



Directive du procureur général du Canada sur les litiges civils mettant en cause les peuples autochtones



L'information contenue dans cette publication ou ce produit peut être reproduite en totalité ou en partie et par n'importe quel moyen, pour des fins personnelles ou publiques non commerciales, sans frais ni autre autorisation, à moins d'indication contraire.

Nous vous demandons :

de faire preuve d'une diligence raisonnable pour vous assurer de l'exactitude du matériel reproduit;

d'indiquer à la fois le titre complet du matériel reproduit, ainsi que son auteur;

d'indiquer que la reproduction est une copie d'un document officiel publié par le gouvernement du Canada et que ladite reproduction n'a pas été produite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son approbation.

Il est interdit de reproduire et de distribuer ce document à des fins commerciales, sauf avec l'autorisation écrite du ministère de la Justice du Canada. Pour en savoir davantage, veuillez consulter le ministère de la Justice du Canada à : www.justice.gc.ca.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada,
Représentée par la ministre de la Justice et procureur général du Canada, 2018

ISBN 978-0-660-25284-1

N° de cat. J2-477/2018F-PDF



Avant-propos du procureur général du Canada

Dans la lettre de mandat qu'il a rédigée à mon intention, le premier ministre m'a confié la tâche, en tant que procureur général du Canada, de revoir la stratégie du gouvernement du Canada en matière de litiges. Il m'a demandé de prendre des décisions pour mettre fin à des appels ou à des prises de position qui ne cadrent pas avec les engagements du gouvernement, la *Charte canadienne des droits et libertés* et les valeurs canadiennes. Dans le document intitulé *Principes régissant la relation du gouvernement du Canada avec les peuples autochtones (Principes)*¹ qu'il a publié, le gouvernement du Canada s'est engagé à abandonner en grande partie le *statu quo* et à changer en profondeur la relation qu'entretient le Canada avec les peuples autochtones. Cela comprend la conduite de la Couronne dans le cadre des litiges. Le 14 février 2018, le premier ministre du Canada a confirmé le changement d'orientation du gouvernement à l'égard de la reconnaissance des droits qui constituent le fondement des relations avec les peuples autochtones et qu'un nouveau cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits sera élaboré pour traduire la reconnaissance en mesures concrètes.

Les *Principes* tirent leur origine de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, guidés par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (la Déclaration des Nations Unies), et s'inspirent du Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones et des appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation (CVR). À la base, les *Principes* visent à donner suite dans son entièreté à la promesse de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* par la reconnaissance et la mise en œuvre des droits des peuples autochtones.

Le passage à des relations basées sur la reconnaissance grâce à un nouveau cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits représente un processus qui exigera des interventions dynamiques et novatrices de la part du gouvernement du Canada et des peuples autochtones. Nous sommes maintenant dans une période de transition importante dans les relations entre la Couronne et les peuples autochtones.

¹ <http://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/principes-principles.html>

Afin de progresser dans cette transition, et démontrer de quelle façon les *Principes* façonnent le travail du procureur général du Canada alors qu'un cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits plus vaste est élaboré et instauré, j'ai tenté d'énoncer dans la présente Directive l'approche qui devrait guider le procureur général du Canada dans l'exercice de ses fonctions de procureur en chef de la Couronne. La présente Directive donne suite à l'engagement de notre gouvernement à l'égard de la réconciliation en élaborant des lignes directrices que chaque juriste plaçant doit suivre dans les approches, les positions et les décisions prises au nom du procureur général du Canada dans le contexte d'un litige civil impliquant l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les obligations de la Couronne envers les peuples autochtones.

Les litiges fondés sur l'article 35 sont uniques. Au moment de l'inclusion de l'article 35 dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, il était entendu qu'il fallait poursuivre les travaux pour ce qui est de son application. On a tenté de mieux définir l'article 35 au cours de quatre conférences constitutionnelles qui ont eu lieu dans les années 1980 et à deux reprises au moyen d'un amendement constitutionnel. À défaut d'entente, il revenait donc aux tribunaux de définir l'article 35. C'est ainsi que le litige est devenu le forum de choix pour régler les enjeux majeurs dans la relation entre la Couronne et les Autochtones plutôt qu'une solution de dernier recours permettant de se pencher sur des enjeux ou des questions en litige ciblés.

Le litige, étant par sa nature un processus contradictoire, ne doit pas constituer le principal forum de réconciliation et de renouvellement de la relation entre la Couronne et les Autochtones. C'est pourquoi l'un des principaux thèmes de la présente Directive consiste à adopter une approche en matière de litiges qui favorise la résolution et le règlement, et qui cherche des opportunités à réduire la portée des débats menés devant les tribunaux et à prévenir les litiges. Notre gouvernement est déterminé à poursuivre le dialogue, la collaboration, le partenariat et la négociation sur le fondement de la reconnaissance des droits.

Nous reconnaissons toutefois que les peuples autochtones peuvent choisir le forum de leur choix pour régler des questions de droit, que certains points nécessiteront une clarification par les tribunaux et que parfois, le litige demeurera inévitable. Lorsque des dossiers donnent lieu à un litige, la présente Directive prescrit que l'approche du gouvernement du Canada en matière de litiges devrait consister à assister le tribunal de manière constructive, rapide et efficace afin que celui-ci puisse se prononcer sur les points litigieux.

J'espère qu'au fil du temps, la présente Directive en matière de litiges sera reconnue comme ayant donné lieu à un profond changement dans les prises de position et les stratégies du gouvernement du Canada. Je souhaite également que les litiges soient vus comme une solution de dernier recours en matière de règlement des différends, car la confiance et la bonne foi permettent que les processus axés sur la collaboration, notamment la facilitation, la médiation et les négociations, deviennent le principal moyen de résolution.

