir à policy@advocates.ca.

1.2 Thèmes clés

- Le présent guide vise à aider les avocats — particulièrement les avocats plaidants — qui travaillent avec des parties autochtones (Premières Nations, Inuits et Métis) et se penchent sur des questions de droit autochtone au Canada³.
- Une meilleure compréhension des peuples autochtones, notamment leurs histoires, cultures, lois (y compris leurs lois spirituelles) et ordres juridiques, est essentielle pour représenter tous les membres de nos collectivités et pouvoir travailler avec eux.
- Le droit autochtone est important pour tous, pas seulement pour les peuples autochtones. Les traités et la Constitution sont la loi suprême du pays.
- Le présent guide vise à fournir certains des éléments importants de cet apprentissage ainsi que des ressources permettant aux avocats de poursuivre leur apprentissage et de fournir de meilleurs services à leurs clients et à d'autres parties.

1.3 Objet et portée

Le présent guide se veut pertinent à l'échelle nationale, mais nous reconnaissons que les régions, cultures et exigences juridictionnelles n'y sont pas toutes reflétées ou représentées de manière égale. Les lecteurs et lectrices doivent adapter et étendre le contenu du guide aux circonstances locales.

Une compréhension plus approfondie de ce domaine est essentielle pour exercer le droit dans ce domaine. Le présent guide se veut un point de départ pour les avocats qui n'ont

³ Il importe de remarquer que certains membres de ces communautés pourraient ne pas reconnaître immédiatement le terme « Indigenous » (« autochtone » en français) ou estimer que ce n'est pas le terme le plus approprié. Nous encourageons les avocats à en apprendre davantage sur la communauté et l'héritage de leurs clients, comme discuté à la Section 3 ci-dessous.

pas beaucoup travaillé avec des parties autochtones. Cependant, ce n'est pas un substitut pour les formations en compétence culturelle, le recours à des mentors ou l'établissement de relations qui aideront l'avocat à mieux comprendre comment travailler avec des personnes et peuples autochtones.

Les avocats doivent également savoir reconnaître les situations où il est préférable de ne pas agir et de plutôt diriger la personne vers des ressources, des programmes et des services qui peuvent l'aider. Les avocats et le droit ne sont pas une réponse complète pour chaque situation ou client, et il est important de comprendre le concept de l'intersectionnalité (et de se garder d'outrepasser ses compétences). Ensemble, nous devons tenter de parvenir à une approche plus éclairée, plus respectueuse et plus holistique.

La deuxième section du guide fait un survol historique des peuples autochtones et de la compétence culturelle. La troisième section vise à fournir aux membres de la profession juridique des outils et des conseils pratiques. La quatrième section présente des ressources qui peuvent fournir une aide plus précise. Le guide se termine par une liste de suggestions de lecture et d'occasions d'apprentissage.

1.4 Actualité

L'état du droit est à jour à la date de publication du document. Bien que tous les efforts aient été déployés pour énoncer le droit le plus fidèlement possible, nous encourageons les lecteurs à effectuer leurs propres recherches pour s'assurer de répondre aux besoins du client en question et à ses problèmes juridiques.

2 APPRENTISSAGES POUR LES AVOCATS⁴

Cette section du Guide fait un survol des éléments essentiels que doivent comprendre les avocats pour travailler efficacement avec les communautés et personnes autochtones. Les leçons et renseignements fournis dans cette section sont essentiels pour permettre aux avocats de comprendre et d'apprécier les défis historiques que les peuples autochtones ont connus depuis leur contact avec les Européens.

2.1 Comprendre les incidences pratiques du Rapport de la Commission de vérité et de réconciliation

Ce sont les constatations et les 94 appels à l'action du Rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada (le Rapport de la CVR), publié en 2015⁵, qui ont en grande partie donné l'impulsion à la rédaction du présent guide.

Le Rapport de la CVR est l'aboutissement d'une enquête menée par la CVR sur une période de six ans pour étudier les séquelles du système des pensionnats. La Commission a été créée en 2006 en application de la convention de règlement conclue entre le gouvernement du Canada, les Églises responsables de l'administration du système des pensionnats et les survivants du système. La convention de règlement est le résultat d'un processus mené par les survivants du système des pensionnats pendant plusieurs décennies. Le mandat de la Commission comprenait la sensibilisation du public au système des pensionnats et à ses impacts, la création d'un compte rendu historique du système et de ses séquelles, et la recommandation de changements dans toutes les sphères de la société canadienne afin de faire avancer le processus de réconciliation.

Le Rapport de la CVR a de vastes ramifications sur la profession juridique au Canada, y compris pour les avocats plaidants qui travaillent avec des parties autochtones et qui agissent dans des causes portant sur des questions de droit autochtone⁶.

⁴ Le présent guide a principalement été élaboré à l'intention des avocats, mais il vise également à aider les autres intervenants qui travaillent au sein et autour du système judiciaire. Plus important encore, les services de défense des droits et des intérêts et les autres services juridiques au Canada sont de plus en plus souvent fournis par des parajuristes et nous espérons que le présent guide s'avérera également utile pour cet important groupe de praticiens juridiques. Nous serions heureux d'obtenir les commentaires de parajuristes et d'autres intervenants pour les prochaines versions du guide.

⁵ La Commission était présidée par l'honorable juge Murray Sinclair, accompagné de D^{re} Marie Wilson et du chef Wilton Littlechild, commissaires. Le Rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada se compose de six volumes. Vous trouverez le Rapport final complet et un résumé à <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=891>.

⁶ Depuis le Rapport de la CVR, d'autres affaires et enquêtes ont contribué à accroître la reconnaissance à l'échelle nationale de la nécessité d'augmenter la sensibilisation envers les questions autochtones au Canada et de procéder à des réformes à ce sujet. Entre autres, voir l'affaire sur la « rafle des années 60 » (*Brown c. Canada [AG]*, 2017 ONSC 251) et l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées (<http://www.mmiwg-ffada.ca/fr/>).

2.1.1 Le système des pensionnats

Le système des pensionnats pour enfants autochtones a été établi par le gouvernement et était administré par un certain nombre d'églises chrétiennes. Ces pensionnats ont vu le jour à la suite de l'adoption d'une politique gouvernementale au début des années 1800 et ont été autorisés par la loi canadienne dès la création de la Confédération. La CVR a conclu que, pendant la plus grande partie de son historique opérationnel, la politique sous-jacente au système des pensionnats n'était rien d'autre qu'une tentative de génocide culturel⁷ visant à assimiler systématiquement les peuples autochtones en séparant de force les enfants de leurs familles et en réprimant les langues, traditions et autres éléments culturels des peuples autochtones. Comme l'indique le Rapport final de la CVR :

Un *génocide physique* est l'extermination massive des membres d'un groupe ciblé et un *génocide biologique* est la destruction de la capacité de reproduction du groupe. Un *génocide culturel* est la destruction des structures et des pratiques qui permettent au groupe de continuer à vivre en tant que groupe. Les États qui s'engagent dans un génocide culturel visent à détruire les institutions politiques et sociales du groupe ciblé. Des terres sont expropriées et des populations sont transférées de force et leurs déplacements sont limités. Des langues sont interdites. Des chefs spirituels sont persécutés, des pratiques spirituelles sont interdites et des objets ayant une valeur spirituelle sont confisqués et détruits. Et pour la question qui nous occupe, des familles à qui on a empêché de transmettre leurs valeurs culturelles et leur identité d'une génération à la suivante⁸.

Le dernier pensionnat financé par le gouvernement fédéral est demeuré en activité jusqu'en 1996⁹. Le 11 juin 2008, à titre de condition de la convention de règlement, le premier ministre du Canada a présenté des excuses au nom des Canadiens et Canadiennes pour le système des pensionnats¹⁰.

Malgré des injustices aussi flagrantes, la CVR a conclu que le système de justice du Canada n'a rien fait pour y remédier :

⁷ Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada, en ligne : http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French_Exec_Summary_web_revised.pdf, dans la préface et à la p. 1.

⁸ Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada, en ligne : http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French_Exec_Summary_web_revised.pdf, p. 1.

⁹ Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada, (en ligne : http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French_Exec_Summary_web_revised.pdf, dans la préface et à la p. 3.

¹⁰ « Présentation d'excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens », le très honorable Stephen Harper, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100015644/1571589171655>.

[...] les lois et les principes de droit connexes du Canada ont favorisé une culture du secret et de l'occultation. Lorsque des enfants subissaient de mauvais traitements dans les pensionnats, les lois et les façons dont elles étaient appliquées (ou non) sont devenues un bouclier derrière lequel les gouvernements, les Églises et des individus pouvaient se cacher pour éviter les conséquences d'horribles vérités. Les décisions de ne pas porter d'accusations contre les agresseurs ont permis à des gens d'échapper aux conséquences néfastes de leurs gestes. De plus, le droit des communautés et des chefs autochtones de fonctionner en conformité avec leurs propres coutumes, traditions, lois et cultures a été infirmé par la loi. Ceux qui persistaient à fonctionner conformément à ces cultures s'exposaient à des poursuites. Les peuples autochtones en sont venus à considérer le droit comme un outil d'oppression du gouvernement.

2.1.2 Appels à l'action et responsabilité des membres de la profession juridique

Le Rapport de la CVR présente 94 appels à l'action visant toutes les sphères de la société civile canadienne en vue de réparer les torts causés par le système des pensionnats et, de façon plus générale, de favoriser la réconciliation au Canada.

L'appel à l'action 27 parle d'un parcours d'apprentissage nécessaire pour les membres de la profession juridique dans le cadre du processus de réconciliation. Il invite la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada à :

[...] veiller à ce que les avocats reçoivent une formation appropriée en matière de compétences culturelles, y compris en ce qui a trait à l'histoire et aux séquelles des pensionnats, à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, aux traités et aux droits des Autochtones, au droit autochtone de même qu'aux relations entre l'État et les Autochtones. À cet égard, il faudra, plus particulièrement, offrir une formation axée sur les compétences pour ce qui est de l'aptitude interculturelle, du règlement de différends, des droits de la personne et de la lutte contre le racisme.

Les barreaux provinciaux¹¹, la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada¹² et l'Association du Barreau canadien¹³ ont bien pris acte de ces objectifs. Comme l'a déclaré l'ancien juge en chef de la Colombie-Britannique, Lance Finch, les avocats ont le « devoir d'apprendre »¹⁴.

Ce devoir ne devrait pas se limiter à mieux se renseigner sur l'histoire et la culture autochtones (et sur l'impact que les Européens ont eu sur « eux »). Les avocats doivent également mieux se renseigner sur les lois autochtones et sur la façon dont les ordres juridiques autochtones ont influencé l'élaboration de lois non autochtones au Canada. Pour exercer le droit de façon efficace dans ce domaine, l'ouverture et l'humilité sont de mise. La chercheuse anichinabée Lindsay Borrows, offre la perspective suivante :

[TRADUCTION] L'humilité est un état où l'on se positionne d'une manière qui ne favorise pas son importance par rapport à celle d'un autre. L'humilité est une condition de base à la capacité d'apprendre. L'humilité nous permet de reconnaître que nous dépendons des autres et de tenir compte de leurs points de vue en plus du nôtre. Une humble opinion peut être donnée dans un esprit de déférence ou de soumission. L'antonyme serait l'arrogance, le mépris ou l'orgueil. En anglais, l'origine étymologique du terme « humilité » découle du mot latin *humilis*, lequel signifie littéralement « sur le sol », du terme latin *humus* qui signifie « terre ». C'est de là que provient l'expression familière « terre à terre » utilisée pour décrire certaines personnes. Même en anglais, l'humilité est liée à la terre. En anishinaabemowin, le mot *dabaadendiziwin* signifie « humilité ». Cela signifie de « soupeser vos pensées », de faire attention à vos pensées ou à vos points de vue et de bien répartir vos jugements. *Dabaadendiziwin* est l'un des sept enseignements ancestraux anichinabés. On peut donc en déduire que c'est un principe très important à apprendre et à vivre¹⁵.

Le présent guide vise à aider les avocats à s'acquitter de leur devoir d'apprendre en favorisant une compréhension plus complète des cultures autochtones. Les peuples

¹¹ Voir, p. ex. Law Society of British Columbia : <https://www.lawsociety.bc.ca/our-initiatives/truth-and-reconciliation/>; Law Society of Manitoba : <https://lawsociety.mb.ca/about/lsm-initiatives/trc-calls-to-action/>; Barreau de l'Ontario : <https://lawsocietyontario.azureedge.net/media/lso/media/legacy/pdf/r/release-public-statement-trc.pdf>; Law Society of PEI : http://lawsocietypei.ca/media/upcoming_events/upcoming_events15.pdf; Law Society of the Northwest Territories : <https://www.cbant.org/CMSPages/GetFile.aspx?guid=eea10a04-3026-40f4-8699-65a024551c8e>.

¹² Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : <https://flsc.ca/fr/la-federation-des-ordres-professionnels-de-juristes-sengage-a-repondre-au-rapport-de-la-cvr-de-maniere-efficace/>

¹³ Association du Barreau canadien : <https://www.cba.org/Our-Work/Resolutions/Resolutions/2016/Responding-to-the-Truth-and-Reconciliation-Calls-t>

¹⁴ Lance SG Finch, *The Duty to Learn: Taking Account of Indigenous Legal Orders in Practice*, Continuing Legal Education Society of British Columbia, novembre 2012, section 2.1.2.

¹⁵ Lindsay Borrows, *Dabaadendiziwin: Practices of Humility in a Multi-Juridical Legal Landscape*, Recueil annuel de Windsor d'accès à la justice, vol. 33, p. 149 (notes de bas de page supprimées).

autochtones sont des peuples complexes et florissants au Canada. L'interaction des peuples autochtones avec le système de justice devrait être considérée comme une occasion de faire des avancées continues vers la réconciliation plutôt qu'un problème à régler.

2.2 Comprendre l'importance de la compétence culturelle

Il n'est tout simplement pas possible d'exercer le droit de façon neutre sur le plan culturel. Toutes les interactions des avocats et des juges sur une base quotidienne dans le cadre de leur travail sont fondées sur une culture ou une autre. Souvent, comme c'est le cas ici, la culture du droit d'origine ne sera pas la même que la culture des personnes qui utilisent les services juridiques ou sont parties à une procédure judiciaire. Comme l'indique la chercheuse Tracey Linberg :

[TRADUCTION] En l'absence d'une compréhension éclairée de la justice ou de l'injustice écrite, interprétée, comprise et transmise par les peuples autochtones, la compréhension de la justice ou de l'injustice se limite à la vision et à l'interprétation de personnes qui n'ont pas été touchées par les tentatives de colonisation des peuples autochtones¹⁶.

La présente section vise à donner un aperçu de ce qu'est la compétence culturelle, des sources de compétence culturelle, des conséquences d'un manque de compétence culturelle et de la pertinence et de l'importance de la compétence culturelle au sein des professions juridiques. Pour terminer la section, nous suggérons des façons de développer la compétence culturelle et fournissons des exemples pratiques.

2.2.1 Qu'est-ce que la compétence culturelle ?

La compétence culturelle, comme toutes les compétences que les avocats doivent acquérir et maintenir, n'est pas une activité unique, mais un ensemble de connaissances, d'attitudes et de comportements qui se développent tout au long d'un continuum menant à la compréhension¹⁷.

Par exemple, bien que de nombreuses personnes parlent de la « culture autochtone » de façon collective, il n'y a pas de culture autochtone unique. Il existe de nombreuses

¹⁶ Tracey Lindberg, *Critical Indigenous Legal Theory*, Bibliothèque et Archives Canada, 2008, p. 137. En ligne : <https://ruor.uottawa.ca/handle/10393/29478>.

¹⁷ [TRADUCTION] « La compétence culturelle est un ensemble de comportements, d'attitudes et de politiques qui se rejoignent dans un système, un organisme ou un professionnel et permet à ce système, à cet organisme ou à ce professionnel de travailler efficacement dans des situations interculturelles. » Terry L. Cross, MSW, *Focal Point*, The Research and Training Center on Family Support and Children's Mental Health, Portland State University, automne 1988.

cultures autochtones et personne ne peut acquérir une expertise dans toutes les cultures autochtones de toutes les régions du Canada.

La compétence culturelle est un processus sans fin qui ne cesse d'évoluer. Elle nécessite que les avocats et les juges acquièrent, développent et maintiennent des compétences pratiques pour atteindre les objectifs de la compétence culturelle et bien servir des clients provenant de différentes cultures.

2.2.2 Les sources d'appréciation de la compétence culturelle

2.2.2.1 *La culture autochtone n'est pas un monolithe. Elle se compose plutôt d'une grande variété de peuples, de cultures, de langues, d'histoires, de traditions et de lois autochtones.*

Il est important que les avocats reconnaissent qu'il n'y a pas de « culture autochtone » ou de « perspective autochtone » unique. La professeure Karen Drake, de la faculté de droit de la Osgoode Hall, appelle cette idée fausse couramment répandue le *pan-aboriginalism* (panautochtonisme) ou [TRADUCTION] « la tendance à présumer que les cultures autochtones sont suffisamment semblables que l'on peut tout simplement appliquer les connaissances relatives à une culture à une autre culture¹⁸ ».

De façon générale, les peuples autochtones présents dans le territoire qu'on appelle maintenant le Canada appartiennent à trois grands sous-groupes, soit les Premières Nations, les Métis et les Inuits.

Premières Nations : Les peuples des Premières Nations sont les descendants des premiers habitants du territoire au sud de l'Arctique. Le terme « Premières Nations » est utilisé pour décrire les peuples autochtones dont les territoires se situent principalement au sud de la limite des arbres. « Premières Nations » est le terme utilisé depuis les années 1980 pour remplacer le terme « Indien », lequel était un terme colonial défini dans la *Loi sur les Indiens*.

Métis : Les Métis sont les descendants qui sont nés des relations entre les femmes des Premières Nations et les hommes européens, du moins initialement. Au fil du temps, les Métis ont développé des communautés et des cultures distinctes. Le Ralliement national des Métis définit les Métis comme suit :

[TRADUCTION] L'émergence du peuple métis en tant que nation ou peuple distinct dans le Nord-Ouest historique du Canada remonte aux XVIII^e et

¹⁸ Nora Rock, *Providing high-quality service to Indigenous clients*, LawPRO Magazine, volume 15, numéro 1, p. 6. En ligne : <https://www.practicepro.ca/wp-content/uploads/2017/05/2016-01-lawpro-magazine15-1-jan2016.pdf>.

XIX^e siècles. La « patrie historique de la Nation métisse » comprend les trois provinces des Prairies et une partie de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, des Territoires du Nord-Ouest et du nord des États-Unis. Cette Nation métisse historique détenait des titres ancestraux, ce à quoi le gouvernement du Canada a tenté de mettre fin en accordant des certificats des Métis ou des terres à la fin des XIX^e et XX^e siècles¹⁹.

Le Ralliement national des Métis a également adopté la définition suivante du terme « Métis » en 2002 :

[TRADUCTION] Le terme « Métis » signifie une personne qui s'identifie comme Métisse, qui se distingue des autres peuples autochtones, qui descend de la Nation métisse historique et qui est acceptée par la Nation métisse²⁰.

Inuits : Les Inuits sont les descendants des premiers habitants du territoire arctique. Ils sont culturellement similaires aux peuples autochtones du Groenland et de l'Alaska. Le *International Journal of Indigenous Health* fournit la définition suivante :

[TRADUCTION] Les Inuits sont un peuple circumpolaire qui vit dans certaines régions de la Russie, de l'Alaska, du Canada et du Groenland. Ils sont unis par une culture et une langue commune. On retrouve environ 55 000 Inuits au Canada. Les Inuits vivent principalement dans les Territoires du Nord-Ouest, au Nunavut, dans le nord du Québec et sur la côte du Labrador. Traditionnellement, on les retrouve au nord de la limite des arbres dans la région bordée par le delta du Mackenzie à l'ouest, la côte du Labrador à l'est, la pointe sud de la baie d'Hudson au sud et les îles de l'extrême arctique au nord²¹.

Les territoires uniques occupés par les peuples autochtones ont joué un rôle important dans le développement de cultures et de nations autochtones distinctes.

Les trois sous-groupes autochtones bénéficient d'une protection constitutionnelle à titre de « peuples autochtones du Canada », comme le prévoit l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²². Les trois sous-groupes sont visés par la définition du terme

¹⁹ Nation métisse de l'Ontario : <http://www.metisnation.ca/index.php/who-are-the-metis/citizenship>.

²⁰ <http://www.metisnation.ca/index.php/who-are-the-metis/citizenship>.

²¹ <https://journals.uvic.ca/journalinfo/ijih/IJIHDefiningIndigenousPeoplesWithinCanada.pdf>.

²² Article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

« Indiens » au par. 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* aux fins de la compétence fédérale²³.

Dans chacun de ces grands groupes, on retrouve une grande variété de Nations, de cultures, de communautés, de langues et d'histoires distinctes. Par exemple, dans le cas des Premières Nations seulement, on retrouve plus de 630 communautés des Premières Nations au Canada qui représentent plus de 50 Nations et parlent plus de 50 langues autochtones²⁴. La Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA) définit les Nations autochtones comme des groupes d'Autochtones « d'une certaine importance numérique qui sont conscients de leur unité sociale et historique et qui constituent la population prédominante dans un territoire ou des territoires déterminés²⁵ ».

Selon l'Enquête nationale auprès des ménages de 2011, 1 400 685 personnes au Canada avaient une identité autochtone en 2011²⁶. Les peuples autochtones se composent de groupes diversifiés vivant partout au pays, allant des régions rurales et des réserves aux grands centres urbains. Les populations autochtones sont jeunes et en pleine croissance. Les plus nombreuses se trouvent en Ontario et dans les quatre provinces de l'Ouest.

Chaque Nation a sa propre histoire de la Création, sa propre spiritualité et sa propre vision du monde. Pour comprendre les cultures autochtones, il est important de comprendre ces éléments. Chaque communauté a également ses propres valeurs, coutumes, traditions et lois. Par exemple, dans le Rapport final²⁷ du *Accessing Justice and Reconciliation Project*²⁸ de l'Association du Barreau autochtone (ABA), le professeur Hadley Friedland souligne la grande diversité des traditions juridiques parmi les communautés autochtones :

²³ Par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3; *Reference re Eskimos*, [1939] SCR 104 (au sujet des Inuits); *Daniels c. Canada* (*Affaires indiennes et du Nord canadien*), 2016 CSC 12 (au sujet des Métis). La *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c I-5, définit qui est admissible au statut d'Indien inscrit, ce qui crée les catégories d'« Indien inscrit » et d'« Indien non inscrit » ainsi que des bandes d'Indiens composées d'Indiens inscrits. En 2013, il y avait 614 bandes indiennes au Canada.

²⁴ Affaires autochtones et du Nord Canada, *Peuples et collectivités autochtones, Premières Nations*. En ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100013791/1535470872302>.

²⁵ Rapport final de la CRPA, vol. 1, *Un passé, un avenir*. En ligne : <http://data2.archives.ca/e/e448/e011188231-01.pdf>, p. iii.

²⁶ Statistique Canada, Enquête nationale auprès des ménages (2011) : <http://www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-fra.cfm>.

²⁷ Hadley Friedland, *Accessing Justice and Reconciliation Project: Final Report*, 2014. En ligne : http://indigenousbar.ca/indigenoulaw/wp-content/uploads/2013/04/iba_ajr_final_report.pdf.

²⁸ Le *Accessing Justice and Reconciliation Project* est un projet de recherche national lancé par la *Indigenous Law Research Clinic* de la faculté de droit de l'Université de Victoria, l'Association du Barreau autochtone (ABA) et la Commission de vérité et de réconciliation du Canada (CVR). Le projet était financé par la Fondation du droit de l'Ontario.

[TRADUCTION] Il n'y a pas d'approche universelle au sein des traditions juridiques autochtones ni entre elles. Chaque tradition juridique offre une grande variété de réponses et de solutions juridiques fondées sur des principes pour réparer les préjudices et régler les conflits²⁹.

Les avocats doivent donc tenir compte des cultures, des histoires, des valeurs, des traditions, des visions du monde et de la diversité propres à chaque client et contrepartie autochtones.

2.2.2.2 *L'historique et les répercussions des tentatives de colonisation, de la dépossession des terres et de la relocalisation forcée*

Il est impossible de comprendre les enjeux qui troublent la relation aujourd'hui sans bien comprendre l'historique et les répercussions (continues) des tentatives de colonisation sur les peuples et communautés autochtones.

Les peuples autochtones vivaient sur ces terres depuis des milliers d'années, avec des ordres juridiques complexes, lorsque les colons sont débarqués³⁰. La doctrine de la découverte invoquée historiquement par les colons européens pour justifier l'appropriation des terres nord-américaines à titre de *terra nullius* et pour affirmer leur autorité sur les peuples autochtones a été catégoriquement rejetée. Comme l'a statué la Cour suprême du Canada à l'unanimité en 2004 : « En bref, les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l'arrivée des Européens; ils n'ont jamais été conquis³¹ ».

La période initiale de coopération entre les peuples autochtones et les colons offre un aperçu de la façon de rétablir l'équilibre dans la relation entre les peuples autochtones et la société colonisatrice. Cependant, les relations entre les peuples autochtones et les colons ont évolué au fur et à mesure que basculait l'équilibre du pouvoir entre les peuples autochtones et les colons³².

²⁹ Hadley Friedland, « Accessing Justice and Reconciliation Project: Final Report » (2014) [en ligne : http://indigenoubar.ca/indigenoulaw/wp-content/uploads/2013/04/iba_ajr_final_report.pdf, p. 3

³⁰ <http://data2.archives.ca/e/e448/e011188230-01.pdf>.

³¹ *Nation haïda c. Colombie-Britannique*, [2004] 3 RCS 511, par. 25.

³² CRPA, p. 95 : « Les rapports s'établirent dans un contexte où les autochtones étaient au départ avantagés par le nombre et du fait de leur connaissance du pays et de la façon d'y survivre. Ces facteurs déterminèrent les premiers schémas de coopération et contribuèrent à atténuer les attitudes et les prétentions coloniales que pouvaient avoir les premiers arrivants européens. Loin de leur port d'origine, éparpillés sur un vaste territoire dont ils ignoraient presque tout, les nouveaux venus devaient impérativement nouer des liens d'amitié au moins avec certains des premiers habitants. Des ententes politiques et économiques allaient bientôt être conclues. » <http://data2.archives.ca/e/e448/e011188231-01.pdf>

La Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA) a constaté, en 1996, les répercussions profondes de la colonisation — particulièrement les répercussions du déracinement³³. Les peuples autochtones ont été physiquement déracinés — on leur a interdit l'accès à leurs territoires ancestraux et, dans bien des cas, on les a forcés à se rendre dans de nouveaux endroits que les autorités coloniales avaient choisis pour eux. Ils ont également été déracinés sur les plans social et culturel : assujettis aux efforts intensifs des missionnaires, ils se sont fait imposer des écoles qui ont réduit leur capacité de transmettre leurs valeurs traditionnelles à leurs enfants, qui leur inculquaient des valeurs victoriennes à dominante masculine et qui attaquaient leurs activités traditionnelles comme les danses et autres cérémonies symboliques. Ils ont également été déracinés sur le plan politique, les lois coloniales les forçant d'abandonner ou, à tout le moins, de camoufler leurs structures et méthodes traditionnelles de gouvernement en faveur d'institutions municipales, de type colonial³⁴.

La CRPA a souligné les conséquences dévastatrices de la colonisation sur les peuples et communautés autochtones :

Les assauts répétés qui ont été lancés contre la culture et l'identité collective des autochtones [...] ont sapé les bases de la société autochtone et contribué au sentiment d'aliénation qui est souvent à l'origine des comportements autodestructeurs et antisociaux. Chez les autochtones, les problèmes sociaux sont dans une grande mesure l'héritage de l'histoire³⁵.

Par exemple, une étude réalisée en 2013 par le Centre canadien des politiques alternatives a révélé que 40 pour cent des enfants autochtones au Canada vivent sous le seuil de la pauvreté, comparativement à 15 pour cent des enfants de la population générale canadienne³⁶. Ce nombre atteint 50 pour cent lorsque l'on tient seulement compte des enfants des Premières Nations qui sont considérés comme des Indiens « inscrits ». Cela est le résultat de la colonisation (continue), du vol des terres, de l'échec des promesses faites dans les traités et de l'incapacité de l'État canadien de s'acquitter de ses obligations juridiques de respecter les droits fondamentaux des enfants autochtones³⁷. Bien que les peuples et communautés autochtones soient sans aucun

³³ Rapport final de la CRPA, vol. 1, *Un passé, un avenir*, p. 36. En ligne : <http://data2.archives.ca/e/e448/e011188231-01.pdf>.

³⁴ Rapport final de la CRPA, vol. 1, *Un passé, un avenir* p. 132. En ligne : <http://data2.archives.ca/e/e448/e011188231-01.pdf>.

³⁵ CRPA, *Points saillants du rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones – Vers un ressourcement*, par. 4. En ligne : <https://rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100014597/1572547985018>.

³⁶ David MacDonald & Daniel Wilson, *Poverty or Prosperity: Indigenous Children in Canada*, Centre canadien des politiques alternatives, juin 2013, p. 12.

³⁷ Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. C. Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), 2016 TCDP 2 (CanLII)

doute confrontés à ces lacunes et à d'autres lacunes concernant les indicateurs sociaux, de santé et du bien-être comparativement à la population générale, comme l'a fait remarquer la Commission de vérité et de réconciliation du Canada : « Contrairement à d'autres pays, le gouvernement canadien ne fournit pas de liste complète des indicateurs de bien-être permettant de comparer les populations autochtones et non autochtones. Le manque de données sur les indicateurs comparables de santé signifie que ces problèmes reçoivent moins d'attention de la part du public, des médias et des politiciens³⁸ ».

Une autre répercussion insidieuse de la colonisation qui est difficile à mesurer est la perte de liens familiaux et communautaires, de la cohésion communautaire et du sentiment d'identité culturelle chez de nombreux peuples autochtones en raison du déracinement physique, culturel, social et politique décrit ci-dessus.

2.2.2.3 Les séquelles des pensionnats et des autres tentatives de colonisation et leurs répercussions sur plusieurs générations

Comme nous l'avons brièvement expliqué ci-dessus, les avocats doivent être conscients de l'histoire et des séquelles du système des pensionnats et des répercussions de ce système. Le système des pensionnats était un élément central de la politique délibérée et de longue date du Canada visant à réprimer et, ultimement, à éradiquer les cultures autochtones et à assimiler les peuples autochtones dans la société colonisatrice dominante. Les enfants des pensionnats ont souvent fait l'objet de graves sévices — physiquement, sexuellement, psychologiquement et spirituellement. De nombreux enfants n'ont pas survécu à leur calvaire et ceux qui ont survécu ont été traumatisés par les sévices qu'ils ont subis.

La Commission de vérité et de réconciliation du Canada (TRC) s'est penchée sur l'histoire et les séquelles des pensionnats. La CVR a décrit les pensionnats comme suit :

[Ils] avaient pour but de séparer les enfants autochtones de leur famille afin de limiter et d'affaiblir les liens familiaux et culturels et d'endoctriner les enfants pour qu'ils adhèrent à une nouvelle culture, à savoir la culture dominante sur le plan juridique de la société canadienne euro-chrétienne [...].

Pendant plus d'un siècle, les objectifs centraux de la politique indienne du Canada étaient les suivants : éliminer les gouvernements autochtones, ignorer les droits des Autochtones, mettre fin aux traités conclus et, au moyen d'un processus d'assimilation, faire en sorte que les peuples autochtones cessent d'exister en tant

³⁸ Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada, dans la préface jusqu'à la p. 161. En ligne :

http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French_Exec_Summary_web_revised.pdf

qu'entités légales, sociales, culturelles, religieuses et raciales au Canada. L'établissement et le fonctionnement des pensionnats ont été un élément central de cette politique, que l'on pourrait qualifier de « génocide culturel³⁹. »

Ce que les victimes et les survivants ont vécu dans les pensionnats continue d'être transmis aux générations subséquentes. C'est ce qu'on appelle les « traumatismes intergénérationnels » ou « traumatismes historiques⁴⁰ ». Kevin Berube, directeur du Mental Health and Addictions Program du Sioux Lookout Meno Ya Win Health Centre, et membre de la Première Nation de Flying Post, définit comme suit les traumatismes intergénérationnels et ses expressions uniques chez les peuples autochtones⁴¹ :

[TRADUCTION] Des traumatismes intergénérationnels, ou traumatismes transgénérationnels, surviennent lorsque les stress non traités découlant de traumatismes subis par les survivants sont transmis à la deuxième génération et aux générations subséquentes. [...] Des traumatismes intergénérationnels sont généralement observés dans les familles où les parents ou grands-parents ont subi des traumatismes et chaque génération de ces familles continue de connaître des traumatismes sous une forme ou une autre. Dans ces cas, la source peut habituellement être retracée à un événement dévastateur, et le traumatisme est propre à cette famille.

Ce qui rend les traumatismes intergénérationnels différents dans le cas des peuples des Premières Nations, c'est qu'ils ne découlent pas d'un événement ciblé contre une personne en particulier – ils découlent d'un ensemble de politiques gouvernementales qui ont ciblé et affecté une génération au complet. Les enfants ont été traumatisés lorsqu'ils ont été séparés de leurs parents et placés dans des pensionnats ou des foyers d'accueil financés par le gouvernement et contrôlés par l'Église. De nombreux enfants ont subi de graves sévices pendant qu'ils étaient dans ces foyers et pensionnats. Et les parents et communautés ont été traumatisés lorsque leurs enfants leur ont été enlevés sans qu'ils sachent s'ils les reverraient un jour.

Les survivants directs de ces événements transmettent souvent les traumatismes qu'ils ont vécus aux générations suivantes lorsqu'ils ne reconnaissent pas leurs

³⁹ Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada, p. v et 1. En ligne : http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French_Exec_Summary_web_revised.pdf.

⁴⁰ Le terme « historical trauma » (traumatismes historiques) a été inventé par D^{re} Maria Yellow Horse Brave Heart.

⁴¹ Kevin Berube, *The intergenerational trauma of First Nations still runs deep*, *The Globe & Mail*, 16 février 2015, par. 6 à 10. En ligne : <http://www.theglobeandmail.com/life/health-and-fitness/health-advisor/the-intergenerational-trauma-of-first-nations-still-runs-deep/article23013789/>. Voir également le témoignage de D^{re} Amy Bombay au sujet des traumatismes intergénérationnels dans *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al c Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TCDP 2 (CanLII), paragraphes 415 à 427.

problèmes ou n'ont pas la possibilité de les régler. Au fil du temps, ces comportements, souvent destructeurs, deviennent la norme au sein de la famille et de la communauté, ce qui amène la prochaine génération à souffrir des mêmes problèmes.

De nombreux comportements autodestructeurs peuvent résulter de traumatismes non résolus. La dépression, l'anxiété, la violence familiale, les idées suicidaires et homicidaires, et la toxicomanie sont quelques-uns des comportements [...] que rencontrent les thérapeutes en santé mentale qui travaillent avec des clients qui ont subi des traumatismes directs ou intergénérationnels.

Les peuples autochtones ont fait face à chaque partie traumatisante de l'histoire coloniale du Canada avec résistance et résilience.

Par conséquent, afin de fournir des services juridiques adaptés à la culture, les avocats doivent être conscients de l'historique douloureux de la colonisation, y compris celui des pensionnats, et de la façon dont les traumatismes intergénérationnels subis par les peuples et communautés autochtones pourraient encore aujourd'hui influencer la façon dont les clients autochtones perçoivent le système de justice et ceux qui travaillent en son sein.

