



INDIGENOUS BAR ASSOCIATION / L'ASSOCIATION DU
BARREAU AUTOCHTONE

**Propositions soumises au Sous-Comité
du Processus de Nominations
de la Magistrature Fédérale**

Novembre 2005

PO Box 218, #2708 – 438 Seymour Street
Vancouver, BC V6B 6H4
Tel: (604) 951-8807 / Fax: (604) 951-8806
www.indigenoussbar.ca

INTRODUCTION

«Les oies migrent parce qu'elles ont des tâches à accomplir à des temps et à des endroits différents. Avant de s'envoler, elles se rassemblent et font des réserves d'énergie. Je crois fermement que nos peuples sont en train de se rassembler, tout comme les oies sont en train de se préparer pour leur envol. Je suis extrêmement optimiste sur le fait que très bientôt, nous prendrons les responsabilités auxquelles nous étions destinés d'en être les porteurs à-travers le monde. »

- Jim Bourque (1)

L'association du Barreau Autochtone (ABA) se réjouit de la chance de pouvoir participer à la révision du processus de nomination fédérale des juges. L'ABA est un organisme professionnel à but non lucratif regroupant des personnes des Premières Nations, des Inuit et des Métis formés dans le domaine du droit. Notre membership comprend des avocats Autochtones (pratiquants et non-pratiquants), des juges, des professeurs de droit, des consultants dans le domaine légal et des étudiants en droit.

L'ABA prend une part active dans la promotion de la reconnaissance et du développement du droit autochtone et du soutien des praticiens juridiques Autochtones. Parmi nos objectifs, l'ABA reconnaît et respecte entre autre la base spirituelle de nos lois autochtones, de nos coutumes et de nos traditions et est à la recherche de réformes des politiques et des lois qui affectent les Autochtones du Canada.

À cette fin, l'ABA prend une part active à promouvoir et à approfondir la reconnaissance des lois Autochtones au Canada et voudrait d'autres nominations de juristes Autochtones dans toutes les cours du Canada, y compris la Cour Suprême du Canada. Nous avons exprimé une préoccupation profonde au sujet du manque de représentation des Peuples Autochtones au sein du système judiciaire et plus est, concernant le processus de nomination judiciaire comme tel. En exemple de la représentation nominale du peuple Autochtone au sein de la magistrature, il importe de dire que le premier juriste Autochtone de tous les temps à être élevé à une cour d'appel, où que ce soit au pays, s'est manifesté en novembre 2004.

(1) Jim Bourque : un Métis reconnu comme un Aîné aux Territoires du Nord Ouest et au Yukon, dans une communication personnelle aux Commissaires de la *Commission Royale sur les Peuples Autochtones*, cité dans *Looking Forward Looking Back*, Vol. 1

Les cours Canadiennes ont et continuent de développer une jurisprudence connue sous le nom de « Loi Autochtone ». Entre temps, la vision largement entretenue, à la fois empirique et légale, est que le peuple autochtone demeure exclus et marginalisé, non seulement en représentation magistrale comme telle, mais également dans le processus décisionnel judiciaire.

De plus, alors que la « Loi Autochtone » fait l'objet de discours fréquents par la Cour, les lois Autochtones, les coutumes et traditions – lesquelles devraient constituer la pierre angulaire de la fondation de la jurisprudence et du pluralisme légal du Canada – sont exclues.

L'ABA maintient la position que le moment est venu pour les Autochtones qui évoluent dans le domaine du droit, comme le dit Jim Bourque, de « prendre les responsabilités auxquelles nous étions destinés d'en être les porteurs à-travers le monde ». L'un des pivots de responsabilité dans le domaine de la loi se retrouve dans la magistrature, en contribuant au processus décisionnel et au développement de la juridiction au Canada. Il est clair que le processus et les institutions actuels ne reflètent aucunement le rôle du peuple Autochtone joué dans la fondation et la croissance du Canada et subséquemment dans les institutions Canadiennes, telles que les Cours.

L'ABA soumet ces propositions avec l'idée que le gouvernement fédéral apportera les changements nécessaires au processus actuel de nominations judiciaires fédérales qui aboutira à une élévation accrue de juristes Autochtones à la magistrature.