L'honorable Jody Wilson-Raybould, C.P, c.r., députée
Ministre de la Justice et procureur général du Canada

Champ d'application

La présente Directive s'applique au rôle que joue le procureur général dans les litiges civils impliquant l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi que les autres obligations de la Couronne à l'égard des peuples autochtones². Elle vise à mettre en oeuvre les *Principes* de manière à opérer un changement transformatif.

La présente Directive favorise un mode de résolution des conflits qui sera conforme à l'objectif de réconciliation avec les peuples autochtones. Elle fournit aux juristes³ des objectifs et des lignes directrices sur la manière d'appliquer les *Principes* dans les litiges tout en respectant le rôle des ministères-clients et du Cabinet de donner des instructions aux juristes dans les dossiers particuliers.

Dans le contexte d'un litige civil, les ministères - et, dans les cas appropriés, le Cabinet - donnent habituellement les instructions aux juristes. Cela signifie que les avocats responsables des litiges au nom du procureur général consultent quotidiennement leurs clients, leur donnent des conseils juridiques et reçoivent des instructions de ces clients sur les approches et les positions à adopter dans le litige, notamment en relation avec la présente Directive.

Tel qu'expliqué par le premier ministre dans *Pour un gouvernement ouvert et responsable*,

« Dans les litiges civils, les ministères agissent généralement comme les clients, mais le procureur général doit, dans toute poursuite, garder en tête que son devoir est de s'assurer que l'administration des affaires publiques est conforme à la loi. En fonction de la nature complexe ou délicate d'une question, il peut être indiqué pour le procureur général de consulter le premier ministre ainsi que les collègues du Cabinet dont le mandat pourrait être touché par un dossier donné. »⁴

Au moment de développer une approche de litige, les implications juridiques et politiques qui vont au-delà de l'affaire doivent être considérées. En examinant les options et en appliquant la présente Directive, les juristes doivent tenir compte des répercussions potentielles sur les revendications existantes et futures, ainsi que sur les efforts déployés par le Canada pour faire progresser, au sens large, la réconciliation avec les peuples autochtones.

² Alors que la présente Directive s'applique principalement aux litiges fondés sur l'article 35, les thèmes généraux qui s'en dégagent s'appliqueront plus généralement à tous les litiges civils et à d'autres modes de résolution de conflits qui ont trait aux obligations distinctes en droit de la Couronne et qui résultent des relations historiques et continues entre la Couronne et les peuples autochtones. De même, une grande partie du contenu de la Directive inclut les meilleures pratiques applicables à la conduite de tous les litiges.

³ Dans la présente Directive, le terme « juriste » s'entend non seulement de l'avocat plaidant, mais aussi de tous les juristes du ministère prenant part à un litige. La référence à un avocat en particulier, comme l'avocat plaidant ou le conseiller juridique, est utilisée par souci de précision.

⁴ *Pour un gouvernement ouvert et responsable*, Annexe F.5, Les ministres et la loi, rôle du ministre de la Justice et procureur général (https://pm.gc.ca/fra/nouvelles/2015/11/27/gouvernement-ouvert-et-responsable#Annexe_F)

Objectifs principaux

L'un des principaux thèmes de la présente Directive est de promouvoir une approche en matière de litiges qui favorise la résolution et le règlement, et qui cherche des opportunités à réduire la portée des débats menés devant les tribunaux et à prévenir les litiges. Les peuples autochtones peuvent choisir le forum pour régler leurs différends et que certains points et certaines questions de droit nécessiteront l'éclairage des tribunaux. Cela peut impliquer, dans des cas appropriés, la poursuite d'appels ou d'autres recours judiciaires par des parties autochtones ou par la Couronne. Toutefois, le litige ne peut constituer le principal forum de réconciliation. Lorsqu'un litige est inévitable, la présente Directive indique que l'approche du Canada en matière de litiges doit être constructive, expéditive et efficace de manière à orienter le tribunal.

La présente Directive vise les objectifs suivants : (1) favoriser la réconciliation, (2) reconnaître les droits, (3) préserver l'honneur de la Couronne et, (4) respecter et promouvoir l'autodétermination et l'autonomie gouvernementale des Autochtones. Ces objectifs, et les lignes directrices à l'intention des plaideurs qu'ils font valoir, sont interreliés.

Favoriser la réconciliation

La réconciliation est un objectif fondamental de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La réconciliation est un processus continu permettant aux peuples autochtones et à la Couronne de travailler ensemble pour établir et maintenir un cadre de vie commun fondé sur le respect mutuel, pour que les nations autochtones s'épanouissent au sein d'un Canada fort. La réconciliation exige un travail acharné, le changement des perspectives et des façons de faire, des compromis et la bonne foi de tous.

Le litige ne peut pas ni ne devrait constituer le principal forum pour atteindre la réconciliation. Voilà le message que la Cour suprême du Canada a formulé à maintes reprises, et qui encourage fortement le travail de réconciliation par la voie de processus politiques, économiques et sociaux qui nous forcent à négocier, à mieux comprendre et à rechercher de nouvelles façons de travailler ensemble. Les procédures contentieuses entre la Couronne et les peuples autochtones constituent un obstacle à la réconciliation.

Reconnaître les droits

Le gouvernement du Canada reconnaît la présence continue et les droits inhérents des peuples autochtones comme une caractéristique fondamentale du Canada. La promesse de l'article 35 exige que la réconciliation soit fondée sur la reconnaissance et la mise en œuvre des droits ancestraux.

La reconnaissance des droits ancestraux ne requiert pas un jugement déclaratoire ou un accord. Malgré cela, le gouvernement du Canada a souvent insisté sur l'existence d'un jugement déclaratoire ou d'un accord avant de reconnaître des droits. L'abandon de cette pratique s'inscrit dans le cadre des démarches visant à forger de nouvelles relations de nation à nation, de gouvernement à gouvernement et entre la Couronne et les Peuples autochtones du Canada.

