

Les traditions juridiques autochtones au Canada

Par : John Burrows

janvier 2006

Professeur John Borrows
Titulaire de la chaire, justice et gouvernance autochtones
Faculté de droit, University of Victoria

Ce document a été préparé pour la Commission du droit du Canada. Les points de vue exprimés sont ceux de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement ceux de la Commission. L'exactitude de l'information contenue dans ce document est l'unique responsabilité de l'auteur.

Résumé

Chapitre Un : Une tradition juridique reflète un ensemble d'attitudes solidement ancrées au sujet de la nature et du rôle du droit dans une société. Elle reflète des idées de bonne organisation et du bon fonctionnement de cette société. Elle dicte la façon selon laquelle le droit est, ou devrait être, reconnu, édicté, appliqué, étudié, perfectionné et enseigné. Les peuples autochtones du Canada possèdent beaucoup de traditions juridiques qui régissent leurs actions et influent sur leurs relations. Ces traditions sont des phénomènes culturels typiques de personnes qui organisent les affaires désordonnées de la vie en catégories qui les aident à résoudre leurs différends. Lorsque différentes traditions juridiques sont utilisées dans un seul État ou chevauchent des États, il s'agit de pluralisme juridique. Le Canada est un État juridiquement pluraliste. Les traditions juridiques autochtones se situent à côté du droit civil et de la common law; elles permettent aussi d'organiser et de structurer juridiquement la société et d'établir des systèmes qui décrivent la théorie actuelle ou souhaitée de la pratique du droit.

Beaucoup de sociétés autochtones du Canada possèdent des traditions juridiques. Ces traditions possèdent un statut indéterminé aux yeux de nombreuses institutions canadiennes. Elles continuent de fonctionner au sein des collectivités autochtones par le truchement des actions des personnes, des enseignements, des postulats, des prémisses et des philosophies de la nature, du fonctionnement et de la mise en pratique du droit. Au Canada, les traditions juridiques autochtones sont séparées de la common law et du droit civil, mais elles interagissent avec ces derniers pour produire un éventail de droits et d'obligations pour les peuples autochtones. À l'instar des autres traditions juridiques canadiennes, les lois autochtones ont de nombreuses sources, considérées comme divines, naturelles, positivistes, délibératives et coutumières. La source perçue du droit a des effets sur les règles selon lesquelles il peut être

élaboré, divulgué et mis en application. Les idées des peuples autochtones au sujet de la source du droit touchent également la façon selon laquelle le droit est consigné et transmis. Certaines lois autochtones sont exprimées oralement, d'autres sont une combinaison de l'oral et de l'écrit.

Ces traditions juridiques ne sont pas figées dans le temps. Elles ont évolué en réponse à la présence d'autres peuples dans les territoires autochtones. Le droit autochtone est un système vivant d'ordre et de contrôle sociaux, élaboré à la suite de comparaisons, de contrastes, d'acceptations et de refus des normes juridiques qui proviennent de nombreuses sources. Les traditions juridiques autochtones ne perdent pas leur caractère autochtone si elles adoptent des codes de conduite contemporains afin d'aborder les questions qui n'existaient pas avant le contact européen. Les traditions juridiques autochtones ne sont pas seulement une question d'histoire : elles sont interprétées et mises en application au sein de chaque génération afin de demeurer pertinentes à la suite de circonstances changeantes. De plus, au sein de chaque tradition, les interprétations varient souvent sur la question de savoir comment le droit est reconnu et devrait être reconnu, édicté, étudié, enseigné, perfectionné et appliqué. Beaucoup de perspectives, au sein d'une tradition juridique, illustrent sa capacité d'adaptation et sa vitalité, tout comme pour les traditions de la common law et du droit civil. Cette diversité est saine, pourvu qu'il existe des mécanismes pour résoudre les différends de façon péremptoire lorsque surviennent des conflits intenses.

Chapitre Deux : Parmi les traditions juridiques autochtones qui font l'objet du présent document, notons celles des Mi'kmaq, des Hodinohso:nis, des Anishinabeks, des Cris, des Métis, des Carriers, des Nisga'a et des Inuits. Ces exemples illustrent la gamme de traditions juridiques parmi les peuples autochtones au Canada et ils présentent les complexités internes de chaque système. Ils montrent que les traditions juridiques autochtones peuvent reconnaître ou conférer

une personnalité juridique aux personnes et aux autres êtres vivants qui, dans le cadre d'autres systèmes, ne sont pas considérés comme méritant cette reconnaissance. Cette divergence s'explique partiellement par le rapport entre l'expression linguistique et l'expérience écologique.

L'exemple des Mi'kmaq présente brièvement les concepts juridiques relatifs à l'organisation politique des Mi'kmaq, leurs conceptions métaphysiques et leurs rapports internationaux. On aborde également les différences entre la tradition orale comme loi et la tradition orale comme histoire dans le contexte des traditions juridiques des Mi'kmaq. L'exemple des Hodinohso:nis présente la *Kaianerkowa* ou Grande loi de la paix et le récit qui lui est rattaché qui enseigne les principes juridiques de paix, de pouvoir et de droiture morale. L'exemple des Anishinabeks présente le rôle et l'importance de la famille et du clan (*dodem*) au sein des rapports de réglementation. Les principes juridiques de conservation, d'utilisation des terres et de gérance sont illustrés et il s'agit de principes qui pourraient être mis en application aujourd'hui. L'exemple des Cris aborde également les principes juridiques. Ceux-ci montrent que les Cris comprennent leurs obligations très importantes envers le Créateur, leur famille et les autres personnes. La discussion sur les Métis démontre la nature écrite de certaines traditions juridiques autochtones, par exemple, la « Loi de la chasse » et l'organisation du gouvernement provisoire de Rivière-Rouge. Plus récemment, les traditions juridiques métisses ont trouvé une expression positiviste dans des organismes tels que le « Métis Settlements Appeal Tribunal » (tribunal d'appel des établissements métis). L'exemple des Carriers montre également l'importance de la structure sociale, des événements de cérémonie et des symboles comme moyen de donner du pouvoir aux traditions juridiques. L'exemple des Nisga'a démontre comment les traditions juridiques anciennes peuvent être modifiées même pour négocier des traités modernes avec l'État canadien. En dernier lieu, les traditions juridiques inuites démontrent leurs principes directeurs du droit qui sont maintenant exprimés à l'Assemblée législative du territoire du Nunavut qui met maintenant en application leurs principes dans ses statuts et règlements.

Chapitre Trois : Ces exemples de traditions juridiques autochtones permettent de placer le droit civil et la common law dans un contexte plus large. Cela démontre la nature historiquement fluide, socialement construite et culturellement conditionnelle des traditions juridiques au Canada. Le droit civil et la common law sont en vigueur parce que des personnes ont choisi d'accepter leur autorité. La reconnaissance du rôle des choix et de la moralité au cours de l'élaboration des traditions juridiques est également significative pour la croissance continue du droit autochtone. Le pouvoir de les reconnaître et de les mettre en œuvre de façon plus large n'est pas hors d'atteinte puisqu'il n'existe rien d'« intemporel » ou de « naturel » dans l'unique reconnaissance du bijuridisme au Canada. À la suite d'un décret du roi Louis XIV et le *Code civil*, le droit civil élaboré au Canada par la transplantation juridique continue de régir les questions juridiques privées au Québec aujourd'hui. La common law a aussi été transplantée de l'Europe au Canada, par choix. La common law a été adoptée de façon différente dans tout le pays, selon l'histoire particulière de chaque colonie et de chaque région. Mais elle continue d'être exécutoire aujourd'hui. L'élaboration du droit commun et de la common law, ainsi que le rapport entre les deux, indiquent le chemin à suivre pour le prolongement des traditions juridiques autochtones. Le droit civil est dominé par la common law depuis de nombreux siècles, mais il jouit d'une résurgence au cours des dernières décennies. Cette influence accrue résulte de décisions prises au Québec visant la rédaction d'un nouveau *Code civil*, et de décisions prises à l'extérieur du Québec, devant les tribunaux et au Parlement. La common law n'est pas aussi dominante qu'elle l'a déjà été, et il en découle maintenant un dialogue sain entre les deux traditions. La survie et la vigueur sans faille du droit civil sont améliorées par sa plus grande reconnaissance. Les traditions juridiques autochtones pourraient également être renforcées par une plus grande reconnaissance officielle par les tribunaux et le Parlement. Elles pourraient également faire partie d'un sain dialogue au sur la nature et le rôle du droit dans la société. L'érosion des traditions juridiques autochtones doit cesser; cela mine le respect envers le droit dans les collectivités autochtones et diminue le Canada comme pays. Des liens peuvent

être établis et ont été établis entre le droit civil, la common law et les traditions juridiques autochtones sans détruire le pays.

Chapitre Quatre : Le passage du bijuridisme à plusieurs systèmes juridiques est conforme au cadre de travail constitutionnel du Canada. La *Charte canadienne des droits et libertés* et l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* reconnaissent l'égalité française et anglaise des questions sociales, culturelles, religieuses, linguistiques et juridiques. Les Autochtones devraient bénéficier d'égalités semblables. Le système constitutionnel du Canada existe pour réconcilier l'unité et la diversité et pour reconnaître l'indépendance et l'interdépendance des peuples. Tout souhait d'éliminer cette diversité par l'assimilation a endommagé le fonctionnement du Canada comme démocratie. Si les peuples doivent se sentir stables dans leurs droits et libertés fondamentaux, il faut rejeter l'assimilation. Une association forcée peut nuire au potentiel d'une personne lorsqu'il est question de croissance et d'accomplissement personnel. Une meilleure reconnaissance de la tradition des traités autochtones du Canada représente un rempart important contre l'assimilation. Tout comme la *Charte* et l'AANB, les traités existent dans le cadre de travail constitutionnel du Canada afin de réconcilier l'unité et la diversité.

Chapitre Cinq : Peu importe sa conformité avec la structure constitutionnelle du Canada pour reconnaître et encourager officiellement la croissance des traditions juridiques autochtones, la viabilité ou le bien-fondé de cette approche est parfois remis en question. Des préoccupations peuvent être soulevées au sujet de l'*intelligibilité*, de l'*accessibilité*, de l'*égalité*, de l'*applicabilité*, de la *constitutionnalité* et de la *légitimité* des traditions juridiques autochtones. Ces préoccupations peuvent être apaisées. L'*intelligibilité* exige que les conséquences d'une action donnée soient prévisibles et suffisamment précises pour régir la conduite. Les lois autochtones sont intelligibles pour les personnes qui connaissent leur contexte culturel. Le droit canadien et

le droit européen démontrent également que l'intelligibilité permet le débat; elle ne nécessite pas que les conséquences d'une action soient prévisibles avec certitude absolue. Une reconnaissance et une formulation plus officielles des lois autochtones pourraient contribuer à leur accessibilité. Elles pourraient également être plus accessibles grâce à des programmes d'éducation juridique, même s'il survient parfois des questions de propriété intellectuelle. Les traditions juridiques autochtones ne menacent pas l'égalité au Canada, contrairement à ce qui peut se produire avec la mise en application uniforme de la loi. Il est parfois nécessaire d'accommoder les différences afin de produire une vraie égalité. Le système fédéral du Canada permet la mise en application différentielle du droit afin de protéger les différences entre les cultures politiques. Le traitement différentiel en vertu d'un cadre de travail juridique très important représente le meilleur mécanisme pour s'assurer que les gens vivent ensemble dans l'égalité. L'*applicabilité* des traditions juridiques autochtones s'étend de façon plus productive lorsque les peuples autochtones sont considérés comme des groupes politiques et non comme des catégories raciales. La *constitutionnalité* des lois autochtones est conforme au cadre de travail du Canada, comme le décrivent les chapitres Trois, Quatre et Six. Les questions de *légitimité* portent sur la psychologie, les émotions, l'économie et les sciences politiques. Ces questions peuvent être résolues en abordant les défis psychologiques et émotionnels avec l'acceptation des traditions juridiques autochtones et l'étude des avantages économiques qui pourraient découler de cette reconnaissance.

Chapitre Six : Les traditions juridiques autochtones s'épanouiraient plus facilement si les compétences législatives des gouvernements autochtones étaient reconnues, si les organismes de résolution de différends autochtones étaient reconnus, si le droit fédéral était harmonisé avec le droit autochtone et si les institutions juridiques telles que les barreaux, les écoles de droit et le système judiciaire étaient plus réceptifs. Il existe un lien fort entre le gouvernement autochtone et le droit autochtone. Les développements en matière de droit international

reconnaissent l'importance des traditions juridiques autochtones pour l'autodétermination. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut également permettre la reconnaissance et l'affirmation du droit autochtone comme un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Mais les problèmes actuellement sous-jacents à l'objectif étroit et potentiellement autodestructif du paragraphe 35(1) doivent être reconnus. Une loi sur la reconnaissance et le gouvernement des peuples autochtones pourrait améliorer la compétence législative autochtone. Les gouvernements autochtones jouiraient d'une plus grande responsabilité et d'une meilleure légitimité si leurs propres organismes de résolution de différends étaient reconnus comme ayant autorité pour résoudre les différends. Les cours tribales et d'autres organismes de résolution de conflits pourraient accentuer le respect pour la loi et l'ordre au sein des collectivités autochtones puisqu'elles mettent en application des traditions juridiques qui sont plus proches des ordres normatifs des peuples. De plus, on pourrait créer des mécanismes visant à harmoniser les autres traditions juridiques du Canada avec les lois autochtones. Ces mécanismes pourraient même permettre la discussion entre les différentes traditions juridiques, ce qui réduirait les conflits ou les divergences inutiles. L'harmonisation pourrait également aborder les questions de relations entre le droit autochtone d'avant la Confédération et les lois fédérales. Elle pourrait élaborer des principes d'interprétation qui viseraient à s'assurer que les lois autochtones sont lues de façon plus large, libérale et généreuse. Enfin, les institutions juridiques pourraient permettre la reconnaissance des traditions juridiques autochtones à mesure que les barreaux et les associations de juristes proclament leur appui et élaborent des mécanismes pour l'enseignement supérieur professionnel et la sensibilisation de leurs membres. Les écoles de droit pourraient appuyer la reconnaissance des traditions juridiques autochtones en élaborant des cours, des diplômes ou des certificats en droit autochtone. Le système judiciaire pourrait nommer des gens à la magistrature qui connaissent les traditions juridiques autochtones et pourrait mettre en application ces traditions pour résoudre les différends dont ils sont saisis.

Table des matières

Résumé.....	i
I. Caractéristiques des traditions juridiques autochtones.....	1
A. Les traditions juridiques autochtones : « Est-ce du droit? ».....	1
B. Les traditions juridiques autochtones : « Quelles sont leurs sources et leur portée? ».....	8
C. Les traditions juridiques autochtones : « Comment sont-elles mémorisées et transmises? ».....	13
II. Exemples de lois autochtones	15
A. Les traditions juridiques des Mi'kmaq.....	18
B. Les traditions juridiques des Hodinohso:nis	34
C. Les traditions juridiques des Anishinabeks.....	40
D. Les traditions juridiques des Cris.....	55
E. Les traditions juridiques des Métis	60
F. Les traditions juridiques des Carriers	67
G. Les traditions juridiques des Nisga'a.....	74
H. Les traditions juridiques des Inuits	84
III. Les enseignements du bijuridisme	88
A. Les traditions juridiques du droit civil.....	91
B. Les traditions juridiques de la common law.....	94
C. La relation entre les traditions juridiques du Canada	98
i. Les interactions entre le droit civil et la common law : le droit autochtone peut-il en tirer des leçons?	98
ii. Les interactions : la reconnaissance des liens entre les traditions juridiques	104
IV. Reconnaissance d'une culture légale multijuridique	114

V.	Défis et promesses liés à la reconnaissance des traditions juridiques autochtones.....	128
A.	Intelligibilité.....	129
B.	Accessibilité.....	135
C.	Égalité.....	142
D.	Applicabilité.....	147
E.	Constitutionnalité.....	150
F.	Légitimité.....	150
G.	Résumé.....	158
VI.	Reconnaissance du pluralisme juridique au Canada.....	158
A.	Les gouvernements autochtones : le contexte international.....	161
B.	Le contexte national et les gouvernements autochtones.....	168
i.	Une mise en garde relative au paragraphe 35(1) : Ne pas oublier les articles 91 et 92.....	174
ii.	Reconnaître la gouvernance: que peut faire le gouvernement fédéral?.....	177
C.	Les tribunaux autochtones et organes de résolution de conflits.....	181
D.	Les lois sur la reconnaissance et l'harmonisation du droit autochtone.....	190
E.	Le développement des institutions juridiques canadiennes et autochtones.....	197
i.	Les barreaux et associations de juristes.....	199
ii.	La formation juridique autochtone.....	201
iii.	Les nominations judiciaires.....	216
	Conclusion.....	221

I. Caractéristiques des traditions juridiques autochtones

A. Les traditions juridiques autochtones : « Est-ce du droit ? »

« Une tradition juridique [...] est un ensemble d'attitudes bien ancrées et conditionnées par l'histoire au sujet de la nature du droit, de son rôle dans la société et la politique, de la bonne organisation et du fonctionnement d'un système juridique de la façon dont le droit doit ou devrait être élaboré, mis en application, étudié, perfectionné et enseigné »¹. Une tradition juridique est un aspect de la culture; on peut la distinguer d'un système juridique étatique que si ce système national ne reconnaît pas explicitement son pouvoir². Les traditions juridiques sont des phénomènes culturels; elles [TRADUCTION] « offrent des catégories au sein desquelles il est possible d'organiser les affaires désordonnées de la vie » et par lesquelles on peut résoudre les différends³. Parfois, différentes traditions peuvent exister dans un seul État ou en chevaucher plusieurs⁴. C'est ce qu'on appelle le pluralisme juridique : [TRADUCTION] « l'existence simultanée dans un seul ordre juridique de différentes règles qui sont valides pour des situations identiques »⁵.

Le Canada est un État juridiquement pluraliste; le droit civil, la common law et les traditions juridiques autochtones permettent de résoudre les différends de diverses façons, même s'il existe des similitudes entre ces trois systèmes. La vitalité de chaque tradition juridique ne

¹ J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2^e éd., Stanford (Californie), Stanford University Press, 1985, à la p. 1.

² M. B. Hooker, *Legal Pluralism*, Oxford, Clarendon Press, 1975.

³ *Ibid.*

⁴ A. W. B. Simpson, «Legal Systems and Legal Traditions», dans *Invitation to Law*, London, Blackwell, 1988, chapitre 3. La tradition juridique établit un lien entre le système juridique et la culture dont elle est une expression partielle. Elle place le système juridique dans une perspective culturelle. Les systèmes de pensée juridique ne coïncident pas nécessairement avec les limites de l'État-nation et peuvent être divisés en groupes ou en familles.

⁵ André-Jean, Arnaud, «Legal Pluralism and the Building of Europe», en ligne <http://www.reds.msh-paris.fr/communications/texts/arnaud2.htm>.

dépend pas uniquement de son acceptation historique ou encore de la manière dont elle est reçue par les autres traditions⁶. [TRADUCTION] « La force d'une tradition ne réside pas dans la rigueur avec laquelle elle adhère à son format originel, mais plutôt dans la façon dont elle se développe et demeure pertinente en dépit de changements »⁷. Si elle est reconnue, qu'on lui accorde des ressources et un espace juridictionnel suffisants, chaque tradition juridique peut alors être mise en application dans un contexte moderne. Une caractéristique d'une tradition authentique et vivante est qu'elle nous fait voir au-delà d'elle-même⁸. À cet égard, chacune des trois principales traditions juridiques du Canada est pertinente et continue de croître en dépit de circonstances changeantes.

Les autochtones étaient les premiers praticiens du droit au Canada. On connaît ces peuples sous le nom de peuples « autochtones »⁹ du continent et ils comprennent, entre autres, les nations anciennes et contemporaines des Innu, des Mi'kmaq, des Malécites, des Cris, des Anishinabeks, des Hodinohso:nis, des Dakotas, des Lakotas, des Nakotas, des Assiniboines, des Saulteaux, des Pieds-Noirs, des Secwepemc, des Nlha7kapmx, des Salish, des Nuw-Chah-Nulth, des Kwakwaka'wakw, des Haïdas, des Carrier, des Tsimshians, des Nisga'a, des Gitksans, des Tahltans, des Tlingit, des Dénés, des Inuits et des Métis.¹⁰ Les traditions de ces

⁶ Voir Robert, Cover, «Nomos and Narrative», (1993) 97 *Harvard Law Review* 4, 1993, à la p. 9 :

[TRADUCTION] Une tradition juridique [...] comprend non seulement un *corps des lois*, mais aussi un langage et des mythes – des récits dans lesquels est placé le *corps des lois* par ceux dont la volonté agit sur celui-ci. Ces mythes établissent les paradigmes de comportement. Ils édifient les relations entre l'univers normatif et matériel, entre les contraintes de la réalité et les exigences de l'éthique. Ces mythes établissent un répertoire d'actions – un lexique d'actions normatives – qui peut être regroupé en des modèles significatifs classés selon les modèles significatifs du passé.

⁷ Voir Katherine T. Bartlett, «Tradition, Change and the Idea of Progress in Feminist Legal Thought», (1995) *Wisconsin Law Review* 303 à la page 331.

⁸ Voir aussi Jaroslav Pelikan, *The Vindication of Tradition*, New Haven, Yale University Press, 1984, p. 54.

⁹ Dans le droit canadien, le terme « autochtone » comprend les Indiens, les Inuits et les Métis : voir le paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (Canada), édictée comme Annexe B à la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

¹⁰ On retrouve un bon aperçu historique des peuples autochtones du nord de l'Amérique du Nord dans Olive P. Dickason, *Canada's First Nations: A History of Founding Peoples From Earliest Times*, Toronto, McClelland & Stewart, 1992. Pour une description de la vitalité contemporaine des Premières nations au Canada, voir Boyce

peuples autochtones peuvent être aussi différentes les unes des autres sur le plan historique, que le sont d'autres nations et d'autres cultures du monde. Par exemple, les peuples autochtones du Canada parlent plus de 50 langues autochtones différentes qui proviennent de 12 familles de langue distinctes qui ont autant de variations les unes par rapport aux autres que celles de l'Europe et de l'Asie.¹¹ On peut remonter plusieurs millénaires pour retracer l'ascendance linguistique, généalogique, politique et juridique de ces nations dans différentes régions ou territoires du nord de l'Amérique du Nord.¹² Ainsi s'explique la vaste gamme de lois que l'on retrouve au sein des groupes autochtones.

De nos jours, les lois des peuples autochtones ont une pertinence à leurs yeux et aux yeux d'autres peuples. Ces lois aux souches anciennes répondent aux besoins présents et futurs de tous les Canadiens et de toutes les Canadiennes. Elles contiennent des enseignements sur la manière de vivre en paix dans le monde, de créer un ordre plus stable et de résoudre les conflits. Les peuples autochtones possèdent des lois parce que les conflits sont présents depuis toujours dans leurs sociétés. Le droit sert de moyen pour résoudre ou canaliser les conflits par le biais des principes, pratiques et modèles de résolution de différends structurés. Le droit autochtone demeurera pertinent tant qu'il y aura discorde et dissonance dans le monde ainsi que le désir d'en aborder les conséquences. Les différends dans les collectivités autochtones et avec d'autres sociétés pourraient être atténués si leurs lois étaient davantage appliquées.

Richardson, *People of Terra Nullius: Betrayal and Rebirth in Aboriginal Canada*, Toronto, Douglas and McIntyre, 1993.

¹¹ On retrouve un aperçu du caractère distinct des Premières nations des différentes régions du Canada dans R. Bruce Morrison et C. Roderik Wilson, dir., *Native Peoples: The Canadian Experience*, Toronto, McClelland & Stewart, 2^e éd., 1992.

¹² Pour une excellente représentation textuelle et graphique des espaces géographiques qu'occupaient les Premières nations avant le contact au Canada, voir Cole Harris et Geoffrey Matthews, dir. *Historical Atlas of Canada: From the Beginning to 1800*, Toronto, University of Toronto Press, 1987.

Malgré le potentiel qu'elles ont de répondre à des questions urgentes, les lois autochtones ont un statut incertain dans le système juridique canadien. Il existe un débat sur ce qu'est le « droit » et si les peuples autochtones du Canada pratiquaient le droit avant l'arrivée des Européens. Certains ont affirmé que les peuples autochtones nord-américains étaient « pré-juridiques »¹³. Les personnes qui adoptent ce point de vue croient que les sociétés n'ont des lois que si celles-ci sont déclarées par un pouvoir reconnu et capable de mettre en pratique une telle déclaration. Elles font valoir que la tradition autochtone n'est que coutumière et donc qu'elle n'est revêtue d'aucune légalité. Le juriste John Austin a exprimé cette perspective sur la coutume lorsqu'il a écrit ceci :

[TRADUCTION] À son origine, une coutume est une règle de conduite que la personne gouvernée respecte spontanément, sans l'application d'une loi établie par une instance politique supérieure. La coutume est transformée en droit positif lorsqu'elle est adoptée par les tribunaux et lorsque des décisions judiciaires prises en vertu de celle-ci sont mises en application par le pouvoir étatique. Toutefois, avant d'être adoptée par les tribunaux et de revêtir la sanction juridique, elle n'est qu'une simple règle de moralité positive : une règle généralement respectée par les citoyens ou les sujets, mais qui tire sa seule force, qu'elle est censée avoir, de la désapprobation générale des personnes qui la transgressent¹⁴.

Pour les positivistes qui se rangent derrière Austin, une autorité centralisée et un commandement explicite sont nécessaires pour qu'existe un système juridique. Cependant, cette conclusion repose sur des hypothèses et des stéréotypes erronés lorsqu'elle s'applique aux sociétés autochtones. Le droit autochtone n'est pas entièrement coutumier; il peut également être positiviste, délibératif ou fondé sur des théories de droit divin ou naturel. De plus, même si une société autochtone pratique le droit coutumier, il est trompeur de penser qu'il ne comporte qu'une simple force morale. Les coutumes autochtones sont parfois minimisées parce que leurs sociétés ont été étiquetées de façon inappropriée comme [TRADUCTION]

¹³ «One Tier Justice», Editorial, *National Post*, (23 novembre 2004) A19.

¹⁴ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2^e éd., W. Rumble, dir., vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, à la p. 176. Merci au professeur Sakej Henderson de m'avoir fait voir ces références dans *Indigenous Jurisprudence and Aboriginal Courts*, [non publié].

« sauvage »¹⁵. Les peuples autochtones ont été décrits comme « vivant sans aucune soumission » en raison de leur « ignorance » et de leur « stupidité » à ne pas se soumettre à une hiérarchie politique¹⁶.

Les opinions selon lesquelles les sociétés autochtones sont inférieures sur une soi-disant « échelle de civilisation » en raison de leur organisation non européenne n'ont pas survécu aux examens minutieux. Les juristes ont rejeté ces allégations en les qualifiant d'interprétation manifestement erronée. Le théoricien juridique bien connu Lon Fuller a résumé de telles interprétations du droit coutumier de la façon suivante :

[TRADUCTION] Si, dans un effort pour comprendre ce qu'est le droit coutumier et ce qui lui donne force morale, nous consultons des traités de jurisprudence, nous sommes susceptibles de trouver des explications comme celle-ci... : Le droit coutumier exprime la force de l'habitude qui prédomine si fortement au cours de la jeune histoire de la race. Un homme marche dans une région non encore explorée, suit un modèle établi accidentellement ou avec un but momentané qui lui est propre et d'autres suivent ensuite le chemin jusqu'à ce qu'il devienne un sentier. [Cela] illustre, je crois, une caricature grotesque de ce que signifie vraiment le droit coutumier dans la vie des personnes qui se gouvernent en vertu de celui-ci¹⁷.

La Cour suprême du Canada a aussi condamné une approche qui diminue les coutumes autochtones. Elle a déclaré ceci : « L'évaluation et l'interprétation des documents et des textes législatifs historiques déposés en preuve doivent être examinées à la lumière des recherches et des connaissances actuelles, sans tenir compte des vieilles notions formulées lorsque la compréhension des coutumes et de la culture de notre peuple fondateur était rudimentaire et

¹⁵ *Ibid.*, vol. 1, à la p. 184 et vol. 2, à la p. 258.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Lon Fuller, «The Law's Precarious Hold on Life» (1968-1969), 3 *Georgia Law Review*, à la p. 530. Pour des critiques supplémentaires du point de vue positiviste juridique du droit coutumier, voir Henry Summer Maine, *Ancient Law*, London, Dent., 1864, à la p. 6; Lon Fuller, «Human Interaction and the Law» (1969) 14 *American Journal of Jurisprudence*, à la p. 1; voir E. Adamson Hoebel, «The Law of Primitive Man», New York, New York, Atheneum, 1974; Karl N. Llewellyn et E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law*, dans *Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941; Max Gluckman, *Politics, Law and Ritual in Primitive Society*, Chicago, Aldine Publishing, 1965; Rennard Strickland, *Fire and the Spirits: Cherokee Law from Clan to Court*, Norman, University of Oklahoma Press, 1982; Antonio Mills, *Eagle Down is Our Law: Witsuwit'en Law, Feasts and Land Claims*, Vancouver, UBC Press, 1994.

incomplète et lorsqu'on croyait que le peuple était complètement dénué de cohésion, de lois ou de culture, en fait qu'il était une espèce sous-humaine »¹⁸. [TRADUCTION] Bien que les tribunaux et les assemblées législatives soient des sources importantes du droit au Canada, on accepte depuis longtemps qu'une société n'a pas besoin de ces institutions pour traiter de droit.

La Cour suprême du Canada a reconnu que les peuples autochtones possédaient des traditions juridiques et qu'ils les possèdent toujours. Dans *R. v. Mitchell*, décision rendue en 2001, elle a écrit ce qui suit : « En conséquence, l'établissement des Européens n'a pas mis fin aux intérêts des peuples autochtones qui découlaient de leur occupation et de leur utilisation historiques du territoire. Au contraire, les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l'affirmation de souveraineté... »¹⁹. En 2004, la juge en chef McLachlin de la Cour suprême du Canada a écrit que « les Autochtones étaient déjà ici à l'arrivée des Européens et - ils n'ont jamais été conquis »²⁰. Il n'y a eu aucune extinction générale des traditions juridiques autochtones par conquête militaire, par occupation ou par textes législatifs. Même s'ils ont été touchés de façon négative par les activités passées des Canadiens et des Canadiennes, les peuples autochtones continuent de faire l'expérience de leurs traditions juridiques dans des domaines divers tels que la vie familiale, la propriété des terres, les rapports avec les ressources, les échanges et le commerce ainsi que l'organisation politique²¹. Les traditions juridiques autochtones sont inextricablement entrelacées avec les coutumes, les pratiques et les traditions autochtones contemporaines qui sont maintenant reconnues et confirmées au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*²².

¹⁸ *Calder c. Procureur Général de la Colombie-Britannique* [1973] R.S.C. 313, aux pp. 346-347.

¹⁹ *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, au para. 10.

²⁰ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004, au para. 25.

²¹ John Borrows, «Tracking Trajectories: Aboriginal Governance as an Aboriginal Right», (2005) 38 *UBC Law Review* 285 aux pp. 300-307.

²² *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.) 1982 ch. 11.

Le présent document montrera qu' il existe un argument solide pour la reconnaissance des traditions juridiques autochtones au Canada et pour donner aux peuples autochtones les ressources et l'espace politique nécessaires pour cultiver et préciser le droit autochtone conformément à leurs propres aspirations et perspectives. Cela suppose la reconnaissance des lois, des pratiques et des coutumes autochtones, le soutien des institutions juridiques autochtones, la reconnaissance de l'autorité législative des gouvernements autochtones ainsi que l'élimination des obstacles à leur bon fonctionnement. La reconnaissance des traditions juridiques autochtones élargirait et améliorerait la primauté du droit au pays. Cela serait bénéfique pour les peuples autochtones et notre société dans son ensemble.

Beaucoup de pays existent et prospèrent avec plusieurs traditions juridiques qui respectent différents groupes culturels et sous-nationaux. Certains de ces pays sont bi-juridiques, appliquant à la fois le droit civil et la common law. D'autres sont multijuridiques et comportent des régimes juridiques coutumiers qui côtoient le droit civil et la common law. Le Canada devrait faire partie des pays à plusieurs systèmes juridiques puisqu'il reconnaît la common law, le droit civil et les traditions juridiques autochtones. Le Canada est un État juridiquement pluraliste et a recours à de nombreuses sources pour maintenir l'ordre²³. Tandis que les traditions du droit civil et de la common law sont généralement reconnues dans le pays, cela n'est pas toujours le cas pour les traditions juridiques autochtones. Et pourtant, ces mêmes traditions peuvent avoir beaucoup d'influence dans la vie des gens, malgré leur peu de visibilité dans les cercles plus larges²⁴. Les traditions juridiques autochtones sont une réalité au Canada et devraient être davantage reconnues.

²³ Pour une discussion plus approfondie sur le pluralisme juridique, voir Sally Engle Merry, «Legal Pluralism» (1988) 2 *Law and Society Review* à la p. 869.

²⁴ James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

B. Les traditions juridiques autochtones : « Quelles sont leurs sources et leur portée? »

Des lois peuvent être élaborées lorsque les interactions interpersonnelles font naître des attentes au sujet de la bonne conduite. Les traditions juridiques autochtones s'élaborent de la même façon; elles peuvent se fonder sur des déclarations surnaturelles, des observations naturalistes, des proclamations positivistes, des pratiques délibératives ou des coutumes locales et nationales. Certaines lois autochtones sont perçues comme divines, données par le Créateur d'une manière précise et que le monde doit suivre. D'autres peuvent être perçues comme plus naturalistes; certaines proviennent du Créateur alors que d'autres sont intemporelles et indépendantes de toute force externe. La compréhension du droit naturel qui n'est pas attribué au divin provient souvent des observations du monde physique et spirituel. Même si ces observations et actions subséquentes n'ont pas le pouvoir d'influer sur les exigences du droit, les personnes peuvent se consulter l'une l'autre pour décrire les principes et les pratiques des normes naturelles de l'ordre et les mesures correctives à prendre si elles sont violées.

Les traditions juridiques autochtones positivistes sont souvent perçues comme d'origine humaine et pas nécessairement liées à un système plus large de moralité. Ces traditions peuvent être modifiées par les humains, sans conséquences externes. Les lois autochtones positivistes peuvent être proclamées officiellement dans des salles des fêtes, des salles de conseil, lors de lectures de wampum et d'autres situations semblables. Ces fonctions peuvent être accomplies par une autorité centrale, telle que les chefs nommés, les mères de clan héréditaires, les représentants du chef, les sachems et les leaders au sein d'une bande.

Beaucoup de lois autochtones sont élaborées de façon délibérative, par l'intermédiaire de conseils, de cercles et d'autres réunions ou rassemblements officiels. Certaines des premières grandes démocraties de l'Amérique du Nord avaient comme fondement des préceptes juridiques autochtones, comme le démontreront les exemples du prochain chapitre. Beaucoup de sociétés autochtones contemporaines continuent d'encourager une participation très large de leurs citoyens et citoyennes et elles sont radicalement égalitaires. Certaines sociétés sont tellement libérales lorsqu'il s'agit d'accorder des libertés personnelles à leurs membres que chaque être a le droit et une occasion réelle d'aider à élaborer ses lois. D'autres démocraties autochtones peuvent fortement restreindre la participation conformément aux règles relatives aux statuts, à l'hérédité, aux réalisations spéciales ou aux entraves attribuables à l'ordre juridique canadien.

Certaines lois autochtones sont formées par la coutume à travers l'établissement de modèles de comportement qui peuvent être objectivement vérifiés par l'observation d'un certain contexte culturel. Les lois coutumières sont inductives; elles sont discernées par l'examen de routines et de procédures particulières associées au comportement au sein d'une collectivité. Elles atteignent une valeur juridique lorsque les membres de la collectivité s'entendent de façon générale sur la manière dont leurs droits et obligations.²⁵ Les traditions juridiques autochtones regroupent fréquemment ces différentes sources juridiques et agencent plusieurs strates juridiques dans une même société : divines, naturelles, positivistes, délibératives et coutumières.

²⁵

Les lois de l'Angleterre fonctionnaient largement de façon coutumière avant la mise en place de précédents et de la consolidation au cours des années 1700. Patrick Glenn, «The Common Law in Canada», (1995) 261 *Canadian Bar Review*. Même aujourd'hui, la méthode de la common law utilise les coutumes et les traditions pour combler les lacunes lorsqu'elle interprète les règles écrites, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

Ainsi, il peut exister différentes règles au sujet de leur élaboration, de leur divulgation et de leur mise en application. En termes d'élaboration, les peuples autochtones ont certaines lois qui ne peuvent pas être modifiées par l'intervention humaine, surtout si leur source est divine ou naturaliste. D'autres lois peuvent être modifiées par intervention humaine si elles sont positivistes, délibératives ou coutumières. Il faut bien distinguer entre les lois naturelles et divines et les lois positivistes, délibératives ou coutumières afin de bien comprendre comment composer avec une tradition autochtone et fonctionner à l'intérieur de celle-ci. Si on estime que la loi est d'origine divine ou naturelle, les peuples d'autres traditions pourraient trouver qu'il est difficile de respecter ses préceptes. Pour ces peuples, il peut être frustrant de participer en raison de la foi ou de la confiance dont il faut faire preuve pour accepter les sources de la loi²⁶.

De la même façon, il faut bien comprendre les règles relatives à l'ampleur de la divulgation pour vraiment comprendre les traditions juridiques autochtones. Tout comme les discussions du cabinet dans une démocratie parlementaire peuvent être privilégiées, certaines procédures juridiques autochtones peuvent être aussi limitées. Ces limites existent parce que certaines lois autochtones reposent sur l'existence d'une position spéciale dans la collectivité, une reconnaissance cérémonielle ou encore que l'on consente un grand effort pour les recevoir²⁷. D'autres auront une application ou une réception limitées en raison de leur nature héréditaire.

²⁶ Les peuples autochtones font face à des défis semblables de foi et de confiance envers la common law puisqu'une de ses sources en Amérique du Nord semble nécessiter la subordination de leur gouvernance, de leurs lois et de leurs titres. Pour l'examen d'une théorie des relations canadiennes-autochtones fondée sur l'amoindrissement des sociétés autochtones, voir Thomas Flanagan, *First Nations, Second Thoughts*, Montréal, McGill-Queen's Press, 2000.

²⁷ Parfois, les lois autochtones trouvent leur sens dans les cérémonies. Les cérémonies sont souvent des rituels officiels qui permettent aux adeptes de participer directement au droit. Chaque groupe a élaboré son propre ensemble de cérémonies et de formalités distinctes pour renouveler, célébrer, transférer ou abandonner ses relations juridiques. Ainsi, les cérémonies Potlatch, sur la côte ouest, ont produit des relations juridiques entièrement différentes de celles des Sundance dans les Prairies ou des Midewiwin et False Face du Centre du Canada. Les récits relatés dans les Grandes maisons des Salish diffèrent fondamentalement de celles racontées dans les tipis des Assiniboines, et celles-là pourraient être très différentes de celles racontées dans les Longues maisons des Hodinohso:ni ou encore les huttes des Mi'kmaq. Certaines cérémonies nécessitent une initiation spéciale pour participer, ce qui engendre un ensemble de connaissances sacrées dans certaines traditions. Les cérémonies et les récits de chaque groupe varient selon l'histoire de chacun, les circonstances matérielles, la spiritualité et la structure sociale.

Ces limites peuvent mener certaines personnes à déprécier les lois autochtones parce qu'elles seraient secrètes, non transparentes ou non démocratiques. Cependant, avant d'aboutir à de telles conclusions, il faut se rappeler les limites pragmatiques qui existent également pour d'autres traditions juridiques canadiennes. Le niveau élevé de spécialisation requis pour comprendre, produire ou pratiquer le droit canadien peut être jugé semblable à la situation spéciale, aux cérémonies et aux efforts ardues exigés par certaines traditions juridiques autochtones. Les ressources substantielles, la position sociale ou les relations familiales nécessaires pour que les Canadiens et les Canadiennes reçoivent une éducation juridique, pratiquent le droit ou deviennent juge peuvent ne pas être très éloignées des privilèges héréditaires de certaines sociétés autochtones. Les traditions juridiques autochtones ne sont pas les seules à exiger des cérémonies spéciales, un effort ardu et des relations familiales.

Après avoir fait remarquer la nécessité de juger justement et impartialement les questions de transparence dans les traditions juridiques, il est également important d'observer que certaines lois autochtones étaient et continuent d'être décidément non démocratiques et loin d'être transparentes. Dans le passé, certaines sociétés autochtones pratiquaient l'esclavage et imposaient des limites sur les droits et les libertés personnels²⁸. Comme d'autres, les peuples autochtones ont abandonné l'esclavage de sorte que cette pratique a peu de pertinence, voire aucune, pour les traditions juridiques contemporaines. Si l'existence de l'esclavage à une certaine époque démontre un haut degré d'organisation sociale et juridique, cette pratique n'empêche plus les Autochtones de participer à la formulation et à l'application de leurs lois. Malheureusement, la source la plus probable de restrictions à une participation plus large aux régimes autochtones d'aujourd'hui est le droit canadien lui-même. La *Loi sur les Indiens*, promulguée en 1876 pour assimiler et manipuler les traditions juridiques autochtones, restreint

²⁸ Leland Donald, *Aboriginal Slavery in the Northwest Coast of North America*, Berkeley, University of California Press, 1997.

souvent les règles de participation²⁹. Elle a également provoqué l'abandon, par certaines Premières nations, de traditions juridiques particulières; d'autres nations ont dénaturé ses préceptes ou les ont intégrés dans leur ordre juridique³⁰. De plus, les gouvernements canadiens ont restreint le droit de vote général pour beaucoup d'Autochtones, ce qui a eu des répercussions sur l'aspect délibératif de leurs traditions juridiques³¹.

