

**4e conférence annuelle de l'Institut Canadien
Droit autochtone : Consultation et accommodement**

**Notes pour le déjeuner-allocation de l'honorable Karen Sharlow
Le 23 février 2010**

**Le travail de l'avocat à la Cour d'appel fédérale
en matière de droit autochtone**

Simplicité • Contexte • Enjeu

1. Je remercie l'Institut Canadien de m'avoir invitée à prononcer une allocution dans le cadre de cette importante conférence.
2. Tout d'abord, je dois prendre acte d'un fait bien connu de tout un chacun ici. Le droit autochtone canadien, et en particulier le droit applicable au sujet de la présente conférence, peut être comparé à un enfant. Comme tout enfant, il se développe rapidement et prend sans cesse des directions imprévues. Il lui arrive tantôt de trébucher, tantôt de faire des progrès remarquables.
3. Chacun d'entre vous est bien au courant de cela. En fait, je crois que c'est la raison pour laquelle vous êtes ici : pour apprendre ainsi que pour vous doter d'outils supplémentaires afin de faire face aux difficultés que posent la consultation et l'accommodement dans le cadre des litiges en matière de droit autochtone.
4. Lorsque l'on m'a contactée pour me proposer de prononcer une allocution dans le cadre de la présente conférence, il semblait que l'on me demandait d'aborder les principes juridiques de la consultation et de l'accommodement sur le fond. Cela m'intimidait beaucoup. De toutes les personnes qui peuvent être approchées pour prononcer une conférence doctrinale à propos du droit de la consultation et de l'accommodement, il est fort possible qu'un juge soit le pire choix. Pourquoi dis-je cela?

5. La raison n'est pas, et je vous l'assure, parce que je crois que les juges ne peuvent traiter de ce sujet très délicat. Ils peuvent, et doivent le faire.
6. Mais vous êtes dans cette salle pour en apprendre sur les derniers développements relativement à ce sujet. Vous n'allez pas retrouver cela dans une salle d'audience, mais plutôt auprès des chefs autochtones et des décideurs du gouvernement, ainsi qu'auprès de leurs conseillers qui examinent et analysent la jurisprudence afin de prodiguer des conseils éclairés.
7. L'essence de la consultation et de l'accommodement – soit les actions vraiment créatives et cruciales qui affectent les gens dans leur vie et dans leur travail – se rencontre au stade de la prise de décision – auquel participe beaucoup de personnes ici présentes, ainsi que ceux qu'elles conseillent.
8. Bien sûr, le processus décisionnel des chefs autochtones et des décideurs du gouvernement doit nécessairement être éclairé et guidé par les décisions des tribunaux. Les chefs doivent tenir compte de ce que les tribunaux ont à dire concernant la consultation et l'accommodement. Les arrêts-clés, et vous les connaissez aussi bien que moi, sinon davantage, sont d'une importance capitale. Ils balisent plusieurs éléments cruciaux du cadre menant à toute décision prise en lien avec le processus de consultation.
9. Cependant, les décideurs autochtones et ceux du gouvernement doivent aussi garder à l'esprit que chaque décision judiciaire porte sur une situation passée – sur une situation qui a eu lieu il y a de nombreuses années, voire des décennies. De plus, chaque décision repose sur un contexte précis, en plus d'avoir un historique judiciaire et procédural unique, qui n'est pas susceptible d'être reproduit exactement.
10. Les chefs autochtones et les décideurs gouvernementaux qui examinent aujourd'hui la manière d'aborder une problématique en particulier, et qui essaient de donner une forme pratique aux principes juridiques formulés dans les décisions judiciaires, doivent bien comprendre le monde tel qu'il est, et non seulement comme qu'il était lorsque qu'une cour a imaginé une solution à un problème spécifique antérieur.

11. Dans cette perspective, le droit de la consultation et de l'accommodement dans le contexte autochtone doit être vu comme un objet en mouvement, ou, pour reprendre une métaphore que j'ai récemment entendue, une plaque tectonique. Les juges et les tribunaux ne sont jamais en synchronie avec ces mouvements – ils tranchent après que la plaque a bougé, lorsque le tremblement de terre risque de survenir ou que le volcan risque d'entrer en éruption.

12. C'est ce qui se produit lorsqu'un différend s'aggrave, que les parties ne peuvent le résoudre entre elles, et qu'elles estiment qu'elles doivent s'adresser aux tribunaux pour que ceux-ci se prononcent pour déterminer qui a raison et qui a tort. À ce moment-là, les gens situés à l'épicentre du différend – autant les autochtones que les représentants du gouvernement – peuvent être fâchés, blessés et intransigeants, à un point tel que le différend doit être tranché par une partie objective.