2.2.2.4 L'importance de la terre et de l'eau pour les cultures, les pratiques spirituelles et les économies autochtones

De nombreuses questions juridiques touchant les peuples autochtones auront des dimensions liées à la terre et à l'eau ainsi qu'aux droits et aux activités connexes de ces communautés. En effet, la terre et l'eau sont des aspects importants des cultures, des pratiques spirituelles et des économies autochtones. Par exemple, l'Assemblée des Premières Nations (APN) a fait remarquer ce qui suit :

Les peuples autochtones prennent soin de notre mère la Terre et respectent ses dons, soit l'eau, l'air et le feu. Les citoyens des Premières Nations entretiennent une relation particulière avec la terre et tous les êtres vivants qu'elle abrite. Cette relation est fondée sur un lien profond avec notre mère la Terre qui a amené les citoyens autochtones à pratiquer la vénération, l'humilité et la réciprocité. Elle est aussi basée sur des besoins et des valeurs liés à la subsistance qui remontent à des milliers d'années. Les moyens de subsistance, tels que la chasse, la récolte et la pêche, servent à nourrir soi-même, la famille, les personnes âgées, les personnes veuves et la communauté et à organiser des cérémonies. Nous extrayons et utilisons chaque élément en gardant à l'esprit le fait que nous prenons uniquement ce dont nous avons besoin. Nous devons faire preuve de précaution

et de clairvoyance dans la façon et la quantité que nous prélevons afin de ne pas faire courir un grand péril aux futures générations⁴².

En plus de la terre, ces relations sacrées s'étendent à l'eau. Comme l'indique l'AFN :

L'eau est le don de notre mère la Terre le plus indispensable à la vie. Il représente le lien entre tous les êtres vivants. L'eau nous nourrit, circule parmi nous et en nous et elle nous vivifie. L'eau est le sang de notre mère la Terre. À ce titre, elle la purifie ainsi que tous les êtres vivants. [...] Sur le plan spirituel, l'eau nous enseigne que nous finirons nous aussi dans le Grand Océan à la fin du périple de notre vie. [...] Toutes les formes de vie ont besoin d'eau. Cependant, les sources d'eau dans le monde commencent à se tarir et à être polluées. Les Premières Nations d'Amérique du Nord entretiennent une relation particulière avec l'eau qui est fondée sur ses moyens de subsistance et qui remonte à des milliers d'années. Nos activités traditionnelles dépendent de l'eau, notamment le transport, l'hydratation, le nettoyage et la purification. L'eau constitue l'habitat de plantes et d'animaux dont nous nous servons comme médicaments et aliments. Ces activités traditionnelles dépendent donc de l'accès à l'eau et de notre relation avec le contexte environnant. En tant qu'Autochtones, les Premières Nations sont conscientes du caractère sacré de l'eau, de l'interdépendance de toutes les formes de vie et de l'importance de protéger l'eau contre la pollution, la sécheresse et les déchets. [...] L'eau est source de vie. Sans un accès à une eau saine, toute forme de vie est vouée à disparaître⁴³.

Dans certaines sociétés autochtones, les femmes sont considérées comme les gardiennes ou protectrices de l'eau en raison du rôle sacré qu'elles jouent dans la création de la vie et en raison de la vie qu'elles portent dans leurs eaux de naissance. La relation étroite entre les peuples autochtones et la terre et l'eau, et leur proximité avec éléments signifient que ces éléments jouent souvent un rôle crucial dans les économies de subsistance et commerciales des communautés autochtones, par exemple grâce à l'exploitation des ressources naturelles et à la pêche commerciale. Lorsque les avocats travaillent avec des clients autochtones et leur fournissent des avis, il est important qu'ils comprennent et apprécient l'importance de la terre et de l'eau pour les communautés autochtones, tant sur le plan culturel que spirituel, et qu'ils comprennent que ces relations uniques peuvent influencer les priorités, les politiques et les pratiques d'une communauté en matière de développement économique.

⁴² APN, *Honorer la terre*, par. 2. En ligne : <http://www.afn.ca/fr/honorer-la-terre/>.

⁴³ APN, *Honorer l'eau*, par. 1 à 3. En ligne : <http://www.afn.ca/fr/honorer-leau/>.

2.2.2.5 *La nature collective et l'importance des droits autochtones, y compris les droits ancestraux et issus de traités, et la reconnaissance constitutionnelle*

2.2.2.5.1 Contributions des peuples autochtones au système de justice colonial du Canada

Les traditions juridiques autochtones ont été les premières lois sur le territoire maintenant désigné sous le nom de Canada, et elles continuent de faire partie du tissu juridique du Canada. Val Napoleon fournit la définition suivante de la loi :

[TRADUCTION] Les lois sont l'un des instruments que nous utilisons pour nous gouverner nous-mêmes. Ce sont les lois qui permettent à de grands groupes de personnes de se gérer eux-mêmes. Les lois sont des choses que les gens font réellement. Les peuples autochtones avaient des lois qui encadraient la pêche et la chasse, l'accès et la distribution des baies, la gestion des rivières et tous les autres aspects de la vie politique, économique et sociale. Puisque nos ordres juridiques et nos lois sont entièrement créés au sein de nos cultures, il est difficile de voir et de comprendre les lois dans d'autres cultures. En d'autres termes, la loi est liée à la culture — ce n'est la loi que dans la culture qui l'a créée. [...] Et, surtout, la loi se fonde sur la réflexion⁴⁴.

Le professeur John Borrows décrit le droit autochtone comme suit:

[TRADUCTION] Malgré des siècles de dépossession, les traditions juridiques autochtones sont des sources vibrantes de connaissances. Elles aident de façon pragmatique à trouver des réponses à des questions juridiques complexes et pressantes et contiennent des sources d'autorité importantes. Elles sont jurisprudentielles, c'est-à-dire qu'elles établissent des normes et génèrent des critères qui aident à rendre des jugements judiciaires. Le droit autochtone aide à générer des mesures contraignantes par la persuasion et l'obligation, accorde de l'importance à la réparation éthique et aux mesures correctives lorsqu'un préjudice a été commis, et facilite les dons et les legs sincères. Les lois autochtones peuvent être constitutionnelles. Elles peuvent appuyer la création d'obligations contraignantes à l'interne. Les systèmes juridiques des peuples autochtones permettent également la création d'engagements intersociétaux avec des organismes externes. Divers accords relatifs à la consultation, à l'accommodement, aux questions contractuelles et aux traités illustrent la force

⁴⁴ Val Napoleon, *Thinking About Indigenous Legal Orders*, http://fngovernance.org/ncfng_research/val_napoleon.pdf

des lois autochtones. Les lois autochtones sont également une composante clé de la protection des droits et libertés individuels et collectifs⁴⁵.

John Borrows a recensé cinq sources du droit autochtone : 1) sacrées, 2) naturelles, 3) fondées sur la délibération, 4) positivistes et 5) coutumières⁴⁶. Bien qu'une exploration détaillée de ces concepts dépasse la portée du présent guide, ils donnent une indication de la profondeur, de la complexité et de la diversité du droit autochtone en tant que catégorie d'ordres juridiques.

Les peuples autochtones ont contribué de façon fondamentale au système de justice colonial du Canada et les traditions juridiques autochtones font partie de la base sur laquelle repose le système actuel. Du point de vue des peuples autochtones, les traditions juridiques autochtones sont tout aussi valables que le droit civil et la common law et contribuent à l'organisation et à la structure des communautés. Elles orientent les interactions, confèrent des droits et des obligations, et aident à assurer des relations harmonieuses.

Les traditions orales qui perdurent dans les communautés autochtones à ce jour sont en soi des lois⁴⁷. Le contenu des traités témoigne des traditions juridiques autochtones. Malheureusement, les contributions des peuples autochtones au système de justice du Canada ont été systématiquement minimisées (et le sont encore) et sont peu reconnues. Cependant, elles ont survécu et continuent d'influencer les relations juridiques et les notions relatives à la justice, notamment avec la Couronne.

2.2.2.5.2 Droits ancestraux et issus de traités

De façon générale, les droits ancestraux et issus de traités sont des droits collectifs de par leur nature⁴⁸. Cependant, certains droits peuvent être exercés par des membres individuels ou conférés à des membres individuels et peuvent donc avoir des aspects à la fois collectifs et individuels — par exemple, le droit issu d'un traité à une rente⁴⁹.

⁴⁵ John Borrows, *Heroes, Tricksters, Monsters, and Caretakers: Indigenous Law and Legal Education*, 61 McGill L.J. 795 (les notes de bas de page ont été supprimées).

⁴⁶ John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, p. 23 à 58.

⁴⁷ Voir : Val Napoleon & Hadley Friedland, *An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions Through Stories*, 61 McGill L.J. 725.

⁴⁸ Voir *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 à la p. 1112; *Delgamuukw c Colombie-Britannique* [1997] 3 RCS 1010 au para 115; *R c Sundown*, [1999] 1 RCS 393 au para 36; *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 533 aux paragraphes 17 et 37; *R c Sappier*, [2006] 2 RCS 686 au para 31.

⁴⁹ *Behn c Moulton Contracting Ltd*, [2013] 2 RCS 227, 2013 CSC 26 au para 33.

Le titre ancestral (parfois appelé « titre aborigène ») est un type particulier de droit autochtone, soit le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre⁵⁰. Dans *Delgamuukw*, la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit :

Une dimension supplémentaire du titre aborigène est le fait qu'il est détenu collectivement. Le titre aborigène ne peut pas être détenu par un autochtone en particulier; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone. Les décisions relatives aux terres visées sont également prises par cette collectivité. Il s'agit d'une autre caractéristique *sui generis* du titre aborigène, qui le différencie des intérêts de propriété ordinaires⁵¹.

Le maintien et la protection des droits ancestraux et des droits issus de traités sont importants, tant pour les peuples autochtones que les non-Autochtones, comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada dans *Van der Peet* :

[...] la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35 (1) [de la *Loi constitutionnelle de 1982*], et ce pour un fait bien simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique – et maintenant constitutionnel – particulier. Plus précisément, le par. 35 (1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté⁵².

2.2.3 Les conséquences du manque de compréhension des cultures autochtones

Le système juridique officiel de l'État est une institution culturelle qui repose sur les comportements, les attitudes et les valeurs de la culture dominante qui sont perpétués par ses participants. Les origines culturelles de bon nombre d'avocats et de juges ne sont souvent pas représentatives de la société canadienne⁵³.

Il est important de comprendre les fondements culturels de l'histoire juridique du Canada, car, historiquement, les membres de la profession juridique ont délibérément cherché à

⁵⁰ *Delgamuukw c Colombie-Britannique* [1997] 3 RCS 1010 au para 137.

⁵¹ *Delgamuukw c Colombie-Britannique* [1997] 3 RCS 1010 au para 115 [souligné dans l'original].

⁵² *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, 1996 CanLII 216 (CSC) aux par. 30 et 31 [souligné dans l'original]. Les décisions rendues dans *Delgamuukw* et *Van der Peet* au sujet du titre ancestral ont récemment été réaffirmées dans *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44.

⁵³ P. ex. voir : Rose Voyvodic, *Advancing the Justice Ethic Through Cultural Competence*, Faculty of Law, University of Windsor.

favoriser certaines cultures et d'en éradiquer d'autres. Que ce soit consciemment ou inconsciemment, dans le contexte actuel, les avocats, juges et autres membres de la profession juridique élaborent, mettent en œuvre et appliquent encore des lois qui reposent sur leur cadre de référence culturel.

Au fur et à mesure que les lois se sont développées au Canada, de nombreux peuples autochtones ont appris à se méfier des systèmes juridiques canadiens et des intervenants qui travaillent en son sein. Du point de vue des Autochtones, les lois ont seulement été conçues pour les appliquer contre les peuples autochtones et non pour les servir. Le nombre disproportionnellement élevé d'enfants et de familles autochtones visés par des interventions des services à l'enfance et à la famille,⁵⁴ et la surreprésentation des personnes autochtones dans le système de justice pénale et dans nos prisons et pénitenciers, illustrent bien les conséquences d'un manque de compétence culturelle. L'historique et les répercussions des tentatives de colonisation, de la dépossession des terres et de la relocalisation forcée, y compris le système des pensionnats, sont des terrains fertiles pour la méfiance.

Ces tendances inacceptables se poursuivront à moins que les avocats, les juges et les membres des autres professions juridiques reconnaissent les préjugés institutionnels et culturels systématiques qui ont historiquement été perpétrés au sein du système de justice et qu'ils augmentent leur compétence culturelle concernant les cultures autochtones pour favoriser les changements culturels dans le système de justice.

2.2.4 La pertinence et la nécessité pour tous les intervenants du système de justice d'améliorer leur compétence culturelle

Tous les intervenants du système de justice canadien, des avocats aux juges en passant par le personnel administratif, devraient avoir pour objectif d'améliorer leur compétence culturelle. Cet objectif se fonde sur certains besoins clés :

- éviter les conséquences négatives discutées ci-dessus;
- faire en sorte que les avocats interagissent avec les parties autochtones de façon compétente et les représentent avec compétence;
- veiller à ce que les juges comprennent le contexte des réalités et des questions de droit autochtone ainsi que les options disponibles pour administrer et trancher les différends;

⁵⁴ P. ex. voir : *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al c Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TCDP 2 (CanLII) et *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada c Procureur général du Canada (représentant le ministre des Affaires autochtones et du Nord canadien)*, 2017 TCDP 7.

- veiller à ce que les parties autochtones aient véritablement accès à la justice, à ce qu'elles soient traitées de façon équitable et à ce qu'elles aient confiance dans le système de justice;
- faciliter l'élaboration de meilleures lois grâce à l'acquisition de connaissances sur différents systèmes juridiques (common law, droit civil et ordres juridiques autochtones).

Les avocats et les juges comprennent qu'ils doivent être compétents dans le domaine du droit dans lequel ils exercent. Selon le *Code de déontologie* du Barreau de l'Ontario, les avocats doivent posséder et mettre « les habiletés, qualités et valeurs nécessaires au service de chaque affaire acceptée pour un client ou une cliente... »⁵⁵. La compétence culturelle devrait être considérée comme une composante intégrale de toute compétence dans un domaine du droit substantiel. En fait, le Barreau de l'Ontario demande aux avocats de réfléchir à la question de savoir s'ils ont les connaissances et les compétences nécessaires, ce qui comprend des facteurs comme :

- a) la complexité et la nature spécialisée du dossier;
- b) l'expérience générale de l'avocat;
- c) la formation et l'expérience de l'avocat dans le domaine;
- d) le temps de préparation et d'étude que l'avocat est en mesure d'accorder au dossier;
- e) s'il est approprié et faisable de renvoyer le dossier à un titulaire de permis dont les compétences sont reconnues dans le domaine en question, de s'associer avec ce dernier ou de le consulter⁵⁶.

Les avocats sont encouragés à se prévaloir de la multitude d'occasions d'apprentissage offertes par différentes sources ancrées dans diverses cultures autochtones. Les avocats devraient au minimum lire le Sommaire et les Appels à l'action du Rapport de la CVR et se familiariser avec la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, suivre des cours de formation professionnelle continue (FPC), lire des livres rédigés par des auteurs autochtones, assister à des événements de la communauté autochtone, nouer le dialogue avec les communautés autochtones, et appuyer les communautés autochtones et les initiatives locales. Ces exemples pourraient également devenir des sources d'information sur les protocoles appropriés et aider les avocats à éviter des entorses aux protocoles.

La compétence culturelle à elle seule n'effacera jamais les torts commis dans le passé. Cependant, à l'avenir, les avocats, juges et autres membres de la profession juridique

⁵⁵ Barreau de l'Ontario (anciennement Barreau du Haut-Canada), *Code de déontologie*, Règle 3.1-1. Le Barreau de l'Ontario offre également un programme qui permet aux avocats de devenir des spécialistes agréés des enjeux juridiques autochtones. Voir la section 4, « Ressources », pour de plus amples renseignements.

⁵⁶ Barreau de l'Ontario, *Code de déontologie*, Règle 3.1-2, Commentaire [3].

qui sont compétents sur le plan culturel pourront aider à atténuer une partie des torts du passé, mieux servir la présente génération et jeter les bases de ce qui viendra après.

Cela étant dit, tout comme aucun avocat ne peut être entièrement compétent dans tous les domaines du droit, aucun avocat ne peut être entièrement compétent dans toutes les cultures.

2.2.5 Obtenir de l'information culturelle

En gardant à l'esprit ce qui précède, une bonne première étape est de consulter votre client pour obtenir de l'information culturelle pertinente, même si vous consulterez également des tierces parties et d'autres sources, comme celles présentées plus loin dans le présent guide.

Pour obtenir de l'information culturelle, il est important d'être conscient des différences qui existent entre votre culture et celle du client, et d'accepter et d'apprécier ces différences. Prenons l'exemple d'un avocat non autochtone et d'un client autochtone. L'avocat devrait prendre les mesures nécessaires pour augmenter son niveau de compétence culturelle en se renseignant sur la culture autochtone du client. Comment s'appelle sa langue? De quelle communauté provient le client? Comment prononce-t-on la langue ou le nom de la communauté dans sa langue? Quelles autres communautés appartiennent à cette culture? En améliorant vos connaissances sur la culture autochtone du client, vous êtes en mesure de mieux apprécier et respecter les différences culturelles entre le client et vous.

Il est important d'évaluer de façon objective et honnête vos propres préjugés et stéréotypes culturels, et de reconnaître qu'ils peuvent entraver la communication efficace avec le client. Afin de vous préparer à communiquer efficacement avec un client autochtone, réfléchissez à vos propres valeurs culturelles afin d'être en mesure d'accepter les différences qui existent entre votre culture et celle du client. Il faut éviter d'aborder le client en adoptant une position de supériorité ou de banaliser ou de minimiser les différences culturelles. Faites plutôt preuve de curiosité envers les différences culturelles et apprenez à les traiter de façon respectueuse, diplomatique et professionnelle. Que sais-je présentement sur les peuples autochtones? Où ai-je acquis ces connaissances? Ai-je déjà appris quoi que ce soit sur les peuples autochtones directement d'une personne autochtone? Cette autoévaluation suggérée devrait révéler quel est votre cadre de référence culturel, celui que vous utilisez pour observer des cultures différentes et vous en faire une opinion. En reconnaissant que ce cadre de référence culturel existe, vous pouvez ensuite commencer à déterminer quels sont les obstacles et commencer à les éliminer en vue de communiquer avec le client objectivement et sans porter de jugement.

Pour un exemple détaillé de la façon d'en apprendre davantage sur la culture d'un client, voir la section 3.1.4 ci-dessous, « En apprendre davantage sur l'héritage de votre client ».

2.2.6 Exemples pratiques de compétence culturelle

Les identifications culturelles, combinées à l'expérience et à l'histoire de vie, ne sont peut-être pas un ensemble immuable de pratiques, de croyances ou de significations, mais elles influencent la façon dont une personne voit le monde et communique, et comment elle aborde les problèmes juridiques, prend des décisions et interagit avec le système juridique et les avocats⁵⁷.

Voici certains exemples de pratiques juridiques comportant des aspects liés à la compétence culturelle⁵⁸ :

- Comprendre que les cultures autochtones sont des cultures dynamiques, vivantes et en évolution.
- Comprendre que les personnes autochtones ont un grand éventail d'expériences individuelles, familiales, collectives et culturelles.
- Cerner et reconnaître les points d'intersection culturels (p. ex. les femmes, LGTBQ2S, les personnes qui ont des handicaps invisibles ou visibles, la classe, l'âge, etc.).
- Reconnaître la problématique de la « cécité culturelle » (en traitant toutes les personnes de la même façon sans tenir compte de leurs origines, on continue de marginaliser les peuples autochtones) et faire des ajustements en conséquence.
- Reconnaître si vous faites, consciemment ou inconsciemment, des suppositions à l'égard des gens en vous fondant uniquement sur leurs origines culturelles, et utiliser des outils d'évaluation pour évaluer vos préjugés culturels.
- Comprendre que les comportements et le langage corporel peuvent avoir différentes significations dans différentes cultures (p. ex. le contact visuel, les poignées de main, attendre son tour pour parler, la valeur du silence, les processus décisionnels, émettre des sons pour exprimer la compréhension vs

⁵⁷ Rose Voyvodic, *Advancing the Justice Ethic Through Cultural Competence*, Faculty of Law, University of Windsor.

⁵⁸ Ces exemples sont tirés de quelques sources différentes : *A Guide to Infusing Cultural & Linguistic Competence in Health Promotion Training*, ed, National Center for Cultural Competence, Georgetown University Center for Child & Human Development; Rose Voyvodic, *Advancing the Justice Ethic Through Cultural Competence*, Faculty of Law, University of Windsor; Cynthia Pay, *Teaching Cultural Competency in Legal Clinics*, *Journal of Law and Social Policy* 23, 2014, p. 188-219. En ligne : <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/jlsp/vol23/iss1/12>.

émettre des sons pour exprimer son accord, la gestion du temps, les barrières linguistiques, les autres différences ou obstacles en matière de communication).

- En apprendre davantage sur l'incidence, individuelle ou collective, du système juridique sur la personne avec laquelle vous travaillez.
- Comprendre d'où provient toute réserve, méfiance, suspicion, attitude défensive, résistance, hésitation ou non-conformité, ou tout détachement.
- Soutenir l'établissement d'objectifs, de politiques et de pratiques en matière de compétence culturelle au sein de votre cabinet ou organisme, y compris pour les personnes autochtones.
- Être conscient des définitions et des dynamiques associés au racisme, à la discrimination et à l'oppression culturelle.
- Procéder à une autoévaluation de votre compétence culturelle.
- Nouer des liens avec les communautés afin de favoriser le transfert réciproque de connaissances et de compétences.
- Établir et maintenir des partenariats avec divers partenaires au sein de la profession.
- Réfléchir à vos propres opinions sur une question, une communauté ou un conflit autochtones.

2.3 Comprendre les relations autochtones

Les avocats doivent avoir une bonne compréhension de la nature unique et multidimensionnelle des relations autochtones qui existent parmi et entre les groupes de peuples autochtones, et au sein de ces groupes. Plus particulièrement, les avocats devraient porter une attention particulière aux expériences intersectionnelles lorsqu'ils représentent des femmes, des enfants et des aînés autochtones ainsi que des personnes autochtones bispirituelles.

Cette section fait un survol des aspects auxquels les avocats devraient porter une attention particulière pour chacun de ces groupes au sein des communautés autochtones et souligne les répercussions de la colonisation sur chacun de ces groupes.

2.3.1 Rôles et responsabilités

Dans de nombreuses communautés autochtones, la famille et les réseaux communautaires sont développés et maintenus au moyen d'un ensemble complexe et interrelié de rôles et de responsabilités envers la famille et la communauté qui incombent à chaque personne.

Les rôles et responsabilités des femmes, des enfants, des aînés et des personnes bispirituelles autochtones étaient souvent considérés comme différents, quoiqu'égaux, et

étaient souvent respectés. Cependant, au fil du temps, ces rôles ont été forcés de changer afin de s'aligner sur les valeurs européennes, modifiant donc les responsabilités correspondantes des membres de ces groupes envers les autres membres.

Nous donnons des exemples de ce phénomène ci-dessous.

2.3.1.1 Femmes autochtones

Le volume 4 de la CRPA, intitulé *Perspectives et réalités*, commence par une section nommée « Les femmes », ce que les commissaires ont justifié comme suit :

Pour les autochtones, la femme est à l'origine de tout — la vie, la création. Étant donné que tous les aspects du mandat de la Commission touchent fondamentalement les femmes et que celles-ci sont représentées dans toutes les perspectives cernées dans ce rapport, nous leur consacrons le premier chapitre. (p. 3)

Dans ce passage, la CRPA fait allusion au rôle important que jouaient les femmes dans les sociétés autochtones traditionnelles. Les femmes étaient considérées comme des contributrices essentielles et égales à l'économie, à la politique, à la vie sociale et à la culture dans leurs sociétés respectives. Dans bon nombre de sociétés, les femmes étaient au cœur des structures de gouvernance officielles — par exemple, dans les sociétés Haudenosaunee (Confédération iroquoise). Chez les Anichinabés, le rôle des femmes dans la gouvernance était moins officiel, mais tout aussi important. Cela contrastait vivement avec les attitudes et structures politiques coloniales qui excluaient délibérément les femmes de toutes origines.

Le rôle des femmes autochtones dans leurs familles et communautés respectives a été miné par les pensionnats indiens et les politiques assimilatrices de la *Loi sur les Indiens*. Les pensionnats ont séparé les enfants de leurs familles et les femmes autochtones se sont senties inadéquates et inaptes en tant que mères et protectrices. La *Loi sur les Indiens* a attaqué encore plus directement le rôle des femmes autochtones dans les sociétés autochtones en leur faisant perdre leur statut d'Indiennes et de membres de leurs communautés si elles épousaient un non-Indien, comme le prévoyait le fameux alinéa 12 (1) b).

Cependant, puisque « la femme est à l'origine de tout », la CRPA a également fait remarquer que les femmes joueront un rôle crucial dans la guérison des sociétés autochtones. Selon la CRPA :

La guérison est une question qui leur tient à cœur. En effet, elle permettra leur intégration à tous les aspects de la société autochtone. Pour beaucoup d'entre

elles, et pour de nombreux autochtones également, la guérison constitue un premier pas vers la reconstruction de leurs nations. (p. 3)

Les femmes autochtones sont au premier rang de la lutte concernant les enjeux sociaux, qu'il s'agisse des femmes et des filles disparues ou assassinées, ou des efforts pour renverser la surreprésentation des enfants autochtones dans le système de protection de la jeunesse. Elles sont également au premier rang des enjeux environnementaux en tant que gardiennes et protectrices de l'eau.

2.3.1.2 *Enfants autochtones*

De nombreuses cultures autochtones considèrent que les enfants sont le centre de leur univers. Le bien-être de l'enfant est primordial, tant pour l'enfant que pour la communauté. L'expression « il faut une communauté pour élever un enfant » était très vraie pour les sociétés autochtones.

Par exemple, comme l'a raconté le chef Robert Joseph dans son témoignage lors d'une audience du Tribunal canadien des droits de la personne, le peuple Kwakwaka'wakw organisait une cérémonie spéciale nommée *Heiltsu gula (ph)* pour les enfants de la communauté qui avaient atteint « 10 lunes » afin de les célébrer et de les accueillir en tant que membres permanents de leurs familles⁵⁹. D'autres communautés autochtones célèbrent d'autres types de cérémonies spécialement pour les enfants, comme la cérémonie du « Walking Out » ou des rites de passage qui visent également à accueillir officiellement les enfants dans leurs sociétés respectives et à les soutenir tout au long de leur cheminement vers l'âge adulte.

Ces cérémonies illustrent l'importance accordée aux enfants autochtones dans leurs communautés respectives. Compte tenu du nombre élevé d'enfants autochtones qui sont présentement pris en charge par le système de protection de l'enfance, il est important que les avocats situent la situation actuelle dans son contexte historique. Le chef Joseph l'explique bien :

[TRADUCTION] Et je crois également qu'il sera important, dans le contexte de notre discussion, de comprendre qu'il y avait des raisons, bien sûr, pour cette perte de capacité de prendre soin de nos enfants comme nous l'avons toujours fait auparavant et que l'arrivée des nouveaux venus sur notre Territoire, les pensionnats et la colonisation, en général, ont fait d'énormes dommages à nos familles et à nos communautés.

⁵⁹ Chef Bobby Joseph, témoignage devant le Tribunal canadien des droits de la personne, 13 janvier 2013, Ottawa, Ontario, transcriptions du volume 42, *SEFPN et al c Canada*

J'aimerais aussi dire que, malgré toutes ces choses qui ont été brisées et ces choses que nous ne pouvions plus faire pour nos enfants, nous les aimons tout de même très, très profondément et nous souhaitons encore ardemment nous donner les moyens d'élever nos enfants comme nous le voulons⁶⁰.

2.3.1.3 Aînés

Les peuples autochtones accordent une très grande importance à la sagesse, aux connaissances et aux points de vue des aînés.

L'âge ne fait pas nécessairement d'une personne un(e) « aîné [e] ». Les personnes autochtones âgées ne sont pas toutes considérées comme des aînés. Les aînés sont plutôt des personnes qui ont été reconnues par leur communauté, officiellement ou officieusement, pour leur profond savoir ou leurs connaissances spécialisées au sujet de leur communauté ou de la culture, de la langue, de l'histoire, des cérémonies, de la spiritualité, du territoire, des animaux, des plantes ou des pratiques médicinales d'une Nation. Ce ne sont pas tous les aînés qui savent tout ce qu'il y a à savoir sur chacun de ces éléments. Par exemple, certains aînés peuvent très bien connaître la langue et de l'histoire d'une communauté ou d'une Nation, mais ne pas connaître aussi bien les cérémonies et la spiritualité.

En tant que gardiens du savoir ancestral, les aînés autochtones sont considérés comme des acteurs clés dans la revitalisation des cultures et des sociétés autochtones et dans la réconciliation. L'aîné Robert Joseph, mentionné ci-dessus, en est un parfait exemple. Malgré ses terribles expériences dans un pensionnat indien, il est l'un des plus grands défenseurs du pardon et de la réconciliation.

L'importance des témoignages des aînés sera abordée plus amplement à la section 3.2.2.

2.3.1.4 Personnes autochtones qui s'identifient comme bispirituelles

Le terme « LGTBQ2S » est souvent utilisé pour désigner les personnes lesbiennes, gaies, transgenres, transsexuelles, bisexuelles, queers ou bispirituelles (2 S)⁶¹. Le terme « bispirituel » est un terme propre aux autochtones qui englobe un certain nombre d'identités et d'expressions sexuelles ou de genre. Ce n'est pas simplement un autre terme qui désigne les personnes LGBT autochtones. Ce terme reflète plutôt la fluidité de

⁶⁰ Chef Bobby Joseph, témoignage devant le Tribunal canadien des droits de la personne, 13 janvier 2013, Ottawa, Ontario, transcriptions du volume 42, *SEFPN et al c Canada*

⁶¹ <https://www.glaad.org/reference/transgender>.

la sexualité et de la diversité de genre au sein des cultures autochtones en lien avec la spiritualité et les visions traditionnelles du monde⁶².

Les personnes autochtones bispirituelles font souvent face à une marginalisation intersectionnelle au sein du système de justice⁶³. Elles sont souvent victimes de discrimination et de violence, non seulement dans la société canadienne en général, mais également dans les communautés autochtones qui ont perdu de vue leurs valeurs ancestrales. Le taux de suicide parmi les personnes bispirituelles est particulièrement élevé.

Les avocats devraient se familiariser avec ces termes et leur signification dans les communautés autochtones avec lesquelles ils travaillent. Des ressources communautaires sont disponibles à certains endroits et certaines ressources en ligne peuvent être consultées⁶⁴. De plus, les avocats doivent être conscients de l'incidence de l'identité ou de l'expression de genre ou sexuelle d'un client autochtone dans la situation pour laquelle il cherche à obtenir de l'aide.

2.3.2 Déracinement

Comme précédemment mentionné, la colonisation ainsi que l'introduction et l'imposition de valeurs occidentales aux communautés autochtones ont perturbé les façons de faire autochtones et ont fondamentalement changé la façon dont les peuples et personnes autochtones interagissaient entre eux.

Voici certains exemples de la façon dont les rôles et les responsabilités des personnes autochtones ont été perturbés.

Lorsque le Canada a promulgué la *Loi sur les Indiens*, il a créé une définition du terme « Indien » fondée [TRADUCTION] « sur la valeur des [Premières Nations] aux yeux du Nouveau Monde colonial⁶⁵. » La *Loi sur les Indiens* a eu pour effet de marginaliser les femmes des Premières Nations, de les dévaloriser⁶⁶ et de les dénigrer sur le plan

⁶² Organisation nationale de la santé autochtone, *Suicide Prevention and Two-Spirited People*, https://fnim.sehc.com/getmedia/da57be9c-b8bb-4b1d-8250-627d06210871/Suicide_Prevention_2Spirited_People_Guide_2012.pdf.aspx?ext=.pdf.

⁶³ <https://www.uvic.ca/law/assets/docs/ilru/Gender%20Inside%20Indigenous%20Law%20Toolkit%2001.01.16.pdf>.

⁶⁴ Egale Canada Human Rights Trust, *Two Spirits One Voice*, <https://egale.ca/portfolio/two-spirits-one-voice/>; TransCare BC Provincial Health Services Authority, *Two Spirit*, <http://www.phsa.ca/transcarebc/gender-basics-education/terms-concepts/two-spirit>.

⁶⁵ Lindberg, p 159

⁶⁶ Lindberg, p 160.

juridique⁶⁷, les rendant des [TRADUCTION] « des personnes secondaires, inférieures sur trois plans : inférieures aux hommes blancs, aux femmes blanches et aux hommes autochtones » et « juridiquement insignifiantes ».

Malheureusement, en raison d'un manque de compréhension historique et culturelle des expériences des femmes autochtones, la société canadienne tend à normaliser la violence envers les femmes autochtones tout en ignorant leur vulnérabilité, ce qui les rend [TRADUCTION] « relativement invisibles pour la société au sens large⁶⁸ ».

Les enjeux sociaux engendrés par le déracinement des femmes autochtones sont au cœur de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, laquelle vise à examiner les causes systémiques de la disparition et du meurtre des femmes et des filles autochtones⁶⁹. Les avocats qui veulent pratiquer le droit dans ce domaine doivent bien connaître ces questions.

En plus de leurs expériences négatives avec les organismes du maintien de l'ordre en général, les femmes autochtones ne sont pas aussi susceptibles de demander l'aide de la police, car elles craignent qu'on ne les croie pas, qu'on les arrête, qu'on leur enlève leurs enfants ou, dans des cas extrêmes, d'être agressées ou agressées sexuellement⁷⁰.

Parallèlement, le nombre de femmes autochtones incarcérées est disproportionné. Les personnes autochtones représentent environ 4 % de la population canadienne. De ce pourcentage, près de la moitié sont des femmes autochtones. Cependant, les femmes autochtones représentent environ 35 % du nombre de femmes incarcérées⁷¹ et ce nombre a augmenté de 109 % depuis 2001⁷².

Le déracinement a également affecté les personnes autochtones bispirituelles :

[TRADUCTION] En raison de la colonisation, les traditions des personnes bispirituelles ont été perdues ou cachées. Le résultat direct est que les personnes bispirituelles sont victimes de violence dans leurs propres communautés en raison de notre propre internalisation du racisme, de l'homophobie et de la transphobie. Les personnes bispirituelles sont souvent forcées de déménager dans les grandes

⁶⁷ Tracey Lindberg, *Critical Indigenous Legal Theory*, Bibliothèque et Archives Canada, 2008, p. 137. En ligne : <https://ruor.uottawa.ca/handle/10393/29478>, p. 158.

⁶⁸ Sheehy, p. 141-142.

⁶⁹ Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, <https://www.mmiwg-ffada.ca/fr/>.

⁷⁰ Sheehy, p. 142-143.

⁷¹ <http://www.cbc.ca/news/canada/thunder-bay/aboriginal-women-now-make-up-one-third-of-canadian-female-prison-population-1.3089050>.

⁷² https://www.vice.com/en_ca/article/5gj8vb/why-indigenous-women-are-canadas-fastest-growing-prison-population.

viles pour essayer de trouver une communauté plus accueillante et de bâtir des réseaux de soutien positifs. Cependant, les personnes bispirituelles font tout de même l'objet d'homophobie, de discrimination et de préjugés dans les centres urbains et font face à d'autres problèmes, comme le racisme. Le fait d'être déconnectées de leur famille, de leur communauté et de leur culture, conjugué à l'homophobie, à la transphobie et à la discrimination dont les personnes bispirituelles font l'objet, fait des personnes spirituelles des personnes à risque, particulièrement les jeunes⁷³.

Bon nombre des aînés d'aujourd'hui ont également été affectés par le déracinement en tant que survivants des pensionnats indiens ou en conséquence des politiques de la *Loi sur les Indiens*. Selon le Rapport final de la CVR :

Le processus d'assimilation a bafoué le droit légitime des parents, des grands-parents et des aînés à être les porteurs de la mémoire collective, qui opère le transfert de la culture, de la langue et de l'identité d'une génération à l'autre⁷⁴.

Les répercussions sur les aînés et les femmes autochtones ont à leur tour eu des répercussions sur les enfants, comme l'a indiqué la CVR :

[TRADUCTION] Les pensionnats ont privé les enfants de l'accès à leurs enseignements culturels et spirituels et ont perturbé les rôles traditionnels des femmes en tant que « mères, grands-mères, soignantes, protectrices, enseignantes et chefs de famille⁷⁵ ».

2.3.3 Réconciliation des rôles

Les avocats qui travaillent avec des personnes autochtones doivent être conscients de l'intersectionnalité de leur expérience. Il est important que les avocats qui interagissent avec des femmes, des enfants, des aînés, des personnes bispirituelles et des personnes handicapées autochtones, ou représentent ou défendent les droits et intérêts de telles personnes, comprennent les incidences politiques et historiques plus larges ainsi que les incidences juridiques.