Dans de nombreux cas portés devant les tribunaux, le différend inclut un conflit entre un groupe ou un peuple autochtone et le gouvernement du Canada sur la façon de traduire la reconnaissance des droits en mesures concrètes. Le cas échéant, il peut être extrêmement difficile de donner tout son effet à la reconnaissance des droits en passant par le tribunal. L'étendue des droits peut soulever des questions complexes de preuve. Pour cette raison, la reconnaissance des droits témoigne de la nécessité pour le gouvernement du Canada de prioriser la résolution et le règlement par la collaboration et la coopération.

Préserver l'honneur de la Couronne

L'honneur de la Couronne guide le comportement de celle-ci dans tous ses rapports avec les peuples autochtones. Le procureur général et ses juristes doivent agir avec honneur, intégrité, bonne foi et équité dans tout travail lié aux peuples autochtones. L'objectif principal est de veiller à ce que les peuples autochtones soient traités avec respect et comme partenaires à part entière de la Confédération, et à ce que leurs droits, leurs traités et leurs ententes soient reconnus et mis en œuvre.

L'honneur de la Couronne se reflète non seulement dans le contenu des positions prises, mais aussi dans la manière dont ces positions sont exprimées.

Respecter et promouvoir l'autodétermination et l'autonomie gouvernementale des Autochtones

Les droits à l'autodétermination et l'autonomie gouvernementale des Autochtones sont reconnus dans la Déclaration des Nations Unies et sont essentiels pour mettre fin à un passé de colonisation et établir de nouvelles relations fondées sur la reconnaissance, le respect, le partenariat et la collaboration. L'autonomie gouvernementale des Autochtones fait partie du système canadien de fédéralisme coopératif en constante évolution et des différents ordres de gouvernement. La reconnaissance de la compétence inhérente et des ordres juridiques des nations autochtones constitue le point de départ des discussions visant les interactions entre les gouvernements fédéral, provinciaux, territoriaux et autochtones.

Lignes directrices concernant les litiges

Les 20 lignes directrices concernant les litiges, énoncées ci-dessous, servent d'instructions aux juristes quant à la façon dont les *Principes* doivent être appliqués dans les litiges civils mettant en cause les peuples autochtones. Le travail de mise en oeuvre de ces directives est déjà en cours et se poursuivra en continu.

Ligne directrice n° 1 : Les juristes doivent comprendre les *Principes* et les appliquer pendant toute la durée d'un dossier.

Le ministère de la Justice tient à promouvoir une culture interne qui encourage ses juristes à rechercher la réconciliation. Ils doivent connaître et appliquer les dix *Principes* dans leur travail. À cet égard, les juristes doivent chercher à comprendre les perspectives autochtones, tout en reconnaissant leur diversité, et la nécessité d'établir des relations entre les Autochtones et la Couronne qui soient guidées par la reconnaissance et la mise en oeuvre des droits. Le ministère de la Justice s'engage à fournir à ses juristes la formation et les ressources nécessaires pour atteindre ces objectifs.⁵

⁵ La formation peut comprendre, par exemple, une formation en compétences interculturelles, comme le suggère l'appel à l'action no 57 de la CVRC.

En ce qui concerne les litiges intentés avant l'adoption des *Principes* ou de la présente Directive, les juristes devraient réexaminer leurs plaidoiries, leurs positions juridiques et leur stratégie de litige afin de s'assurer qu'elles sont conformes aux *Principes* et à la présente Directive. En collaboration avec les ministères et organismes clients et avec les juristes des services juridiques, les plaideurs devraient prendre des mesures pour résoudre les incohérences, notamment par l'amendement des procédures, le cas échéant.⁶ Dans la mesure où il ne semblera pas possible de résoudre une incohérence, les juristes doivent demander des directives au sous-procureur général adjoint.⁷

Ligne directrice n° 2 : La stratégie de litige doit refléter l'approche pangouvernementale.

Le principe n° 3 oblige le gouvernement du Canada et ses ministères, organismes et employés, à agir avec honneur, intégrité, bonne foi et équité dans tous leurs rapports avec les peuples autochtones. Comme mentionné dans la ligne directrice n° 3 ci-dessous, au début de chaque dossier de litige, les juristes doivent avoir une discussion avec les ministères et organismes clients au sujet des répercussions potentielles du litige sur la relation entre les peuples autochtones et ces ministères et organismes. Ces répercussions potentielles devraient orienter la stratégie de litige, notamment les moyens de le résoudre en tout ou en partie le différend aussi rapidement que possible.

Une plaidoirie efficace commence par l'élaboration d'une stratégie de litige fermement ancrée dans les objectifs de politique du gouvernement et le droit applicable, soutenue par de bons conseils juridiques. Les plaideurs et les juristes des services juridiques ont un rôle important à jouer auprès des ministères et organismes clients pour souligner l'importance d'adopter une démarche qui respecte les objectifs plus larges de la réconciliation.

Bien que les ministères agissent généralement comme des clients qui donnent les instructions, les avocats du procureur général agissent pour le compte de l'ensemble du gouvernement et non seulement pour le compte d'un ministère ou d'un organisme gouvernemental particulier.⁸ Ils doivent toujours être conscients des préoccupations à l'échelle gouvernementale qui peuvent se soulever dans le cadre d'un litige, et des conséquences que les décisions judiciaires ou les règlements pourraient avoir sur l'ensemble du gouvernement.

⁶ Cette exigence s'applique uniquement aux litiges actifs.

⁷ Tout au long de la présente Directive, lorsqu'une cause est renvoyée au sous-procureur général adjoint, des consultations additionnelles peuvent être engagées auprès d'autres hauts fonctionnaires et des approbations obtenues. Dans bien des cas, le procureur général du Canada donnera des directives personnellement.