13. Comme vous pouvez le constater, ce n'est pas les juges qui sont les architectes du droit de la consultation et de l'accommodement. Ils en sont plutôt les analyses et les archéologues judiciaires. Vous – les chefs, les décideurs ainsi que vos conseillers – en êtes les architectes.

14. C'est la raison pour laquelle j'étais hésitante à venir à cette conférence pour vous entretenir du droit substantiel. Je ne peux pas vraiment vous aider à traiter des situations concrètes auxquelles vous devez actuellement faire face. À l'exception, bien sûr, d'un aspect – celui du problème précis auquel vous faites face lorsque le différend relatif à la consultation et à l'accommodement est déjà rendu au point où le recours à l'appareil judiciaire est malheureusement une nécessité.

15. Aujourd'hui, je vais essayer de vous donner quelques conseils sur la manière de vous adresser à un tribunal d'appel, dans l'éventualité où vous vous trouvez un jour dans cette situation. Plus précisément, je souhaite faire quelques remarques sur l'art de la plaidoirie devant un tribunal d'appel.

16. Quel est le but du travail de l'avocat? Telle est la question. Et la réponse est la suivante : persuader, convaincre votre auditoire de quelque chose.

17. Lors d'une plaidoirie en appel, l'auditoire est la formation de la cour, soit les trois juges choisis pour instruire la cause en appel de la juridiction de première instance.

L'avocat de chaque partie met de l'avant une thèse – règle générale, la thèse opposée à celle mise de l'avant par la partie adverse.

18. Donc, le plaideur doit trouver une façon de convaincre ces juges d'accepter ce qu'il leur dit. Comment y parvient-il?

19. Le point de départ pour le plaideur, c'est de se rappeler que les juges sont d'abord et avant tout des êtres humains. En fait, ils ont gardé leur statut d'être humain après avoir été nommés juges. Ils sont comme vous sur de nombreux aspects, même si leur emploi est différent du vôtre.

20. Laissez-moi vous poser cette question : que faites-vous lorsque vous êtes confrontés à une situation vous donnant le choix entre deux options? Vous examinez vos options de la manière la plus minutieuse possible, vous demandez peut-être conseil à une personne en espérant qu'elle soit plus avertie et plus sage que vous ne l'êtes et vous essayez d'opter pour le choix qui convient le mieux à vos objectifs.

21. Vous savez, les juges ne sont pas différents. Ils font la même chose.

22. Les juges doivent trancher l'affaire qui leur est présentée et déterminer quelle partie aura gain de cause. Ils veulent parvenir au meilleur résultat. Par meilleur résultat, j'entends celui :

- qui respecte le plus la Constitution du Canada, les lois adoptées par le Parlement et les provinces, ainsi que les principes juridiques émanant de la jurisprudence;
- qui est fondé sur la meilleure compréhension possible des faits;
- qui rend le mieux possible justice entre les parties au litige.

23. Il s'agit d'une lourde commande, et les juges sont bien au fait de cette situation ainsi qu'à quel point il est difficile de parvenir à ces objectifs.

24. Les juges espèrent toujours être éclairés par des plaideurs avertis, sages et dignes de confiance. Le rôle d'un plaideur, dans la perspective du juge, est de le conseiller sur la manière de parvenir à un résultat qui favorise non seulement leur client, mais est aussi licite, équitable et juste.

25. Les juges espèrent toujours avoir l'opinion des avocats sur lesquels ils peuvent compter :

- des plaideurs sur lesquels il peut compter pour énoncer les faits de manière précise,
- des plaideurs sur lesquels il peut compter pour énoncer les principes juridiques de manière juste,
- des plaideurs dont les avis sont clairs,
- des plaideurs aux visées claires.

26. Sachant cela, qu'est-ce que le plaideur doit faire? Comment peut-il faire en sorte qu'il améliore ses chances d'être reconnu comme une personne sur laquelle la Cour peut compter?

27. Beaucoup de choses ont été écrites sur ce sujet et, compte tenu du temps dont je dispose, je ne peux faire la synthèse de toutes les connaissances disponibles¹. Je vais cependant vous faire part de trois conseils découlant de mon expérience. Ceux-ci se rapportent à ce qui suit : (1) simplicité, (2) contexte et (3) enjeu.