Les avocats et les juges doivent essayer de comprendre les contextes et l'intersectionnalité, et de pallier les nombreux préjugés envers ces personnes dans le système de justice. Même si les options sont limitées en raison des ressources communautaires disponibles, des faits particuliers d'une affaire ou d'autres raisons, les

⁷³ Ontario Federation of Indigenous Friendship Centres, *Two Spirit Aboriginal People, Building Inclusive Communities: Honour Life, End Violence*, <http://Kanawayhitowin.ca>.

⁷⁴ CVR, *Sommaire*, p. 271.

⁷⁵ CVR, v5, p. 259.

avocats devront travailler en partenariat avec les peuples et communautés autochtones pour trouver des solutions créatives et compenser les héritages juridiques négatifs.

Plus important encore, comme l'a fait remarquer la CRPA et comme l'a renforcé la CVR, malgré les enjeux sociaux auxquels font face les femmes, les enfants, les aînés et les communautés autochtones, la guérison et la réconciliation sont des thèmes dominants et des raisons d'être optimistes. Les avocats doivent être conscients de ces tendances positives lorsqu'ils font face à des réalités difficiles. Les avocats peuvent jouer un rôle important dans le processus de guérison et de réconciliation en faisant preuve d'ouverture, de compréhension et de respect et en démontrant leur volonté d'aider.

2.4 Comprendre les différences linguistiques

2.4.1 Tour d'horizon géographique des langues autochtones au Canada

Pour plusieurs raisons coloniales et pratiques, il est difficile de savoir exactement combien de langues autochtones sont parlées au Canada. Nous nous sommes fondés sur les données du recensement pour répondre à cette question. Cependant, il importe de remarquer que de nombreux peuples autochtones ne participent pas aux recensements fédéraux et que les différences au sein des dialectes compliquent les choses, comme l'illustrent les nombreux désaccords sur les classifications.

Selon le Recensement de la population du Canada en 2011, on trouve au Canada 60 langues autochtones regroupées en 12 familles linguistiques. Près de 213 400 personnes ont déclaré qu'elles parlent principalement ou régulièrement une langue autochtone à la maison.

En Ontario, trois principales langues autochtones sont parlées : le mohawk, le cri et l'anichinabé/ojibwé. Les Mohawks font partie de la Confédération Haudenosaunee (Six Nations) et leur langue fait partie de la famille des langues iroquoiennes, laquelle comprend également le seneca, le cayuga, l'oneida, l'onondaga et le tuscarora.

L'autre principale langue autochtone parlée en Ontario est l'algonquin. La famille des langues algonquiennes est l'une des plus importantes familles linguistiques au Canada. Elle comprend le cri, l'ojobwé/anichinabé, l'innu/montagnais et l'oji-cri. On trouve des personnes qui parlent une langue algonquienne partout au Canada, que ce soit l'anichinabé/ojibwé et le cri en Ontario, au Manitoba, en Saskatchewan, en Alberta et au Québec; l'oji-cri en Ontario et au Manitoba; ou l'innu/montagnais et l'attikamek au Québec. Certaines collectivités « algonquines » des Premières Nations font partie de la famille linguistique « algonquienne ». Leurs territoires ancestraux chevauchent la frontière entre l'Ontario et le Québec et comprennent des régions comme Ottawa et la Colline du Parlement. Les langues algonquiennes comprennent également le micmac,

lequel est parlé par des communautés situées principalement en Nouvelle-Écosse ou au Nouveau-Brunswick, et le pied-noir, principalement parlé en Alberta.

L'inuktitut est la langue inuite la plus parlée. Elle inspire l'Inuit Qaujimajatuqangit⁷⁶. Les gens qui parlent l'inuktitut habitent principalement au Nunavut, au Labrador et au Québec. On trouve également une importante population inuvialuite dans les Territoires du Nord-Ouest. Les Inuvialuits sont un groupe inuit qui parlent l'inuvialuktun, un dialecte de l'inuktitut.

Dans les Territoires du Nord-Ouest et le nord des Prairies, la famille linguistique la plus importante est la famille des langues athapascanes. Ces langues (comme le chippewyan) sont parlées par les peuples Dénés, lesquels comprennent les Gwich'in, les Sahtu Dene, les Tłı̨chǫ, les Deh Cho (South Slavey) et les peuples de l'Akaįtcho visés par le Traité n° 8.

Le michif, la langue traditionnelle des Métis, est principalement parlé en Saskatchewan, au Manitoba et en Alberta.

Les Premières Nations du Yukon parlent principalement des langues athapascanes ou tlingites.

À elle seule, la Colombie-Britannique compte plus de 30 langues autochtones différentes.

Il importe de remarquer que certaines langues autochtones sont connues ou désignées sous plus d'un nom. Parfois, les locuteurs utilisent plus d'un nom pour désigner leur langue ou des noms ont été assignés par des personnes qui ne font pas partie du groupe linguistique. Par exemple, les gens qui parlent l'ojibwé utilisent l'appellation « anishinaabemowin » pour désigner leur langue.

De plus, bon nombre de langues parlées comportent plusieurs dialectes. Par exemple, on trouve au moins une dizaine de variantes dialectiques de l'anishinaabemowin parlées dans de nombreuses communautés du centre du Canada et aux États-Unis. La prononciation, le vocabulaire, l'orthographe et la grammaire varient d'un dialecte à l'autre et au sein de chaque dialecte, et les différences peuvent être si importantes que deux personnes qui parlent l'anishinaabemowin n'arrivent même pas à se comprendre.

2.4.2 Langue et culture

La langue est l'un des principaux moyens de transmission de la culture et des connaissances culturelles. Cela peut comprendre les lieux, l'histoire, la spiritualité, mais

⁷⁶ Terme utilisé pour désigner les connaissances traditionnelles inuites, ce qui comprend les enseignements qui orientent la façon de vivre des Inuits.

devrait être plus généralement vu comme une vision du monde cohésive. Cette vision du monde englobe la façon dont une personne voit et comprend le monde.

Par conséquent, la langue va au-delà des simples mots utilisés pour décrire un concept commun ou universel. La langue incarne plutôt des façons uniques de penser et d'être dans le monde. Comprendre une langue autochtone ou parler avec un client dans votre propre langue maternelle (comme l'anglais ou le français) n'est pas nécessairement un gage de compréhension commune. Même en parlant la même langue, il est facile de mal interpréter la signification.

Il est essentiel que les avocats évitent de porter des jugements préalables et n'aient pas de préjugés culturels lorsqu'ils se penchent sur des questions linguistiques pour des parties autochtones. Il faut garder à l'esprit les différences culturelles et la grande diversité.

2.4.3 L'interprétation compétente

Bien sûr, l'interprétation compétente n'est pas seulement importante lors des interactions des personnes autochtones avec le système de justice. C'est un enjeu continu pour tous les intervenants du système de justice dans l'ensemble du secteur de la justice (notamment les services policiers et correctionnels, les tribunaux, les organismes gouvernementaux et communautaires, et les cabinets d'avocats). L'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit que l'interprétation de la langue d'origine doit « concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ».

Les avocats doivent s'assurer que les interprètes ont les qualifications requises. Tout interprète devrait être mis en garde contre la possibilité de mal interpréter un élément de preuve, de résumer de façon inappropriée une preuve ou un témoignage, ou de ne pas traduire les arguments juridiques avec précision. La plupart des langues autochtones sont imagées et de nombreux concepts et termes ne sont pas traduisibles. Il peut parfois être nécessaire que le témoin et l'interprète aient une discussion afin qu'une question ou une réponse soit traduite correctement. Cette discussion est utile à la condition que ce soit expliqué pendant le processus. L'incapacité de fournir une interprétation adéquate peut engendrer des injustices, comme cela est déjà arrivé, et ébranler le respect envers le système de justice.

Dans toute affaire, en plus de veiller à la compétence de l'interprète, l'avocat doit aussi protéger l'interprète en salle d'audience et ailleurs. Selon l'expérience de ceux qui ont travaillé avec des interprètes, il est très éprouvant de faire de l'interprétation pendant plus de 40 minutes et des pauses sont nécessaires. De plus, une rémunération adéquate est essentielle pour travailler avec des interprètes qui ont les qualifications nécessaires.

Les services d'interprétation ne sont pas seulement nécessaires pour les instances judiciaires. Ils peuvent également être nécessaires pour les réunions de bande, les audiences administratives, les réunions de conseils scolaires et la signature de documents.

En général, il est préférable de ne pas recourir à des membres de la famille pour jouer le rôle d'interprètes. Outre la problématique des partis pris, cela engendre également des problèmes en matière de confidentialité et quant à la qualité de la traduction. Cela étant dit, dans certains cas, un aîné peut fournir de l'aide et du soutien, et peut également jouer le rôle d'interprète.

2.5 Comprendre la relation entre les peuples autochtones et le Canada

Cette section ne fournit qu'une très brève introduction à certains des aspects importants de la relation entre les peuples autochtones et le Canada. Elle ne se veut pas un guide complet sur la façon de développer la compétence culturelle. Pour commencer à comprendre la relation entre les peuples autochtones et le Canada, il est utile de se pencher sur le contexte historique de cette relation. Nous présentons ci-dessous un aperçu de certains jalons qui sous-tendent la relation du Canada avec les peuples autochtones⁷⁷.

2.5.1 La Proclamation royale (1763)

La Proclamation royale de 1763 a été émise par le roi George III afin d'établir les éléments fondamentaux de la relation entre les peuples autochtones et la Couronne.

La Proclamation se voulait une reconnaissance officielle par la Couronne des droits préexistants des peuples autochtones sur le territoire. La Proclamation exigeait que la Couronne [TRADUCTION] « transige avec [les peuples autochtones] et obtiennent leur consentement avant d'occuper leurs territoires »⁷⁸. La Proclamation soutenait que les peuples autochtones détenaient le titre sur les terres qui n'avaient pas été cédées et que de telles terres devaient être cédées volontairement à la Couronne par voie de traité avant que les colons britanniques puissent les occuper⁷⁹. Cependant, on a fait remarquer

⁷⁷ Cette liste de traités n'est pas exhaustive. Elle met plutôt en relief certains traités qui ont influencé la relation entre les peuples autochtones et le Canada. Nous vous encourageons à examiner les autres traités et les dispositions constitutionnelles et légales qui pourraient s'appliquer selon les particularités géographiques, politiques, culturelles et autres de chaque affaire. Par exemple, les premiers traités de paix et d'amitié ne figurent pas dans cette liste, mais ils se fondaient sur une relation entre les peuples autochtones et les colons européens qui n'impliquait pas la renonciation aux droits ancestraux. Pour de plus amples renseignements, voir : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100028574/1529354437231>.

⁷⁸ La très honorable Beverly McLachlin, P.C., juge en chef du Canada, *Aboriginal peoples and Reconciliation*, 2003, 9 *Canterbury L. Rev.* 240.

⁷⁹ Thomas Isaac, *Aboriginal Law*, 5^e édition, Toronto, Thompson Reuters Canada Limited, 2016, p. 67.

que la Proclamation contenait également des passages qui ne concordaient pas avec la compréhension qu'avaient les peuples autochtones de leur relation avec la Couronne⁸⁰. Par conséquent, bien que la Proclamation semblait renforcer les droits des peuples autochtones sur leur territoire, elle ouvrait également la porte à l'érosion de ces droits en accordant aux Britanniques un droit de « domination » et de « souveraineté » sur les territoires autochtones⁸¹.

2.5.2 Le Traité du Niagara (1764)

Le Traité du Niagara a été conclu en juillet et en août 1764, un an après la Proclamation royale. Le Traité du Niagara souvent considéré comme le pendant de la Proclamation. Le Traité a été conclu lors d'une rencontre nation à nation entre le surintendant des affaires indiennes et au moins 24 Premières Nations⁸². Pendant la rencontre, la Proclamation a été présentée à des fins d'affirmation et a été acceptée par les Premières Nations⁸³. Une ceinture wampum témoigne de cette rencontre en 1764 entre la Couronne et diverses nations autochtones. Pour les Haudenosaunee, la ceinture wampum à deux rangées, ou guswenta, confectionnée au cours du siècle précédent dans le cadre d'un pacte avec les Hollandais, est gage de paix et d'amitié, et on y voit deux vaisseaux qui naviguent sur la même rivière ensemble, se respectant l'un et l'autre sans tenter de diriger le vaisseau de l'autre⁸⁴. La ceinture wampum à deux rangées fait partie intégrante du Traité de Niagara et de la Proclamation royale et est une indication importante des intentions des peuples autochtones du Canada à ce moment-là.

2.5.3 La Loi constitutionnelle de 1867 et la Loi sur les Indiens

Le par. 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* se lit comme suit :

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité

⁸⁰ John Borrows, *Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government*, dans Michael Asch, éditeur, « Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference », Vancouver, University of British Columbia Press, 1997, 155.

⁸¹ Borrows.

⁸² Borrows.

⁸³ Borrows.

⁸⁴ Borrows.

législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

24. Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens.

En vertu de cette rubrique de compétence constitutionnelle, la législature a adopté la *Loi sur les Indiens* en 1876. La *Loi sur les Indiens* régit comment le Canada interagit avec les Premières Nations. Elle a été modifiée à plusieurs reprises⁸⁵. Elle demeure un exemple flagrant et controversé des attitudes coloniales envers les peuples autochtones, mais elle est encore en vigueur.

Mis à part la compétence fédérale énoncée au par. 91 (24), l'application des lois et règlements provinciaux aux peuples et aux biens autochtones fait souvent l'objet de litiges et dépasse également la portée du présent guide.

2.5.4 Les Traités Robinson (1850) et les Traités numérotés (1871-1921)

Aux termes de la Proclamation royale, les peuples autochtones détenaient des droits permanents sur leurs terres, sauf lorsque les terres avaient été volontairement partagées ou cédées. En 1850, la province du Canada a conclu deux traités majeurs visant des territoires situés au nord des lacs Huron et Supérieur. Ces traités sont connus sous les noms de Traité Robinson-Huron et de Traité Robinson-Supérieur. Entre les années 1871 et 1921, le Canada a conclu une série de traités visant la cession ou le partage de territoires afin d'ouvrir la voie pour la colonisation et le développement de ces territoires⁸⁶. La Couronne a négocié 11 traités couvrant le nord et l'ouest de l'Ontario ainsi que trois provinces des Prairies (Alberta, Saskatchewan et Manitoba) et les Territoires du Nord-Ouest⁸⁷.

Pour comprendre l'histoire autochtone, il faut connaître les traités et savoir quel traité s'applique à la région où vit une personne. Tous les Traités numérotés contiennent des clauses similaires, comme la création de terres de réserve et le droit de continuer de chasser et de pêcher sur les terres inoccupées de la Couronne en échange de titres ancestraux, d'allocations pour l'éducation et d'une allocation annuelle pour l'achat de munitions⁸⁸. On dit que de nombreux chefs autochtones ont signé des traités pour

⁸⁵ En ce qui concerne la *Loi sur les Indiens*, voir plus particulièrement : *St. Ann's Island Shooting And Fishing Club v The King*, [1950] SCR 211 (qui soutient que les «Indiens» sont des pupilles de l'État et que le gouvernement du Canada est responsable d'eux); et *Tyendinaga Mohawk Council v Brant*, 2014 ONCA 565 (concernant les restrictions et le statut spécial qui s'appliquent aux Indiens et à leurs terres de réserve).

⁸⁶ Encyclopédie canadienne, *Traités numérotés*, par Michelle Filice, 2016, <http://encyclopediecanadienne.ca/fr/article/numbered-treaties/>.

⁸⁷ Traités numérotés.

⁸⁸ Isaac, à la p. 156.

s'adapter à la destruction de leurs économies traditionnelles (notamment la décimation des populations de bisons dans les Prairies)⁸⁹. Il y a eu plusieurs différends au sujet des termes utilisés dans les Traités numérotés. Par exemple, certains ont fait valoir que les chefs autochtones n'avaient pas réellement accepté des termes comme « cession » ou « renonciation »⁹⁰ puisque les versions verbales des traités différaient des versions écrites et que les points de vue européen et autochtone de la notion de territoire étaient différents, et qu'il est peu probable que les chefs autochtones comprenaient réellement la signification et les implications de termes juridiques comme « cession » ou « renonciation »⁹¹. Ainsi, comme la Proclamation royale, certains estiment que les Traités numérotés ont érodé les droits des peuples autochtones au lieu que de les respecter⁹².

2.5.5 La politique indienne du gouvernement du Canada (Livre blanc sur la politique indienne, 1969)

En 1963, le gouvernement fédéral canadien a chargé Harry B. Hawthorn, anthropologue de l'Université de la Colombie-Britannique, d'étudier la situation socioéconomique de la population autochtone. En 1966, il a publié son rapport intitulé *Étude sur les Indiens contemporains du Canada – Besoins et mesures d'ordre économique, politique et éducatif*. Le rapport conclut que les peuples autochtones du Canada font partie des groupes les plus marginalisés et désavantagés au Canada. Il utilise le terme « citizens minus » (moins que citoyens) pour les décrire.

Hawthorne impute cela à des années de mauvaises politiques gouvernementales, particulièrement le système des pensionnats, lequel n'a pas réussi à donner aux élèves les compétences nécessaires pour réussir dans l'économie moderne. Hawthorne avance que tous les programmes d'assimilation forcée, comme les pensionnats, devraient être abolis et que les personnes autochtones devraient être considérées comme des « citizens plus » (citoyens avantagés) et qu'on leur donne les occasions et les ressources nécessaires pour disposer d'eux-mêmes.

À la suite de consultations avec des dirigeants autochtones, le gouvernement fédéral a publié le Papier blanc en juin 1969. Le Papier blanc de 1969 était un projet de politique canadienne présenté par le premier ministre Pierre Trudeau et le ministre des Affaires

⁸⁹ Traités numérotés.

⁹⁰ Traités numérotés.

⁹¹ Pour un bon survol de certaines divergences de compréhension entre les Autochtones et les colonisateurs relativement aux traités numérotés, voir Michael Asch, *From Terra Nullius to Affirmation: Reconciling Aboriginal Rights with the Canadian Constitution*, 17 No. 2 Revue canadienne de droit et société 23.

⁹² En ce qui concerne les différends au sujet des termes, voir, p. ex., *Re Paulette*, [1973] 6 WWR 97 – sous-nom : *Paulette c Canada (registreur de titres)* (No. 2) 42 DLR (3d) 8 (NWTSC).

indiennes, Jean Chrétien. Le Papier blanc proposait d'abolir la *Loi sur les Indiens* sous prétexte que cela favoriserait l'égalité entre tous les Canadiens.

Le Papier blanc a été catégoriquement rejeté par les Premières Nations, en partie parce qu'il ne prévoyait aucune mesure pour reconnaître et honorer les droits spéciaux des Premières Nations ni pour reconnaître et se pencher sur les griefs historiques comme les titres fonciers et les droits ancestraux et issus de traités ou faciliter la participation véritable des Autochtones à l'élaboration de politiques canadiennes. Aux yeux des peuples autochtones, cet énoncé de politique était le point culminant de l'objectif de longue date du Canada d'assimiler les Autochtones. Plusieurs Premières Nations se sont regroupées pour formuler une réponse à laquelle on a donné le nom de « The Red Paper » (le papier rouge). Le Papier blanc a été abandonné en 1970 en raison du nombre de dirigeants autochtones qui s'y opposaient.

2.5.6 Les articles 25 et 35 de la Loi constitutionnelle de 1982

L'article 35 est considéré comme la reconnaissance et la confirmation des droits spéciaux des peuples autochtones en général et de leurs cultures distinctives⁹³. L'article confirme que l'acquisition par la Couronne de territoires nord-américains était régie par un principe de continuité selon lequel [TRADUCTION] « les droits de propriété, les lois coutumières et les institutions gouvernementales des peuples autochtones sont présumés survivre dans la mesure où cela est compatible avec le titre de propriété qui est, en dernier ressort, détenu par la Couronne, sous réserve des dispositions légales à l'effet contraire⁹⁴. »

Dans un certain nombre d'arrêts, la Cour suprême du Canada a établi la signification et l'importance de reconnaître et de confirmer sur le plan constitutionnel les droits ancestraux et issus de traités conférés par le par. 35 (1). Ces arrêts confirment également que les droits ancestraux existent en common law. Toute loi ou décision ou tout acte fédéral ou provincial qui porte atteinte aux droits ancestraux et issus de traités peut faire l'objet d'une contestation sur le plan constitutionnel. Cependant, une fois que l'atteinte a été établie, la Couronne a l'occasion de démontrer que la loi, l'acte ou la décision est justifié⁹⁵.

Aux termes de l'article 25, les garanties conférées par la *Charte* (articles 1 à 34) ne peuvent pas porter atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, ce qui comprend les droits reconnus par la Proclamation royale (1763).

⁹³ Isaac, p. 3.

⁹⁴ Menno Boldt & J. Anthony Long, *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 118.

⁹⁵ *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 au para 65.

En 1984, dans *Guerin c La Reine*⁹⁶, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il existe une relation fiduciaire entre les Premières Nations et la Couronne. Nous discuterons plus amplement de cette affaire à la section 4.2 ci-dessous.

2.5.7 Accord sur les revendications territoriales du Nunavut (1993)

L'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut (ARTN) a été signé en mai 1993 et a mené à la *Loi sur le Nunavut*, L.C., 1993, ch. 28⁹⁷. L'ARTN est un accord important à bien des égards. Par exemple, l'ARTN, qui s'applique à un territoire de 1,9 million de kilomètres carrés, est la plus importante revendication territoriale de l'histoire du Canada⁹⁸. De plus, l'ARTN a fait du Nunavut un territoire séparé doté de sa propre assemblée législative et de son propre gouvernement public, une première au Canada⁹⁹.

Les négociations qui ont mené à l'établissement de l'ARTN se sont étendues sur 20 années et les mandats de quatre premiers ministres. Ces négociations exhaustives ont permis aux négociateurs inuits d'atteindre leur objectif, soit l'établissement d'un gouvernement distinct et d'un territoire distinct¹⁰⁰. En contrepartie d'un gouvernement distinct, d'un territoire distinct, d'une participation conjointe aux conseils de gestion, de fonds d'indemnisation et de l'élaboration de programmes pour les Inuits, les Inuits ont convenu de renoncer à toute revendication à titre de peuple autochtone, à tout droit et titre ancestraux, et à tout intérêt dans les terres canadiennes, et à ne pas formuler de revendications fondées sur ces intérêts¹⁰¹. L'accord se penche également sur un éventail de sujets, notamment les ressources fauniques, l'exploitation des ressources, les terres, l'eau et les régimes environnementaux, les aires de conservations et les ressources patrimoniales¹⁰².

2.5.8 Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007), approuvée par le Canada (2010)

La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) a été adoptée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies le

⁹⁶ *Guerin c The Queen* [1984] 2 RCS 335.

⁹⁷ Accord sur les revendications territoriales du Nunavut promulgué par la *Loi sur l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, L.C. 1993, ch. 29.

⁹⁸ *Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*.

⁹⁹ "Nunavut Land Claims Agreement Turns Twenty – 10 Fast Facts", *Working Effectively with Indigenous Peoples*, 9 juillet 2013, <https://www.ictinc.ca/blog/nunavut-land-claims-agreement-turns-twenty-10-fast-facts>.

¹⁰⁰ "Nunavut Land Claims Agreement Turns Twenty – 10 Fast Facts".

¹⁰¹ Isaac, p. 186-190.

¹⁰² Comme nous l'avons indiqué, cette liste de traités et d'accords est fournie à titre illustratif et n'est aucunement exhaustive.

13 septembre 2007¹⁰³. Ce document international décrit les droits et libertés fondamentales des Autochtones partout dans le monde et fournit des lignes directrices pour favoriser des relations harmonieuses et de coopération fondées sur les principes de l'égalité, du partenariat, de la bonne foi et du respect mutuel. La déclaration aborde des questions telles que la culture, l'identité, la religion, la langue, la santé, l'éducation et la communauté.

La Déclaration a été adoptée avec une majorité de 144 États. Quatre États (notamment le Canada) ont voté contre. Toutefois, en tant que déclaration de l'Assemblée générale, il ne s'agit pas d'un instrument juridiquement contraignant en droit international. En novembre 2010, le Canada a publié un Énoncé d'appui dans lequel il indique qu'il soutient les principes énoncés dans la DNUDPA¹⁰⁴, mais ce n'est qu'en mai 2016 que le Canada a officiellement retiré son statut d'objecteur à la Déclaration¹⁰⁵.

2.6 Comprendre les incidences des principales directives juridiques

La présente section résume les principales directives juridiques concernant les droits des peuples autochtones au Canada. Nous y fournissons également une liste de sources supplémentaires qui pourraient être utiles lorsque vous faites des recherches sur une question de droit autochtone.

2.6.1 Protections constitutionnelles

Certaines des principales protections constitutionnelles conférées aux peuples autochtones sont citées dans les ressources fournies à la **section 4.1 ci-dessous**.

2.6.2 Grands arrêts

Il existe maintenant toute une série de directives judiciaires qui sont essentielles à la compréhension le cadre juridique autochtone. Vous trouverez un résumé de ces questions et affaires dans les ressources fournies à la **section 4.2 ci-dessous**.

¹⁰³ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, AG Rés. 61/295, UN GAOR, 61^e session, 107^e séance plénière, UN Doc A/RES/61/295 (13 septembre 2007). Voir aussi : https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_F_web.pdf.

¹⁰⁴ Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Affaires autochtones et du Nord Canada, 12 novembre 2010 <https://rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1309374239861/1621701138904>.

¹⁰⁵ Affaires autochtones et du Nord Canada.

2.6.3 Sources non judiciaires

Plusieurs sources non judiciaires sont également importantes pour mieux comprendre le cadre juridique autochtone. Vous trouverez une liste de ces sources à la **section 4.3 ci-dessous**.

3 METTRE LES APPRENTISSAGES EN PRATIQUE

3.1 Rencontres, entretiens et dialogue

3.1.1 Le rôle des avocats dans le système de justice sera nouveau pour de nombreuses parties autochtones et pourrait susciter une certaine méfiance

Lorsqu'ils travaillent avec des personnes et communautés autochtones, les avocats doivent être conscients de la façon dont les circonstances et l'histoire uniques des peuples autochtones peuvent influencer sur leur compréhension du système de justice en général et sur leurs attitudes à l'égard du système de justice et des personnes qui travaillent en son sein.

Par exemple, il se peut que les communautés autochtones affichent une certaine méfiance envers le système de justice puisque, historiquement, les institutions juridiques ont été utilisées comme moyen de coloniser les terres, les peuples et les communautés autochtones. Jonathan Rudin, directeur de programme au sein d'Aboriginal Legal Services, fait remarquer que [TRADUCTION] « en tant qu'avocat non autochtone [...], vous devez comprendre que, même si vous vous voyez comme son défenseur, votre client autochtone peut plutôt vous voir comme “un autre intervenant du système” »¹⁰⁶. Au Canada, les juges des faits ne sont presque jamais des personnes autochtones¹⁰⁷. La Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba¹⁰⁸ a mis cette tension en relief dans son rapport final :

[TRADUCTION] Pour les peuples autochtones, le principal problème est que le système de justice canadien est un système étranger qui leur est imposé. Pour qu'une société accepte un système de justice comme faisant partie de sa vie et de sa communauté, elle doit estimer que le système est une influence positive qui est au service de sa société et elle doit en faire une telle expérience. Les peuples autochtones ne sont pas de cet avis¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Nora Rock, *Providing high-quality service to Indigenous clients*, LawPRO Magazine, volume 15, numéro 1, p. 12, <https://www.practicepro.ca/wp-content/uploads/2017/06/2016-01-high-quality-service-indigenous-clients.pdf>.

¹⁰⁷ Pour davantage de contexte, voir : *R c Kokopenace*, 2015 CSC 28.

¹⁰⁸ Pour consulter le rapport final en ligne : <http://www.ajic.mb.ca/volume.html>.

¹⁰⁹ *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba: The Justice System and Aboriginal People*, vol. 1, chapitre 7, Winnipeg, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.

L'honorable Murray Sinclair a déclaré ce qui suit au sujet de la méfiance des peuples autochtones envers le système de justice :

[TRADUCTION] Des milliers d'enfants autochtones ont été emprisonnés à tort dans des établissements au pays alors que leur seul crime était d'être autochtones. Cela soulève les mêmes sentiments de justice et d'injustice envers notre système de justice que ceux que pourraient ressentir les personnes qui ont été déclarées coupables à tort et cela suscite la même méfiance... envers l'exercice du pouvoir discrétionnaire, les agents de police, les avocats de la défense, le système juridique, les juges, les tribunaux. Les survivants des pensionnats ont fait les mêmes commentaires et exprimé les mêmes sentiments¹¹⁰.

En revanche, dans certains cas, il se peut que les personnes autochtones affichent une confiance démesurée à l'égard des avocats. Le fait de porter un complet peut être considéré comme un signe d'autorité incontestable.

David Nahwegahbow, avocat de la Première Nation de Whitefish River et associé du cabinet d'avocats Nahwegahbow Corbiere situé à Rama, en Ontario, indique qu'il est particulièrement important pour les avocats non autochtones de comprendre que les valeurs et perspectives des clients autochtones peuvent différer fondamentalement des leurs¹¹¹. Effectivement, les normes opérationnelles du système de justice canadien sont souvent incompatibles avec les valeurs, visions du monde et traditions juridiques de nombreuses communautés autochtones. Par exemple, en 1996, la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA), a fait remarquer que : « Bon nombre des bandes estiment que l'appareil judiciaire existant correspond à une réalité extérieure, qu'il est moins un mécanisme de protection que l'instrument répressif d'un système juridique étranger et inadapté à leurs besoins¹¹². »

La nature accusatoire du système de justice et, par extension, le rôle conventionnel des avocats est souvent incompatible avec les valeurs et les traditions juridiques de nombreuses communautés autochtones, lesquelles utilisent souvent des approches plus conciliantes pour résoudre les conflits. Bon nombre de peuples autochtones ne

¹¹⁰ Murray Sinclair, *Not One of Us: Wrongly Accused and the Role of Bias* (conférence présentée lors du congrès d'Innove Canada intitulé Back to the Future: Looking Back to the Past to Change the Future, 23 novembre 2013), <https://vimeo.com/96210810>.

¹¹¹ Nora Rock, *Providing high-quality service to Indigenous clients*, LawPRO Magazine, volume 15, numéro 1, p. 12, <https://www.practicepro.ca/wp-content/uploads/2017/06/2016-01-high-quality-service-indigenous-clients.pdf>.

¹¹² Commission royale sur les peuples autochtones, Rapport final (ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1996), vol. 1, p. 267, <http://www.bac-lac.gc.ca/fra/decouvrez/patrimoine-autochtone/commission-royale-peuples-autochtones/Pages/rapport.aspx>.

comprennent pas le système accusatoire et n'en voient pas non plus les bénéfices. Les avocats doivent donc être conscients des valeurs culturelles de leurs clients autochtones, expliquer le but des approches accusatoires lorsqu'elles sont nécessaires, et obtenir le consentement de leurs clients pour adopter de telles stratégies afin de protéger leurs intérêts juridiques tout en respectant également leurs valeurs culturelles et en s'assurant de ne pas compromettre encore plus l'expérience des clients autochtones avec le système de justice¹¹³.

Le document *Communicating Effectively with Indigenous Clients*, publié par les *Aboriginal Legal Services* est utile pour trouver des conseils sur des techniques de communication efficace.

3.1.2 Prendre le temps nécessaire pour expliquer votre rôle et faire preuve d'empathie

Comme c'est le cas avec chaque client, il est important de prendre le temps d'expliquer au client quels sont ses droits dans le cadre de la relation avocat-client. Le concept des « services juridiques axés sur le client » devrait être au premier plan afin de jeter les bases qui permettront à la personne autochtone de prendre des décisions juridiques bien éclairées de façon autonome. L'avocat doit expliquer ses obligations professionnelles au client (p. ex. le secret professionnel de l'avocat, y compris le devoir de loyauté et de confidentialité) et lui préciser qu'il a le droit de connaître les détails des honoraires et des paiements. Dans le cas des clients qui habitent dans les régions nordiques et éloignées, il peut être rare, difficile ou coûteux de tenir des réunions en personnes. Dans le cas des clients qui n'ont pas accès à des technologies de communication fiables, les communications régulières par téléphone ou vidéo peuvent également être rares, difficiles ou coûteuses. Dans tous les cas, les avocats devraient réfléchir à la meilleure façon d'établir un bon rapport de confiance et d'offrir des conseils et des directives efficaces.

Tout en aidant les clients autochtones à s'y retrouver dans le système juridique, il est important que les avocats soient conscients du fait que de nombreux peuples autochtones ont peut-être eu des expériences négatives avec le système juridique par le passé, y compris avec leurs propres avocats. Les avocats devraient essayer de déterminer quels sont les valeurs, sentiments et attentes des clients en s'enquérant de leur expérience antérieure du système juridique et de leur compréhension de celui-ci¹¹⁴. Afin d'éviter de victimiser de nouveau des clients qui peuvent avoir eu des expériences

¹¹³ Nora Rock, *Providing high-quality service to Indigenous clients*, LawPRO Magazine, volume 15, numéro 1, p. 12, <https://www.practicepro.ca/wp-content/uploads/2017/06/2016-01-high-quality-service-indigenous-clients.pdf>.

¹¹⁴ Nora Rock, *Providing high-quality service to Indigenous clients*, LawPRO Magazine, volume 15, numéro 1, p. 7-9, <https://www.practicepro.ca/wp-content/uploads/2017/06/2016-01-high-quality-service-indigenous-clients.pdf>.

négatives, les avocats devraient prendre le temps d'expliquer les différentes étapes du processus, y compris les rôles des divers participants au système de justice afin que les clients soient bien informés et à l'aise avec l'évolution de leur affaire juridique. Par exemple, les avocats devraient indiquer qu'à titre de conseillers juridiques, leur rôle consiste à défendre les droits et intérêts du client et à servir et protéger les intérêts juridiques des clients¹¹⁵.

La mesure dans laquelle il est nécessaire d'expliquer le système de justice et le rôle de l'avocat dépendra beaucoup des circonstances et du degré de sophistication du client en question. Par exemple, dans le cas d'un client issu d'une communauté éloignée qui parle principalement ou uniquement une langue autochtone traditionnelle, il peut être nécessaire d'expliquer davantage le rôle de l'avocat que dans le cas d'un représentant d'une collectivité affluente dotée d'une infrastructure d'affaires plus développée qui a possiblement plus d'expérience avec les questions juridiques. Les personnes autochtones pourraient également être d'avis qu'il existe deux systèmes de justice différents au Canada et que la loi canadienne n'est pas la loi autochtone. De plus, lorsqu'il y a des barrières linguistiques potentielles, il pourrait être nécessaire de faire appel à un interprète pour veiller à ce que les clients comprennent bien leurs droits juridiques, leurs options, la gravité et les conséquences possibles de leurs problèmes juridiques, et le rôle de l'avocat et du système de justice dans la résolution de leurs problèmes. Dans tous les cas, les avocats doivent faire preuve de patience, d'empathie et de respect envers les besoins et circonstances uniques de leurs clients. Prévoyez et prenez le temps nécessaire pour élaborer un plan pour le litige et l'ordre du jour des rencontres.

Il est important de comprendre que la confiance et la cadence jouent un rôle clé dans le contact initial avec le client. Il est également important de prendre quelques minutes pour comprendre de quelle communauté ou Nation provient le client, ce qui vous aidera à gagner sa confiance. Il est important que l'avocat veille à ce que son client sache qu'il peut avec toute confiance s'identifier comme membre des Premières Nations, Inuit ou Métis (bon nombre de clients ne le font pas par crainte d'écoper d'une peine plus sévère). L'avocat doit également informer son client de ses droits aux termes de l'arrêt *R c Gladue* (discuté ci-dessous) et vérifier la compréhension du client (sans faire de suppositions). L'avocat doit également faire attention lorsqu'il ouvre de vieilles blessures découlant de traumatismes intergénérationnels et systématiques, et réaliser que le client pourrait avoir besoin d'aide pour mettre un point à ce chapitre après des interrogatoires traumatisants ou intensifs.