⁸ Selon l'alinéa 4(a) de la *Loi sur le ministère de la Justice*, le ministre de la Justice, qui est d'office le procureur général, veille au respect de la loi dans l'administration des affaires publiques. Par conséquent, il « n'est pas soumis à des directives de la même façon que s'il avait des clients privés » : *R. c. Campbell*, [1999] 1 RCS 565, à la page 603. Voir également *Pour un gouvernement ouvert et responsable*, Annexe F.5, Les ministres et la loi, rôle du ministre de la Justice et procureur général (https://pm.gc.ca/fra/nouvelles/2015/11/27/gouvernement-ouvert-et-responsable#Annexe_F)

Une consultation élargie est souvent nécessaire afin d'assurer que les positions juridiques reflètent l'approche pangouvernementale. Les juristes des services juridiques, des centres d'expertise et des sections consultatives spécialisées, y compris le ministère des Relations Couronne-Autochtones et des Affaires du Nord Canada, le ministère des Services aux Autochtones Canada, le portefeuille des affaires autochtones, le centre de droit autochtone, la section des droits de la personne et la section de droit international, administratif et constitutionnel – ont des rôles importants à jouer dans la conduite des litiges. En plus de disposer d'une expertise, ces juristes peuvent aider à cerner des questions plus larges, notamment en proposant d'autres méthodes de règlement des différends et en donnant une perspective pangouvernementale aux dossiers de contentieux. Les ministères-clients responsables de donner des instructions doivent offrir leur support aux juristes dans ce travail en consultant, le cas échéant, d'autres ministères.

Ligne directrice n° 3 : Des contacts rapides et continus avec les services juridiques et les ministères-clients sont nécessaires pour tenter d'éviter le litige.

Le recours aux tribunaux judiciaires est, par sa nature, un processus contradictoire et ne devrait pas servir de forum principal pour parvenir à la réconciliation et au renouvellement de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones. L'un des objectifs de la réconciliation dans les affaires juridiques consiste à ce que les conflits et les litiges constituent l'exception plutôt que la règle, en favorisant un dialogue respectueux et constructif en dehors des tribunaux. Pour atteindre cet objectif, les juristes devraient entrer en contact avec les ministères et organismes clients dès qu'ils soupçonnent qu'un conflit peut mener à un litige. En travaillant de pair avec les ministères et organismes clients ainsi qu'avec les conseillers juridiques des services juridiques, les juristes devraient chercher une solution qui permet d'éviter le litige.

Les peuples autochtones peuvent choisir le forum de leur choix pour résoudre leurs questions de droit; les litiges seront parfois inévitables. Cela dit, la façon dont les juristes du ministère de la Justice mènent ces litiges peut avoir des conséquences néfastes sur la relation entre les peuples autochtones et la Couronne. La conduite des litiges doit respecter cette relation, en recherchant la réconciliation et en ciblant les questions particulières qui ne peuvent être résolues par d'autres moyens.

Ligne directrice n° 4 : Les juristes doivent rechercher activement toutes les formes de résolution appropriées tout au long du litige.

Les juristes doivent avoir comme objectif premier de trouver des solutions aux questions soulevées et d'utiliser les tribunaux judiciaires en dernier ressort et de façon ciblée. Ils doivent déployer ces efforts dès que possible et de façon continue en veillant à ce que toutes les solutions raisonnables permettant de circonscrire ou de régler le différend soient examinées tout au long du dossier. Les efforts pour parvenir à un règlement efficace n'exigent pas que l'on abandonne des positions juridiques valables. Au contraire, il s'agit plutôt de faire valoir des arguments juridiques de manière à traiter des enjeux selon des principes définis, en tenant compte à la fois des répercussions juridiques, des opérations gouvernementales et des relations entre le Canada et les peuples autochtones.

Les juristes doivent collaborer avec les ministères et organismes clients à l'élaboration d'approches axées sur la résolution de problèmes qui encouragent la réconciliation.⁹ Ces démarches peuvent comprendre des méthodes alternatives de règlement des différends, comme la négociation et la médiation.¹⁰ S'il y a lieu, les juristes doivent se demander si les problèmes peuvent être résolus par le biais de traditions juridiques autochtones ou d'autres approches autochtones traditionnelles.

Les autres méthodes de résolution de problèmes peuvent englober une gamme de mesures qui ne sont pas strictement requises par la loi. Il peut s'agir, par exemple, d'effectuer d'autres consultations auprès de la partie autochtone, même s'il n'existe aucune obligation légale de le faire.¹¹ Lorsqu'une telle recommandation est faite, les juristes doivent informer le ministère ou l'organisme client que cette mesure est proposée à titre de politique générale.

Lorsqu'il y a des obstacles à la résolution complète ou partielle du litige, les juristes doivent envisager avec les autres ministères ou organismes gouvernementaux des solutions créatives. Par exemple, les juristes devraient demander s'il existe des programmes gouvernementaux ou de financement pouvant servir à régler le litige ou à mitiger les dommages en cours.

⁹ À titre d'exemple, voir la lettre de mandat de la ministre des Relations Couronne-Autochtones et des Affaires du Nord Canada qui oblige la ministre à « collaborer avec la ministre de la Justice pour s'assurer que, tant dans le cadre de nos mécanismes de règlement des différends que de nos litiges, nous mettions de l'avant des positions qui cadrent avec la résolution des torts commis dans le passé à l'égard des peuples autochtones, qui favorisent la coopération plutôt que les processus accusatoires, et qui privilégient une approche fondée sur la reconnaissance des droits ».

¹⁰ Lorsqu'une procédure est intentée devant la Cour fédérale, les juristes devraient consulter les *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des Autochtones*. ([http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20\(Fr\).pdf](http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20(Fr).pdf))

¹¹ Les principes nos 5 et 9 précisent que le Canada est disposé à conclure des ententes novatrices et souples avec les peuples autochtones qui permettront de s'assurer que les relations correspondent aux aspirations, aux besoins et aux circonstances de la relation entre la Couronne et les Autochtones.

