

THE MAMUITUN TRIBAL COUNCIL'S COMMENTS ON THE ADOPTION OF RULES OF PROCEDURE FOR THE SPECIFIC CLAIMS TRIBUNAL

PREAMBLE

According to the *Specific Claims Tribunal Act*, the creation of the Tribunal is a means of promoting reconciliation between First Nations and the Crown. Accordingly, there is general agreement on the need to create and maintain a flexible tribunal that respects the distinctive character of each file and all First Nations. These concerns are reiterated in Rules 4 and 5, which promote a liberal interpretation of the Rules that takes into consideration the cultural diversity of First Nations. However, in general, we find that these objectives of the Act are hardly reflected in the Rules. Specifically, the general framework of the Rules of Practice and Procedure of the Specific Claims Tribunal of Canada significantly resemble the rules of procedure of most Canadian tribunals apart from a few specific additions here and there. Thus, it seems to us that the Rules were created in a rigid and formal framework similar to those of other tribunals in which we have tried to incorporate some options that provide more flexibility. In this regard, we believe that the government has missed an opportunity to create a truly distinct justice system that First Nations could identify with. Moreover, although the Rules provide several interesting tools, we fear that these original touches get lost in the set of strict Rules that will apply by default.

Furthermore, Part VI of the Rules regarding case management seems to be the most important part in that it allows the Tribunal to adapt hearings to the specific nature of a case. In particular, under this part, the Tribunal could make various decisions to simplify or eliminate issues and make any decision regarding the proportionality of procedures and that assist in the just disposition of the issues. Accordingly, it would be useful to specify in Rule 59 whether the Tribunal has final decision-making authority over the matters set out in the Rule. Accordingly, we believe that Part VI contains all the tools necessary for the Tribunal and the parties to establish a process that is imaginative, efficient and adapted to the circumstances of each claim. However, we fear that these tools depend mainly on the parties in the claims and, in too many situations, the general Rules will apply by default, leading to many procedures, greater costs and delays. As we will discuss in specific examples below, we believe that the Tribunal's general Rules are often too cumbersome and are likely to lead to a multiplication of applications and proceedings. The following are our comments on particular Rules.

SPECIFIC PROVISIONS

RULE 20 – PLEADINGS

The pleadings set out in Rule 20 seem unnecessarily lengthy and demanding given other Rules and the documents already exchanged between the parties. In particular, the

schedule described in subrule 2 of Rule 20 essentially repeats the information contained in the Declaration of Claim when all of the information required to comply with the minimum standard established by the Minister has already been filed when the claim was submitted to the Department. Furthermore, in addition to this duplication in disclosure, additional disclosure is set out later in the Rules, particularly with respect to providing an affidavit of documents.

RULE 22 – AMENDMENTS

Rule 22 sets out the provisions for amending the Declaration of Claim. Subrule 2 specifies that a new fact cannot be added in an amendment to a Declaration of Claim.

Although we accept the principle that the Tribunal should be considered a last resort option and that the Minister must first have the chance to accept or reject a claim, we are worried about the effect of Rule 22. As worded, Rule 22 makes it impossible to adapt a claim in light of new facts revealed in the course of the proceedings. Under the Rules, each party before the Tribunal must disclose all of the documents on which it proposes to rely, including any expert reports, at least sixty (60) days before the hearing. As a result, a First Nation that becomes aware of new facts under these circumstances would be obliged to file a new claim and start the process all over again from the beginning if it wanted to use that information. Thus, we believe that any new fact that does not change the nature of the claim or does not take the other party by surprise should be allowed to be included in an amendment.

RULE 40 – SERVICE

We notice that in Rule 40 the requirements of service are less stringent for service on a First Nation than on the Crown. Given that Rule 9 specifically states that all persons shall be represented by legal counsel, we would specify that service on a First Nation should include service on the counsel of record.

RULES 47 AND FOLLOWING – JOINDER OF NECESSARY PARTIES

Part IV of the Rules regarding the joinder of parties to a claim raises several issues for us.