Lorsqu'on limite l'intervention canadienne, les lois autochtones peuvent être mises en application pour des sociétés entières où elles peuvent fonctionner à un niveau local ou encore être limitées à une personne ou à une question précise. Il peut être difficile de décider où et à qui peut s'appliquer le droit autochtone. Cela nécessite plus qu'une exposition superficielle au système. La recherche de compréhension doit également se méfier des stéréotypes. Il existe de grandes différences au sein et entre les peuples autochtones dans ce qui s'appelle maintenant le Canada. Les peuples ont élaboré des coutumes et des conventions spirituelles, politiques et sociales qui diffèrent afin de guider leurs relations³². Ces différentes coutumes et conventions ont formé la base de beaucoup de systèmes complexes de droit autochtone³³.

²⁹ John Tobias, «Protection, Civilization, Assimilation: An Outline History of Canada's Indian Policy», dans *As Long as the Sun Shines and Water Flows: A Reader in Canadian Native Studies*, Ian Getty et Antoine Lussier, dir., Vancouver, University of British Columbia Press, 1990, à la p. 29.

³⁰ *Loi sur les Indiens*, L. R. C. c. I-5. Voir John Borrows, «A Genealogy of Law: Inherent Sovereignty and First Nations Self-Government» (1992) 30 *Osgoode Hall Law Journal* 2 aux pp. 291-354.

³¹ Les Indiens n'ont pas eu le droit de voter pendant les soixante-quinze premières années de la Confédération, voir par exemple, la loi *Qualification and Registration of Voters Amendment Act*, 1872, art. 13, de la Colombie-Britannique. En général, les Indiens n'ont pas joui du droit de vote fédéral avant 1960 lorsque ce droit leur a finalement été accordé sans réserve. Les provinces ont accordé le droit de vote aux Indiens à des dates différentes : la Colombie-Britannique en 1949, le Manitoba en 1952, l'Ontario en 1954, la Saskatchewan en 1960, l'Île-du-Prince-Édouard et le Nouveau-Brunswick en 1963, l'Alberta en 1965 et le Québec en 1969. Les Inuits ont été exclus du droit de vote fédéral en 1934, mais on le leur a rendu en 1950. Les Métis ont toujours été considérés comme des citoyens capables de voter aux élections fédérales et provinciales.

³² On retrouve une description représentative des conventions sociétales d'une culture (Gitksan et Wet'su'wet'en) dans Gisday Wa et Delgam Uukw, *The Spirit in the Land*, Gabriola Island, C.-B., Reflections Press, 1992.

³³ [TRADUCTION] « L'ensemble de règles, qu'il provienne de promulgation officielle ou de coutumes, qu'un État ou une collectivité reconnaît comme obligatoire pour ses membres ou ses sujets », *Oxford English Dictionary*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1989, à la p. 712. Parmi les articles qui présentent des commentaires sur le droit des Premières nations, notons ceux de Bradford Morse et Gordon Woodman, dir., *Indigenous Law and the State*, Providence, Foris, 1988; de Michael Coyle, «Traditional Indian Justice in Ontario: A Role for the Present?» (1984) 24 *Osgoode Hall Law Journal* 605. Pour une opinion opposée, voir Roger F. McDonnell,

C. Les traditions juridiques autochtones : « Comment sont-elles mémorisées et transmises? »

Les lois autochtones peuvent être mémorisées et apprises de nombreuses façons. Parfois, elles sont apprises oralement. Les dispositifs mnémoniques jouent un rôle important dans la conservation d'idées importantes. Parmi les aide-mémoire, mentionnons les ceintures wampum, les masques, les mâts totémiques, les ballots de remèdes, les arbres modifiés culturellement, les manuscrits en écorce de bouleau, les pétroglyphes, les couvertures à boutons, les reliefs du terrain et les écussons. Dans de nombreux groupes autochtones, la tradition orale est transportée par des couches entretissées de culture qui s'entrelacent pour conserver les souvenirs nationaux pendant de nombreuses générations. La transmission des traditions dans ces sociétés est liée à la configuration de la langue, des structures politiques, de la famille, des clans, des systèmes économiques, des relations sociales, des approches intellectuelles, de la moralité, de l'idéologie et du monde physique. Ces facteurs aident les peuples à tisser dans leur esprit des souvenirs juridiques plus serrés. De nombreux types de traditions résultent de ce processus : la parole mémorisée, les commérages historiques, les souvenirs personnels, les témoignages de groupes officiels, les représentations des origines et de la genèse, les généalogies, les épopées, les récits, les proverbes et les dictons³⁴. Les traditions juridiques autochtones s'appuient aussi souvent sur les Aînés ou des « Gardiens de la sagesse » qui font autorité pour identifier et communiquer les lois. Tous ces fils conducteurs culturels sont tissés

«Contextualizing the Investigation of Customary Law in Contemporary Native Communities» (1992) 34 *Canadian Journal of Criminology* 299; *Delgamuukw v. British Columbia* (1991), 79 D.L.R. (4^e) 185 (B.C.S.C.), à la p. 455 :

[TRADUCTION] Ce que les témoins Gitksan et Wet'suwet'en décrivent comme loi est en fait un ensemble des plus incertains et très souples de coutumes qui ne sont pas fréquemment suivies par les Indiens eux-mêmes.

Pour une critique de ce point de vue, voir Michael Asch, «Errors in Delgamuukw: An Anthropological Perspective», dans *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Frank Cassidy, dir., Lantzville, C.-B., Oolichan Books, 1992, à la p. 221. Pour une description plus complète du droit Wet'suwet'en, voir Antonia Mills, *Eagle Down is Our Law: Witsuwit'en Law, Feasts and Land Claims*, Vancouver, UBC Press, 1994.

³⁴ Cette liste provient de Jan Vansina, *Oral Tradition as History*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985, aux pp. 13-27.

ensemble et consolidés par des pratiques particulières. Parmi ces pratiques, mentionnons des coutumes complexes comme les préparations avant une audience, les dispositifs mnémoniques, les répétitions de cérémonie, la nomination de témoins, les danses, les festins, les chants, les poèmes, l'utilisation de tests ainsi que l'utilisation et l'importance de la place et de l'espace géographique. Tous ces éléments aident à assurer l'accréditation de certaines traditions dans la collectivité. La tradition orale n'est pas seule; elle tire son sens des expériences culturelles plus vastes qui l'entourent.

À d'autres moments, les traditions juridiques autochtones peuvent être jumelées à d'autres connaissances traditionnelles. Elles peuvent se trouver, entre autres, dans des commentaires relatifs à des histoires, des chansons, des cérémonies, des festins, des danses, des manuscrits, des mâts totémiques, des couvertures à boutons et des ceintures wampum. On peut retrouver des indices de leur existence historique et de la façon dont on les utilisait dans les journaux des missionnaires, les rapports des gouvernements, la correspondance des pionniers, les travaux de recherche des anthropologues ou d'autres chercheurs, les articles de journaux ou encore les registres de traite de la fourrure. Ces sources peuvent être précieuses, même si l'on doit faire très attention lorsqu'on en tire des conclusions en raison de leur parti pris face à la compréhension de la culture observée et la possibilité d'intérêt personnel ou de préjugés de l'observateur.

Parfois, le droit autochtone est écrit explicitement; cela peut être le fait des Aînés, de chefs héréditaires, de mères de clan, de conseils tribaux, de conseils de bande, de gouvernements publics, de juges de cour tribale, de juristes autochtones et autres. Ces écrits recourent la tradition orale afin d'offrir une image plus complète du droit autochtone. On assiste présentement à une concrétisation des traditions juridiques autochtones dans les gouvernements autochtones existants ou encore dans les sociétés spéciales où les lois sont

codifiées afin de permettre une certaine facilité d'accès. Ces sources peuvent également contenir des éléments influencés par un intérêt personnel et un parti pris. Cependant, les personnes qui les rédigent possèdent sans doute l'autorité, conférée par leurs traditions, pour rédiger ces registres et déclarations. On peut se fier et respecter davantage ces versions du droit autochtone que les compilations extérieures puisque ces versions sont élaborées au sein d'un contexte culturel vivant.

II. Exemples de lois autochtones

Étant donné la diversité des lois autochtones et de la pratique du droit, il est peut-être plus utile de présenter des exemples choisis³⁵. Ainsi, le droit autochtone est présenté en termes contemporains; on évite les témoignages historiques idéalisés. On doit toutefois faire attention de ne pas trop simplifier la nature autonome d'une tradition juridique. Le droit, comme la culture, n'est pas figé; il est perméable et fait l'objet d'influences transversales³⁶. Pour élaborer les lois, les peuples autochtones puisent dans les meilleures pratiques et procédures juridiques de leur

³⁵ Beaucoup de systèmes juridiques autochtones pourraient être présentés. Cependant, il serait extrêmement difficile de décrire les traditions juridiques autochtones à l'intérieur de leurs propres catégories internes. En même temps, il ne serait pas avisé de tenter d'insérer des exemples de lois autochtones dans les catégories de la common law et du droit civil. Cela ne caractériserait pas correctement les systèmes autochtones si l'on organisait leurs relations juridiques en termes d'autres cultures juridiques. La meilleure façon de présenter des exemples semble être de présenter avec une certaine sensibilité des descriptions qui trouvent un écho dans les systèmes juridiques autochtones et non autochtones au Canada.

Les catégories de droit civil du *Code civil du Québec* présentent des analogies : les personnes, la famille, les successions, les biens, les obligations, les réclamations antérieures, la preuve, la prescription, la publicité des droits, le droit international privé. S.Q., 1991, art. 64.

On peut tirer des analogies de la common law dans les divisions des domaines des écoles de droit ou des barreaux : droit des biens, droit de la responsabilité délictuelle, droit contractuel, droit criminel, droit constitutionnel, processus judiciaire, droit administratif, droit de la preuve, procédure civile, droit des sociétés et commercial, droit de la famille, droit régissant les fiducies et droit successoral, entre autres. Les catégories choisies dans le présent document empruntent largement des comparaisons et contrastes entre les systèmes de droit civil, de common law et de droit autochtone. Le cours «Professional Legal Training Course of British Columbia» divise le droit selon les catégories suivantes : contentieux des affaires civiles, droit successoral, droit familial, droit immobilier, droit commercial, droit des sociétés, droit de recours des créanciers, procédure criminelle, responsabilité professionnelle et gestion de cabinet de juristes.

³⁶ Clifford Gertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983, à la p. 167.

propre culture et d'autres. Ils comparent, contrastent, acceptent et rejettent les normes juridiques de plusieurs sources, y compris des leurs. Le droit autochtone est un système vivant d'ordre social et de contrôle. Certaines personnes pourraient qualifier cette approche de révisionniste et chercher à miner la gouvernance et le droit autochtones. Cette critique serait malheureuse et inexacte. Le droit et la gouvernance sont grandement révisionnistes, puisqu'ils doivent être constamment réinterprétés et remis en application afin de rester pertinents dans un monde changeant. Le droit peut devenir injuste et non pertinent s'il n'est pas constamment examiné et révisé. Le droit autochtone n'est pas différent et ne devrait pas être assujéti à des normes plus strictes.

Il faut se défaire des stéréotypes qui affirment que les traditions juridiques anciennes des peuples autochtones étaient uniformément sauvages ou existaient de façon romantique dans un monde d'harmonie et de paix perpétuelles. Il n'est pas non plus utile ni vrai de suggérer que les peuples autochtones perdent de leur aboriginalité s'ils adoptent des codes de conduite contemporains. Les traditions juridiques autochtones ne cessent pas d'être autochtones si on les utilise pour composer avec des questions telles que la technologie informatique, la recherche sur les cellules souches ou encore les transactions d'initiés en droit des valeurs mobilières. L'authenticité du droit et de la gouvernance autochtones ne se mesure pas à la seule aune d'un passé perçu, mais bien à celle de la conformité avec les idées actuelles de leurs collectivités³⁷. Le présent chapitre donne des exemples de certaines traditions juridiques autochtones. Il est important de se rappeler qu'elles existent dans un milieu culturel mixte. En

³⁷

Les exemples de traditions juridiques autochtones du présent document ne fournissent pas suffisamment de détails pour illustrer une vue complète d'un seul système. Il est préférable de laisser cette tâche aux personnes qui possèdent les connaissances et l'autorité nécessaires. Un commentaire juridique ne devrait jamais être confondu avec une décision judiciaire. Il faut également faire en sorte de s'assurer que les écrits ne sont pas considérés supérieurs aux paroles ou à d'autres formes de littérature. L'application vivante des traditions juridiques autochtones demeure leur meilleure illustration.

pratique, elles puiseront des connaissances et des idées d'autres traditions juridiques autochtones, aussi bien que de la common law et du droit civil.

On doit également se rappeler que toutes les traditions juridiques font l'objet de diverses interprétations. Les divergences d'opinion sont endémiques dans les affaires humaines. Les peuples autochtones ne sont pas différents et leurs sociétés peuvent très bien avoir des interprétations différentes du droit. Dans les exemples qui suivent, les divergences d'opinion peuvent ne pas être aussi claires qu'elles le devraient. La nécessité de présenter brièvement et de comparer plusieurs traditions juridiques afin de démontrer leurs différences peut simplifier leur complexité interne. En même temps, l'incongruité et les interprétations différentes ne sont pas des signes que la collectivité n'a pas de lois. Au contraire, les nombreuses perspectives au sujet d'une tradition juridique sont un signe que la tradition est vibrante et solide; elle permet à ceux qui ont des points de vue opposés de conserver une relation au sein de la tradition. Il existe beaucoup de discorde interne dans et entre elles dans les autres traditions juridiques du Canada, mais elles conservent néanmoins leur légitimité et leur pertinence. Les opinions dissidentes que l'on retrouve dans les décisions de jurisprudence et les partis opposés représentés dans les assemblées législatives et les parlements démontrent qu'il n'est pas nécessaire d'avoir un accord total pour qu'un système juridique fonctionne.

Les exemples de traditions juridiques autochtones dans le présent document visent à susciter une appréciation de la façon dont les normes, les pratiques et les interprétations coïncident afin d'offrir une orientation qui fait autorité. Ils démontreront comment le droit autochtone canalise les comportements grâce à la réglementation, la prévention et le « nettoyage du dégât social »³⁸. Ils démontreront également comment le droit autochtone établit des rapports entre

³⁸ Karl N. Llewellyn et E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941, à la p. 11.

les gens en adressant les conséquences de leurs actions³⁹. Les pratiques à elles seules ne sont pas juridiquement déterminantes; un élément d'intention qui invoque l'aspect humain fait partie des dimensions idéologiques et interprétatives de ces pratiques⁴⁰. Nous examinerons les traditions des Mi'kmaq, des Hodinohso:ni, des Anishinabeks, des Cris, des Métis, des Carriers, des Nisga'a, des Inuits et (à des fins de comparaison) de la nation Navajo du Sud-Ouest des États-Unis. Les choix ne sont pas en soi représentatifs des différentes catégories de droit autochtone, mais ils communiquent l'idée de variété et de complexité des traditions juridiques autochtones en Amérique du Nord.

A. Les traditions juridiques des Mi'kmaq

Le peuple Mi'kmaq vit dans la province que l'on connaît maintenant sous le nom de Nouvelle-Écosse, dans l'est du Nouveau-Brunswick, à l'Île-du-Prince-Édouard et dans le sud de la Gaspésie, au Québec. Ils sont le « Peuple de l'aurore ». Les Mi'kmaq se désignent eux-mêmes comme les *L'nu'k*, ce qui signifie « le peuple ». Le titre Mi'kmaq vient de leur mot *nikmak* ou « mes proches amis ». M. Sakej Henderson décrit les traditions juridiques des Mi'kmaq comme des relations écologiques qui se traduisent par une « jurigénèse » dans leur expression linguistique⁴¹. La langue des Mi'kmaq est centrée sur le verbe; elle accentue l'état d'être plutôt que les catégorisations de la vie, fixes et orientées sur le nom. La langue a été formulée à la suite d'expériences d'états d'être et de la détermination de ces états au sein des écosystèmes de l'Atlantique du Nord⁴². La pensée juridique des Mi'kmaq se base sur leur langue et est formée par ces [TRADUCTION] « considérations écologiques médiées par leurs expériences,

³⁹ Arthur Ripstein, «Justice and Responsibility» (2004) 17 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* aux pp. 361-386.

⁴⁰ Jeremy Webber, «Legal Pluralism and Human Agency» [manuscrit non publié].

⁴¹ James (Sakej) Youngblood Henderson, «First Nations' Legal Inheritances in Canada: The Mikmaq Model» (1996)23 *Manitoba Law Journal* 1.

⁴² James (Sakej) Youngblood Henderson, «*Ayukpachi*: Empowering Aboriginal Thought», dans, Marie Battiste, dir., *Reclaiming Indigenous Voice and Vision*, Vancouver, UBC Press, 2000, à la p. 256.

leur connaissance, leur compréhension spirituelle et leur interprétation des rapports avec un ordre écologique local »⁴³.

Par exemple, la confédération Mi'kmaq, *Awitkatultik*, divise son territoire en districts : *Sakamowati*. Ces districts reconnaissent les droits familiaux à certains territoires de chasse et de pêche. Les décisions, dans chaque district, sont fondées sur ce que chaque groupe a appris des êtres qui se trouvent dans leur territoire : [TRADUCTION] « L'écosystème dans lequel ils vivaient était leur salle de classe; les formes de vie qui partageaient le territoire étaient leurs enseignantes »⁴⁴. En partant des enseignements de la terre de cette façon, le peuple Mi'kmaq décrit et applique des responsabilités juridiques pour leur comportement. Les chefs des familles élargies (*saya*) et les chefs spirituels communautaires (*kaptins*) attirent l'attention sur ces relations écologiques afin de guider et assurer l'ordre et la continuité dans leurs districts⁴⁵. Par ailleurs, tous ont l'occasion de participer à cet ordre (*wikamou*) au cours de certaines saisons⁴⁶. Les districts se rassemblent périodiquement pour former un Grand conseil, *Santé Mawíomi*, où ils délibèrent et établissent un consensus afin de mieux organiser leurs relations⁴⁷. L'unité des Mi'kmaq dans ces relations [TRADUCTION] « résidait dans leur royaume cognitif : leur langue,

⁴³ Kiera L. Ladner, «Governing Within an Ecological Context: Creating an AlterNative Understanding of Blackfoot Governance», (2003) 70 *Studies in Political Economy* 125 à la p. 150.

⁴⁴ Henderson, «*Ayukpachi*», *op. cit.* note 42, à la p. 264.

⁴⁵ Henderson, «*First Nations' Legal Inheritances*», *op. cit.* note 41, à la p. 12.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.* Pour une discussion plus approfondie sur la *Santé Mawíomi*, voir *Commission royale sur les Peuples autochtones, Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones, Un passé, un avenir, vol. 1*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996, chapitre 4 :

Le Mawíomi, qui continue d'exercer son autorité, nomme un ou plusieurs *kep'tinaq* (capitaines; au singulier *kep'tin*) qui montrent aux gens la voie à suivre, partagent avec eux leurs connaissances et siègent avec le Mawíomi qui gouverne tous les Micmacs. Les capitaines s'élisent un *jisaqamow* (grand chef) et un *jikeptin* (grand capitaine), qui les guident et dont l'un parle en leur nom. Ils élisent également parmi les hommes de bien des conseillers et des orateurs, y compris le *putu's*, et le chef des guerriers, ou *smaknis*.

culture et spiritualité »⁴⁸, qui, encore une fois, est liée à leur compréhension écologique de leurs territoires⁴⁹.

Les traditions juridiques des Mi'kmaq trouvent également leur sens dans leurs normes coutumières, [TRADUCTION] « où la fluctuation était la norme universelle et où il n'y avait pas de système de droit positif fondé sur le nom »⁵⁰. Selon M. Henderson « codifier cet ordre subtil reviendrait à le modifier. Dans la perspective Mi'kmaq, immobiliser les compréhensions sous forme de règles contrevenait aux processus conçus pour équilibrer la souplesse inhérente de leur conception du monde. Il n'appartient pas à une seule personne d'élaborer ou formuler les rituels et les solutions coutumiers. Les "règles" étaient des solutions locales enracinées dans l'expérience et les compréhensions consensuelles ». Ces coutumes portaient sur la plupart des aspects de la vie des Mi'kmaq, y compris les libertés individuelles, la responsabilité familiale, l'organisation nationale et les relations transnationales⁵¹. Elles portaient également sur les questions qui seraient considérées comme des questions de droit pénal au sens de la loi canadienne⁵², en faisant des distinctions, par exemple, entre le meurtre, l'homicide involontaire coupable et la mort accidentelle⁵³.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Voir *Commission royale sur les Peuples autochtones, Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones, Un passé, un avenir, vol. 1*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996, chapitre 4 :

Lors de l'assemblée annuelle, les *kep'tinaq* et le Mawíomi veillaient à ce que chaque famille ait un assez grand lopin de terre à cultiver pendant l'été, des campements de pêche au printemps et à l'automne et un territoire de chasse suffisamment grand pour l'hiver. Les terres qui avaient ainsi été affectées et gérées pendant sept générations devenaient inviolables. Tout différend devait être réglé par les *kep'tin*, individuellement ou en conseil.

⁵⁰ Henderson, « *First Nations' Legal Inheritances* », *op. cit.* note 41, à la p. 14.

⁵¹ *Ibid.*, aux pp. 10 - 27.

⁵² Christie Jefferson, *La Conquête par le droit*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1994, en ligne : <http://ww2.psepc-sppcc.gc.ca/publications/abor_policing/Conquest_by_Law_f.asp>

⁵³ Consulter l'histoire suivante dans Wilson Wallis et Ruth Wallis, *The Micmac Indians of Eastern Canada*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1954, à la p. 175.

[TRADUCTION] Une nuit, un homme partit à la chasse à l'orignal. Portant comme déguisement une ramure en écorce, il se mit à imiter le brame de cet animal et entendit une réponse. Il poussa un deuxième brame; la réponse le convainquit qu'il s'agissait bel et bien d'un orignal. Or l'autre, qui était en fait un homme, aperçut la ramure, tira, et entendit un bruit de chute. Il

Beaucoup des coutumes juridiques des Mi'kmaq ont été élaborées à partir de leurs points de vue de la Création et des explications au sujet de leurs responsabilités dans le monde. Ces points de vue et leurs répercussions ont été décrits dans les termes suivants, par la Commission royale sur les peuples autochtones :

Les Micmacs ont appris que l'étincelle de la vie qui anime les êtres a trois parties: une forme qui se décompose et disparaît après la mort; une étincelle ou *mntu* qui, après la mort, va vers les terres des âmes, et le bon génie, ou esprit tutélaire, qui aide les gens durant leur passage sur la terre. Même si leur forme est différente, tous les *mntu* et bons esprits se ressemblent, mais ils n'ont pas la même force. Aucun être humain ne possédait toutes les forces, et aucun être humain ne pouvait non plus contrôler les forces des étoiles, du soleil ou de la lune, du vent, des eaux, des pierres, des plantes et des animaux. Pourtant, l'homme appartient à ces forces, qui sont source d'une crainte révérencielle et à qui il demande souvent de l'aide.

Puisque tous les objets possèdent les étincelles de la vie, chaque forme de vie mérite d'être respectée. Tout comme l'homme, les plantes, les cours d'eau et les animaux sont doués d'intelligence. Donc, les Micmacs ont appris que tout ce que l'on peut voir, toucher ou imaginer doit être respecté, et ce respect nécessite une attention spéciale qui décourage la négligence à propos des choses. Par conséquent, lorsqu'une personne cueille des racines ou des feuilles à des fins médicinales, elle se concilie l'âme de chaque plante en plaçant une petite quantité de tabac à sa base, en guise d'offrande, croyant que sans la coopération du *mntu*, la plante ne saurait à elle seule offrir la guérison.

Les Micmacs ont appris que tout ce qui est forme se désintègre, mais que le *mntu* demeure vivant. Tout comme l'automne fait place à l'hiver et que l'hiver se transforme en printemps, ce qui était mort retourne à la vie. L'arbre ne meurt pas; il repousse là où il tombe. Lorsqu'une plante ou un animal meurt, son *mntu* retourne dans le sol avec son sang pour se réincarner plus tard.

Chacun, homme ou femme, jeune ou vieux, a un talent unique ou une étincelle, de même qu'une place dans la société micmaque. Chacun a un rôle complémentaire à jouer qui permet à la collectivité de s'épanouir dans la solidarité. Comme chaque génération, chaque personne doit trouver son talent, et chacun doit aussi posséder la connaissance et la sagesse cumulatives des générations précédentes pour pouvoir survivre dans un environnement changeant. À cet égard, les récits oraux comme l'histoire de la Création ont servi non seulement à raconter un fait particulier, mais aussi à guider les générations suivantes sur la voie à suivre — à leur apprendre comment communiquer avec d'autres formes de vie, comment chasser et pêcher tout en respectant les

retrouva sa proie, détacha un morceau d'écorce et l'alluma; à la lumière du feu, il aperçut alors un homme, qu'il avait tué d'une balle dans la poitrine. Il prit le corps, le ramena au village et fit le récit des circonstances. Nulle punition ne lui fut infligée.

Voir aussi Bernard Hoffman, *The Historical Ethnography of the Micmac of the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, California, University of California, 1946, à la p. 515.

animaux, et comment cueillir des plantes médicinales. Des récits décrivant des visions et des rêves aident à transmettre les leçons du passé⁵⁴.

54

Commission royale, vol. 1, *op. cit.* note 49. La Commission royale a reproduit le *Récit micmac de la création* de la façon suivante :

De l'autre côté du sentier des esprits, en des temps anciens, le Créateur *Kisúlk* prit une décision. *Kisúlk* créa d'abord le soleil, *Niskam*, qui devait traverser la voie lactée (*Skitékmujeouti*) pour éclairer la terre. Surgit un éclair qui créa *Sitqamúk*, la terre, et dont est aussi issu *Kluskap* qui a été créé avec de la terre sèche. *Kluskap* s'étendit sur *Sitqamúk*, la tête, les pieds et les mains orientés vers les quatre points cardinaux. *Kluskap* allait devenir un maître puissant, un *kinap* et un *puoin*, aux dons et aux alliés nombreux.

Surgit un autre éclair qui donna la lumière du feu en même temps que naissaient les animaux, la végétation et les oiseaux. Ces autres formes de vie donnèrent graduellement à *Kluskap* une allure humaine. *Kluskap* s'éleva au-dessus de la terre et remercia *Kisúlk* en honorant les six directions: le soleil, la terre, puis l'Est, le Sud, l'Ouest et le Nord. Les habiletés inhérentes à la forme humaine représentaient la septième direction.

Kluskap demanda au Créateur *Kisúlk* comment il devrait vivre et, en guise de réponse, *Kisúlk* lui envoya *Nukumi*, grand-mère de *Kluskap*, pour le guider dans sa vie. Créée à partir d'une roche qui fut transformée pour prendre le corps d'une vieille femme grâce au pouvoir de *Niskam*, le soleil, *Nukumi* était une ancienne dont les connaissances et la sagesse furent intégrées à la langue micmaque.

Nukumi enseigna à *Kluskap* à faire appel à *apistanéwj*, la martre, pour qu'elle demande aux bons génies la permission que l'homme se nourrisse d'autres formes de vie. La martre revint avec leur accord, ainsi qu'avec des rites et des chants. *Kluskap* et sa grand-mère remercièrent *Kisúlk*, le soleil, la terre et les quatre autres directions, puis festoyèrent. Au moment où ils se demandaient comment ils devraient vivre, *Kluskap* rencontra *Netawansum*, son neveu, à qui *Kisúlk* avait donné une forme humaine dans les flots de l'océan qui déferlaient sur les rives et restaient accrochés au foin d'odeur. *Netawansum* comprenait la vie et la force du royaume sous-marin et il apporta à *Kluskap* des cadeaux de ce royaume, y compris la capacité de voir au loin. *Kluskap* et sa grand-mère le remercièrent et se régalerent de noix tombées des arbres.

Enfin, ils rencontrèrent la mère de *Kluskap*, *Nikanaptekewisqw* — une femme dont le pouvoir résidait dans la capacité de parler des cycles de la vie ou de l'avenir. Elle était née d'une feuille d'arbre, issue du pouvoir et de la force de *Niskam*, le soleil, et avait pris forme humaine pour apporter l'amour, la sagesse et toutes les couleurs. Elle apportait avec elle la force et la sagesse de la terre et connaissait les moyens pour vivre en harmonie avec les forces de la nature.

Ils vécurent ensemble longtemps, mais, un jour, *Kluskap* dit à sa mère et à son neveu que sa grand-mère *Nukumi* et lui parlaient pour le Nord. *Kluskap* laissa des instructions à sa mère, lui disant que le feu du grand conseil allait laisser échapper sept étincelles qui retomberaient sur le sol, chacune sous la forme d'un homme. Sept autres étincelles allaient retomber de l'autre côté, et de celles-ci naîtraient sept femmes. Ensemble, ces hommes et ces femmes formeraient sept groupes, ou familles, et ces sept familles se disperseraient dans sept directions pour se diviser ensuite en sept groupes différents.

Comme les éclairs d'où la terre et *Kluskap* étaient nés, les étincelles contenaient de nombreux cadeaux. Elles donnèrent vie à l'homme et, dans chaque forme humaine, la perspective de la continuité. Comme *Kluskap* avant eux, lorsque tous ces gens se réveillèrent nus et perdus, ils demandèrent à *Kluskap* comment ils devraient vivre. *Kluskap* leur enseigna les leçons qu'il avait apprises, d'où son nom, celui qui vous parle, ou le maître-créateur.

Source: Cet extrait s'inspire d'une histoire tirée des antiques enseignements des anciens. La légende en question a été reproduite par Kep'tin Stephen Augustine de Big Cove (Nouveau-Brunswick). Voir *Introductory Guide to MicMac Words and Phrases*, rédigé par Evan Thomas Pritchard avec des annotations de Stephen Augustine et des observations d'Albert Ward, Rexton (Nouveau-Brunswick), Resonance Communications, 1991. Le révérend D. MacPherson donne une autre version de cette légende dans *Souvenir of the Micmac Tercentenary Celebration*, Sainte-Anne-de-Restigouche, Frères Mineurs Capucins, à la p. 10.

Cette citation montre que la pertinence de la Création pour les libertés et les responsabilités juridiques des Mi'kmaq présente plusieurs facettes. L'existence du *mntu* dans chaque être prolonge la personnalité juridique au-delà de ce qui est présent dans les autres traditions juridiques canadiennes. Le besoin de respect, démontré par leur conscientisation aux besoins de la coopération du monde naturel, a aussi des répercussions juridiques. Le rôle plus central des histoires, des rêves et des visions dans les traditions juridiques est certainement différent du monde d'interprétation de la common law ou du droit civil, mais il fait néanmoins partie des obligations jurisprudentielles ressenties par les citoyens Mi'kmaq⁵⁵.

Les traditions juridiques des Mi'kmaq sont également exprimées par des interprétations régularisées de wampum, *Inapskuk*⁵⁶. Les wampum étaient faits traditionnellement à partir de coquilles de mye qui étaient percées et enfilées sur des ficelles ou tissées dans les ceintures⁵⁷. Les différentes couleurs avaient des significations symboliques⁵⁸. Les ficelles et les ceintures wampum servaient d'aide-mémoire pour valider l'autorité des personnes qui transportaient des messages entre collectivités et nations⁵⁹. Pendant les interprétations des wampum, les renseignements sur la création, des migrations et des relations des Mi'kmaq avec les autres nations, sont racontés et reproduits. Le concept de paix, d'ordre et de bon gouvernement dans la société Mi'kmaq est animé en utilisant ces traditions juridiques pour interpréter le monde qui l'entoure. Ces « interprétations », transmises oralement, sont souvent accompagnées de cérémonies. Elles peuvent également comprendre des « histoires » plus récentes qui visent à assurer que leurs traditions juridiques restent pertinentes.

⁵⁵ James (Sakej) Youngblood Henderson, «Mikmaw Tenure in Canada» (1995) 18 *Dalhousie Law Journal*, 195 aux pp. 217-136.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

Les traditions juridiques des Mi'kmaq et autres, telles que les ceintures wampum, ont souvent été présentées devant les tribunaux canadiens comme preuve de l'utilisation et de l'occupation par les Mi'kmaq des territoires et des ressources. Malheureusement, cette stratégie peut provoquer une incompréhension des lois des Mi'kmaq et semer un doute sur leur authenticité. Lorsque les traditions juridiques autochtones sont examinées par les historiens ou les anthropologues, ils posent souvent les mauvaises questions. Le droit n'est pas une simple question d'histoire; il utilise un cadre normatif pour interpréter les événements passés et faire des évaluations contemporaines. Les historiens et les anthropologues risquent d'appliquer des critères non appropriés aux traditions juridiques autochtones lorsqu'ils les interprètent avec comme seul but de les utiliser comme preuves d'événements passés⁶⁰. Il est mal avisé de traiter le droit des Mi'kmaq comme simple histoire, comme il le serait de le faire pour les jugements des tribunaux canadiens. L'histoire des Mi'kmaq est liée au droit parce que les événements passés forment la structure des options juridiques contemporaines; cependant, l'histoire n'est pas le droit. Le droit est plus explicitement normatif et itératif; il se transforme avec le temps, avec un contexte rempli de valeur afin de tenir compte des circonstances contemporaines.

Les juges auxquels on demande de traiter les traditions juridiques comme s'il s'agissait d'histoire devraient savoir exactement ce à quoi on s'attend d'eux. Ils doivent examiner les distinctions entre leur discipline et celle des historiens et des anthropologues. La méthode historique et l'analyse juridique sont très différentes. Dans les facultés de droit, on enseigne aux futurs juges à mesurer la loi en fonction de ses relations avec des affaires antérieures et des questions de politiques plus larges. Les juristes n'évaluent pas le droit en mesurant jusqu'à quel point il correspond à l'explication du passé par un historien. Au fil du temps, les comptes rendus

⁶⁰ John Borrows, «Listening for a Change: The Courts and Oral Tradition» (2001) 39 *Osgoode Hall Law Journal* 1.

juridiques d'événements antérieurs peuvent s'écarter des comptes rendus historiques. La divergence est nécessaire pour préserver la force de persuasion du droit.

On constate également cette divergence entre le droit et l'histoire dans la jurisprudence canadienne. Au cours des premières décennies du siècle dernier, il existait un différend au sujet du terme « personnes » de l'article 24 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. La question était de savoir si ce terme comprenait les femmes⁶¹. Cette affaire, connue comme « l'affaire personne » a approfondi la distinction entre l'histoire et le droit. L'approche historique de la question était de donner au mot « personnes » le sens qu'il avait lorsque l'*Acte* a été adopté. Cette approche a été rejetée par le Comité judiciaire du Conseil privé en faveur d'une approche qui reconnaissait les aspects normatifs du droit. La Cour a écrit que tandis qu'elle peut [TRADUCTION] « légitimement faire appel à l'histoire pour aider à présenter les faits qui existaient au moment de l'adoption d'un statut, les conclusions que l'on peut en tirer sont extrêmement minces »⁶². Les juges et d'autres personnes feraient bien de se rappeler que l'histoire n'est pas le droit lorsqu'ils interprètent les traditions juridiques autochtones. L'histoire peut être pratique pour montrer que les faits existaient au moment où les traditions juridiques comme celles que les Mi'kmaq ont été élaborées dans le passé lointain. Toutefois, on ne doit pas tirer des conclusions juridiques importantes de ces faits, parce que le droit a un tout autre dessein.

La jurisprudence canadienne a formulé des raisons pour justifier la distinction entre les méthodologies historique et juridique pour l'interprétation du passé. Par exemple, dans l'affaire « personne », le Conseil privé a écrit qu'il n'était « pas juste d'appliquer rigidement au Canada

⁶¹ A. Prentice et al., *Canadian Women: A History*, Toronto, HBJ-Holt Canada, 1988, aux pp. 207-208 et pp. 282-283.

⁶² *Edwards v. A.G. Canada* [1930] 1 DLR 98 (JCPC) (*Edwards c. A.G. Canada*, [1930] AC 124 (CJCP)).

contemporain les décisions, ainsi que les motifs de ces décisions [...] aux personnes appelées à appliquer la loi dans des circonstances différentes, à des époques différentes et dans des pays se trouvant à différents stades de développement »⁶³. Le droit reconnaît que les collectivités et les peuples évoluent constamment⁶⁴. Il faut faire très attention pour ne pas interpréter le droit d'une collectivité selon le respect rigide des coutumes et des traditions d'une autre⁶⁵. À ce sujet, Lord Sankey, du Conseil privé a écrit que :

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté un arbre au Canada. Cet arbre est vivant, il peut croître et se ramifier à l'intérieur de ses limites naturelles. L'acte avait pour but de donner une Constitution au Canada. Comme toutes les constitutions écrites, elle a évolué par les usages et les conventions⁶⁶.

Avec cette déclaration, les tribunaux reconnaissent explicitement que les lois formatives ne doivent pas être traitées comme s'il s'agissait d'histoire lorsqu'on tire des conclusions au sujet d'événements passés. Ce même point de vue a des répercussions importantes lorsqu'il s'agit d'évaluer les traditions juridiques des Mi'kmaq et d'autres traditions juridiques autochtones. Les traditions juridiques des Mi'kmaq ont été élaborées grâce à l'usage et aux conventions. Leur sens actuel doit donc être jugé en conséquence, elles ne doivent pas être perçues comme non authentiques ou fausses parce que les interprétations présentes ne sont pas conformes aux « faits » existant au moment où elles ont été élaborées.

Tout comme pour l'affaire « personne », les interprétations historiques seront différentes des interprétations juridiques. La même distinction est valide lorsqu'on analyse les traditions juridiques des Mi'kmaq ou d'autres Traditions juridiques autochtones. On juge parfois que les peuples autochtones sont « dans l'erreur » lorsque leurs traditions juridiques ne correspondent pas aux faits historiques. Aucun juge ni aucun tribunal n'aimerait se faire donner l'étiquette de

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

« non crédible » parce que ses interprétations du passé sont différentes de celles des historiens. Pourtant, les juristes autochtones ont souvent fait face à des étiquettes dommageables de ce type.

Une partie du blâme doit revenir aux juristes qui demandent aux tribunaux d'évaluer ces traditions par rapport aux mauvaises normes. L'arrêt *R. c. Marshall*, en Nouvelle-Écosse, dans lequel on a mis à l'essai les droits ancestraux ou issus de traités de se livrer à l'exploitation forestière commerciale, en est un bon exemple⁶⁷. Pendant le procès, le Chef Stephen Augustine a relaté des récits et a interprété des wampum qui se rapportaient au droit des Mi'kmaq⁶⁸. Son témoignage a été jugé comme s'il avait présenté de l'histoire uniquement comme preuve d'événements passés⁶⁹. Lorsque des éléments de son témoignage ne concordent pas avec la façon dont le tribunal estimait que le droit des Mi'kmaq s'était élaboré historiquement, on a déclaré que le Chef Augustine était « dans l'erreur »⁷⁰. Cela a malheureusement diminué sa crédibilité aux yeux de la Cour et a obscurci le cadre normatif de la tradition juridique qu'il présentait.

Plus particulièrement, il y a eu mésentente à savoir si une des ceintures wampum qu'il avait présentée datait des années 1600 ou d'une date plus récente. Le Chef Augustine croyait qu'elle

⁶⁷ Le jugement de la Cour suprême du Canada pour cet arrêt est intitulé *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43.

⁶⁸ *R. v. Marshall*, (2001), 191 N.S.R. (2d) 323; [2001] 2 C.N.L.R. 256 au paragraphe 57 :

[TRADUCTION] Le Chef Augustine a témoigné au sujet d'histoires qui lui avaient été transmises par sa famille. Les histoires les plus importantes étaient l'histoire de la création des Mi'kmaq et l'histoire de Getoasaloet que sa grand-mère lui avait racontées lorsqu'il était jeune. Sa grand-mère lui avait dit qu'elle avait appris l'histoire de la création de son grand-père qu'elle avait marié lorsqu'elle était très jeune et que son grand-père était très vieux. Le Chef Augustine a dit qu'il avait raconté l'histoire aux réunions du Grand conseil.

⁶⁹ *Ibid.* au paragraphe 58 :

[TRADUCTION] La défense a offert ces récits comme preuves de liens anciens entre les Mi'kmaq et leur territoire et comme preuve des anciennes racines des sept districts selon lesquels ce territoire est divisé.

⁷⁰ *Marshall*, précité en note 68, aux paragraphes 56-65.

datait des années 1600, mais un anthropologue a pu convaincre la cour qu'elle avait été fabriquée beaucoup plus tard. Le fait de se concentrer sur les dates civiles plutôt que sur les normes jurisprudentielles des Mi'kmaq a mal représenté les connaissances du Chef Augustine qui ont été interprétées comme preuve historique plutôt que comme loi. Comme on l'a déjà mentionné, le juge n'était pas le seul responsable de cette erreur. Les juristes en sont également responsables en partie. Toutefois, la principale critique se situe au niveau du cadre canadien pour les épreuves juridiques relativement aux traditions juridiques autochtones.