¹ Il y a plusieurs excellents livres et articles au sujet du travail de l'avocat, dont celui au stade de l'appel. Je vais faire la publicité pour une seule source d'information – le journal de l'Advocates' Society, qui porte, sans surprise, le nom d'Advocates' Society Journal. Presque chaque numéro contient un article contenant de précieux conseils pour les plaideurs. Mes préférés sont la série d'articles rédigés par feu M. le juge Marvin Catzman de la Cour d'appel de l'Ontario, dont chacun contenait un « comportement à éviter ». Aussi, tout écrit de M. le juge John Laskin sur la question de la plaidoirie vaut le détour. J'ai joint une liste partielle d'articles sur le sujet. Ceux-ci vous dirigeront vers de nombreuses autres ressources utiles.

Simplicité

28. Si vous ne devez retenir qu'une seule chose de cette journée, retenez ceci.
29. Dans chaque affaire dont est saisi un tribunal – et je mets l'accent, CHAQUE affaire dont est saisi un tribunal – peu importe le volume ou la complexité de celle-ci, et peu importe la longueur du procès ou la complexité des faits et des questions en litige – sera ultimement tranchée en fonction d'un seul point (parfois deux ou trois, mais rarement davantage).
30. Vous voulez avoir gain de cause sur ce point, ou sur ces deux ou trois points qui feront pencher la balance en votre faveur. Il est difficile de deviner quel est ce point – le pivot de votre cause – mais votre succès peut dépendre de votre capacité à le déceler, et le plus tôt vous y parvenez, meilleures sont vos chances. Si vous êtes chanceux et astucieux, vous pouvez déceler ce point bien avant l'appel, voire avant que l'affaire soit instruite en première instance, de sorte que vous pouvez planifier votre stratégie d'instance pour vous concentrer le point qui fera pencher la balance en votre faveur.
31. Voici un avertissement. Si jamais vous réalisez que vous êtes en train de rédiger un avis d'appel dans lequel vous alléguiez que le juge en première instance a commis 57 erreurs de droit, pensez-y de nouveau. Il est fort probable que, si le juge a commis une quelconque erreur, il a commis une erreur cruciale justifiant que la décision soit annulée, ou peut-être deux ou trois.
32. Je vais vous faire une confidence. Lorsque j'ai commencé à rédiger la présente allocution, j'avais prévu dresser une liste des dix meilleurs conseils aux avocats. Plus je travaillais sur l'allocution, plus la liste des conseils se raccourcissait, jusqu'à ce qu'elle ne contienne que cinq conseils. Après l'avoir quelque peu peaufinée, elle n'en contenait plus que trois. Si j'avais eu plus de temps à ma disposition, ma liste aurait peut-être pu contenir qu'un seul conseil.

Contexte

33. Ce conseil se rapporte à la clarté – et repose sur quelque chose que nous devrions tous connaître, soit le processus d'apprentissage.
34. Les juges apprennent probablement de la même manière que les autres personnes. Tout comme vous, les juges sont plus susceptibles de comprendre quelque chose et de s'en souvenir s'ils savent que cette chose est importante lorsqu'ils en prennent connaissance pour la première fois. Il s'agit de la raison pour laquelle le contexte est essentiel.
35. Situez votre contexte dès le départ. Commencez vos observations écrites (votre mémoire des faits et du droit) avec une petite introduction qui énonce, de la manière la plus simple et la plus limpide possible, l'objet de votre litige et la raison pour laquelle vous devez avoir gain de cause. Faites de même avec vos plaidoiries.
36. Une bonne introduction est en une qui situe le contexte. Continuez de préciser ce contexte tout au long de vos observations : reliez vos observations plus détaillées à votre point principal et faites en sorte que le contexte conserve son importance.

Enjeu

37. Les juges sont minimalistes. Qu'est-ce que cela signifie? Qu'ils tranchent une affaire à la fois et qu'ils préfèrent traiter le moins possible de ce qu'il n'est pas nécessaire de trancher immédiatement.
38. Pour le plaideur, cela signifie qu'il doit mettre l'accent sur les faits en l'espèce – le problème particulier auquel est confronté le tribunal à ce moment précis.
39. Les principes juridiques sont importants, mais ils ne sont que des constructions abstraites visant à parvenir à une fin, et non une fin en soi. La loi oriente le juge vers un résultat, mais ne le dicte rarement, et un exposé des faits convainquant de la perspective de votre client, si celui-ci est énoncé de manière juste et sans exagération, peut convaincre un juge du bien-fondé de la cause de votre client.

Conclusion

40. Il s'agit de mes trois conseils. Ceux-ci peuvent être résumés comme suit : les meilleurs plaideurs ont maîtrisé l'art de raconter une histoire; l'art de raconter une histoire dans un but précis; l'art de raconter une histoire qui éclaire et qui persuade.