Reading Rules 47 and 49 seems to indicate to us that joining claims is encouraged and that only if the criteria provided in Rule 49 are met will separate hearings be held. Whereas this rule is beneficial for the management of the Tribunal, we fear that it could have a negative effect on First Nations by imposing new parties who could claim costs. The order for costs provided in Rule 49(c) could be prejudicial to a First Nation ordered to pay costs when it did not require such an intervention. The risk is increased because the Tribunal has complete discretion in this area.

Last, with respect to joinders, we wonder whether it would be possible for a First Nation to intervene in a file that it believes affects its interests if it has not received notice within

the meaning of Rules 50 and following. In fact, these rules only provide for the intervention of parties that have received notice.

RULES 71 AND FOLLOWING – MEDIATION

Part VII of the Rules deals with mediation. These Rules provide that the parties wishing to participate in mediation must file a request for a stay of proceedings. Considering the time already passed since the claim was filed, we believe that it could be possible to have mediation sessions without requiring a request for a stay. Although the timeliness for hearing are still unknown at this point, the volume of pending cases and announced process for appointing judges leads us to predict that a certain period of time is required before the hearings of files begin. In this context, we do not believe that is always necessary to obtain a stay in order to participate in mediation. It could be better to participate in mediation while keeping the date or order of hearing.

RULES 77 AND FOLLOWING – DISCLOSURE

Part VIII regarding disclosure of documents seems much too rigid and procedural in our opinion. As we mentioned above, First Nations are already obliged to provide all documentation when filing the claim, serving the Declaration of Claim and creating the schedule to the Declaration of Claim. Under the Rules, these documents now have to be disclosed in support of the affidavit of documents signed by the parties and certified by their legal counsel. Although full disclosure of the evidence by all of the parties is desirable, we believe that the required procedures are too cumbersome and result in unnecessary procedures and costs.

RULE 92 – EXAMINATION – CONDITIONS

Rule 92 regarding examination for discovery of an adverse party creates a significant disadvantage for First Nations. Whereas the defendant may examine a plaintiff at any time after the Declaration of Claim is filed, the First Nation may examine for discovery only if the pleadings are closed unless leave of the Court has been obtained. This raises the question why the government would be allowed to benefit from examination for discovery before filing its response when a First Nation cannot do so in order to produce a reply.

Moreover, Rules 93 and following once again encourage a multiplication of procedures when, in our opinion, it would be simpler to immediately provide for the examination of several representatives when necessary.

RULE 108 – ORAL HISTORY EVIDENCE

This rule sets out some directions that may be issued by the Tribunal regarding the presentation of oral history evidence. Unfortunately, this rule does not provide any

directives or guidelines to be followed by the Tribunal in establishing these directions. Given the nature of the Tribunal and importance of oral history for First Nations, particularly for Elders, it would be necessary to provide a flexible approach in this area.

In light of Rule 22, which forbids raising any fact that has not been disclosed in advance, we have to ensure that key testimony for the First Nations, such as the testimony of elders, is not interrupted by a series of objections. That would impugn the Tribunal's credibility in the eyes of the elders and the entire First Nation and would risk undermining the whole process. Accordingly, we believe that Rule 108 should be amended in order to provide that the Tribunal's directions should favour the admissibility of oral history evidence and allow the Tribunal to exercise flexibility. The reservations that the government of Canada may have with this type of testimonial evidence should thus be reflected in the assessment of the probative weight rather than the admissibility of this evidence.

RULE 109 – EXPERT EVIDENCE

The Rules regarding expert evidence in Rules 109 and following raise several questions. First, the time limits of sixty (60), forty (40) and thirty (30) days before the hearing for filing expert reports are quite insufficient. Indeed, it is impossible to believe that responding and reply reports can be produced within such timeframes. Moreover, the content of Rule 109 providing that experts must act impartially and describe the nature of the request or any directions received from any party is unnecessary if the Tribunal may on its own discretion appoint an independent expert and determine his or her remuneration. In that context, a party could find itself forced to pay the costs of two (2) experts replying to the Tribunal.