L'erreur de traiter les traditions juridiques des Mi'kmaq comme s'il s'agissait d'histoire plutôt que de droit est illustré par la partie suivante du jugement de la cour provinciale dans l'arrêt *R. v.*

Marshall :

[TRADUCTION] 59. Il vaut la peine de noter que le Chef Augustine a également témoigné au sujet d'une ceinture wampum aux Archives du Vatican. Lui et d'autres avaient vu une photographie de la ceinture dans un livre. Ils en ont conclu que la ceinture était une représentation du lien entre la nation Mi'kmaq et le christianisme lorsque Membertou a été baptisé au début des années 1600. Il va sans dire que le Chef Augustine croyait fermement ce qu'il a dit au sujet de la ceinture. Sa bonne foi a été démontrée par les mois de dur labeur qu'il a consenti pour présenter une réplique de la ceinture. La ceinture en soi est un merveilleux objet d'art.

60. Le témoin de la Couronne, le Dr von Gernet, s'est rendu aux Archives du Vatican et a étudié la ceinture. Il a trouvé des preuves concluantes qu'elle avait été fabriquée par des Autochtones du Québec comme cadeau pour le Pape, plus de 200 ans après le baptême de Membertou. Elle n'avait rien à voir avec la Nouvelle-Écosse ou les Mi'kmaq.

61. Lorsque la défense a reçu le rapport du Dr von Gernet, M. Wildsmith a envisagé de retirer la partie du témoignage du Chef Augustine dans laquelle il parle de la ceinture et a dit ensuite que la défense ne se fierait plus sur la ceinture dans cette affaire. J'ai dit que cela signifiait que le Chef Augustine reconnaissait avoir tort au sujet de la ceinture. J'ai dit que je considérerais cette erreur lorsque j'évaluerais les autres preuves du Chef Augustine.

62. Le Dr von Gernet a témoigné longtemps au sujet des traditions orales. Il a dit que les croyances en ces traditions doivent toujours être respectées, mais que lorsqu'elles sont offertes comme preuves de faits historiques, elles ne peuvent être acceptées sans critique. Elles doivent être étudiées afin d'en déceler l'exactitude. Il a dit que la mémoire autochtone n'était pas biologiquement supérieure à celle des non Autochtones. Il a déclaré qu'il existait des façons d'améliorer l'exactitude des traditions orales, comme la formation et la validation

de groupe. Il n'y avait pas de preuve de ces méthodes ni d'autres méthodes d'amélioration utilisées par le Chef Augustine et les Mi'kmaq. Il s'est reporté à « l'effet de retour » selon lequel les idées générées à l'extérieur d'une culture sont adoptées par la culture. Il a souligné que les Mi'kmaq sont alphabétisés et que plusieurs le sont depuis de nombreuses générations. Il a dit qu'après l'exposition à des documents écrits, il devient de plus en plus difficile pour un individu ou une culture de faire la distinction entre les traditions anciennes et celles qui sont arrivées plus récemment de l'extérieur.

63. Le Chef Augustine en sait beaucoup au sujet de la culture et de l'histoire des Mi'kmaq. C'est un homme de grande dignité. ...J'ai trouvé qu'il a bien dit la vérité, mais il ne m'a pas convaincu que le Grand conseil ou les sept districts étaient des traditions anciennes des Mi'kmaq. Les documents écrits font preuve du contraire.

64. Dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 et *Delgamuukw c. British Columbia*, [1997] 3 R.C.S. 1010, la Cour suprême du Canada a déclaré que les tribunaux devaient mettre les traditions orales sur le même pied d'égalité que les preuves documentaires dans les affaires qui portent sur des questions autochtones. La Cour n'a pas dit que les traditions orales étaient meilleures que les preuves documentaires ou que la plus petite quantité de tradition orale devait être acceptée de préférence à une montagne de preuves documentaires.

65. Dans la présente affaire, nous avons la preuve d'une tradition orale présentée par un seul témoin. Nous ne savons pas si les traditions qu'il relate ont été influencées par son alphabétisme ou celui de ces aïeux. Nous ne savons pas s'il existe d'autres porteurs de traditions Mi'kmaq ou encore d'autres traditions sur les mêmes sujets. D'autre part, nous avons beaucoup de documents du XVIII^e siècle, français et britanniques, qui ne contiennent aucune preuve des sept districts ou d'un Grand conseil. Les très nombreux documents écrits sont beaucoup plus convaincants que la toute petite preuve orale⁷¹.

Il est malheureux que le témoignage du Chef Augustine ait été présenté comme une question d'histoire « pure » plutôt que comme une question de droit. C'est une erreur d'affirmer que la ceinture reconstruite « n'avait rien à voir avec la Nouvelle-Écosse ou les Mi'kmaq ». La ceinture existe comme texte juridique contemporain et elle est grandement pertinente pour la Nouvelle-Écosse et les Mi'kmaq, même si elle a été faite il y a deux cents ans, après ce que croyait le Chef Augustine. En traitant la tradition comme un événement historique, le juge a tiré des conclusions différentes de ce qui se serait produit si les wampum avaient été considérés comme texte juridique. Les documents écrits sont utilisés pour écraser les décisions normatives

⁷¹ *Ibid.*

des Mi'kmaq au sujet de leurs wampum, de leurs districts et du Grand conseil. Il faut refuser de croire qu'il s'agit d'objets historiques, ce qui, à son tour, sème un doute sur leur fiabilité comme traditions juridiques contemporaines. Le Chef Augustine est identifié, d'une façon dérogatoire, comme [TRADUCTION] « l'interprète autoproclamé des ceintures wampum »⁷².

Un autre aspect malheureux de ce jugement, provoqué par le fait que le témoignage du Chef Augustine a été utilisé uniquement d'un point de vue historique, est qu'il semble diminuer les traditions si celles-ci tiennent compte d'autres traditions ou si elles se rapportent à d'autres traditions. Le droit n'est pas statique. Les juges, les avocats et les professeurs de droit canadiens frissonneraient à la suggestion que leurs opinions juridiques ne pourraient pas être

⁷² La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a reformulé le jugement de la cour provinciale de la façon suivante :

[TRADUCTION] [115] ...Dans son jugement, le juge Curran cite également la tradition orale et la preuve de Stephen Augustine, un chef héréditaire Mi'kmaq du Nouveau-Brunswick et membre du Grand conseil des Mi'kmaq. Le savant juge de première instance a reconnu que le Chef Augustine en connaît beaucoup au sujet de la culture et de l'histoire des Mi'kmaq. Le juge de première instance n'a pas semblé douter de la sincérité du Chef Augustine. Les preuves semblent appuyer une décision, par le juge de première instance, selon laquelle tandis que le Chef Augustine disait la vérité telle qu'il la connaissait, beaucoup des preuves du Chef Augustine n'étaient pas exactes du point de vue historique. Le juge Curran en est venu à la conclusion suivante :

Il ne m'a pas convaincu que le Grand conseil ou les sept districts étaient des traditions anciennes des Mi'kmaq.

Je fais référence à une autre preuve qui appuie la conclusion du juge de première instance. Le D^r Von Gernet a fait référence à la preuve que le Chef Augustine a donnée relativement à une ceinture wampum aux Archives du Vatican. Le Chef Augustine a suggéré que cela était une représentation du lien entre la nation Mi'kmaq et le christianisme lorsque Membertou a été baptisé au début des années 1600. Le D^r Von Gernet s'est rendu aux Archives du Vatican et a étudié la ceinture pour trouver des preuves concluantes qu'elle avait été fabriquée par des Autochtones du Québec, en signe de cadeau pour le pape, et ce plus de 200 ans après le baptême de Membertou. L'avocat de l'appelant a concédé au procès que la ceinture n'avait rien à voir avec la Nouvelle-Écosse ou les Mi'kmaq. Le Dr Von Gernet a lancé une mise en garde contre le néotraditionalisme relativement à la preuve d'événements historiques. Il a reconnu que beaucoup de traditions sont très importantes pour beaucoup de sociétés autochtones modernes. Cela ne signifie pas nécessairement qu'elles sont ancrées dans l'histoire.

[116] *Van der Peet* et *Delgamuukw* disent bien clairement que les preuves orales sont importantes lorsqu'il s'agit de transmettre la perspective autochtone. Cela ne signifie pas qu'elles doivent être acceptées comme étant exactes du point de vue historique s'il existe des preuves convaincantes du contraire. Les traditions orales ne sont pas meilleures que les preuves documentaires et elles ne doivent pas être acceptées à l'aveuglette lorsqu'il existe une montagne de preuves documentaires. Les risques associés à l'histoire orale ou aux traditions orales deviennent très apparents quand, comme c'est le cas ici, il est devenu évident que la ceinture wampum ne faisait pas partie de l'histoire des Mi'kmaq. Malgré ce manque de connexion, la personne qui se proclame interprète des ceintures wampum dans cette affaire a témoigné son interprétation de la ceinture et ce que la ceinture signifiait pour le peuple Mi'kmaq.

(2002), 202 N.S.R. (2d) 42; [2002] 3 C.N.L.R. 176 au paragraphe 115.

influencées par leur étude de facteurs qui ne se trouvent pas dans leur culture natale. Pourtant, le témoignage du Chef Augustine semble avoir été moins crédible parce qu'il était influencé par « sa propre alphabétisation » et qu'il a fait l'objet du soi-disant « effet de retour » d'idées produites hors de sa culture. Le cadre juridique canadien semble écarter les traditions autochtones si elles se mêlent à celles qui sont arrivées plus tard. Le danger c'est que cette conclusion sera importée dans le domaine juridique pour écarter les traditions juridiques comme lois si elles sont influencées par d'autres traditions juridiques canadiennes. Ce serait une grave erreur de juger les traditions juridiques autochtones comme non authentiques ou inexactes si elles ne sont pas « pures » du point de vue historique. Le droit est un phénomène culturel de délibération qui utilise le passé pour mettre en lumière des interprétations normatives subséquentes. Les traditions juridiques autochtones ne devraient pas être mesurées principalement comme des expressions d'événements historiques, mais plutôt comme des cadres normatifs de paix et d'ordre. Si l'on avait reconnu que le Chef Augustine interprétait la tradition juridique des Mi'kmaq, plutôt qu'une preuve historique, on se serait trouvé face à des conclusions et une méthodologie très différentes. On serait plus intéressé par les raisons pour lesquelles les récits de la création, les wampum, les conseils et les districts sont importants dans les interprétations contemporaines des Mi'kmaq des relations qu'ils entretiennent. Si on avait examiné le témoignage du Chef Augustine de ce point de vue, on aurait peut-être vu qu'on atteint la paix, l'ordre et la continuité dans le droit des Mi'kmaq en soulignant leur opinion d'interprétation plus récente. L'ordre juridique des Mi'kmaq est assuré par sa ré-édiction et sa réinterprétation performatives continues. Tout comme on mesure les précédents selon les affaires les plus récentes plutôt que selon leur première formulation, il faut considérer la tradition juridique des Mi'kmaq selon sa plus récente interprétation. On accepte librement que le droit, comme engagement vivant, interprétatif entre le passé et le présent, fasse nécessairement partie d'autres traditions juridiques. On ne devrait donc pas renier la même acceptation pour les traditions juridiques autochtones.

Certains exemples de la common law peuvent aider à démontrer la nécessité de juger le droit autochtone de façon distincte de l'histoire⁷³. Les juges et les commentateurs juridiques ont souvent fait des déclarations qui ne sont pas exactes du point de vue historique, mais qui sont néanmoins légalement valides. Par exemple, dans l'arrêt *Woolmington c. D.P.P.*, Lord Sankey, qui parlait cette fois au nom de la Chambre des lords anglaise, a déclaré que l'accusé est présumé innocent jusqu'à ce qu'il soit trouvé coupable⁷⁴. En arrivant à cette conclusion, il a écrit : « Dans toute la toile du droit criminel anglais se retrouve toujours un certain fil d'or, soit le devoir de la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu »⁷⁵. En fait, Lord Sankey n'a pas raison historiquement, même si sa conclusion est légalement correcte. Cela n'a pas *toujours* été le cas que les personnes étaient présumées innocentes. Bruce Smith a conclu que [TRADUCTION] « Beaucoup d'accusés, vers la fin du dix-huitième siècle et le début du dix-neuvième siècle, n'ont pas bénéficié de la présomption d'innocence. Ils se sont battus contre une présomption statutaire de *culpabilité* »⁷⁶. On peut imaginer les outrages que Lord Sankey aurait subis si on lui avait demandé de témoigner de l'histoire de la présomption d'innocence dans le droit pénal anglais et si son opinion avait été utilisée seulement à titre de preuve du traitement antérieur des prisonniers. Il serait dans la même position que le Chef Augustine et il ne s'en tirerait pas très bien en contre-interrogatoire. Lord Sankey n'agissait pas comme historien lorsqu'il a exprimé son opinion au sujet de la présomption d'innocence en Angleterre. Il tirait des inférences juridiques pour en arriver à sa conclusion.

⁷³ Merci à Benjamin Berger et Hamar Foster d'avoir suggéré ces possibilités d'analogie.

⁷⁴ *Woolmington v. D.P.P.* [1935] A.C. 462 (H.L.). Pour un commentaire, voir Benjamin Berger, « Trial by Metaphor: Rhetoric, Innovation and Juridical Text » (2002) 29 *Court Review* 30.

⁷⁵ *Ibid.*, à la p. 481.

⁷⁶ Bruce P. Smith, « The Presumption of Guilt and the English Law of Theft, 1750–1850 » (2005) 23 *Law and History Review*. 133. Pour une discussion au sujet de ce principe aux États-Unis, voir William S. Laufer, « The Rhetoric of Innocence » (1995) 70 *Washington University Law Review* 329.

De la même façon, les commentaires inexacts du point de vue historique de William Blackstone au sujet des jurys démontrent la nécessité de faire la distinction entre le droit et l'histoire. Avant 1215, une personne accusée d'un acte criminel en Angleterre faisait face à un procès par supplice⁷⁷. Même après 1215, et au moins jusqu'au XVIII^e siècle, les jurys étaient loin d'être les institutions parfaites comme le suggère monsieur Blackstone. Les juges exerçaient un contrôle substantiel sur la prise de décisions des jurys⁷⁸. Malgré le fait historique que, en Angleterre, les jurys n'étaient pas toujours présents ou que leur disponibilité pour des affaires pénales était limitée jusqu'à récemment, Blackstone a écrit que [TRADUCTION] « le procès devant jury a toujours été, et je crois le sera toujours, considéré comme la gloire du droit anglais? »⁷⁹. On ne peut pas considérer que Blackstone fait une déclaration historiquement exacte⁸⁰. Il se retrouve en compagnie du Chef Augustine qui partage son interprétation des traditions juridiques des Mi'kmaq dans l'affaire *Marshall*. Il est plus utile de reconnaître que Blackstone et Augustine ne sont pas des commentateurs historiques, mais plutôt des commentateurs juridiques qui tirent des conclusions au sujet du passé à des fins normatives.

Cette distinction entre le droit et l'histoire est importante puisqu'on examine d'autres traditions autochtones dans le présent document. À titre juridique, leur pertinence est déterminée par la congruence normative entre la tradition et la collectivité. Si l'on ne met pas à l'essai ces traditions que par des méthodes historiques, non seulement les lecteurs ne saisiront pas leur pertinence pour la paix et l'ordre des collectivités autochtones, ils se retrouveront également dans un état de questionnement auquel ils ne pourront peut-être pas trouver de solution. Qui

⁷⁷ Benjamin Berger, «Peine Forte et Dure: Compelled Jury Trials and Legal Rights in Canada» (2003) 48 *Criminal Law Quarterly* 207.

⁷⁸ Benjamin Berger, «Criminal Appeals as Jury Control: An Anglo-Canadian Historical Perspective on the Rise of Criminal Appeals» (2005) 10 *Canadian Criminal Law Review* 1.

⁷⁹ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England: A Facsimile of the First Edition of 1795 – 1769*, vol. 3, Chicago et Londres, University of Chicago Press, 1768, à la p. 379.

⁸⁰ Hamar Foster, «Trial By Jury: the Thirteenth Century Crisis in Criminal Procedure» (1979) 13 *UBC Law Review* 280.

peut dire qu'une ceinture comme celle que le Chef Augustine a reproduite n'existait pas chez les Mi'kmaq avant la possibilité d'un retour de cadeau papal aux Indiens du Québec à une période beaucoup plus tardive? Ces ceintures existaient peut-être, mais on n'a simplement pas trouvé les originales. La copie du Chef Augustine a pu venir d'une représentation plus tardive. De façon plus générale, l'approche des traditions juridiques autochtones d'un point de vue historique ne produira sans doute jamais une entente sur les « faits » des Gardiens de la paix nés d'une Vierge, des canots de pierre, des pierres vivantes, des plantes parlantes, des animaux bavardes, des humains qui se transforment et des êtres surnaturels qui viennent d'autres mondes. Les traditions juridiques autochtones doivent être comprises dans le contexte de leurs propres règles d'interprétation, tout comme la common law et le droit civil sont compris conformément à leurs propres traditions culturelles distinctes.

B. Les traditions juridiques des Hodinohso:nis

Le peuple Hodinohso:ni, que l'on connaît beaucoup mieux comme la Confédération iroquoise, vivait historiquement dans des villages fortifiés, sur des territoires que l'on appelle maintenant le Sud de l'Ontario, le Sud du Québec, l'État de New York et l'État du Wisconsin⁸¹. Les peuples iroquois du bas des Grands Lacs et de la vallée du Saint-Laurent ont établi une confédération pour consolider la paix entre eux et avec leurs voisins. La confédération se composait au début de cinq nations : les Iroquois, les Onneitouts, les Onontagués, les Goyogouins et les Tsonnontouans. En 1722, les Tuscaroras se sont joints à ces nations lorsqu'ils ont migré depuis l'État de la Caroline. La confédération est toujours organisée de cette façon et réside dans ses territoires historiques.

⁸¹ Voir Lewis H. Morgan, *League of the Ho-He-No-Sau-Nee or Iroquois*, vol. I, New York, Burt Franklin, 1901.

Les traditions juridiques des Hodinohso:nis sont complexes et sophistiquées. Leur Grande loi de la paix, *Kaianerekowa*, a lié ensemble les nations iroquoises en une confédération avec une force considérable⁸². Ses récits et ses principes ont apporté paix, pouvoir et droiture morale à des générations de peuples iroquois et elle continue d'être importante pour le peuple Hodinohso:ni d'aujourd'hui⁸³. Ses influences s'étendent au-delà de ses maisons longues et ont eu des répercussions sur le discours politique aux États-Unis⁸⁴ et sur d'autres peuples autochtones⁸⁵. La *Kaianerekowa* se trouve parmi les plus grands codes juridiques au monde et se veut un testament du pouvoir de la créativité et des réalisations humaines. La Grande loi de la paix est l'une des constitutions autochtones les plus reconnaissables en Amérique du Nord⁸⁶.

Il existe beaucoup de descriptions écrites de la Grande loi, mais son autorité principale se trouve toujours dans sa version parlée⁸⁷. La Grande loi commence avec le Gardien de la paix qui est né dans la nation Wendat d'une mère vierge⁸⁸. Le début de sa vie est remplie d'épreuves jusqu'à ce qu'on dise à sa grand-mère, dans un rêve, que le Créateur avait une grande tâche à lui faire exécuter. Lorsqu'il est assez vieux, le Gardien de la paix voyage dans un canot de pierre blanc pour s'éloigner de son peuple qui rejette son message. Il arrive dans la nation Iroquois où règnent la guerre, le chaos, la destruction et le cannibalisme et il livre le message du Créateur que la guerre doit cesser. Le Gardien de la paix est rejeté par les

⁸² Francis Jennings, *The Ambiguous Iroquois Empire*, New York, W.W. Norton and Company, 1990.

⁸³ Taiaiake Alfred, *Peace, Power, Righteousness: An Indigenous Manifesto*, Toronto, Oxford University Press, 1999.

⁸⁴ Donald A. Grinde, Jr. et Bruce E. Johansen, *Exemplar of Liberty: Native America and the Evolution of Democracy*, Los Angeles, American Indian Studies Centre, 1991; Bruce E. Johanesen, *Forgotten Founders: How the American Indian Helped Shape Democracy*, Boston, Harvard Common Press, 1982.

⁸⁵ John Borrows, «Wampum at Niagara: Canadian Legal History, Self-Government, and the Royal Proclamation», dans Michael Asch, dir., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*, Vancouver, UBC Press, 1998.

⁸⁶ William Fenton, *The Great Law and the Longhouse*, Norman, University of Oklahoma Press, 1998.

⁸⁷ Jake Thomas, *Reading the Great Law of Peace*, Iroquoian Institution, 1992 (série de 10 cassettes vidéo).

⁸⁸ La structure de cet aperçu respecte les grandes lignes de la Grande loi de la paix que l'on retrouve en ligne : <http://www.sixnations.org/Great_Law_of_Peace/>

Iroquois, mais Jikonsahseh, une femme forte qui change sa vie lorsqu'elle accepte son message, le prend sous son aile. Parce qu'elle a volontiers accepté d'entendre les mots du Gardien de la paix, Jikonsahseh devient la Mère des nations. Le Gardien de la paix lui explique les principes de la paix, du pouvoir et de la droiture morale, ainsi que le concept de maison longue comme une métaphore pour la Grande loi. Dans la Confédération nationale que le Gardien de la paix propose, on donne aux femmes le rôle de mères de clan.

Le récit de la Grande paix continue avec le voyage du Gardien de la paix; il rencontre Hayenwath (Hiawatha) après l'avoir espionné du toit de sa maison où il est témoin de son cannibalisme. Hiawatha voit le reflet du Gardien de la paix dans le chaudron de soupe qu'il est sur le point de manger et il est transformé par l'expérience. Le Gardien de la paix lui enseigne quels sont les démons du cannibalisme et lui conseille de manger de la viande de cerf. Les bois de cerf deviendront le symbole d'autorité dans la confédération.

Avec Hiawatha, le Gardien de la paix revient chez les Mohawks où il proclame de nouveau son message. Ses pouvoirs sont reconnus lorsqu'il se tire sans blessure d'une chute dans un ravin profond, d'un grand arbre que l'on a coupé sous lui. Les chefs iroquois acceptent son message de paix. Il part à la recherche des Onontagués, mais un joueur de tours odieux, Tododaho, l'empêche de les rencontrer. Hiawatha subit également des épreuves avec les Onontagués lorsque Osinoh, une sorcière transformée en chouette, tue ses filles. Ces défis provoquent une dépression chez Hiawatha qu'il ne combat que partiellement grâce à des ficelles wampum⁸⁹. Il apporte ces ficelles chez les Iroquois qui le reçoivent comme un chef honoré. À cette rencontre, Hiawatha enseigne aux Iroquois les protocoles appropriés pour créer des relations pacifiques,

⁸⁹ Les wampum étaient faits traditionnellement à partir de coquilles de mye qui étaient percées et enfilées sur des ficelles ou tissées dans les ceintures. Les différentes couleurs avaient des significations symboliques différentes. Les ficelles et les ceintures wampum ont éventuellement servi d'aide-mémoire pour valider l'autorité des personnes qui transportaient des messages entre collectivités et nations.

tels que l'annonce de l'arrivée d'un visiteur pacifique en faisant un feu d'avertissement au bord du village et la fabrication de ficelles wampum à utiliser pour livrer des messages. Ensuite, le Gardien de la paix enseigne à Hiawatha des principes encore plus détaillés au sujet des wampum, tandis qu'il se guérit de sa dépression en utilisant huit des treize ficelles wampum de Hiawatha. Puisque cela libère la douleur de l'esprit de Hiawatha, le Gardien de la paix détermine que les wampum seront utilisés pour transporter le message du Créateur.

À ce moment, le Gardien de la paix cherche pour Tododaho, un homme tordu et odieux, afin qu'il reçoive son message avec les Onontagués. Le Gardien de la paix envoie des animaux transformés et des messages pour transmettre ses mots, mais chaque fois on le rejette. Tandis qu'il cherche Tododaho, il continue de proclamer son message et comme résultat, les Goyogouins, les Onneitouts et les Tsonnontouans se joignent à la confédération. Le Gardien de la paix mène les quatre membres de la confédération à Tododaho afin de tenter d'apaiser sa colère. Les Onontagués chantent au sujet de la confédération, de la *Kaianerekowa* et de leurs ancêtres. Tododaho accepte finalement le message de paix lorsqu'on lui fait la promesse que sa position dans la confédération sera centrale et qu'Onondaga sera la capitale de la Ligue.

Le Gardien de la paix et Hiawatha créent ensuite des chefferies pour protéger la paix. Les chefs reçoivent des instructions sur la façon dont ils doivent vivre leur vie et faire fonctionner leur conseil par des appels et des protocoles. Le rôle central du clan dans la structure de la confédération est décrit et des avertissements sur l'avenir sont donnés. Les chefs sont décorés de bois de cerf en signe de leur autorité. Le chemin de la communication est ensuite ouvert. Des éventails en ailes d'oiseaux et des bâtons sont utilisés pour balayer la poussière et tenir les êtres indésirables à l'écart du feu du conseil. Grâce à l'élaboration de métaphores, les lois sont enseignées avec plus de détails. Elles portent sur beaucoup de choses : les cinq foyers de la maison longue, les wampum, l'Arbre de la paix, le cercle des chefs, l'aigle, les racines blanches

de la paix, l'enterrement des armes sous l'arbre, un festin de queues de castor, la liaison de cinq flèches et la fumée du feu du conseil qui perce le ciel. Chacun de ces symboles représente des aspects détaillés de la loi. La Grande loi produit encore des règles qui portent sur l'adoption, l'émigration, les droits individuels et les relations internationales. Lors du décès d'un chef, une cérémonie de condoléances est élaborée. Elle sert à préserver la stabilité et la santé mentale des autres chefs de la confédération. Quand tous ces principes ont été enseignés, le Gardien de la paix quitte, en promettant de revenir et en prévenant bien de ne pas utiliser son nom, sauf dans des circonstances spéciales.

La Grande loi repose sur le consensus et l'entente des peuples. Les générations futures étaient considérées comme si elles faisaient officiellement partie des délibérations. L'unanimité était nécessaire pour que les décisions du conseil soient adoptées⁹⁰. Chacune des nations de la confédération a conservé son indépendance et son individualité à l'intérieur d'une structure centralisée de prise de décisions⁹¹. Le conseil de cinquante chefs gérait les affaires de la Confédération, en énonçant tour à tour des idées autour d'un feu pour explorer et analyser les notions avant de prendre des mesures. Toute nation iroquoise des Hodinohso:nis pouvait convoquer une réunion du conseil en envoyant des coureurs avec des ceintures wampum pour indiquer l'heure, l'endroit et l'ordre du jour de la réunion⁹². La nation des Onontagués, comme gardiens du feu du conseil, pouvait décider si la question devait être portée devant la confédération pour fins de débats.

⁹⁰ John Hurley, *Children or Brethren: Aboriginal Rights in Colonial Iroquoia*, Saskatoon, Native Law Centre, 1985, à la p. 40.

⁹¹ Henry Lewis Morgan, *League of the Ho_De-No-Sau-Nee or Iroquois*, Rochester, Sage, 1851, p. 77.

⁹² *Ibid.*, aux pp. 109-110.

Les Hodinohso:nis avaient aussi des traditions diplomatiques détaillées en matière de relations avec les autres nations⁹³. L'une des plus remarquables portait sur la *Gus Wen Tah*, ou « Ceinture à deux rangs de wampum ». Les principes fondamentaux de la « Ceinture à deux rangs de wampum » sont à la base des ententes conclues entre les Hodinohso:nis et les Hollandais en 1645, les Français en 1701 et les Anglais en 1763. La ceinture était composée de deux rangs de perles wampum mauves sur un fond blanc. Trois rangs de perles blanches qui symbolisaient la paix, l'amitié et le respect séparaient les deux rangs mauves. Les deux rangs mauves symbolisaient deux voies ou deux embarcations qui voyagent sur la même rivière. Un rang représentait le peuple Hodinohso:ni avec ses lois et ses coutumes, tandis que l'autre rang représentait les lois et les coutumes européennes. À mesure que les nations se déplaçaient côte à côte sur la rivière de la vie, elles devaient éviter de se chevaucher ou de se nuire l'une à l'autre. Ces préceptes juridiques ont été intégrés dans les ententes subséquentes. Un autre symbole relatif à la *Gus Wen Tah* et qui communique l'indépendance des Hodinohso:nis est le Pacte de la chaîne d'argent. La chaîne doit être pure, solide et sans ternissure et elle doit lier ensemble les nations sans provoquer la perte de leur caractère individuel ou de leur indépendance. Les personnes qui conservaient la chaîne du Pacte étaient responsables de maintenir leurs relations et d'éviter de les briser. Le droit des Hodinohso:nis semble conserver une indépendance par rapport aux autres traditions afin d'éviter son assimilation ou son intégration⁹⁴.

⁹³ William Fenton, «Structure, Continuity and Change in the Process of Iroquois Treaty Making», dans Francis Jennings et al., *The History and Culture of Iroquois Diplomacy*, Syracuse, Syracuse University Press, 1985.

⁹⁴ Cependant, voir *Logan c. Styres* (1959), 20 D.L.R. (2d) 416 (Ont. H.C.) (confirmant l'éviction par la force du gouvernement traditionnel des Hodinohso:nis).

C. Les traditions juridiques des Anishinabeks

Le peuple Anishinabek parle la langue algonquienne et plus récemment la langue anglaise. Il vit actuellement autour de la partie supérieure des Grands Lacs et dans les prairies qui se trouvent au nord-ouest des Grands Lacs⁹⁵. Historiquement, les Anishinabeks vivaient en communautés, comme dans des clans organisés dans une confédération souple que l'on appelle plus récemment le Conseil des Trois-Feux⁹⁶. Ils utilisent le gentilé Anishinabek, ce qui signifie « personne » ou « bonne personne ». D'autres les ont appelé les Odawas,⁹⁷ Potawatomis⁹⁸ et les Ojibways ou Saulteaux⁹⁹. Beaucoup d'entre eux vivent encore dans des collectivités des « Trois-Feux » mixtes, dans leurs territoires ancestraux¹⁰⁰.

⁹⁵ Voir Helen Hornbeck Tanner, *Atlas of Great Lakes Indian History*, Norman, University of Oklahoma Press, 1982, aux pp. 58-59.

⁹⁶ Voir Diamond Jenness, *The Indians of Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967, à la p. 277.

⁹⁷ On connaît aussi les Odawas par le nom d'Outaouais. J'utilise le gentilé Odawa pour ce peuple parce que c'est ce qu'il préfère qu'on utilise. Historiquement, les Odawas avaient quatre subdivisions connues : les Sinagos, les Kiskakons, les Sables et les Nassauakuetons (Christian A. Feest, « Ottawa », dans Bruce G. Trigger, dir., *Handbook of North American Indians*, vol. 15, Washington, Smithsonian Institute, 1978, à la p. 772. Voir aussi Vernon Kintz, *The Indians of the Western Great Lakes*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1940 à la p. 246.

⁹⁸ Pour une histoire des Potawatomis, voir R. David Edmunds, *The Potawatomis, Keepers of the Fire*, Norman, University of Oklahoma Press, 1978.

⁹⁹ Le terme Ojibway est le terme communément utilisé pour ce peuple au Canada et Chippewa est le terme utilisé plus fréquemment aux États-Unis. Tout au long de leur histoire, les Ojibways ont eu des descriptions européennes différentes dans les diverses régions des Grands Lacs. La terminologie occidentale contemporaine utilise toujours certaines divisions aux Ojibways. Sur la rive nord des lacs Ontario et Érié, les Ojibways s'appellent les Mississaugas, sur la rive sud du lac Huron on les appelle parfois les Saugeens, tandis qu'au confluent des lacs Huron et Supérieur, près de Sault-Sainte-Marie, on les appelle souvent les Saulteux. Les Ojibways sont aussi classés selon leur emplacement géographique : les Chippewas du sud-est de la péninsule inférieure du Michigan et de l'Ontario adjacente, les Chippewas du lac Supérieur, les Chippewas du sud-ouest de l'intérieur du Minnesota, les Chippewas du nord des hautes Laurentides, au-dessus des Grands Lacs et les Chippewas des Plaines ou les Bungees. Voir Edmund Jefferson Danziger, Jr., *The Chippewa of Lake Superior*, Norman, University of Oklahoma Press, 1978.

¹⁰⁰ On retrouve aujourd'hui des peuples des Trois-Feux à d'autres endroits en Amérique du Nord. Le peuple Odawa vit au Kansas et en Oklahoma en raison des politiques de retrait du gouvernement américain des périodes antérieures. Le peuple Potawatomis vit également en Oklahoma pour la même raison, mais il existe encore certaines collectivités dans leurs territoires traditionnels du Michigan et du Wisconsin. On peut également retrouver des collectivités ojibways contemporaines autour des lacs Supérieur et Michigan et sur la rive nord des lacs Érié et Ontario.

Les Anishinabeks gèrent leurs ressources grâce à des allocations attribuées sur la base du lien de parenté¹⁰¹, conclues par des discussions et un consensus¹⁰². À certains endroits, ces allocations ont été confirmées, remplacées ou déplacées par des certificats de possession sanctionnés par le conseil de bande en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Les Odawas, Potawatomis et Ojibways possèdent des systèmes totémiques ou de clan développés pour allouer les ressources entre eux. Chaque famille est classée par un *dodem* (mât totémique), désigné en prenant un symbole de la nature, puis en descendant le long de la lignée masculine¹⁰³. Les personnes qui appartiennent au même *dodem* ne peuvent généralement pas se marier ensemble¹⁰⁴. Ce système est à la base du droit des Anishinabeks et permet l'allocation de ressources entre eux¹⁰⁵. Toutefois, ce système a récemment été influencé par la *Loi sur les Indiens*. Le *dodem* d'une personne impose des obligations réciproques entre les membres du même clan, établissant ainsi une relation horizontale avec différentes collectivités et créant des allégeances qui vont au-delà des limites du village natal. Par exemple, les personnes d'un *dodem* qui voyagent dans leur territoire des « Trois-Feux » peuvent s'attendre à des obligations matérielles et sociales envers les membres de clans qui se trouvent à des centaines de milles de leur village.

¹⁰¹ [TRADUCTION] « Chaque famille de cette tribu a une certaine région de chasse pour laquelle les membres de la famille ont des droits particuliers ou exclusifs » : B Rev. Frederick Baraga, *Chippewa Indians: As Recorded by Rev. Frederick Baraga in 1847*, New York, Studicia Slovenica, 1976, à la p. 25.

¹⁰² [TRADUCTION] « Le chef civil d'une bande n'avait aucune force coercitive. Le contrôle des affaires dépendait entièrement du prestige personnel et des demandes de l'instant. ... Les chefs civils, normalement des hommes qui héritaient de leur poste, présidaient également aux conseils de bande et représentaient leur peuple au conseil commun et au grand conseil. Tous les hommes et toutes les femmes qui avaient passé l'âge de puberté participaient aux discussions ouvertes du conseil de bande... » : Danziger, *op. cit.* note 99, à la p. 23.

¹⁰³ Il arrivait parfois que les mâts totémiques soient choisis plutôt qu'hérités si les circonstances s'y prêtaient : voir Richard White, *The Middle Ground: Indians, Empires and Republics in the Great Lakes Region, 1650-1815*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, aux pp. 16-20.

¹⁰⁴ William Warren, *History of the Ojibway Nation*, St Paul, Minnesota Historical Society, 1885; réimprimé Minneapolis, Ross & Haines, 1970, à la p. 42.

¹⁰⁵ Voir C. Callender, *Social Organization of the Central Algonkian Indians*, Milwaukee, Milwaukee Public Museum, Pub. No. 7, 1962, dans Leo Waisberg, *The Ottawa: Traders of the Upper Great Lakes, 1715-1800*, thèse, McMaster University, 1977, [non publié], aux pp. 128-131. Pour une description plus générale du système d'organisation par clans et mâts totémiques, voir Warren, précité, p. 41-53.

Les obligations totémiques aident les Anishinabek à allouer les ressources dans leurs territoires de chasse, de pêche¹⁰⁶, au sein de leurs villages¹⁰⁷ et dans leurs sites de récolte et de rassemblement¹⁰⁸. Une éthique de conservation est une partie intégrante de l' allocation des ressources en vertu du droit anishinabek¹⁰⁹. Historiquement, ce système de ressources utilisait une gérance commune avec des droits exclusifs :

¹⁰⁶ Un autre auteur a décrit la répartition des droits de pêche des Premières nations d'une façon qui s'harmonise avec les méthodes communautaires de répartition des ressources décrites ci-dessus ». Elles correspondent aux pratiques de pêche traditionnelle utilisées par les Odawas et les Ojibways. Tout en décrivant d'autres groupes qui ressemblent aux Anishinabeks en matières de pratiques sociales et culturelles, cet auteur a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] [D]ans le cas de sites de pêche extraordinairement bien pourvus – surtout les chutes intérieures importantes pendant la montaison – plusieurs villages importants peuvent se rassembler à un seul endroit pour partager les richesses. Tous ont reconnu un droit mutuel d'utiliser le site dans ce but particulier, même s'il se trouve autrement dans le territoire d'un seul village. Les droits de propriété, en d'autres mots, ont changé en raison de l'utilisation écologique.

William Cronon, *Changes in the Land: Indians, Colonists, and the Ecology of New England*, Toronto, McGraw, Hill, Ryerson, 1983, à la p. 63. Voir aussi J.H. Coyne, *Galinee's Narrative 1670-71 vol. 4*, Toronto, Ontario Historical Society, 1903, à la p. 73 pour une description de ce phénomène parmi les Outaouais et les Ojibways de Sault Ste. Marie.

¹⁰⁷ Le cadre d'allocation qui était fondé sur des utilisations écologiques particulières se retrouvait également dans la répartition de la propriété entre les sites des villages :

[TRADUCTION] Afin d'utiliser efficacement les ressources clairsemées des bois du nord, les membres des bandes Outaouais et Chippewa migraient de façon saisonnière vers des endroits où elles trouveraient des ressources adéquates. Avec le temps, ces déplacements sont devenus réguliers, un cycle annuel. Les déplacements variaient d'un endroit à l'autre, selon la flore et la faune et la quantité d'agriculture pratiquée par une bande ou un groupe, mais leur rythme de base restait le même. Dès la fin du printemps jusqu'au début de l'automne, les Outaouais et les Chippewas vivaient en groupes relativement nombreux sur les rives des Grands Lacs, où l'abondance des poissons assurait leur alimentation. ...À l'automne, ces grands rassemblements se divisaient en groupes de familles plus petits... qui migraient vers les territoires de chasse de la famille qui se trouvaient généralement à environ cinquante milles à l'intérieur, le long de la rive d'une rivière. ...Les mêmes familles semblent avoir utilisé les mêmes camps d'hiver, année après année et en avoir développé un sens de propriété.

Robert Doherty, *Disputed Waters: Native Americans and the Great Lakes Fishery*, Lexington, University Press of Kentucky, 1990, aux pp. 481-483.

¹⁰⁸ H.P Biggar, dir., *The Works of Samuel De Champlain*, Vol 3, Toronto, University of Toronto Press, 1936, aux pp. 210 et 319.

¹⁰⁹ Il faut faire attention lorsqu'on suppose que les observations des écrivains au sujet de l'utilisation des ressources par les Autochtones après le contact sont valides pour la société autochtone d'avant le contact. Il existe un débat entre les anthropologues à savoir si les allocations décrites dans les quelques pages qui suivent ont été élaborées à la suite de la traite des fourrures et n'étaient pas pratiquées avant le contact. Voir T.G. Brassler, «Group Identification Along a Moving Frontier», dans *Verhandlungen des XXXVIII Internationalen Amerikanischenkongresses*, Munich, BndII, 1971, à la p. 261. Bien qu'il n'y a aucun doute que le contact a eu de sérieuses répercussions sur les coutumes autochtones, il a généralement eu pour effet d'intensifier les utilisations pré-existantes, avant de les changer pour une longue période de temps. Voir Bruce G. Trigger, *Natives and Newcomers: Canada's Heroic Age Reconsidered*, Kingston-Montreal, McGill-Queen's Press, 1985, aux pp. 214-228. Comme Anishinabe, on m'en enseigné que les types d'allocations de ressources que je décrirai existaient bien avant le contact.

[TRADUCTION] Parmi les Outaouais et les Chippewas, la bande – un groupe de familles élargies déterminé par un emplacement local – était le centre du système d'allocation. ...[La bande] était propriétaire de produits communs grâce auxquels ses membres subsistaient... ils possédaient le droit de capturer des animaux sauvages, de récolter des fruits de la terre et de pêcher des poissons. La bande répartissait ces droits généraux parmi ses membres en assignant aux familles et aux groupes de familles des « territoires » sur lesquels ils récoltaient les produits communs. Le droit de prendre les produits les plus difficiles à trouver et les plus essentiels – les animaux pour la chasse hivernale – était assigné à de petits groupes comme un droit exclusif de capturer des animaux sauvages sur un territoire précis. Le droit aux produits plus abondants, comme le sucre d'érable et les poissons par exemple, était assigné à des groupes plus nombreux, sur une base moins exclusive... Les territoires de chasse des familles se sont développés à cause de ressources limitées. Ils avaient pour objet d'accroître l'efficacité et réduire la concurrence pour obtenir la nourriture¹¹⁰.