41. Cela conclut les remarques que j'ai préparées. Je vous remercie de votre attention. Je vous invite maintenant à poser des questions, auxquelles je vais tenter de répondre au meilleur de mes connaissances.

DOCUMENTS DE RÉFÉRENCE **Tirés de l'Advocates' Society Journal**

A Survivor's Guide to Advocacy in the Supreme Court of Canada, (Summer 1999) 18 Advocates' Soc. J. No. 2, 13-20 The Honourable Mr. Justice Ian Binnie

A view from the other side: What I would have done differently if I knew then what I know now, (Spring 1998) 17 Advocates' Soc. J. No. 2, 16-22 The Honourable Mr. Justice John I. Laskin

A young lawyer's diary, (Spring 1999) 18 Advocates' Soc. J. No. 1, 12-17 Johanna Braden

Advocacy in class proceedings litigation, (Summer 2000) 19 Advocates' Soc. J. No. 1, 6-9 The Honourable Mr. Justice Warren Winkler, Superior Court of Justice

Advocacy in jurisprudential appeals, (Spring 2003) 21 Advocates' Soc. J. No. 4, 19 - 24 Justice Rosalie Silberman Abella

Advocacy in the Court of Appeal: One lawyer's perspective, (Winter 2009) 28 Advocates' Soc. J. No. 3, 3 - 6 Paul J. Pape

Another advocacy issue, (Spring 2003) 21 Advocates' Soc. J. No. 4, 1 David Stockwood, Q.C.

Appellate Advocacy in an Abbreviated Setting, (Summer 1999) 18 Advocates' Soc. J. No. 2, 22-25 The Honourable Mr. Justice George D. Finlayson

- Forget the Windup and Make the Pitch: Some Suggestions for Writing More Persuasive Factums, (Summer 1999) 18 Advocates' Soc. J. No. 2, 3-12
The Honourable Mr. Justice John I. Laskin
- In praise of oral advocacy, (Spring 2003) 21 Advocates' Soc. J. No. 4, 3 - 18
Justice Ian Binnie
- Keys to successful oral advocacy: One view from the bar, (Autumn 2007) 26
Advocates' Soc. J. No. 2, 9 - 14 Wendy Matheson
- Kramer's 51 tips for the successful practice of law, (Summer 2002) 21 Advocates'
Soc. J. No. 1, 19 - 22 Jeffrey Kramer
- Losing tip 10: When the law is dead against you, (Winter 2002) 21 Advocates'
Soc. J. No. 3, 17 The Honourable Justice Marvin Catzman
- Losing tip No. 11: Distinguishing the indistinguishable (and a note on alphabet
soup), (Spring 2003) 21 Advocates' Soc. J. No. 4, 25 - 26 Justice Marvin
Catzman
- Losing tip No. 12: Fling their own words back at them, (Summer 2003) 22
Advocates' Soc. J. No. 1, 23 The Honourable Justice Marvin Catzman
- Losing tip no. 13: Never discard a hopeless argument, (Spring 2004) 22
Advocates' Soc. J. No. 4, 26 - 27 The Honourable Justice Marvin
Catzman
- Losing tip no. 14: Openers and closers, (Autumn 2004) 23 Advocates' Soc. J. No.
2, 21 - 22 The Honourable Justice Marvin Catzman
- Losing Tip No. 15: For Whom the Bell Tolls, (Winter 2004) 23 Advocates' Soc. J.
No. 3, 19 - 20 The Honourable Justice Marvin Catzman
- Losing tip no. 16: 1066 and all that, (Spring 2005) 23 Advocates' Soc. J. No. 4, 27
- 28 The Honourable Justice Marvin Catzman
- Losing tip no. 17: Losing in Latin, (Summer 2005) 24 Advocates' Soc. J. No. 1,
22 - 25 The Honourable Justice Marvin Catzman
- Losing tip no. 18: Always leave 'em laughing, (Autumn 2005) 24 Advocates' Soc.
J. No. 2, 26 - 29 The Honourable Justice Marvin Catzman
- Losing tip no. 19: Death of a thousand cuts, (Winter 2005) 24 Advocates' Soc. J.
No. 3, 22 - 24 The Honourable Justice Marvin Catzman
- Losing tip no. 20: Losing by confusing, (Spring 2006) 24 Advocates' Soc. J. No.
4, 28 - 31 The Honourable Justice Marvin Catzman
- Losing tip no. 21: Losing and baseball, (Summer 2006) 25 Advocates' Soc. J. No.
1, 19 - 20 The Honourable Justice Marvin Catzman