La résolution et le règlement partiel d'un litige doivent être considérés lorsque possible en tentant de circonscrire les questions en litige et à les régler rapidement. D'autres approches à préconiser peuvent inclure l'élaboration d'un exposé conjoint des faits, limiter la portée de la divulgation de documents et des interrogatoires, l'utilisation des interrogatoires écrits, des modes alternatifs de règlement des différends et, le cas échéant, en ayant recours à des procédures comme le jugement sommaire, le procès sommaire et l'instruction d'une question particulière.

Les juristes doivent garder à l'esprit qu'il se peut que le gouvernement du Canada participe à d'autres processus avec ces groupes autochtones, tels que les négociations sur les revendications globales, les négociations relatives aux revendications particulières, les tables de discussions exploratoires ou des consultations portant sur les projets d'exploitation des ressources. Les juristes, en consultation avec les ministères et organismes clients, doivent tenir compte des répercussions que le litige et les discussions de règlement hors cour pourraient avoir sur ces autres processus.

Inversement, lorsque des approches axées sur la résolution de problèmes sont employées pour circonscrire ou régler le litige, les juristes devraient se demander si ces méthodes peuvent raisonnablement être appliquées parallèlement au litige. Étant donné le temps requis pour mener certains de ces litiges jusqu'au procès, les juristes devraient déterminer si le report ou la suspension des procédures judiciaires en vue d'un règlement éventuel pourrait contrecarrer les objectifs de la réconciliation si les efforts de règlement achoppent.

Ligne directrice n° 5 : La reconnaissance des droits ancestraux favorise la réconciliation.

Les *Principes* marquent une rupture décisive avec le *statu quo*. Plus précisément, le principe n° 1 exhorte le gouvernement du Canada à s'assurer que sa relation avec les peuples autochtones repose sur la reconnaissance et la mise en œuvre du droit des nations autochtones à l'autodétermination et à leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Le principe n° 2 reconnaît que la réconciliation exige que « tous travaillent fort, changent leurs points de vue et les mesures qu'ils prennent, fassent des compromis et soient de bonne foi ».

Les *Principes* requièrent du gouvernement du Canada et ses responsables qu'ils changent leurs façons de faire. Dans les litiges, d'abord et avant tout, il s'agit d'adopter une approche qui en évite de nier systématiquement les droits ancestraux.¹²

¹² Tout au long de ce document, les références aux droits ancestraux comprennent les droits issus de traités.

Comme il est précisé dans la ligne directrice n° 12 ci-dessous, la présente ligne directrice exige que les juristes reconnaissent les droits ancestraux, y compris le titre autochtone. En cette période de transition, alors qu'un nouveau cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits est élaboré et qu'il sera instauré, les droits doivent être reconnus lorsqu'ils peuvent l'être.

Dans certains cas, la reconnaissance de droits peut être compliquée du fait que certains groupes autochtones ont des intérêts concurrents ou se chevauchant. Il est préférable que les groupes autochtones et les Nations résolvent leurs différends entre eux. Les avocats plaidants devraient éviter de tenter d'ajouter d'autres parties autochtones à un litige tout comme ils devraient éviter de prendre des positions qui pourraient miner la capacité des groupes autochtones à résoudre leurs différends entre eux. Dans la mesure du possible et s'il y a lieu, les avocats plaidants devraient explorer avec leurs clients et les autres parties au litige si les intérêts concurrents ou se chevauchant des groupes autochtones peuvent faire l'objet de discussions entre ces groupes hors du contexte du litige et si le Canada peut faciliter ces échanges.

La reconnaissance aura souvent pour effet d'éviter ou de réduire considérablement les questions en litige. Avant de nier un titre ou des droits ancestraux, le juriste devra obtenir du sous-procureur général adjoint des directives sur la position préconisée.

En plus de reconnaître les droits ancestraux, les juristes doivent veiller à ce que leurs arguments et leurs positions n'aient pas comme effet direct ou collatéral de compromettre ou restreindre ces droits, y compris le droit des peuples autochtones à l'autodétermination.

Ligne directrice n° 6 : Les positions juridiques doivent être scrupuleusement validées et les juristes devraient déconseiller aux ministères et aux agences de défendre des positions juridiques faibles.

Les juristes doivent évaluer très tôt dans le litige la probabilité de succès de la position juridique du Canada sur le fond. Compte tenu de l'engagement du Canada de reconnaître les droits ancestraux et de son obligation d'agir honorablement dans toutes ses relations avec les peuples autochtones, les juristes devraient déconseiller les prises de positions juridiques faibles. Dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il existe une question de principe qui nécessite de faire valoir une position qui apparaît susceptible d'échouer, les juristes doivent demander des directives au sous-procureur général adjoint.

Les juristes doivent s'efforcer de résoudre les divergences d'opinions sur la base des arguments disponibles et de la solidité des positions juridiques par le dialogue. Lorsqu'une résolution n'est pas possible, les juristes doivent non seulement s'assurer que les consultations sont exhaustives, mais ils doivent également obtenir les approbations décisionnelles appropriées. Ce sera le cas, par exemple, des approbations données par le sous-procureur général adjoint, par les comités de contentieux régionaux et par le Comité national du contentieux, ainsi que par les ministères et organismes clients, lorsque les circonstances le justifient. L'objectif demeure toujours de parvenir à un consensus sur une position qui sert au mieux au gouvernement dans son ensemble et qui soit conforme aux *Principes*.

Ligne directrice n° 7 : Les juristes doivent chercher à simplifier le litige et à y mettre fin dès que possible.

Les juristes doivent veiller à ce que les litiges procèdent avec célérité. Ils doivent s'abstenir de présenter des requêtes inutiles de nature procédurale, mais plutôt chercher à s'entendre sur les faits non contestés. Toutes les personnes impliquées dans le litige devraient éviter les délais bureaucratiques. Éviter les délais peut contribuer à favoriser la justice et la réconciliation.