Ces mesures d'allocation ont aidé à réduire le nombre de conflits et à assurer l'existence d'un approvisionnement relativement égal en nourriture pour tous les membres de la collectivité. Ces pratiques étaient facilitées par des procédures de conservation qui laissaient les territoires de chasse en « jachère » d'une année à l'autre. Sur certains territoires, on pratiquait la chasse tous les trois ans, tandis que sur d'autres, tous les deux ans¹¹¹. D'autres pratiques de conservation visaient à laisser un certain nombre d'animaux dans une région afin de la repeupler¹¹². Ces précédents historiques sont pertinents aujourd'hui pour les Anishinabeks.

Le peuple anishinabek possède des principes juridiques qui guident leurs relations avec les autres êtres vivants selon un mode de conservation. Les pierres (la terre) sont animées ou vivantes dans les langues algonquiennes centrées sur le verbe, telles que l'anishnabemowin. Leur nature active signifie que les pierres ont leur propre dessein qui doit être respecté lorsque les Anishinabeks les utilisent. Il ne serait pas approprié d'utiliser des pierres sans leur

¹¹⁰ Robert Doherty, *Disputed Waters: Native Americans and the Great Lakes Fishery*, Lexington, University Press of Kentucky, 1990, aux pp. 15-16.

¹¹¹ Baron De Lahontan & Reuben Thwaites, dir., *New Voyages to North America*, vol. 1, Chicago, McClurg, 1905, aux pp. 210 et 319.

¹¹² Doherty, *op. cit.* note 110, aux pp. 11-12.

permission parce que l'activité opprimerait leur liberté¹¹³. L'utilisation des pierres sans leur consentement serait semblable à l'utilisation d'autres personnes sans leur acquiescement. Leur asservissement pourrait mener à de grandes calamités pour la terre et son peuple. Donc, pour s'assurer que les pierres et la terre sont utilisées adéquatement, il faut procéder à des cérémonies particulières ou obtenir des permissions juridiques.

La cérémonie de la pipe est un processus de simili-certification particulièrement important qui précède l'utilisation adéquate de la terre. Lorsque la pipe sacrée est fumée en présence des leaders appropriés, la personnalité légale de la terre est reconnue. Lorsque la fumée monte vers le Créateur, on dit également des prières de remerciement pour les pierres, les plantes, les animaux et les autres humains. La pipe représente les différents ordres de la terre : [TRADUCTION] « la pipe se composait de terre, dont la substance élémentaire était la pierre; le tabac, fait de plantes, était la victime du sacrifice; la pipe sacrée faite de pierre était décorée de plumes et de fourrure, qui symbolisaient l'animal; et l'homme était le célébrant »¹¹⁴.

En vertu des traditions juridiques des Anishinabeks, les pierres (la terre) ne pouvaient appartenir à personne ni même être allouées si cette appartenance donnait lieu au contrôle de la terre sans son consentement. L'utilisation de la pipe était un symbole de paix entre les peuples et la terre et entre les peuples qui s'établissaient sur le territoire. La terre était utilisée à son mieux en célébrant ses contributions et en consultant son Créateur. Lorsque des traités ont été signés, le peuple anishinabek y a souvent inclus compris des personnes non autochtones. L'Aîné anishinabek Basil Johnston a observé que les pierres sont la substance élémentaire de la vie et qu'elles doivent être sans cesse reconnues pour leur rôle qu'elles jouent dans le soutien

¹¹³ Un principe semblable s'applique aux animaux : Ojinee. Il ne faut pas leur manquer de respect ou les prendre sans leur permission.

¹¹⁴ Basil Johnston, *Ojibway Heritage*, Toronto, McClelland & Stewart, 1976, aux pp. 24-25.

d'autres ordres de vie¹¹⁵. Tandis que les plantes, les animaux et les humains ont tous une fin, la terre continue de vivre. Il est contraire aux interprétations du droit anishinabek de proclamer posséder la terre, qui est appelée une mère en raison qu'elle donne la vie. Comme l'écrivait M. Johnston :

[TRADUCTION] Aucun homme ne peut appartenir sa mère. Ce principe s'étend même dans le futur. Les personnes non encore nées ont droit aux largesses de la terre, pas moins que les personnes vivantes. Pendant sa vie, un homme est simplement fiduciaire de sa portion de territoire et il doit transmettre à ses enfants ce dont il a hérité de sa mère. À sa mort, le mourant laisse derrière lui la place qu'il a occupée, ne prenant rien d'autre avec lui qu'un souvenir et une place pour les autres à venir¹¹⁶.

Donc, pour beaucoup d'Anishinabeks, la « propriété » voulait dire autre chose lorsqu'on la compare aux traditions juridiques canadiennes. Lorsqu'on explique les limites qui concernent l'utilisation de la terre par les Anishinabeks, l'analogie d'un fiduciaire est quelque peu utile pour comprendre le droit anishinabek. Une fiducie, dans la common law, est un droit détenu par une personne (le fiduciaire) pour le bénéfice d'une autre personne (le bénéficiaire). En vertu du droit anishinabek, la terre appartient à la génération actuelle pour le bénéfice des générations futures. La terre n'appartient pas à une personne ou à un peuple dans le sens qu'ils ont entière discrétion et contrôle total; la terre appartient provisoirement pour la subsistance présente et pour la subsistance des personnes non encore nées.

Cependant, l'analogie au droit de fiducie peuvent, lorsqu'on la pousse trop loin, engendrer une confusion dans la compréhension des traditions juridiques des Anishinabeks. En vertu du droit anishinabek, tandis que la terre dépend à certains égards des autres ordres de vie pour sa santé et sa vitalité, les plantes, les animaux et les humains dépendent beaucoup plus de la terre. Dans ce sens, la terre pourrait être considérée comme la fiduciaire pour les bénéficiaires (les plantes, les animaux et les humains). Cette analogie est peut-être poussée du point de vue

¹¹⁵ *Ibid.*, à la p. 25.

¹¹⁶ *Ibid.*

de la common law, en raison de la personnalité juridique que la terre possède en vertu du droit anishinabek. Mais peu importe le principe de la common law, les traditions juridiques des Anishinabeks reconnaissent l'interdépendance entre les pierres et les humains en raison de leur concours mutuel.

Le concept d'obligations réciproques entre les pierres et les humains constitue une partie importante du droit anishinabek. Les personnes sont les bénéficiaires des soins de la terre et, en vertu du droit anishinabek, cela crée des devoirs pour les bénéficiaires ainsi que pour la terre (qui est soi-disant fiduciaire)¹¹⁷. Les humains et d'autres ont des droits relativement à la terre dans leur jurisprudence et ils ont également des devoirs. Les devoirs ou obligations jouent un rôle central dans les relations en vertu du droit anishinabek. Cela est illustré par les formes linguistiques officielles. Par exemple, historiquement, lorsque les Anishinabeks se rencontraient, ils se demandaient d'abord : « *Weanaesh k'dodem?* » (quel est ton mât totémique?)¹¹⁸. Lorsque le clan et la famille avaient été déterminés, ils se demandaient ensuite : « *Ahniish aen-anookeeyin* » (que fais-tu comme travail?). Ces deux questions sont liées à la responsabilité de la personne dans la collectivité. Le *dodem* d'une personne présente plus que sa lignée : les obligations sont rattachées aux affiliations de son clan. Tout comme le *dodem*, le *anookeewin* d'une personne dénote également les concepts de devoirs et de droit (*daebinaewiziwin*). Les Anishinabeks ont des obligations (*daebizitawaugaewin*) envers leur famille et leur collectivité : les supporter, les aider à prospérer et à exercer leur droit de vivre et de travailler¹¹⁹. Dans un contexte juridique anishinabek, les droits et les responsabilités sont entrelacés¹²⁰. Certains

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*, à la p. 59.

¹¹⁹ Basil Johnston (correspondance).

¹²⁰ Michael Coyle, «Traditional Indian Justice in Ontario: A Role for the Present?» 91986) 24 *Osgoode Hall Law Journal* aux pp. 605-633.

théoriciens de la common law reconnaissent le même point dans leur système¹²¹. W.N. Hohfeld a observé que : [TRADUCTION] « [Un] devoir est la réciproque invariable de la relation juridique que l'on connaît sous le nom de droit ou revendication »¹²². [TRADUCTION] « Un devoir ou une obligation légale est quelque chose que l'on doit faire ou ne pas faire. "Devoir" et "droit" sont des termes réciproques. Lorsqu'un droit est envahi, un devoir est violé »¹²³. Il en est ainsi en droit anishinabek. Lorsqu'il existe un droit, on peut généralement trouver une obligation réciproque, fondée sur les relations de l'homme avec les autres ordres du monde.

Les Anishinabeks ont des traditions juridiques solides qui transmettent leurs devoirs à l'égard du monde. Il s'agit de concepts du style gérance (*bimeekumaugaewin*) qui sont valides pour leur utilisation de la terre, des plantes et d'autres. Les principes de reconnaissance, de réalisation, de responsabilité et d'approbation sont intégrés dans le récit épique de la création anishinabek et ses histoires connexes. Les traditions juridiques des Ojibways qui concernent la *bimeekumaugaewin* portent sur la façon dont le monde a été créé et comment les êtres en sont venus à vivre sur la terre¹²⁴. Elles racontent comment ils dépendaient de la terre, des plantes et

¹²¹ Jennifer Nedelsky, «Reconceiving Rights as Relationship» (1993) 1 *Review of Constitutional Studies* aux pp. 1-26; Joseph Singer, «The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld» (1982) *Wisconsin Law Review* 975.

¹²² Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, Walter Wheeler Cook dir., New Haven et Londres, Yale University Press, 1919, aux pp. 35-64.

¹²³ *Lake Shore & M. S. R. v. Kurtz* (1894) 10 Ind. App., 60; 37 N.E., 303, 304, cité dans Singer précité en note 121.

¹²⁴ On retrouve une excellente interprétation de l'histoire de la création des Anishinabeks dans «Creation Story», en ligne : <<http://www.ancestraltrails.org/ojibwe.html>>

[TRADUCTION] «Lorsque la terre était nouvelle, elle avait une famille. La lune, ou la grand-mère, et le soleil, appelé grand-père. Le Créateur de tout cela a dit que la Terre était une femme – Terre mère – parce que toutes les choses vivantes venaient d'elle. L'eau (les océans, les lacs, les rivières et les ruisseaux) est sa vitalité qui la nourrit et qui la purifie. Le Créateur a donné quatre directions à Terre mère : l'est, le sud, l'ouest et le nord, chacune avec des pouvoirs physiques et spirituels.

Lorsque Terre mère était nouvelle, le Créateur l'a remplie de beauté. Il a envoyé des chanteurs sous forme d'oiseaux qui transportent aussi les graines de la vie dans toutes les directions. Il a envoyé des nageurs dans l'eau. Il a placé des plantes, des arbres, des insectes, des rampeurs et des quadrupèdes sur la terre. Et tout le monde vivait en harmonie..

Le Créateur, ou Kitchi-Manitou comme l'appellent les Ojibways, a ensuite soufflé dans les quatre parties de Terre mère grâce à la coquille Megis sacrée. De l'union de ces quatre éléments sacrés

et de son souffle sont nés les bipèdes ou les hommes. Donc l'homme a été la dernière forme de vie mise sur terre. De cet homme original sont nés les Anishinabes – ou Les personnes.

Il est venu un temps où la vie harmonieuse n'a pas continué. Les hommes et les femmes ne se respectaient pas, les familles et querellaient et bientôt les disputes se sont étendus aux villages. Cela a grandement attristé Kitchi-Manitou, mais il a attendu. Finalement, lorsqu'il semblait ne plus y avoir d'espoir, le Créateur a décidé de purifier Terre mère avec de l'eau. L'eau est venue inonder la Terre en surprenant toutes les créations. Seuls quelques représentants de chaque chose vivante ont survécu. Comment la vie pouvait-elle renaître?

Nanabush, ou l'esprit des premiers êtres, s'est retrouvé à flotter sur un tronc, dans l'eau qui recouvrait la Terre mère. Tandis qu'il flottait, certains des autres animaux toujours en vie venaient se reposer contre le tronc. Ils prenaient tous leur tour et grâce à ce partage, ils se sont sauvés et ont sauvé les autres. Après avoir flotté pendant longtemps sans voir la terre, Nanabush a finalement dit «Je vais nager jusqu'au fond de cette eau et prendre une poignée de terre. Avec cela et l'aide du Créateur, je crois que nous pourrons créer une nouvelle terre». Il a plongé pour un long moment. Finalement, il a refait surface et il était tellement essoufflé qu'il ne pouvait pas parler. Puis, il a dit «C'est trop profond, je ne peux pas nager assez vite pour atteindre le fond».

Personne sur le tronc ne parlait. Finalement, un huard qui nageait à côté du tronc a parlé, « Je peux plonger profondément pour trouver ma nourriture. Je vais plonger jusqu'au fond et rapporter de la terre dans mon bec ». Le huard a plongé et a été parti pendant longtemps. Juste au moment où les autres pensaient qu'il s'était noyé, le huard a refait surface, très faible et le souffle coupé. « Je n'y suis pas arrivé. Il ne semble pas y avoir de fond. »

Le grèbe s'est alors avancé et a offert d'essayer. Le grèbe a été parti longtemps lui aussi et comme tous étaient sur le point d'abandonner tout espoir, il l'ont vu flotter à la surface. Il était inconscient, mais vivant. Lorsqu'il s'est réveillé, il a dit « Je suis vraiment désolé mes frères et sœurs, mais moi non plus je n'ai pas pu me rendre au fond ».

Beaucoup d'autres animaux se sont offerts pour accomplir la tâche, importante pour la survie de tous. Le vison a essayé, mais n'a pas pu se rendre; l'otarie a essayé, mais a échoué. Même la tortue a essayé sans se rendre. Quand tout comme semblait sans espoir, une petite voix a parlé. « Je vais essayer » a-t-elle dit. Lorsque tous se sont retournés pour voir, le rat musqué s'est avancé. « Je vais essayer » dit-il encore. Certains ont ri de lui, mais Nanabush a dit « Attention, ce n'est pas à nous de juger les autres. Cela appartient au Créateur et si le petit rat musqué veut essayer, je crois que nous devrions le laisser faire ».

Sur ce, le rat musqué a plongé et a disparu. Nanabush et les autres étaient certains que le rat musqué avait donné sa vie pour atteindre le fond. Le rat musqué s'est rendu jusqu'au fond. Il a attrapé de la terre dans sa patte et, avec ses derniers efforts, s'est propulsé jusqu'à la surface. Un des animaux sur le tronc a vu le rat musqué qui flottait à la surface et tous l'ont tiré sur le tronc. Nanabush l'a examiné et a dit, « Il semble que notre frère a manqué d'air trop longtemps. Il est mort ». Une chanson de deuil et d'éloges a commencé à flotter au-dessus de l'eau. Puis, Nanabush a dit, « Regardez! Le rat musqué a quelque chose dans sa patte ». Soigneusement, ils ont ouvert sa patte et ils y ont découvert un morceau de terre. Tout le monde était heureux. Le rat musqué avait donné sa vie pour que les autres puissent reprendre la leur.

Nanabush a pris le morceau de terre de la patte du rat musqué au même moment qu'arrivait la tortue. « Utilise mon dos pour supporter le poids de ce morceau de terre. Avec l'aide du Créateur, nous pouvons construire une nouvelle terre » a-t-elle dit. Lorsque la terre a été placée sur le dos de la tortue, le vent a commencé à souffler depuis les quatre directions. Le tout petit morceau de terre a commencé à croître. Il a grandi et grandi jusqu'à devenir une île. La tortue soutenait toujours le poids sur son dos. Nanabush a commencé à chanter et tous les animaux ont commencé à danser en cercle. Finalement, le vent est tombé, l'eau était calme et une immense île se tenait au milieu de la grande eau.

Voir aussi Basil Johnston, *Ojibway Heritage*, Toronto, McClelland & Stewart, 1996, aux pp. 11-17. Je me réfère beaucoup au travail de Basil Johnston dans les sources qui suivent parce que son travail de recherche est très bien respecté dans de nombreuses collectivités ojibways et il a grandi et habite dans ma réserve. Pour une autre version importante de la création anishinabek, voir Edward Benton-Banai, *The Mishomis Book: The Voice of the Ojibway*, Hayward, Indian Country Communications, 1988.

des animaux pour subvenir à leurs besoins et pour leur survie lorsqu'ils sont arrivés¹²⁵. La reconnaissance du Créateur par les Ojibways (*gaamiinigooyang*) et une appréciation de leur confiance en leur relation avec le monde sont le premier principe de la *bimeekumaugaewin* dans la société des Ojibways¹²⁶. À mesure que ces traditions évoluent, le deuxième principe de la *bimeekumaugaewin* ressort : comment accomplir (*gikinoo'amaadiwin*) la vision du Créateur pour mettre la vie en mouvement¹²⁷. Les récits expriment la façon dont les plantes, les animaux

¹²⁵ [TRADUCTION] « À partir de rien, Kitchi-Manitou a fabriqué les pierres, l'eau, le feu et le vent. Dans chacun il a donné le souffle de vie. À chacun il a accordé avec son souffle une essence différente et la nature. chaque substance avait son propre pouvoir qui est devenu son âme-esprit. À partir de ces quatre substances, Kitchi-Manitou a créé le monde physique du soleil, des étoiles, de la lune et de la terre. Puis Kitchi-Manitou a créé les plantes. Il y en avait quatre sortes : les fleurs, l'herbe, les arbres et les légumes. À chacune, il a donné l'esprit de la vie, de la croissance, de la guérison et de la beauté. Il a placé chacune d'elles où elle serait le plus bénéfique et prêterait à la terre la plus grande beauté, la plus grande harmonie et le plus grand ordre. Après les plantes, Kitchi-Manitou a créé les animaux en leur donnant tous des pouvoirs et des natures spéciaux. Il y avait des bipèdes, des quadrupèdes, des ailés et des nageurs. En dernier lieu, il a créé l'homme. Même s'il est dernier dans l'ordre de la création, dernier dans l'ordre de dépendance et le plus faible en matière de pouvoirs corporels, l'homme possède le plus grand cadeau – le pouvoir de rêver. Kitchi-Manitou a ensuite créé les Grandes lois de la Nature pour le bien-être et l'harmonie de toutes les choses et de toutes les créatures. Les Grandes lois régissaient l'emplacement et le mouvement du soleil, de la lune, de la terre et des étoiles; régissaient les pouvoirs du vent, de l'eau, du feu et des pierres; régissaient le rythme et la continuité de la vie, de la naissance, de la croissance et du déclin. Toutes les choses vivaient et fonctionnaient selon ces lois. » Basil Johnston, *Ibid.*, p. 13-14.

¹²⁶ Pour les Anishinabeks, parler de responsabilité détachée des notions de l'entité à qui les devoirs sont dus (reconnaissance), comment il faut s'en acquitter (réalisations) et les conséquences qui découlent de cet exercice (approbation), revient à parler d'un concept vide, presque sans signification. La responsabilité a un contexte en raison de sa relation avec des principes plus importants de gérance. Elle tire sa signification du fait que le Créateur, la terre, les plantes, les animaux et d'autres êtres sont ceux vers lesquels la responsabilité est orientée. La responsabilité reçoit donc son sens de la connaissance qu'une personne a à savoir comment se préparer à exercer et à mettre en pratique cette responsabilité. La gérance n'est efficace que lorsque les personnes reconnaissent que des conséquences particulières découlent de la façon dont les devoirs sont reconnus et accomplis. Une partie de la *reconnaissance* nécessaire pour que les Anishinabek exercent une gérance contemporaine est d'admettre que les personnes qui sont venues d'autres parties du monde à l'origine font maintenant partie de notre réseau d'associations. Tout comme les Anishinabeks ont autrefois reconnu une gérance envers le Créateur, la terre, les plantes, les animaux et les autres êtres à une époque précédant leur arrivée, ils doivent reconnaître que les personnes non autochtones font partie de leur toile de vie actuelle. Ainsi, il existe quatre considérations importantes qui devraient faire partie d'une discussion sur la gérance et la responsabilité.

¹²⁷ Pour une discussion sur ces récits qui décrivent les responsabilités de gérance de ces personnes et les cérémonies qui y sont associées, voir en général Basil Johnston, *Ojibway Ceremonies*, Toronto, McClelland & Stewart, 1980. Anciennement, les Autochtones apprenaient comment *accomplir* leur gérance par des instructions et la pratique. L'apprentissage était aidé par la participation à des cérémonies qui enseignaient aux personnes comment mieux faire pour *reconnaître* « toutes leurs relations ». Cette période de préparation était essentielle à la compréhension des lois et des coutumes sur lesquelles la gérance s'appuyait. Lorsqu'un étudiant avait des connaissances de base solides de ce qu'exigeaient ses responsabilités, il recevait une responsabilité particulière au sein de la collectivité. Il apprenait quelles étaient les tâches particulières nécessaires pour *accomplir* chaque projet qu'il entreprenait, conformément aux valeurs apprises plus tôt. On s'attendait à ce qu'il vive conformément à sa préparation à mettre en pratique ces enseignements. Grâce à une telle préparation, les peuples des Premières nations ont appris que la gérance *s'accomplissait* en respectant des principes tels que la loyauté, la bravoure, le courage, la générosité et l'amour envers les autres êtres qui font partie de leur monde. Actuellement, une grande partie de la réponse du gouvernement pour instaurer la reddition des comptes chez les Premières nations prend la

et les humains devraient interagir et se respecter les uns les autres¹²⁸. Ils contiennent des leçons importantes au sujet de la préparation nécessaire pour vivre une bonne vie. Ils parlent des principes à suivre pour que tous les ordres de la Création puissent vivre ensemble dans la paix et l'amitié. La tradition explore ensuite le troisième principe de la *bimeekumaugaewin* : la responsabilité (*gwayakochigewin*). Comme pour la pipe, on organise souvent des cérémonies où l'on relate ces récits pour communiquer avec le Créateur et pour reconnaître devant les autres comment les devoirs et les responsabilités d'une personne sont assumés¹²⁹. La danse, les festins et les chansons accompagnent parfois ces rituels pour ratifier les relations légales. Enfin, la tradition traite des conséquences de vivre de manière conforme ou non-conforme à ces principes¹³⁰. Les récits au sujet de Mandamin¹³¹, Gowkopshee¹³², Animoosh¹³³, Pauguk¹³⁴, Pitchee¹³⁵, Nanabush¹³⁶ et d'une centaine d'autres personnages communiquent la notion que chaque être fera face aux conséquences de ses actions¹³⁷. L'idée d'approbation reçue pour la bonne exécution des devoirs ou de désapprobation (*tubuhmahgawin*) qui découle de

forme de mesures législatives visant à codifier des règles techniques de comportement. On ne parle aucunement de la préparation conformément aux anciennes cérémonies et aux anciens enseignements. Aucune discussion ne reconnaît la source de la gérance des Premières nations ni les moyens par lesquels cette gérance devrait être accomplie. Les récits et les mots qui incorporent les principes autochtones de fidélité, de valeur, de générosité, de fermeté, d'affection et de constance envers le Créateur sont absents.

¹²⁸ *Ibid.*, aux pp. 21-58 et 119-133.

¹²⁹ *Ibid.*, aux pp. 80-93 et 134-148.

¹³⁰ *Ibid.*, aux pp. 94-118.

¹³¹ Verna Petronella Johnston, *Tales of Nokomis*, Toronto, Stoddart, 1975, à la p. 25.

¹³² Edward Higgins, *Nookomis O Dibajamonwin, Grandmother Tell Me A Story*, Cobalt, Highway Book Shop, 1986, aux pp. 7-10.

¹³³ Basil Johnston, «Animoosh w'gauh izhitchigaet», dans *Star Man and Other Tales*, Toronto, Musée royal de l'Ontario, 1997, aux pp. 44-51.

¹³⁴ Basil Johnston, *The Manitou: The Spiritual World of the Ojibway*, Toronto, Key Porter, 1995, aux pp. 195-220.

¹³⁵ Basil Johnston, *Ojibway Heritage*, Toronto, McClelland & Stewart, 1996 à la p. 61.

¹³⁶ Voir, en général, George Laidlaw, «Ojibway Myths and Tales», dans *Twenty-Seventh Annual Archeological Report 86*, Ontario, Ministère de l'Éducation, 1915.

¹³⁷ Emerson Coatsworth et David Coatsworth, raconté par Sam Snake, Chef Elijah Yellowhead, Alder York, David Simcoe et Annie King, *Adventures of Nanabush: Ojibway Indian Stories*, Toronto, Doubleday Canada Limited, 1979.

l'omission d'assumer une responsabilité, complètent le cercle ojibway de la *bimeekumaugaewin*. Il s'agit là des mécanismes de mise en application du droit anishinabek.

Un intéressant récit anishinabek enseigne le principe de *bimeekumaugaewin* dans le contexte de l'approbation. Comme le récit épique ojibway de la Création dont on parle plus tôt tire à sa fin, un personnage du nom de Odaemin est présenté dans le récit¹³⁸. Après que la femme du ciel est repartie vers son propre royaume, le monde est hanté par la maladie et Odaemin est parmi les personnes emportées par cette catastrophe. Comme il a quitté ce monde, il a voyagé pendant quatre jours le long de la voie des âmes vers la terre des morts. Il a atteint un grand gouffre qui séparait deux sphères, il a supplié pour son peuple et on lui a montré le chemin à suivre pour éliminer l'espace entre le monde des vivants et le monde des morts. En faisant face à d'énormes difficultés, il a mis un arbre tombé en travers de l'abîme qui divisait les deux mondes. On dit que son geste a bénéficié à tous les peuples anishinabeks parce qu'il leur a permis de continuer leur voyage lorsqu'ils quittaient cette vie.

En reconnaissance de ses gestes altruistes, et pour le remercier, Odaemin est revenu à la vie. On lui a alors donné la responsabilité supplémentaire d'enseigner aux gens ce qu'ils doivent faire pour vivre une bonne vie et pour trouver le passage sécuritaire vers l'autre monde. On lui a également dit qu'un grand professeur viendrait pour lui donner des renseignements supplémentaires qui complèteraient son message. Odaemin est honoré pour ces gestes en identifiant sa vie à celle d'une fraise sauvage. Ces petites baies rouges ont la forme d'un cœur et on en trouve en abondance dans les endroits rocheux qui entourent les Grands Lacs. On les appelle Odaemin (mûre en cœur) comme symbole de l'*approbation* de ses réalisations¹³⁹.

¹³⁸ Johnston, *op. cit.* note 135, à la p. 17.

¹³⁹ Pour plus amples renseignements sur le symbolisme et le rôle d'Odaemin, voir Benton-Banai, *op. cit.* note 124, à la p. 57.

Chaque fois qu'une personne aperçoit ce fruit, le nom lui rappelle les gestes d'Odaemin et de la préparation qu'elle doit faire pour son propre voyage à venir vers le monde des morts. Les Anishinabeks codent souvent les principes juridiques de la terre en identifiant une chose vivante avec un droit ou une responsabilité en particulier. De cette façon, ils enseignent les principes importants d'approbation qui pourraient s'appliquer à la *bimeekumaugaewin* d'aujourd'hui. Comme Odaemin, si une personne vit selon des principes qui respectent et permettent cette gérance, tels que la loyauté, la patience et la bravoure, elle est en droit de recevoir l'approbation de sa collectivité. Dans le droit anishinabek, les mesures juridiques ne sont pas généralement punitives. Toutefois, on peut trouver des exemples où des mesures draconiennes ont été prises contre certaines personnes pour préserver la sécurité de la collectivité.

Une affaire de la rivière des Français, en Ontario, au cours de laquelle un homme a été mis à mort conformément au droit Anishinabek, illustre cette approche. Cette personne s'appelait Mayamaking; l'affaire a été consignée par William Jarvis, surintendant des affaires indiennes, en 1838. L'affaire s'est déroulée comme suit :

[TRADUCTION] Il est arrivé parmi nous au tout début de l'hiver dernier, après avoir marché dans la pire des températures pendant six jours, sans même allumer un feu ou manger quelque nourriture que ce soit.

Pendant la plus grande partie de cet hiver, il a été assez tranquille, mais au fur et à mesure que la saison des sucres approchait, il est devenu turbulent et agité. Il est allé s'installer dans une hutte et y est resté pendant dix jours, où on l'a souvent vu manger un cerf entier en deux repas. Après, il est parti pour une autre hutte QUAND un grand changement est devenu apparent chez cette personne. Sa forme semblait s'être dilatée et son visage avait la couleur de la mort. Dans cette autre hutte, il a d'abord présenté des signes les plus décisifs de folie et nous avons tous pensé qu'il était devenu un Windigo (géant). Il ne dormait pas et marchait sans cesse autour de la hutte en disant "Je vais faire un beau festin". Bientôt cela (causa) une grande crainte dans cette hutte, tant chez les Aînés que chez les jeunes. Il s'est ensuite ouvert les veines au niveau du poignet, avec ses dents, et a bu de son sang. La nuit suivante a été identique, il est sorti du chalet et sans hache a brisé de nombreux arbrisseaux d'environ 9 pouces de circonférence. [II] n'a pas dormi, mais a travaillé toute cette nuit, puis le matin, il a rentré les perches qu'il avait cassés et après deux VOYAGES avait rempli une grande cabane à sucre. Il continuait de boire son sang. Les Indiens se sont ensuite alarmés et nous sommes tous partis pour rejoindre nos amis. La neige était épaisse et molle et nous nous y

enfoncez, même avec nos raquettes, mais lui, sans chaussures ou même chaussettes, laissait à peine la marque de ses orteils sur la surface de la neige. Il était complètement nu et déchirait tous les vêtements qu'on lui avait donnés dès qu'on l'en vêtait. Il continuait toujours de boire du sang et refusait de manger toute nourriture sauf de la glace et de la neige. Nous avons ensuite formé un conseil pour déterminer comment agir puisque nous avons peur qu'il mange nos enfants.

Nous avons décidé à l'unanimité qu'il devait mourir. Son ami le plus intime (proche) entreprit de le tuer à la carabine parce qu'il ne voulait pas que personne d'autre le fasse.

Après sa mort, nous avons brûlé tout son corps sauf la poitrine, que nous avons examinée. Nous avons découvert qu'elle contenait une immense quantité de glace qui remplissait entièrement la cavité.

L'HOMME, qui a exécuté la décision du conseil, s'est donné au père de celui qui n'est plus : pour chasser pour lui, pour planter et pour vaquer à tous les devoirs d'un fils. Nous avons également tous faits des cadeaux au vieil homme et il est maintenant parfaitement satisfait.

Ce geste n'a pas été porté sous l'influence du whiskey. Il n'y en avait pas là-bas; il s'agissait d'un geste délibéré de cette tribu en conseil¹⁴⁰.

Cette affaire est un exemple intéressant du droit anishinabek. La collectivité s'est chargée de la question conformément à ses propres traditions juridiques. La collectivité n'avait aucune autre ressource de protection qu'elle-même, sa famille élargie et ses amis. Elle a utilisé son droit pour composer avec un problème pressant. L'avènement des difficultés que présentait cet homme a d'abord été lent et graduel et s'est amplifié au cours de presque tout l'hiver. La collectivité a tenté de l'aider. Sa santé et son état mental semblent avoir empiré au fil du temps, jusqu'au moment où il a commencé à proférer des menaces. Le groupe n'a pas pris de mesures immédiatement, mais a semblé attendre deux ou trois semaines, malgré la menace envers la collectivité et les dommages que l'homme s'infligeait. Quand il est devenu évident qu'il n'allait pas mieux et que ses menaces étaient maintenant une question de vie ou de mort, tous les membres de la collectivité se sont réunis en conseil plutôt que laisser l'un ou l'autre prendre seul des mesures. Il s'agit là d'un principe juridique anishinabek important. La méthode de

¹⁴⁰ Jarvis Papers, Metro Toronto Reference Library. Collection n° S-125, Volume B57. Monsieur Jarvis était surintendant des affaires indiennes dans les années 1840.

porter jugement a été collective et non pas individuelle. La collectivité s'est fiée au point de vue des uns et des autres. Tous croyaient fermement que la méthode de décision était très importante puisque tous s'étaient déplacés dans beaucoup de neige pour se rassembler.

Lorsque le groupe eut finalement délibéré, les principes juridiques qui ont mené à la condamnation de l'homme sont dignes de mention. La question ne portait pas sur la rétribution ou la colère, mais plutôt sur la défense et la compassion (un autre principe juridique relatif à l'intention) : on confia au meilleur ami de l'homme le devoir d'exécuter la tâche. La mesure comporte également des aspects réparateurs. Le père de l'homme a reçu des cadeaux de la collectivité et l'homme qui a tué son fils a assumé son rôle, ce qui fait aussi état de réparation. Même l'homme qui a perdu son fils semble être satisfait de la décision du conseil. Cet exemple illustre en quoi le droit anishinabek peut être très différent du droit non autochtone. Imaginons à quoi ressembleraient nos systèmes juridiques si les juges ou les avocats devaient prendre la place des personnes qu'ils ont poursuivies ou envoyées en prison.

Il est important de se concentrer sur le processus et les principes qui ont guidé les gestes, plutôt que sur le résultat en particulier. Certaines personnes pourraient considérer cette affaire comme un exemple de pratiques *ad hoc* et non civilisées. Cependant, toute une littérature fait foi de ce type de geste posé sur de longues périodes et dans des régions différentes où habitaient les Anishinabek (aussi appelés Ojibways ou Chippewas). De plus, la maladie psychologique (dont l'homme souffrait sans doute) serait traitée aujourd'hui bien différemment. Les Anishinabek, comme d'autres peuples ailleurs dans le monde, ont élaboré une compréhension beaucoup plus raffinée des troubles mentaux. Ils *ne tuaient pas* l'homme. Cependant, les principes sous-jacents de ce récit restent, même si le processus ne mènerait pas au même résultat aujourd'hui. Les personnes pourraient toujours :

1. attendre, observer et recueillir des renseignements;

2. tenir conseil avec leurs amis lorsqu'il est évident que quelque chose ne va pas;
3. aider la personne qui est menaçante ou qui cause des dommages immédiats
4. retirer la personne de façon à ce qu'elle ne nuise pas aux autres, si elle ne réagit pas à l'aide fournie et devient une menace imminente pour les personnes de la collectivité (mais, pour souligner de nouveau, cela ne comprendrait pas la peine de mort);
5. aider ceux qui se fient sur cette personne en redonnant ce qui leur a peut-être été enlevé à la suite du traitement;
6. faire en sorte que la collectivité et chaque membre participent à la réparation.

Ces principes juridiques présentent des éléments importants de l'affaire et ils montrent ce qu'on peut apprendre en étudiant le passé. Les Anishinabeks trouveraient sûrement des traits communs avec bon nombre de ces approches dans leur vie contemporaine. Comme la Cour suprême du Canada l'a écrit dans l'arrêt *Rodriguez*, lorsqu'il s'agit de déterminer les principes de la justice fondamentale :

La façon de résoudre ces difficultés, ce n'est pas d'éviter l'analyse historique, mais plutôt de s'assurer qu'on ne considère pas seulement l'existence de la pratique elle-même [...], mais aussi la raison d'être de cette pratique et les principes qui la sous-tendent¹⁴¹.

Pour les Anishinabeks, les *windigos* ont plusieurs formes aujourd'hui. Il existe d'autres formes dangereuses de consommation cannibale qui détruisent les terres et les personnes. Les principes qui sous-tendent à la pratique dans l'affaire Mayakiming sont importants lorsqu'il s'agit de composer avec ces problèmes.

D. Les traditions juridiques des Cris

Le peuple des Cris s'étale largement dans la forêt boréale et les prairies. Son territoire s'étend de la Baie James aux Montagnes rocheuses et les différences écologiques de ces endroits

¹⁴¹ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 54.

influencent ses lois¹⁴². Les Cris sont répartis anthropologiquement en deux groupes que l'on connaît sous les noms de Cris-des-Plaines et Cris des bois ou Moskégons. Tout comme les Anishinabeks et les Mi'kmaq, les Cris parlent la l'Algonquin et maintenant l'anglais. La langue crie sert à coder beaucoup des principes juridiques et joue un rôle central dans la compréhension de leurs perspectives juridiques¹⁴³. Les Cris ont des gardiens de la loi qu'on nomme *Onisinweuk*. Le droit crie comporte de nombreux principes fondamentaux exprimés par les mots suivants : *wahkohtowin*, *miyo-wicehtowin*, *pastahowin*, *ohcinewin*, *kwayaskitotamowin*¹⁴⁴. Tandis que ces termes ne sont pas des expressions exclusives du droit des Cris et qu'ils ne sont pas non plus présentés en ordre de priorité, leur compréhension offre un aperçu des traditions crie.

La *Wahkohtowin* est considérée comme la loi déterminante qui régit toutes les relations¹⁴⁵. On dit que cette loi provient du Créateur qui a mis la vie sur la terre. Les humains s'insèrent dans la création et sont organisés en familles. Puisque les humains existent au sein de la loi naturelle déterminante, on leur conseille d'observer les autres êtres vivants qui les guideront dans la pratique de cette loi. Une série de récits décrivent ce que les personnes ont appris en observant

¹⁴² Fikret Berkes, *Sacred Ecology: Traditional Ecological Knowledge and Resource Managements*, Philadelphia, Taylor & Francis, 1999.

¹⁴³ Harold Cardinal et Walter Hildebrandt, *Treaty Elders of Saskatchewan: Our Dream is That Our Peoples Will One Day Be Clearly Recognized as Nations*, Calgary, University of Calgary Press, 2000.

¹⁴⁴ Ces mots ont les significations suivantes :

- Wahkohtowin – lois qui régissent toutes les relations.
- Miyo-wicehtowin – avoir ou posséder des relations justes comme dans la façon dont les Cris mèneront leur vie, individuellement ou collectivement.
- Pastahowin – une transgression de la loi spirituelle ou naturelle, un péché, la pratique d'une mauvaise médecine ou des actes répréhensibles auxquels répondra le Créateur.
- Ohcinewin – fait partie du concept de pastahowin, souffrir en réparation pour un geste contre la création.
- Kwayaskitotamowin – faire les choses de la bonne façon, traiter la création d'une bonne façon ou faire des affaires de façon juste ou légale.

¹⁴⁵ Kathleen O'Reilly-Scanlon, Kristine Crowe, Angelina Weenie «Pathways to Understanding: Wahkohtowin as a research methodology» (2004) 39 *McGill Journal of Education* 1 à la p. 29. 1 à 29.

le monde naturel; les récits sont utilisés pour faciliter l'ordre dans le droit cri¹⁴⁶. Le soleil, la lune, les vents, les nuages, les pierres, les poissons, les insectes et les animaux offrent tous des illustrations de la *wahkohtowin*, que les Cris traduisent en loi.

La *Wahkohtowin* a des répercussions sur les personnes, les familles, les gouvernements et les nations. Par exemple, dans le contexte de droit familial, on dit que la *wahkohtowin* nécessite différents niveaux de conduite : les parents doivent donner soins et tendresse à leurs enfants, et ce avec loyauté et fidélité; les frères et sœurs doivent vivre proche les uns des autres, mais séparément, dans une atmosphère de non-ingérence; les cousins et les autres membres de la famille doivent être traités avec respect, d'une façon non coercitive¹⁴⁷. À l'intérieur des relations gouvernementales plus larges, les personnes qui n'ont pas de liens familiaux doivent appliquer la *wahkohtowin* conformément aux idées qu'on retrouve dans les *miyo-wicehtowin*, *pastahowin*, *ohcinewin* et *kwayaskitotamowin*.

On dit que la *miyo-wicehtowin* tire son origine dans les lois et les relations que la Nation crie a avec son Créateur¹⁴⁸. [TRADUCTION] « Il demande aux peuples cris ou en exige, comme personnes ou comme nation, de se conduire d'une façon telle que toutes les relations qu'ils entretiennent soient positives. Il les oriente et les avertit également à cet effet¹⁴⁹. » [TRADUCTION] « La racine du mot *wicehtowin* est *wiceht* qui signifie cheminer avec ou appuyer »¹⁵⁰. Tout comme la plupart des sociétés humaines qui se sont battues pour vivre selon leurs valeurs les plus importantes, les Cris n'ont pas tout le temps été capables d'assurer

¹⁴⁶ Aînée Dolly Neapetung, dans Cardinal and Hildebrandt, *op. cit.* note 143, à la p. 6.

¹⁴⁷ *Ibid.*, à la p. 34.

¹⁴⁸ Cardinal et Hildebrandt, *op. cit.* note 143, à la p. 14.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Shalene Jobin, *Guiding Philosophy and Governance Model of Bent Arrow Traditional Healing Society*, thèse M.A.I.G, University of Victoria, 2005, [non publié], en ligne : <

l'harmonie qu'ils souhaitaient. Il y a eu des périodes de conflits. Néanmoins, la *miyo-wicehtowin* est un principe juridique important parce qu'elle vise le maintien de la paix entre les personnes de différents endroits et de points de vue différents. L'entretien de bonnes relations mutuelles, grâce au soutien et à l'aide positifs (*miyo-wicehtowin*), est souvent représenté dans le droit cri par un cercle¹⁵¹. On estime que les cercles sont des formes sacrées et représentent le rassemblement de personnes¹⁵². Ils rappellent aux gens ce qu'est la Terre mère et la nature de leur voyage dans la vie; de la terre, au nourrisson, à l'enfant, en passant par la période adulte jusqu'à la vieillesse pour revenir à la terre. Les traditions juridiques crie peuvent se dérouler en cercle, comme les cercles de la parole, les cercles de guérison et les cercles de réconciliation.