Changements au Processus Actuel

« Il est de l'opinion du peuple Autochtone que les principes du processus de cour tendent à créer des problèmes fondamentaux pour les Autochtones à cause des différences culturelles. Il y a un fossé énorme entre la culture Indienne et Anglo-Canadienne sur laquelle le processus judiciaire est basé. Les deux cultures fonctionnent selon une histoire, des croyances et des mythes très différents et très distincts... »

-Delia Opekokew (2)

Le processus actuel entrevoit des comités consultatifs judiciaires indépendants (« comités»), examine les applications des juges potentiels, dont chacune d'elles est classée selon l'une des trois façons, notamment « dans l'impossibilité de recommander », « recommandé » ou

(2) Delia Opekokew, I.P.C., *Conference on Aboriginal Peoples and Justice, Saskatoon, 1994 at p.202*

« hautement recommandé » - pour la considération du Ministre de la Justice lorsqu'il comble des postes vacants de nominations fédérales à des cours supérieures à-travers le Canada. Ces comités de sept personnes sont présidés par un juge en exercice et sont composés de : un seul représentant de l'association du Barreau Canadien, un représentant de la Société de Loi territoriale ou provinciale, un représentant du Procureur Général de la province et trois représentants du Ministre de la Justice.

Alors qu'on attribue à cette composition la qualité d'être représentative de la magistrature, du barreau et du public, la réalité est que les Autochtones et nos lois sont exclus et non représentés dans les diverses sources dans lesquelles le Ministre puise pour désigner des membres de ces comités. Il en résulte que la magistrature Autochtone, le barreau et le public sont effectivement exclus de ces comités consultatifs et complètement du processus de nomination judiciaire.

Il y a corrélation entre le nombre disproportionnellement bas de juges Autochtones nommés et le manque de participation Autochtone dans le processus d'application. La représentation mandatée de l'ABA étant absente dans ce processus, il est extrêmement douteux que la représentation Autochtone dans la magistrature augmente.

Alors que les comités sont mandatés pour examiner la valeur et évaluer les compétences des postulants, ils le font sans aucune représentation Autochtone. L'ABA s'inquiète du fait qu'il y ait peu d'habiletés de la part des comités pour déterminer l'expérience de tout postulant en terme de leur compétence à comprendre ou à accéder aux lois Autochtones, à leurs coutumes et à leurs traditions.

Plus particulièrement, nous craignons que les lois, les coutumes et les traditions Autochtones ne reçoivent pas la considération appropriée ou la priorité de la part du gouvernement fédéral lorsqu'on établira qui est qualifié pour siéger à la magistrature. En plaçant des représentants de l'ABA sur les comités, une telle priorité serait mandatée et assurée.

De plus, considérant le fait qu'aucune présence Autochtone n'est reflétée dans le processus de sélection comme tel, on se retrouve dans un environnement qui a peu de chance de promouvoir la confiance ou l'optimisme de la part des postulants Autochtones au fait qu'ils seront reconnus dans un système, qui, jusqu'à date les a toujours marginalisés. D'ailleurs, le fait qu'il y ait moins de deux douzaines de juges Autochtones dans tout le Canada, est une preuve suffisante du manque de représentation et d'un processus de sélection non réceptif.

RECOMMANDATION:

- 1. L'ABA recommande qu'un représentant de l'ABA soit intégré dans la composition de tous les comités consultatifs judiciaires indépendants.**

Si une représentation Autochtone dans la magistrature par l'entremise du processus de nominations fédérales est une initiative sérieuse de la part du gouvernement fédéral, il est possible de démontrer un tel engagement immédiatement. Il existe présentement des postes vacants au sein de différents comités consultatifs indépendants à-travers le Canada qui devraient être comblés par une représentation Autochtone.

RECOMMANDATION :

- 2. L'ABA recommande que le Ministre de la Justice comble immédiatement tous les postes vacants existants de nomination du Ministère de la Justice sur le comité consultatif judiciaire indépendant par des candidats Autochtones.**

En fonction de responsabilités de comité et du processus de sélection comme tel, il existe quelques domaines qui sont une source majeure de confusion, non seulement pour le public mais également pour les postulants professionnels et potentiels.

Il y a présentement trois classements possibles pouvant être assignés par le comité aux postulants. Il existe peu d'information publique disponible sur la distinction entre les trois catégories de classement. De plus, la distinction entre « recommandé » et « hautement recommandé » apparaît comme une théorie non pertinente. Étant donné la haute qualité d'ensemble de la magistrature et du barreau au Canada, un postulant devrait, soit être apte à siéger sur la magistrature ou non et par la force des choses, promouvoir la confiance publique en la magistrature et la loi; les postulants devraient être évalués soit comme « recommandé » ou « dans l'impossibilité d'être recommandé ».