- Losing tip no. 22: We're not in Kansas anymore, (Autumn 2006) 25 Advocates' Soc. J. No. 2, 26 - 27 The Honourable Marvin Catzman
- Losing Tip No. 23: Judicial Notice (Part I), (Winter 2006) 25 Advocates' Soc. J. No. 3, 26 - 27 The Honourable Marvin Catzman
- Losing tip no. 24: If a tree falls in the forest ..., (Spring 2007) 25 Advocates' Soc. J. No. 4, 28 - 30 The Honourable Marvin Catzman
- Losing tip no. 25: Mispelling and the art of judicial alienation, (Summer 2007) 26 Advocates' Soc. J. No. 1, 25 - 27 The Honourable Marvin Catzman
- Losing tip no. 26: Little Red Riding Hood, Alexander Haig, and George W. Bush, (Autumn 2007) 26 Advocates' Soc. J. No. 2, 29 - 31 The Honourable Marvin Catzman
- Make your factum read like War and Peace: Tip 9, (Autumn 2002) 21 Advocates' Soc. J. No. 2, 25 The Honourable Justice Marvin Catzman
- Now advocating at a theatre near you, (Autumn 2009) 28 Advocates' Soc. J. No. 2, 1 - 2 Stephen Grant, LSM
- On trial, (Spring 2002) 20 Advocates' Soc. J. No. 4, 18 Justice Robert P. Armstrong
- Oral Advocacy in Matters Argued Before Superior Court Judges, (Summer 1999) 18 Advocates' Soc. J. No. 2, 26-29 The Honourable Mr. Justice R.A. Blair
- Parting shots from the master's bench, (Spring 1999) 18 Advocates' Soc. J. No. 1, 18-19 Master Donkin (Ret.)
- Reflections of a circuit judge, (Summer 2009) 28 Advocates' Soc. J. No. 1, 16 - 21 The Honourable William J. Anderson
- Some appellate advocacy advice, (Autumn 2009) 28 Advocates' Soc. J. No. 2, 4 - 6 The Honourable Mr. Justice Marshall Rothstein
- Ten ways to lose at the Supreme Court of Canada, (Spring 2007) 25 Advocates' Soc. J. No. 4, 13 - 20 Eugene Meehan, Q.C.
- The "good" criminal law barrister, (Autumn 2004) 23 Advocates' Soc. J. No. 2, 7 - 12 Austin M. Cooper, Q.C.
- The appellate process explained, (Summer 2009) 28 Advocates' Soc. J. No. 1, 28 Earl A. Cherniak, Q.C., LSM
- The difficult judge: A rare bird, (Summer 2003) 22 Advocates' Soc. J. No. 1, 1 - 2 David Stockwood, Q.C.

- The Ethics of Advocacy, (Autumn 2008) 27 Advocates' Soc. J. No. 2, 26 - 27
Gavin MacKenzie
- The Right Stuff: Marvin Catzman and legal writing, (Spring 2008) 26 Advocates'
Soc. J. No. 4, 19 - 22 The Honourable John I. Laskin
- The unsung art of written advocacy: Strategies, tips, and a call for unorthodoxy,
(Summer 2004) 23 Advocates' Soc. J. No. 1, 10 - 27 M. David Lepofsky
- The wrong stuff: How to lose appeals in the Court of Appeal, (Summer 2000) 19
Advocates' Soc. J. No. 1, 1-5 The Honourable Mr. Justice Marvin
Catzman, Court of Appeal for Ontario
- The wrong stuff: Tip 8, (Summer 2002) 21 Advocates' Soc. J. No. 1, 1 - 2 The
Honourable Justice Marvin Catzman
- Through the looking glass: Advocacy lessons learned when acting as an
arbitrator, (Summer 2004) 23 Advocates' Soc. J. No. 1, 1 - 3 David
Stockwood, Q.C.
- Tipping the balance in the Court of Appeal, (Spring 2005) 23 Advocates' Soc. J.
No. 4, 9 - 12 The Honourable Justice Kathryn N. Feldman
- Views From the Bench, (Summer 1999) 18 Advocates' Soc. J. No. 2, 1 David
Stockwood, Q.C.
- What I want from the Court of Appeal, (Autumn 2004) 23 Advocates' Soc. J. No.
2, 3 - 6 William G. Horton
- What persuades (or, What's going on inside the judge's mind), (Summer 2004) 23
Advocates' Soc. J. No. 1, 4 - 9 The Honourable Justice John I. Laskin