RULE 131 – COSTS

The provisions regarding the awarding of costs seem insufficiently defined. The complete discretion of the Tribunal could end up frustrating the intention of a First Nation to bring proceedings. Indeed, First Nations need to know the extent of the financial burden they could be facing by filing a specific claim. Thus, we think that some limits should be imposed.

**COMMENTAIRES DU CONSEIL TRIBAL MAMUITUN
PORTANT SUR L'ADOPTION DES RÈGLES DE PROCÉDURE DU
TRIBUNAL DES REVENDICATIONS PARTICULIÈRES**

PREAMBULE

Selon la *Loi sur le tribunal des revendications particulières*, la création de ce Tribunal a pour but de favoriser un rapprochement entre Sa Majesté et les Premières Nations du Canada. Pour ce faire, tous s'entendent sur la nécessité de créer et de maintenir un Tribunal souple permettant de respecter les particularités de chaque dossier et de l'ensemble des Premières Nations. Ces préoccupations sont d'ailleurs reprises aux articles 4 et 5 des règles qui militent en faveur d'une interprétation large et reconnaissante de la diversité culturelle des Premières Nations. Or, de façon générale nous considérons que ces objectifs de la Loi sont peu repris par les règles. En effet, le cadre général des règles concernant la pratique et la procédure du Tribunal des revendications particulières du Canada ressemble de façon importante aux règles de procédure de la majorité des tribunaux canadiens si ce n'est que de certaines particularités introduites ici et là. Le règlement nous apparaît donc être constitué d'un cadre rigide et formel commun aux autres tribunaux auxquels nous avons tenté d'incorporer certaines alternatives accordant une plus grande souplesse. En ce sens, nous estimons que le gouvernement a passé à côté d'une opportunité de créer un système de justice réellement distinct où les Premières Nations pourraient se reconnaître. Aussi, bien que les règles prévoient plusieurs outils intéressants, nous craignons que ces soupçons d'originalité se perdent dans l'ensemble des règles rigoureuses qui s'appliqueront par défaut.

Par ailleurs, la partie VI des règles concernant la gestion de l'instance nous apparaît constituer une partie primordiale en ce qu'elle permet au Tribunal d'adapter les instances aux particularités de chaque dossier. Notamment, selon cette partie, le Tribunal pourrait prendre de multiples décisions permettant la simplification et l'élimination des questions en litige et de rendre toute autre décision respectant la proportionnalité des procédures et la recherche d'un règlement équitable. À cet égard, il serait utile de préciser à la règle 59 si le Tribunal est décisionnel quant aux points y étant prévus. Le cas échéant, nous considérons que la partie VI contient tous les outils permettant au Tribunal et aux parties d'établir un processus imaginatif, efficace et adapté aux circonstances de chaque revendication. Toutefois, nous craignons que ces outils dépendent principalement des intervenants aux dossiers et que dans trop de situations, l'ensemble des règles générales s'appliqueront par défaut et entraîneront une augmentation des procédures, des coûts et des délais. En effet, tel que nous en élaborerons certains exemples ci-après, nous croyons que les règles générales prévues par le Tribunal sont souvent trop lourdes et sont susceptibles d'entraîner la multiplication des demandes et procédures. Nous vous formulons d'ailleurs ci-bas quelques commentaires visant spécifiquement certaines règles.

DISPOSITIONS SPECIFIQUES

REGLE 20 – ACTE DE PROCEDURE :

Les actes de procédure prévus à l'article 20 nous apparaissent inutilement volumineux et exigeant en regard des autres règles et des documents déjà échangés entre les parties. Notamment, l'annexe prévue au deuxième paragraphe de la règle 20 reprend substantiellement les informations contenues à la déclaration de revendication alors que tous ces renseignements requis pour rencontrer la norme minimale établie par le Ministre ont déjà été déposés au moment où la revendication a été soumise au ministère. De surcroît, en plus de ce dédoublement de communication, des communications supplémentaires sont prévues ultérieurement dans les règles, notamment quant à la communication des documents par affidavit.