Les conséquences que soulève le non-respect de la loi des cris sont décrites par les termes *pastahowin* et *ohcinewin*¹⁵³. Le terme *pastahowin* sert à décrire quelque chose qui va à l'encontre de la loi naturelle. En cas d'infraction, il s'ensuit des conséquences négatives, ce qui donne de la pertinence au concept de *ohcinewin*. La *pastahowin* et la *ohcinewin* peuvent s'appliquer dans n'importe quelle circonstance lorsque la loi n'est pas respectée, que ce soit par un geste ou par une omission. Dans le droit cri, on retrouve de nombreux aspects de réparation, tels que [TRADUCTION] « *meskotsehowin* (réparation), *kakweskasowehk* (reproche), *apehowin* (vengeance), *naskwawin* (représailles), *pasastehokowisowin* (justice rétributive), *naskwastamasowin apo apehowin* (vengeance), *pasihiwewin* (redressement), *atameyimew* (blâme), *sikhiskakewin* (obligation), *masinahikepayowin* (redevance) et *tipahikewin* (le geste de dédommager) »¹⁵⁴.

¹⁵¹ Cardinal et Hildebrandt, précité en note 143, aux pp. 14-15.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Robert Brighton, *Grateful Prey: Rock Cree Human-Animal Relations*, Berkeley, University of California Press, 1993, à la p. 104 : « *pastahow* » (verbe) « quelqu'un se fait justice vengeresse ».

¹⁵⁴ Chef Wayne Roan et Earle Waugh, *Nature's Laws*, Heritage Community Foundation, 2004, en ligne : <<http://www.abheritage.ca/natureslaws/spiritual/index9.html>>

On retrouve des exemples de *pastahowin* et d'*ohcinewin* dans les relations des Cris avec les animaux. Les animaux sont considérés comme des personnes à part entière, les relations entre les Cris et les animaux-personnes sont régies par les mêmes considérations juridiques qui gèrent les relations entre les humains¹⁵⁵. Pour les Cris, [TRADUCTION] « on parle des animaux comme s'ils possédaient leur propre "nature" *itatisiwin*: il est *itatisiwak* que les caribous migrent, que les castors construisent des barrages et ainsi de suite. Dans la tente tremblante et dans les rêves, les animaux partagent l'*itatisiwin* humaine : Ils en viennent à devenir comme les humains »¹⁵⁶. Si les animaux ne sont pas bien traités, cela peut provoquer la *pastahowin* et l'*ohcinewin* et de mauvaises choses peuvent se produire. Beaucoup de récits interprètent la loi relative aux animaux en ces termes¹⁵⁷.

On retrouve une application contemporaine des concepts linguistiques cris dans le droit canadien à la cour provinciale de la Saskatchewan. Le tribunal cri crée un espace important pour l'expression des traditions juridiques cries. En 2001, le juge Gerald Morin, qui parle le Cri, a été nommé au banc et appelé à présider un tribunal cri dans le Nord de la Saskatchewan. Une majorité des personnes qui comparaissent devant ce tribunal sont des Cris. Toutes les procédures ont lieu en langue crie et des services de traduction sont offerts aux personnes qui ne parlent pas le cri. Le droit canadien continue d'avoir force en tous points; les personnes font l'objet de l'application régulière de la loi, des droits et des libertés de nature substantielle, conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*. En même temps, tandis que le droit

¹⁵⁵ Paul Driben, Donald J. Auger, Anthony N. Doob, et Raymond P. Auger, «No Killing Ground: Aboriginal Law Governing the Killing of Wildlife Among the Cree and Ojibwa of Northern Ontario», dans *Ayaangwaamizin*, vol. 1, 1997, à la p. 101.

¹⁵⁶ Brighton, précité en note 153, à la p. 197.

¹⁵⁷ Voir ce que Rupert Ross a observé :

[TRADUCTION] La narration comme moyen d'application de la loi semble se baser sur la même compréhension – que la loi peut être connue de tous par le seul récit des conséquences de gestes, non pas par la communication d'étiquettes fondées sur le jugement pour le geste ou, pire encore, pour la personne qui pose le geste.

Rupert Ross, *Return to the Teachings: Exploring Aboriginal Justice*, Toronto, Viking/Penguin, 1996, à la p. 171.

canadien constitue la base de la compétence du tribunal, il prend un point de vue différent de celui des tribunaux provinciaux traditionnels. Lorsque les procédures ont lieu en cri, la dynamique du processus juridique est différente. Des relations linguistiques qui ne sont pas faciles à comprendre en anglais sont possibles. Les concepts tels que *wahkohtowin*, *pastahowin* et *ohcinewin* prennent naturellement vie lorsque les Cris participent dans leur propre langue. Les concepts réparateurs semblent jouer un rôle essentiel au tribunal cri en raison de leur orientation culturelle. Cependant, même si le tribunal cri est une initiative importante, il *ne représente en rien* un système juridique qui se rapprocherait d'un système cri à part entière. L'initiative pourrait s'étendre sur tout le territoire cri et parmi d'autres groupes de langue autochtone qui y seraient disposés. Toutefois, il n'illustre que faiblement les traditions juridiques cries. La substance et les procédures du droit canadien continuent de contenir beaucoup d'incongruités culturelles qui sont considérées comme incompatibles avec les traditions juridiques cries. Il reste encore beaucoup de travail à faire pour bien reconnaître ce système et l'illustrer en ses propres termes.

E. Les traditions juridiques des Métis

Les peuples métis du Canada ont des origines uniques. Leur culture est née de l'interaction entre les Premières nations et les Européens en Amérique du Nord. Les peuples métis ont formé des collectivités dans tout le Canada, y compris ce que l'on appelle aujourd'hui le Labrador, le Canada atlantique, l'Ontario, le Manitoba, la Saskatchewan, l'Alberta, la Colombie-Britannique et le Nord. Les enfants nés de parents des Premières nations et européens ont développé une langue, des expressions artistiques, des identités politiques et des traditions juridiques distinctes.

Par exemple, en 1840, les Métis des Prairies ont élaboré des lois de chasse au bison afin d'organiser leurs activités économiques et sociales. La chasse au bison mobilisait des centaines d'hommes, de femmes et d'enfants, avec leurs charrettes de la rivière Rouge, leurs chevaux et leurs outils pour transformer et préserver la viande et les peaux¹⁵⁸. L'activité complexe était ordonnée grâce à des lois qui déterminaient le comportement approprié pendant une poursuite possiblement difficile et dangereuse. Le capitaine de chasse pouvait imposer des pénalités si les lois n'étaient pas respectées. Une partie codifiée de ces lois contenait les dispositions suivantes :

1. [TRADUCTION] Il est interdit de poursuivre le bison le jour du sabbat.
2. Personne n'a le droit d'emprunter une route différente, de rester derrière ou de prendre de l'avance, sans permission.
3. Personne ni aucun groupe n'a le droit de poursuivre le bison avant l'ordre général.
4. Chaque capitaine devra, avec ses hommes, à son tour, patrouiller le camp et assurer la garde.
5. Pour la première infraction à ces lois, le coupable se fera couper la selle et les brides.
6. Pour la deuxième offense, le coupable se verra retirer son manteau qui sera coupé.
7. Pour la troisième offense, le coupable sera flagellé.
8. Toute personne reconnue coupable de vol, même s'il ne s'agit que d'une babiche, sera emmenée au milieu du camp et le crieur criera son nom trois fois en ajoutant le mot « voleur » après son nom chaque fois¹⁵⁹.

¹⁵⁸ « Chez les Métis d'autrefois, des familles entières participaient aux expéditions de chasse au bison. Comme il y avait beaucoup de participants, certaines des activités des unités familiales étaient soumises à une organisation quasi militaire dans l'ensemble du camp. Dans un récit de 1856, Alexander Ross a décrit la discipline qui régnait pendant une chasse au bison à laquelle participaient 1630 hommes, femmes et enfants, avec 1210 charrettes de la rivière Rouge. Les déplacements du camp se déroulaient sous la direction de 10 capitaines dont l'un était désigné chef de groupe. Ils avaient sous leurs ordres 10 soldats et 10 guides; ces derniers portaient à tour de rôle le drapeau utilisé pour signaler les changements de direction ou les arrêts. Lorsqu'il portait le drapeau, le guide devenait le chef de l'expédition et tous devaient obéir à ses ordres. Dès le moment où le drapeau était abaissé, c'était au tour des capitaines et des soldats d'assumer leurs fonctions. » Voir Commission royale sur les Peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones : Vers un ressourcement*, vol. 3, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996, chapitre 2.

¹⁵⁹ Alexander Ross, *The Red River Settlement: Its Rise, Progress, and Present State*, Minneapolis, Ross and Haines, 1957, aux pp. 249–250.

La loi de la chasse, telle qu'elle est exprimée dans ces principes, était importante pour assurer le contrôle des Métis sur une de leurs principales activités socio-économiques. Cependant, il est également important de remarquer que cet ensemble de lois ne constituait pas un Code complet pour la chasse. Il y avait en plus des principes juridiques coutumiers importants qui portaient sur la mise à mort et l'utilisation respectueuse d'un animal. Le droit métis était aussi pertinent en matière de commerce, d'obligations familiales, d'organisation politique et d'utilisation des terres¹⁶⁰.

Les traditions juridiques métisses étaient évidentes au cours des premières rencontres au Canada avec les peuples métis après la Confédération. Leur existence et leur organisation dans l'Ouest avant la Confédération ont été essentielles au développement économique et à l'expansion de l'Est. Sans l'ordre qu'ils avaient créé, la traite des fourrures aurait battu de l'aile et le développement économique et politique sur le fleuve Saint-Laurent et les Grands Lacs de l'est aurait été grandement retardé ou restreint. La nation métisse a également été cruciale pour faire entrer le Canada de l'ouest et du Nord dans la Confédération et pour faire augmenter les richesses de la nation en ouvrant les prairies à l'agriculture et à l'établissement. Ces développements n'auraient pas pu avoir lieu sans leur intercession et leur présence juridique¹⁶¹.

¹⁶⁰ Voir Commission royale sur les Peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones : Vers un ressourcement*, vol. 3, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996 : Chez les Métis, les familles partageaient aussi les responsabilités en fonction du sexe lorsqu'elles quittaient des établissements permanents, comme celui de la Rivière-Rouge, pour entreprendre de grandes expéditions de chasse. Une femme d'un établissement métis du Montana, qui vivait l'existence nomade d'un groupe qui suivait la migration des bisons du Manitoba au Montana, évoque en ces termes la vie de camp au début du XX^e siècle :

[TRADUCTION] Seuls les hommes faisaient la chasse, et nous autres, les femmes, nous nous occupions de tout le travail de tannage des peaux de bison, de la préparation de la viande séchée, du pemmican et de la fabrication de mocassins. Tout le reste, nous l'achetions au marchand qui nous suivait habituellement [...] et qui avait toujours des provisions de thé, de sucre, de tabac ou d'autre marchandises.

Éloge funèbre de Clemence Gourneau Berger, *Democrat-News*, Lewistown (Montana), 31 décembre 1943, citée dans Verne Dusenberry, «Waiting for a Day that Never Comes: The Dispossessed Métis of Montana», dans Jacqueline Peterson et Jennifer S.H. Brown, dir., *The New Peoples: Being and Becoming Métis in North America*, sous la direction de, Winnipeg, University of Manitoba Press, 1985, à la p. 125.

¹⁶¹ George F.G. Stanley, *The Birth of Western Canada: A History of the Riel Rebellion*, Toronto, University of Toronto Press, 1960.

Les traditions juridiques métisses étaient plus évidentes lorsque le Parlement du Dominion a tenté d'arpenter unilatéralement les anciens Territoires du Nord-Ouest autour de la rivière Rouge en 1869¹⁶². Parce qu'ils ne voulaient pas faire partie du Dominion sans participation et consentement, les Métis ont empêché les arpenteurs de faire leur travail. Cela a empêché l'expansion du Canada dans la région et a obligé le gouvernement de Sir John A. Macdonald de négocier avec eux. Les Métis de la rivière Rouge avaient même élaboré leurs traditions juridiques pour former un gouvernement provisoire auquel on avait donné le pouvoir de négocier les termes de l'union avec Ottawa et de faire entrer la région dans la Confédération. Les représentants de ce gouvernement se sont rendus jusqu'à Ottawa comme délégués du peuple métis afin de négocier les conditions d'entrée. Ils avaient apporté avec eux une Charte des droits rédigée localement dans laquelle ils exprimaient leurs demandes. Les négociations ont été difficiles, mais une entente a été conclue dont les termes ont été incorporés dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*¹⁶³. La légitimité démocratique de ce processus a été scellée par l'acceptation par le gouvernement provisoire des Métis de l'entente même avant l'endossement statutaire du Parlement du Dominion et du Parlement impérial qui en a fait une partie du droit constitutionnel du Canada¹⁶⁴. Les peuples de la nation métisse considèrent la *Loi sur le Manitoba* comme un traité qui reconnaît et affirme leur relation nation à nation avec le Canada, même s'ils soutiennent que ses dispositions au sujet des terres et des ressources n'ont pas été satisfaites¹⁶⁵. Le droit métis a été important pour le développement du pays dans cette région.

¹⁶² La tentative unilatérale du Dominion à ajouter l'ancien nord-ouest au Canada a été légiférée dans l'*Acte de la Terre de Rupert, 1868*, 1868, (U.K.) c. 105. Pour le contexte historique, voir Maggie Siggins, *Riel: A Life of Revolution*, Toronto, Harper Collins, 1994.

¹⁶³ *Loi de 1870 sur le Manitoba*, U.K., 32 et 33 Vict. c. 3. L'acte prévoyait la création de la province du Manitoba, le respect des droits de la langue française, la protection pour les terres colonisées et les terres de communage, la distribution de 1,4 million d'acres de terre aux enfants métis et l'amnistie pour les personnes qui avaient participé au gouvernement provisoire.

¹⁶⁴ Le Parlement impérial a édicté la *Loi constitutionnelle de 1871*, 1871, U.K., c. 28 pour donner force aux dispositions incorporées dans la *Loi sur le Manitoba*.

¹⁶⁵ Voir *R. c. Dumont*, (1988) 52 D.L.R. (4^e) 25 (Man.C.A.); inf. (1990) 67 D.L.R. (4h) 159 (S.C.C.).

Les lois métisses sont demeurées en vigueur au cours de la période qui a suivi le gouvernement provisoire. En 1873, les lois relatives à la chasse au bison ont pris une importance particulière. Après avoir été évincé de la colonie de la rivière Rouge (lorsque la *Loi sur le Manitoba* a été violée), un groupe de Métis a établi un gouvernement élu démocratiquement à Saint-Laurent, près de Batoche. Gabriel Dumont et huit conseillers ont adopté des règles, modelées sur leurs anciennes lois sur la chasse au bison, dans les domaines suivants :

[TRADUCTION] [L]es devoirs du conseil, la réglementation des contrats (p. ex., les ententes conclues le dimanche étaient nulles et non avenues) et l'autorisation d'amasser de l'argent en taxant les ménages. Il a également édicté des lois relatives aux pénalités à la suite de crimes tels que le vol d'un cheval, le déshonneur des filles et l'allumage de feux dans la prairie au milieu de l'été. Le 27 janvier 1875, le conseil a adopté des lois qui réglementaient la chasse au bison : les anciennes lois qui interdisaient particulièrement à une personne de partir avant la date de départ désignée pour la chasse ont été édictées et de nouvelles lois qui interdisaient aux personnes de laisser derrière elles des carcasses de bison non utilisées ont également été adoptées¹⁶⁶.

Les lois métisses de Saint-Laurent contenaient également les dispositions suivantes :

[TRADUCTION]

Article I. Le premier lundi du mois, le président et les membres de son conseil sont obligés de se rassembler à une demeure indiquée au préalable par le président, afin de juger les cas qui leur ont été soumis pour arbitrage.

Article II. Tout conseiller qui, à moins qu'il ne soit malade ou qu'il en soit dans l'impossibilité, ne peut se présenter à l'endroit désigné devra payer une amende de cinq Louis.

Article III. Le président qui, de sa propre faute, ne peut pas rencontrer ses conseillers à l'endroit désigné devra payer une amende de cinq Louis.

Article IV. Tout capitaine qui refuse d'exécuter les ordres qu'il recevra au nom du Conseil devra payer une amende de cinq Louis.

Article V. Tout soldat qui refuse d'exécuter les ordres de son capitaine devra payer une amende d'un Louis et demi.

Article VI. Toute personne qui insulte le Conseil ou un membre du Conseil dans l'exercice public de ses fonctions devra payer une amende de trois Louis.

¹⁶⁶ Joanne Pelletier, *Gabriel Dumont*, Unité de curriculum, Gabriel Dumont Institute of Native Studies and Applied Research, 1985.

Article VII. Toute personne qui sera trouvée coupable d'outrage à toute mesure du Conseil ou à une mesure adoptée en Assemblée générale devra payer une amende d'un Louis.

Article VIII. Toute personne qui souhaite plaider doit en informer le président au préalable et doit déposer auprès de lui, en guise de sécurité, la somme de cinq shillings.

Article IX. Dans tous les cas, la partie demanderesse doit déposer deux Louis, cinq shillings auprès du Président afin de le rémunérer, et de rémunérer les membres du Conseil, pour leur perte de temps, mais lorsque l'affaire est terminée, la personne qui perdra devra payer les frais et on remboursera à la partie demanderesse, si elle gagne, l'argent qu'elle avait déposé.

Article X. Toute personne peut convoquer une Assemblée et devra donner cinq shillings au président et à chaque membre, si elle conclut un compromis avec l'autre partie et elle abandonne la poursuite de l'affaire.

Article XI. Tous les témoins d'une affaire recevront deux shillings et demi par jour.

Article XII. Toute affaire portée devant le Conseil ne peut plus être jugée par aucun autre arbitre en dehors du Conseil.

Article XIII. Toute personne jugée par le Conseil aura droit à dix jours pour prendre les dispositions nécessaires auprès de la personne avec laquelle elle est en conflit; à la fin de cette période, le Conseil fera en sorte que son jugement soit exécutoire.

Article XIV. Toute personne qui n'a que trois animaux ne pourra être obligée de se défaire d'un d'entre eux pour le remboursement de ses dettes. Cet article n'est pas valide pour les hommes non mariés qui seront obligés de rembourser leurs dettes, même jusqu'au dernier animal.

Article XV. Toute personne dont on sait qu'elle a pris le cheval d'une autre personne sans permission devra payer une amende de deux shillings.

Article XVI. Tout contrat conclu sans témoins sera nul et non avenu et ne pourra pas être exécuté par le Conseil.

Article XVII. Toute entente conclue un dimanche, même devant témoins, ne peut pas faire l'objet d'une poursuite en cour.

Article XVIII. Toute entente, tout contrat, toute vente sera valide, qu'elle soit écrite en français, en anglais ou en caractères indiens, même s'ils sont conclus sans témoins, si la partie demanderesse a témoigné sous serment à l'effet de l'exactitude de son compte ou de son contrat.

Article XIX. Aucune affaire jugée par le Conseil de Saint-Laurent ne fera l'objet d'un appel par aucune des parties, devant n'importe quel autre tribunal une fois que le gouvernement du Canada aura mis en place ses magistrats réguliers dans le pays. Toute personne qui doit plaider le fait en sachant qu'elle a promis de ne jamais aller en appel contre le jugement donné par le Conseil et personne n'a le droit de jouir des privilèges de cette collectivité, sauf sur la condition expresse de se soumettre à cette loi.

Article XX. Aucune contribution en argent ne doit dépasser un Louis et toutes les taxes publiques imposées par le Conseil seront obligatoires pour les habitants de Saint-Laurent et les personnes qui refusent de payer leur taxe devront payer une amende, dont la somme sera déterminée par le Conseil.

Article XXI. Tout jeune homme qui, sous prétexte du mariage, déshonorerait une jeune fille et qui refuserait par la suite de la marier, devra payer une amende de quinze Louis. Cette loi est également valide pour les hommes mariés qui déshonorent les filles.

Article XXII. Toute personne qui diffamait le caractère d'une autre personne, qui attaquerait son honneur, sa vertu ou sa probité devra payer une amende proportionnelle à la qualité et au rang de la personne attaquée ou à la gravité des blessures causées.

Article XXIII. Toute personne qui mettra feu à la prairie, à partir du 1^{er} août et qui causera des dommages devra payer une amende de quatre Louis.

Article XXIV. Les dimanches et les jours de festival obligatoires, les personnes qui prennent le traversier pour se rendre à l'église ne seront pas tenues de payer leur passage, mais les personnes qui le prendront sans se rendre à l'église devront payer leur passage, comme à l'habitude.

Article XXV. Tous les chevaux seront libres, mais la personne dont le cheval cause des blessures ou des nuisances sera avertie et si elle ne freine pas son cheval, elle devra payer une amende de 5 shillings par jour, à compter du moment où elle a été avertie de s'occuper de son cheval.

Article XXVI. Si un chien tue un poulain, le propriétaire du chien sera tenu responsable des dommages causés.

Article XXVII. Tout serviteur qui quitte son employeur avant la fin du mandat qu'il avait conclu abandonnera tout droit à son salaire; de la même façon, un employeur qui remercie son serviteur sans cause juste et suffisante devra lui payer son salaire en entier.

Article XXVIII. Le dimanche, aucun serviteur ne sera tenu d'effectuer toute autre tâche que ce qui est absolument nécessaire; toutefois, en situation d'urgence, le maître peut ordonner au serviteur de s'occuper de ses chevaux le dimanche, seulement après la grand-messe; l'employeur ne doit jamais empêcher son serviteur d'assister à la messe, du moins en matinée.

Les traditions juridiques métisses sont une partie solide et importante de l'héritage juridique du Canada. Leurs lois ont survécu de façon coutumière et elles sont encore pertinentes aujourd'hui¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Fred Shore et Lawrence Barkwell (éd.), *Past Reflects the Present: The Métis Elders' Conference*, Winnipeg, Manitoba Métis Federation, 1997.

Les traditions juridiques métisses survivent également au Canada comme droit positif. En Alberta, les Métis utilisent un système quasi juridique pour composer avec les différends au sujet de l'affiliation, des terres, des droits de surface et de toute autre question au sujet de laquelle des parties s'entendent. Cet organisme, que l'on appelle le « Métis Settlement Appeal Tribunal », a été mis en place en 1990 en vertu de la législation provinciale¹⁶⁸. La compétence du tribunal comprend huit colonies métisses qui s'étendent sur 1,25 million d'acres de territoire dans le Nord de l'Alberta. Il a élaboré un corpus exhaustif de jurisprudence comme tradition juridique vivante¹⁶⁹. Les Métis de l'Alberta voient également leurs traditions juridiques se refléter grâce au gouvernement des établissements qui portent sur les questions telles que l'affiliation, la chasse, la pêche, la trappe, le bois d'œuvre et les autres questions relatives à la terre. Le *Métis Settlements General Council* peut adopter des lois (politiques du Conseil général) qui ont force exécutoire pour le Conseil général et tous les établissements. Ces lois (politiques du Conseil général) ont le même statut que toute autre loi provinciale. Le Conseil général compte également un organisme administratif qui comprend des initiatives de formation stratégique (éducation et formation), ainsi que l'élaboration de programmes et de services. Dans d'autres parties du pays, les Métis ont également adopté des lois dans un contexte contemporain.

F. Les traditions juridiques des Carriers

Les Carriers vivent dans le centre-nord de la Colombie-Britannique, dans vingt-deux bandes. Ils parlent six dialectes athapascans (dénés)¹⁷⁰. Leur droit s'articule autour d'un « groupe maison » avec un grand chef (« Diniizee » ou « Dzakiizee »), des chefs auxiliaires subsidiaires et des

¹⁶⁸ *Métis Settlements Act*, R.S.A., 2000, c. M-14.

¹⁶⁹ Voir Cathy Bell, *Contemporary Métis Justice*, Saskatoon, Native Law Centre, 1999.

¹⁷⁰ Les clans des Carriers sont l'ours, le caribou, la gélinotte, la grenouille, la petite grenouille, l'épilobe, le loup et le castor. Les dialectes linguistiques sont les suivants : Babine, Cheslatta, Nakazd'li, Saik'uz, Lheidli-T'enneh et Wit'suwit'en. Voir Diamond Jenness, «The Carrier Indians of the Bulkley River: Their Social and Religious Life», dans *Bulletin #133, Bureau of American Ethnology, Anthropological Papers No. 25*, Washington, D.C, 1943, aux pp. 469-586.

membres de la maison. Un groupe de maisons constitue un clan, où il n'y a généralement pas un grand chef unique¹⁷¹. L'affiliation à une maison et à un clan se détermine généralement par la filiation matrilineaire¹⁷². Les traditions juridiques des Carriers comportent des principes d'organisation sociale¹⁷³. Ces lois sont essentielles à la bonne répartition du pouvoir de prise de décision¹⁷⁴.

Leur *kungax* ou « propre pouvoir d'esprit »¹⁷⁵ fait partie intégrante de l'héritage juridique des Carriers. Le *kungax* raconte la création de la terre, l'histoire la plus ancienne du peuple, les limites territoriales, les principales luttes et les origines de l'emblème, du titre, du nom et des événements significatifs passés de leur maison. Le *kungax* donne souvent lieu à des représentations et se sert de chansons et de danses pour communiquer les principaux thèmes et les principes particuliers. On enseigne d'abord le *kungax* aux enfants lorsqu'ils sont très jeunes. Au fur et à mesure qu'ils mûrissent, on s'attend à ce qu'ils approfondissent leur mémoire et leur compréhension du *kungax*, et ce, jusqu'à ce qu'ils puissent le réciter avec précision¹⁷⁶. Tandis qu'on tente tout pour s'assurer que les personnes qui détiennent le pouvoir approprié

¹⁷¹ Mémoire des appelants, «The Wet'suwet'en Hereditary Chiefs, in the Supreme Court of Canada», N° 23799, Native Law Centre of Canada, en ligne : <<http://www.usask.ca/nativelaw/factums/W.html>> para. 31. La maison, historiquement, était littéralement une maison faite de planches, où le chef offrait son leadership aux personnes qui se trouvaient sous un toit. La maison contrôlait ses propres territoires à des fins de nourriture, sociales, cérémoniales et commerciales. Voir Ken Rabet, *The Past into the Present, Cultural Heritage Resource Review of the Bulkley Timber Supply Area*, 2000, à la p. 32, en ligne : <<http://66.102.7.104/search?q=cache:5lq7hnWu2dkJ:www.for.gov.bc.ca/dss/cultural/CHRREVIEW.pdf+Babine+kungax&hl=en#22.>>

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Le nom Carrier (*Porteur*) vient d'une loi historique qui exigeait que les veuves portent les cendres de leur mari décédé de leur village d'hiver à leur village d'été, de façon à ce qu'un rite cérémonial puisse avoir lieu pour reconnaître des obligations juridiques importantes et y satisfaire.

¹⁷⁴ Margaret Tobey, «Carrier», dans June Helm, dir., *Handbook of North American Indians: Volume 6, Subarctic*, Washington, Smithsonian Institution, 1981, aux pp. 413-442.

¹⁷⁵ Antonia Mills, *Eagle Down is Our Law: Witsuwit'en Feasts and Land Claims*, Vancouver, UBC Press, 1994, à la p. 122.

¹⁷⁶ *Ibid.*, à la p. 74.

exécutent le *kungax* au cours des rassemblements officiels, des récits parallèles ou divergents circulent souvent¹⁷⁷.

Le *kungax* enseigne des principes particuliers pour la régularisation du comportement ainsi que pour décrire les infractions à l'ordre social. Plusieurs principes fondamentaux conçus pour gérer le comportement individuel ont été déterminés au sein du droit carrier. Il s'agit du respect, de la responsabilité, de l'obligation, de la compassion, de l'équilibre, de la sagesse, des soins, du partage et de l'amour¹⁷⁸. On a dit [TRADUCTION] « qu'on s'attend à ce que chacun de ces principes soit respecté en même temps et de façon égale. Aucun des principes n'a une plus grande signification qu'un autre »¹⁷⁹.

Un exemple d'un principe qu'on retrouve dans le *kungax* concerne les animaux et l'obligation de les traiter avec respect. Si les poissons, les oiseaux ou les animaux ne sont pas bien traités, ils quitteront les territoires carriers et pourraient même exiger justice au moyen de revanche. Pour montrer leur respect envers les poissons, les Carriers tiennent une cérémonie à chaque année pour honorer le retour du saumon. Les honneurs continuent tout au cours des visites cycliques du saumon, grâce à des règles qui gèrent son allocation, sa capture, son utilisation, sa préparation et son élimination¹⁸⁰. Ces règles sont présentes parce que les Carriers croient que [TRADUCTION] « l'esprit du saumon sort de son corps lorsqu'on le frappe avec un bâton »¹⁸¹. Ils croient que [TRADUCTION] « c'est pourquoi le corps gigote – parce que l'esprit sort »¹⁸². Le

¹⁷⁷ *Ibid.*, à la p. 75.

¹⁷⁸ Warner Adam, Travis Holyk et Parry Shawana, *Whu Neeh Nee (Guiders of Our People): Carrier Sekani First Nations Family Law Alternative Dispute Resolution*, 2003, en ligne : <<http://www.sfu.ca/cfrj/fulltext/adam.pdf>>

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Mills, précité en note 175, aux pp. 157-158.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

kungax renforce les règles qui gèrent le bon traitement du saumon en offrant des commentaires au sujet des conséquences du mauvais traitement. L'anthropologue Diamond Jenness a entendu des récits qui enseignaient ce principe. Il a écrit ceci :

[TRADUCTION] « Il y a plusieurs années de cela, les Autochtones se sont réunis en *Shin* [été] pour installer leurs nasses dans la rivière. Ils attrapaient et faisaient sécher de grandes quantités de poissons, pendant que les enfants jouaient joyeusement autour du camp. Puis un garçon nommé Mek a fabriqué une ceinture avec des têtes de poisson et s'est mis à danser avec elle. Un vieil homme l'a grondé en disant "Ne fais pas ça. Sa [le Soleil] te verra et tu auras ensuite très faim!". Une année a passé et les personnes se sont de nouveau rassemblées au même endroit, mais cette fois elles n'ont attrapé aucun poisson. Les hommes ont laissé les femmes s'occuper des filets et sont partis à la chasse, mais le gibier avait disparu. Après peu de temps, ils étaient affamés et la première personne à mourir a été Mek. Dès qu'il était mort, la rivière a semblé se remplir de poissons et les personnes n'eurent aucune difficulté à attraper ce dont elles avaient besoin »¹⁸³.

Non seulement ce *kungax* présente-t-il un précédent pour guider le comportement futur, il crée également de forts sentiments qui motivent et encouragent les auditeurs à bien s'acquitter de leurs obligations envers le saumon. Les sentiments font partie importante du droit; la raison n'est pas distincte des émotions lorsqu'il s'agit de prendre des décisions et des mesures. La raison et les émotions fonctionnent ensemble pour motiver la bonne conduite. Helen Nikal, une femme carrier, illustre cette connexion au sujet du *kungax* et du saumon : [TRADUCTION] « Je commence à me sentir drôle, je *sens* que le saumon descend la rivière et qu'il part »¹⁸⁴.

Le *kungax* enseigne également les bonnes règles de respect, d'amour et d'obligation envers les autres. Si les personnes ne sont pas bien traitées, elles peuvent se transformer en animaux et quitter leur partenaire. Pour souligner l'importance de prendre bien soin de son conjoint et de ses animaux, Diamond Jenness raconte le récit ancien suivant au sujet de l'origine du castor :

[TRADUCTION] Un couple nouvellement marié quitte son village pour chasser dans les montagnes, près d'un petit ruisseau. La femme s'ennuie pendant que

¹⁸³ Diamond Jenness, «Myths of the Carrier Indians of British Columbia», dans *American Folklore*, vol. 47, 1934.

¹⁸⁴ Mills, *op. cit.* note 175, à la p. 157.

son mari est absent et, pour passer le temps, construit un petit barrage à travers la rivière. Le mari trouve que cela rend la rivière trop profonde pour qu'il puisse la traverser et il brise le barrage avec son pied. Le lendemain, la femme construit un nouveau barrage qu'il a également brisé. Cela se répète plusieurs fois, jusqu'à ce que la femme devienne très fâchée. Un soir, quand son mari revient de sa chasse, il trouve un très gros barrage d'une rive à l'autre de la rivière et une hutte de castors dans le milieu de l'eau. Sa femme est à genoux sur le bord de la mare, son pagne entre les jambes. Dès qu'elle voit son mari, elle se jette à l'eau et entre dans la hutte de castors. Elle échappe à toutes ses tentatives de la capturer. Puis un gros castor sort de l'eau et s'assied sur le dessus de sa hutte. C'est sa femme, dont le pagne s'est transformé en queue. Elle déclare « je me suis transformée en castor. Maintenant, retourne à la maison parce que je ne peux plus vivre avec toi »¹⁸⁵.

Jenness conclut son récit en faisant remarquer que [TRADUCTION] « c'est pour cela que le ventre et les intestins du castor ressemblent à ceux d'un être humain »¹⁸⁶. Cette affaire illustre les conséquences du mauvais traitement des animaux et de son conjoint. Elle démontre la relation fluide entre les personnes et les animaux et montre l'importance de se rappeler de ces connexions.

Avec le *kungax* qui offre une série de principes particuliers, les Carrier gouvernent leur société grâce à des *bah'lats* ou lois potlatch. Les lois *bah'lats* constituent la base juridique de la succession et de l'héritage, des lois territoriales et de la gestion des ressources, du droit familial (y compris le mariage, le divorce et le deuil), de la résolution de conflits, du gouvernement d'un village, des règles spéciales de conduite pour les femmes et des principes de justice enseignés aux enfants¹⁸⁷. Les *bah'lats* sont gérées par des grands chefs de clans et des sous-chefs de clans qui décident des questions du droit carrier¹⁸⁸. Les chefs héréditaires reçoivent leur pouvoir par filiation matrilinéaire dans les *bah'lats*, s'ils vivent de façon à mériter cet honneur. La

¹⁸⁵ Diamond Jenness «Myths of the Carrier Indians of British Columbia», *American Folklore*, vol. 47, 1934.

¹⁸⁶ Adam, *op.cit.* note 178.

¹⁸⁷ Jo-Anne Fiske, Cis Dideen Kat et Betty Patrick, *When the Plumes Rise: The Way of the Lake Babine Nation*, Vancouver, UBC Press, 2000.

¹⁸⁸ Warner Adam, Travis Holyk et Parry Shawana, *Whu Neeh Nee (Guiders of Our People): Carrier Sekani First Nations Family Law Alternative Dispute Resolution*, 2003, en ligne : <<http://www.sfu.ca/cfrj/fulltext/adam.pdf>>

richesse, le service, la générosité, la sagesse, le respect, la famille et l'appui communautaire sont des principes qui font qu'une personne puisse se mériter une telle autorité. Si elle ne vit pas selon ces principes, la personne ne peut pas envisager de pouvoir interpréter et trancher les différends de manière effective.¹⁸⁹ Lorsqu'ils ont le respect des autres, les grands chefs de chaque clan sont responsables de déterminer les infractions au droit carrier et, en consultation avec les chefs auxiliaires, de trancher et de trouver une solution appropriée¹⁹⁰. Lorsqu'une infraction a été relevée, les mesures correctives sont administrées par un membre du clan qui porte le nom d'« homme au fouet » et qui fait partie du clan père (le clan du père responsable de l'éducation et des soins de cette personne)¹⁹¹. Lorsqu'elle décrit l'autorité et la responsabilité des chefs, l'anthropologue Antonia Mills précise au sujet des Witsuwit'en, un des groupes carriers :

[TRADUCTION] Les grands chefs ont le pouvoir de décider comment la loi doit être appliquée pour chaque différend, au cours des fêtes, dans les territoires et dans les villages. Certains différends touchent d'autres peuples et certains sont internes aux Witsuwit'en. Pour ces derniers, les chefs se basent sur leur profonde connaissance, leur famille et leur compréhension de la personne; réciproquement, le respect que les Witsuwit'en ont pour leurs chefs en fait des médiateurs efficaces pour les différends internes.

Les chefs witsuwit'en sont bien placés pour intervenir efficacement dans les affaires de nature sensible des relations matrimoniales et des conflits territoriaux parce qu'ils ont une connaissance approfondie de la nature des participants. Cela leur donne un avantage distinct par rapport aux arbitres extérieurs...¹⁹²

Les chefs exercent leur pouvoir de résolution des différends selon leur autorité et peuvent réprimer les infractions aux lois de leur société de façon officielle ou non officielle. Leur rôle judiciaire encourage la paix et l'ordre lorsqu'il faut résoudre des conflits.

¹⁸⁹ Fiske, *op. cit.* note 187, à la p. 57.

¹⁹⁰ *Ibid.*, à la p. 3.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Mills, *op. cit.* note 175, à la p. 138.

Les affaires officielles relatives aux *bah'lats* se déroulent dans la salle des fêtes. Les Witsuwit'en disent que [TRADUCTION] « la fête a forgé leur droit »¹⁹³. On nomme aussi quelquefois les *bah'lats* en utilisant le terme fête. Elle est guidée par un principe juridique important, *dinii biits wa aden*, ou la façon dont fonctionne la fête¹⁹⁴. Les personnes doivent être bien assises dans leur groupe de maison avant que la fête commence. Il faut respecter certaines exigences pour le bon accueil et la bonne reconnaissance des invités, ainsi que l'ordre et le contenu des discours. Le don de cadeaux dans les *bah'lats* est également régi par des règles détaillées. Les pratiques et les principes doivent être respectés lorsque le nom d'un chef héréditaire est assigné, lorsqu'une loi est solidifiée, lorsqu'on porte blâme et lorsqu'une naissance, un mariage ou une adoption est annoncé¹⁹⁵. On respecte des procédures juridiques précises pendant la fête.

Des mécanismes, dans les *bah'lats*, certifient le caractère exécutoire des affaires traitées. La structure de la fête comporte des procédures intégrées pour sceller et valider les droits et les obligations. Deux pratiques importantes ratifient les procédures juridiques et les résultats de la fête, ce sont la distribution de duvet d'aigle et l'appel correct des témoins.

Les gestes et les décisions, dans les *bah'lats*, peuvent être appuyés par la dispersion de duvet d'aigle. Lorsque le duvet d'aigle est distribué aux participants de la fête, après que toutes les décisions ont été prises et acceptées, [TRADUCTION] « la paix a force exécutoire et les représailles sont interrompues »¹⁹⁶. Le duvet d'aigle a beaucoup de pouvoir pour les Carriers en raison de l'importance de l'oiseau par rapport aux autres animaux. Sa distribution symbolise la

¹⁹³ *Ibid.* à la p. 38.

¹⁹⁴ W. Naziel, *Wet'suwet'en Traditional Use Study Report*, Office of Wet'suwet'en Hereditary Chiefs, Moricetown, C.-B., 1997, [non publié].

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*

paix et la tolérance qui doivent être entretenues entre les personnes présentes et démontrées envers toute la création, y compris les humains et les animaux, les oiseaux et les poissons¹⁹⁷.

Antonia Mills a décrit cette relation de la façon suivante :

[TRADUCTION] Les chefs sont responsables de voir à ce que les relations entre ces êtres soient équilibrées. Le pouvoir des chefs repose sur leur reconnaissance du monde des esprits et leur participation à ce monde, où l'on rencontre et marie les animaux. Le contact avec le pouvoir des esprits est mimé au cours des fêtes, grâce à des emblèmes et des chansons¹⁹⁸.

Le droit des Carriers porte attention à toutes les relations entre les êtres qui vivent sur la terre, dans les airs et dans l'eau. La sanction des décisions, des plans et des transactions est un élément intégral du droit des Carriers et a été appelée *Chus*, la loi des plumes d'aigle¹⁹⁹.

La nomination des témoins est un autre mécanisme important des *bah'lats* pour appuyer et confirmer les transactions juridiques. Les membres des clans servent de témoins et mémorisent les transactions conclues entre les parties²⁰⁰. Ces témoins sont importants puisqu'on peut leur demander, à une fête ultérieure, de vérifier des actions antérieures. La consignation des débats *bah'lats* fait en sorte que les témoins sont prêts à témoigner formellement s'il surgit un conflit de ce qui est survenu. À cet égard, la structure juridique des Carriers est semblable à celles d'autres nations du nord-ouest, telles que les Gitxsans, les Tsimshians, les Haidas, les Kwakwaka'wakw, les Salish du littoral et les Nisga'a.

G. Les traditions juridiques des Nisga'a

La nation Nisga'a du nord-ouest de la Colombie-Britannique offre un exemple éloquent de la façon dont les traditions juridiques autochtones peuvent se prêter à un contexte contemporain.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Fiske, *op. cit.* note 187, à la p. 57.

Les Nisga'a se divisent en quatre clans ou *pdeek* : les *Gisk'ahaast* (épaulards), les *Laxgibuu* (loups), les *Ganada* (corbeaux) et les *Laxsgiik* (aigles). Les membres d'un *pdeek* ne peuvent pas épouser un autre membre de leur propre clan, même s'ils ne sont pas nisga'a. Les temps changent, mais dans le passé, si un couple enfreignait cette loi, il était *k'aats* ou évité par la collectivité. Les Nisga'a s'organisaient également historiquement en *wilps* ou groupe de maisons. Chaque *wilp* avait ses propres chefs, territoires, droits, récits, chansons, danses et traditions. Tous ces acquis sont transmis par filiation matrilineaire.