¹¹⁵ Pour des orientations supplémentaires, voir les Lignes directrices du Barreau de l'Ontario visant les avocats agissant dans des causes portant sur les pensionnats autochtones : https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/users/alzner/lruc.guidelines_for_lawyers_amended_feb_2012.pdf.

Le concept de l'« anglais autochtone » peut également avoir une incidence sur la capacité de l'avocat à comprendre et à servir efficacement le client. Amanda Carling, qui cite un passage de la D^{re} Lorna Fadden, examine ce concept :

[TRADUCTION] Les comportements conversationnels typiques des locuteurs autochtones canadiens, soit leur préférence pour le laconisme, peuvent donner à la police et plus tard, aux jurys, l'impression que les suspects autochtones ne se défendent pas ou semblent involontairement peu dignes de confiance, ou qu'ils tentent de dissimuler de l'information... Il est raisonnable de supposer que, si les membres de la profession juridique et du jury ne sont pas conscients que les Autochtones tendent vers le laconisme, les suspects autochtones seront désavantagés par rapport aux suspects non autochtones dans une enquête¹¹⁶.

Il peut être important de déterminer si un aîné serait utile ou nécessaire pour fournir de l'aide et du soutien.

3.1.3 Comment nouer le dialogue avec une communauté autochtone

Comme précédemment mentionné, les peuples et communautés autochtones ne sont pas monolithiques et les avocats doivent donc être sensibles à chaque affaire, client et communauté et être disposés à adopter des approches souples pour répondre aux besoins des clients, par exemple :

- Prenez le temps de vous renseigner et de faire des recherches sur la communauté pertinente.
- Évitez de faire des suppositions et des généralisations ou de prêter des objectifs au client.
- Prenez des mesures appropriées pour déterminer adéquatement quelles sont les attentes du client et soyez conscients des valeurs et des traditions de cette communauté lorsque vous élaborez des stratégies juridiques.
- En raison de la nature collective des droits ancestraux, il est important que les avocats fassent preuve de diligence raisonnable dans les affaires de revendication puisque l'issue de ces affaires peut avoir des incidences de plus grande portée sur d'autres détenteurs de droits, au-delà des intérêts précis des clients.
- Les avocats doivent également déterminer quelles sont les structures de gouvernance présentes dans la communauté autochtone et comprendre l'interaction (et les conflits potentiels) entre la gouvernance exercée par le conseil de bande (p. ex. aux termes de la *Loi sur les Indiens*) et la gouvernance exercée par les organismes de gouvernance historiques.

¹¹⁶ Amanda Carling, *A Way to Reduce Indigenous Overrepresentation: Prevent False Guilty Plea Wrongful Convictions*, 2017 64 C.L.Q. 415.

- Connaissez votre client. Le client est-il la personne ou la bande? Qui donne les directives? Si l'avocat est embauché par une bande, il peut être nécessaire d'obtenir des résolutions du conseil.
- Étudiez les options locales dès le début. Par exemple, dans le cas des affaires criminelles instruites dans des tribunaux itinérants, il pourrait y avoir des « journées préalables » dans la communauté (souvent, la journée avant la séance du tribunal) qui sont une bonne occasion d'en apprendre davantage et de se renseigner¹¹⁷. Les interprètes judiciaires, en plus de traduire la langue, sont souvent une bonne source d'information culturelle et de conseils.
- Ralentissez. Observez et posez des questions. Si cela est nécessaire, consultez d'autres avocats qui ont plus d'expérience avec les questions et les nuances culturelles pertinentes ou d'autres experts dans le domaine.
- Faites montre de respect pour la communauté et votre client. Particulièrement si vous ne faites pas partie de la communauté, reconnaissez que vous êtes un invité. Vos paroles et vos actions seront remarquées. Comme l'a conseillé un aîné : [TRADUCTION] « Regardez deux fois, parlez une fois. »

3.1.4 En apprendre davantage sur les origines autochtones

Lorsque vous demandez à un client quelles sont ses origines, gardez à l'esprit qu'un client autochtone pourrait hésiter à répondre à la question « êtes-vous Autochtone ? » La façon dont un client s'identifie est une question délicate et le terme « autochtone » peut être menaçant pour certains clients. Certains clients peuvent hésiter à adopter le terme « Autochtone » parce que cela leur a attiré des ennuis dans le passé. Comme l'indique LawPRO, la compagnie d'assurances juridique de l'Ontario :

[TRADUCTION] Jonathan Rudin des Aboriginal Legal Services of Toronto (ALST) explique que certains clients peuvent hésiter à dire qu'ils sont Autochtones. « Pour beaucoup, le fait d'être identifié comme personne autochtone n'a pas été un avantage dans leur vie jusqu'à présent. » Les clients peuvent également se montrer méfiants envers les motifs d'un avocat qui semble trop curieux. « La question doit être posée de façon indirecte », conseille Rudin, « et l'avocat doit expliquer pourquoi il pose la question¹¹⁸ ».

Par exemple, l'avocat devrait dire au client : « La situation dont nous discutons s'est produite près d'Ohsweken, laquelle, d'après ce que je peux comprendre, est une communauté autochtone. Connaissez-vous Ohsweken? » Pour utiliser cette méthode, il faut poser des questions indirectes afin de se faire une idée de la réponse que le client

¹¹⁷ Pour mettre les choses en contexte, à l'automne 2017, des tribunaux itinérants étaient offerts à environ 30 endroits dans le nord de l'Ontario, et à beaucoup d'autres endroits au pays.

¹¹⁸ Nora Rock, *Providing high-quality service to Indigenous clients*, LawPRO Magazine, volume 15, numéro 1, p. 12, <https://www.practicepro.ca/wp-content/uploads/2017/06/2016-01-high-quality-service-indigenous-clients.pdf>.

pourrait être réticent à donner, mais cette méthode peut être suivie d'une question directe, laquelle devrait être posée de façon respectueuse une fois qu'un climat de confiance a été établi entre l'avocat et le client. Par exemple, « Selon notre discussion, il semble que vous ayez des liens étroits avec Ohsweken. Pourrais-je vous demander quelles sont vos origines ? » Certes, plusieurs suppositions sont faites dans ces exemples, comme le fait que l'avocat sache qu'Ohsweken est une communauté haudenosaunee, mais il serait important que l'avocat fasse des recherches préliminaires sur les origines autochtones possibles du client s'il a des raisons de croire qu'il pourrait exister un lien. Par exemple, il se peut que le client ait fourni son adresse à l'avocat et que ce dernier ait constaté que le client habite près d'Ohsweken. Dans le même ordre d'idées, le nom du client peut laisser entrevoir de possibles origines autochtones. Ce type de préparation, poussée également par la curiosité de l'avocat, fait partie du développement de la compétence culturelle.

Dans les cas où l'avocat a eu l'occasion de se renseigner au préalable sur les origines de son client et a établi un lien de confiance mutuelle, un simple « vous identifiez-vous comme membre des Premières Nations ? », « vous identifiez-vous en tant qu'Inuit(e) ? » ou « vous identifiez-vous en tant que Métis(se) ? » est une approche sécuritaire et acceptée. Prenez note que certains clients déclareront qu'ils sont des Indiens inscrits ou non inscrits et que certains clients indiqueront qu'ils ne s'identifient pas comme Autochtones parce qu'ils ne se considèrent pas comme des personnes traditionnelles ou parce qu'ils pratiquent une autre religion.

Si le client est ouvert et indique sans détour qu'il est Autochtone, l'avocat peut prendre le temps nécessaire pour discuter avec le client de ses origines autochtones tout en gardant à l'esprit qu'il est seulement justifié d'en parler davantage si le fait d'être Autochtone est pertinent pour l'affaire en question. Si cela est pertinent, l'avocat devrait poser des questions ciblées dans le but de recueillir les renseignements dont il a besoin pour servir le client. Avant de poser des questions, l'avocat devrait demander au client s'il est à l'aise de parler de ses origines autochtones et préciser au client que leur discussion est protégée par le secret professionnel de l'avocat.

En général, la plupart des personnes autochtones préfèrent qu'on les identifie au moyen du nom de leur Nation ou de leur communauté. Pour poursuivre l'exemple ci-dessus, le client pourrait répondre : « Oui, je suis Autochtone, mais je préfère Mohawk ». Le client pourrait également répondre : « Oui, je suis Autochtone, mais je préfère Kanien'kehá:ka ». L'avocat non autochtone qui n'a jamais entendu la langue du client devrait lui demander, de façon respectueuse : « Vous semblez avoir utilisé un mot dans votre langue. De quelle langue s'agit-il ? » Une question de suivi typique et tentante, mais qu'il faut éviter, est « parlez-vous couramment votre langue ? », parce que cette question est souvent non pertinente et que la maîtrise de certaines langues autochtones n'est pas répandue. En d'autres mots, cette question pourrait engendrer une réponse émotionnelle négative. Si la question (« parlez-vous couramment ») est une question pertinente (p. ex.

VERSION POUR PUBLICATION – 8 mai 2018

Prière d'envoyer vos commentaires à policy@advocates.ca.

pour déterminer s'il sera nécessaire de faire appel à un traducteur), l'avocat devrait faire preuve d'empathie et démontrer qu'il est conscient des efforts déployés dans le passé par les gouvernements coloniaux pour tenter d'éradiquer la langue autochtone. Il faut garder à l'esprit que de nombreuses communautés autochtones encouragent leurs membres à utiliser leur langue tous les jours.

Une fois que l'avocat a établi le lien entre le client et une communauté autochtone, il peut être utile de demander le nom de famille du client. « Est-ce que vos deux parents sont Kanien'kehá:ka ? Quel est votre nom de famille ? » L'avocat pourrait demander au client de simplement confirmer le nom qu'il a fourni plus tôt. Cependant, une autre raison de poser cette question est que le client pourrait avoir un nom de famille différent dans sa langue autochtone. Par exemple, le client peut donner une réponse en anglais (« Mon nom de famille est _____ ») ou fournir son nom de famille dans sa propre langue. Encore une fois, c'est la même réponse. L'avocat pourrait demander au client « Est-ce que _____ dans votre langue signifie _____ en anglais ? » pour confirmer que les deux réponses correspondent au nom de famille.

De nombreuses personnes autochtones utilisent leur nom anglais et c'est ce qui figure sur leur permis de conduire, leur certificat de naissance, etc., mais leur « vrai » nom (leur nom d'origine) est dans une langue autochtone. Il est très possible que le prénom et le nom de famille soient dans une langue autochtone. Cependant, habituellement, seul le nom de famille est dans une langue autochtone. Il importe de remarquer que les membres des communautés autochtones, surtout dans les communautés des Premières Nations, connaissent habituellement le « vrai » nom des personnes qui y vivent ou qui sont originaires de ces communautés, ce qui signifie que, dans le cas des personnes appartenant à une communauté autochtone, il est généralement connu que le nom anglophone et le nom autochtone désignent la même famille. Pour un avocat non autochtone, cela peut porter à confusion, et il est donc recommandé de prendre note des deux noms si cela est pertinent et de prendre note des directives et de la préférence du client quant au nom à utiliser. Il est également essentiel de prendre note de tous les noms utilisés par un client afin d'effectuer des recherches documentaires ou toute autre recherche. Quoi qu'il en soit, l'avocat a généralement l'obligation, aux termes des lois ou règlements provinciaux ou territoriaux, de déterminer tous les noms sous lesquels le client est ou a été connu.

Une fois que le client a fourni son nom de famille, il peut être utile de demander le nom de sa communauté familiale. Les communautés autochtones ont tendance à avoir plusieurs noms de famille dominants. Il est donc fort possible que le nom de famille du client soit répandu dans sa communauté. Il peut être utile pour l'avocat de demander au client : « votre nom de famille est _____. Quelle est l'importance de cette famille dans votre communauté ? », tout en gardant à l'esprit que les personnes autochtones habitent dans des réserves et hors réserves, et que la plupart habitent hors réserve dans des régions urbaines. Il est important d'éviter de présumer que la famille d'un client est

VERSION POUR PUBLICATION – 8 mai 2018

Prière d'envoyer vos commentaires à policy@advocates.ca.

confinée à une région en particulier. Il est possible que l'avocat non autochtone ne soit pas familier avec les noms de famille dominants dans la communauté. Il est donc utile de demander, de façon respectueuse, quels sont les noms des parents et des grands-parents du client pour éviter des erreurs d'identification.

Une fois que l'avocat a déterminé l'identité, le nom et la communauté du client, si un lien de confiance solide a été établi, le client pourrait avoir envie de fournir d'autres informations culturelles à son égard, comme certains événements importants de son historique familial ou de son clan ou des renseignements particuliers et importants au sujet de sa communauté, notamment si elle fait partie d'un traité. Il est possible que le client fournisse de tels renseignements à l'avocat sans que l'avocat les demande. Dans de telles circonstances, il est préférable d'éviter de prendre des notes et de tout simplement parler avec le client, de le laisser parler, parce que le client tente de partager quelque chose de spécial avec l'avocat qu'il ne serait pas enclin à partager en temps normal. L'écoute active est un grand atout dans de telles situations. Pendant ces types d'entretiens, l'avocat pourrait aussi faire un enregistrement audio pouvant être converti en format texte. Quoi qu'il en soit, l'avocat devrait rédiger une note qui sera consignée au dossier après l'entretien avec le client et y indiquer si la communauté du client est partie à un traité.

3.1.5 Comprendre qu'il peut être nécessaire d'adapter les pratiques utilisées pour les entretiens avec les clients

Il peut être nécessaire d'adapter les pratiques utilisées pour les entretiens avec les clients autochtones en raison des considérations spéciales dont les avocats doivent tenir compte lorsqu'ils représentent des clients et des communautés autochtones en particulier. Par exemple, un nombre disproportionné de personnes autochtones n'ont pas de cartes d'identité avec photo. Par conséquent, les avocats doivent parfois se fonder sur d'autres types de documents pour vérifier l'identité d'un nouveau client et s'acquitter des obligations professionnelles énoncées dans le code de déontologie de leur barreau provincial.

De plus, les avocats doivent garder à l'esprit les valeurs et perspectives uniques que peuvent avoir les clients autochtones et la façon dont ces éléments culturels peuvent influencer le comportement des clients. Par exemple, la Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a relevé quelques aspects du système accusatoire canadien qui sont incompatibles avec de nombreuses valeurs culturelles autochtones :

[TRADUCTION] Les systèmes de valeur de la plupart des sociétés autochtones tiennent en haute estime les principes interreliés de l'autonomie et de la liberté individuelles, en accord avec la préservation des relations et de l'harmonie communautaires, le respect des autres êtres humains (et non humains), la

réticence à critiquer les autres ou à interférer dans la vie des autres, et l'évitement de la confrontation et des conflits¹¹⁹.

Par conséquent, les valeurs culturelles des clients autochtones peuvent influencer le type d'information qu'ils sont à l'aise de divulguer, même à un avocat, et les types de stratégies juridiques qu'ils sont à l'aise ou non d'adopter. Lorsque vous recueillez des renseignements auprès d'un client autochtone, soyez conscient des valeurs culturelles du client et naviguez ces eaux prudemment et avec respect.

Lorsque vous travaillez avec des clients autochtones, il pourrait être nécessaire d'adapter les techniques d'entretien. Les techniques d'entretien courantes comprennent ce qui suit :

1) Questions ouvertes (p. ex. « *Comment puis-je vous aider ?* ou « *Que me vaut votre visite ici aujourd'hui ?* »)

D'entrée de jeu, expliquez le processus d'entretien et demandez au client s'il est à l'aise avec le processus avant de commencer (et s'il ne l'est pas, indiquez au client qu'il est important pour vous de l'accommoder du mieux que vous pouvez). Il peut également être utile de dire au client que s'il devient mal à l'aise pendant l'entretien pour quelque raison que ce soit, de ne pas hésiter à vous le faire savoir puisque l'entretien est censé être un espace sûr entre l'avocat et le client. Vous devez aider les clients autochtones à comprendre le processus judiciaire et les défis associés à la fatigue qui peut s'installer lors des procédures judiciaires.

Les questions ouvertes sont larges de nature et sont utilisées pour établir le sujet de la conversation. Elles permettent au client de discuter du sujet et de fournir l'information qu'il estime pertinente. Vous devriez écouter attentivement les réponses du client puisqu'elles peuvent donner des indices de ses attentes et de ses priorités. Vous devriez également être très attentif à la communication non verbale, comme l'attitude du client, son ton de voix et son langage corporel, puisqu'elle peut vous donner une idée du degré de confort du client avec la question ou le processus d'entretien en général. Soyez conscient de l'incidence des facteurs culturels, comme la réticence à interférer dans la vie des autres ou à critiquer les autres, sur le comportement du client et sur l'information qu'il est à l'aise de fournir à ce stade. Lorsque le client est réticent à fournir de l'information, rappelez-lui que votre rôle est de le défendre et rassurez-le que votre rôle est de protéger ses intérêts juridiques.

Il importe également de réaliser que la communication non verbale peut être mal interprétée d'un point de vue non autochtone. Prenons par exemple le contact visuel, un

¹¹⁹ *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba: The Justice System and Aboriginal People*, vol 1, chapitre 2, Winnipeg, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991. Pour consulter le rapport final en ligne : <http://www.ajic.mb.ca/volume.html>.

exemple courant. De nombreuses personnes autochtones sont réticentes à établir et à maintenir le contact visuel pendant un entretien ou une interaction. Cela peut être interprété de plusieurs façons par une personne non autochtone, y compris, par exemple, comme un manque de respect ou d'intérêt. Cependant, dans de nombreuses traditions autochtones, le contact visuel soutenu est considéré comme irrespectueux et le fait d'éviter le contact visuel peut être une façon non verbale de faire preuve de respect. Dans le même ordre d'idées, il est possible que les clients autochtones aient des règles et des protocoles qui régissent la façon dont ils parlent des personnes décédées, des membres de leur famille ou de la politique communautaire. L'avocat devrait être conscient de ces protocoles culturels et de leur incidence sur l'information qu'un client autochtone peut être prêt à fournir pendant le processus d'entretien.

2) Questions exploratoires (p. ex. « *Que s'est-il passé ensuite ?* » ou « *Pourquoi dites-vous cela ?* »)

Les questions exploratoires sont utilisées pour encourager un client à approfondir un sujet. L'avocat peut également les utiliser pour résumer et tester ce qu'il croit être les sentiments ou les problèmes du client et encourager le client à fournir des clarifications, par exemple, en commençant les questions par « il semble que vous... » ou « je crois comprendre que vous... ». Des énoncés encourageants, comme « je vois » ou « continuez, je vous écoute » peuvent aider les clients à se sentir encore plus à l'aise et les encourager à continuer de fournir de l'information.

Bien que les questions exploratoires soient utiles pour obtenir ou clarifier des renseignements, évitez de dominer la discussion ou d'être autoritaire. Par exemple, prenez soin de ne pas interrompre un client autochtone puisqu'il pourrait se replier et devenir plus passif. De la même façon, les clients autochtones peuvent être réticents à interrompre l'avocat pour faire ou clarifier un point. La façon la plus efficace de recueillir de l'information est de permettre aux clients autochtones de parler et de fournir de l'information à leur propre rythme. Par exemple, les personnes non autochtones sont souvent mal à l'aise lorsqu'il y a des périodes de silence pendant la conversation – beaucoup plus que les personnes autochtones. Pour mettre les clients autochtones à l'aise et favoriser un échange plus productif, résistez à l'instinct de remplir les moments de silence.

3) Questions ciblées ou fermées (p. ex. « *À quel moment cela s'est-il produit ?* »)

Les questions ciblées sont utilisées pour obtenir des renseignements plus précis (c.-à-d. pour clarifier des détails ou confirmer des faits) puisqu'elles restreignent le sujet de la discussion. Cependant, ces questions doivent être utilisées judicieusement et avec prudence puisqu'elles peuvent encourager les clients à adopter une attitude passive. Par

VERSION POUR PUBLICATION – 8 mai 2018

Prière d'envoyer vos commentaires à policy@advocates.ca.

exemple, si vous posez une série de questions ciblées, le client pourrait croire que vous ne vous intéressez qu'à ses réponses à des questions spécifiques, ce qui pourrait le dissuader de fournir activement de l'information. Ce risque peut être plus élevé avec les clients autochtones qui sont déjà réticents à fournir certains renseignements jugés tabous, comme des renseignements qui sont critiques envers d'autres personnes ou qui pourraient mener à une confrontation. Utilisez les questions ciblées adéquatement, comme pour clarifier des faits au besoin, tout en encourageant votre client à participer activement au processus d'entretien.

4) Questions suggestives (p. ex. « *Ce n'était pas ce que vous vouliez, n'est-ce pas ?* »)

Une question suggestive est une question qui incite la personne à répondre d'une certaine façon. Utilisez les questions suggestives avec prudence puisqu'elles encouragent également le client à adopter une attitude passive et qu'elles risquent de générer des renseignements incorrects, notamment si le client a l'impression qu'il est simplement plus facile de se dire d'accord avec ce que vous suggérez plutôt que d'exprimer son désaccord. Ce risque est particulièrement présent dans le cas de clients autochtones qui cherchent à éviter la confrontation ou des positions excessivement assertives en raison des normes et valeurs culturelles de leur communauté.

3.1.6 L'avocat en tant qu'avocat adverse

Les avocats doivent non seulement être conscients de leurs obligations professionnelles lorsqu'ils travaillent avec des clients autochtones, mais également lorsqu'ils jouent le rôle d'avocat adverse contre des parties autochtones. Les avocats doivent faire preuve de civilité et de professionnalisme lorsqu'ils travaillent avec des personnes autochtones et tenir compte des considérations relatives à la réconciliation et à l'accès à la justice. Les avocats devraient envisager la possibilité de permettre les témoignages par vidéo et des ajournements dans certains cas, tenir compte des difficultés propres aux parties situées dans des régions éloignées et éviter de soulever des questions de procédure infondées. En tant qu'avocat, vous devez respecter votre rôle d'agent de la cour et éviter les comportements qui pourraient décourager les parties de faire appel au système de justice. Il n'est pas nécessaire que la défense des droits et des intérêts soit toujours adversative.

Il est particulièrement important que les avocats de la Couronne comprennent les obligations de l'avocat à titre d'avocat adverse lorsque des parties autochtones sont concernées. Les affaires concernant des parties autochtones peuvent se rapporter à des situations juridiques très délicates, comme des affaires de droit criminel, de droit de la famille ou des revendications territoriales. La section 3.2 ci-dessous, qui porte sur les considérations relatives à la preuve et, plus particulièrement, les mesures

d'accommodement discutées à la section 3.2.4, seront utiles pour les avocats de la Couronne qui doivent interagir avec des parties autochtones.

3.2 Adapter le droit de la preuve

3.2.1 Principes clés en matière de preuve et comment prouver le bienfondé de votre cause

Les grands arrêts et autres directives décrits à la section précédente font intervenir ou proposent plusieurs principes clés pour les instances judiciaires fondées sur la preuve qui concernent des parties et des revendications autochtones :

- les règles de preuve doivent faciliter, et non entraver la justice;
- parfois, le strict respect des règles de preuve est improductif;
- il se peut que l'on doive adapter les règles de preuve afin que les perspectives autochtones soient dûment prises en compte;
- pour parvenir à la réconciliation, les revendications particulières des peuples autochtones doivent être traitées.

Les rouages et les tactiques du processus judiciaire ne reflètent pas toujours ces principes. Compte tenu de la nature complexe et historique de nombreuses revendications autochtones, l'instance judiciaire qui en découle peut être proportionnellement complexe ainsi que longue, couteuse et inaccessible. Contrairement aux directives judiciaires et aux principes présentés ci-dessus, dans certains cas, l'effet pratique a été d'augmenter le fardeau (de la preuve et autre) pour les demandeurs autochtones, le rendant presque inatteignable. À titre d'exemple, dans *Tsilhqot'in Nation c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, pour la première fois dans l'histoire du Canada, la Cour suprême du Canada a accordé à l'unanimité une déclaration de titre ancestral sur des terres hors réserve. Cependant, les demandeurs et le système de justice en général ont payé un prix élevé pour ce résultat. Avant le début de la longue procédure d'appel, le procès s'est échelonné sur cinq ans et 339 jours de preuve et d'observations, aboutissant dans une décision de première instance de 473 pages. Plus de 35 avocats ont intercédé dans l'affaire.

Il est justifié de se demander si de longues procédures judiciaires aident à atteindre les objectifs de la réconciliation. Nous encourageons les avocats à garder les principes susmentionnés à l'esprit et, le cas échéant, à prendre les mesures nécessaires pour veiller à ce qu'ils soient pris en compte.

3.2.2 Comprendre le rôle et l'importance des récits oraux et de la preuve présentée par les aînés

Les récits oraux et les témoignages des aînés sont essentiels pour comprendre l'histoire du point de vue des peuples autochtones par rapport à leurs cultures et à leurs terres ancestrales. Les documents historiques archivés et les rapports scientifiques, dans leurs formes classiques, fournissent la base du dossier documentaire de l'instance judiciaire, mais il reste des vides importants dans la représentation de l'expérience autochtone. En raison des visions eurocentriques des représentants du gouvernement et des historiens au tournant du siècle, les récits oraux et les témoignages des aînés sont devenus essentiels pour combler les vides dans l'histoire écrite. Certaines histoires autochtones n'étaient jamais censées être écrites. Les récits oraux sont également importants en raison de l'inexistence de documents officiels (p. ex. naissance, mariage, adresses). Les avocats doivent apprendre quels sont les protocoles culturels pour parler avec les gardiens des connaissances traditionnelles et respecter ces protocoles, et ils doivent comprendre quelles sont leurs responsabilités une fois qu'on leur a confié de telles connaissances¹²⁰.

On en sait peu sur une grande partie de la perspective autochtone de l'histoire, surtout de la période précontact et du début des années 1900, puisque les connaissances traditionnelles sont principales transmises de génération en génération sous forme orale¹²¹. L'histoire orale a été décrite comme [TRADUCTION] « [...] l'histoire culturelle et les connaissances spirituelles non écrites qui sont transmises par les membres de la famille et de la communauté aux autres au fil du temps...¹²² ». Cela a également été décrit comme [TRADUCTION] « un système cohérent et indéfini pour bâtir et transmettre le savoir ¹²³ ». Les traditions orales peuvent comprendre : les contes, le discours politique, les cérémonies, les chants, les prières, les enseignements et les conversations quotidiennes.

Les aînés sont les principaux détenteurs des connaissances nécessaires pour savoir quelle est la perspective des communautés sur le déroulement des événements et quelles sont les pratiques traditionnelles d'un groupe autochtone en particulier. On ne saurait donc trop insister sur l'importance des témoignages des aînés et des récits oraux

¹²⁰ Par exemple, voir la politique du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest sur le savoir traditionnel : <http://www.enr.gov.nt.ca/en/services/traditional-knowledge>.

¹²¹ Voir Darwin Hanna, *Oral Traditions: Practical Considerations for Communities in Light of the Delgamuukw Decision*, Assemblée des Premières Nations, 2000. Voir également Darwin Hanna, *Appropriation of Aboriginal Oral Traditions*, University of British Columbia Law Review Special, n° 165, 1995.

¹²² Leigh Ogsten, éditeur, *Researching the Indian Land Question in B.C.: An Introduction to Research Strategies & Archival Research for Band Researchers*, Vancouver, Union of British Columbia Indian Chiefs, 1998, section 6.01 (non publié).

¹²³ Voir Bruce Granville Miller, *Oral History on Trial: Recognizing Aboriginal Narratives in the Courts*, UBC Press, 2011, p. 12.

dans la recherche de la vérité et de la justice. Les aînés sont les membres les plus vénérés de leurs communautés et ils ont su protéger les connaissances et les histoires de leurs ancêtres qui sont transmises depuis des siècles.

Il importe de remarquer que les traditions et l'histoire orales ne s'appliquent pas à tous les groupes autochtones et que chaque groupe est distinct des autres. La région, la topographie, les trajets migratoires des animaux, la flore et la faune indigènes, et les mouvements historiques du groupe sont tous des aspects interreliés de façon complexe au territoire et à l'environnement du groupe. Cette notion est sans doute mieux décrite comme suit :

[TRADUCTION] Les perspectives et récits des Premières Nations relativement aux traités traduisent une compréhension qui est fondamentalement une relation de confiance sacrée fondée sur le point de vue des peuples autochtones en ce qui a trait à la Création [de] l'univers, des terres et des territoires, et des eaux, avec des sites ou des points de connexion spéciaux dans la région ou les territoires et qui constitue un système équilibré et ordonné¹²⁴.

Les tribunaux ont reconnu l'importance de l'histoire orale et des témoignages des aînés. Cela a mené à un certain nombre d'initiatives efficaces pour aider la magistrature et les avocats en droit autochtone à préparer, à utiliser et à apprécier ce type de preuve.

Par exemple, la Cour fédérale du Canada a reconnu qu'il faut apprécier les témoignages des aînés et les récits oraux à la lumière des règles de preuve et des procédures établies par les *Règles des Cours fédérales*. Le Comité de liaison entre la magistrature, l'Association du Barreau autochtone et le Barreau en droit des autochtones a été créé par des membres de la magistrature de la Cour fédérale et des avocats en droit autochtone en vue d'élaborer des lignes directrices qui seraient appliquées par la Cour dans les instances autochtones. Les principes directeurs prévoient que les *Règles des Cours fédérales* doivent être appliquées de façon souple. De plus, les principes directeurs exigent que les règles de procédure soient adaptées pour bien tenir compte de la perspective autochtone et veiller à ce que les aînés qui témoignent soient traités avec respect et à ce que l'approche à l'égard du témoignage des aînés soit fondée sur la dignité, le respect et la sensibilité¹²⁵.

De plus, les lois récentes concernant les droits issus de traités et les revendications relatives aux droits ancestraux ont également reconnu l'importance du témoignage des

¹²⁴ Irene Linklater, *Treaty Reconciliation — Kiiway — Dibamahdiiwin*, mémoire présenté lors de la Conférence sur le droit des autochtones de l'Association du Barreau canadien, Winnipeg, 28 avril 2011 (non publié).

¹²⁵ Cour fédérale – Comité de liaison entre la Cour fédérale et le barreau en droit des autochtones, *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, Cour fédérale du Canada, 16 octobre 2012.

ainés et des récits oraux. Le Tribunal des revendications particulières, constitué en vertu de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* (L. C. 2008, ch. 22), reconnaît qu'il y a va de l'intérêt de tous les Canadiens de régler les revendications particulières des Premières Nations afin de favoriser la réconciliation entre les Premières Nations et la Couronne. La réconciliation exige que les tribunaux trouvent des façons de rendre les règles de procédure pertinentes pour la perspective autochtone et d'obtenir des éléments de preuve utiles, fiables et équitables afin que le tribunal puisse examiner de façon exhaustive tous les éléments de preuve des deux parties et prendre une décision sur les questions en litige.

Les *Règles des Cours fédérales* orientent la procédure dans les instances relatives à des revendications particulières. Aux termes de l'article 5 des *Règles de procédure du Tribunal des revendications particulières*, lorsque les règles de procédure ne sont pas prévues dans les règlements, les *Règles des Cours fédérales* peuvent être appliquées pour combler tout vide¹²⁶. De plus, il est devenu pratique courante que les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones* soient acceptées par toutes les parties en tant que directives dans les instances du Tribunal des revendications particulières. Plus particulièrement, les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones* sont souvent acceptées dans le contexte de la planification de la procédure d'audience pour les témoignages des aînés et les récits oraux, y compris la préparation, la présentation, l'examen et le traitement de cette preuve.

3.2.3 Comprendre qu'il faut accorder un poids approprié à la perspective autochtone et faire preuve de souplesse quant à son admissibilité

Dans les années 1990, les tribunaux ont commencé à tenter de guider officiellement les juges sur la façon de recevoir les récits oraux et les témoignages des aînés, sur le poids à lui accorder et sur l'admissibilité de ce type de preuve. Jusqu'à ce point, les règles de preuve écartaient souvent ce type de preuve, la considérant comme des oui-dires ou comme peu fiable comparativement aux formes conventionnelles de preuve historique. Par conséquent, peu de poids, voire aucun poids, n'était accordé à la preuve établissant la perspective autochtone qui était présentée par des personnes autochtones.

La Cour suprême du Canada a cherché à commencer de redresser cette situation à la fin des années 1990. Dans *R c. Van der Peet*, la Cour s'est attaquée aux notions divergentes relativement à la preuve historique et au fait que les règles de preuve existantes étaient incompatibles avec l'appréciation de la preuve fournie selon la perspective autochtone. La Cour a ordonné aux tribunaux inférieurs de « tenir compte des difficultés inhérentes à l'examen des affaires concernant des revendications

¹²⁶ DORS/2011-119, art. 5.

autochtones » lorsqu'ils appliquent des règles de preuve à la preuve par histoire orale et aux témoignages des aînés¹²⁷. De plus, la Cour a déclaré que les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à ce type de preuve.

Dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, la Cour suprême du Canada est allée encore plus loin pour considérer comme valides et utiles la preuve par histoire orale et les témoignages des aînés pour analyser les revendications autochtones. La Cour a reconnu que les communautés autochtones ne consignaient pas leurs coutumes, pratiques et traditions par écrit et que les tribunaux doivent accepter les récits oraux des sociétés autochtones¹²⁸. La Cour a souligné que les perspectives autochtones fournies au moyen de récits oraux et de témoignages des aînés doivent être placées « sur un pied d'égalité » avec les différents types de preuve historique :

Malgré les problèmes que crée l'utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques, le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être placé sur un pied d'égalité avec les différents types d'éléments de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques¹²⁹.

Dans *Mitchell c. Canada*,¹³⁰ la Cour suprême du Canada a déclaré que « [l]es règles de preuve devraient favoriser la justice, et non pas y faire obstacle¹³¹ ». Malgré cet énoncé, la Cour a également statué qu'il n'y a pas d'admissibilité générale ni de valeur automatique accordée aux récits oraux ou aux témoignages des aînés. Afin de fournir certaines lignes directrices sur l'admissibilité, la Cour a fourni trois principes directeurs pour apprécier la preuve par histoire orale et les témoignages des aînés :

Premièrement, la preuve doit être utile au sens où elle doit tendre à prouver un fait pertinent quant au litige. Deuxièmement, la preuve doit être raisonnablement fiable; une preuve non fiable est plus susceptible de nuire à la recherche de la vérité que de la favoriser. Troisièmement, même une preuve utile et raisonnablement fiable peut être exclue à la discrétion du juge de première instance si le préjudice qu'elle peut causer l'emporte sur sa valeur probante¹³².

Dans *William et al c. British Columbia et al*, le juge Vickers a clarifié les notions de nécessité et de fiabilité concernant les récits oraux et les témoignages des aînés. Lorsque toutes les personnes qui ont été témoins d'un événement sont décédées, il est fort probable que la nécessité d'accepter les récits oraux et les témoignages des aînés soit

¹²⁷ *R c. Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507.

¹²⁸ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 RCS 1010 au para 84.

¹²⁹ *Delgamuukw* au para. 87.

¹³⁰ *Mitchell c. MRN*, 2001 CSC 33.

¹³¹ *Mitchell* au para 30.

¹³² *Mitchell* au para 30.

établie¹³³. Cela est habituellement le cas pour la plupart, voire l'ensemble, des litiges relatifs à des droits ancestraux en raison de l'époque où sont survenus les événements.

De plus, en ce qui concerne la fiabilité, les récits oraux seront mis à l'épreuve et appréciés de la même façon que tous les autres éléments de preuve. Comme c'est le cas pour toutes les formes de preuve, les récits oraux et les témoignages des aînés doivent être mis à l'épreuve au moyen d'interrogatoires et de contrinterrogatoires, et doivent être comparés avec les documents écrits. Pour déterminer la fiabilité, juge Vickers a fourni la méthode qu'il utiliserait pour évaluer la fiabilité de récits oraux. Ces facteurs comprennent :

[TRADUCTION] [...] l'âge de la personne qui raconte l'histoire, les connaissances traditionnelles de la personne qui a élevé la personne qui raconte l'histoire, s'il ou elle a vécu une vie traditionnelle et fait l'expérience d'une telle vie, s'il ou elle parle la langue [autochtone] et sa réputation dans la communauté en général¹³⁴.