Les juristes doivent également tenir compte des déséquilibres des ressources qui peuvent exister entre les parties. Ils doivent être disposés à proroger les délais liés aux étapes coûteuses du litige, comme la divulgation des documents.

Ligne directrice n° 8 : Toute communication et plaidoirie doit être considérée comme un outil important pour atteindre l'objectif de réconciliation.

Les plaidoiries orales et écrites, y compris les actes de procédures, représentent un moyen de communication important entre les parties, ainsi qu'entre le procureur général du Canada et les peuples autochtones, les tribunaux et le grand public. À cet égard, l'argumentation et les plaidoiries du Canada doivent faire progresser la réconciliation en appliquant les *Principes*.

Ligne directrice n° 9 : Les juristes doivent utiliser un langage respectueux et clair dans leurs communications écrites.

On s'attend du procureur général du Canada qu'il soit un plaideur modèle. Toutes les communications avec les tribunaux, les peuples autochtones ou leurs juristes, les médias, ainsi qu'avec le public et les autres parties, doivent satisfaire cette attente et respecter les normes les plus élevées de civilité et de qualité de l'argumentation.

De la même façon, toutes les communications, plaidoiries et représentations doivent mettre en évidence la relation spéciale entre la Couronne et les peuples autochtones. L'honneur de la Couronne ne se traduit pas seulement dans le contenu des positions prises, mais aussi dans la manière dont ces positions sont exprimées.¹³

Une argumentation respectueuse est une argumentation convaincante. Les juristes doivent veiller à ce que le langage et le ton utilisés ne soient pas indûment pointus ou démontrent une attitude d'indifférence.

Un langage clair est un signe de respect envers les peuples autochtones et leurs représentants. Les juristes doivent garder à l'esprit que le jargon juridique peut être difficile à comprendre et peut être perçu comme un obstacle à la communication. Toutefois, les juristes doivent veiller à ce que l'utilisation d'un langage courant ne crée pas de malentendu. Dans certaines circonstances, le langage juridique sera inévitable, particulièrement où il a un sens clair.

¹³ Voir le principe n° 3, *Le gouvernement du Canada reconnaît que l'honneur de la Couronne oriente le comportement de la Couronne dans tous ses rapports avec les peuples autochtones*. L'objectif principal de ce principe consiste à veiller à ce que les peuples autochtones soient traités avec respect et en tant que partenaires à part entière au sein de la Confédération.

Ligne directrice n° 10 : La terminologie juridique doit être conforme au langage constitutionnel et juridique.

En anglais, le terme « Indigenous » est largement synonyme du terme « Aboriginal » et les deux termes se rapportent aux Premières Nations (Indiens¹⁴), Inuits et Métis du Canada. De façon générale, le terme « Indigenous » devrait être utilisé plutôt que le terme « Aboriginal » ou « Indian ». Cette distinction n'existe pas en français, où le terme « autochtone » devrait être utilisé en tout temps.¹⁵

Ceci dit, les juristes doivent continuer à employer les termes précis utilisés dans la Constitution, par le Parlement et par les assemblées législatives se rapportant aux peuples autochtones. Le terme privilégié « autochtone » ne doit pas être utilisé en français lorsque le contexte exige un autre terme, comme c'est le cas dans les exemples suivants :

- La locution « peuple autochtone » est définie à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Lorsque le juriste réfère à des groupes qui sont ou peuvent être détenteurs de droits en vertu de l'article 35, ou aux droits dont il est question dans cet article, cette locution devrait être utilisée.
- Le terme « Indien » figure au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et dans les lois édictées en vertu de ce chef de compétence, telle que la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I 5.
- L'expression « Premières Nations » est celle qui est juridiquement correcte lorsqu'il est question de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, L.C. 1999, ch. 24.

Cela ne signifie pas que le terme « autochtone » doit être utilisé dans toutes les relations avec des groupes particuliers. Les juristes devraient utiliser le nom précis du groupe autochtone avec lequel ils ont affaire.

En choisissant la terminologie appropriée, les juristes doivent être conscients du fait qu'une terminologie qui peut être acceptable pour certains groupes pourrait en offenser d'autres. Ce domaine est en constante évolution, et les juristes devraient consulter le Centre de droit autochtone pour obtenir conseil sur la terminologie appropriée.

¹⁴ L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait référence aux « Indiens, Inuit et Métis du Canada ».

¹⁵ En anglais, le changement de terminologie qui consiste à remplacer « Aboriginal » ou « Indian » par « Indigenous » a été influencé par l'emploi du terme « Indigenous » par les peuples autochtones eux-mêmes et l'utilisation de ce terme dans les instruments internationaux.

Ligne directrice n° 11 : Les survols doivent être utilisés pour indiquer de façon concise la position du Canada et simplifier les questions en litige.

Un survol de la position du Canada, que ce soit dans les plaidoiries ou les mémoires de faits et du droit, constitue un outil de communication important. La vue d'ensemble doit servir à expliquer clairement la position du Canada, et distinguer les questions contentieuses de celles qui ne le sont pas. Comme l'indiquent les commentaires à l'appui du principe n° 2, la reconnaissance des torts passés, le cas échéant, et le fait de se concentrer sur les points de convergence entre les parties, peuvent faciliter la réconciliation et circonscrire les questions en litige.

Ligne directrice n° 12 : Pour limiter la portée du litige, il faut procéder à des admissions lorsque possible.