REGLE 22 – AMENDEMENT :

La règle 22 prévoit les dispositions concernant l'amendement de la déclaration de revendication. Le paragraphe 2 prévoit notamment l'impossibilité d'amender une revendication pour y ajouter un fait nouveau.

Bien que nous acceptions le principe voulant que le Tribunal soit considéré comme une alternative de dernier recours et que le Ministre doit d'abord avoir l'occasion d'accepter ou de rejeter une revendication, nous craignons l'effet de l'article 22. En effet, tel que libellé, l'article 22 vient consacrer l'impossibilité d'adapter une revendication à la lumière de nouveaux faits dévoilés en cours d'instance. Comme le prévoient les règles, chacune des parties devant le Tribunal a l'obligation de dévoiler totalement les documents qu'elle entend invoquer et peut même déposer une expertise jusqu'à soixante (60) jours précédant l'audition. Or, une Première Nation qui prendrait alors connaissance de nouveaux faits dans ces circonstances se verrait dans l'obligation de soumettre une nouvelle revendication et de débiter le processus à zéro si elle désirait s'en servir. Nous croyons donc que tout fait nouveau n'ayant pas pour effet de changer la nature de la revendication ou de prendre l'autre partie par surprise, devrait pouvoir faire l'objet d'un amendement.

REGLE 40 – SIGNIFICATION :

À la règle 40, nous constatons que les exigences de signification sont moindres pour les significations effectuées à une Première Nation que pour Sa Majesté. Considérant que l'article 9 prévoit notamment le principe voulant que toute personne soit représentée par avocat, nous

préconisons que les significations à une Première Nation incluent entre autres la signification à l'avocat inscrit au dossier.

REGLES 47 ET SUIVANTES – JONCTION DES PARTIES ESSENTIELLES :

La partie IV des règles concernant la jonction des parties à une revendication nous amène plusieurs questionnements.

La lecture des règles 47 et 49 semble nous indiquer que les jonctions d'instance sont favorisées et que ce n'est qu'en la présence des critères de la règle 49 que des audiences distinctes pourront être tenues. Alors que cette règle favorise la gestion du Tribunal, nous craignons qu'elle puisse avoir pour effet de nuire aux Premières Nations en imposant de nouveaux intervenants qui pourraient réclamer des dépens. L'adjudication des dépens prévue à la règle 49 c) pourrait effectivement être dommageable à une Première Nation condamnée aux dépens alors qu'elle n'aurait pas requis une telle intervention. Ce risque est d'autant plus grand que le Tribunal possède une totale discrétion à ce sujet.

Finalement, concernant les jonctions, nous nous questionnons quant à la possibilité pour une Première Nation d'intervenir dans un dossier pour lequel elle se considère impliquée advenant qu'elle n'ait pas reçu d'avis au sens des règles 50 et suivantes. En effet, ces règles ne prévoient que l'intervention des parties ayant reçu un avis.

REGLES 71 ET SUIVANTES – MEDIATION :

La partie VII des règles concerne la médiation. À ces règles, il est prévu que les parties qui désirent recourir à la médiation doivent formuler une demande de sursis de l'instance. Or, considérant les délais déjà écoulés depuis le dépôt de la revendication, nous croyons qu'il pourrait être possible de tenir des séances de médiation sans exiger une demande de sursis. Bien que les délais d'audition soient toujours inconnus à ce jour, le volume de causes en attente et le processus de nomination des juges annoncé nous laissent présager que certains délais seront requis avant de procéder à l'audition des dossiers. Dans ce contexte, nous ne croyons pas qu'il soit toujours nécessaire d'obtenir un sursis pour procéder à la médiation. Il pourrait donc être avantageux de procéder à une médiation tout en conservant leur date ou ordre d'audition.