Les *wilps* sont matrilineaires et matrilocaux. La femme ayant le rang le plus élevé dans un *wilp* s'appelle la *sigidimnak'*; elle prend les décisions finales au sujet des noms et des héritages. À sa mort, sa position est assumée par sa sœur ou sa plus vieille fille. L'homme ayant le rang le plus élevé dans un *wilp* s'appelle le *sim'oogit*. Lorsqu'il meurt, ses droits sont généralement transmis à son plus vieux frère vivant ou au plus vieux fils de sa plus vieille sœur. Les chefs des *wilp* sont responsables de transmettre les *adaawks* et les privilèges connexes d'une génération à une autre. Cela se fait généralement au cours d'une série de fêtes où ces privilèges sont dévoilés à tous et sont validés par les autres chefs²⁰¹.

Chaque *wilp* possède un *adaawk* qui décrit comment leurs territoires ancestraux ont été acquis; ils peuvent ramener les auditeurs au début des temps. L'*adaawk* décrira également les migrations anciennes du *wilp*, la défense territoriale et les [TRADUCTION] « principaux événements de l'existence de la maison, tels que les catastrophes naturelles, les épidémies, la guerre, l'arrivée de nouvelles personnes, l'établissement d'alliance de commerce et les principaux changements de pouvoir²⁰². L'*adaawk* consigne les droits de propriété tels que les

²⁰¹ Neil Sterritt, Susan Marsden, Robert Galois, Peter Grant, et Richard Overstall, *Tribal Boundaries in the Nass Watershed*, Vancouver, UBC Press, 1998, à la p. 12.

²⁰² *Ibid.*

sites de pêche, les territoires de chasse et les lieux de rassemblement. Il détaille également les droits et les responsabilités du droit familial. Par exemple, les *adaawks* communiquent des renseignements sur la façon dont on avait donné des animaux aux ancêtres afin qu'ils les utilisent comme emblème pour chaque *wilp* et pour leur montrer comment vivre, manger et préparer la nourriture²⁰³. Ils relatent également comment ces droits et ces obligations devaient être transmis à la prochaine génération.

On aide les Nisga'a à se rappeler de leurs *adaawks* en faisant référence à leur *ayuukhl*. L'*ayuukhl* est un code juridique ancien qui guide les relations sociales, économiques et politiques des Nisga'a depuis le « temps de la mémoire »²⁰⁴. Des siècles avant que le Canada se proclame une nation [TRADUCTION] « fondée sur les principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et du droit, les peuples de la rivière Nass vivaient selon l'*Ayuukhl Nisga'a*, un code ancien de lois que l'on peut comparer à n'importe quelle constitution ou déclaration moderne d'État et de nationalité »²⁰⁵. L'*ayuukhl*, de concert avec l'*adaawk*, réglait autrefois la propriété des terres, l'éducation, la succession, la citoyenneté et les institutions du chef et du matriarcat. Les lois régissaient aussi le mariage, le divorce, la guerre, la paix, les relations de commerce et le dédommagement²⁰⁶, bien qu'elles aient été modifiées dans une certaine mesure par un traité récent. Par exemple, au sujet de la succession, la propriété est transmise lorsque le chef d'un *wilp* meurt et que son plus vieux frère ou le plus vieux fils de sa sœur assume le rôle de gardien de toutes les propriétés de la maison²⁰⁷. [TRADUCTION] « La

²⁰³ A. Rose, dir., *Nisga'a: People of the Nass River*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 1993, à la p. 22.

²⁰⁴ *Ibid.*, à la p. 15.

²⁰⁵ T. Molloy, *The World is our Witness*, Calgary, Fifth House, 2000, à la p. 121.

²⁰⁶ Pour un résumé de l'*Ayuukhl Nisga'a* par l'Aîné nisga'a Bert McKay, voir A. Rose (éd.), *Nisga'a: People of the Nass River*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 1993, aux pp. 125-129.

²⁰⁷ *Ibid.* L'Aîné Bert McKay a dit ceci :

[TRADUCTION] [Le règlement de la succession... a lieu lorsqu'une personne meurt. Et il s'agit de la seule fois que le nom d'un chef peut être transféré à une personne. L'*Ayuukhl Nisga'a* précise que pour être un chef, il faut avoir été élevé à cet effet. Il faut être discipliné et il faut avoir l'approbation

transmission se fait au cours d'une cérémonie complexe qui porte le nom de Fête d'établissement. Tout comme un titre de propriété dans un bureau d'enregistrement, la Fête d'établissement est un enregistrement officiel du titre et de la propriété »²⁰⁸. Certains *ayuukhl* sont liés aux récits des Nisga'a qui portent sur leurs origines, tel qu'avoir été placé dans *Ginsk'eexkw* par *K'amligihahlhaahl* qui est considéré comme le Dieu suprême²⁰⁹. D'autres *ayuukhl* sont fondées sur les enseignements de *K'amligihahlhaahl* à *Txeemsim*, le joueur de tours, qui ont déterminé des principes juridiques essentiels pour la paix et l'ordre des Nisga'a²¹⁰. Ses gestes et ses méfaits illustrent les conséquences qui peuvent découler de certains comportements.

Certains *ayuukhl* semblent découler de l'expérience et des observations directes des personnes. Il existe beaucoup de cas de gens récompensés ou punis en raison du respect ou du manque de respect qu'ils ont démontré à suivre l'*ayuukhl*. Par exemple, le Chef Joe Gosnell a parlé d'un *ayuukhl* qui met en garde contre le manque de respect pour les animaux. Dans cet *ayuukhl*, de jeunes garçons jouaient avec des saumons et mettaient de toute petites lampes de poix sur leur dos pour voir les lampes remonter la rivière à la nage. Le Chef Gosnell a déclaré que [TRADUCTION] « pour ce crime, l'animal s'est vengé sur la vallée, en faisant jaillir un

de votre peuple avant d'assumer le rang. Et aujourd'hui, cela est encore valide. La chefferie comprend également les droits de propriété. Encore une fois, cela était en place avant la venue de nos contreparties occidentales. Il existait des lois très strictes au sujet des droits de propriété et donc il n'a pas été nécessaire que nous allions au-delà de nos frontières pour prendre la propriété de quelqu'un d'autre puisque cela n'a jamais été permis en vertu de nos lois. Je suis un Corbeau et mon père était chef Loup. Selon notre droit, j'étais privilégié parce que j'étais son fils, ou n'importe quel de mes frères et des mes sœurs avaient le droit de récolter de ces régions de ressources, tant qu'il était vivant. Et dès le moment où il est mort, ce privilège a été repris; je ne pouvais alors faire aucune revendication de ses droits. Je suis marié à une princesse du *wilp* épaulard dont les membres possèdent des régions de ressources. Ainsi, quand nous nous sommes mariés, on m'a dit qu'en raison des enfants que nous aurions, ils seraient des Épaulards, j'étais privilégié et je pouvais les nourrir à même cette région de ressources. Tant que ma femme est vivante, c'est ce qui se produira. Et c'est réciproque. Mon peuple dirait la même chose à ma femme, mais dès que je meurs, cette propriété leur revient. Nos lois, peut-être, sont des décrets, en réalité beaucoup plus raffinées parce qu'elles sont constantes. On les respecte encore aujourd'hui.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*, à la p. 15.

volcan assoupi du nom de *Wilksi Baxhl Muhl*. Plus de 2 000 de nos personnes sont ensevelies sous la lave qui a jailli du volcan et les dépôts de lave demeurent la caractéristique dominante de la vallée Nass encore aujourd'hui »²¹¹. Ce récit démontre que les principes juridiques des Nisga'a peuvent également être ancrés dans le paysage même de leur nation.

Une lecture du droit nisga'a met en évidence que les sanctions et le dédommagement sont des composantes importantes de leur régime juridique. L'Aîné nisga'a Elder Bert McKay a décrit la nature humiliante et purificatrice du droit nisga'a :

[TRADUCTION] Et les dernières de nos lois étaient, je pense qu'on pourrait les appeler ainsi, les amendes. L'une s'appelle dédommagement ou *Ksiiskw*. Il s'agit d'une loi très difficile et très importante. Lorsqu'une vie est perdue en raison d'un manque de diligence ou d'avarice, la loi dit très simplement qu'avant que le soleil ne se couche, si la famille qui a commis l'offense ne règle pas la question avec la famille de la victime, celle-ci a le droit de prendre le double des vies qu'elles ont perdues. Donc, la seule façon de résoudre cette question était par un dédommagement. Et puis, l'autre partie, si certaines des dix lois avaient été violées, il n'y avait pas dédommagement mais amende honorable, pour se libérer de la honte que vous aviez imposé à la famille. Cela s'appelait la purification publique²¹².

Les traditions juridiques des Nisga'a portent donc sur de nombreux aspects importants du comportement humain. Les *ayuukhl* et *adaawks* des Nisga'a constituent une part importante de leurs traditions juridiques parce qu'ils les rapprochent de leurs territoires, de leur famille et de leur passé. Ils leur enseignent comment vivre avec la terre qui les entoure.

Récemment, la nation nisga'a a, dans une certaine mesure, modifié ses traditions juridiques en concluant un traité avec les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique. Après avoir amené l'affaire *Calder* à la Cour suprême et avoir fait reconnaître la justiciabilité de leur position juridique dans le droit canadien, les Nisga'a ont entrepris des négociations qui ont duré

²¹¹ Chef Joe Gosnell, *Nisga'a Treaty Sends Signal of Hope & Reconciliation Around the World*, en ligne : <http://www.kermode.net/nisgaa/no_frames/gosnell3.html>

²¹² *Ibid.*, à la p. 129.

deux décennies et ont abouti à un traité détaillé en 1999. Ce traité est ambitieux, car il prévoit la propriété collective par les Nisga'a d'environ 2 000 kilomètres carrés de territoire dans le bassin hydrologique de la vallée de la rivière Nass dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique. Le traité porte sur des questions telles que les titres fonciers, les minéraux, l'eau, les forêts, les pêches, le faune, la gouvernance, l'administration de la justice, la fiscalité (y compris la taxation), le patrimoine culturel et le règlement des différends. Bon nombre de ces dispositions présentent d'importants avantages pour le peuple nisga'a qui vont bien au delà de ce qui est envisagé dans l'actuelle *Loi sur les Indiens*. Il importe de remarquer que l'entente renvoie à l'*Ayuukhl* comme source du droit des Nisga'a et à la création de tribunaux nisga'a pour interpréter son sens en vertu du nouveau traité. Cette institution aidera les récits nisga'a à faire surface et à percer la couche des fictions juridiques canadiennes qui leur interdisaient auparavant des droits dans leurs territoires traditionnels.

Les traditions juridiques des Nisga'a, telles que l'*ayuukhl*, fonctionneront désormais dans un contexte canadien contemporain grâce au gouvernement Nisga'a Lisims en raison de la *Loi sur l'Accord définitif nisga'a*²¹³. Elles seront adaptées et trouveront un sens au sein des procédures parlementaires nisga'a. Elles seront évidentes dans le droit législatif qui régit le mariage, le divorce, le commerce, l'utilisation des ressources, l'éducation, le règlement des différends, les testaments et les successions, la citoyenneté, la gouvernance et le territoire. Elles feront office de principes d'arrière-plan de « common law » dans les tribunaux nisga'a. Dans son préambule, l'Accord définitif nisga'a reconnaît l'importance renouvelée des traditions juridiques des Nisga'a :

ATTENDU QUE les Parties reconnaissent l'importance continue pour la Nation Nisga'a que les Simgigut et Sigidimhuunu (chefs héréditaires et matriarches) continuent à raconter leurs Aduuwuk (histoires orales) relatives à leurs *Ango'oskw*

²¹³ S.C.R. 2000, c. 7; S.B.C. 1999 c. 2. Au sein du gouvernement Nisga'a Lisims, il existe une chambre législative qui s'appelle Wilp Si'ayuukhl Nisga'a et le Nisga'a Lisims.

(territoires familiaux de chasse, de pêche et de cueillette) conformément aux Ayuuk (lois et pratiques traditionnelles Nisga'a)²¹⁴.

L'« Ayuukhl Nisga'a » et l'« Ayuukl » sont définis dans l'entente finale comme signifiant les « lois et pratiques traditionnelles Nisga'a »²¹⁵. Par cet accord, les traditions juridiques des Nisga'a continuent d'exister aujourd'hui. Leur autorité et leur utilisation sont preuve du potentiel de tolérance et de respect des traditions juridiques autochtones au Canada contemporain, même si le processus n'a pas été sans critiques ou opposition²¹⁶.

Depuis que l'Accord définitif Nisga'a est entré en vigueur, le *Wilp Si'ayuukhl Nisga'a* a adopté plus de 30 lois et autres textes législatifs²¹⁷. Parmi ces lois, notons les suivantes : *Nisga'a*

²¹⁴ Accord définitif Nisga'a, en ligne : <http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nsga/nisdex_f.html>

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Sterritt et al., *op. cit.* note 201. Monsieur Sterritt et ses collaborateurs affirment que les Nisga'a ont violé la loi autochtone en faisant de très grandes revendications au sujet d'un territoire qu'ils devaient savoir n'est pas le leur. Cette loi autochtone provient des récits des traditions orales qui documentent la propriété des terres (*adaawk*), l'identification de la propriété d'un logis sur les mâts totémiques et la validation de la méthode de tenure aux fêtes de potlatch (*yukw*). Il s'agit de la même « loi » qui a été reconnue par la Cour suprême dans *Delgamuukw* comme valide et absorbée dans la common law canadienne. Le livre est un défi direct à la revendication nisga'a, avec, à la base de l'argument, des preuves détaillées qui proviennent des traditions orales au sujet de la propriété des terres (*adaawk*). Les *adaawk* sont appuyés par un examen détaillé des registres écrits et cartographiques pour la propriété des terres et les propriétés collectives sur la rivière Nass. Il s'agit donc d'un texte extrêmement important qui suggère précisément comment les traditions orales peuvent être présentées pour dire quelque chose de concret au sujet des titres et des droits autochtones dans l'ère post-Delgamuukw au Canada. Sterritt et ses collaborateurs (1998) déclarent que dans le droit Gitksan/Nisga'a, l'existence d'un *adaawk* prouve le droit de propriété de terres particulières nommées dans le récit. La toponymie joue un rôle critique lorsqu'on raconte un *adaawk* afin de faire le lien entre les éléments mythologiques des récits et des régions particulières possédées sur le territoire qu'on peut reconnaître aujourd'hui. Les fêtes de potlatch (*yukw*) ont lieu pour officialiser la reconnaissance de ces droits de propriété et permettre aux membres de les contester. Dans le livre, les auteurs présentent l'*adaawk* comme s'il formait des énoncés non ambigus de droit de propriété du territoire. Des épisodes légendaires des récits correspondent à l'histoire géologique afin de suggérer une chronologie relative du temps où les événements sont censés avoir eu lieu. À partir de là, on peint une image des ancêtres jusqu'aux clans, ménages et villages d'aujourd'hui, qui se sont établis sur les territoires non occupés des temps post-glaciaires. Les premiers établissements ont été suivis de trois périodes de déplacements et de guerres qui ont donné lieu à la structure actuelle de droit de propriété du territoire. On pouvait revendiquer les nouveaux territoires de deux façons. D'abord, les terres considérées abandonnées pendant la migration étaient ouvertes aux nouveaux propriétaires. Sinon, les terres pouvaient être cédées à une autre tribu comme récompense rétributive pour les guerres perdues ou comme compensation pour services rendus au sein d'un clan. Cette cession de terre devait être reconnue officiellement au cours d'une cérémonie de cession de terres spéciale (*xsiisxw*) qui avait lieu au potlatch. Le transfert des terres ne pouvait pas avoir lieu sans une *xsiisxw* reconnue par tous. Pour utiliser des terres qui appartenaient à une maison, il fallait en demander la permission (en principe) et il était activement défendu aux voisins importuns et aux Européens importuns d'y entrer. Les alliances par mariage donnaient l'accès aux terres, mais pas au titre.

²¹⁷ Pendant les réunions du *Wilp Si'ayuukhl Nisga'a*, tous les membres peuvent se prononcer, participer aux périodes de questions, présenter des requêtes, soulever des questions urgentes et défendre les projets de

Effective Day Procedures Act, Nisga'a Lisims Government Act, Nisga'a Interpretation Act, Nisga'a Citizenship Act, Nisga'a Elections Act, Nisga'a Financial Administration Act, Nisga'a Capital Finance Commission Act, Nisga'a Administrative Decisions Review Act, Nisga'a Personnel Administration Act, Nisga'a Land Act, Nisga'a Land Designation Act, Nisga'a Village Entitlement Act, Nisga'a Nation Entitlement Act, Nisga'a Land Title Act, Nisga'a Fisheries and Wildlife Act, Nisga'a Forest Act, Nisga'a Programs and Services Delivery Act et la *Nisga'a Offence Act*. La constitution nisga'a décrit comment doit être exercé le pouvoir d'élaboration des lois par le *Wilp Si'ayuukhl Nisga'a* et elle énonce les règles pour le processus d'adoption des lois²¹⁸. De plus, le comité exécutif nisga'a²¹⁹ a le pouvoir d'adopter des règlements en vertu des lois adoptées par le *Wilp Si'ayuukhl Nisga'a* et les gouvernements de villages ont aussi ce pouvoir pour les domaines pour lesquels ils ont compétence.²²⁰

En vertu de l'*Accord définitif Nisga'a*, le gouvernement nisga'a n'a pas compétence exclusive²²¹. Sa compétence est toujours concurrente à la compétence fédérale ou provinciale. Il a donc été nécessaire de prévoir des règles pour déterminer quel droit a priorité s'il y a divergence ou conflit. [TRADUCTION] « En général, les lois nisga'a ont priorité en ce qui a trait aux questions internes de la nation nisga'a, c'est-à-dire les questions relatives à leur culture distincte, qui sont essentielles au fonctionnement de leur gouvernement ou à l'exercice de leurs autres droits

loi nisga'a présentés. Une loi est adoptée par le *Wilp Si'ayuukhl' Nisga'a* lorsque tous ces éléments sont présents : présentation du projet de loi; étude du projet de loi; vote final au sujet du projet de loi; et signature du projet de loi par le président.

²¹⁸ Le gouvernement nisga'a se compose du gouvernement Nisga'a Lisims; des gouvernements de village Nisga'a des villages nisga'a de New Aiyansh, de Gitwinksihlkw, de Laxgalts'ap et de Gingolx; ainsi que des représentants élus par les citoyens urbains nisga'a de Vancouver, de Terrace et de Prince-Rupert/Port-Edward.

²¹⁹ Le comité exécutif du gouvernement Nisga'a Lisims se compose de tous les officiers, du conseiller en chef de chaque gouvernement de village Nisga'a et d'un représentant de chaque collectivité de citoyens urbains nisga'a.

²²⁰ Voir le site Web du gouvernement Nisga'a Lisims, en ligne : <<http://www.nisgaalisims.ca/legislation.html>>

²²¹ Edmond Wright, «Self-Government: The Nisga'a Experience», dans *Speaking Truth to Power III*, Vancouver, BC Treaty Commission, 2002.

issus de traités²²². Dans certains cas, les lois nisga'a doivent se conformer aux normes provinciales afin d'être valides. Si ces normes sont respectées ou dépassées, les lois nisga'a ont priorité. Dans d'autres cas, le Canada, la Colombie-Britannique et la nation nisga'a s'entendent que, tandis que le gouvernement nisga'a devrait avoir l'autorité d'élaborer des lois, s'il y a un conflit, les lois fédérales ou provinciales devraient avoir priorité²²³. Finalement, il existe de nombreuses questions sur lesquelles le gouvernement nisga'a n'a pas compétence²²⁴. »

Edmond Wright a affirmé qu'en vertu de l'*Accord définitif Nisga'a*, les lois nisga'a ont priorité au sujet des questions suivantes : l'administration, la gestion et le fonctionnement du gouvernement nisga'a; la création, la continuation, l'unification, la dissolution, la dénomination ou la renomination des villages nisga'a sur les terres nisga'a et les citoyens urbains nisga'a; la citoyenneté nisga'a; la préservation, la promotion et le développement de la langue et de la culture nisga'a; l'utilisation, la gestion, la possession et la disposition de terres nisga'a qui appartiennent à la nation nisga'a; un village nisga'a ou une corporation nisga'a et les questions semblables relatives aux intérêts de propriété de la nation nisga'a; les villages nisga'a et les

²²² Les questions qui sont internes au peuple nisga'a sont les questions d'appartenance à la nation nisga'a, les institutions gouvernementales nisga'a, les mariages, les services sociaux, les services de santé, les services à l'enfance et à la famille, la garde d'enfants, l'adoption et l'éducation; la gestion des terres nisga'a, y compris l'élaboration et la gestion d'un régime d'enregistrement des titres fonciers, le contrôle de l'accès aux terres et aux autoroutes nisga'a, ainsi que l'utilisation, la gestion, la planification, le zonage et le développement des terres nisga'a; la gestion des ressources qui se trouvent sur les terres nisga'a, y compris les forêts, les pêches, les animaux sauvages et les ressources qui se trouvent sur les terres nisga'a.

²²³ Les questions suivantes sont énumérées dans le chapitre du gouvernement nisga'a comme questions pour lesquelles les lois fédérales ou provinciales ont priorité : l'utilisation, la possession et la gestion d'actifs qui ne se trouvent pas sur des terres nisga'a, qui n'appartiennent pas à la nation nisga'a, à des villages nisga'a ou à des corporations nisga'a; l'ordre public, la paix et la sécurité sur les terres nisga'a; la réglementation de la circulation et du transport sur les routes nisga'a; la célébration des mariages; la prestation de services sociaux par le gouvernement nisga'a aux citoyens nisga'a; les services de santé sur les terres nisga'a; l'interdiction de vente, d'échange, de possession et de consommation de substances intoxicantes, ainsi que les modalités et conditions à cet effet, sur les terres nisga'a; la protection civile; la vente, conformément à l'Accord définitif, de poissons ou de plantes aquatiques récoltés en vertu de l'Accord définitif; l'évaluation environnementale de projets sur les terres nisga'a; la protection de l'environnement sur les terres nisga'a; l'administration de la capacité de générer des recettes autonomes.

²²⁴ *Ibid.*

corporations nisga'a; l'utilisation, la gestion, la planification, le zonage, le développement des terres nisga'a et les questions semblables relatives à la réglementation et à la gestion des terres nisga'a (y compris l'établissement d'un régime cadastral ou d'un régime d'Enregistrement des titres fonciers) et la désignation des terres nisga'a; l'utilisation, la possession, la gestion et les questions semblables relatives aux intérêts de propriété de la nation nisga'a; les villages nisga'a et les corporations nisga'a ainsi que leurs actifs, autres que les biens immobiliers sur les terres nisga'a; l'organisation et la structure pour la prestation de soins de santé sur les terres nisga'a; l'autorisation ou la délivrance de permis à des soignants autochtones sur les terres nisga'a, y compris les mesures relatives à la compétence, à l'éthique et à la qualité de la pratique qui sont raisonnablement exigées pour protéger le public; les services à l'enfance et à la famille sur les terres nisga'a, si les lois nisga'a comprennent des normes comparables aux normes provinciales conçues pour assurer la sécurité et le bien-être des enfants et des familles; l'adoption d'enfants nisga'a, si les lois nisga'a prévoient expressément que les meilleurs intérêts de l'enfant représentent la principale considération et que l'on fournit à la Colombie-Britannique et au Canada les registres de toutes les adoptions qui ont lieu en vertu des lois nisga'a; l'éducation d'enfants nisga'a, du préscolaire à la 12^e année sur les terres nisga'a, si les lois nisga'a comprennent des dispositions pour les programmes, les examens et les autres normes qui permettent le transfert entre les systèmes scolaires, ainsi que pour la certification des enseignants; l'éducation postsecondaire sur les terres nisga'a, si les lois nisga'a comprennent des normes comparables aux normes provinciales relativement aux questions telles que la structure institutionnelle et l'obligation de rendre compte, l'admission et les normes de programme; le transfert de biens culturels (costumes de cérémonie et biens semblables associés à un clan nisga'a et d'autres biens personnels ayant une signification culturelle pour la nation nisga'a) d'un citoyen nisga'a qui décède sans testament²²⁵.

²²⁵

Ibid. Les autres questions pour lesquelles le droit nisga'a a priorité sont : les avoirs forestiers et les autres avoirs de la forêt qui se trouvent sur les terres nisga'a, si les lois nisga'a satisfont aux normes provinciales

H. Les traditions juridiques des Inuits

Les Inuits sont des peuples circumpolaires qui vivent dans l'Arctique, dans des régions de l'Alaska, du Groenland, de la Sibérie et du Canada. Au Canada, ils occupent les parties ouest et centrale de l'Arctique, la région de Keewatin des terres stériles, l'Île de Baffin, l'Extrême-Arctique, les régions côtières de la Baie d'Hudson et des parties du nord du Québec et du Labrador. Comme les Nisga'a, les Inuits mettent en œuvre leurs traditions juridiques dans un contexte contemporain à la suite de leur entente sur leurs revendications territoriales et leurs pouvoirs de gouvernance publique dans le plus récent territoire du Canada, le Nunavut.

Les termes *maligait*, *piquajait* et *tirigusuusit* constituent les termes juridiques les plus importants du droit inuit.²²⁶ Le terme *maligait* se rapporte aux choses qui doivent être respectées²²⁷. Il s'agit d'un terme relationnel qui met l'accent sur le résultat d'une demande (l'obligation d'obéir)²²⁸. Le terme *piquajait* porte sur les choses qui doivent être faites. L'obligation qui fait l'objet du terme *piquajait* est le souhait d'une personne autorisée au sujet de quelque chose qui doit être fait. Le terme *tirigusuusit* se rapporte aux choses qu'il faut éviter. Si une personne enfreint le *tirigusuusit*, elle fera face aux conséquences de ses gestes.

ou les dépassent (selon les dispositions transitionnelles); les droits et les obligations de la nation nisga'a relativement aux poissons et aux plantes aquatiques en vertu de l'Accord définitif, si les lois nisga'a sont conformes à cet Accord et l'Accord de récolte et ne sont pas contraire aux plans de pêche annuels nisga'a approuvés par le ministre; les droits et les obligations nisga'a relativement aux animaux sauvages et aux oiseaux migratoires en vertu de l'Accord définitif, si les lois nisga'a sont conformes à cet Accord mais ne sont pas contraire aux plans de gestion annuels approuvés par le ministre; l'établissement d'une commission de police nisga'a et d'un service de police nisga'a, si les lois nisga'a comprennent des dispositions qui se conforment ou sont compatibles de façon substantielle avec les normes provinciales établies dans l'Accord définitif et avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil; l'établissement d'un tribunal nisga'a, si les lois nisga'a comprennent des lois qui visent à assurer la justice, l'indépendance et l'obligation de rendre compte, et avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil; la taxation directe des citoyens nisga'a sur les terres nisga'a afin de générer des revenus pour la nation nisga'a ou un village nisga'a; la mise en œuvre d'accords de taxation avec le Canada ou la Colombie-Britannique.

²²⁶ Mariano Aupilaarjuk, Marie Tulimaaq, Emile Imaruittuq, Lucassie Nutaraaluk, Akisu Joamie, dans Jarich Oosten, Frédéric Laugrand et Wim Rasing, dir., *Interviewing Inuit Elders, Volume 2: Perspectives on Traditional Law*, Iqaluit, Nunavut Arctic College, 1999.

²²⁷ Le terme *malik* signifie «suivre une personne, un animal, une idée, un objet».

²²⁸ *Ibid.*, à la p. 2.

Ces traditions juridiques sont très anciennes, mais elles ont une application possible aux circonstances actuelles. L'Aîné inuit Aupilaarjuk a déclaré : [TRADUCTION] « Aujourd'hui, le problème est de retenir des vieilles traditions ce qui est valide pour le présent. Quand j'y pense, je me demande comment nous pouvons résoudre le problème. J'aimerais contempler le *maligait* inuit que nous avons eu par le passé et le comparer aux lois que nous avons aujourd'hui, pour que nous puissions élaborer des lois meilleures pour l'avenir »²²⁹. Quand on a demandé à Aupilaarjuk quels *tirigusuusiit* pourraient être valides aujourd'hui, il a répondu :

[TRADUCTION] Je crois que nous pourrions en reprendre certains parce qu'ils ne sont pas dangereux. Nous *tirigusuk* lorsque nous nous retenons de faire quelque chose. Les *Qallunaat* (non-Inuits) ont aussi des *tirigusuusiit* comme le fait de ne pas travailler le dimanche. Il s'agit d'un *tirigusungniq* des temps modernes. Respecter les *tirigusungniq* n'est pas une mauvaise chose, c'est une bonne chose parce que cela fait partie de notre tradition. ...Je crois qu'il est important que nous reprenions certains des *tirigusuusiit*. Les personnes n'en deviendront pas mauvaises pour autant. Simplement parce qu'ils font partie des *ukpirusuusiit* Inuits, certaines personnes pensent qu'ils ne sont pas bons et qu'ils viennent de Satan. Elles ont tort de penser comme cela. Ce que nous suivons aujourd'hui n'est pas bien et les gens s'entretuent. Les Inuits n'étaient pas comme ça avant. Nous devons regarder d'où nous venons et où nous sommes aujourd'hui. On croyait vraiment au *tirigusuusiit* autrefois. C'est à cela qu'il faut penser lorsque vous préparez votre avenir.

Le *tirigusuusiit* pourrait être utilisé comme dispositif juridique inuit pour mettre en évidence des gestes inappropriés. Bien que ce ne sont pas tous les *tirigusuusiit* anciens qui seraient respectés dans une situation contemporaine, on pourrait les comparer et les mettre en contraste par rapport à d'autres traditions juridiques canadiennes afin de créer un avenir meilleur, comme le suggère Aupilaarjuk. Par exemple, le *tirigusuusiit* exige que les campements restent propres par respect pour la terre et les animaux. Joan Atuat de Qairnirmiut a fait remarquer : [TRADUCTION] « Nous devons conserver notre espace réservé aux poubelles dans un petit endroit, à l'écart des enfants et des tentes. Ma grand-mère était très sévère au sujet des personnes qui jetaient des rebuts dans les lacs. Elle ne voulait rien savoir des poissons sales... Elle était tellement stricte avec la propreté qu'elle ne voulait même pas de

²²⁹

Ibid., à la p. 13.

petites choses par terre, autour de la tente »²³⁰. Ce *tirigusuusiit* s'avérerait une loi sage en matière de planification environnementale et d'utilisation de la terre. Il existe des *tirigusuusiit* au sujet des visites à la terre d'autres personnes, des vêtements, de la chasse et d'autres activités²³¹.

L'*Inuit Qaujimajatuqangit* est un concept particulièrement important du droit inuit. Il contient des enseignements pour l'avenir. « L'expression *Inuit Qaujimajatuqangit* regroupe les connaissances traditionnelles transmises oralement, les structures familiales et politiques, l'apprentissage, les projets de développement social et même la compréhension des conditions météorologiques locales »²³². Il a également été décrit comme une technologie vivante de rationalisation de la pensée et des gestes et d'organisation des tâches, des ressources, de la famille et de la société en un tout cohérent²³³.

Aujourd'hui, le gouvernement territorial du Nunavut est une des institutions les plus importantes à mettre en pratique les traditions juridiques des Inuits au Canada. Le gouvernement s'est beaucoup basé sur l'*Inuit Qaujimajatuqangit* pour structurer son programme législatif et administratif et ses activités. Par exemple, la *Loi sur l'intégrité du Nunavut* intègre l'*Inuit Qaujimajatuqangit* dans son processus et sa substance lorsqu'il s'agit de composer avec les conflits d'intérêt²³⁴. Cela a été reconnu par les membres de l'assemblée législative du Nunavut

²³⁰ John Bennett et Susan Rowley, dir., *Uqalurait: An Oral History of Nunavut*, Montréal, McGill-Queen's Press, 2004, à la p. 110.

²³¹ *Ibid.*, aux pp. 131, 310, 391 et 402.

²³² Commission du droit du Canada, *Rapport final : La transformation des rapports humains par la justice participative*, Ottawa, 2003, chapitre 2.

²³³ Jaypetee Arnakak, «What is Inuit Qaujimajatuqangit?», *Commentary, Nunatsiaq News*, 25 août 2000.

²³⁴ Nu. 2001, c.7.

lorsqu'il a été présenté²³⁵. À l'ouverture de la session de 2004, on a fait constamment référence aux traditions juridiques des Inuits dans les lois²³⁶. Les procédures juridiques inuites sont également évidentes dans le fonctionnement du comité exécutif. Il n'existe pas de parti politique sur le territoire; le cabinet fonctionne en vertu d'un consensus politique²³⁷. Parmi les concepts utilisés en vertu de l'*Inuit Qaujimaqatugangit*, notons ceux-ci : *Pijitsirniq* (prestation de services), *Aajiiqatigiinni* (prise de décisions), *Pilimmatsaniq* (transmission de connaissances et de compétences grâce à l'observation, à l'exécution et à la mise en pratique); *Piliriqatigiinni* (travail ensemble pour une cause commune); *Avatittinnik Kamattiarnik* (bonne intendance de l'environnement); *Qanuqtuurniq* (résolution de problèmes grâce à la débrouillardise); *Tunnganarniq* (ouverture, tolérance et respect des différences); *Ippigusuttiarniq* (soins des autres); *Angiqatigiinni* (aller de l'avant en comprenant bien ce qui se passe); *Ikajuqatigiinni* (aide et collaboration sans aucun obstacle); *Qaujimaqatigiinni* (échange d'information); *Uppiriqattautiniq* (traitement équitable); *Tukisiumaqatigiinni* (compréhension consciente des autres comme fondement des relations mutuelles); *Ilainnasiunnginni* (sensibilité aux différences); *Ilajjuttigiinni* (encouragement des autres); *Aaqqiumatitsiniq* (maintien de l'ordre); *Iqqaqtuijjiqattariaqannginni* (ne pas juger les autres); *Piviqaqtittiniq* (occasion de participer et de contribuer); *Silatuniq* (sagesse de savoir comment appliquer ses connaissances); et *Ajuqsatittinginni piviqarialinnik* (appui d'un milieu qui favorise la croissance, le perfectionnement et le succès)²³⁸. Le gouvernement du Nunavut a saisi plusieurs occasions

²³⁵ Assemblée législative du Nunavut, cinquième session, *Hansard*, 24 mai, 2001, en ligne : <<http://www.assembly.nu.ca/old/english/hansard/final5/010524.html>> Voir en général le travail du Commissaire à l'intégrité du Nunavut, en ligne : <<http://www.integritycom.nu.ca/francais/index.html>>

²³⁶ Par exemple, à l'ouverture de la session de 2004, le mardi 16 novembre, on a répété les engagements du gouvernement envers l'*Inuuqatigiitsiarniq*, des collectivités saines; le *Pijarniniqsaq qattuijjiqatigiitsiarnirlu*, la simplicité et l'unité; le *Nangminiq makitajunnarniq*, l'indépendance; et l'*illipalliinginnaqniq*, l'apprentissage continu.

²³⁷ En vertu du système de consensus, les ministres sont choisis par l'assemblée législative et non pas par le premier ministre. Le premier ministre, cependant, est responsable d'assigner les postes ministériels.

²³⁸ Recherche et statistique, examen du Programme de justice communautaire du Nunavut : Rapport final, Ministère de la Justice, 2004, en ligne : <<http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/rs/rep/2005/rr05-7/p0.html>>, annexe I, avec l'aide de Scott Clark Consulting Inc.

d'intégrer les traditions juridiques ci-dessus et bien d'autres à leur législation, à leur réglementation et à leurs procédures gouvernementales²³⁹.

III. Les enseignements du bijuridisme

À cette étape-ci, il importe de faire une révision rapide du droit civil et de la common law. Récemment, le concept de bijuridisme canadien a souvent été mentionné. Cela [TRADUCTION] « renvoie à un état de faits : la coexistence de deux systèmes juridiques contemporains au Canada »²⁴⁰. Tandis que le concept qui se trouve à la base du bijuridisme est juste en tant que tel, il soulève aussi certains problèmes parce qu'il n'est pas suffisamment inclusif. Comme on l'a déjà fait remarquer, de nombreuses traditions juridiques autochtones fonctionnent toujours au Canada d'une façon systémique importante. Le Canada se décrirait mieux comme un État multijuridique ou juridiquement pluraliste. La question du droit autochtone nécessite une approche pluraliste si l'on veut comprendre les relations entre les traditions juridiques canadiennes.

Une compréhension plus approfondie du développement de la common law et du droit civil démontre la nature historiquement fluide, socialement construite et culturellement redevable des traditions juridiques au Canada. Elle sert également de rappel important qu'il ne faut pas stéréotyper ou exagérer la nature positiviste des traditions juridiques non autochtones²⁴¹. Sans ce contexte plus large, on pourrait considérer les traditions comme « naturelles » et

²³⁹ Voir en général les archives de *Nunatsiaq News*, en ligne : < <http://www.nunatsiaq.com/archives/archives.html>.>

²⁴⁰ Marie-Claude Gervais, «Harmonization and Dissonance: Language and Law in Canada and Europe», dans Ministère de la Justice, *Bijuridisme et harmonisation : Genèse*, Ottawa, Ministère de la Justice et Procureur général du Canada, 2001, à la p. 10.

²⁴¹ J.F. Gaudreault-Desbiens, «The Québec Secession Reference and the Judicial Arbitration of Conflicting Narratives about Law, Democracy and Identity» (1999) 23 *Vermont Law Review*, à la p. 793.

« intemporelles » et cela pourrait porter à conclure que les traditions juridiques autochtones n'ont pas leur place dans la société contemporaine. Le droit civil et la common law ne sont pas les deux seuls ordres juridiques établis au Canada; ils ne sont pas non plus exclusifs ou intrinsèques au maintien de l'ordre et de la paix. La compréhension de l'évolution conditionnelle du droit civil et de la common law au fil du temps, à mesure qu'ils croissaient et déclinaient selon les facteurs socioculturels, sensibilise davantage sur la nécessité de choisir et d'agir moralement face à l'adoption et à l'adaptation des traditions juridiques de l'histoire du Canada. Cette reconnaissance est importante pour la suite de l'évolution des traditions juridiques autochtones puisque des pouvoirs de choix et la liberté d'agir selon ces croyances sont maintenant possibles.

Il est tentant de faire des distinctions larges et presque irréconciliables entre les traditions juridiques autochtones et les sources juridiques occidentales en raison de leur histoire, de leur organisation sociale et de leurs valeurs différentes. C'est pourquoi il est important de souligner que, comme les traditions juridiques autochtones, les traditions juridiques plus larges du Canada reposent également sur des hypothèses culturelles non écrites. La Cour suprême a déclaré que, s'il est vrai que la Constitution canadienne est principalement une constitution écrite, « derrière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces principes non écrits inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées²⁴² ». Par la suite, la Cour déclare aussi que ces principes non écrits « ne sont pas simplement descriptifs, mais ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements²⁴³ ». Les traditions juridiques autochtones font partie des principes normatifs non écrits du Canada et,

²⁴² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

²⁴³ *Ibid.*, para. 54.

avec la common law et le droit civil, on peut affirmer qu'ils « constituent le fondement même de la Constitution du Canada »²⁴⁴.

Si on n'apprécie pas les similitudes, les différences entre les systèmes autochtones et non autochtones peuvent donner lieu à des malentendus et des stéréotypes au sujet des traditions autochtones. La Cour suprême du Canada s'est peut-être prise à ce piège lorsqu'elle a réfléchi au sujet des similitudes et des différences entre les traditions autochtones et non autochtones. Dans l'arrêt *R. c. Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a observé que « Dans la tradition autochtone, la transmission orale des récits poursuit un objectif qui dépasse le rôle de l'histoire écrite dans les sociétés occidentales. Cet objectif consiste peut-être à renseigner l'auditeur, à communiquer certains aspects de la culture, à socialiser la population en lui donnant une tradition culturelle, ou encore à valider l'autorité et le prestige que revendique telle ou telle famille »²⁴⁵. Cette description du rôle social des récits oraux autochtones est frappante, non pas parce qu'elle n'est pas exacte – la Cour est en fait sensible aux divers rôles que ces traditions peuvent jouer – mais plutôt parce que la Cour semble passer outre la fonction sociale plus large du droit canadien. Le « large rôle social » de la tradition autochtone, comme « expression des valeurs et des mœurs » de la culture n'est pas très différent du rôle que revêtent les traditions du droit civil et de la common law²⁴⁶. Pourtant, en opposant les traditions autochtones et non autochtones sous forme de dichotomie, la Cour suprême n'a pas assez souligné l'ample fonction sociale du droit civil ou de la common law.

Ces idées stéréotypées au sujet du droit autochtone peuvent soulever certains problèmes parce qu'elles négligent le rôle du droit civil et de la common law comme moyen culturel qui éduque,

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, à la p. 1068 (C.S.C.), avec citation du *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones, volume 1, Un passé, un avenir*, Ottawa, Ministère des approvisionnements et Services Canada, 1996.