Les exposés des faits doivent rendre compte d'une démarche prudente à l'égard des admissions. Lorsque des torts ont été causés dans le passé, le cas échéant, les représentations écrites devraient reconnaître ces torts et indiquer que les choses seraient faites autrement aujourd'hui. Avant d'admettre de tels faits, les juristes devraient obtenir l'approbation des ministères et organismes clients, ou du sous-procureur général adjoint du Canada, selon le cas.¹⁶

Le cas échéant, les faits qui sont reconnus comme appuyant la revendication de la partie autochtone et qui peuvent faire progresser la réconciliation devraient être plaidés expressément dans les actes de procédure et non pas simplement admis. Par exemple, au lieu d'énumérer les numéros de paragraphe pour lesquels les faits sont admis, les juristes devraient expressément plaider les faits visés par l'admission :

En réponse au paragraphe x de la déclaration, depuis au moins la date de contact, les demandeurs et leurs ancêtres ont vécu à divers endroits dans les environs de la région pertinente.

¹⁶ Le sous-procureur général adjoint doit assurer le suivi des admissions effectuées dans les dossiers de litige et informer le procureur général de leur utilisation.

Le juriste doit faire des admissions de fait et identifier les points de droit et les sujets sur lesquels il y a une entente entre les parties en ce qui a trait à l'établissement des droits et titres ancestraux ou à d'autres points en litige. De telles admissions peuvent aider à circonscrire les questions en litige et démontrer que le Canada respecte et reconnaît les droits ancestraux, comme l'exige le principe n° 2.¹⁷

Par exemple, lorsque l'enjeu concerne la portée du droit ou du titre autochtone et non son existence, le Canada ne va pas simplement nier l'existence du droit ou du titre comme tel. Cela inclut les litiges où l'existence d'un titre ou de droits ancestraux n'est pas contestée, mais le territoire exact faisant l'objet du droit est inconnu ou fait l'objet de chevauchements avec les revendications d'autres groupes autochtones qui ne sont pas des parties au litige. Dans ces circonstances, les juristes devraient admettre les faits permettant la reconnaissance des droits ancestraux ou du titre, tout en requérant que les parties autochtones en fassent démonstration par la preuve de l'étendue et de la portée du titre ou du droit revendiqué.

Ligne directrice n° 13 : Les allégations niées doivent être réexaminées tout au long de la durée de l'instance.

Les plaidoiries du Canada ne doivent pas simplement consister à rejeter en bloc les allégations des demandeurs autochtones ni à exiger la preuve de chaque allégation. Comme l'indique la ligne directrice no 12 ci-dessus, cela est particulièrement vrai dans le cas de revendications de titre ou de droits ancestraux, lorsque l'existence du titre ou des droits ne fait pas de doute et que seule la portée de la revendication est remise en question.¹⁸

Lorsque des allégations sont niées au début du litige par mesure de prudence ou parce que les faits ne sont pas connus, et que la preuve révélée en cours d'instance ne permet plus d'appuyer une telle dénégation, les juristes devront amender leurs procédures. Les juristes devraient déterminer s'il est efficace et conforme à l'objectif de réconciliation de demander un délai supplémentaire pour déposer un acte de procédure. Cela peut permettre de recueillir des renseignements en vue de faire certaines admissions qui seraient autrement refusées à ce stade du litige.

¹⁷ Voir le principe n° 2, *Le gouvernement du Canada reconnaît que la réconciliation est le but fondamental de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982*. Ce principe explique que la réconciliation exige la reconnaissance des droits et une collaboration entre les peuples autochtones et la Couronne afin de mettre en œuvre les droits ancestraux.

¹⁸ Voir le principe n° 2, *Le gouvernement du Canada reconnaît que la réconciliation est le but fondamental de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982*.

Ligne directrice n° 14 : Les prescriptions et les défenses en équité ne devraient être invoquées que lorsqu'il existe une question de principe et des éléments de preuve pour les appuyer.

Extinction, cession, abandon

Les *Principes* découragent certaines positions fédérales soutenues depuis longtemps, dont les moyens de défense généraux, tels que l'extinction, la cession et l'abandon des droits.¹⁹

De façon générale, ces moyens de défense ne devraient être invoqués que lorsqu'il existe une question de principe et des éléments de preuve pour appuyer ces moyens de défenses.²⁰ De tels moyens de défense ne devraient pas être invoqués dans le seul espoir qu'ils se trouvent fondés suite aux interrogatoires au préalable ou d'une enquête.

Pour déterminer si de telles circonstances existent, les juristes doivent se demander si la défense préserve l'honneur de la Couronne. La réconciliation est généralement plus difficile à atteindre lorsque ces moyens de défense sont invoqués.

Les juristes qui envisagent de plaider ces moyens de défense doivent obtenir l'approbation du sous-procureur général adjoint.

¹⁹ Les principes n^{os} 1, 2, 4 et 5 reconnaissent que la présence constante et les droits inhérents des peuples autochtones sont un trait caractéristique du Canada.

²⁰ Le sous-procureur général adjoint doit surveiller les situations dans lesquelles ces moyens de défense sont invoqués et il doit informer le procureur général de leur utilisation.

Prescription et manque de diligence

Dans les cas où le litige a été introduit tardivement, les défenses en équité, comme l'acquiescement et le manque de diligence, sont privilégiées par rapport aux moyens de défense fondés sur la prescription. Par contre, même ces défenses ne devraient être invoquées que lorsqu'il existe une question de principe et des éléments de preuve pour les appuyer,²¹ et après obtention de l'approbation du sous procureur général adjoint.²²

Ligne directrice n° 15 : Il faut adopter une approche large et libérale pour déterminer qui est le détenteur légitime du droit.