RECOMMANDATION :

- 3. L'ABA recommande que le gouvernement fédéral fournisse aux comités consultatifs indépendants des instructions pour catégoriser les postulants, comme étant soit « dans l'impossibilité de recommander » ou « recommandé » (éliminant ainsi la catégorie « hautement recommandée ») et fournisse des**

caractéristiques claires aux comités consultatifs indépendants lorsqu'ils catégoriseront les candidats.

Nominations Autochtones

Étant donné que les Autochtones étaient l'un des partenaires fondateurs de la confédération – le partenaire qui est arrivé avec toutes les terres et les ressources – les lois Autochtones constituent également un troisième régime de loi qui doit être pris en considération lorsque des nominations sont faites à la magistrature.

De plus, les droits des Autochtones ont une longue tradition de reconnaissance explicite dans l'histoire constitutionnelle du Canada, incluant les articles 25 et 35 de la Loi Constitutionnelle du Canada, 1982. (3)

Une telle histoire de contribution au Canada associée à une reconnaissance constitutionnelle de longue date exige clairement plus que des mots d'encouragement de la part du gouvernement fédéral, mais plutôt une participation entière des Autochtones dans les processus de sélection des juristes pour la magistrature, de même qu'une participation entière à part égale à tous les niveaux de processus décisionnel judiciaire de toutes les cours.

C'était en 2004, 137 ans après la confédération avant que le premier juge (4) Autochtone du Canada ne soit élevé à une cour d'appel dans ce pays. C'est à la fois un impératif légal et moral de la part du gouvernement fédéral que davantage de juges Autochtones soient considérés pour toutes les cours et en particulier qu'ils soient considérés lors de postes vacants dans toutes les cours d'appel – y compris la Cour Suprême du Canada.

En effet, le Ministre Cotler a récemment établi une nouvelle stratégie pour aborder les questions judiciaires Autochtones, familièrement connue sous le Plan « 7-R's ». Ce plan, entre autre, identifie spécifiquement « représentation » comme l'un des 7-R's. Une représentation accrue dans la magistrature et à tous les niveaux de cours, y compris les cours d'appel et la Cour Suprême du Canada, est un investissement valable dans ce plan.

(3) Voir Hopkins J., et A. Peeling « Aboriginal Judicial Appointments to the Supreme Court of Canada », Avril 2004 pour une discussion complète sur ces questions.

(4) Le Juge Harry Laforme, Mississaugas de la Première Nation de New Credit, fut désigné à la Cour d'Appel en Ontario en novembre, 2004.

RECOMMANDATION

- 4. L'ABA recommande que le Ministre de la Justice donne immédiatement priorité à l'augmentation du nombre de juges Autochtones à tous les niveaux de cours, y compris les cours d'appel et la Cour Suprême du Canada, et que simultanément, il crée un processus de nomination d'inclusion Autochtone pour appuyer cette priorité.**

En plus des nominations, il est impératif d'être au courant du fait que les juges Autochtones se joignent à une magistrature qui, historiquement ne les reflétait pas. Ils rejoindront des collègues avec lesquels ils ont étudié le droit, écrit leurs examens du barreau et pratiqué leur profession, mais il y a typiquement très peu de croisement entre l'étude, l'émission de licence et la pratique du droit et la relation du Canada avec le peuple Autochtone.

Il est clair, à la fois d'un point de vue empirique et de façon anecdotique que les étudiants Autochtones en droit et les praticiens ne font pas partie du courant dominant de la profession. L'un des impacts parallèles d'une telle marginalisation est que, typiquement, le courant dominant de la profession n'est pas bien sensibilisé au sujet des Autochtones, de notre culture, de nos traditions, de nos lois et coutumes ou de notre histoire avec le Canada. Une telle réalité signifie que parfois il y a peu de valeur réalisable dans le fait qu'un candidat Autochtone compétent soumette sa candidature pour la magistrature, s'ils doivent – après avoir été élevé à la magistrature – sensibiliser leurs pairs sur les valeurs de base, les coutumes et les traditions du peuple Autochtone.

RECOMMANDATION :

- 5. L'ABA recommande que le gouvernement fédéral rende obligatoire et finance en entier un programme de formation nationale obligatoire pour tous les juges actuels et futurs en lien avec l'histoire légale, sociale et économique des Autochtones, devant être développé et offert en collaboration avec l'ABA.**

Recommandations de l'ABC

L'ABA appui également les propositions soumises par l'Association du Barreau Canadien en lien avec une période d'accalmie pour les juges politiquement impliqués: désigner seulement les candidats qui ont été recommandés par un comité, une plus grande accessibilité publique à

l'application et au processus de postes vacants, et la reconnaissance du fait que la « diversité » importe et contribue à la valeur.