²⁴⁶ Citation de *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, à la p. 1068, avec paraphrase de Clay McLeod, «The Oral Histories of Canada's Northern Peoples, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada's Fiduciary Duty to First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past» (1992) 30 *Alberta Law Review* 1276.

communiquent et socialisent. Elles rendent les principes et les traditions autochtones trop subjectives et « non juridiques » en raison de leur « large rôle social ». Il est trop facile de détacher le droit civil et la common law de leur contexte culturel. Cela est plus particulièrement vrai lorsque leurs composantes culturelles semblent presque invisibles précisément parce qu'elles correspondent aux valeurs d'une grande partie de la société. Une évaluation juste des similitudes et des différences entre les traditions juridiques autochtones, les traditions du droit civil et les traditions de la common law devrait porter une attention égale aux aspects culturels de chacune. Les deux traditions juridiques les plus dominantes au Canada, le droit civil et la common law, ont également des racines culturelles profondes. Elles ne sont pas détachées de la société et n'existent pas non plus sans elle. L'évolution du droit civil et de la common law découle des cultures de groupes particuliers de Canadiens et Canadiennes et elle y est intégrée.

A. Les traditions juridiques du droit civil

La tradition du droit civil tire ses origines dans le droit romain et a initialement été codifiée dans le Code Justinien²⁴⁷. Elle s'est développée subséquemment sur le territoire continental européen, puis s'est propagée dans le monde sous formes codifiées et non codifiées. Le droit civil est une tradition hautement structurée. Il est fondé sur de grandes déclarations de principes généraux qui fournissent une orientation à ses adhérents. Il a été d'abord reçu en Amérique du Nord quand la Nouvelle-France est devenue une province royale en 1663, plus d'un siècle avant la Révolution française en 1789. Au départ, le droit civil au Canada émane d'un décret du roi Louis XIV que la Nouvelle-France devait suivre la Coutume de Paris, à savoir l'ensemble de droit qui gouvernait l'Île de France (la région autour de Paris) à l'époque. La transplantation centralisée de coutumes d'une partie du monde et leur application à des personnes dans une

²⁴⁷ William Tetley, «Mixed Jurisdictions: Common Law and Civil Law (Codified and Uncodified)» (1999) 4 *Uniform Law Review* 591.

autre partie du monde (même si elles n'ont pas nécessairement les mêmes coutumes) est une caractéristique du droit fondé sur des principes. Les lois de la Nouvelle-France démontrent cette tendance. Elles sont régies par les autorités supérieures à l'aide d'ordonnances royales et de décrets et décisions du Conseil Souverain qui proclament les lois d'après lesquelles les personnes vivraient²⁴⁸. Heureusement, on a reconnu dès le début que la loi n'est pas efficace si elle ne tient pas compte des valeurs locales. Il a été implicitement reconnu que les personnes au « sommet » de la hiérarchie sociale doivent interagir avec celles au « bas » de la hiérarchie pour que la loi soit efficace. Le Code a donc fait l'objet de plusieurs changements en 1667, 1678 et 1685 et a permis de tenir compte des circonstances culturelles particulières de la Nouvelle-France.

En 1763, après la conquête et le Traité de Paris, on a choisi d'abolir le droit civil en Nouvelle-France et d'y imposer le système de common law britannique. En pratique, toutefois, le droit civil a continué d'exister, et il est intéressant de noter que les proclamations positivistes du droit britannique formel n'ont pas été suffisantes pour supplanter des lois qui en étaient venues à refléter des valeurs plus locales. La culture de la loi locale chez les pionniers français n'a pas facilement été effacée. Par conséquent, les Britanniques réintègrent le système de droit civil (aux fins de droits de propriété et de droits civils) dans l'*Acte de Québec de 1774*. Ils ont reconnu que la meilleure façon d'assurer l'ordre et un certain degré d'allégeance était de permettre aux personnes de vivre plus près de leurs coutumes et valeurs. Depuis cette date, le droit civil a survécu au Canada²⁴⁹.

²⁴⁸ Melanie Brunet, *Sortir de l'ombre : la tradition civiliste au ministère de la Justice du Canada*, Canada, Approvisionnement et Services, 2000, à la p. 5.

²⁴⁹ John Briery et Roderick Macdonald, dir., *Québec Civil Law: An Introduction to Québec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993.

Par exemple, l'*Acte constitutionnel de 1791* a séparé la province de Québec en deux : la province du Haut-Canada et la province du Bas-Canada et n'a pas éliminé le droit civil²⁵⁰. Tandis que le Haut-Canada est devenue une juridiction de common law, le Bas-Canada a conservé sa tradition de droit civil. Près de cinquante ans plus tard, un autre changement s'est produit en raison de l'*Acte d'union, 1840*. Cet acte a entraîné l'union politique du Haut-Canada et du Bas-Canada. Cela n'a pas modifié le droit civil, mais a créé des pressions uniques sur le système. Ainsi, aux fins de résoudre les problèmes qui avaient été provoqués par le mélange de la common law britannique et de la Coutume de Paris, un Code civil bilingue a été élaboré en 1857. Le droit civil au Canada n'avait pas été codifié avant cette initiative. En 1866, on a adopté le *Code civil du Bas - Canada*, qui a également tiré son inspiration du Code Napoléon de 1804. Le code de 1866 comprenait quatre volumes traitant des personnes, de la propriété et de ses diverses modifications, de l'acquisition et de l'exercice du droit à la propriété, et du droit commercial.

La Confédération a également permis la continuation du droit civil au Canada en matière de droit privé. Ce choix explicite fait par les fondateurs canadiens, soutenus par le paragraphe 92(13) du Parlement impérial, a donné aux provinces un pouvoir exclusif sur les droits de propriété et les droits civils. Cela a continué la tradition juridique du Québec dans ce champ de compétence alors que le gouvernement fédéral conservait la compétence en matière de droit pénal. Le *Code civil du Bas-Canada* est resté pratiquement inchangé de 1866 à 1955. À la fin des années 1980, il est devenu apparent qu'une révision importante du Code était requise. Par conséquent, un nouveau *Code civil du Québec* est entré en vigueur le 1^{er} février 1994. Le nouveau Code comprend dix volumes et inclut quelques concepts de la common law²⁵¹.

²⁵⁰ W.J. Eccles, *France in America*, Toronto, University of Toronto Press, 1972, à la p. 234.

²⁵¹ 1. Les personnes (p. ex. droits personnels fondamentaux, règles de résidence, vie privée), 2. La famille (p. ex. mariage, filiation, adoption), 3. Les successions (p. ex. testaments, héritages, successions),

La tradition interprétative du droit civil fait ressortir la suprématie des grands principes et exprime, comme l'a écrit le professeur Rod Macdonald, des engagements sociaux plus profonds : [TRADUCTION] « Un code civil peut être décrit comme une constitution sociale ou civile – un texte qui documente le pacte entre les gens en vertu duquel les termes fondamentaux de la société civile sont établis »²⁵². Le droit civil demeure une tradition juridique puissante au Canada en raison de son usage historique et de sa relation à la société et à la culture auxquelles il s'applique.

B. Les traditions juridiques de la common law

Au même moment que le droit civil s'est développé au Canada, la tradition de common law a également commencé à être largement utilisée. La nature et le droit divin n'ont pas désigné le Canada comme un pays de common law, mais les personnes qui se sont installées sur les terres à l'extérieur du Québec ont amené avec elles une préférence culturelle pour cette tradition juridique. Les origines de la common law ne sont pas fondées dans un texte. Le système s'est développé à partir d'une tradition « exprimée sous forme d'actions »²⁵³. Tout comme certaines traditions juridiques autochtones, la common law a commencé comme droit coutumier. En fait, le droit coutumier est encore important dans le cadre du développement du raisonnement de la common law. La common law britannique était le produit d'une grande diversité de cultures dans l'Angleterre médiévale. Elle découle d'une société où un nombre

4. La propriété (p. ex. possession, frontières territoriales, emprises routières), 5. Les obligations (p. ex. droit contractuel, responsabilité civile (droit de la responsabilité délictuelle), ventes, locations), 6. Les hypothèques (c.-à-d. hypothèques et vente immobilière), 7. La preuve (p. ex. fardeau de la preuve, règles de la preuve), 8. Les prescriptions (c.-à-d. statuts de prescription), 9. La publicité des droits (p. ex. inscription de la propriété), 10. Le droit international privé (régit le règlement des questions juridiques touchant des personnes à l'extérieur du Canada).

²⁵² Rod MacDonald, «Encoding Canadian Civil Law», dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1997, aux pp.136-159. Voir aussi J. Carbonnier, « Le Code Civil », dans *Les Lieux de Mémoire*, vol. 2. P. Nora dir., Paris, Gallimard, 1986.

²⁵³ Simpson, *op. cit.* note 4.

déconcertant de tribunaux, qui proviennent d'une vaste gamme de cultures, mettaient en application une grande variété de lois²⁵⁴. Dans toute l'Angleterre, il y avait des tribunaux de tous les genres : les tribunaux d'*equity*, les tribunaux de commerce, les cours seigneuriales, les tribunaux universitaires, les cours de comté, les cours de bourg, les tribunaux ecclésiastiques et les tribunaux aristocratiques²⁵⁵. La common law est née quand l'utilisation de brefs s'est accrue aux dépens de ces autres juridictions²⁵⁶. Le grand historien britannique F. W. Maitland a observé que les brefs étaient « des moyens de centraliser la justice, qui permettaient au tribunal royal d'enlever des affaires aux autres tribunaux »²⁵⁷. La common law dans l'Angleterre médiévale était un système formulaire élaboré autour d'un ensemble de brefs qu'une partie au litige pouvait obtenir de la chancellerie en vue d'intenter des poursuites dans les cours royales²⁵⁸. Chaque bref donnait lieu à une manière précise de procéder ou à une « forme d'action », chacune avec ses propres règles et procédures²⁵⁹. Ces « formes d'action » étaient les mécanismes de procédure utilisés par les tribunaux afin de donner une expression aux théories de la responsabilité reconnues par la common law²⁶⁰. Par l'intermédiaire de ces brefs, les parties au litige choisissaient leur recours avant le procès. Elles ne pouvaient pas changer par la suite leur plaidoirie afin de se conformer à la preuve requise pour la cause ou répondre au choix d'une autre théorie de la responsabilité par le tribunal²⁶¹. Si les parties au litige ne

²⁵⁴ Voir Patrick Glenn, «The Common Law in Canada » (1995) 74 *Revue du Barreau canadien*, aux pp. 265, 276; Matthew Hale, *The History of the Common Law of England*, Charles M. Gray, dir., Chicago, University of Chicago Press, 1971, aux pp. 39-43. La diversité culturelle dans le développement du Royaume-Uni est bien détaillée dans Norman Davies, *The Isles: A History*, New York, Oxford University Press, 1999.

²⁵⁵ Voir John H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1979.

²⁵⁶ Voir Frederic W. Maitland et Francis C. Montague, *A Sketch of English Legal History*, London, G.P. Putnam and Sons, 1915, aux pp. 1-130.

²⁵⁷ Voir Frederic W. Maitland, *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1948, à la p. 11.

²⁵⁸ Maitland, *op. cit.* note 256, à la p. 101.

²⁵⁹ Voir M. P. Furmston, dir., *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 11^e éd., Londres, Butterworths, 1986, à la p. 2.

²⁶⁰ Henry Campbell Black, *Blacks Law Dictionary*, 5^e éd., St. Paul West Publishing, 1979, à la p. 587.

²⁶¹ *Ibid.*

choisissaient pas le bon bref pour leur action, leur revendication échouait²⁶². Cette uniformité a permis un contrôle plus centralisé de toute la structure de common law²⁶³. La souveraineté de la Couronne s'est accrue avec l'élargissement de la juridiction de la common law²⁶⁴.

La common law a été exportée au Canada quand les gouverneurs britanniques sont arrivés sur ses côtes et ont fait valoir son application à leur nouveau lieu de résidence. Ils ont fait un choix. La date de réception de la common law varie dans l'ensemble du pays²⁶⁵. Avant la Confédération, Terre-Neuve-et-Labrador, l'Île-du-Prince-Édouard, le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse ont tous suivi la common law après l'établissement et la déportation des Acadiens dans les Maritimes. De même, les colonies de l'île de Vancouver et de la Colombie-Britannique étaient des juridictions de common law avant l'union. On place généralement la date d'établissement de la common law dans ce qui est devenu l'Ontario en 1763; et celle des Prairies et des anciens Territoires du Nord-Ouest, en 1870. Ce n'est pas avant 1949 que les décisions et les développements du droit britannique ont cessé d'être incorporés directement dans la common law canadienne. Bien sûr, beaucoup d'Autochtones se demandent comment ces colonies sont devenues des juridictions de common law quand les traditions juridiques autochtones ont continué de s'appliquer dans chacune d'entre elles.

La tradition de common law au Canada contemporain fonctionne en vertu de la doctrine du *stare decisis* et d'une hiérarchie des tribunaux. *Stare decisis* est le principe par lequel les décisions dans les affaires précédentes sont appliquées aux affaires courantes qui sont

²⁶² Voir Albert K. R. Kiralfy, dir., *Potter's Historical Introduction to English Law and its Institutions*, Londres, Street and Maxwell, 1962, aux pp. 293-297.

²⁶³ Voir Margaret H. Ogilvie, *Historical Introduction to Legal Studies*, Toronto, Carswell, 1982, aux pp. 70, 101, 106 et 107.

²⁶⁴ Voir Stroud F. C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1981, aux pp. 11-36.

²⁶⁵ Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1997, aux pp. 1-17.

similaires sur le plan matériel. On s'attend à ce que les juges justifient leurs décisions de se fonder sur certaines affaires et principes. Tel qu'il a été précédemment noté, la doctrine du précédent ne faisait pas initialement partie de la méthode de la common law. En effet, cela est venu avec le développement de l'industrialisation au 17^e siècle et la nécessité d'avoir des règles normalisées²⁶⁶. En vertu de la doctrine du précédent, les affaires antérieures donnent une orientation et imposent des restrictions aux juges. On assure ainsi un certain degré d'uniformité à la loi et on essaie ainsi d'éviter la prise de décisions arbitraires. Un autre aspect de la common law qui est maintenant accepté, mais qui ne faisait pas partie de son fonctionnement à l'origine, est la hiérarchie des tribunaux. Les décisions des tribunaux inférieurs peuvent être portées en appel devant les cours supérieures, et les décisions des cours supérieures doivent être respectées par les tribunaux inférieurs. La Cour suprême du Canada est au sommet de la hiérarchie; plus bas, on trouve les cours d'appel provinciales, suivies des tribunaux de première instance. La hiérarchie favorise également l'uniformité et vise à supprimer le caractère arbitraire. La culture de la common law est une culture à développement progressif, au cas par cas.

Ce bref examen du droit civil et de la common law illustre l'importance de l'histoire et de la culture dans le développement des traditions juridiques. Sans une telle compréhension, certaines personnes peuvent ne pas reconnaître que le développement des traditions de droit civil et de common law est fondé sur des circonstances historiques et culturelles particulières. Le choix et la liberté d'agir selon ces croyances sont tous deux joués un rôle dans l'adoption et l'adaptation de ces traditions. Le choix et la liberté d'agir selon ces croyances seront aussi importants à l'adoption et à l'adaptation continue des traditions juridiques autochtones. Puisque les traditions juridiques sont assujetties à l'intervention humaine, elles peuvent changer, évoluer et se développer.

²⁶⁶ Glenn, *op.cit.* note 25.

C. La relation entre les traditions juridiques du Canada

Il est important de comprendre la relation entre les traditions juridiques du Canada afin de se rendre compte de leur effet l'une sur l'autre. Aucune n'est complètement autonome; elles s'influencent mutuellement pour le meilleur ou pour le pire. Pendant la plus grande partie de l'histoire du pays, la common law a été une force dominante au Canada. Parfois, cela a rendu difficile le développement et la croissance des traditions juridiques civiles et autochtones. Toutefois, au cours des trois dernières décennies, le droit civil est de plus en plus sorti de l'ombre de la common law, et joui maintenant d'une plus grande reconnaissance. La croissance des traditions juridiques autochtones pourrait suivre le même chemin si des mesures appropriées sont prises.

i. Les interactions entre le droit civil et la common law : le droit autochtone peut-il en tirer des leçons?

Les traditions juridiques canadiennes interagissent les unes avec les autres et cela peut comporter des leçons pour la croissance des lois autochtones. Le droit civil a été démesurément influencé par la common law et a tout de même préservé son autorité. Peut-être les mêmes conclusions s'appliqueront-elles aux traditions autochtones influencées par les autres traditions juridiques. Les traditions autochtones maintiendront peut-être leur pouvoir malgré le fait qu'elles sont grandement éclipsées par d'autres traditions juridiques dans les tribunaux, le Parlement et les législatures provinciales.

Pendant de nombreuses années, les tribunaux, le Parlement et les législatures à l'extérieur du Québec ont accordé très peu d'attention au droit civil. Même au Québec, il s'est écoulé une longue période où l'on s'est inquiété de l'infiltration de principes de common law dans

l'interprétation judiciaire du code civil²⁶⁷. Durant ces années, la Cour suprême du Canada n'accordait pas le même poids au droit civil qu'à la common law de sorte qu'on pouvait craindre l'assimilation du droit civil. Il semblait en danger d'assimilation²⁶⁸. Le Conseil privé et la Cour suprême ne semblaient pas comprendre que le Code civil était un document fondateur du système judiciaire du Québec. Par conséquent, ils le traitaient comme une loi ordinaire²⁶⁹. Ce manque de réciprocité entre les deux systèmes a suscité des préoccupations parmi plusieurs personnes concernant la vitalité continue de la tradition du droit civil²⁷⁰. Les universitaires se sont même demandés si le droit civil serait compromis et assimilé par l'influence des principes interprétatifs de la common law²⁷¹. Le vent semble avoir tourné au cours des dernières années²⁷². L'influence du droit civil a commencé à croître après 1949 quand la Cour suprême du Canada a remplacé le Conseil privé comme organe d'appel de dernière instance du pays. Depuis 1975, l'influence grandissante du droit civil sur la common law a été très évidente. La Cour suprême du Canada et le Parlement du Canada ont pris des mesures afin de rééquilibrer la relation entre les deux systèmes.

²⁶⁷ Voir, généralement, France Allard, « La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme », dans le ministère de la Justice, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la Justice, 2001. Voir aussi J. M. Brisson et A. Morel, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la Justice 1997, aux pp. 213-231.

²⁶⁸ D. Howes, «From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Québec Law, 1875-1929» (1987) 32 *Revue de droit de McGill*, 523.

²⁶⁹ *Québec Railway, Light, Heat and Power Co. c. Vandry* [1920] A.C. 662; *Town of Montreal West c. Hough*. [1931] R.C.S. 113.

²⁷⁰ Lloyd Brown-John et Howard Pawley, *When Legal Systems Meet: Bijuralism in the Canadian Federal System*, Barcelone, Institut de Ciències Polítiques I Socials, 2004, à la p. 12, en ligne : <http://www.diba.es/icps/working_papers/docs/wp234.pdf>

²⁷¹ *Ibid.*, citant P.B. Mignault, « Les Rapports entre le droit et la common law au Canada spécialement dans la province de Québec » (1932) 11 *Revue de Droit*, 201; P Azard, « La Cour suprême du Canada et l'application de droit civil de la Province de Québec » (1965) 43 *Revue du Barreau canadien* 553; J.L. Baudoin, « Le Code Civil du Québec: Crise de croissance ou crise de vieillesse » (1966) 44 *Revue du Barreau canadien* 391; S. Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La Sauvegarde de l'intégrité de droit civil », (1987) 32 *Revue de droit de McGill* 559.

²⁷² *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Aubry c. Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591.

Bien que la common law ait eu, au cours de l'histoire, plus d'influence, le droit civil a parfois influé sur la common law²⁷³. Tout en faisant attention de ne pas trop en exagérer l'importance²⁷⁴, il reste que nous pouvons signaler plusieurs exemples où la Cour suprême a fait référence au droit civil dans le cadre de décisions de common law. Dans un rapport rédigé par le ministère de la Justice, on note quelques exemples²⁷⁵.

Il en est ainsi dans *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*. La Cour cite *Ross c. Dunstall* en matière de responsabilité du fabricant. Fait intéressant, dans *Ross c. Dunstall*, la Cour suprême avait interprété l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada* en s'assurant que l'interprétation alors donnée n'était pas incompatible avec une règle établie par un précédent anglais. Dans *Sorochan c. Sorochan*, la décision *Cie immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.* est citée, mais seulement à titre comparatif, la théorie de l'enrichissement sans cause ayant des fondements dans la common law. Dans un autre cas, *Arndt c. Smith*, Madame le juge McLachlin cite *Laferrière c. Lawson* au soutien de ses motifs portant sur le critère de prépondérance des probabilités dans l'évaluation de la causalité. Ces exemples sont malgré tout révélateurs d'une plus grande ouverture à l'analyse comparative de la common law canadienne avec le droit civil québécois même s'ils utilisent le droit civil à des niveaux d'influence différents.

En matière familiale, plus particulièrement en matière de garde d'enfants, la Cour a cru bon tenir compte des décisions rendues en common law dans ses décisions de droit civil et de celles rendues en droit civil dans ses décisions de common law, tout en reconnaissant les différences conceptuelles des notions dans les deux traditions. Le dialogue établi dans ce domaine entre les deux traditions pourrait s'expliquer, en ce qui a trait aux matières impliquant un enfant, par le tronc commun entre celles-ci en ce qui a trait au fondement essentiel de toute décision concernant des enfants : la notion d'intérêt de l'enfant. À partir de ce principe partagé, les solutions communes sont favorisées, même si l'articulation des motifs rattachés aux institutions propres à chacune des traditions diffère. La comparaison faite par Madame le juge L'Heureux-Dubé dans *Gordon c. Gøertz*, reprenant les distinctions établies sur la notion de garde de *C. (G.) c. V.-F. (T)* est un bon exemple de ce courant, tout comme l'analyse faite dans *W. (V.) c. S. (D.)*.

Aussi, lorsque des questions soumises à la Cour soulèvent des valeurs universelles, l'intérêt de mentionner les règles et solutions de l'une ou l'autre des

²⁷³ Patrick Glenn, « The Common Law in Canada » (1995) 74 *Revue du Barreau canadien* 261; C.D. Gonthier, « L'influence d'une cour suprême nationale sur la tradition civiliste québécoise », dans *Journées Maximilien-Caron 1990, Enjeux et valeurs d'un code civil moderne*, Montréal, Thémis, 1991, aux pp. 3-8.

²⁷⁴ Patrick Glenn, « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada », dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, E. Caparros et al., Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, à la p. 197.

²⁷⁵ Voir le ministère de la Justice, « La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme », en ligne <http://canada.justice.gc.ca/en/dept/pub/hfl/fasc3/fascicule3_ptitre.html>

traditions est plus marqué et se traduit dans les décisions. Il en est ainsi en matière de droits et libertés de la personne, incluant les questions liées à la protection du fœtus et aux droits de la mère. L'utilisation de *Montreal Tramways Co. c. Léveillé* ou de *Tremblay c. Daigle* dans les décisions *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson* et *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. D.F.G.* traduit ce rapprochement des traditions. Chacun de ces arrêts, quel que soit l'objet du litige, dépendait d'une même qualification fondamentale : la personnalité juridique du fœtus avant sa naissance²⁷⁶.

Le dialogue entre ces deux traditions juridiques s'est révélé positif. La plus grande réciprocité a facilité l'accès à un ensemble plus riche de lois au moyen desquelles on peut répondre aux questions juridiques.

Malgré les récents succès dans l'harmonisation des traditions de droit civil et de common law, quelques avocats spécialisés en droit civil s'inquiétaient de l'intégrité du système, surtout pendant les sombres années d'assimilation. Ils craignaient que le droit civil fût devenu ou deviendrait contaminé par son interaction avec la common law. Ceux qui étaient de cet avis croyaient que le meilleur moyen de préserver l'authenticité du droit civil était de procéder à une autoréflexion. Ils tentaient de purifier leurs doctrines en supprimant l'influence de la common law.

Le problème d'une telle approche, c'est qu'elle ne reconnaît pas que l'intégrité d'un système judiciaire ne dépend pas exclusivement de son isolement relatif, de sa logique interne ou de sa pureté doctrinale. L'intégrité dépend également de la reconnaissance du système, de l'intérieur et d'ailleurs. En effet, la reconnaissance assure un espace juridictionnel pour son fonctionnement qui incite le respect du public et facilite l'accès aux ressources. Quand les systèmes juridiques n'ont pas continuellement à défendre ou à justifier leur existence ou leur valeur, ils sont moins vulnérables à des arguments qui mettent en doute leur authenticité. Quand ils obtiennent de la

²⁷⁶

Ibid.

reconnaissance, ils sont beaucoup plus libres d'interagir avec d'autres systèmes sans crainte d'assimilation.

La survie du droit civil a été grandement favorisée par sa plus vaste reconnaissance. Pour acquérir cette reconnaissance, les juristes de formation civiliste n'ont pas eu à concéder l'autonomie du recours à une seule source et de la démarche intellectuelle de ce système pour la résolution de différends du système. La reconnaissance par les tribunaux et le Parlement de l'autorité et de la portée du droit civil, a facilité la croissance de son influence. Parce qu'il a été plus fermement reconnu par les institutions juridiques dominantes du Canada, le droit civil a été revitalisé.

Les traditions juridiques autochtones pourraient bénéficier de ce processus. Elles pourraient croître grâce à une plus grande reconnaissance des tribunaux et du Parlement. L'expérience du droit civil ne devrait pas être abandonnée pour les personnes qui cherchent à étendre les traditions juridiques autochtones. Les praticiens du droit autochtone peuvent envisager l'expérience du droit civil et déceler les dangers possibles qui pourraient découler d'une approche exclusivement interne à la tradition. Une introspection excessive n'a pas bien servi le droit civil, et elle ne sera pas avantageuse pour les traditions juridiques autochtones. Les collectivités autochtones doivent discuter davantage des problèmes possibles liés à la tentative de purifier les traditions autochtones en éliminant la soi-disant contamination par les traditions de common law et de droit civil. Les personnes qui souhaitent vivre exclusivement selon leurs traditions pourraient efficacement se demander si des répercussions négatives pourraient découler de leurs tentatives de s'isoler complètement des relations environnantes. Un grand nombre d'Autochtones ont des liens étroits avec la vie canadienne environnante : par les mariages mixtes (50 % des Autochtones épousent des personnes non autochtones), les relations commerciales et autres relations sociales ou privées importantes. Les peuples

Autochtones n'auront peut-être pas à concéder l'autonomie des sources et de l'approche de la tradition juridique autochtone pour assurer sa survie. Il existe de solides arguments selon lesquels les traditions autochtones pourraient être renforcées par leurs interactions avec les approches et les principes des autres traditions juridiques du Canada.

Bien sûr, il se peut que l'expérience du droit civil ne soit pas fournir le meilleur guide. Les traditions juridiques autochtones sont différentes. Les Autochtones représentent un bien plus petit pourcentage de la population que les personnes sujettes au droit civil dans la province de Québec. Ces plus petits nombres peuvent réduire l'importance politique de la reconnaissance des traditions juridiques autochtones à l'échelle nationale. De plus, le gouvernement du Québec (qui protège les droits de propriété et les droits civils par l'intermédiaire du droit civil) dispose de protections particulières dans la constitution canadienne, tandis que la gouvernance autochtone peut ne pas avoir le même statut. Elle peut être en grande partie protégée en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais, à ce jour, cette reconnaissance a été moins qu'optimale. En outre, le fait que le droit civil et la common law découlent tous deux de cultures européennes peut rendre leur harmonisation plus facile que celle des traditions juridiques autochtones. (Cependant, on ne peut pas utiliser cette excuse pour ne pas explorer la reconnaissance²⁷⁷.) En outre, les systèmes juridiques transnationaux et internationaux environnants semblent favoriser les modes d'organisation de la common law et du droit civil. Cette préférence devrait constituer une mise en garde d'une application trop grande de l'histoire du droit civil au Canada aux traditions juridiques autochtones. Finalement, le droit civil est limité à des questions de droit privé, tandis que les traditions juridiques autochtones traitent également des aspects du droit public. Bien qu'il y ait des similitudes, les différences entre le

²⁷⁷ Surtout quand les différences culturelles entre le droit européen et le droit autochtone sont formulées selon des termes qui subordonnent les traditions autochtones en fonction de motifs déguisés qui les présentent comme moins civilisées.

droit civil et le droit autochtone doivent être reconnues et faire partie de toute stratégie conçue en vue de préserver et de développer des traditions juridiques autochtones.

ii. Les interactions : la reconnaissance des liens entre les traditions juridiques

Les traditions juridiques autochtones constituent une source importante de conseils juridiques pour les Autochtones. Elles pourraient interagir avec d'autres traditions juridiques de façon autonome et interdépendante. Tel qu'il est noté au chapitre deux, les lois autochtones ont aidé les Autochtones à résoudre leurs conflits depuis des siècles. Malheureusement, ces lois ont souvent été négligées dans les lois non autochtones, et leur influence s'est érodée sévèrement dans certains cas, dans les collectivités autochtones.

Il faut arrêter cette érosion qui a au moins deux effets négatifs. Premièrement, saper le droit autochtone affaiblit l'ordre normatif dans les collectivités autochtones : corrompre les valeurs sous-jacentes reflétées dans les traditions juridiques autochtones entraîne une plus grande confusion et un manque de respect pour « la loi » au sens large. Il en résulte un risque pour la paix, l'ordre et le développement, car cela crée de l'incertitude. Certaines personnes peuvent penser que la meilleure façon d'atteindre une certitude juridique est d'avoir seulement une tradition juridique, telle que la common law²⁷⁸, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Toutes les fois que la common law ou une règle législative ignore ou renverse une loi autochtone sans la participation des Autochtones, les Autochtones en viennent à la conclusion que les règles qui gouvernent leur vie sont arbitraires et injustes. L'arbitraire et l'injustice sont contraires à la

²⁷⁸

Il serait sans doute également dangereux d'utiliser seulement des lois autochtones dans une collectivité, car beaucoup de membres s'attendraient à disposer également d'éléments de la common law ou du droit civil pour les aider dans leurs conflits.

primauté du droit au Canada²⁷⁹. Les traditions juridiques autochtones doivent obtenir une reconnaissance afin qu'elles puissent influencer sur cette primauté du droit.

Deuxièmement, l'entrave aux traditions juridiques autochtones diminue le Canada comme nation. La culture du droit sera affaiblie dans l'ensemble du pays si les traditions juridiques autochtones sont exclues de sa matrice. Non seulement perdons-nous une grande sagesse en matière d'organisation des relations et de réduction des conflits, mais nous négligeons d'aborder le processus de création et de développement du Canada sous-jacent. La reconnaissance des traditions juridiques autochtones pourrait rattacher les Canadiens autochtones et non autochtones à la terre de façons qui ne seraient pas possibles dans le cadre de l'administration actuelle de la common law ou du droit civil. Lorsque la common law ou le droit civil sont appliqués en vue d'enlever les Autochtones de leurs terres et de leurs environnements, les plus hauts principes du système juridique canadien sont lésés. Au moment de la confédération ou de l'union, il n'y a pas eu de *conquêtes* militaires des Autochtones qui abolissaient leurs droits juridictionnels sur leurs propres affaires²⁸⁰. Au moment de la confédération ou de l'union, la Couronne n'avait pas fait de *découvertes* qui permettaient de justifier l'extinction de la grande partie, sinon la totalité, de la juridiction autochtone. Les Autochtones avaient déjà découvert la plupart des territoires du Canada et y avaient exercé leur

²⁷⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec, op. cit.* note 242, et *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

²⁸⁰ En ce qui a trait à son interprétation traditionnelle, la doctrine de la conquête permettait le recours à la force ou le déclenchement d'une guerre seulement si la sécurité ou les droits d'un pays étaient menacés. En vertu du droit international traditionnel, un pays n'avait pas plus le droit qu'un simple particulier d'exploiter un autre pays en recourant à la force que ne l'avait un particulier contre un autre. La conquête donnait au pays vainqueur le plein droit de coloniser le pays vaincu et de changer son régime légal. Ces droits étaient habituellement décrits dans le cadre du traité de paix qui mettait fin à la guerre. La doctrine de conquête s'applique seulement, toutefois, si le territoire conquis est réellement annexé et possédé par le pays conquérant. En ce qui concerne les terres autochtones en Colombie-Britannique, ces critères n'ont pas été satisfaits, car aucun état de guerre n'a été proclamé. Voir *Status of Eastern Greenland Case* (1933) 3 W.C.R. 148 à 171 :

[TRADUCTION] « La doctrine de conquête s'applique seulement en cas d'absence de souveraineté lorsqu'il y a une guerre entre deux États et, en raison de la défaite de l'un d'eux, la souveraineté d'un territoire passe de l'État perdant à l'État victorieux. »

autorité avant l'arrivée des Européens. Si des conséquences juridiques ont découlé de cette présumée « découverte », ces conséquences étaient en faveur des peuples autochtones, et non de la Couronne²⁸¹. Au moment de la Confédération ou de l'union, la Couronne n'avait pas *effectivement occupé* les terres autochtones à un degré tel qu'elle pouvait réclamer une pleine juridiction sur les Autochtones et ainsi nier leur juridiction sur la majorité des questions qui les concernaient²⁸². Au moment de la Confédération ou de l'union, la Couronne n'avait pas exercé de *possession adverse* des terres autochtones qui donnait lieu à des pouvoirs juridictionnels complets sur elles²⁸³.

La reconnaissance des traditions juridiques autochtones donne au droit canadien une porte de sortie de l'impasse mentionnée ci-dessus. Si nous supposons que les peuples autochtones ont des traditions juridiques qui incarnent les droits d'allouer, d'aliéner ou de partager des terres dans leurs collectivités et avec d'autres, alors le Canada peut réclamer des terres et des compétences par consentement lorsque les terres ou les pouvoirs sont transférés conformément à ces traditions.

²⁸¹ La doctrine de la découverte donne seulement des droits sur les terres si celles-ci sont des *terra nullius* (ce qui signifie littéralement stériles et désertes). Les terres qui formaient la Colombie-Britannique à l'époque de la confédération n'étaient ni stériles ni désertes. La Haute Cour de l'Australie a caractérisé la doctrine de la découverte, associée à la *terra nullius*, d'« injuste et de discriminatoire », voir *Mabo v. Queensland* [No 2] (1992), 175 C.L.R. 1, p. 42. La doctrine de la découverte a été rejetée dans l'arrêt *Island of Palmas Case*, (1928) 2 R.I.A.A. 829.

²⁸² D'après l'affaire *Island of Palmas*, une réclamation fondée sur l'occupation était incomplète tant qu'elle n'était pas accompagnée d'une « occupation effective de la région que l'on prétend avoir découverte ». Le terme « occupation effective » comprend la notion de « possession ininterrompue ou permanente ». Selon cette règle, les seules personnes en mesure de défendre fructueusement une réclamation de découverte et d'occupation de la Colombie-Britannique à l'époque de la Confédération étaient les Autochtones eux-mêmes. L'affaire *Sahara occidental*, (1975) C.I.J. 12 empêche qu'une région soit désignée comme inhabitée si des tribus nomades ou résidentes avec un certain degré d'organisation sociale et politique sont présentes dans la région.

²⁸³ La possession adverse nécessite qu'une région soit ouvertement occupée pendant un certain temps et que le propriétaire initial accepte cette présence. Cela exige un exercice véritable de la souveraineté qui est paisible et non contesté. Cela ne s'est pas produit en Colombie-Britannique. La juridiction de la Couronne a été contestée depuis le début. La demande d'exclusivité de la Couronne n'a pas été paisible, et les Autochtones de la Colombie-Britannique n'ont pas accepté la juridiction complète de la Couronne dans la province.

Les traités sont une façon de reconnaître le droit des peuples autochtones de prendre des décisions conformes à leurs lois de partager ou de donner des terres à d'autres. *Les peuples autochtones ne sont pas les seuls bénéficiaires des traités. Les personnes non autochtones ont également des droits issus de traités.*

Les deux groupes sont des récipiendaires des promesses faites dans le cadre du processus de négociation. Le caractère mutuel des traités est souvent négligé, car les Autochtones sont les personnes qui tentent le plus souvent de revendiquer leurs droits. Pourtant, il y a un certain nombre d'héritiers possibles des droits issus de traités autres que les nations, les bandes et les personnes autochtones. La Couronne britannique et la Couronne canadienne ont certainement reçu beaucoup d'avantages des traités. Leurs citoyens et citoyennes ont été en mesure de s'établir et de développer pacifiquement la plupart des parties du pays de façon consensuelle. Dans ces parties du pays où il n'y a pas de traités (telles que la Colombie-Britannique et des parties dans le Nord), on négocie actuellement en vue d'obtenir le consentement des Autochtones. Les Canadiens non autochtones rattachent un grand nombre de leurs droits dans ce pays au consentement qui a été accordé à la Couronne par les Autochtones dans le cadre du processus de négociation des traités.

Les traités s'appuient également sur le droit autochtone. Comme la Cour suprême des États-Unis l'a reconnu dans l'affaire *Winans*, « les droits issus de traités sont des droits accordés *par* les Amérindiens, et non *aux* Amérindiens »²⁸⁴. Deux conséquences importantes découlent de ce point de vue. La première est que les Autochtones ont des droits et des compétences en vertu de leurs lois jusqu'à ce que ces droits soient expressément modifiés par la négociation de traités. C'est ce qu'on appelle la notion des droits réservés des traités. La doctrine des « droits

²⁸⁴ *United States v. Winans*, 198 US 371 (USSC).

réservés » a également été exprimée dans le droit canadien relativement au titre ancestral²⁸⁵. La doctrine sous-entend que toutes les matières non acceptées ou exprimées dans le cadre du traité demeurent dévolues aux populations autochtones et ne peuvent pas être revendiquées par les gouvernements non autochtones comme un droit général qui découlerait des négociations des traités. La doctrine des « droits réservés » met en évidence la nature inhérente des droits autochtones. Elle se fonde sur le fait que lorsque les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les Amérindiens étaient déjà là et vivaient en sociétés organisées et occupaient leurs territoires comme ils le faisaient depuis des siècles²⁸⁶. C'est pour cette raison que, de nos jours, des personnes tentent de signer des traités en Colombie-Britannique et dans d'autres parties du Canada.

La deuxième importante conclusion qui découle de la perspective des droits réservés des traités est que les personnes non autochtones ont reçu des droits au Canada à partir d'un octroi à la Couronne par les Amérindiens. Selon ce point de vue, les traditions juridiques autochtones ont le pouvoir d'engager leurs peuples et d'autres à partager des terres au Canada. Cela signifie que des personnes vivent dans des parties du pays où des traités ont été signés en partie grâce à la permission accordée à la Couronne par les Amérindiens. Les personnes non autochtones se sont établies dans ces parties du pays parce que les peuples autochtones leur ont accordé ce droit au moyen de traités.

Pourtant, la notion que les personnes non autochtones pourraient retracer certains droits aux terres et à la gouvernance par l'intermédiaire des traités est, pour plusieurs, toujours un concept en voie d'émergence. Comme les personnes n'ont pas été exposées à la compréhension qu'ont les Autochtones des lois ou des traités, elles commencent seulement maintenant à les

²⁸⁵ *Delgamuukw c. British Columbia*, [1997] 3 R.C.S. 1010

²⁸⁶ *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 607.

considérer sous cette lumière. D'autres pays ne disposent pas des mêmes protocoles, conventions, antécédents ou traditions de collaboration et de communication dans leurs relations avec des populations diversifiées. Par conséquent, ces pays s'efforcent de créer des meilleurs régimes sans l'avantage des racines idéologiques partagées de compréhension et d'association interculturelles. Tandis que certaines juridictions tentent de faire table rase et de révolutionner les rapports que les gens entretiennent entre eux²⁸⁷, la plupart n'ont simplement pas le soutien politique nécessaire pour entreprendre un changement de cette envergure. Elles ont la tâche ardue de réformer leurs systèmes sans idéologies ou institutions qui ont une résonance commune pour les membres de groupes disparates.

Le Canada est différent. Il a été largement créé grâce à des rencontres multijuridiques qui permettaient le règlement des différends par médiation dans la majeure partie du pays. Les traités entre les Autochtones et la Couronne ont favorisé la paix et l'ordre dans l'ensemble des cultures et étaient à la base de la formation du pays. C'était un exemple précoce et réussi de multijuridisme. Les Canadiens ont l'occasion d'avoir des accords historiques qui fournissent des conventions mutuellement reconnues pour le règlement de différends qui se fondent sur différentes traditions juridiques. Nous n'avons pas à inventer de nouvelles politiques ou normes afin de résoudre nos problèmes. Les traités et d'autres reconnaissances du genre des traditions juridiques autochtones fournissent déjà un point de départ commun pour la mise en place de liens multijuridiques. Une grande part de l'humanité ne peut pas invoquer des principes aussi nobles.

La reconnaissance des traditions juridiques autochtones et de leur application dans les collectivités autochtones pourrait également renforcer l'attachement des Autochtones envers la terre. Leurs histoires, leurs cérémonies, leurs enseignements, leurs coutumes et leurs normes

²⁸⁷ *Truth vs. Justice*, New Haven, Yale University Press, 1998.

découlent souvent de relations écologiques très particulières et sont liés au monde qui les entoure. Par exemple, les systèmes de potlatch de la côte Ouest dépendent de la richesse abondante qui se manifeste sur leur territoire grâce au retour des saumons chaque année. Cette abondance a rendu possible l'accumulation de ressources matérielles qui est devenue une partie importante du festin et de la cérémonie de cadeaux qui accompagnaient le Potlatch. Les relations de droit familial, du droit des obligations et du droit des biens dépendent de ces rapports à la terre et aux ressources. Les symboles du système de potlatch étaient également rattachés à un endroit précis, alors que les boîtes cintrées en cèdre, les poteaux de maison et les grandes maisons fournissaient le cadre et les cadeaux qui permettaient la commémoration des lois autochtones de la côte Ouest. Des observations semblables sur le rapport qui existe entre les lois autochtones et la terre pourraient être faites ailleurs au Canada²⁸⁸, et pour des personnes dans d'autres pays²⁸⁹.