Le Canada respecte le droit des peuples et des nations autochtones de se définir eux-mêmes, et les plaidoiries du procureur général, ainsi que toutes autres représentations doivent respecter les collectivités autochtones qui sont les détentrices légitimes des droits. Lorsque les droits ancestraux et le titre sont revendiqués pour le compte d'entités autochtones plus larges – telles que des nations ou des regroupements linguistiques – et qu'il n'y a pas d'intérêts concurrents, le Canada ne s'opposera pas au droit de ces groupes d'intenter une action en justice, dans des cas appropriés ou lorsque ces revendications sont soutenues par la preuve. Cette approche est conforme au principe n° 1, qui confirme la démarche adoptée par le gouvernement du Canada visant à établir une relation renouvelée de nation à nation.²³ Dans les causes portant sur les droits ancestraux et le titre, le Canada ne plaidera généralement pas que de petites entités autochtones, telles que des clans ou des groupes de famille élargie, sont les titulaires légitimes de droits et de titres ancestraux.²⁴

Lorsque des groupes autochtones ont des intérêts concurrents ou qui se chevauchent, il est préférable que ces groupes résolvent leurs différends entre eux comme le décrit la ligne directrice n° 5.

²¹ Il existe certains types de prescription pour lesquels il ne peut y avoir de renonciation, par exemple lorsque la loi le prévoit.

²² Cette ligne directrice répond à l'appel à l'action n° 26 de la CVRC, qui décourage le recours à un argument de prescription comme moyen de défense à l'encontre d'une action en justice intentée par les Autochtones en raison de la violence qu'ils ont subie par le passé. Les juristes devraient également s'informer sur la recherche et les perspectives qui sous-tendent cet appel à l'action.

²³ Voir aussi les principes nos 4 et 6. Ces deux principes confirment le droit des peuples autochtones à prendre part à la prise de décisions sur les questions qui touchent leurs droits, par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives.

²⁴ Les juristes doivent également être conscients du fait que l'existence de revendications concurrentes et de multiples détenteurs potentiels de droits peut être une source de discordance parmi les communautés autochtones. Indépendamment de qui peut être le titulaire légitime des droits, les juristes doivent être conscients de l'effet potentiel sur la réconciliation pour tous les groupes.

Ligne directrice n° 16 : Lorsqu'un litige implique les juridictions fédérales et provinciales, les juristes doivent veiller à ce que le litige porte autant que possible sur le fond de la demande.

Lors de l'évaluation des litiges, les juristes devraient examiner attentivement les responsabilités respectives de chaque ordre de gouvernement. Lors de l'examen visant à ajouter un autre gouvernement en tant que partie ou de s'en remettre à la responsabilité de ce gouvernement ou d'une autre partie, les juristes ne devraient ajouter des parties à une procédure en justice que s'il existe une question de principe et des bases factuelles pour ce faire.

Les avocats devraient rester conscients du fait que trop souvent, les positions prises par le gouvernement ont laissé les peuples autochtones dans «une sorte de désert juridique sur le plan de la compétence législative, situation qui a des conséquences défavorables importantes et évidentes ». ²⁵

Ligne directrice n° 17: La preuve par tradition orale devrait relever de la valeur probante et non de l'admissibilité de la preuve.

Les juristes devraient traiter la preuve par tradition orale en fonction de sa valeur probante plutôt que sur son admissibilité. Pareillement, les juristes doivent adopter une approche respectueuse et prudente lors de la validation de la preuve par tradition orale en contre-interrogatoire. Pour assurer un traitement approprié de cette preuve, les juristes devraient envisager d'élaborer un protocole relatif à la preuve par tradition orale.²⁶

²⁵ *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, para 14.

²⁶ Pour obtenir plus d'information, consultez les lignes directrices de la Cour fédérale *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des Autochtones*
[http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20\(FR\).pdf](http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20(FR).pdf).

Ligne directrice n° 18: Les décisions portant sur les contrôles judiciaires et les appels devront faire l'objet d'une consultation approfondie au sein du gouvernement et être limitées aux questions importantes.

Le gouvernement du Canada ne demandera pas le contrôle judiciaire ni ne portera en appel chacune des décisions auxquelles il ne souscrit pas. La décision de contester un jugement par voie de contrôle judiciaire ou d'appel devra être limitée aux questions importantes. Toute recommandation d'intenter un contrôle judiciaire, d'interjeter appel ou de demander l'autorisation d'appel, doit faire l'objet d'une consultation approfondie au sein du gouvernement et être approuvée par le procureur général, le cas échéant.

Ligne directrice n° 19: Les interventions devraient servir à traiter des questions de principe importantes.

Les *Principes* guident le Canada dans l'élaboration de sa démarche en matière d'interventions. Le procureur général du Canada peut souhaiter intervenir dans des causes qui soulèvent des questions importantes, en particulier celles qui pourraient toucher la réconciliation. Pour déterminer si une intervention est justifiée, les juristes devraient examiner si l'intervention du procureur général permettrait d'assister le tribunal en lui offrant un point de vue juridique ou constitutionnel distinct qui pourrait ne pas être soulevé par les parties au litige. Toutes les interventions doivent être approuvées par le procureur général du Canada.

Ligne directrice n° 20 : Tous les dossiers doivent être étudiés afin d'examiner les leçons à tirer sur la façon dont les *Principes* peuvent être mieux appliqués dans les litiges.

À la conclusion de tout dossier de litige mettant en cause les peuples et questions autochtones, l'équipe du contentieux et le ministère ou organisme client devraient faire le point sur les leçons apprises et sur les moyens de prévenir des litiges similaires à l'avenir. Cette discussion portera sur la façon dont les *Principes* ont été appliqués tout au long du litige et sur la façon dont ils peuvent être appliqués au fur et à mesure que les leçons apprises sont mises en œuvre. Les juristes et les ministères et organismes clients doivent discuter des répercussions du litige sur la relation avec les groupes autochtones impliqués dans ce litige. Lorsqu'un dossier de litige est en cours, une discussion similaire devrait avoir lieu à intervalles raisonnables. La présente Directive devrait être également réexaminée à intervalles réguliers, en tenant en compte de l'évolution de la pratique et d'autres initiatives gouvernementales favorisant la réconciliation.

Visitez justice.gc.ca si vous voulez lire les [Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones](#).