En ce qui concerne l'appréciation des récits oraux et des témoignages des aînés, les tribunaux n'ont pas encore établi de cadre à ce sujet¹³⁵. Le poids à donner à la preuve est encore à la discrétion du juge qui préside puisque la preuve disponible dans chaque affaire est contextuelle et unique. Comme dans d'autres cas, plus de poids sera accordé à une preuve qui est cohérente en soi, cohérente avec d'autres formes de preuve et qui peut combler des vides dans l'histoire écrite et offrir un exposé plus complet.

3.2.4 Exemples d'adaptations particulières

Pour les raisons indiquées ci-dessus, le strict respect des règles de preuve et de procédure pourrait s'avérer contreproductif ou inapproprié dans les affaires concernant des peuples et questions autochtones. Il pourrait être important de déterminer s'il serait utile ou nécessaire de faire appel à un aîné pour fournir de l'aide et du soutien. Souvent, les aînés peuvent également jouer le rôle d'interprètes.

Une fois que l'avocat s'est familiarisé et est à l'aise avec les protocoles culturels, il devrait veiller activement à ce que ces protocoles culturels soient respectés en salle d'audience.

¹³³ *William et al c. British Columbia et al*, 2004 BCSC 148 aux paragraphes 18-20.

¹³⁴ *William* au para 25.

¹³⁵ Ces questions continuent d'évoluer et suscitent certains débats. Par exemple, même après l'arrêt *Delgamuukw*, il y a eu des instances où les récits oraux n'ont pas été pris en compte ou acceptés par les tribunaux : *Benoît v Canada*, [2003] FCJ No. 923 (CAF), *R. v. Marshall*, [2001] 2 C.N.L.R. 256 et *R. v. Bernard*, 2003 NBCA 55. Voir aussi Val Napoleon, *Delgamuukw : A Legal Straightjacket for Oral Histories?*, vol. 20, n° 2, *Revue canadienne de droit et société*, 123.

Voici des exemples d'adaptations particulières qui sont conçues pour faciliter, et non entraver, la recherche de la vérité.

1. Le serment ou l'affirmation solennelle

Pour témoigner, le témoin doit fournir quelque indication officielle qu'il va dire la vérité. Le serment et l'affirmation solennelle sont les piliers de la preuve officielle dans les instances judiciaires. Il se peut que certains témoins autochtones choisissent de prêter serment au moyen d'une Plume d'aigle¹³⁶. Pour certaines personnes, cela est l'équivalent de prêter serment sur un livre sacré et ce peut être fait de façon officielle. D'autres participants autochtones à une instance demanderont que la Plume d'aigle soit présente dans la salle d'audience pendant qu'ils y sont eux-mêmes présents (en tant que personne accusée, témoin ou victime) puisqu'ils croient que cela peut aider les autres participants à faire preuve de courage et de franchise. Certaines personnes voudront également tenir dans leurs mains des plantes traditionnelles, comme du foin d'odeur, du tabac ou d'autres plantes médicinales pendant qu'ils prêtent serment ou témoignent. Des enseignements traditionnels accompagnent souvent l'utilisation de ces plantes. L'avocat devrait déployer des efforts pour comprendre ces enseignements et traditions. Par exemple, il existe des protocoles sur la façon de prendre soin de la Plume d'aigle, de l'utiliser et de la protéger, et l'avocat qui en a la responsabilité en salle d'audience doit veiller à respecter ces protocoles.

Dans les affaires où l'on fait appel à des témoins autochtones, l'avocat devrait se renseigner et adopter une approche téléologique concernant le serment, et déterminer quelles options permettraient d'honorer la solennité de l'occasion et l'importance de dire la vérité. Dans certains cas, il est possible que la communauté souhaite faire une cérémonie ou une prière avant la séance du tribunal. Dans certaines traditions, la purification pendant une audience peut revêtir une importance particulière (p. ex. purification de la salle d'audience avant que la preuve soit présentée).

2. Preuve d'expert

Il est possible que les critères en common law ou les critères énoncés dans une loi concernant l'admissibilité de la preuve d'expert ne soient pas appropriés pour les témoins autochtones qui ne cadrent pas parfaitement dans la catégorie des « experts » ou des « profanes ».

¹³⁶ La meilleure façon d'obtenir une Plume d'aigle adéquate (ou les autres éléments culturels discutés dans la présente section) est d'en parler avec un aîné. La plupart des Premières Nations et organismes autochtones — particulièrement les centres d'amitié autochtones — peuvent vous aider à entrer en contact avec un aîné.

Par exemple, les aînés qui témoignent sur les traditions et l'histoire orales de leur communauté ne seraient peut-être pas qualifiés d'« experts » selon ces critères. Ils sont différents des experts de l'histoire ou des experts universitaires non autochtones, car ils ont une connaissance directe des traditions et des enseignements de leur communauté. Il est donc inapproprié de traiter leur preuve de la même façon que la preuve d'expert¹³⁷.

Dans certains cas, un aîné ou un autre témoin qui n'a pas de qualifications officielles peut témoigner des normes et des pratiques actuelles d'une communauté. Les lignes directrices et les règles relatives aux témoins experts qui permettent de faire appel à des experts « expérientiels » devraient être adaptées au besoin afin d'obtenir les éléments de preuve *pertinents et nécessaires* sur le contexte culturel. Pour déterminer ce qui est pertinent et nécessaire, l'avocat doit être prêt à expliquer au tribunal pourquoi la preuve du témoin ne serait pas autrement aisément comprise ou déduite par le juge des faits.

3. Comportement, contrinterrogatoire et crédibilité

La preuve par comportement — l'apparence d'un témoin, son ton, ses manières et son attitude pendant son témoignage — était traditionnellement considérée comme importante pour évaluer la crédibilité d'un témoin. Plus récemment, cependant, les tribunaux ont reconnu que le comportement n'est pas toujours un indicateur de crédibilité fiable ou suffisant. [TRADUCTION] « L'évaluation peut être influencée par des suppositions culturelles et des stéréotypes. Bien que le fait de parler de façon directe et de maintenir un contact visuel puisse être un indicateur d'honnêteté dans une culture, cela pourrait être considéré comme impoli dans une autre¹³⁸ ». Dans une culture, on pourrait s'attendre à ce que le délinquant qui plaide coupable manifeste des remords tandis que, dans une autre culture, on pourrait s'attendre à ce que le contrevenant accepte sa peine sans émotion. L'avocat devrait s'assurer que sa compétence culturelle lui permet d'apprécier les différences culturelles en ce qui concerne le comportement et la présentation lors des instances officielles.

L'avocat devrait également tenir compte de la valeur potentiellement limitée des contrinterrogatoires comme moyen de découvrir la vérité. Les contrinterrogatoires sont une composante essentielle du processus accusatoire¹³⁹. Cependant, ils peuvent s'avérer moins utiles dans le cas de participants autochtones. L'interrogation et la contre-

¹³⁷ Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones, avril 2016, p. 36.

¹³⁸ Hamish Stewart, *Evidence: A Canadian Casebook*, Toronto, Canada, Emond Montgomery Publications, 2016.

¹³⁹ Dans *R c. Shearing*, 2002 CSC 58, au paragraphe 76, la Cour suprême a déclaré que « un contre-interrogatoire complet et incisif » est « l'outil le plus efficace dont [une partie au litige dispose] pour faire ressortir la vérité ».

interrogation des aînés peuvent nécessiter une attention et une préparation spéciales puisque beaucoup estiment qu'un aîné ne devrait jamais être interrogé ou interrompu.

Lorsque des aînés doivent témoigner ou que d'autres témoignages analogues seront présentés, les avocats devraient envisager de modifier leur approche quant à l'interrogatoire (tout en respectant leur devoir de défendre avec zèle les intérêts du client). L'avocat pourrait demander au juge ou à la personne qui préside le tribunal de débiter la preuve en exprimant son respect et son appréciation pour le témoin. Dans certains cas, d'autres méthodes devraient être explorées pour les interrogatoires¹⁴⁰. Dans les cas où un contrinterrogatoire standard ne serait pas efficace ou approprié, l'avocat devrait se demander quelle incidence cela aura sur le poids et faire des observations appropriées.

Souvent, les personnes autochtones ne veulent pas dire de mauvaises choses au sujet d'une autre personne. Les avocats pourraient envisager d'effectuer leurs propres enquêtes en raison de la méfiance des personnes autochtones envers la police et le système de justice.

4. Services d'interprétation

Le droit de comprendre et de participer pleinement est essentiel à la justice naturelle. Afin qu'une audience soit juste, la partie doit comprendre ce qui est dit pendant l'instance et se faire comprendre¹⁴¹. Dans les affaires criminelles (où l'art. 14 de la *Charte* garantit aux défendeurs le droit à un interprète), l'omission de fournir un interprète qualifié est une violation du droit d'être « présent » à un procès¹⁴².

Les juges se renseignent habituellement sur les qualifications de l'interprète. Les interprètes qui ne sont pas agréés et n'ont pas de qualifications officielles ou ne sont pas indépendants dans l'instance sont rejetés. Les interprètes traduisent la preuve simultanément sans la commenter. Les règles de pratique dans de nombreuses provinces prévoient des exigences particulières pour les interprètes et les traducteurs.

Dans les affaires comportant des participants autochtones, il est possible que l'avocat doive demander au tribunal de faire preuve de souplesse quant aux qualifications exigées pour les interprètes et à leur participation. Dans certains cas, la langue des participants ne peut être aisément traduite dans la langue juridique. Par exemple, dans certaines langues traditionnelles, il n'y a pas de traduction pour des mots comme « coupable » ou

¹⁴⁰ Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones, avril 2016, p. 34-36.

¹⁴¹ *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 RCS 549, et *MacDonald c Ville de Montréal*, [1986] 1 RCS 460.

¹⁴² *R c Tran*, [1994] 2. RCS 951.

« innocent »¹⁴³. Dans de tels cas, l'interprète peut jouer un rôle très important en expliquant les différences de signification et les nuances qui ne peuvent pas nécessairement être rendues par une traduction directe. Dans d'autres cas, la langue à traduire est rare et il est impossible de trouver un interprète officiellement « agréé » ou indépendant. Les tribunaux peuvent alors demander l'aide d'amis ou de membres de la famille ou de la communauté des parties afin que toutes les parties puissent comprendre l'instance.

5. Exclusion de témoins

Les ordonnances qui excluent des témoins sont fréquentes dans les instances judiciaires. Elles ne sont toutefois pas toujours appropriées dans les affaires mettant en cause des plaideurs et des témoins autochtones. Par exemple, il se peut qu'un aîné souhaite témoigner en présence d'autres aînés ou en la présence de membres de la collectivité conformément à leurs coutumes. Les aînés peuvent également préférer témoigner en groupe ou avoir quelqu'un qui les accompagne pendant qu'ils témoignent. De telles préférences devraient être accommodées lorsque cela est possible.

6. Confidentialité : discussions en vue d'un règlement amiable

Les discussions menées en vue d'un règlement amiable sont généralement confidentielles, ce qui signifie qu'elles sont tenues sans préjudice et ne sont pas versées en preuve ni communiquées au tribunal. Cependant, dans certaines instances en droit autochtone, la Cour fédérale a reconnu qu'il pourrait être utile de faire connaître publiquement les modalités de l'entente ou de diffuser à tout le moins un résumé du processus. Cela permet la transparence pour l'ensemble des communautés visées et fournit 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 du tribunal qui en entérine les résultats et qui procure un caractère juridique définitif au processus¹⁴⁴.

L'acceptation ou la publication de la preuve du processus de règlement amiable permet de reconnaître l'importance de la négociation pour l'issue des revendications autochtones. Les réparations ordonnées par le tribunal après une instance accusatoire peuvent sembler creuses et insatisfaisantes pour toutes les parties concernées. Par exemple, dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême a ordonné, avec réticence, la tenue d'un nouveau procès. Le juge en chef Lamer a statué ce qui suit :

¹⁴³ Pour obtenir des exemples, voir le *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, Aboriginal Justice Implementation Commission, novembre 1999, vol. 1, ch. 2, <http://www.ajic.mb.ca/volume1/chapter2.html#6>.

¹⁴⁴ *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, avril 2016.

[L] a présente affaire a été longue et couteuse, non seulement sur le plan financier, mais aussi sur le plan humain. En ordonnant la tenue d'un nouveau procès, je n'encourage pas nécessairement les parties à introduire une instance et à régler leur différend devant les tribunaux. Comme il a été dit dans Sparrow, à la p. 1105, le par. 35 (1) « procure [...] un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises ». Devraient également participer à ces négociations les autres nations autochtones qui ont un intérêt dans le territoire revendiqué. En outre, la Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi. En fin de compte, c'est au moyen de règlements négociés – toutes les parties négociant de bonne foi et faisant les compromis qui s'imposent – processus renforcé par les arrêts de notre Cour, que nous pourrons réaliser ce que, dans Van der Peet, précité, au par. 31, j'ai déclaré être l'objet fondamental du par. 35 (1), c'est-à-dire « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté ». Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester¹⁴⁵.

Les négociations équitables entre les communautés autochtones et la Couronne peuvent s'avérer la meilleure façon « [d'] assurer la protection des valeurs exprimées dans la Charte et [d'] accorder aux victimes d'une atteinte à leurs droits la réparation qui permet le mieux d'atteindre cet objectif¹⁴⁶ ».

Dans ce contexte, la publication des discussions menées en vue d'un règlement amiable présente l'avantage supplémentaire de protéger les plaideurs qui ont un moins grand pouvoir de négociation en veillant à ce que le processus soit transparent. Les avocats qui représentent des clients autochtones dans des litiges avec la Couronne doivent garder à l'esprit que la négociation [TRADUCTION] « n'est peut-être pas une façon appropriée de mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles existantes lorsqu'il y a de grandes disparités entre le pouvoir de négociation des différents groupes... il a été difficile pour les peuples autochtones de négocier avec leurs oppresseurs¹⁴⁷ ». Lorsque de telles disparités sont présentes, les tribunaux peuvent équilibrer le pouvoir en facilitant la publication des discussions en vue d'un règlement amiable¹⁴⁸.

Dans le contexte de discussions en vue du règlement amiable d'un litige civil privé, l'avocat qui représente un client autochtone devrait envisager d'informer l'avocat adverse dès le début des discussions que les discussions devront être rendues publiques afin que les parties puissent s'entendre sur les modalités de la publication.

¹⁴⁵ Delgamuukw au para 186.

¹⁴⁶ Osborne c. Canada (Conseil du Trésor), [1991] 2 RCS 69, 82 DLR (4^e) 321 à la p. 346.

¹⁴⁷ James (Sakej) Youngblood Henderson et al., *Aboriginal Tenure in the Constitution of Canada*, Scarborough, Ontario, Carswell, 2000, p. 394.

¹⁴⁸ Pour une discussion sur le rôle que peuvent jouer les tribunaux pour réduire autant que possible le déséquilibre du pouvoir dans les négociations, voir Dwight Newman, *Negotiated Rights Enforcement*, 2006, 69 Sask. L.Rev. 119.

Il vaut la peine de mentionner que l'appel à l'action 51 de la CVR demande au gouvernement fédéral de publier les avis juridiques qu'il élabore, invoque ou entend invoquer en ce qui concerne la portée et l'étendue des droits ancestraux et issus de traités des Autochtones.

3.2.5 Comprendre les différents éléments de preuve matérielle, notamment les chants, récits, cartes, ceintures wampum et autres objets culturels

Lorsque des éléments de preuve ont déjà été soumis, des éléments de preuve « matérielle » ou « illustrative » peuvent être admis pour aider le juge des faits à comprendre et à évaluer cette preuve¹⁴⁹. Ce type de preuve peut servir plusieurs fins, notamment¹⁵⁰ :

1. Favoriser l'efficacité du procès
2. Organiser l'information déjà présentée lors du procès
3. Diminuer le risque de confusion chez les juges des faits
4. Simplifier la tâche des juges des faits

Il existe plusieurs types de preuve matérielle qui peuvent être présentés dans les affaires de droit autochtone, notamment les chants, récits, cartes, ceintures wampum et autres objets culturels.

Les récits sont une partie importante de bon nombre de cultures et de communautés autochtones. Dans *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*¹⁵¹, le juge Vickers explique la valeur des récits en tant que moyen de preuve :

[TRADUCTION] Je fais une distinction entre les légendes et les récits. Les récits sont des comptes rendus d'événements qui ont eu lieu dans une période de l'histoire. [...] Les récits sont racontés pour rappeler aux gens des événements importants et ne sont pas nécessairement conçus pour transmettre un message de vie¹⁵².

Une autre forme de preuve matérielle est la ceinture de wampum. La Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA) a fait remarquer que les « ceintures de wampum [étaient] données et reçues pour confirmer des ententes [et] portaient des symboles de

¹⁴⁹ *R c. Kanagasivam*, 2016 ONSC 2250, [2016] OJ No 1932 au para 41.

¹⁵⁰ *R c. Kanagasivam*, 2016 ONSC 2250, [2016] OJ No 1932 au para 45.

¹⁵¹ 2007 BCSC 1700.

¹⁵² *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, 2007 BCSC 1700 au para. 435.

l'état dynamique des relations internationales¹⁵³ ». En effet, tout comme les écrits, les ceintures de wampum sont lues et utilisées pour transmettre des connaissances¹⁵⁴. La ceinture de wampum à deux rangs est l'un des exemples notables de ceintures de wampum. Cette ceinture comporte deux rangs de wampum de couleur et symbolise un traité conclu entre les Mohawks et les colons hollandais en 1613, puis les accords subséquents conclus avec les Français et les Anglais¹⁵⁵. Un autre exemple notable est le « bol unique » ou le « bol à une seule cuillère », une entente conclue entre les Anichinabés et la Confédération haudenosaunee et représentée par une ceinture de wampum [TRADUCTION] « qui symbolisait la compréhension que les deux Nations se partageraient les fruits de la terre sans interférer dans leur souveraineté respective¹⁵⁶ ».

De façon générale, la décision d'admettre ou non la preuve matérielle est à la discrétion du juge de première instance, lequel doit évaluer la valeur probante de la preuve par rapport à tout effet préjudiciable potentiel¹⁵⁷.

La revendication de droits ancestraux soulève des enjeux uniques et complexes relativement à la preuve puisque les droits revendiqués ont souvent pris naissance à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit¹⁵⁸. La Cour suprême du Canada s'est penchée sur les difficultés que soulève la preuve dans plusieurs affaires visant des revendications autochtones.

Dans certaines traditions, on donne le nom de « adaawx » ou de « kungax » à l'histoire orale d'une maison ou d'une communauté autochtone. Dans *Delgamuukw v British Columbia*, il a été difficile pour le juge de première instance de se prononcer sur la recevabilité de l'« adaawx » des communautés. Il en a donné la description suivante :

[TRADUCTION] L'adaawx représente l'information importante d'une maison qui est transmise oralement de génération en génération. L'adaawx englobe l'histoire spirituelle ou mythologique d'une maison, comme la légende de l'ours surnaturel, et la dispersion ou la migration dans les faits. Les poteaux totémiques, armoiries et couvertures d'une maison; les noms de chef honorés de la maison; les

¹⁵³ Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport final* (ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1996), vol. 1, p. 116, <http://www.bac-lac.gc.ca/fra/decouvrez/patrimoine-autochtone/commission-royale-peuples-autochtones/Pages/rapport.aspx>.

¹⁵⁴ Jeffery G. Hewitt, *Reconsidering Reconciliation: The Long Game*, 2014, 67 SCLR 259, p. 263.

¹⁵⁵ Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport final* (ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1996), vol. 1, p. 116, <http://www.bac-lac.gc.ca/fra/decouvrez/patrimoine-autochtone/commission-royale-peuples-autochtones/Pages/rapport.aspx>.

¹⁵⁶ Jeffery G. Hewitt, *Reconsidering Reconciliation: The Long Game*, 2014, 67 SCLR 259, p. 263.

¹⁵⁷ *Draper c. Jacklyn*, [1970] RCS 92, p. 96-97.

¹⁵⁸ *R c. Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507 au para 68

coutumes de la maison; et la description, fondée sur certains points de repère, de ses lieux ou territoires de chasse et de pêche font également partie de l'adaawk¹⁵⁹.

Lors du procès, le juge a admis ce type de preuve [TRADUCTION] « par nécessité, comme exceptions à la règle sur le oui-dire parce qu'elle ne peut être prouvée d'aucune autre façon¹⁶⁰ ». Plus tard, dans sa propre décision, la Cour suprême du Canada a confirmé la décision du juge sur ce type de preuve :

Il a été statué sur l'admissibilité de l'adaawk et du kungax dans le cadre d'une décision générale rendue au cours du procès par le juge de première instance sur l'admissibilité des récits oraux [...]. Bien que le juge de première instance ait reconnu que la preuve en cause était une forme de oui-dire, il a statué qu'elle était admissible en se fondant sur l'exception reconnue selon laquelle les déclarations de personnes décédées peuvent être versées en preuve par des témoins comme preuve de droits de nature publique ou générale [...]. Dans son jugement au terme du procès, il a, avec raison selon moi, confirmé cette première décision en affirmant [...] que l'adaawk et le kungax étaient admissibles [TRADUCTION] « par nécessité, comme exceptions à la règle du oui-dire », parce qu'il n'y avait aucune autre façon de faire la preuve de l'histoire des nations Gitksan et Wet'suwet'en¹⁶¹.

Dans l'arrêt *R c. Van der Peet*, la Cour suprême du Canada a similairement statué que les tribunaux doivent appliquer les règles de preuve en tenant compte des difficultés inhérentes à l'examen des affaires concernant des revendications autochtones :

[L]e tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple¹⁶².

¹⁵⁹ *Delgamuukw v The Queen*, 1987 CanLII 2980 (BC SC) au para 47 [nous soulignons] (<https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/1987/1987canlii2980/1987canlii2980.html?autocompleteStr=%5B1987%5D%206%20W.W.R.%20155&autocompletePos=1>).

¹⁶⁰ *Delgamuukw c. British Columbia*, 1991 CanLII 2372 (BC SC) à la p. 148 (<https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/1991/1991canlii2372/1991canlii2372.pdf>).

¹⁶¹ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 au para 95 (<https://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/1997/1997canlii302/1997canlii302.html>).

¹⁶² *R c. Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, au para 68.

3.3 Obtenir des conseils dans des domaines du droit en particulier

La portée du présent guide ne nous permet pas de fournir des conseils pour chaque domaine du droit et de pratique. De plus, l'intersectionnalité entre les différentes questions juridiques (p. ex. les biens immobiliers matrimoniaux, la garde d'enfant) et les lieux (dans les réserves, hors réserves, différentes provinces) signifie qu'il est particulièrement important de traiter chaque situation en tenant compte des faits qui lui sont propres. Les domaines abordés ci-dessous ne sont présentés qu'à titre d'exemple.

3.3.1 Droit criminel

Les personnes autochtones sont surreprésentées dans le système de justice pénale¹⁶³, principalement en raison des « préjugés contre les autochtones [qui] sont largement répandus au Canada », ce qui « s'est traduit par une discrimination systémique dans le système de justice pénale »¹⁶⁴. La Cour suprême a qualifié la situation de « crise » et de « problème social attristant et urgent ». Les lois canadiennes encouragent les tribunaux à faire partie de la solution.

En 1971, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que les origines culturelles et les relations sociales devaient être reconnues et prises en compte pour évaluer la justesse de la sentence infligée à un contrevenant autochtone¹⁶⁵. Le *Code criminel* et la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* régissent le déroulement des affaires criminelles et exigent maintenant que les tribunaux tiennent compte de l'héritage autochtone lorsqu'ils rendent leurs décisions¹⁶⁶. Veuillez remarquer que, dans certaines cultures autochtones (p. ex. les Anichinabés), il n'y a pas de mots pour les termes « coupable » ou « innocent ». Ces concepts euro-canadiens n'existent pas dans toutes les cultures.

R c Gladue est l'arrêt-clé en ce qui a trait à l'importance de tenir compte de l'héritage autochtone pour déterminer une peine appropriée dans le cas d'un délinquant autochtone. Dans *Gladue*, la Cour suprême a reconnu ce qui suit :

La situation des délinquants autochtones diffère de celle de la majorité puisque de nombreux autochtones sont victimes de discrimination directe ou systémique, beaucoup souffrent des séquelles de la relocalisation, et beaucoup sont dans une situation économique et sociale défavorables. De plus, comme l'ont fréquemment souligné les études et rapports de commissions, les délinquants autochtones, en

¹⁶³ *R c Gladue*, [1999] 1 RCS 688 au para 58.

¹⁶⁴ *Gladue* au para 61, *R c Williams*, [1998] 1 RCS 1128 au para 58.

¹⁶⁵ *R v Fireman*, [1971] OJ No 1642 (CA) aux paragraphes 2-18.

¹⁶⁶ Voir, par exemple, l'al. 718.2e) du *Code criminel* et l'al. 38(2)d) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*.

raison de ces facteurs systémiques et historiques particuliers, sont plus fortement touchés par l’incarcération et ont moins de chances de réinsertion sociale, car le milieu carcéral est souvent culturellement inadapté et malheureusement un lieu de discrimination patente à leur égard¹⁶⁷.

L’arrêt *Gladue* ordonne aux juges saisis d’affaires criminelles de tenir compte, au moment de déterminer la peine, de ces facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être considérés comme des circonstances atténuantes¹⁶⁸. Cette directive a depuis été étendue aux décisions concernant des défendeurs et intimés autochtones au-delà du contexte classique de la détermination de la peine dans des affaires criminelles. Le régime *Gladue* s’applique dès que la liberté d’une personne autochtone est en jeu, ce que les tribunaux ont interprété de façon large.

Il est important de remarquer que les facteurs systémiques relevés dans l’affaire *Gladue* ne visent pas seulement la détermination de la peine. Les facteurs *Gladue* sont pertinents à plusieurs étapes des instances criminelles. La façon dont les facteurs *Gladue* sont pris en compte dépendra de la nature de l’instance et de l’étape où elle en est rendue, et il faut les adapter au contexte. Par exemple, les lecteurs et lectrices doivent se garder de mettre sur le même pied les facteurs systémiques qui se rapportent à la mise en liberté sous caution et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire et les facteurs qui se rapportent à la détermination de la peine puisque différents principes sont en jeu. Alors que la culpabilité est établie dans le contexte de la détermination de la peine, il faut se garder d’importer la présomption de culpabilité dans le contexte de la mise en liberté sous caution ou à d’autres fins avant que la culpabilité ait été établie hors de tout doute raisonnable.

L’avocat qui prend une affaire criminelle en charge doit rapidement déterminer si le client veut s’identifier comme personne autochtone¹⁶⁹ puisque cela va déterminer comment le tribunal va traiter l’affaire ou même quel tribunal sera saisi de l’affaire. Certaines provinces ont des « tribunaux de type *Gladue* » (que l’on a plus récemment commencé à appeler « tribunaux autochtones ») où travaillent des agents de soutien aux Autochtones ainsi que des juges et procureurs qui connaissent bien les questions de droit autochtone. On retrouve 14 tribunaux autochtones en Ontario et d’autres au pays.

L’avocat qui fait des recherches sur les origines culturelles d’un client doit garder à l’esprit que l’héritage autochtone est pertinent même lorsqu’il n’y a aucune preuve légale officielle de ce statut ni un lien fort avec une communauté en particulier. Cela est également pertinent même lorsque la personne a seulement récemment appris qu’elle a des origines autochtones. Certaines personnes ont seulement tout récemment appris

¹⁶⁷ *Gladue* au para 68.

¹⁶⁸ Voir *R c. Ipeelee* au para 73 et *R c Wells* au para 38.

¹⁶⁹ *R c. Kreko*, 2016 ONCA 367

qu'elles avaient des origines autochtones en raison de la « rafle des années 1960 ». Dans d'autres cas, on leur a inculqué de dissimuler leurs origines alors qu'elles étaient enfants.

Il se peut que l'avocat doive travailler avec un client pour l'amener à s'identifier. Historiquement, le fait de s'identifier comme personne autochtone au sein du système de justice pénale n'a pas nécessairement été avantageux pour les accusés – et cela est encore trop souvent le cas. L'enquête Donald Marshall donne le triste exemple d'une affaire où il a été déterminé que tous les participants du système judiciaire, y compris les avocats de la défense, ont contribué à une déclaration de culpabilité injustifiée en raison de leurs préjugés et du racisme dont ils ont fait preuve¹⁷⁰. En effet, Kent Roach a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] L'expérience des Autochtones en ce qui concerne les condamnations injustifiées ne peut être aisément séparée des problématiques plus larges et plus répandues que sont le colonialisme, le racisme et la discrimination systémique, lesquelles contribuent à la surreprésentation flagrante des personnes autochtones dans les prisons australiennes et canadiennes ainsi qu'au nombre disproportionné de personnes autochtones qui sont victimes d'actes criminels. Le lien étroit entre les condamnations injustifiées chez les Autochtones et ces grands facteurs socioéconomiques et systémiques permet de jeter un regard plus large sur les condamnations injustifiées¹⁷¹.

Kent Roach a conclu que les [TRADUCTION] « personnes autochtones sont considérablement surreprésentées parmi les personnes condamnées injustement par rapport à leur faible pourcentage parmi les populations australienne et canadienne »¹⁷².

Les origines autochtones peuvent être prouvées au moyen de renseignements recueillis de façon non officielle auprès du client, des amis, des proches ou de la communauté, soit par l'avocat de la défense, soit au moyen d'un rapport *Gladue* demandé par le tribunal. Les avocats de la défense et de la poursuite ont tous les deux le devoir de produire cette preuve (*R c. Wells*, 2000 CSC 10 au para 54 et *Kakekagamick*, 2006 CanLII 28549 [Ont CA] au para 44).

L'emprisonnement rend les personnes emprisonnées et leurs communautés amères. Les avocats devraient envisager des solutions fondées sur la justice réparatrice, comme des

¹⁷⁰ Voir le Marshall Inquiry Report :

https://novascotia.ca/just/marshall_inquiry/docs/Royal%20Commission%20on%20the%20Donald%20Marshall%20Jr%20Prosecution_findings.pdf

¹⁷¹ Kent Roach, *The Wrongful Conviction of Indigenous People in Australia and Canada*, 2015, 17 Flinders Law Journal 203, p. 205.

¹⁷² Kent Roach, *The Wrongful Conviction of Indigenous People in Australia and Canada*, 2015, 17 Flinders Law Journal 203, p. 226. Voir également : Amanda Carling, *A Way to Reduce Indigenous Overrepresentation: Prevent False Guilty Plea Wrongful Convictions*, 2017 64 C.L.Q. 415.

processus fondés sur le consensus plutôt que des processus accusatoires (p. ex. en recourant à un cercle où toutes les parties ont la chance de s'exprimer).

Pour les avocats de la Couronne qui exercent dans ce domaine du droit, des ressources et des formations sont disponibles, comme la formation Bimickaway (mentionnée à la section 4.12 du présent guide). À la date de publication du présent guide, la formation Bimickaway avait été offerte à plus de 1 600 employés de la fonction publique de l'Ontario, dont la plupart travaillent dans des ministères du secteur de la justice.

Dans les prochains paragraphes, nous aborderons les domaines courants du droit criminel où les origines autochtones sont une considération importante, mais il faut garder à l'esprit que les facteurs et autres éléments de type *Gladue* ne s'appliquent pas de la même façon dans toutes les étapes du processus de justice pénale. Nous encourageons donc les avocats à consulter des ressources d'expérience.

Mise en liberté sous caution : Les tribunaux qui évaluent la possibilité d'accorder une liberté sous caution à un accusé autochtone doivent tenir compte des facteurs *Gladue* systémiques pertinents. Les décisions relatives à la mise en liberté sous caution ne doivent pas [TRADUCTION] « perpétuer la discrimination raciale systémique¹⁷³ ». Cela est particulièrement important pour les accusés qui ont un « plan de libération » considéré comme faible. Les décisions sur la mise en liberté sous caution reposent souvent sur la solidité du plan proposé pour la surveillance de l'accusé dans la communauté, ce qui repose à son tour sur l'accès à un bon réseau de soutien. Les tribunaux doivent se garder d'accorder trop d'importance au plan de libération de l'accusé autochtone, car celui-ci pourrait avoir accès à un réseau de soutien communautaire non traditionnel ou ne pas avoir accès à un tel réseau de soutien en raison de facteurs *Gladue* systémiques. L'avocat qui cherche à obtenir une mise en liberté sous caution pour un accusé autochtone devrait informer le juge qui préside des origines du client et explorer les programmes de mise en liberté sous caution qui existent et les autres options de mise en liberté qui ne nécessitent pas l'accès à un bon réseau de soutien¹⁷⁴.

Jurys : La *Charte* confère aux défenseurs autochtones (et à tous les accusés) le droit à un jury impartial et représentatif. Cependant, au Canada, les instruments juridiques disponibles pour protéger ce droit sont limités. En ce qui concerne l'impartialité du jury,

¹⁷³ *R v Robinson*, 2009 ONCA 205 au para 13; *R v Magill*, 2013 YKTC 8 aux paragraphes 23 à 31.

¹⁷⁴ Pour un exemple récent d'une demande de mise en liberté sous caution qui a été accordée en tenant compte des origines autochtones, voir *R c Sledz*, 2017 ONCJ 151, rendue par le juge Nakatsuru. Les lecteurs et lectrices doivent se garder de mettre sur le même pied les facteurs systémiques qui se rapportent à la mise en liberté sous caution et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire et les facteurs qui se rapportent à la détermination de la peine puisque différents principes sont en jeu. Voir le rapport sur la mise en liberté sous caution de l'Association canadienne des libertés civiles (p. 76 à 79) : <https://ccla.org/wp-content/uploads/2021/07/Set-up-to-fail-FINAL.pdf>.

les tribunaux canadiens ne permettent qu'une vérification limitée des préjugés raciaux ou culturels des jurés potentiels sous la forme d'une question aseptisée connue sous le nom de « question *Parks* »¹⁷⁵. Comme statué dans *Parks*, les défendeurs autochtones auront presque toujours le droit de demander aux jurés potentiels s'ils ont des préjugés contre les autochtones qui pourraient avoir incidence sur leur capacité de se prononcer sur l'affaire de façon impartiale¹⁷⁶. Il n'est pas possible de poser des questions de suivi ou de sonder les préjugés inconscients des jurés potentiels. En ce qui concerne le caractère représentatif de la liste utilisée pour dresser les tableaux et sélectionner les jurés, la Cour suprême a déclaré que les défendeurs ont le droit à un *processus* représentatif, et non à une liste ou à un jury représentatif¹⁷⁷. Elle a refusé de reconnaître une obligation plus contraignante pour le gouvernement et d'exiger que les jurys qui tranchent des affaires concernant des défendeurs ou des communautés autochtones comportent une perspective autochtone. Le gouvernement doit déployer des « efforts raisonnables » pour créer une liste représentative, mais une participation autochtone excessivement faible ne permettra pas, à elle seule, d'en venir à la conclusion que le droit du défendeur à un jury représentatif a été violé.

Peine : La nécessité de tenir compte des origines autochtones dans la détermination de la peine est codifiée à l'al. 718.2e) du *Code criminel*. Les audiences de détermination de la peine pour les délinquants autochtones doivent reconnaître la surreprésentation des personnes autochtones dans les prisons canadiennes et tenter de trouver des options culturellement adaptées autres que l'incarcération¹⁷⁸. La Cour suprême a récemment rappelé aux juges de première instance que « [d] ans la mesure où elles ne favorisent par la réalisation de ces objectifs, les pratiques actuelles de détermination de la peine doivent être modifiées de façon à répondre aux besoins des délinquants autochtones et de leurs collectivités¹⁷⁹ ». Les juges des tribunaux autochtones utilisent des approches traditionnelles pour déterminer la peine, comme la guérison et les cercles de détermination de la peine ainsi que les programmes de conseil communautaire. Les avocats qui représentent des clients autochtones devraient se renseigner sur les options innovatrices concernant les peines et plaider pour de telles peines. Il importe de noter que l'arrêt *Gladue* vise à trouver une approche « différente » pour la détermination de la peine dans le cas des délinquants autochtones. L'arrêt ne vise pas à ce qu'on puisse

¹⁷⁵ *R v Parks*, (1993), 15 OR (3d) 324 (CA).