CONCLUSION

Il arrive souvent que lorsqu'un changement est requis, particulièrement en relation avec tout domaine ayant un lien avec les Autochtones, les alarmistes font la mise en garde que le Canada pourrait se défaire – alors qu'en réalité on demande tout simplement au Canada de faire face à son histoire. En lien avec les nominations judiciaires en particulier, il y a des accusations au fait que les avocats Autochtones et les juges ne sont pas qualifiés ou que notre inclusion dilue les notions acceptées de valeur. C'est tout simplement faux. En plus, les normes actuelles de valeur pourraient être plus hautes. Plus hautes avec l'inclusion des lois Autochtones reflétées dans la jurisprudence du Canada – qui bénéficieraient à tous les Canadiens, et non seulement aux Autochtones.

Pour plus de précision : les nominations de postulants Autochtones à toutes les cours du Canada sont fondées dans la loi, et ne peuvent être contestées par des critiques.

Nous faisons appel au gouvernement fédéral du Canada de maintenir les lois constitutionnelles de ce pays en donnant immédiatement priorité à la promotion de postulants Autochtones compétents à la magistrature à tous les niveaux, incluant la Cour Suprême du Canada. Une telle priorité est nécessaire pour assurer la légitimité continue des principes de pluralisme légaux et d'intégrité constitutionnelle de ce pays.

En conclusion, l'ABA cite la *Commission Royale sur les Peuples Autochtones*, comme nous l'avons fait dans nos remarques préliminaires. Cependant, cette fois, afin d'être clair sur le fait que la nécessité d'accroître la représentation Autochtone dans les cours du Canada n'est pas simplement un sujet isolé pour l'ABA, mais bien une préoccupation pour tous les Canadiens, nous concluons avec un ancien Juge en Chef de la Cour Suprême du Canada, qui à sa façon a reconnu, tout comme Jim Bourque, que les Autochtones sont à rassembler leurs forces et qu'ils sont prêts à assumer leurs responsabilités à-travers le monde entier – y compris dans les cours en participant au processus de nomination judiciaire fédéral du Canada et en siégeant à la magistrature, et en y apportant une information éclairée à la jurisprudence.

« En tant que simple citoyen Canadien, je crois du plus profond de moi-même que ce merveilleux pays est arrivé à un moment crucial et très fragile de son histoire. L'une des principales raisons de cette fragilité est le sens profond d'aliénation et de frustration ressenti par, je crois, la grande majorité des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada. À cet effet, tout processus de changement ou de réforme au Canada – qu'il soit constitutionnel, économique ou social – ne doit pas aller de l'avant, et ne peut réussir, sans que les questions Autochtones ne constituent une partie importante de l'agenda. »

Le Très Honorable Brian Dickson (5)

(5) Le Très Honorable Brian Dickson, ancien Juge en Chef de la Cour Suprême du Canada, *Commission Royale sur les Peuples Autochtones, Looking Forward Looking Back, Vol. 1*

SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS

- 1. L'ABA recommande qu'un représentant de l'ABA soit inclus dans la composition de tous les comités consultatifs judiciaires indépendants.**
- 2. L'ABA recommande que le Ministre de la Justice comble immédiatement tous les postes vacants existant au sein du Ministère de la Justice sur le comité consultatif judiciaire indépendant par des candidats Autochtones.**
- 3. L'ABA recommande que le gouvernement fédéral fournisse aux comités consultatifs indépendants les instructions pour catégoriser les postulants, comme étant soit « dans l'impossibilité de recommander » ou « recommandé » (éliminant ainsi la catégorie « hautement recommandé » et fournisse des caractéristiques claires aux comités consultatifs indépendants pour catégoriser les candidats.**
- 4. L'ABA recommande que le Ministre de la Justice donne immédiatement priorité à l'augmentation du nombre de juges Autochtones à tous les niveaux de cours, y compris les cours d'appel et la Cour Suprême du Canada, et qu'il crée simultanément un processus de nomination d'inclusion Autochtone pour appuyer cette priorité.**
- 5. L'ABA recommande que le gouvernement fédéral mandate et finance en entier un programme national obligatoire de formation pour tous les juges actuels et futurs en relation avec l'histoire légale, sociale et économique des Autochtones, devant être développé et livré en collaboration avec l'ABA.**