REGLES 77 ET SUIVANTES – COMMUNICATION :

La partie VIII concernant la communication des documents nous apparaît bien trop rigide et procédurale. Comme nous l'avons mentionné ci-haut, les Premières Nations auront déjà eu l'obligation de soumettre l'ensemble de leur documentation au moment du dépôt de la revendication, lors de la signification de la déclaration de revendication, ainsi qu'avec l'annexe

jointe à la déclaration de revendication. Selon ces règles, c'est maintenant au soutien des affidavits de documents signés par les parties et certifiés par leur avocat que les documents devront être communiqués. Bien que la volonté d'obtenir une communication complète de la preuve par chacune des parties soit louable, nous croyons que les procédures requises sont trop lourdes et exigent des procédures et des coûts inutiles.

REGLE 92 – INTERROGATOIRE – CONDITIONS PREALABLES :

La règle 92 concernant l'interrogatoire au préalable d'une partie adverse crée un important désavantage aux Premières Nations. Alors que le défendeur peut interroger le demandeur à tout moment après le dépôt de la déclaration de revendication, la Première Nation ne pourra procéder à l'interrogatoire au préalable qu'après que les actes de procédures soient clos, sauf autorisation de la Cour. Il y a donc lieu de se questionner à savoir pour quelles raisons le gouvernement pourra bénéficier d'un interrogatoire au préalable avant de produire sa réponse alors que la Première Nation ne pourra pas le faire afin de produire une réplique.

Par ailleurs, les règles prévues aux articles 93 et suivants favorisent à nouveau la multiplicité des procédures en ce qu'il nous apparaîtrait plus simple de prévoir immédiatement l'interrogatoire de plusieurs représentants lorsque nécessaire.

REGLE 108 – PREUVE PAR RECITS ORAUX :

Cet article prévoit certaines directives pouvant être prononcées par le Tribunal concernant la présentation d'une preuve de récit oral. Malheureusement, cet article ne prévoit aucune orientation ou ligne directrice devant être suivie par le Tribunal dans la détermination de ces directives. Considérant la nature du Tribunal et l'importance des récits oraux pour les Premières Nations, et plus particulièrement par les aînés, il serait nécessaire de prévoir une approche souple à ce sujet.

À la lumière de l'article 22 des règles qui interdit d'invoquer tout fait n'ayant pas été préalablement soumis, il faut éviter que les témoignages primordiaux pour les Premières Nations, tel que le témoignage des aînés, ne soient interrompus par une série d'objections. Un tel exercice porterait atteinte à la crédibilité du Tribunal aux yeux des aînés et de l'ensemble de la Première Nation et risquerait d'entacher l'ensemble du processus. Pour ces raisons, nous croyons que l'article 108 devrait être modifié afin de prévoir que les directives du Tribunal devront favoriser la recevabilité des récits oraux et accorder une souplesse au Tribunal. Les réserves que pourrait avoir le gouvernement du Canada face à ce type de preuve testimoniale devraient donc se refléter au niveau de l'évaluation de la force probante plutôt qu'au niveau de la recevabilité même de la preuve.

REGLE 109 – PREUVE D’EXPERT :

Les règles concernant la preuve d’expert contenues aux articles 109 et suivants, nous soulèvent plusieurs questionnements. D’abord, les délais de soixante (60), quarante (40) et trente (30) jours avant l’audition pour le dépôt des expertises sont grandement insuffisants. Il est en effet illusoire de croire que des réponses et des répliquent puissent être produites dans ces délais. Par ailleurs, le contenu de la règle 109 prévoyant que les experts doivent agir de façon impartiale et doivent communiquer la nature de la demande et l’ensemble des directives est inutile si le Tribunal peut de toutes façons nommer un expert indépendant et en fixer sa rémunération de façon discrétionnaire. Dans un tel contexte, une partie pourrait donc se retrouver à payer les coûts de deux (2) experts répondant au Tribunal.

REGLE 131– DEPENS :

Les dispositions concernant l’octroi des dépens nous apparaissent insuffisamment délimitées. La totale discrétion du Tribunal pourrait aller jusqu’à freiner les intentions d’une Première Nation dans le dépôt d’une procédure judiciaire. Il est en effet nécessaire que les Premières Nations puissent connaître l’ampleur du fardeau financier susceptible d’être entraîné par le dépôt d’une revendication particulière. Nous estimons donc qu’il est nécessaire d’imposer certaines balises.