¹⁷⁶ Les avocats qui représentent des clients autochtones peuvent demander à chaque juré potentiel s'il favoriserait la Couronne plutôt que l'accusé si l'accusé est Autochtone. L'avocat peut décider d'exclure les jurés potentiels qui admettent qu'ils ont des préjugés ou qui semblent mal à l'aise en répondant à cette question. La Cour suprême du Canada a reconnu que les jurés potentiels peuvent avoir des préjugés conscients ou inconscients à l'égard d'un accusé autochtone en raison des préjudices répandus à l'égard des personnes autochtones. Cela peut priver l'accusé de la présomption d'innocence (*Sheehy* à la p. 146; *R c Williams*, [1998] 1 RCS 1128).

¹⁷⁷ *R c Kokopenace*, 2015 CSC 28.

¹⁷⁸ *Gladue* au para 38.

¹⁷⁹ *R c Ipeelee*, 2012 CSC 13 aux paragraphes 66-67.

invoquer la « nature autochtone » d'un délinquant en tant que facteur « atténuant » pour réduire la durée de la peine¹⁸⁰.

Libération conditionnelle : Les origines autochtones sont pertinentes lorsque la Commission des libérations conditionnelles doit décider d'accorder, de refuser ou de révoquer une libération conditionnelle. Les articles 80 à 84 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* ont créé un processus pour faire participer les communautés des Premières Nations à la planification de la libération des délinquants autochtones. La Cour fédérale a statué que la compétence de la Commission des libérations conditionnelles et les décisions de cette dernière en ce qui concerne les libérations conditionnelles représentent un aspect important du système de justice pénale canadien et doivent donc être visées par le mandat de redressement décrit dans l'arrêt *Gladue*¹⁸¹. La Commission des libérations conditionnelles du Canada¹⁸² et la Commission ontarienne des libérations conditionnelles¹⁸³ ont toutes les deux adopté des protocoles prévoyant la participation d'ainés et la prise en compte de la culture autochtone dans les audiences de libération conditionnelle.

Les origines autochtones peuvent également être invoquées dans les audiences concernant des délinquants visés par une ordonnance de surveillance de longue durée (*R c. Standingwater*, 2013 SKCA 78) et dans les audiences concernant des délinquants dangereux (*R c. Jennings*, 2016 BCCA 127).

3.3.2 Affaires quasi criminelles

Les origines et les droits autochtones sont pertinents dans les instances quasi criminelles. Dans certaines poursuites en matière règlementaire (p. ex. en vertu de règlements sur la chasse et la pêche), le fait que le défendeur exerçait un droit issu d'un traité ou un droit ancestral collectif de pêcher ou de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles est une défense contre les accusations. Lorsque la disposition qui crée une infraction viole un droit ancestral ou issu de traité, le défendeur est acquitté au motif que le règlement est incompatible avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle* et parce que le règlement ne peut s'appliquer dans son cas en raison de l'art. 88 de la *Loi sur les*

¹⁸⁰ La préparation d'un rapport de type Gladue nécessite une aide spécialisée. Voir les ressources énumérées à la section 4.10.

¹⁸¹ *Twins c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 537 aux paragraphes 47-67.

¹⁸² Pour la Commission des libérations conditionnelles du Canada, voir : <https://www.canada.ca/fr/commission-liberations-conditionnelles/organisation/publications-et-formulaires/audiences-tenues-avec-l-aide-d-un-aine.html>.

¹⁸³ Pour la Commission ontarienne des libérations conditionnelles, voir : https://tribunalsontario.ca/documents/colc/COLC%20-%20Un%20partenaire%20actif%20dans%20le%20cheminement%20du%20Canada%20vers%20la%20reconciliation_2021.pdf.

*Indiens*¹⁸⁴. Ces défenses fondées sur les droits reposent sur des faits précis et doivent être examinées au cas par cas.

Les origines autochtones sont pertinentes dans certains autres types d'instances quasi criminelles. Plus particulièrement, la Cour d'appel de l'Ontario a entériné l'application généralisée des principes de l'arrêt *Gladue* (dont il a été question ci-dessus) afin de veiller à ce que les Autochtones soient traités de façon appropriée dans d'autres interactions avec le système de justice¹⁸⁵. Les principes de l'arrêt *Gladue* ont également été reconnus dans le contexte des mesures disciplinaires professionnelles. Voir *Law Society of Upper Canada v Robinson*, 2013 ONLSAP 18 et *Law Society of Upper Canada c. Batstone*, 2015 ONLSTH 214.

Les paragraphes suivants décrivent les types d'instances quasi criminelles et non criminelles où les origines autochtones et les facteurs *Gladue* relatifs aux origines devraient être pris en compte.

Instances des conseils de révision : Les personnes autochtones qui sont déclarées non responsables criminellement d'un acte criminel en raison d'un trouble mental sont assujetties à la compétence des conseils de révision provinciaux. Dans *Sim*, le tribunal a statué que les principes *Gladue* ne s'appliquent pas seulement au processus de détermination de la peine et que le conseil de révision provinciale doit tenir compte de ces principes lorsqu'il prend des décisions sur la détention d'un délinquant autochtone dans un établissement psychiatrique et sur sa libération d'un tel établissement¹⁸⁶.

Outrage en matière civile : Dans *Frontenac Ventures Corp. v. Ardoch Algonquin First Nation*, le tribunal a appliqué les principes de l'arrêt *Gladue* dans une instance d'outrage en matière civile et a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Bien que l'arrêt *Gladue* soit principalement axé sur le problème important de l'emprisonnement excessif des personnes autochtones, l'affaire, dans son sens large, attire l'attention sur l'état du dialogue entre le système de justice et les Premières Nations du Canada¹⁸⁷ ». Dans cette affaire, les règles de common law relatives à l'outrage au tribunal en matière civile s'appliquaient aux personnes et aux communautés autochtones qui ont contrevenu à une injonction du tribunal en participant à une manifestation pacifique. La violation les a exposés à des sanctions d'emprisonnement et à des amendes pour outrage en matière civile. Le tribunal a annulé les sanctions imposées par le tribunal inférieur et a statué que le tribunal aurait dû tenir compte des principes de l'arrêt *Gladue* pour décider s'il devait ou non imposer des sanctions pour outrage en matière civile.

¹⁸⁴ *R c. Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075; *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 533; *R c Sundown*, [1999] 1 RCS 393; *R c. Sappier*; *R c Gray*, 2006 CSC 54.

¹⁸⁵ *Frontenac Ventures Corp. C. Ardoch Algonquin First Nation*, 2008 ONCA 534 autorisation d'interjeter appel auprès de la CSC refusée, [2008] S.C.C.A. No. 357 au para. 57.

¹⁸⁶ *R c. Sim* (2005), 78 O.R. (3d) 183 (C.A.) aux paragraphes 15-16.

¹⁸⁷ *Frontenac* au para 57.

Extradition : Bien que les décisions ministérielles relatives à l'extradition soient des décisions exécutives qui méritent une déférence considérable, le ministre doit tenir compte des facteurs *Gladue* lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire pour décider d'extrader ou non des défendeurs autochtones. Les procureurs doivent également tenir compte des facteurs *Gladue* lorsqu'ils décident de poursuivre ou non en justice des défendeurs autochtones au Canada ou ailleurs¹⁸⁸.

3.3.3 Recours collectifs et droit public

Les avocats qui veulent faire valoir une revendication au nom de groupes de peuples autochtones devraient garder à l'esprit que, en général, les recours collectifs se rapportent aux revendications d'un certain nombre de personnes et non de groupes collectifs, c'est-à-dire, ils se rapportent à des revendications fondées sur un droit individuel plutôt que sur un droit collectif fondé sur l'appartenance à une bande ou à une nation en particulier. L'avocat des demandeurs devrait se demander si la revendication serait mieux servie en introduisant un recours collectif ou une action collective introduite au nom d'un conseil de bande ou d'une nation en particulier.

À titre d'exemple, une revendication visant les mauvais traitements subis dans un pensionnat pourrait être introduite en tant que recours collectif puisque la cause d'action sous-jacente est de nature individuelle alors qu'une revendication visant des terres cédées en vertu d'un traité serait de nature collective et ne serait pas normalement introduite sous la forme d'un recours collectif.

En général, l'avocat qui introduit un recours collectif voudra définir un recours aussi inclusif que possible. Lorsque cela est approprié, cela pourrait prendre la forme d'un recours collectif national. Cependant, dans le cas de demandeurs autochtones, il sera important de formuler la revendication de sorte à tenir compte des distinctions culturelles, sociales et historiques importantes qui existent vraisemblablement entre les membres du projet de recours collectif. Il faut également tenir compte des différences dans la façon dont le projet de recours collectif sera traité d'une province et d'un territoire à l'autre et au fil du temps.

Compte tenu des rôles historiques et continus que jouent les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux relativement aux peuples autochtones, il peut être utile d'envisager de se joindre à un ou plusieurs ordres de gouvernement dans de tels recours.

De telles revendications se fonderont souvent sur des affirmations de devoir fiduciaire, de négligence réglementaire, de délits intentionnels ou de droits ancestraux conférés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle* ou par la common law. Dans le cas des revendications

¹⁸⁸ *United States of America v Leonard*, 2012 ONCA 622.

fondées sur le devoir fiduciaire, il sera important de tenir compte du fait que, bien qu'il existe un rapport fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones, cela ne signifie pas que tous les aspects du rapport entre ces deux parties sont assujettis au devoir fiduciaire.

Certaines communautés autochtones ont leurs propres tribunaux. Par exemple, la Akwesasne Mohawk Court traite les affaires qui se rapportent aux lois communautaires, y compris les appels relatifs aux élections, à la conduite éthique des élus, à la résidence dans une communauté, aux membres du conseil, aux promesses de ne pas troubler la paix publique et au droit des biens.

3.3.4 Droit de la famille : revendications relatives à la protection de l'enfance

Les avocats doivent reconnaître que les communautés autochtones peuvent avoir des conceptions différentes de la famille et de l'éducation des enfants et être conscients de leurs propres préjugés afin de fournir des services efficaces aux familles et aux enfants autochtones.

Le droit de la famille est un domaine du droit multidimensionnel et axé sur la législation qui englobe la protection de l'enfance, les foyers familiaux dans les réserves, la propriété, le divorce, la garde et l'accès, etc. Le droit de la famille est régi de près par des lois fédérales et provinciales qui changent souvent. La présente section mettra l'accent sur certaines considérations liées à la protection de l'enfance à titre d'exemple des questions de droit de la famille concernant les personnes autochtones.

Historiquement et encore aujourd'hui, la séparation d'enfants autochtones de leurs familles pour des motifs de protection — ce qui comprend la notoire « rafle des années 60 » (la séparation forcée des enfants autochtones de leurs familles dans les années 1960)¹⁸⁹ — est source de litiges. Dans de nombreux cas, les plaintes découlent des mauvais traitements subis dans les familles d'adoption et les foyers d'accueil ou, plus généralement, de la perte de l'identité autochtone chez les enfants placés dans des familles non autochtones. Val Napoleon a décrit les expériences des peuples autochtones avec la protection de l'enfance comme suit :

[TRADUCTION] Nous avons une longue et triste histoire au Canada quant à la façon dont certains acteurs représentant la société non autochtone ont traité les enfants et les familles autochtones. Les pensionnats, dans leurs motifs et les mauvais traitements infligés, en sont un exemple notoire, tout comme la « rafle des années 60 » pendant laquelle de nombreux enfants autochtones ont été enlevés de force de leurs familles et communautés. Cette histoire fait partie d'une histoire plus longue de bouleversements sociaux majeurs causés par l'imposition,

¹⁸⁹ *Brown c. Canada (AG)*, 2017 ONSC 251.

la dépossession et l'oppression coloniales. Il est difficile de sous-estimer les traumatismes créés par ces mécanismes coloniaux, qu'ils aient été délibérés ou involontaires. Même si l'on retrouve une grande diversité de communautés autochtones, de cultures et de réactions au colonialisme sur le continent, à ma connaissance, aucune communauté n'a complètement échappé aux impacts dévastateurs de cet héritage douloureux. Plus que tout, l'héritage de l'intervention du gouvernement canadien dans les vies des enfants autochtones se caractérise par la perte. Les pertes les plus publiques sont les pertes absolues, soit la perte des enfants autochtones qui sont morts pendant qu'ils étaient sous les soins de l'État. Ces pertes publiques et absolues ont été accompagnées de plusieurs pertes moins publiques et moins permanentes, mais qui perturbent tout autant la survie des communautés et des enfants et familles. Cependant, au fur et à mesure que les politiques gouvernementales se sont orientées davantage sur le maintien des enfants autochtones dans des familles autochtones et que les communautés ont acquis davantage de contrôle sur les services à l'enfance, nous avons vu des morts tout aussi publiques d'enfants autochtones qui avaient été confiés à des familles ou à des organismes autochtones, avec des pertes d'une nature moins permanente et publique¹⁹⁰.

Les avocats doivent également être conscients de la « rafle du millénaire » actuelle et de l'appréhension discriminatoire continue des enfants autochtones¹⁹¹. Il y a davantage d'enfants sous tutelle de nos jours que dans les années 1960.

De nombreux avocats en droit de la famille semblent tenir pour acquis que « l'intérêt véritable de l'enfant » est un concept idéologique et culturellement neutre. Cependant, certains détracteurs ont démontré que ce concept se fonde sur des notions eurocentriques et libérales de l'enfance et de la loi. C'est une approche très individualiste de la famille qui ne concorde pas avec bien des pratiques autochtones en matière d'éducation des enfants ou en ce qui concerne la structure familiale. Il est important que les avocats comprennent que l'intérêt véritable de l'enfant n'est pas un concept neutre et qu'il a été utilisé comme outil juridique pour justifier la destruction de familles autochtones. Patricia Monture Angus a étudié comment le racisme est constitué et légitimé au moyen des structures juridiques du régime de protection de l'enfance en invoquant l'application de critères sur l'« intérêt véritable » qui ne respectent pas les différentes approches

¹⁹⁰ Val Napoleon, *Tragic Choices and the Division of Sorrow: Speaking about Race, Culture and Community Traumatization in the Lives of Children*, 25 Can. J. Fam. L. 223 (notes de bas de page supprimées).

¹⁹¹ Baskin, Strike, McPherson, *Long Time Overdue: An Examination of the Destructive Impacts of Policy and Legislation on Pregnant and Parenting Aboriginal Women and their Children*.

culturelles relatives à l'éducation des enfants et à la famille¹⁹². Les communautés autochtones ont leurs propres lois de « protection de l'enfance ».

Un certain nombre de projets de recours collectif à cet égard sont en cours d'un bout à l'autre du pays. Des travaux sont en cours pour améliorer la compétence culturelle au sein des organismes statutaires de protection de l'enfance.

Les conseils suivants des autorités australiennes sur la prestation de services adaptés à la culture des Autochtones de l'Australie pourraient être utiles :

- Offrez des services de façon créative et souple de façon à répondre aux besoins changeants de la communauté. Faites preuve de souplesse non seulement dans la façon de fournir les services, mais également dans l'endroit où ils sont offerts.
- Faites participer les membres de la communauté autochtone à la planification de la structure des services.
- Offrez les programmes dans des contextes informels et non menaçants, comme dans la maison d'une personne (même si ce n'est qu'au début).
- Veillez à ce que les coûts pour les utilisateurs des services soient les moins élevés possibles.
- Offrez les services « dans la langue » (la langue maternelle des habitants locaux) ou, si cela n'est pas possible, ayez des traducteurs ou des personnes qui peuvent présenter l'information dans un anglais clair et accessible. Il est également important de veiller à ce que les métaphores ou les exemples utilisés tiennent compte des visions du monde et des expériences des Autochtones.
- Recourez à des objets culturels dans les services et activités quotidiennes (p. ex. outils, nourriture et œuvres d'art autochtone traditionnel).
- Consultez la famille, la famille étendue et les membres de la communauté et faites-les participer à la prestation des services.
- Invitez les aînés autochtones à participer à l'exécution des programmes¹⁹³.

Les recommandations visant à améliorer l'expérience des peuples autochtones avec les services à l'enfance formulées dans le *Rapport du conseiller en affaires autochtones sur le bien-être de l'enfance autochtone en Ontario*¹⁹⁴ pourraient également être utiles.

¹⁹² P.A. Monture, *A Vicious Circle: Child Welfare Law and the First Nations* (1989-90) 3 C.J.W.L. 1. Voir également : Marlee Kline, *Best Interests of the Child' Ideology, and First Nations* (1992) 30 Osgoode Hall L.J.

¹⁹³ Rhys Price-Robertson and Myfanwy McDonald, *Working with Indigenous children, families, and communities: Lessons from practice*, <https://aifs.gov.au/cfca/publications/working-indigenous-children-families-and-communities>.

¹⁹⁴ http://www.children.gov.on.ca/htdocs/French/professionals/indigenous/child_welfare-2011.aspx.

La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario désigne les Premières Nations en tant que parties aux instances concernant des membres de leurs communautés. En plus de cette obligation légale de consulter, plusieurs Premières Nations ont adopté des résolutions exigeant qu'elles soient consultées avant que toute demande de mise en tutelle de la Couronne soit tranchée. La *Loi* contient plusieurs dispositions visant les personnes autochtones¹⁹⁵. Nous conseillons également aux avocats de tenir compte de l'obligation de consulter les représentants de la bande dans les affaires de protection de l'enfance.

À titre d'exemple de pratique spécialisée, l'avocat doit être conscient que la bande indigène est une partie intimée désignée dans les audiences de protection de l'enfance. L'avocat devrait demander à la bande quel est le bon représentant et quels sont les soins conformes aux traditions, les services de counselling et les autres options locales.

3.4 Comprendre et utiliser les protocoles existants pour les questions autochtones

Il existe déjà divers protocoles qui encadrent la façon de travailler avec les peuples et de traiter les questions autochtones dans différents contextes juridiques. Selon le cas et les parties concernées, le protocole peut ajouter une couche de procédures à suivre ou faciliter l'obtention de résultats plus rapides et plus efficaces. De nombreuses entités autochtones, gouvernementales et institutionnelles ont leurs propres protocoles.

Vous trouverez une liste de protocoles à la **section 4.4 ci-dessous**. La liste est fournie à titre d'exemple et n'est pas exhaustive. L'avocat devrait déterminer s'il existe des protocoles analogues pour l'affaire dont il est chargé et si le protocole en question est approprié ou suffisant à la lumière de l'information présentée dans le présent guide.

Ce domaine évolue rapidement à mesure que les acteurs gouvernementaux et non gouvernementaux élaborent des politiques et des protocoles ou les améliorent. Le Manitoba a récemment adopté la *The Path to Reconciliation Act*, laquelle exige que toutes les sociétés d'État et tous les ministères déploient des efforts pour favoriser la réconciliation. De telles lois pourraient donner naissance à de nouveaux droits si un

¹⁹⁵ Par exemple, la législation de l'Ontario énonce les Services aux familles et aux enfants Indiens et autochtones (Partie X); énonce au par. 1 (2) des objets particuliers en ce qui concerne les Autochtones, soit « que les populations indiennes et autochtones devraient avoir le droit de fournir, dans la mesure du possible, leurs propres services à l'enfance et à la famille, et que tous les services fournis aux familles et aux enfants indiens et autochtones devraient l'être d'une façon qui tient compte de leur culture, de leur patrimoine, de leurs traditions et du concept de la famille élargie »; et prévoit à l'art. 37 que « La personne tenue, en application de la présente partie, de rendre une ordonnance ou de prendre une décision dans l'intérêt véritable d'un enfant Indien ou autochtone tient compte de l'importance de maintenir l'identité culturelle de l'enfant en reconnaissance du caractère unique que revêtent la culture, le patrimoine et les traditions propres aux Indiens et aux autochtones ». L'avocat devrait consulter la législation des autres provinces et territoires afin de détecter toute disposition parallèle, le cas échéant.

ministère ne respecte pas cette nouvelle responsabilité légale. Il semblerait que l'Ontario envisage l'adoption d'une loi similaire.

4 **RESSOURCES**

Le présent guide se veut un document itératif et vivant. Il sera enrichi et modifié de temps à autre, toujours dans le but de favoriser la réconciliation. Si vous connaissez d'autres ressources qui devraient faire partie du guide, n'hésitez pas à nous en faire part par courriel : policy@advocates.ca.

4.1 **Protections constitutionnelles**

Article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 :

Maintien des droits et libertés des autochtones

Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada, notamment :

- a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

Article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 :

Confirmation des droits existants des peuples autochtones

(1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Définition de « peuples autochtones du Canada »

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.

Accords sur des

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les

revendications territoriales

droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

Égalité de garantie des droits

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Par. 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3

Autorité législative du parlement du Canada

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

...

24. Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens.

4.2 Grands arrêts

Dans cette section, nous avons tenté de résumer de façon concise et pratique certains des grands arrêts dans chacune des catégories indiquées. Nous invitons les lecteurs qui ont des suggestions supplémentaires à nous en faire part à policy@advocates.ca.

1. Les personnes visées par la définition du terme « Indien » au par. 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Reference re Eskimos, [1939] SCR 104 (*en anglais seulement*)

- Le par. 91 (24) englobe les Inuits.

Daniels c Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien), 2016 CSC 12

- Le par. 91 (24) vise tous les peuples autochtones, y compris les Indiens et les Métis non inscrits.

2. Compétence à l'égard des peuples autochtones

St. Catharines Milling and Lumber Co c. R, (1887) 13 SCR 577 (en anglais seulement)

- Dans un arrêt confirmé par le Conseil privé, la Cour suprême du Canada a statué que les titres ancestraux sur les terres, à l'exception des terres faisant partie des réserves indiennes, étaient dévolus à la Couronne et pouvaient être retirés à la discrétion de la Couronne.
- Cette affaire maintient encore la position selon laquelle les terres autochtones acquises par la Couronne par voie de traité appartiennent à la Couronne du chef de la province.

Kruger c. R, [1978] 1 RCS 104

- Les lois provinciales s'appliquent aux personnes autochtones à la condition qu'elles aient une portée uniforme sur l'ensemble du territoire et qu'elles n'aient pas pour effet de porter atteinte au statut ou aux droits d'un groupe particulier.

Derrickson c. Derrickson, [1986] 1 RCS 285

- Les dispositions de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique qui se rapportent au droit de propriété ou de possession des terres d'une réserve indienne ne s'appliquent pas.

Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission), 2003 CSC 55

- Les organismes administratifs provinciaux ont compétence pour trancher des questions autochtones relevant de l'art. 35.

NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union, 2010 CSC 45, [2010] 2 RCS 696

- Il n'y a aucune raison de traiter différemment la compétence dans les affaires de relations du travail lorsque le par. 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est en cause. Les tribunaux doivent tout de même appliquer le critère fonctionnel qui permet d'examiner la nature, le fonctionnement et les activités de l'entité. Ce n'est que si cette étape n'est pas concluante que le tribunal doit se demander si la réglementation, par la province, des relations de travail de l'entité porterait atteinte au « contenu essentiel » du chef de compétence fédéral en cause.

Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique, 2014 CSC 44

- Depuis 1982, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'applique plus dans le contexte des droits conférés par l'article 35.
- La réglementation provinciale d'application générale s'appliquera à l'exercice des droits ancestraux tels que le titre ancestral sur des terres, sous réserve de l'application du cadre d'analyse relatif à l'art. 35 qui permet de justifier une atteinte (voir *R c Sparrow*).

Tyendinaga Mohawk Council v Brant, 2014 ONCA 565

- Les cours supérieures provinciales ont une compétence inhérente sur les affaires qui leur sont soumises, nonobstant les affaires relevant de la *Loi sur les Indiens*.
- Aux termes du par. 89 (1) de la *Loi sur les Indiens*, les bandes indiennes ont la compétence nécessaire pour saisir les biens d'un Indien situés sur une réserve ou procéder à une exécution concernant ces biens.

3. Droits ancestraux et issus de traités

Nowegijick c. La Reine, [1983] 1 RCS 29

- Il faut donner au texte du traité la signification qu'elle aurait naturellement eue pour les parties à ce moment-là.

R c. Sioui, [1990] 1 RCS 1025

- L'objectif dans l'interprétation d'un traité est de choisir, parmi les différentes interprétations possibles de l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties au moment de la signature du traité.

R c. Sparrow, [1990] 1 RCS 1075

- Cet arrêt définit le critère à appliquer pour déterminer si une violation des droits ancestraux protégés par la Constitution (y compris les droits issus de traités) est justifiée.
- Les droits ancestraux qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont garantis par la Constitution.
- Pour déterminer si les droits ancestraux ou issus de traités ont subi une atteinte constituant une violation à première vue de l'art. 35, il faut poser certaines questions. Tout d'abord, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indument rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue.
- Si l'on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. C'est ce critère qui aborde la question de savoir ce qui constitue la réglementation légitime d'un droit ancestral garanti par la Constitution.
- L'analyse de la justification se déroulerait comme suit :
 - 1) Existe-t-il un objectif législatif régulier? (p. ex. la conservation de l'environnement)
 - 2) L'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'elle transige avec les peuples autochtones. Le groupe d'autochtones en question doit avoir été consulté et les droits ancestraux et issus de traités devraient avoir la priorité.
 - 3) A-t-on porté le moins possible atteinte aux droits en tentant d'obtenir le résultat souhaité?

R c. Badger, [1996] 1 RCS 771

- Cet arrêt fournit des lignes directrices pour l'interprétation des traités autochtones.
- Un traité est un « échange de promesses solennelles [...] dont le caractère est sacré ».
- Les droits ancestraux et les droits issus de traités ont en commun un caractère *sui generis* particulier.
- Les traités doivent être interprétés de façon libérale, et toute incertitude ou ambiguïté doit profiter aux signataires autochtones.
- Lorsque l'on tente d'établir l'intention commune des parties, l'intégrité et l'honneur de la Couronne doivent être présumés.
- Aucune apparence de « manœuvres malhonnêtes » ne doit être tolérée.
- Pour déterminer la compréhension et les intentions respectives des signataires, le tribunal doit être sensible aux différences culturelles et linguistiques uniques entre les parties.
- Il faut éviter de recourir à une interprétation technique ou contractuelle du texte des traités.
- Tout en donnant une interprétation généreuse du texte du traité, les tribunaux ne peuvent en modifier les conditions en allant au-delà de ce qui est réaliste ou de ce que « le langage utilisé [...] permet ».

R c. Van der Peet, [1996] 2 RCS 507

- « [...] La doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35 (1), et ce pour un fait bien simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. »
- Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question au moment du premier contact avec les Européens et la pratique doit encore exister aujourd'hui sous une certaine forme.

R c. Gladstone, [1996] 2 RCS 723

- À la suite de l'arrêt *R v Sparrow*, la CSC a clarifié que, dans le contexte des droits des pêcheries, lorsque le droit ancestral ne comporte pas de limite intrinsèque, la notion de « priorité » ne signifie pas que le droit est exclusif. L'État doit plutôt démontrer que, dans la répartition de la ressource, il a tenu compte de l'existence des droits ancestraux et réparti la ressource d'une manière qui respecte le fait que les titulaires de ces droits ont, en matière d'exploitation de la pêche, priorité sur les autres usagers.

R c. Côté, [1996] 3 RCS 139

- Les droits ancestraux peuvent exister indépendamment d'un titre ancestral de sorte qu'il n'est pas toujours nécessaire de prouver l'existence d'un titre ancestral sur une région (que ce soit en vertu de la common law ou de la *Proclamation royale de 1763*) comme préalable à l'existence d'un droit de pêche ancestral.

- Dans la mesure où un groupe autochtone peut démontrer qu'une coutume, une pratique ou une tradition particulière pratiquée sur le territoire concerné fait partie intégrante de sa culture distinctive, ce groupe aura alors prouvé qu'il a le droit ancestral de s'adonner à cette coutume, pratique ou tradition.

Delgamuukw c. Colombie-Britannique [1997] 3 RCS 1010

- La nature des droits ancestraux est que ces droits « visent à concilier l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire du Canada ».
- Le par. 35 (1) a conféré le statut constitutionnel au titre ancestral en common law.
- « [...] bien que le titre aborigène soit un type de droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35 (1), il est distinct des autres droits ancestraux parce qu'il naît lorsque le rapport entre un territoire et un groupe "avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale" ».
- « [L]es droits ancestraux qui sont reconnus et confirmés par le par. 35 (1) s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a les droits ancestraux qui sont des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question. Toutefois, le fait que le territoire sur lequel l'activité est pratiquée a été "occupé et utilisé" ne suffit pas "pour étayer la revendication du titre sur celui-ci" [...] Néanmoins, ces activités bénéficient de la protection de la Constitution. Au milieu du spectre, on trouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et, de fait, pourraient même être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière. Bien qu'un groupe autochtone puisse être incapable de démontrer l'existence d'un titre sur le territoire, il peut quand même avoir le droit – spécifique à un site – de s'adonner à une activité particulière. [...] À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit [qui] confère quelque chose de plus que le droit d'exercer des activités spécifiques à un site qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions de cultures autochtones distinctives. L'existence de droits spécifiques à un site peut être établie même si l'existence d'un titre ne peut pas l'être. Ce que le titre aborigène confère c'est le droit au territoire lui-même ».

R c. Sundown, [1999] 1 RCS 393

- Les droits issus de traités des peuples autochtones ne doivent pas être interprétés de façon statique ou rigide. Ils ne sont pas « figés dans le temps » en date de la signature du traité. Le tribunal qui les interprète doit actualiser les droits issus de traités pour tenir compte de leur exercice moderne. Pour ce faire, le tribunal doit déterminer quelles sont les pratiques modernes qui sont raisonnablement accessoires à l'exercice du droit fondamental issu de traités dans son contexte moderne.

R c. Marshall, [1999] 3 RCS 456

- Pour un résumé des principes qui gouvernent l'interprétation des traités énumérés ci-dessous, voir le paragraphe 78 de l'arrêt *Marshall*.

VERSION POUR PUBLICATION – 8 mai 2018

Prière d'envoyer vos commentaires à policy@advocates.ca.

R c. Powley, [2003] 2 RCS 207, 2003 CSC 43

- Pour déterminer quels sont les droits ancestraux des Métis en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il faut tenir compte de considérations particulières en raison de l'ethnogenèse postérieure au contact et de l'histoire distinctive des Métis.
- Le fait que les Métis sont apparus entre le premier contact et la mainmise effective des Européens doit être pris en compte pour déterminer la date de la mainmise effective des Européens sur la région pertinente.

Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks, 2010 CSC 53

- « La réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel : voilà le noble objectif de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. »
- Cet arrêt s'appuie sur le jugement rendu dans l'affaire *Mikisew Cree* et établit comment l'obligation de consulter s'applique aux actions des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux qui pourraient avoir des conséquences négatives sur les terres et les ressources visées par les accords de revendications territoriales plus récents. La Cour a statué que l'obligation de consulter découle du principe de l'honneur de la Couronne et que ce principe existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités. L'obligation de consulter peut s'appliquer lorsque les actions de la Couronne peuvent avoir des répercussions négatives sur les droits issus de traités. Le traité Première nation de Little Salmon/Carmacks (PNLSC) n'est pas un « code complet » de toutes les obligations qui pourraient exister entre les parties.
- Pour évaluer comment l'obligation de consulter s'applique aux questions visées par un traité, la première étape consiste à en examiner les dispositions. Le traité lui-même pourrait indiquer comment le gouvernement doit s'acquitter de l'obligation de consulter.
- La Cour a réitéré l'importance de l'honneur de la Couronne en tant que principe constitutionnel qui oriente tous ses rapports avec les peuples autochtones, y compris l'interprétation et la mise en œuvre des traités. La Cour a réitéré l'importance des traités pour contribuer au processus de réconciliation et faciliter la gestion de la relation continue entre la Couronne et les groupes autochtones.

Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général), 2011 CSC 56, [2011] 3 RCS 535

- Bien que les droits ancestraux ne soient pas figés dans le temps, le droit revendiqué ne doit pas être différent sur les plans qualitatif et quantitatif du droit ancestral en cause.
- Il peut être insuffisant de démontrer qu'une certaine forme de commerce faisait partie du « mode de vie » précontact des ancêtres d'une bande pour fonder un droit de commerce plus général si cette forme de commerce n'en était pas un élément distinctif ou n'en faisait pas partie intégrante.
- Les demandeurs autochtones seront assujettis à une norme raisonnable en ce qui concerne les plaidoiries et la preuve. Dans les litiges autochtones, les tribunaux ne

devraient pas aller trop loin au-delà des actes de procédure ni procéder à une enquête sur les pratiques et le mode de vie historiques des demandeurs.

Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles), 2014 CSC 48

- L'Ontario a compétence sur les terres publiques en Ontario et en est propriétaire.
- Les deux ordres de gouvernement sont assujettis aux obligations de la Couronne envers les Premières Nations.
- Voir également « Revendications territoriales » ci-dessous.

4. Autonomie gouvernementale (voir également la catégorie « droits ancestraux » ci-dessus)

R c. Pamajewon, [1996] 2 RCS 821

- *Pamajewon* est la seule affaire où la Cour suprême du Canada s'est penchée directement sur le droit à l'autonomie gouvernementale.
- La CSC a « suppos [é], sans toutefois en décider, que le par. 35 (1) vise les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale » et a statué que « [d] ans la mesure où elles peuvent être présentées en vertu du par. 35 (1), les revendications d'autonomie gouvernementale ne diffèrent pas des autres prétentions à la jouissance de droits ancestraux, et elles doivent, de ce fait, être appréciées au regard de la même norme. »
- « [L] a norme juridique pertinente [est] celle établie dans *R. c. Van der Peet*. »

Campbell et al c. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al., 2000 BCSC 1123

- Entre autres, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit constitutionnellement la forme limitée d'autonomie gouvernementale qu'ont conservée les demandeurs après l'affirmation de la souveraineté.
- Le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral qui a survécu à titre de « valeur sous-jacente » non écrite de la Constitution. Ce droit ne faisait pas partie des pouvoirs distribués au Parlement et aux législatures en 1867. La division des pouvoirs entre le fédéral et les provinces en 1867 se rapportait à une question différente et représentait une division « interne » au sein de la Couronne.
- Bien que le droit des peuples autochtones de se gouverner eux-mêmes ait été diminué après la Confédération, il n'a pas été aboli. Après la Confédération, jusqu'en 1982, tout droit à l'autonomie gouvernementale conféré aux peuples autochtones pouvait être aboli par une loi fédérale qui énonçait clairement cette intention ou pouvait être remplacé ou modifié par la négociation d'un traité. Depuis 1982, de tels droits ne peuvent être abolis, mais peuvent être définis (précisés) dans un traité.

5. Terres et « revendications territoriales » (voir également la catégorie « Droits ancestraux » ci-dessus)

Calder et al c. Procureur Général de la Colombie-Britannique [1973] RCS 313

- L'occupation historique des terres par les peuples autochtones (et non la Proclamation royale de 1763) est le fondement des droits juridiques des peuples autochtones relatifs au territoire.
- Une fois qu'un titre ancestral est établi, il est présumé demeurer à moins d'avoir été éteint par cession ou par une loi.

Guerin c. La Reine, [1984] 2 RCS 335

- Le titre ancestral est un droit de nature unique ou *sui generis*.

Delgamuukw c. Colombie-Britannique [1997] 3 RCS 1010

- Le titre ancestral a un caractère *sui generis*, car il découle d'une possession antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique, tandis que les domaines ordinaires, comme le fief simple, ont pris naissance par la suite.
- Les trois caractéristiques générales des titres ancestraux comprennent ce qui suit :
 - 1) Le titre ancestral découle de l'occupation antérieure par les peuples autochtones du territoire maintenant appelé le Canada (et non, par exemple, de la Proclamation royale de 1763, laquelle ne fait que reconnaître le titre ancestral).
 - 2) Même si la province obtient un titre absolu lors de la cession d'un titre ancestral, le pouvoir d'accepter les cessions appartient au gouvernement fédéral. Cela s'applique également à l'extinction.
 - 3) Le titre ancestral ne peut pas être détenu par une personne autochtone en particulier; il s'agit d'un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone.
- « [L]e contenu du titre aborigène peut être résumé au moyen de deux énoncés : premièrement, le titre aborigène comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive; deuxièmement, ces utilisations protégées ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres. »

Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique, 2014 CSC 44

- L'arrêt *Tsilhqot'in* marque la première et unique fois que la Cour suprême du Canada a déclaré un titre ancestral.
- Le titre ancestral confère des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple, y compris le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive.

- Pour justifier qu'il puisse passer outre aux volontés du groupe qui détient le titre ancestral au motif que l'atteinte sert l'intérêt général du public, le gouvernement doit établir :
 - 1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement;
 - 2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel;
 - 3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe.
- Fait important, la déclaration de titre ancestral ne s'applique pas aux terrains privés ou aux terres submergées.

Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles) [2014] 2 RCS 447, 2014 CSC 48

- Bien que le gouvernement fédéral ait compétence sur les « Indiens et [l]es terres réservées aux Indiens » en vertu du par. 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, aux termes des dispositions 109, 92 A et 92 (5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, seule la province peut « prendre » des terres visées par le traité et les soumettre à sa réglementation en conformité avec le traité et avec les obligations que lui impose l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
- Bien que le traité en cause ne fasse mention que du « gouvernement du Dominion du Canada », le traité a été conclu entre la « Couronne » et le groupe autochtone.
- La « Couronne » est un concept qui englobe l'État dans sa globalité. La mention du Canada s'explique par le fait que les terres se trouvaient alors au Canada, et non en Ontario.
- Le droit de la Couronne de prendre des terres visées par le traité est assujéti à son obligation de consulter et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts des Premières Nations au préalable.
- Lorsque la « prise » de terres visées par le traité aura pour effet de porter atteinte au traité, l'analyse des arrêts *Sparrow* et *Badger* fondée sur l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permettra de statuer sur la justification de l'atteinte.

6. Rapport fiduciaire

Guerin c. La Reine, [1984] 2 RCS 335

- Les obligations fiduciaires sont une caractéristique permanente du rapport entre la Couronne et les Premières Nations. La Couronne a pour la première fois endossé cette responsabilité dans la Proclamation royale de 1763 lorsqu'elle a déclaré que les terres indiennes étaient inaliénables, sauf dans le cas d'une cession à la Couronne.
- « [...] lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'equity vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la personne en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer. »

R c. Sparrow, [1990] 1 RCS 1075

- Le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones.
- Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques.

Bande indienne de la rivière Blueberry c Canada (ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1995] 4 RCS 344

- Lorsque des terres de réserve sont vendues même si l'obligation de fiduciaire touchant l'administration des terres de réserve a cessé, l'obligation de fiduciaire de la Couronne persiste et la Couronne doit donc corriger toute erreur commise (c.-à-d. elle a l'obligation de continuer d'agir dans l'intérêt véritable de la bande).

Bande indienne Wewaykum c. Canada, [2002] 4 RCS 245, 2002 CSC 79

- Le principe selon lequel les obligations qui existent entre les parties à des relations fiduciaires n'ont pas nécessairement toutes un caractère fiduciaire s'applique à la relation entre la Couronne et les peuples autochtones.
- Le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne varie selon la nature et l'importance des intérêts à protéger et ne constitue pas une garantie générale. Plus particulièrement, les obligations sont différentes ou moindres avant la création d'une réserve qu'après sa création.
- Les délais de prescription de la province s'appliquent aux revendications autochtones (*obiter dictum*).

Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada, 2009 CSC 9 [2009] 1 RCS 222

- Aux termes du Traité n° 6 conclu en 1876, les obligations fiduciaires de la Couronne en ce qui concerne les redevances des bandes ne comprenaient pas le pouvoir ou l'obligation d'investir les redevances. Bien que la relation soit fiduciaire, le traité n'exprimait pas l'intention d'imposer à la Couronne les obligations d'un fiduciaire de common law.

7. L'obligation de consulter et d'accommoder

Nation haïda c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts), 2004 CSC 73

- À quel moment l'obligation de consulter prend-elle naissance? Critère en trois parties :
 - 1) La Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral [...]
 - 2) [...] et envisage des mesures [...]
 - 3) [...] susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci [...].
- « L'obligation de consulter s'inscrit dans un continuum. À une extrémité du continuum se trouvent les cas où la revendication de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d'atteinte faible. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur

communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis. [...] À l'autre extrémité du continuum, on trouve les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé. Dans de tels cas, il peut s'avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable. Quoique les exigences précises puissent varier selon les circonstances, la consultation requise à cette étape pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision. Cette liste n'est pas exhaustive et ne doit pas nécessairement être suivie dans chaque cas. [...] Entre les deux extrémités du continuum décrit précédemment, on rencontrera d'autres situations. Il faut procéder au cas par cas [et] faire preuve de souplesse. »

Première nation crie Mikisew c. Canada (ministre du Patrimoine canadien) [2005] 3 RCS 388, 2005 CSC 69

- « L'objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs. La gestion de ces rapports s'exerce dans l'ombre d'une longue histoire parsemée de griefs et d'incompréhension. La multitude de griefs de moindre importance engendrés par l'indifférence de certains représentants du gouvernement à l'égard des préoccupations des peuples autochtones, et le manque de respect inhérent à cette indifférence ont causé autant de tort au processus de réconciliation que certaines des controverses les plus importantes et les plus vives. Et c'est le cas en l'espèce. »
- « [L] » honneur de la Couronne imprègne chaque traité et l'exécution de chaque obligation prévue au traité. En conséquence, le Traité n° 8 est à l'origine des droits de nature procédurale des Mikisew (p. ex. la consultation) ainsi que de leurs droits substantiels (p. ex. les droits de chasse, de pêche et de piégeage). Si la Couronne avait foncé pour mettre en œuvre le projet de route d'hiver sans consultation adéquate, elle aurait violé ses obligations procédurales, outre le fait que les Mikisew auraient peut-être pu établir que la route d'hiver violait en plus les obligations substantielles que le traité impose à la Couronne. »
- « Dans cette affaire, étant donné que la Couronne se propose de construire une route d'hiver relativement peu importante sur des terres cédées où les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la "prise", j'estime que l'obligation de la Couronne se situe plutôt au bas du continuum [comme cela avait été établi dans *Haïda*]. La Couronne devait aviser les Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux (et non, comme cela semble avoir été le cas en l'espèce, après coup lorsqu'une consultation publique générale a été tenue auprès des utilisateurs du parc). Ce dialogue aurait dû comporter la communication de renseignements sur le projet traitant des intérêts des Mikisew connus de la Couronne et de l'effet préjudiciable que le projet risquait d'avoir, selon elle, sur ces intérêts. La Couronne devait demander aux Mikisew

VERSION POUR PUBLICATION – 8 mai 2018

Prière d'envoyer vos commentaires à policy@advocates.ca.

d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Mikisew. Elle n'a pas respecté cette obligation lorsqu'elle a déclaré unilatéralement que le tracé de la route serait déplacé de la réserve elle-même à une bande de terre à la limite de celle-ci. »

Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks, 2010 CSC 53

- L'obligation de consulter et l'obligation d'accommoder et ne devraient pas être considérées indépendamment de l'objectif qu'elles visent à atteindre, soit la réconciliation et le maintien de l'honneur de la Couronne.

Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani, 2010 CSC 43 [2010] 2 RCS 650

- « Le législateur peut décider de lui déléguer l'obligation de la Couronne de consulter. [...] Sinon, il peut lui confier le seul pouvoir de décider si une consultation adéquate a eu lieu, l'exercice de ce pouvoir faisant dès lors partie de son processus décisionnel. En pareil cas, le tribunal administratif ne participe pas à la consultation. Il s'assure plutôt que la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter une Première nation en particulier sur un éventuel effet préjudiciable de la décision en cause sur ses droits ancestraux.»
- « Le tribunal administratif appelé à examiner une question ayant trait à une ressource et ayant une incidence sur des intérêts autochtones peut n'avoir ni l'une ni l'autre de ces obligations, n'avoir que l'une d'elles ou avoir les deux, selon les attributions que lui confère le législateur. Tant son pouvoir légal d'examiner une question de droit que celui d'accorder réparation sont pertinents pour circonscrire sa compétence [...]. Ils sont donc aussi pertinents pour déterminer si un tribunal administratif particulier est tenu d'effectuer une consultation ou de se pencher sur la consultation, ou s'il n'a aucune obligation en la matière. »

Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique, 2014 CSC 44

- « L'obligation de consultation est une obligation procédurale que fait naître l'honneur de la Couronne avant que l'existence du titre soit confirmée. Lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle ou réelle du titre ancestral et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ce titre, elle est tenue de consulter le groupe qui revendique le titre ancestral et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements au droit ancestral. L'obligation de consultation doit être respectée avant la prise de mesures pouvant avoir un effet préjudiciable sur le droit. »

Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc., 2017 CSC 40, [2017] 1 RCS 1069

- « À notre avis, bien que la Couronne puisse s'en remettre aux mesures prises par un organisme de réglementation pour satisfaire [...] à son obligation de consulter et [...] à son obligation d'accommoder, c'est toujours à elle qu'incombe la responsabilité ultime de veiller au caractère adéquat de la consultation. »
- « Lorsque le processus réglementaire auquel s'en remet la Couronne ne lui permet pas de satisfaire adéquatement à son obligation de consulter ou d'accommoder, elle

VERSION POUR PUBLICATION – 8 mai 2018

Prière d'envoyer vos commentaires à policy@advocates.ca.

doit prendre des mesures supplémentaires pour ce faire. Elle pourrait devoir combler les lacunes soit au cas par cas, soit de manière plus systématique au moyen de modifications législatives ou réglementaires [...]. Elle pourrait également exiger la présentation d'observations à l'organisme de réglementation, demander le réexamen de la décision ou solliciter le report de l'audience afin de mener d'autres consultations dans le cadre d'un processus distinct avant que la décision ne soit rendue. »

Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc, 2017 CSC 41

- Cette décision confirme que la Couronne peut se fonder sur les mesures prises par un organisme administratif pour satisfaire à son obligation de consulter dans la mesure où ce dernier dispose du pouvoir légal de faire ce que l'obligation de consulter impose dans les circonstances. Si les pouvoirs que la loi confère à l'organisme sont insuffisants dans les circonstances, ou si l'organisme ne prévoit pas des consultations et des accommodements adéquats, la Couronne doit prévoir d'autres avenues de consultation et d'accommodement véritables qui lui permettront de satisfaire à son obligation avant que le projet ne soit approuvé.
- Si l'obligation de la Couronne de procéder à une consultation a pris naissance, un décideur ne peut approuver un projet que si cette consultation est adéquate.

8. Droit criminel

R c. Gladue, [1999] 1 RCS 688

- « Dans la détermination de la peine à infliger à un délinquant autochtone, comme pour tout autre délinquant, l'analyse doit être holistique et viser à déterminer la peine indiquée dans les circonstances. Il n'existe pas de critère unique qui guidera le juge qui prononce la peine. Le juge est tenu de prendre en considération toutes les circonstances entourant l'infraction, le délinquant, les victimes et la communauté, y compris les circonstances particulières dans lesquelles se trouve le délinquant en tant qu'autochtone. La détermination de la peine exige la sensibilisation aux difficultés auxquelles les autochtones ont fait face dans le système de justice pénale et dans la société en général. Procédant à l'examen de ces circonstances au regard des buts et des principes de détermination de la peine énoncés à la partie XXIII du *Code criminel* et reconnus par la jurisprudence, le juge doit s'efforcer d'en arriver à une peine juste et appropriée dans les circonstances. Sous le régime de l'al. 718.2 e) [du *Code criminel*], les juges ont la latitude et le pouvoir discrétionnaire voulus pour examiner, dans les circonstances qui s'y prêtent, les peines substitutives appropriées pour le délinquant autochtone et la communauté, tout en respectant l'objectif et les principes énoncés de détermination de la peine. De cette façon, il est possible de conserver l'accent que mettent les peuples autochtones sur la guérison et le rétablissement tant de la victime que du délinquant. »
- L'alinéa 718.2 e) s'applique à tous les délinquants autochtones où qu'ils résident, à l'intérieur comme à l'extérieur d'une réserve, dans une grande ville ou dans une zone rurale.

- Il s'avèrera généralement qu'en pratique les infractions particulièrement violentes ou graves entraîneront l'emprisonnement pour les délinquants autochtones aussi souvent que pour les délinquants non autochtones.

R c. Ipeelee, 2012 CSC 13

- Les principes *Gladue* s'appliquent dans toutes les affaires où un délinquant autochtone est en cause, y compris lorsque le tribunal doit déterminer une peine appropriée pour la violation d'une ordonnance de surveillance de longue durée dans le cas d'un délinquant autochtone.

R c. Kokopenace, 2015 CSC 28

- Cet arrêt se penche sur les exigences relatives au caractère représentatif du jury dans le contexte des délinquants autochtones.
- « La représentativité est un aspect important du jury, mais elle a un sens restreint. Il faut un "échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement" [...] Il n'existe aucun droit à une liste de jurés d'une composition précise, ni à une liste qui représente proportionnellement tous les différents groupes de la société canadienne. Les tribunaux ont systématiquement rejeté l'idée que l'accusé a droit à une liste de jurés ou à un petit jury composé d'un nombre précis de membres de sa race. »
- *Remarque* : La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell, dissidents, ont déclaré ce qui suit : « Un Autochtone devant être jugé pour meurtre a été forcé de choisir un jury à partir d'une liste des jurés de laquelle était exclue une bonne partie de la collectivité sur le fondement de la race — la sienne. Cette situation déconsidère à mon avis l'administration de la justice et ébranle la confiance du public dans l'équité du processus pénal. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. [...] Certes, la sous-représentation des Autochtones sur les listes des jurés a de nombreuses causes profondes. Or, à mon avis il faut voir la *Charte* comme un moteur de changement, et non s'en servir pour renvoyer à autrui la responsabilité d'accorder réparation. »

R c. Sim, 78 OR (3d) 183, 67 WCB (2d) 431 (ONCA)

- La Cour d'appel de l'Ontario a étendu la portée des principes *Gladue* aux décisions de la Commission ontarienne d'examen. Les principes *Gladue* entrent en jeu lorsqu'un décideur prend des décisions, à toute étape du système judiciaire, qui touchent la liberté d'une personne autochtone.

R c. Jensens, [1997] 1 RCS 304, 1997 CanLII 368 (CSC)

- Les considérations de type *Gladue* doivent être prises en compte même lorsque la question à trancher est la période d'inadmissibilité à une libération conditionnelle à la suite d'une condamnation pour meurtre au deuxième degré.

R c. Brizard, 68 WCB (2d) 556, 2006 CanLII 5444 (ONCA)

- La Cour d'appel a réaffirmé que l'al. 718.2e) et les principes *Gladue* s'appliquent à tous les délinquants autochtones, même ceux qui n'entretiennent pas des liens avec la communauté autochtone.

R c. Kakekagamick (I), 69 WCB (2d) 157 (ONCA)

- Si le juge prononçant la peine ne tient pas compte de l'al. 718.2e) lorsqu'il détermine la peine d'un délinquant autochtone, la cour d'appel peut demander un rapport de type *Gladue*.

R c. Kakekagamick (II), 70 WCB (2d) 470, 214 OAC 127 (ONCA)

- La Cour d'appel a fourni plus de précisions sur sa décision dans *Brizard* et a indiqué que les juges prononçant la peine ne doivent pas se cantonner à mentionner le fait qu'un délinquant est autochtone afin de satisfaire au critère de l'al. 718.2e). De plus, la Cour a précisé de nouveau la méthodologie à suivre pour déterminer la peine d'un délinquant autochtone et a discuté de l'information que le juge doit obtenir et prendre en compte.

9. Compétence du Tribunal des revendications particulières

Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord), 2008 CSC 4

- La Première Nation a demandé la permission d'interjeter appel d'une décision de la Cour d'appel fédérale (le Canada avait demandé à la CAF de procéder à un contrôle judiciaire de la décision du Tribunal des revendications particulières). La Cour suprême du Canada a accueilli l'appel. C'était la première fois que la CSC se penchait sur les politiques du Canada relatives aux revendications particulières, sur la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* et sur la norme de contrôle du Tribunal. La Cour a statué que les décisions du Tribunal sur les questions de fait, les questions mixtes de fait et de droit, et le droit sont assujetties à la déférence et que la norme de la décision raisonnable est celle qui s'applique.

4.3 Principales sources non judiciaires

Bibliothèque et Archives Canada – Traités, cessions et ententes :

<http://www.bac-lac.gc.ca/fra/decouvrez/patrimoine-autochtone/premieres-nations/traites-cessions-ententes/Pages/introduction.aspx>

Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution (Digest of Findings and Recommendations, 1989) :

https://novascotia.ca/just/marshall_inquiry/docs/Royal%20Commission%20on%20the%20Donald%20Marshall%20Jr%20Prosecution_findings.pdf

Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones (rapport final, 1996) :

<http://www.bac-lac.gc.ca/fra/decouvrez/patrimoine-autochtone/commission-royale-peuples-autochtones/Pages/rapport.aspx>

VERSION POUR PUBLICATION – 8 mai 2018

Prière d'envoyer vos commentaires à policy@advocates.ca.

Aboriginal Justice Implementation Commission (Manitoba), *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1999) : <http://www.ajic.mb.ca/volume.html>

Amnistie internationale, *Stolen Sisters: A Human Rights Response to Discrimination and Violence against Indigenous Women in Canada* (2004) :
<https://www.amnesty.ca/sites/amnesty/files/amr200032004enstolensisters.pdf>

Commission of Inquiry Into Matters Relating to the Death of Neil Stonechild (Final Report, 2004) :
http://www.publications.gov.sk.ca/freelaw/Publications_Centre/Justice/Stonechild/Stonechild-FinalReport.pdf

Commission d'enquête sur Ipperwash (rapport final, 2007) :
<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/ipperwash/fr/report/index.html>

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007) :
http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf

Human Rights Watch, *Ceux qui nous emmènent : Abus policiers et lacunes dans la protection des femmes et filles autochtones dans le nord de la Colombie-Britannique, Canada* (2013) : <https://www.hrw.org/fr/report/2013/02/13/ceux-qui-nous-emmenent/abus-policiers-et-lacunes-dans-la-protection-des-femmes-et>

Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci, *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario* (2013) :
https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/iacobucci/First_Nations_Representation_Ontario_Juries.html

Commission canadienne des droits de la personne, *Hommage à la résilience de nos sœurs : améliorer l'accès à la protection des droits de la personne pour les femmes et les filles autochtones* (2013-2014) :
http://www.ccdp-chrc.ca/sites/default/files/roundtable_summary_report_fra.PDF

Association du Barreau autochtone, *Accessing Justice and Reconciliation Project* (Final Report, 2014):
https://indigenoubar.ca/indigenoulaw/wp-content/uploads/2013/04/iba_ajr_final_report.pdf

Commission de vérité et de réconciliation du Canada (rapport final, 2015) :
<https://nctr.ca/documents/rapports/?lang=fr>

4.4 Protocoles qui régissent les rapports avec les peuples autochtones et la façon de traiter les questions autochtones

1. Protocoles gouvernementaux

- Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones (juillet 2017) :
<http://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/principes-principles.html>
- Gouvernement du Canada, Affaires autochtones et du Nord Canada — Consultation et accommodement des Autochtones — Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter (mars 2011) :
<https://rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100014664/1609421824729>
- Gouvernement du Canada, Bureau de gestion des grands projets — Engagement précoce des Autochtones : un guide à l'intention des promoteurs de grands projets de ressources :
<http://bggp.gc.ca/description-projet/89>
- Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest — Traditional Knowledge Policy :
<http://www.enr.gov.nt.ca/en/services/traditional-knowledge>
- Gouvernement de la Colombie-Britannique — Consulting with First Nations :
<http://www2.gov.bc.ca/gov/content/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations>
- Gouvernement de l'Alberta — Indigenous consultations in Alberta:
<https://www.alberta.ca/indigenous-consultations-in-alberta.aspx>
- Gouvernement de la Saskatchewan — First Nation and Metis Consultation Policy Framework (juin 2010) :
<http://publications.gov.sk.ca/documents/313/98187-Consultation%20Policy%20Framework.pdf>
- Gouvernement du Manitoba — Crown Consultation Policy :
<https://www.gov.mb.ca/imr/ir/reconciliation-strategy/duty-to-consult-framework.html>
- Gouvernement de l'Ontario — Projet de lignes directrices à l'intention des ministères concernant les consultations avec les peuples autochtones sur les droits ancestraux et les droits issus de traités :
<https://www.ontario.ca/fr/page/projet-de-lignes-directrices-lintention-des-ministeres-concernant-les-consultations-avec-les-peuples>
- Gouvernement du Nouveau-Brunswick — Politique du gouvernement du Nouveau-Brunswick sur l'obligation de consulter :
<http://www2.gnb.ca/content/dam/gnb/Departments/aas-saa/pdf/fr/Politiquesurobligationdeconsultery.pdf>
- Gouvernement de la Nouvelle-Écosse — Consultation :
<https://novascotia.ca/abor/office/what-we-do/consultation/>

- Gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard — Mi'kmaq-Prince Edward Island Consultation Agreement :
http://www.gov.pe.ca/photos/original/aas_consult.pdf
- Gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador — Aboriginal Consultation Policy (avril 2013) :
http://www.laa.gov.nl.ca/laa/publications/Aboriginal_consultation.pdf

2. Protocoles des Premières Nations

- Six Nations of the Grand River — Consultation & Accommodation Policy :
<https://www.sixnations.ca/LandsResources/LRConsultationPolicySept2413.pdf>
- Curve Lake First Nation — Consultation and Accommodation Standards :
https://www.selwyntownship.ca/en/township-hall/resources/Building_Planning/Curve-Lake-First-Nation-Consultation-and-Accommodations-Standards.pdf
- shíshálh Nation Lands and Resources Decision-Making Policy :
<https://shishalh.com/wp-content/uploads/2018/10/Decision-Making-Policy.pdf>
- First Nations of Quebec and Labrador Consultations Protocol (octobre 2005) :
http://fnqlsdi.ca/wp-content/uploads/2013/05/protocole_consultation_2005_en.pdf
- Alderville First Nation Consultation Protocol :
<http://alderville.ca/wp-content/uploads/2017/02/AFNProtocol2.pdf>
- Walpole Island First Nation Consultation and Accommodation Protocol :
http://wifncap.weebly.com/uploads/2/6/0/8/2608010/wifn_cap_06_29_09.pdf
- Nishnawbe Aski Nation — A Handbook on Consultation in Natural Resource Development (3^e édition, 2007)
- Ginoogaming First Nation — Consultation and Accommodation Protocol :
https://registrydocumentsprd.blob.core.windows.net/commentsblob/project-54755/comment-55802/210726_Letter_GFN_JRP_Marathon%20Palladium%20EA_Comments_Signed.pdf (Le protocole commence à la page 5)
- Taykwa Tagamou Nation — Consultation and Accommodation Protocol (janvier 2011) :
<https://caid.ca/TayTakConPro2011.pdf>
- Centre national pour la gouvernance des Premières nations — Crown Consultation Policies and Practices Across Canada (2009):
<https://caid.ca/NCFNG-CroConPol2009.pdf>
- Centre national pour la gouvernance des Premières nations — First Nation Consultation Framework (2008) : https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/06/First_Nation_ConsultationFramework.pdf

3. Protocoles d'organismes privés

- Association for Mineral Exploration British Columbia — Aboriginal Engagement Guidebook: A Practical and Principled Approach for Mineral Explorers :
<https://amebc.ca/wp-content/uploads/2017/04/aboriginal-engagement-guidebook-revised-may-2015.pdf>
- Ontario Power Generation — Indigenous Relations Policy :
<http://www.opg.com/communities-and-partners/Indigenous-communities/RelationsPolicy/Pages/Relations-Policy.aspx>

4. Protocoles d'organismes d'application de la loi

- Nishnawbe-Aski Legal Services Corporation et Police provinciale de l'Ontario :
<https://nanlegal.on.ca/wp-content/uploads/2018/11/nalsc-opp-nw-region-police-protocol-august-10-2012.pdf>
- Assemblée des Premières Nations et Gendarmerie royale du Canada:
<http://www.afn.ca/uploads/files/afn-rcmp.pdf>
- Sécurité publique Canada — First Nations Policing Program – Community Tripartite Agreement Toolkit:
<http://www2.gov.bc.ca/assets/gov/law-crime-and-justice/criminal-justice/police/publications/agreements/community-consultative-group-toolkit.pdf>
- Sécurité publique Canada — Étude comparative des modèles de police des Indigènes au Canada, aux États-Unis, en Australie et en Nouvelle-Zélande :
<https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/cmprsn-ndgns-plcng/cmprsn-ndgns-plcng-fra.pdf>
- Association canadienne de gouvernance de police — Governance of Policing and First Nations Communities: A National Perspective :
<http://capg.ca/wp-content/uploads/2013/05/Governance-of-Policing-and-First-Nations-Communities-Report-2015.pdf>
- Canadian Innovations in the Provision of Policing Services to Aboriginal Peoples (John H. Hylton) :
https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/ipperwash/policy_part/research/pdf/John_Hylton_Canadian_Innovations.pdf
- Best Practices on Policing Aboriginal Occupations arising from the Ipperwash Inquiry :
https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/ipperwash/report/vol_2/pdf/E_Vol_2_CH09.pdf
- SPVM et Réseau pour la stratégie de la communauté autochtone urbaine de Montréal :
<http://reseaumtlnetwork.com/wp-content/uploads/2019/02/Accord-de-collaboration-SPVM-R-SEAU.pdf>

- Peterborough Domestic Abuse Network — Domestic Violence Response Protocol for the Peterborough Region :
https://www.pdan.info/pdf/DVRP_final07.pdf
- Ontario North East Region Police and School Protocol :
<https://www.hscdsb.on.ca/wp-content/uploads/2021/05/Board-and-Police-Services-Protocol-2016.pdf>
- Police/School Board Protocol :
<https://www.pvnccdsb.on.ca/wp-content/uploads/2018/07/PoliceSchoolBoardProtocolDocumentFINAL-September2016.pdf>

5. Protocoles des milieux de l'éducation et du travail

- Pratiques exemplaires permettant d'accroître les taux de scolarisation postsecondaire des autochtones, Conseil des ministres de l'Éducation (mai 2002)
- Understanding the Value, Challenges, and Opportunities of Engaging Métis, Inuit, and First Nations Workers, Le Conference Board du Canada (juillet 2012)
- Successful Practices in First Nations, Métis, and Inuit Education, Gouvernement de l'Alberta (2012)
- Aboriginal Workplace Integration in the North, Subventions pour la synthèse des connaissances, Conseil de recherches en sciences humaines (novembre 2015) (voir les « Best Practices » aux pages 15-19)

6. Protocoles des milieux de l'énergie et des ressources naturelles

- Collaboration between Aboriginal peoples and the Canadian forestry industry: a dynamic relationship, Réseau de gestion durable des forêts (2010)
- First Nations Engagement in the Energy Sector in Western Canada, Conseil des ressources indiennes (2016)
- Partnerships in Procurement Understanding Aboriginal business engagement in the Canadian mining industry, Conseil canadien pour le commerce autochtone (2016) (voir « A Framework for partnerships in procurement » à la p. 20)

7. Protocoles du milieu des affaires

- Aboriginal Economic Development in Canada: Best Practices, Policies and Strategies, First Peoples Group (2009)
- The Duty to Consult with Aboriginal Peoples: A Patchwork of Canadian Policies, Fraser Institute (mai 2016)
- Building Relationships with First Nations: Respecting Rights and Doing Good Business, BC Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation

8. Protocoles des milieux des soins de santé et du travail social

- Working with First Nations, Inuit and Métis Families who have Experiences Family Violence: A Practice guide for Child Welfare Professionals, Gouvernement de l'Ontario
- Health Professionals Working With First Nations, Inuit, and Métis Consensus Guideline, Journal d'obstétrique et de gynécologie du Canada (juin 2013)
- Towards a New Relationship: Toolkit for Reconciliation/Decolonization of Social Work Practice at the Individual, Workplace, and Community Level, BC Association of Social Workers (mai 2016)

4.5 **Cartes annotées des communautés autochtones au Canada**

1. Cartes gouvernementales

<https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1605796363328/1605796417543>

<https://geo.aadnc-aandc.gc.ca/cippn-fnpim/index-fra.html>

2. Cartes des communautés

Carte des traités modernes : <https://landclaimscoalition.ca/interactive-modern-treaty-map/>

4.6 **Glossaires**

La présente section fournit des liens vers des ressources offrant des glossaires détaillés. Cette liste n'est pas exhaustive et elle illustre bien qu'il peut y avoir des perspectives différentes quant à la définition d'un terme en particulier.

- i. First Nations Education Steering Committee¹⁹⁶
- ii. Université Cape Breton¹⁹⁷
- iii. Aide juridique Ontario¹⁹⁸

4.7 **Liste d'organismes**

Liens rapides

- Tribunal des revendications particulières pour les revendications territoriales : <https://sct-trp.ca/fr>

¹⁹⁶ <http://www.fnesc.ca/wp/wp-content/uploads/2015/07/IRSR10-Glossary.pdf>

¹⁹⁷ <https://www.cbu.ca/indigenous-affairs/unamaki-college/mikmaq-resource-centre/miscellany/glossary-of-terms-used-in-aboriginal-historical-research/>

¹⁹⁸ <https://www-legacy.legalaid.on.ca/fr/info/ASIQ-quickfactsglossary.asp>

- Reporting in Indigenous Communities: www.riic.ca/
- First Nations History and Timeline: <https://www.ubcic.bc.ca/timeline>
- Statut d'Indien : <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1100100032374/1572457769548>
- Traités historiques : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100028574/1529354437231>
- Profils des collectivités des Premières Nations : <https://fnp-ppn.aadnc-aandc.gc.ca/fnp/Main/Index.aspx?lang=fra>
- Carte des profils des Premières Nations : <https://geo.aadnc-aandc.gc.ca/cippn-fnpim/index-fra.html>
- Interviewing Elders Guidelines (NAHO): <https://fnim.sehc.com/getmedia/4d96230f-c8c8-4b6b-b2ba-73c755824e42/InterviewingElders-FINAL.pdf.aspx?ext=.pdf>
- Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada <https://www.canada.ca/fr/relations-couronne-autochtones-affaires-nord.html>
- Services aux Autochtones Canada <https://www.canada.ca/fr/services-autochtones-canada.html>

Organismes des Premières Nations et des Métis, et organismes politiques

Organismes nationaux

- Assemblée des Premières Nations, Ottawa, Ont. : <http://www.afn.ca/fr/accueil/>
- Inuit Tapiriit Kanatami, Ottawa, Ont. : www.itk.ca/
- Ralliement national des Métis, Ottawa, Ont. : www.metisnation.ca/

Yukon

- Council of Yukon First Nations, Whitehorse, Yn : www.cyfn.ca
- Conseils tribaux du Yukon : <https://fnp-ppn.aadnc-aandc.gc.ca/fnp/Main/Search/SearchTC.aspx?lang=fra>
- Champagne and Aishihik First Nations : <http://cafn.ca/>
- First Nation of Na-Cho Nyäk Dun : <http://www.nndfn.com/>
- Teslin Tlingit Council : <http://www.ttc-teslin.com/>
- Vuntut Gwitchin First Nation : <http://www.vgfn.ca/>
- Little Salmon/Carmacks First Nation : <http://www.lscfn.ca/>
- Selkirk First Nation : <http://www.selkirkfn.com/>
- Tr'ondëk Hwëch'in : <http://www.trondek.ca/>
- Ta'an Kwäch'än Council : <http://taan.ca/>
- Kluane First Nation : <http://www.kfn.ca/>
- Kwanlin Dün First Nation : <http://www.kwanlindun.com/>
- Carcross/Tagish First Nation : <http://www.ctfn.ca/>

Territoires du Nord-Ouest

- Dene Nation, Yellowknife, T.N.-O. : www.facebook.com/pages/Dene-Nation/12608943308

VERSION POUR PUBLICATION – 8 mai 2018

Prière d'envoyer vos commentaires à policy@advocates.ca.

- Inuvialut Regional Corporation, Inuvik, T. N.-O. : <http://www.irc.inuvialuit.com/>
- Northwest Territory Métis Nation, Fort Smith, T.N.-O. : <http://nwtmetisnation.ca/>
- North Slave Métis Alliance, Yellowknife, T.N.-O. : <http://nsma.net/>
- Conseils tribaux des Territoires du Nord-Ouest : <https://fnp-ppn.aadnc-aandc.gc.ca/fnp/Main/Search/SearchTC.aspx?lang=fra>
- Akaitcho Territory Government, Ndilo, T.N.-O. : <http://akaitcho.ca>
- Dehcho First Nations, Fort Simpson, T.N.-O. : <http://dehcho.org>
- Gwich'in Tribal Council : <https://gwichintribal.ca>
- Sahtu Secretariat Incorporated : <https://www.sahtu.ca/>
- Tlicho Government : www.tlicho.ca/

Nunavut

- Nunavut Tunngavik Incorporated : <https://www.tunngavik.com/>

Colombie-Britannique

- Union of BC Indian Chiefs, Vancouver, C.-B. : www.ubcic.bc.ca
- First Nations Summit (BC), West Vancouver, C.-B. : www.fns.bc.ca
- Métis Nation of BC, Surrey, C.-B. : <https://www.mnbc.ca/>
- Conseils tribaux de la Colombie-Britannique : <https://fnp-ppn.aadnc-aandc.gc.ca/fnp/Main/Search/SearchTC.aspx?lang=fra>

Alberta

- Confederacy of Treaty No. 6 First Nations, Edmonton, Alb. : <https://www.treatysix.org>
- Treaty No. 7 Management Corporation, Tsuu T'ina, Alb. : <http://www.treaty7.org/>
- Treaty 8 First Nations of Alberta, Edmonton, Alb. : www.treaty8.ca
- Métis Nation of Alberta, Edmonton, Alb. : <http://albertametis.com/>
- Conseils tribaux de l'Alberta : <https://fnp-ppn.aadnc-aandc.gc.ca/fnp/Main/Search/SearchTC.aspx?lang=fra>

Saskatchewan

- Federation of Saskatchewan Indian Nations, Saskatoon, Sask. : www.fsin.com
- Métis Nation Saskatchewan, Saskatoon, Sask. : <http://metisnationssk.com/>
- Aboriginal Friendship Centres of Saskatchewan : <http://www.afcs.ca/>
- Conseils tribaux de la Saskatchewan : <https://fnp-ppn.aadnc-aandc.gc.ca/fnp/Main/Search/SearchTC.aspx?lang=fra>

Manitoba

- Assembly of Manitoba Chiefs, Winnipeg, Man. : www.manitobachiefs.com
- Manitoba Métis Federation : <http://www.mmf.mb.ca/>
- Manitoba Association of Friendship Centres : <http://www.friendshipcentres.ca/>
- Manitoba Keewatinowi Okimakanak, Thompson, Man. : www.mkonorth.com
- Southern Chiefs Organization, Winnipeg, Man. : www.scoinc.mb.ca

- Conseils tribaux du Manitoba : <https://fnp-ppn.aadnc-aandc.gc.ca/fnp/Main/Search/SearchTC.aspx?lang=fra>

Ontario

- Chiefs of Ontario, Toronto, Ont. : www.chiefs-of-ontario.org
- Ontario Federation of Indigenous Friendship Centres, Toronto, Ont. : www.ofifc.org
- Métis Nation of Ontario, Ottawa, Ont. : <http://www.metisnation.org/>
- Organismes politiques et territoriaux des Premières Nations
 - Anishinabek Nation, Union of Ontario Indians, North Bay, Ont. : www.anishinabek.ca
 - Association of Iroquois & Allied Indians, London, Ont. : www.aiai.on.ca
 - Grand Council Treaty No. 3, Kenora, Ont. : <http://gct3.ca>
 - Nishnabwe-Aski Nation, Thunder Bay, Ont. : www.nan.on.ca
 - Independent First Nations Alliance : <http://www.ifna.ca/>
- Conseils tribaux de l'Ontario : <https://fnp-ppn.aadnc-aandc.gc.ca/fnp/Main/Search/SearchTC.aspx?lang=fra>
- Tungasuvvingat Inuit (Ottawa Inuit Centre), Ottawa, Ont. : <http://tungasuvvingatinuit.ca/>

Québec et Labrador

- Grand conseil des Cris (Québec), Nemaska, Qc : <https://www.cngov.ca> (en anglais seulement)
- Société Makivik, Kuujuaq, Québec : <http://www.makivik.org/fr/>
- Innu Nation, Sheshatsiu, Terre-Neuve-et-Labrador : <http://www.innu.ca/index.php?lang=fr>
- Conseils tribaux du Québec : <https://fnp-ppn.aadnc-aandc.gc.ca/fnp/Main/Search/SearchTC.aspx?lang=fra>

Nouveau-Brunswick

- Union of New Brunswick Indians, Fredericton, N.-B. : www.unbi.org

Île-du-Prince-Édouard

- Mi'kmaq Confederacy of PEI, Lennox Island, Î.-P.-É. : www.mcpei.ca

Nouvelle-Écosse

- Confederacy of Mainland Mi'kmaq, Truro, N.-É. : www.cmmns.com
- Union of Nova Scotia Mi'kmaq, Membertou, N.-É. : www.unsi.ns.ca

Terre-Neuve-et-Labrador

- Miawpukek First Nation, Conne River, T.-N.-L. : www.mfngov.ca
- Nunatsiavut (Inuit) Government, Nain, T.-N.-L. : <http://www.nunatsiavut.com/>
- Qalipu First Nation, Cornerbrook, T.-N.-L. : <https://qalipu.ca/>

Région de l'Atlantique

- Atlantic Policy Congress of First Nations Chiefs, Dartmouth, N.-É. : www.apcfn.ca
- Conseils tribaux de l'Atlantique : <https://fnp-ppn.aadnc-aandc.gc.ca/fnp/Main/Search/SearchTC.aspx?lang=fra>

Autres organismes

- Association des agents financiers autochtones du Canada (AFOA Canada) : <https://www.foa.ca/fr/> (finances, gestion, affaires)
- Fondation autochtone de guérison : <http://www.fadg.ca/> (pensionnats, guérison, violence, survivants, réconciliation)
- IndigenousWorks (anciennement Aboriginal Human Resource Council) <https://indigenousworks.ca/fr> (main d'œuvre, emplois, marché du travail, ressources humaines, économie)
- Association des infirmières et infirmiers autochtones du Canada : www.anac.on.ca (santé, soins infirmiers, hôpital, main d'œuvre)
- Arctic Children and Youth Foundation : www.acyf.ca/ (arctique, éducation, santé, jeunes, enfants, Nord)
- Arctic Co-operatives Limited : www.arcticco-op.com/ (arctique, économie, emplois, arts, coopérative, affaires, Nord)
- Réseau canadien autochtone du sida : <https://caan.ca> (santé, guérison, VIH/sida, recherche, traitements)
- Conseil canadien pour le commerce autochtone : www.ccab.com/ (affaires, développement économique, entrepreneurs, emplois, jeunes, ressources humaines)
- SACO/CESO : <https://www.saco-ceso.com/> (développement, social, économique, gouvernance, entrepreneurs, ressources humaines)
- Congrès des Peuples autochtones : www.abo-peoples.org (Indien non inscrit, hors réserve, urbain)
- Conseil pour l'avancement des agents de développement autochtones (CAADA) : www.edo.ca/home (économique, développement, affaires, ressources humaines)
- Association des chefs de police des Premières Nations : <https://www.acppn.ca> (services policiers, loi, crime, ressources humaines)
- Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada : <https://fncaringsociety.com/fr/bienvenue> (enfants, adoption, protection, foyer d'accueil, santé, famille)
- Fondation Frontières : <http://frontiersfoundation.ca/> (économique, développement social, réduction de la pauvreté, logement, éducation)
- Association du Barreau autochtone : <https://indigenousbar.ca> (loi, justice, enjeux sociaux, esprit)
- Indigenous Physicians Association of Canada : <https://www.ipac-amac.ca> (santé, médecine, ressources humaines, médecins)

VERSION POUR PUBLICATION – 8 mai 2018

Prière d'envoyer vos commentaires à policy@advocates.ca.

- Indspire : (anciennement Fondation nationale des réalisations autochtones) <http://indspire.ca/fr/> (éducation, culture, esprit, développement, économique, arts, prix)
- Inuit Art Foundation : <https://www.inuitartfoundation.org> (Inuit, art, développement économique)
- National Aboriginal Capital Corporation Association (NACCA) : <https://nacca.ca/> (finances, développement économique, affaires, services bancaires)
- Le cercle national autochtone contre la violence familiale : <https://www.nacafv.ca/fr/accueil> (violence, famille, santé, défense des droits et intérêts, formation, femmes)
- National Aboriginal Diabetes Association : www.nada.ca/ (santé, diabète, culture)
- Association nationale des gestionnaires des terres autochtones : <https://angta.ca/>
- Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) : www.nwac.ca (femmes, santé, éducation, droits de la personne, culture, social, développement économique)
- Commission de vérité et de réconciliation du Canada : <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=906> (pensionnats, guérison, réconciliation, recherche, santé)
- Centre national pour la Vérité et Réconciliation : <https://nctr.ca/?lang=fr>
- Pauktuutit (Inuit Women of Canada), Ottawa, Ont. : <http://pauktuutit.ca/>

4.8 Centres d'amitié

Il y a des centres d'amitié partout au Canada. Ces centres fournissent des services aux personnes autochtones qui ne vivent pas dans des réserves. L'Association nationale des centres d'amitié représente 118 centres d'amitié et sept associations provinciales et territoriales. Voici les liens vers l'Association nationale des centres d'amitié et les associations provinciales et territoriales :

- Association nationale des centres d'amitié (ANCA) : <https://nafc.ca/home?lang=fr>
- Skookum Jim Friendship Centre, Whitehorse, Yn : <https://skookumjim.com/>
- Northwest Territories/Nunavut Council of Friendship Centres, Yellowknife, T.N.-O. : 1 867 873-4332
- BC Association of Aboriginal Friendship Centres : www.bcaafc.com
- Alberta Native Friendship Centres Association : <https://anfca.com>
- Aboriginal Friendship Centres of Saskatchewan : www.afcs.ca
- Manitoba Association of Friendship Centres, Winnipeg, Man. : <http://www.friendshipcentres.ca>
- Ontario Federation of Indigenous Friendship Centres (n'est pas membre de l'ANCA) : www.ofifc.org
- Regroupement des centres d'amitié autochtones du Québec : www.rcaa.q.info
- Mi'kmaw Native Friendship Centre, Halifax, N.-É. : <http://www.mymnfc.com/>
- St. John's Native Friendship Centre : <https://firstlightnl.ca>

VERSION POUR PUBLICATION – 8 mai 2018

Prière d'envoyer vos commentaires à policy@advocates.ca.

4.9 Ressources communautaires et relatives à la santé

Ressources nationales

Association canadienne pour la santé mentale : L'ACSM facilite l'accès aux ressources dont les gens ont besoin pour maintenir et améliorer leur santé mentale et leur intégration communautaire, renforcer leur résilience et favoriser leur rétablissement à la suite d'une maladie mentale. Bureaux : <https://cmha.ca/fr/obtenir-de-laide/trouver-lacsm-de-votre-region/>.

Colombie-Britannique

Aboriginal Legal Aid (aide juridique), Colombie-Britannique : http://aboriginal.legalaids.bc.ca/legal_aid/contactUs.php
Grand dépôt de publications gratuites : <http://aboriginal.legalaids.bc.ca/pubs/>
Vancouver Community College Gladue Report Writing Certificate : <https://continuingstudies.vcc.ca/public/category/courseCategoryCertificateProfile.do?method=load&certificateId=1023924#H2664>

Ontario

Equay-wuk : Groupe pour femmes qui offre des programmes communautaires de bien-être, de soutien et de sensibilisation à l'intention des femmes des Premières Nations, des Métisses et des Inuites et de leurs familles dans 31 communautés de la Nishnawbe-Aski Nation [NAN] du Nord-Ouest). Adresse email : equaywuk@bellnet.ca, Tél : +1 807-737-2214.

Base de données Gladue de la Nishnawbe-Aski Services Corporation : Base de données des divers services offerts dans le Nord-Ouest et le Nord-Est de l'Ontario et des programmes offerts par le Service correctionnel du Canada). Site Web: <https://nanlegal.on.ca/wp-content/uploads/2018/11/gladue-social-service-database-2016-08-2.pdf>.

Ontario Addiction Treatment Centres : Réduction des méfaits associés à la toxicomanie. Points de service : <http://www.oatc.ca/clinic-locations/>.

ConnexOntario: Renseignements sur les services de counselling dans votre collectivité : 1-866-531-2600, <http://www.connexontario.ca/Accueil/Index>.

Ministère des Affaires municipales et du Logement de l'Ontario : Avec qui communiquer pour être mis sur la liste pour obtenir un logement abordable. Site Web: <https://www.ontario.ca/fr/page/ministere-des-affaires-municipales-et-du-logement>.

Ontario Non-Profit Housing Association : Comment déposer une demande de logement, être ajouté à une liste d'attente, centre d'accès coordonnés. Site Web : <http://www.onpha.on.ca/>

Talk4Healing : Ligne d'assistance téléphonique sans frais pour les femmes des Premières Nations, les Métisses et les Inuites et leurs familles qui habitent dans le nord de l'Ontario. Fournit des services de counselling dans les situations de crise ainsi que des conseils, des renseignements personnalisés et des services d'aiguillage, 24 heures par jour, en anglais, en cri, en ojibwé et en oji-cri. www.talk4healing.com. Sans frais : 1 855 554-4325.

Toronto

Aboriginal Legal Services : Ressources et défenseurs pour la communauté autochtone. Site Web : <http://www.aboriginallegal.ca/>.

4.10 Ressources pour la rédaction de rapports de type Gladue

Titre	Lien
<i>R c. Gladue</i> , [1999] 1 RCS 688	https://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/1999/1999canlii679/1999canlii679.html
<i>R c Ipeelee</i> , [2012] 1 RCS 433	https://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/2012/2012csc13/2012csc13.html
VCC-Vancouver Community College; Tami Pierce, Director, Aboriginal Education And Community Engagement;	https://www.vcc.ca/about/college-information/news/archive-2013-2019/media-release-vcc-to-offer-gladue-report-writing-program.html

Programme de rédaction de rapports de type Gladue.	Gladue Report Writing Certificate – https://continuingstudies.vcc.ca/public/category/courseCategoryCertificateProfile.do?method=load&certificateId=1023924
Debra Parkes, David Milward, Steven Keesic et Janine Seymour, <i>Manitoba Gladue Handbook</i> , University of Manitoba Faculty of Law, septembre 2012.	http://law.robsonhall.com/wp-content/uploads/2015/10/Gladue_Handbook_2012_Final-1.pdf
Legal Services Society, BC, <i>Gladue Primer</i> , Colombie-Britannique, 2011.	http://www.cba.org/CBA/cle/PDF/JUST13_Paper_Shields_GladuePrimer.pdf
BearPaw legal Education & Resource Centre, <i>Writing a Gladue Report</i> , sans date.	https://bearpawlegalresources.ca/find-a-resource/adult-justice/writing-a-gladue-report-booklet
Groupe de travail tripartite du National Aboriginal Court Worker Program, <i>Gladue Sentencing Principles</i> , sans date.	http://www.gladueprinciples.ca/welcome

Facteurs *Gladue*

Il n'est pas nécessaire que tous les facteurs soient satisfaits dans chaque affaire. Les facteurs doivent s'inscrire dans le continuum de vie de la personne accusée et aideront à expliquer comment elle en est venue à avoir des démêlés avec le système judiciaire.

- Le simple fait d'être une personne autochtone
- Casier judiciaire
- Rapports avec la famille, la communauté, la famille élargie (bons ou mauvais)
- Violence émotive, physique, mentale, spirituelle
- Violence sexuelle
- Abus d'alcool ou d'autres drogues

VERSION POUR PUBLICATION – 8 mai 2018

Prière d'envoyer vos commentaires à policy@advocates.ca.

- Pensionnat ou école de jour
- Pauvreté, sans-abrisme, manque de nourriture
- Suicide
- Perte d'identité ou de la culture
- Relocalisation
- Perte de membres de la famille ou d'amis
- Facteurs systémiques ou intergénérationnels
- Santé mentale
- Cycles qui se perpétuent
- Autres membres de la famille impliqués dans des actes criminels
- Familles brisées en raison d'une séparation ou d'un divorce
- Marginalisation
- Déracinement
- Oppression
- Colonisation
- Faible revenu
- Manque d'éducation
- Manque de travail
- Racisme
- Participation au Processus d'évaluation indépendant et réception de Paiements d'expérience commune
- Enjeux socioéconomiques
- Manque de réseaux de soutien
- Isolation
- Perte de la langue
- Témoin à des actes violents
- Mauvais traitements envers les personnes âgées

4.11 Liste d'interprètes

INTERPRÈTES	
Tusaajit Translations ¹⁹⁹	Selon le public visé, une traduction peut être adaptée pour être comprise par la majorité des lecteurs et auditeurs bilingues inuktituts ou anglophones, y compris ceux dont la langue maternelle est l'anglais. Ils offrent des services en Word pour différents types de documents, comme les lois, la correspondance, les tableaux Excel, les présentations PowerPoint, les documents PDF pour impression et les rapports créés dans Word. Tusaajit Translations travaille fréquemment sur des traductions

¹⁹⁹ <https://tusaajit.ca/services/>

	confidentielles, a accès à des méthodes de communication sécurisées et fournit des services rapides tout en acceptant des contrats et en livrant les résultats de façon professionnelle.
Multilingual Community Interpreter Services (dans l'ensemble du pays) ²⁰⁰	MCIS est une entreprise à vocation sociale qui offre des services professionnels d'interprétation, de traduction et de formation aux nouveaux interprètes de la région du Grand Toronto (RGT). L'entreprise offre différents types de services d'interprétation, notamment l'interprétation en personne sur une base individuelle, en groupe et au téléphone. L'entreprise offre des services d'interprétation dans l'ensemble du secteur public. À l'heure actuelle, MCIS offre des services d'interprétation dans 96 langues. MCIS fournit également des services de traduction à vue pour des documents clés, des services de traduction et de transcription audio et vidéo ainsi que des formations et des services d'orientation à tous les fournisseurs de services qui travaillent avec des interprètes et des traducteurs. MCIS offre des services à plus de 630 organismes du centre-sud de l'Ontario, et ce, dans tous les secteurs, y compris le secteur médical. MCIS forme en moyenne 200 interprètes tous les ans pour les préparer à travailler dans les secteurs médical et de la justice. Tous les interprètes doivent passer une épreuve de compétence linguistique normalisée et suivre 100 heures de formation. De plus, MCIS prépare des glossaires, participe à des laboratoires linguistiques en ligne, travaille sur le terrain, effectue des devoirs et participe à des forums en lignes.
Access Alliance (Toronto) ²⁰¹	Access Alliance vise à favoriser la santé et le bien-être et à améliorer l'accès aux services pour les immigrants et les réfugiés de la RGT. Ils fournissent des services d'interprétation et de traduction de documents à un grand éventail de clients. Certains interprètes ont des formations internationales et détiennent également des certificats en interprétation judiciaire. Les services offerts comprennent l'interprétation en personne dans les bureaux d'un organisme ou dans le chez-soi d'un client, des services de relais de messages téléphoniques, des conférences téléphoniques et des services d'interprétation en groupe. Le seul service en langue autochtone offert est l'interprétation en micmac au téléphone.

²⁰⁰ <http://www.mcislanguages.com/>

²⁰¹ <http://accessalliance.ca/programs-services/language-services/>

Associations d'interprètes et de traducteurs (général)	Trouver un professionnel par l'entremise d'une association d'interprètes : • Society of Translators and Interpreters of British Columbia (STIBC)²⁰² • Association des traducteurs, terminologues et interprètes du Manitoba (ATIM)²⁰³ • Corporation des traducteurs, traductrices, terminologues et interprètes du Nouveau-Brunswick (CTINB)²⁰⁴ • Association des traducteurs et interprètes de la Nouvelle-Écosse (ATINE)²⁰⁵ • Association des traducteurs et interprètes de l'Ontario (ATIO)²⁰⁶ • Association des traducteurs et interprètes de la Saskatchewan (ATIS)²⁰⁷ • Association des traducteurs et interprètes de l'Alberta²⁰⁸ • Le Conseil des traducteurs, terminologues et interprètes du Canada²⁰⁹ est généralement reconnu comme étant l'organisme national représentant les traducteurs, terminologues et interprètes professionnels. Il contribue à garantir une communication de grande qualité entre locuteurs de langues et de cultures différentes.
--	---

Le ministère du Procureur général de l'Ontario fournit de l'information sur les services d'interprétation judiciaire sur son site Web :

<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/courts/interpreters/>

²⁰² <https://stibc.org/find-translator-interpreter/>

²⁰³ <http://atim.mb.ca/directory/>

²⁰⁴ <http://www.ctinb.nb.ca/index.php?lang=fr>

²⁰⁵ <https://www.atins.org/>

²⁰⁶ <https://atio.on.ca/a-propos-de-latio/?lang=fr>

²⁰⁷ <http://www.atisask.ca>

²⁰⁸ <https://www.atia.ab.ca/>

²⁰⁹ <http://www.cttic.org/mission.asp?lang=E>

4.12 Programmes de formation culturelle et organismes offrant de telles formations

Bimickaway

Pour donner suite au rapport de 2013 préparé par l'honorable Frank Iacobucci, intitulé *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario* (le rapport), et au rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada publié en 2015, la Division de la justice pour les Autochtones (DJA) du ministère du Procureur général a été chargée d'élaborer un Programme de sensibilisation aux cultures autochtone pour les personnes qui travaillent dans le secteur de la justice. La formation se nomme « Bimickaway », ce qui signifie « laisser des empreintes » en anishinabemowin. Cette formation est offerte de façon unique, car elle est offerte à de petits groupes et elle utilise des exercices de participation pour inciter les participants à remettre en question ce qu'ils croient savoir au sujet des peuples autochtones et de l'histoire du Canada.

La formation Bimickaway se compose de quatre modules de trois heures.

Le module 1 met l'accent sur l'histoire précontact et incite les participants à examiner ce qu'ils savent au sujet des peuples autochtones et où ils ont acquis ces connaissances. Plus précisément, le module met l'accent sur ce qui suit :

- La terminologie appropriée (y compris les définitions juridiques des termes « Indien », « Autochtone », « indigène », « Métis »).
- Les lois et politiques gouvernementales adoptées à dessein d'opérer un génocide culturel, y compris les dispositions relatives à l'émancipation et les dispositions discriminatoires concernant l'appartenance dans la *Loi sur les Indiens*.
- Les traités précontact, numérotés et modernes.
- Les systèmes de justice autochtones.
- Survol de la DJA — dans cette partie, nous abordons la différence entre les jurys dans les enquêtes du coroner et les jurys dans les instances criminelles, et le fait que les membres des Premières Nations qui habitent dans des réserves sont exclus de la liste des jurés de l'Ontario.
- Les politiques d'assimilation utilisées lors des tentatives de colonisation — annihilation, relocalisation forcée, *Loi sur les Indiens*, rafle des années 60, rafle du millénaire, protection de l'enfance, interaction avec le système de justice pénale.

Le module 2 est une version de l'exercice des couvertures Kairo, adapté par la DJA. Cet exercice expérientiel et participatif vise à présenter aux participants l'histoire des lois et des politiques assimilatrices du gouvernement, de façon à ce que les participants aient une réaction viscérale à la prise de terres et à l'imposition de politiques et de lois, comme le système des pensionnats indiens. Dans la mesure du possible, les modules 1 et 2 sont présentés dans le cadre d'une séance d'une journée complète.

Le module 3 porte sur les réalités de l'accès à la justice pour les peuples autochtones vivant dans le Nord. De plus, les participants en apprennent davantage sur l'antiracisme et l'anticolonialisme et sont mis au défi d'examiner leurs propres préjugés et suppositions à l'égard des peuples autochtones.

Le module 4 est la dernière séance. Elle est adaptée aux besoins particuliers du groupe, de la division ou de l'équipe qui suit la formation Bimickaway. Dans cette séance, le programme et les activités sont axés sur l'application quotidienne des modules précédents aux activités de la division.

La formation Bimickaway est offerte selon une approche méthodologique et fondée sur la perspective autochtone. La formation est offerte à des groupes d'un maximum de 25 participants afin que les discussions de groupe et les activités soient constructives. Si cela est possible, un aîné autochtone du Conseil des aînés est invité à participer à la formation pour faire bénéficier les participants de son expérience de vie significative.

San'yas Indigenous Cultural Safety Training

<http://www.sanyas.ca/>

4.13 Spécialisations juridiques

Barreau de l'Ontario – Spécialiste agréé des enjeux juridiques autochtones :

<https://lso.ca/services-au-public/votre-droit/programme-d-agrement-des-specialistes>.

5 SUGGESTIONS DE LECTURE

Le présent guide se veut un document itératif et vivant. Il sera enrichi et modifié de temps à autre, toujours dans le but de favoriser la réconciliation. Si vous connaissez d'autres ressources qui devraient faire partie du guide, n'hésitez pas à nous en faire part par courriel : policy@advocates.ca.

Rapport de la Commission de vérité et de réconciliation

- Commission de vérité et de réconciliation du Canada, *Les survivants s'expriment : un rapport de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada*, 2015²¹⁰.
- *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada* ²¹¹, 31 mai 2015.

²¹⁰<https://nctr.ca/a-propos/histoire-de-la-cvr/site-web-de-la-cvr/?lang=fr>

²¹¹<https://nctr.ca/a-propos/histoire-de-la-cvr/site-web-de-la-cvr/?lang=fr>

- Références fournies sur le site Web de la CVR :
 - Alberta Online Encyclopedia, La mise en place du Traité n° 8 dans le Nord-Ouest du Canada : Pensionnats²¹²
 - Le Canada en devenir, Les écoles autochtones²¹³
 - Musée canadien des droits de la personne²¹⁴
 - Musée canadien des civilisations²¹⁵
 - Inter-generational Effects on Professional First Nations Women Whose Mothers are Residential School Survivors²¹⁶
 - Bibliothèques et Archives Canada, Pensionnats autochtones au Canada : une bibliographie sélective²¹⁷
 - Project of Heart²¹⁸
 - The Canadian Encyclopedia : Residential Schools²¹⁹
 - UBC Library: Chronology of Federal Policy Towards Aboriginal People and Education in Canada²²⁰

Livres

John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010.

John Borrows, *Drawing Out Law: A Spirit's Guide*, Toronto, University of Toronto Press, 2010.

Sebastien Grammond, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013.

John H Hylton, *Aboriginal Sexual Offending in Canada*, Ottawa, Fondation autochtone de guérison, 2002.

Shin Imai, *Annotated Aboriginal Law: The Constitution, Legislation and Treaties 2017*, Toronto, Thomson Reuters, 2016.

²¹² http://wayback.archive-it.org/2217/20101208174955/http://www.albertasource.ca/treaty8/fr/En_1899_et_apres/Retombees/les_ecoles_residentielles.htm

²¹³ <https://www.canadiana.ca/?usrlang=fr>

²¹⁴ <https://droitsdelapersonne.ca/accueil-musee-canadien-pour-les-droits-de-la-personne>

²¹⁵ https://www.museedelhistoire.ca/?_ga=2.16301617.647898163.1653074411-1292480175.1652707541/

²¹⁶ <https://nctr.ca/a-propos/histoire-de-la-cvr/site-web-de-la-cvr/?lang=fr>

²¹⁷ <http://www.collectionscanada.gc.ca/pensionnats-autochtones/index-f.html>

²¹⁸ <http://projectofheart.ca/>

²¹⁹ <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/pensionnats>

²²⁰ <http://education.library.ubc.ca/>

Laurence J Kirmayer, Caroline L Tait et Cori Simpson, « The Mental Health of Aboriginal People in Canada: Transformations of Identity and Community », *Healing Traditions : The Mental Health of Aboriginal Peoples in Canada*, recueil de textes préparé par Laurence J Kirmayer et Gail Guthrie Valaskakis, Vancouver, UBC Press, 2009, 3.

Juge Harry LaForme, « Section 25 of the Charter; Section 35 of the Constitution Act, 1982: Aboriginal and Treaty Rights; 30 Years of Recognition and Affirmation » dans *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, recueil préparé par Stéphan Beaulac et Errol Mendes, 5^e éd., Markham, LexisNexis, 2013.

Arthur Manuel, *Unsettling Canada: A National Wake-Up Call*, Toronto, Between the Lines, 2015.

Val Napoleon and Hadley Friedland, « Indigenous Legal Traditions: Roots to Renaissance » dans *The Oxford Handbook of Criminal Law*, recueil de textes préparé par Markus D Dubber & Tatjana Hörnle, Oxford, Oxford University Press, 2014, 225.

Arthur J Ray, *Telling It To the Judge: Taking Native History to Court*, Montréal et Kingston, McGill-Queens University Press, 2012.

Benjamin J Richardson, Shin Imai et Kent McNeil, *Indigenous Peoples and the Law: Comparative and Critical Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

Rupert Ross, *Indigenous Healing: Exploring Traditional Paths*, Toronto, Penguin Canada, 2014.

John Ralston Saul, *Le grand retour*, Montréal, Les Éditions du Boréal, 2015.

Elizabeth A Sheehy, *Defending Battered Women on Trial: Lessons from the Transcripts*, Vancouver, UBC Press, 2014.

Chelsea Vowel, *Indigenous Writes: A Guide to First Nations, Métis & Inuit Issues in Canada*, Winnipeg, HighWater Press, 2016.

Articles

Amy Bombay, Kimberly Matheson et Hymie Anisman, « The Intergenerational Effects of Indian Residential Schools: Implications for the Concept of Historical Trauma », *Transcultural Psychiatry*, vol. 51, n° 3 (2014), p. 320.

John Borrows, « Listening for Change: The Courts and Oral Tradition », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 39, n° 1 (2001), p. 1.

Gordon Christie, « Culture, Self-Determination and Colonialism: Issues Around the Revitalization of Indigenous Legal Traditions », *Ind LJ*, vol. 6, n° 1 (2007), p. 13.

Hadley Friedland and Val Napoleon, « Gathering the Threads: Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions », *Lakehead LJ*, vol 1, n° 1 (2015-2016), p. 16.

Juge Harry S LaForme, « The Justice System in Canada: Does it Work for Aboriginal People? », *Ind LJ*, vol. 4, n° 1 (2005), p. 1.

Aaron Mills, « The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders », *Revue de droit de McGill*, vol. 61, n° 4 (2016), p. 847.

Jonathan Rudin, « Aboriginal Over-representation and R v Gladue: Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going », *SCLR: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 40 (2008), p. 687.

Mémoires et rapports

Lisa D Chartrand, *Accommodating Indigenous Legal Traditions* (mémoire préparé pour l'Association du Barreau autochtone, 31 mars 2005), en ligne : <http://www.indigenousbar.ca/pdf/Indigenous%20Legal%20Traditions.pdf>.

Hadley Friedland, *Accessing Justice and Reconciliation*, Association du Barreau autochtone, Accessing Justice and Reconciliation Project: Final Report (2014), en ligne : http://indigenousbar.ca/indigenouslaw/wp-content/uploads/2013/04/iba_ajr_final_report.pdf.

Indigenous protocols for lawyers, Law Society Northern Territory, deuxième édition, 2015, par la Law Society Northern Territory, Darwin, Northern Territory, Australie²²¹.

La très honorable Beverley McLachlin, C.P., *Judges in a Multicultural Society*²²².

La justice en soi : les traditions juridiques autochtones, document de discussion, Commission du droit du Canada, août 2006²²³.

La transformation des rapports humains par la justice participative, Commission du droit du Canada, 2003²²⁴.

²²¹ http://lawsocietynt.asn.au/images/stories/publications/indigenous_protocols_for_lawyers.pdf

²²² https://www.humanities.mcmaster.ca/~walucho/3Q3/mclachlin_judges_multicultural_society.pdf

²²³ <http://publications.gc.ca/site/fra/9.667884/publication.html>

²²⁴ <http://publications.gc.ca/collections/Collection/JL2-22-2003F.pdf>.

La situation des enfants autochtones âgés de 14 ans et moins dans leur ménage, 2016 (Annie Turner, Statistique Canada). Cette étude s'appuie sur les données de l'Enquête nationale auprès des ménages (ENM) pour examiner la situation des enfants autochtones âgés de 15 ans et moins. L'étude se penche sur les relations avec les parents, la taille des familles et les interventions du système de bien-être de l'enfance. En ligne : <http://www.statcan.gc.ca/pub/75-006-x/2016001/article/14547-fra.pdf>.

Les femmes autochtones disparues et assassinées : Un aperçu opérationnel national (2014), Gendarmerie royale du Canada. Ce rapport résume les conclusions d'une étude dirigée par la GRC sur les cas de femmes autochtones disparues et assassinées au Canada. Le rapport s'articule autour de quatre sujets : le nombre de femmes disparues et assassinées; les caractéristiques des auteurs des homicides; ce que nous savons au sujet des cas non résolus; et les circonstances des victimes. En ligne : <http://www.rcmp-grc.gc.ca/wam/media/462/original/df416e8db8dd9b00fa7c835a55d6eabd.pdf>.

Ontario Hospital Association, *A Practical Guide to Mental Health and the Law in Ontario*, édition révisée, septembre 2016²²⁵.

Les traditions juridiques autochtones au Canada, rapport préparé pour la Commission du droit du Canada, professeur John Borrows, titulaire de la chaire, justice et gouvernance autochtone, faculté de droit, University of Victoria, janvier 2006. En ligne : http://publications.gc.ca/collections/collection_2008/lcc-cdc/JL2-66-2006F.pdf.

Revitalizing Indigenous Laws: Accessing Justice and Reconciliation, 17 octobre 2012, Indigenous Bar Association Conference Descriptive Report²²⁶.

Kirsten Manley-Casimir, « Toward a Bijural Interpretation of the Principle of Respect in Aboriginal Law », *McGill L.J.*, vol. 61 (2016), p. 939.

Ressources en ligne et programmes de formation

Communicating Effectively with Indigenous Clients, Lorna Fadden, PhD, Aboriginal Legal Services : <https://inside.tru.ca/wp-content/uploads/2018/07/Fadden-ALS-2017.pdf>

Blogue de Chelsea Vowel : <http://apihtawikosisan.com/>

Reconciliation Syllabus: TRC-inspired resources for teaching law (ressources qui s'inspirent de la CVR pour enseigner le droit) : <https://reconciliationsyllabus.wordpress.com/>

²²⁵ [https://www.oha.com/Legislative%20and%20Legal%20Issues%20Documents1/OHA_Mental%20Health%20and%20the%20Law%20Toolkit%20-%20Revised%20\(2016\).pdf](https://www.oha.com/Legislative%20and%20Legal%20Issues%20Documents1/OHA_Mental%20Health%20and%20the%20Law%20Toolkit%20-%20Revised%20(2016).pdf)

²²⁶ <http://indigenoubar.ca/indigenoulaw/wp-content/uploads/2013/04/RM-Final-Descriptive-report-Oct-2012-Laws-conf1.pdf>

Modern Land Claims Coalition (offre une formation d'une heure sur les traités modernes) : <http://www.landclaimcoalition.ca/>

8^e Feu (SRC) : Autochtones 101, cartes, profils des leaders communautaires et autres ressources : <http://ici.radio-canada.ca/television/8efeux/index.shtml>

DOCIP (<https://www.docip.org/fr/>) - Base de données interrogeable sur les questions autochtones et les mécanismes internationaux des Nations Unies : <http://cendoc.docip.org/cgi-bin/library.cgi?a=p&p=home&l=fr&w=utf-8>

Office national du film — films d'Alanis Obomsawin (certains peuvent être visionnés gratuitement) : <https://www.onf.ca/cineastes/alanis-obomsawin/>

- Les événements de Restigouche (les rafles de la Sûreté du Québec dans la réserve de Restigouche et leurs séquelles)
- La Couronne cherche-t-elle à nous faire la guerre? (sur la pêche commerciale et les droits ancestraux)
- Ruse ou traité (histoire du traité n° 9)
- On ne peut pas faire deux fois la même erreur (porte sur une plainte pour atteinte aux droits de la personne relative aux services à l'enfance)

From Historical Trauma to Resilience (2016), Laurence J. Kirmayer, M.D. : Cette conférence a été donnée lors de l'évènement *Mental Health Promotion, Suicide Prevention and Strengthening Resilience among Indigenous Youth* de l'organisme PolicyWise for Children and Family. L'évènement a eu lieu à Edmonton, en Alberta. La conférence aborde les difficultés auxquelles les peuples autochtones ont fait face, notamment la colonisation, les changements culturels rapides, le racisme et la marginalisation. On y explore également la théorie des traumatismes et les répercussions intergénérationnelles des traumatismes. En ligne : <https://www.youtube.com/watch?v=DIJB96d8ghI>

Terminology (2017), Pam Palmater, professeure agrégée, Université Ryerson : Cette page Web offre des définitions pour plusieurs termes clés utilisés dans les discussions avec des personnes autochtones. On y trouve également des conseils pour la rédaction. En ligne : <https://pampalmater.com> (en anglais seulement).

Law 340: Indigenous Lands, Rights and Governments (2015), Université de Victoria, John Borrows : Enregistrement du cours *Indigenous Lands, Rights and Governments* donné en 2015 par John Borrows à l'Université de Victoria. En ligne : https://www.youtube.com/channel/UC3GVqsk_81azYxiGda4j6iQ/videos (en anglais seulement)

Native Youth Sexual Health Network
<http://www.nativeyouthsexualhealth.com/>

Réseau canadien autochtone du sida

<https://caan.ca>

No More Silence advocacy on MMIWG2SXX

<http://itstartswithus-mmiw.com/>

Cette courte ressource vidéo est conçue pour les fournisseurs de services aux femmes autochtones qui ont été victimes de violence. Elle est financée par la Fondation du droit : *Don't Need Saving: Aboriginal Women and Access to Justice*

<https://www.youtube.com/watch?v=e5bqUjdbzls> (en anglais seulement).

6 **REMERCIEMENTS — MIIGWETCH**

Nous souhaitons remercier le Groupe de travail composé de bénévoles dévoués qui ont dirigé la rédaction du présent guide ainsi que les plusieurs dizaines d'organismes et de personnes qui ont fourni des commentaires et des conseils²²⁷.

Coprésidents

Bradley E. Berg, ancien président, *la Société des plaideurs*;
Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, Ont.

David C. Nahwegahbow, IPC, LSM, membre du conseil, *la Société des plaideurs*;
Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ont.

Groupe de travail

Brian A. Babcock, *Weiler, Maloney, Nelson*, Thunder Bay, Ont.

Meaghan R. Boisvert, *Miller Maki LLP*, Sudbury, Ont.

Emily Cole, *Miller Thomson LLP*, Toronto, Ont.

Dianne G. Corbiere, *Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig*, Rama, Ont.

Meaghan T. Daniel, *Falconers LLP*, Toronto, Ont.

Erin Dawn Farrell, *Gowling WLG (Canada) LLP*, Toronto, Ont.

Jocelyn Formsma, *Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig*, Rama, Ont.

Racquel Fraser, *Maurice Law*, Calgary, Alberta

Brian J. Gover, *Stockwoods LLP*, Toronto, Ont.

Rebecca Hall-McGuire, *Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Toronto, Ont.

Jeffery G. Hewitt, *Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig*, Rama, Ont.

L'honorable juge Patricia C. Hennessy, *Cour supérieure de justice*, Sudbury, Ont.

Kathleen Lickers, *avocate plaidante et procureur*, Ohsweken, Ont.

Thomas Richard Milne, *Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig*, Rama, Ont.

Jeffrey J. Moorley, *White, Macgillivray, Lester*, Thunder Bay, Ont.

Kim Murray, sous-procureure générale adjointe, Toronto, Ont.

L'honorable Stephen O'Neill, *Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig*, Rama, Ont.

Jim Ratis, *Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig*, Rama, Ont.

Megan Savard, *Addario Law Group*, Toronto, Ont.

L'honorable juge M.J. Lucille Shaw, *Cour supérieure de justice*, Brampton, Ont.

Carly Stringer, *Stringer Law Professional Corporation*, Timmins, Ont.

Paul B. Vickery, avocat plaidant, anciennement de Justice Canada, Ottawa, Ont.

Personnel

Dave Mollica, Director of Policy and Practice, *la Société des plaideurs*

²²⁷ Les membres du Groupe de travail n'ont pas tous participé à tous les aspects du guide et les membres individuels ne souscrivent pas nécessairement à tous les points de vue exprimés sur les questions de droit substantiel qui peuvent faire l'objet de litiges. Nous remercions toutes les personnes et tous les organismes pour leurs contributions.