Peu importe la source et la structure des traditions juridiques autochtones, il est important de noter qu'elles dépendent moins d'une proclamation centralisée et de son application que les autres traditions juridiques canadiennes. Les traditions juridiques autochtones, comme toutes

²⁸⁸ Antonia Mills, *Eagle Down is Our Law: Witsuwit'en Feasts and Land Claims*, Vancouver, UBC Press, 1994; Robin Riddington, *Little Bit Know Something*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 1990; Darwin Hanna et Mavis Henry, *Our Tellings: Interior Salish Stories and the Nlha7kapmx People*, Vancouver, UBC Press, 1996; Harold Cardinal et Walter Hildebrandt, *Treaty Elders of Saskatchewan: Our Dream is that Our Peoples Will One Day Be Clearly Recognized as Nations*, Calgary, University of Calgary Press, 2000; Basil Johnston, *Ojibway Ceremonies*, Toronto, McClelland & Stewart, 1982; William Fenton, *The Great Law and the Longhouse*, Oklahoma City, University of Oklahoma Press, 1998; J. Oosten, F. Laugrand et W. Rasing, dir., *Interviewing Inuit Elders. vol. 2: Perspectives on Traditional Law*, Iqaluit, Nunavut Arctic College, 2000.

²⁸⁹ Voir E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man*, New York, Atheneum, 1974; N. Llewellyn et E. A. Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941; Max Gluckman, *Politics, Law and Ritual in Primitive Society*, Chicago, Aldine Publishing, 1965; Anne Salmond, *Between Worlds: Early Exchanges Between Maori and Europeans 1773-1815*, Honolulu, University of Hawaii Press, 1997; Anne Salmond, *Two Worlds: First Meetings Between Maori and Europeans 1642-1772*, Toronto, Viking, 1991; Judith Binney, *Redemptive Songs: A Life of a Nineteenth Century Maori Leader*, Honolulu, University of Hawaii Press, 1997; Michael Kwaiololoa et Ben Burt, *Living Tradition: A Changing Life in the Solomon Islands*, Londres, British Museum Press, 1997; Roger Keesing, *Custom and Confrontation: The Kwaio Struggle for Cultural Autonomy*, Chicago, University of Chicago Press, 1992; Keith Basso, *Western Apache Raiding and Warfare*, Tuscon, University of Arizona Press, 1971.

les traditions juridiques, nécessitent un processus de transformation [TRADUCTION]²⁹⁰. La loi est « une culture d'arguments » qui « offre un endroit et un ensemble d'institutions et de méthodes en vertu desquelles ce processus conversationnel peut se poursuivre, ainsi qu'une deuxième conversation par laquelle le premier est critiqué et jugé²⁹¹ » [TRADUCTION].

Les autres traditions juridiques canadiennes sont également inscrites dans une culture d'arguments. Chacune contient un certain degré d'ambiguïté qui nécessite un jugement qui va au-delà de sa formulation initiale. Les juges et les avocats interprètent le droit civil et la common law au moyen de la jurisprudence. Le Parlement et les législatures promulguent les règlements administratifs afin de mettre en place et de clarifier davantage les pouvoirs conférés par la loi. Les traditions autochtones nécessitent également des explications supplémentaires qui vont au-delà de la simple pratique et présentation en vue de pouvoir comprendre et appliquer leur signification.

Dans l'ensemble les Canadiens et Canadiennes connaissent le processus par lequel, par l'intermédiaire de décisions judiciaires et de réglementation exécutive on résout les ambiguïtés dans les traditions de droit civil et de common law. Cependant, ils connaissent beaucoup moins bien les façons d'aborder les ambiguïtés dans les traditions juridiques autochtones. Cela pose problème. En effet, chacune des nombreuses traditions juridiques autochtones peut posséder une différente méthode d'interprétation. La meilleure façon de comprendre comment résoudre les ambiguïtés d'une tradition autochtone est de se familiariser avec le système. C'est en partie l'objectif de ce document. Même s'il peut être difficile de communiquer la façon dont on pourrait résoudre toutes les ambiguïtés, on peut communiquer quelques idées sur la façon dont les

²⁹⁰ See James Boyd White, *Justice as Translation*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.

²⁹¹ *Ibid.*, aux pp. xiii et 80.

Autochtones peuvent participer au processus. Il est nécessaire de faire participer plus de gens à la formation du droit canadien.

Dans l'histoire qui suit, on trouve des principes généraux qui peuvent être suivis afin d'interpréter et d'appliquer les lois autochtones et d'encourager une plus grande participation chez les personnes qui se sentent mises de côté.

AVANT LA VENUE de l'Homme sur la Terre, le Créateur convoqua une grande réunion du peuple des animaux.

À cette époque de l'histoire du monde, le peuple des animaux vivait en harmonie et pouvait dialoguer d'un seul esprit avec son Créateur. Cette réunion piqua grandement la curiosité des animaux et, lorsqu'ils furent tous rassemblés, le Créateur s'adressa à eux.

« Je vais bientôt envoyer une créature nouvelle et insolite vivre parmi vous, leur dit-il. Cette créature sera appelée Homme et il sera votre frère.

Cependant, il sera différent de vous puisque son corps ne sera pas recouvert de fourrure, il se déplacera sur deux jambes et ne saura pas vous parler. Pour cette raison, il aura besoin de votre aide pour survivre et pour devenir ce à quoi je le destine. Vous devrez être plus que des frères et sœurs, vous devrez être ses éducateurs.

L'Homme ne sera pas comme vous. Il ne viendra pas au monde comme vous. Il ne naîtra pas en connaissant son identité et sa nature. Il devra chercher pour les découvrir, et c'est dans cette quête qu'il se trouvera.

Il possédera également un don extraordinaire que vous ne possédez pas. Il aura la capacité de rêver. Avec ce talent, il pourra inventer de grandes choses et, ainsi, il s'éloignera inexorablement de vous. Il aura alors plus que jamais besoin de votre aide.

Pour le soutenir, je vais l'envoyer dans le monde en lui faisant un don très spécial. Je vais lui donner la connaissance de la Vérité et de la Justice. Toutefois, comme pour son identité, il devra trouver ce don, car s'il l'acquerrait trop aisément il le traiterait sans égards. Je vais donc le cacher, et j'ai besoin de votre aide pour trouver une bonne cachette. C'est pourquoi je vous ai convoqués ici. »

Une grande rumeur parcourut la foule des animaux. Ils étaient tous impatients d'accueillir une nouvelle créature et se sentaient honorés que le Créateur leur demande leur aide. Vraiment, quel grand jour!

À tour de rôle, les animaux suggérèrent des endroits où le Créateur pourrait cacher le don de connaissance de la Vérité et de la Justice.

Confiez-le-moi, ô Créateur, proposa le Bison, et je le transporterai sur ma bosse jusqu'au milieu des plaines pour l'y enfouir.

C'est une bonne idée, mon frère, lui répondit le Créateur, mais l'Homme est destiné à se répandre sur presque toute la Terre et il lui serait trop facile de l'y trouver et de le traiter sans égards.

Alors confiez-le-moi, répliqua le Saumon, et je l'emporterai dans ma bouche pour le dissimuler au plus profond de l'océan.

Encore une excellente idée, répondit le Créateur, mais il est dit que l'Homme, avec sa capacité de rêver, inventera un appareil qui pourra le transporter jusque-là, et il lui serait trop facile de l'y trouver et de le traiter sans égards.

Alors c'est moi qui le prendrai, rétorqua l'Aigle, je le transporterai dans mes serres et je m'envolerai jusqu'à la Lune, où je le cacherai.

Non, mon frère, répondit le Créateur, même là-haut, il le trouverait trop facilement, car l'Homme aussi s'y rendra un jour.

Les uns après les autres, les animaux firent de merveilleuses suggestions pour cacher le précieux don, mais le Créateur refusa toutes leurs idées l'une après l'autre. Enfin, comme le découragement commençait à les gagner, une toute petite voix qui provenait du fond de l'assistance se fit entendre. Les animaux furent tous surpris de constater que c'était la voix de la Taupe.

La Taupe était un tout petit animal qui passait sa vie à creuser des galeries dans le sol et qui avait perdu presque complètement l'usage de ses yeux pour cette raison. Pourtant, puisqu'elle était toujours en contact avec la Terre, notre mère, elle avait développé un sentiment véritable du spirituel.

Les animaux écoutèrent avec respect lorsque la Taupe se mit à parler.

Je sais où cacher le don, ô Créateur, expliqua-t-elle. Je sais où cacher la connaissance de la Vérité et de la Justice.

Où donc, mon frère?, demanda le Créateur. Où devrais-je cacher ce don?

Cachez-le au plus profond de l'Homme, expliqua la Taupe. Cachez-le dans l'Homme, là où seul celui qui possède la plus grande sagesse et la plus grande pureté de cœur aura le courage de s'aventurer.

C'est donc là que le Créateur plaça le don de connaissance de la Vérité et de la Justice²⁹² ».

L'histoire enseigne l'importance de la participation dans l'interprétation des traditions juridiques autochtones. La prérogative de l'interprétation et du jugement n'est pas l'apanage des seuls « êtres » supérieurs, tels que le Créateur ou des animaux puissants. En effet, même les plus petits animaux ont quelque chose à contribuer à une décision ou à la résolution d'un problème. Si nous

²⁹²

Basé sur une histoire de Phil Lane, Jr., Four Worlds Development, University of Lethbridge, Lethbridge (Alberta), et raconté par Richard Wagamese, dans *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1996, chapitre 3.

appliquons l'histoire à des traditions autochtones, nous pouvons conclure que la prérogative d'interprétation et de jugement ne devrait pas être attribuée aux seuls législateurs ou aux juges. La common law et le droit civil ne devraient pas être les seuls points de référence dans le lexique juridique du Canada. Les gens qui ont une moins grande influence dans la société devraient pouvoir eux aussi décider de la façon dont la loi doit être interprétée et comment elle s'applique à eux. Les décisions dans les collectivités autochtones ne devraient pas être nécessairement prises par des personnes distantes, professionnelles et impersonnelles. La résolution de conflits autochtones peut amener un grand nombre de personnes à décider des conséquences des actes posés. Dans ce modèle, la résolution de conflits permettrait aux Autochtones d'assumer la responsabilité de leurs propres gestes et d'en être simultanément responsables²⁹³.

La pérennité des traditions juridiques autochtones pourrait être très avantageuse pour les Autochtones et le grand public si on leur donnait de l'espace pour évoluer et se perfectionner. Le Canada s'est distingué comme pays qui est tout à fait à l'aise face à une tradition bijuridique. Cette expérience nous permet d'apprendre et d'assimiler beaucoup de choses. Le fait de reconnaître et affirmer les structures juridiques du Canada dans un cadre de diversité multijuridique nous aide à franchir une autre étape de cet apprentissage.

IV. Reconnaissance d'une culture légale multijuridique

L'utilisation de plusieurs systèmes juridiques est une tradition canadienne, bien qu'elle ne soit pas encore complètement acceptée par toutes ses institutions. Malgré de nombreuses difficultés, le Canada a de solides aspirations en matière de tolérance et de respect des

²⁹³

Nancy L. Cook, «Outside the Tradition: Literature as Legal Scholarship» (1994) 63 *University of Cincinnati Law Review* 95 aux pp. 116-139; Robert M. Cover, «The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction» (1985) 14 *Capital University Law Review* 179 à la p. 182; Valerie Karno, «Bringing Fiction to Justice: Including Individual Narrative in Judicial Opinions» (1990) 2 *Hastings Women's Law Journal* 77, à la p. 79; Thomas Ross, «The Richmond Narratives» (1989) 68 *Texas Law Review* 381 aux pp. 385-386.

différences²⁹⁴. La loi vise à donner aux personnes la liberté de pratiquer leurs coutumes et leurs traditions tant que celles-ci ne portent pas atteinte aux intérêts juridiques des autres²⁹⁵. Notre système juridique a pour objectif de faciliter l'organisation et l'association de groupes en vue d'améliorer la vie des participants et des personnes qui les entourent²⁹⁶. Un cadre constitutionnel dynamique favorise ce respect des croyances, de la conscience, de l'expression, du rassemblement et de l'association des personnes et des collectivités²⁹⁷. La structure fédérale est conçue afin de faciliter les lois, les coutumes et les traditions particulières à ses diverses provinces et régions²⁹⁸. La Charte canadienne des droits et libertés garantit des droits individuels en matière de participation démocratique, de mobilité, d'application régulière de la loi et d'égalité²⁹⁹. Cet instrument sacre l'égalité linguistique du français et de l'anglais³⁰⁰. Les lois

²⁹⁴ Ces traditions se sont étendues afin d'inclure les Autochtones au cours des trente dernières années. Voir Michael Asch, dir., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference*, Vancouver, UBC Press, 1997; Patrick Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001; La très honorable Beverly McLachlin, Juge en chef du Canada, « *La civilisation de la différence* », *Le symposium LaFontaine-Baldwin* de 2003, en ligne : <http://www.operation-dialogue.com/lafontaine-baldwin/f/2003_discours_1.html>

²⁹⁵ La garantie de droits dans l'Annexe B de la *Charte canadienne des droits et libertés* à la *Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.) 1982, c. 11, ne peut être restreinte que par une règle de droit, « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

²⁹⁶ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson* [1998] 3 R.C.S. 157; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Renvoi relatif à la Public Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Alliance de la Fonction publique du Canada et autres c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

²⁹⁷ L'article 2 de la *Charte* permet de garantir que :

«Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

- a) liberté de conscience et de religion;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;
- c) liberté de réunion pacifique;
- d) liberté d'association.»

²⁹⁸ Ian Angus, *A Border Within: National Identity, Cultural Plurality, and Wilderness*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997; Will Kymlicka, *Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations In Canada*, Toronto, Oxford University Press, 1998; Charles Taylor, *Rapprocher les solitudes : écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1993; Stephen Tomblin, *Ottawa and the Outer Provinces: The Challenge of Regional Integration in Canada*, Toronto, James Lorimer, 1995; Jeremy Webber, *Re-imagining Canada: Language, Culture, Community and the Canadian Constitution*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 1994; Robert Young, dir., *Stretching the Federation: The Art of the State in Canada*, Kingston, Institute of Intergovernmental Affairs, 1999.

²⁹⁹ Voir les articles 3 à 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

doivent être interprétées de manière conforme à la préservation et à l'amélioration de l'héritage multiculturel du Canada³⁰¹. Les droits garantis par la Charte sont conçus afin d'habiliter les personnes à mettre en pratique leurs cultures et leurs traditions et à poursuivre leurs objectifs et leurs aspirations en se soumettant seulement à des restrictions raisonnables prescrites par la loi dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique³⁰².

Les fondateurs du Canada ont rejeté l'idée de contrainte culturelle, du moins en ce qui a trait aux plus grands problèmes auxquels ils ont fait face : les différences juridiques, culturelles, religieuses et linguistiques françaises et anglaises³⁰³. Bien que ce cadre n'ait pas été appliqué aux peuples autochtones, il n'est pas trop tard pour le faire. *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* a été conçu pour rassembler les personnes selon un modèle fédéral et afin de protéger leurs différences³⁰⁴. Cela a permis aux francophones et anglophones de poursuivre leurs uniques traditions politiques, religieuses, culturelles, linguistiques et juridiques dans des cadres provinciaux³⁰⁵. Les droits des minorités en matière d'éducation étaient constitutionnalisés dans l'article 93 afin de s'assurer que les groupes pouvaient pratiquer leurs traditions même dans les provinces où la culture dominante n'était pas la leur³⁰⁶. Il s'agit là du

³⁰⁰ *Ibid.*, articles 16 à 22.

³⁰¹ *Ibid.*, article 27.

³⁰² *Ibid.*, article 1. Les arrêts-clés où on interprète l'article 1 de la *Charte* sont : *R. c. Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103; *Thompson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)* [1998] 1 S.C.R. 877; *Dunmore, op. cit.* en note 297; *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)* [1989] 1 R.C.S. 927; *Libman c. Québec (Procureur général)* [1997] 3 R.C.S. 569; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district du Nouveau-Brunswick*, 1 R.C.S. 825.

³⁰³ Arthur Silver, *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900*, Toronto, University of Toronto Press, 1982.

³⁰⁴ Bien sûr, il y a d'autres facteurs qui ont donné lieu à la confédération. Voir Garth Stevenson, *Unfulfilled Union*, 3^e éd., Toronto, Gage Publishing, 1989, aux pp. 20-33.

³⁰⁵ Silver, *op. cit.* note 303, aux pp. 33-50.

³⁰⁶ Voir l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867 (Loi de 1867 sur l'Amérique du Nord britannique)* 30 & 31 Victoria, c. 3 : « Dans chaque province, la législature pourra exclusivement décréter des lois relatives à l'éducation, sujettes et conformes aux dispositions suivantes :

(1) Rien dans ces lois ne devra préjudicier à aucun droit ou privilège conféré, lors de l'union, par la loi à aucune classe particulière de personnes dans une province, relativement aux écoles séparées;

compromis constitutionnel qui a rendu possible la création du pays. Bien qu'elle fût un instrument de gouvernance incomplet, la *Loi de 1867 sur l'Amérique du Nord britannique* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*) était tout de même suffisante pour unir des personnes disparates. George-Étienne Cartier, un de ses architectes, a observé :

Il en est qui ont regretté qu'il y eu diversité de races et qui ont exprimé l'espoir que ce caractère distinctif disparaîtrait. L'idée de l'unité des races est une utopie; c'est une impossibilité. Une distinction de cette nature existera toujours, de même que la dissemblance paraît être dans l'ordre du monde physique, moral et politique. Quant à l'objection basée sur ce fait, qu'une grande nation ne peut pas être formée parce que le Bas-Canada est en grande partie français et catholique et que le Haut-Canada est anglais et protestant, et que les provinces inférieures sont mixtes, elle constitue, à mon avis, un raisonnement futile à l'extrême. [. . .] Dans notre propre fédération, nous aurons des catholiques et des protestants, des anglais, des français, des irlandais et des écossais, et chacun, par ses efforts et ses succès, ajoutera à la prospérité et à la gloire de la nouvelle confédération. Nous sommes de races différentes, non pas pour nous faire la guerre, mais afin de travailler conjointement à notre propre bien-être³⁰⁷.

Dans le cadre des délibérations sur ce qui doit être fait afin d'assurer la force du Canada, les droits et les traditions remontant loin dans le passé et protégés par la Constitution qui favorisent l'unité, la différence et l'interdépendance ne doivent pas être ignorés. Ces principes s'appliquent aux peuples autochtones. Les traditions juridiques du Canada doivent demeurer solides afin d'assurer la paix, l'ordre et un bon gouvernement. Les Canadiens et Canadiennes s'efforcent de

(2) Tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés et imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'union, aux écoles séparées et aux syndicats d'écoles des sujets catholiques romains de Sa Majesté, seront et sont par la présente étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec;

(3) Dans toute province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existera par la loi, lors de l'union, où sera subséquentement établi par la législature de la province — il pourra être interjeté appel au gouverneur général en conseil de toute loi ou décision d'aucune autorité provinciale affectant aucun des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de Sa Majesté relativement à l'éducation;

(4) Dans le cas où il ne serait pas décrété telle loi provinciale que, de temps à autre, le gouverneur général en conseil jugera nécessaire pour donner suite et exécution aux dispositions du présent article, — ou dans le cas où quelque décision du gouverneur général en conseil, sur appel interjeté en vertu du présent article, ne serait pas mise à exécution par l'autorité provinciale compétente — alors et en tout tel cas, et en tant seulement que les circonstances de chaque cas l'exigeront, le Parlement du Canada pourra décréter des lois propres à y remédier pour donner suite et exécution aux dispositions du présent article, ainsi qu'à toute décision rendue par le gouverneur général en conseil sous l'autorité de ce même article. »

307

Parliamentary Debates on the Subject of Confederation, 8^e Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose & Co., Parliamentary Printers, 1865, à la p. 60.

développer une cohésion sociale au moyen d'une allégeance commune à ce cadre historique et juridique. En même temps, les différences en matière de traditions ne doivent pas être sacrifiées pour des tentatives excessives visant à faire respecter la solidarité civique. L'objectif constitutionnel du pays est de concilier l'unité et la diversité et de reconnaître la continuité de l'interdépendance, même face aux différences³⁰⁸. La démocratie du Canada est essentiellement liée à des objectifs substantifs. Cela englobe la promotion de l'autonomie gouvernementale par la prise en compte des identités des cultures et des groupes³⁰⁹. Ces avantages qui gouvernent l'ordre constitutionnel du Canada devraient être plus largement accessibles aux peuples autochtones.

Pourtant, ce message a ses détracteurs. Certaines personnes affirment que la solution au problème de la diversité du Canada est de poursuivre plus de points communs. Diverses suggestions sont offertes afin d'aborder cette approche : l'éducation, les médias, les dépenses ciblées, la propagande, l'excellence artistique et athlétique, et la création d'institutions et de symboles nationaux. D'autres personnes qui se préoccupent de la différence croient souvent que la réponse est dans l'assimilation³¹⁰. Bien sûr, la question de qui devrait assimiler qui n'a pas de réponse facile. La supposition normale est que les minorités devraient être assimilées. Cependant, il est difficile de justifier pourquoi un groupe devrait avoir le droit d'en dominer et d'en absorber d'autres. Il est également difficile d'obtenir l'accord des groupes qui font face à l'assimilation.

³⁰⁸ Renvoi relatif à la sécession du Québec, *op. cit.* note 242.

³⁰⁹ *Ibid.*, para. 64.

³¹⁰ Un des premiers exemples d'assimilation se trouve dans G. Craig, dir., *Rapport de Lord Durham, 1839*, Toronto, McLelland and Stewart, 1963, où le Lord Durham affirme que les Canadiens français devraient être assimilés dans la culture canadienne anglaise. Duncan Campbell Scott a parlé au Parlement en 1920 et a affirmé ce qui suit : « Notre but est de continuer jusqu'à ce qu'il n'y ait plus un seul Indien au Canada qui n'ait été absorbé par la société organisée et qu'il n'y ait plus ni question indienne. », J. Leslie et R. Maguire, dir., *The Historical Development of the Indian Act*, 2^e éd., Ottawa, Centre de la recherche historique et de l'étude des traités, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1978, à la p. 115. Afin d'obtenir un plus vaste contexte voir Andrew Armitage, *Comparing the Policy of Aboriginal Assimilation: Australia, Canada and New Zealand*, Vancouver: UBC Press, 1995.

En raison des problèmes à surmonter les différences, la métaphore du creuset des civilisations peut souvent sembler attrayante. Celle-ci favorise l'idée que les cultures peuvent être fusionnées dans un système de croyances et de pratiques et selon une conception de la vie qui soient uniques. Cependant, cette métaphore sous-estime les pressions inappropriées que cela impose aux entités individuelles et au développement national. Cela a particulièrement été le cas avec les peuples autochtones³¹¹. Malgré l'acceptation par le Canada des différences culturelles européennes (françaises et anglaises) dans la Constitution, le respect des différences cultures n'a pas toujours été accordé aux peuples autochtones. Les dispositions législatives antérieures encourageaient et appuyaient leur assimilation³¹². L'allocution de Duncan Campbell Scott, ancien surintendant adjoint aux Affaires indiennes, au Parlement en 1920 illustre cette approche. Il a déclaré : « Notre but est de continuer jusqu'à ce qu'il n'y ait plus un seul Indien au Canada qui n'ait été absorbé par la société organisée et qu'il n'y ait plus ni question indienne... »³¹³.

Cependant, l'assimilation autochtone a été un échec retentissant. En effet, une vaste quantité de preuves empiriques et anecdotiques a clairement démontré que l'assimilation est la politique la plus détestée et contestée chez les Autochtones. Rien ne les détournera davantage du Canada que les politiques conçues pour les assimiler. Cette politique n'a aucune crédibilité dans le cadre des débats contemporains. L'assimilation doit être rejetée si le Canada veut bénéficier d'une démocratie saine et dynamique fondée sur la primauté du droit.

³¹¹ John Tobias, «Protection, Civilization, Assimilation: An Outline History of Canada's Indian Policy» dans *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*, James Miller, dir., Toronto, University of Toronto Press, 1991, à la p. 127.

³¹² Pour un aperçu détaillé de ces politiques, voir «Déracinement et assimilation», dans *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones, Un passé, un avenir*, vol. 1, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996, chapitre 6.

³¹³ J. Leslie and R. Maguire dir., *The Historical Development of the Indian Act*, 2^e éd., Ottawa, Centre de la recherche historique et de l'étude des traités, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1978, à la p. 115.

Une incitation trop forte à l'assimilation pourrait détruire le pays. L'histoire récente du mouvement sécessionniste québécois illustre les dangers de cette approche³¹⁴. La domination anglaise a été justement renversée, car les francophones de la province ne voulaient pas perdre leurs traditions les plus chères³¹⁵. Certains réclament encore une séparation complète afin de résister plus efficacement à l'assimilation³¹⁶. Les gens résistent aux contraintes et aux associations forcées, surtout si elles sont contraires à leurs identités profondes. En effet, « si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite qu'elle n'aurait pas autrement choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre »³¹⁷. Bien sûr, les associations ne sont pas toutes volontaires, comme la famille ou certaines exigences de citoyenneté; elles découlent des « contraintes inévitables de la vie sociale dans la société moderne »³¹⁸. Toutefois, dans la mesure du possible, les personnes devraient être libres de choisir et de façonner leurs pratiques communautaires et de suivre leurs valeurs sous-jacentes.

Tant que les citoyens et citoyennes croient dans leurs libertés et droits fondamentaux, ils devraient être autorisés à vivre d'après leurs choix, leurs coutumes et leurs traditions³¹⁹. L'association forcée limite le potentiel de s'autoaffirmer. La démocratie est valorisée quand les personnes peuvent choisir les règles et les traditions selon lesquelles vivre. « La démocratie

³¹⁴ David Cameron, *The Referendum Papers: Essays on Secession and National Unity*, Toronto, University of Toronto Press, 1999; Joseph Carens, dir., *Is Québec Nationalism Just? Perspectives from Anglophone Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1995.

³¹⁵ Jocelyn MacLure, *Québec Identity: The Challenge of Pluralism*, Montréal, McGill-Queen's Press, 2003; Louis Balthazar, « La Dynamique du Nationalisme Québécois » dans Gérard Bergeron et Réjean Pelletier, dir., *L'État du Québec en Devenir*, Montréal, Boreal Express, 1980, aux pp. 37-38.

³¹⁶ Robert Young, *The Secession of Québec and the Future of Canada*, deuxième édition, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1998; Robert Young, *The Struggle for Québec: From Referendum to Referendum*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 1999.

³¹⁷ *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, (1985), 1 R.C.S. 295 à la p. 336.

³¹⁸ LaForest dans l'arrêt *Lavigne*, *op. cit.* note 296, à la p. 321.

³¹⁹ *Ibid.*

exige un processus permanent de discussion »³²⁰. L'assimilation obligatoire mène tout droit à la résistance et à des conflits qui perdurent. Une assimilation législative sans justifications sociales, économiques et politiques et sans incitatifs devrait être rejetée et jugée contraire à l'héritage juridique du Canada. La protection des droits des minorités est un principe indépendant qui gouverne notre ordre constitutionnel³²¹. Comme la Cour suprême du Canada l'a observé, « même si le passé du Canada en matière de défense des droits des minorités n'est pas irréprochable, cela a toujours été, depuis la Confédération, un but auquel ont aspiré les Canadiens »³²².

Aujourd'hui, on retrouve au Canada beaucoup plus de cultures et traditions que celles qui ont donné naissance à la Confédération.³²³ Un problème contemporain pressant consiste à les unir les unes aux autres sans menacer le mode de vie de la société³²⁴. Certaines personnes se désespèrent de la diversité des langages, des cultures et des traditions dans notre pays³²⁵. Cependant, les peuples autochtones se trouvent dans une position spéciale dans le cadre

³²⁰ Renvoi relatif à la sécession du Québec, précité en note 242, para. 68.

³²¹ *Ibid.*, para. 80.

³²² *Ibid.*, para. 81.

³²³ En 1971, le Canada a adopté une politique officielle de multiculturalisme. Dans la décennie entre 1991 et 2001, le Canada a accueilli 2,2 millions d'immigrants et de réfugiés. En 2001, 5,4 millions de personnes étaient nées à l'extérieur du pays, ou 18,4 % de la population totale. Pour une discussion sur le développement de la diversité au Canada et une critique de son efficacité, voir Richard Day, *Multiculturalism and the History of Canadian Diversity*, Toronto, University of Toronto Press, 2000.

³²⁴ Alan Cairns, dir., *Citizenship, Diversity and Pluralism: Canadian and Comparative Perspectives*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1999; Will Kymlicka et Wayne Norman, dir., *Citizenship in Diverse Societies*, Toronto, Oxford University Press, 2000.

³²⁵ Certaines personnes croient que le Canada est affaibli comme nation en raison de ses vastes différences. Tel qu'il a été noté, il y a eu des moments dans l'histoire où le Canada est venu dangereusement près de dissoudre ses liens nationaux en raison de ces différences. Si les Canadiens et Canadiennes veulent un avenir stable, cette peur doit être reconnue et abordée. Il n'y a aucun doute que la complexité culturelle du Canada peut représenter un défi de taille pour l'unité. En effet, les différences peuvent menacer l'identité et l'intégrité nationales du pays. Cependant, la pluralité des traditions n'a pas à affaiblir, à menacer ou à submerger le cadre historique et constitutionnel du Canada. L'histoire du Canada a montré que la diversité peut être conciliée avec l'unité. Le Canada est mieux préservé et renforcé en élargissant ce cadre. L'entente conclue lors de la Confédération doit inclure plus que les traditions politiques, culturelles, religieuses ou juridiques françaises et anglaises. Heureusement, une telle reconnaissance est déjà inscrite dans la Constitution du Canada. Dans l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, on garantit que les droits individuels seront interprétés de manière conforme à la préservation et à l'amélioration de l'héritage multiculturel des Canadiens et Canadiennes.

constitutionnel du Canada. Ils ne sont pas une culture ou un groupe minoritaire comme les autres. Le paragraphe 35(1) de la partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*, on protège la culture, les pratiques et les traditions existantes des peuples autochtones. Ce paragraphe protège les peuples autochtones à titre de l'un des groupes juridiques et politiques fondateurs du Canada. Le fait que le respect de la diversité autochtone est intégré dans les textes juridiques centraux du Canada en tant qu'aspiration légale et politique est une source de grand confort.

Pour résumer les conclusions de ce document à ce stade, il a été établi que les peuples autochtones ont une longue expérience avec leurs ordres juridiques. Les présomptions selon lesquelles les peuples autochtones n'avaient pas de gouvernement et d'ensemble de lois sont contredites par leurs pratiques de conclure des traités et des accords³²⁶. Avant l'arrivée des Européens et des explorateurs d'autres continents, une longue période d'interaction entre les peuples autochtones a permis le développement d'un pluralisme juridique dynamique. Les traités, les mariages mixtes, les contrats d'échange et de commerce ainsi que la reconnaissance mutuelle ont contribué à de longues périodes de paix. Lorsque les Européens et d'autres sont venus en Amérique du Nord, ils se sont retrouvés dans ce contexte socio-juridique complexe. Le droit canadien contemporain concernant les Autochtones tire partiellement son origine et issu de ces systèmes juridiques³²⁷.

³²⁶ Francis Jennings, *The Invasion of America: Indians, Colonization and the Cant of Conquest*, New York, W. W. Norton, 1976, à la p. 111.

³²⁷ Pour des causes portant sur la réception du processus législatif des Premières nations dans le droit canadien, voir l'arrêt *Connolly c. Woolrich and Johnson* (1867), 17 (R.J.R.Q.) 75 (C.S.Q.), *R. v. Nan-e-quis-a Ka* (1899), 1 Territories Law Reports 211 (C.S.T.N.-O.); *R. v. Bear's Shin Bone* (1899), 3 C.C.C. 329 (C.S.T.N.-O.); *Re Noah Estate* (1961), 32 D.L.R. (2d) 686 (Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest); *Re Deborah* (1972), 28 D.L.R. (3rd) 483 (Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest); *Michell v. Dennis*, [1984] 2 C.N.L.R. 91 (B.C.S.C.); *Casimel v. I.C.B.C.*, [1992] 1 C.N.L.R. 84 (B.C.S.C.); *Vielle v. Vielle*, [1993] 1 C.N.L.R. 165 (B.R. Alb.).

La complexité et l'ampleur de l'interaction sont démontrées dans les premiers traités et les relations conjugales. Les premiers traités en Amérique du Nord s'appuyaient sur les lois autochtones. Ces traités existaient avant l'arrivée des Européens et consignaient des ententes solennelles sur les relations entre diverses parties dans le monde autochtone. Tel qu'il est noté au chapitre deux, les Hodinohso:nis des Grands Lacs de l'Est avaient une tradition complexe en matière de traités sur la façon de vivre en paix avec toutes leurs relations, que ce soit des plantes, des poissons, des animaux ou des membres de leurs nations et d'autres nations. Ils avaient également des traditions juridiques qui gouvernaient une confédération de nations: les Iroquois, les Onneitouts, les Onontagués, les Goyogouins et les Tsonnontouans. Cette loi, connue sous le nom de *Grande loi de la paix*, a servi d'inspiration à d'autres nations tout au long de l'histoire³²⁸. Comme les Hodinohso:nis, beaucoup de peuples des Premières nations ont suivi et élaboré des lois au moyen de traités et d'accords qui ont guidé leurs actions.

Lorsque des personnes d'autres continents sont arrivés sur les côtes de l'Amérique du Nord, les lois, les protocoles et les processus autochtones ont servi de cadre pour les premiers traités entre les peuples autochtones et entre les peuples autochtones et les Couronnes hollandaise, française, britannique et canadienne³²⁹. Un intéressant traité entre collectivités autochtones a été établi entre les Hodinohso:nis et les Anishinabeks en 1701 près de Sault-Ste.-Marie³³⁰. L'accord a été conclu de vive voix et a été consigné sur une ceinture wampum (un dispositif mnémonique fait de coquillages qui forment des images cousues sur des peaux d'animaux et liées ensemble). La ceinture de 1701 a une image d'un bol avec une cuillère. Cela signifie que les deux nations partageraient leurs territoires de chasse afin d'obtenir de la nourriture. L'unique

³²⁸ William Fenton, *The Great Law and the Longhouse: A Political History of the Iroquois Confederacy* (Civilization of the American Indian Series), Norman, University of Oklahoma Press, 1998.

³²⁹ Robert Williams Jr., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York, Oxford, 1997.

³³⁰ Victor Lytwyn, «A Dish with One Spoon: The Shared Hunting Grounds Agreement in the Great Lakes and St. Lawrence Valley Region», dans *Papers of the 28th Algonquian Conference*, dir., David H. Pentland, Winnipeg, Université du Manitoba, 1997, aux pp. 210-227.

cuillère en bois dans le bol signifiait qu'aucun couteau ne serait permis sur le territoire, car cela donnerait lieu à des effusions de sang³³¹. L'entente est toujours appliquée par les deux nations de nos jours.

Dès les premières rencontres, les ententes entre les peuples autochtones et les autres suivaient souvent les traditions et les coutumes juridiques autochtones. Au début des années 1700, les Français ont signé des traités avec les Anishinabeks des Grands Lacs en utilisant des formules, des ceintures wampum et des cérémonies des Anishinabeks³³². De 1685 à 1779, on a fait appel à des principes semblables fondés sur les protocoles, les procédures et les pratiques autochtones dans les traités de paix et d'amitié entre les Mi'kmaq, les Malécites, les Pescomodys et la Couronne britannique³³³. En 1764, quand les Britanniques ont été capables d'exprimer un intérêt dans l'Amérique du Nord après la Guerre de sept ans, ils ont eu recours aux traditions juridiques autochtones pour faire leurs affaires et prendre des engagements solennels³³⁴. Depuis cette période, il y a eu plus de 500 traités conclus au Canada, beaucoup d'entre eux se fondant sur une certaine forme de tradition juridique autochtone. Cela a même continué de se produire plus tard quand les peuples autochtones disposaient de moins d'influence politique. Les lois et les perspectives juridiques des Premières nations ainsi que d'autres cadres autochtones ont été présents pendant toute la durée du processus d'établissement de traités au Canada. Depuis 1982, les droits existants issus d'un traité ont été reconnus et affirmés dans la Constitution, ce qui leur octroie le plus haut statut dans l'ordre

³³¹ Paul Williams, «Oral Traditions on Trial», dans S. Dale Standen and David McNab, dir., *Gin Das Winan Documenting Aboriginal History in Ontario*, Occasional Papers of The Champlain Society, numéro 2, Toronto, The Champlain Society, 1996, aux pp. 29-34.

³³² Richard White, *The Middle Ground: Indians, Empires and Republics in the Great Lakes Region, 1650-1815*, New York, Cambridge University Press, 1991.

³³³ Pour un historique, voir généralement William Wicken, *Mi'kmaq Treaties on Trial*, Toronto, University of Toronto Press, 2002; Thomas Isaac, *Aboriginal and Treaty Rights in the Maritimes: The Marshall Decision and Beyond*, Saskatoon, Purich Publishing, 2001.

³³⁴ Borrows, «Wampum», *op. cit.* note 85.

juridique canadien. La continuation des obligations et des droits issus d'un traité enchâsse l'existence continue des traditions juridiques autochtones au Canada.

Cependant, les traités ne sont pas le seul secteur où les traditions autochtones ont influencé le développement du droit au Canada et continuent de le faire. À partir des années 1500, beaucoup d'Européens se soumettaient aux ordres juridiques autochtones. Par exemple, un grand nombre de commerçants et d'explorateurs adoptaient des traditions juridiques autochtones et participaient dans leurs lois³³⁵. Des documents sur la traite des fourrures ont révélé que les transactions commerciales étaient souvent effectuées conformément aux traditions autochtones³³⁶. L'offre de cadeaux, l'octroi de crédit et les normes de commerce étaient souvent fondés sur les concepts juridiques autochtones³³⁷. Traditionnellement, les Autochtones n'échangeaient pas de marchandises en menant leurs relations avec d'autres personnes de manière statique³³⁸. Les relations étaient continuellement renouvelées et réaffirmées au moyen de cérémonies³³⁹. L'idée que les principes des termes de l'échange pouvaient être « figés » dans un contrat et rédigés sur du papier était un concept étranger³⁴⁰. Les négociants

³³⁵ White, *op.cit.* note 332.

³³⁶ Lynda Gullason, «No Less Than 7 Different Nations: Ethnicity and Culture Contact at Fort George-Buckingham House», dans *The Fur Trade Revisited: Selected Papers of The Sixth North American Fur Trade Conference, Mackinac Island, Michigan, 1991*, Jennifer S. H. Brown, W. J. Eccles, et Donald P. Heldman, dir., East Lansing/Mackinac Island, Michigan State University Press, 1994, aux pp. 117-142.

³³⁷ Arthur J. Ray et Donald B. Freeman, *Give Us Good Measure: An Economic Analysis of Relations between the Indians and the Hudson's Bay Company Before 1763*, Toronto, University of Toronto Press, 1978, aux pp. 231-260 et 285; Paul Thistle, *Indian-European Trade Relations in the Lower Saskatchewan River Region to 1840*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 1986, aux pp. 33-50; Victor P. Lytwyn, *Muskegowuck Athinuwick: Original People of the Great Swampy Land*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 2002.

³³⁸ Bruce M. White, «A Skilled Game of Exchange: Ojibway Fur Trade Protocol», dans *Minnesota History*, 1987, à la p. 229.

³³⁹ Pour une description des formalités rigoureuses impliquées dans les relations diplomatiques des Ojibways, voir Peter Jones (Kahkewaquonaby), *History of the Ojibway Indians with Special Reference to their Conversion to Christianity*, London, A. V. Bennett, 1861, aux pp. 105-107 et 111-128 et F. W. Major, *Manitoulin: The Isle of the Ottawas, Gore Bay*, Recorder Press, 1974, aux pp. 11-15. Pour un exemple des formalités de la conclusion des traités, voir Francis Jennings et al., dir., *The History and Culture of Iroquois Diplomacy*, Syracuse (NY), Syracuse University Press, 1985, p. 18 à 21.

³⁴⁰ Wilbur R. Jacobs, *Wilderness Politics and Indian Gifts: The Northern Colonial Frontier, 1748-1763*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1966.

reconnaissaient ce fait et menaient leurs affaires en conséquence³⁴¹. Dans les relations plus personnelles, un grand nombre des premiers mariages entre les femmes autochtones et les hommes européens ont été célébrés d'après les traditions juridiques autochtones³⁴². Il n'y avait pas de prêtres ou de ministres du culte dans les Territoires du Nord-Ouest pour célébrer les mariages avant 1818. Cela signifie que les seules lois applicables étaient celles des diverses nations autochtones³⁴³.

Dans la première année de la Confédération, la Cour supérieure du Québec a affirmé l'existence du droit cri dans les Prairies et l'a reconnu comme faisant partie de la common law.

Dans sa conclusion, le juge Monk a écrit ce qui suit.

Soutiendra-t-on que les droits territoriaux, l'organisation politique, telle qu'ils existaient ou les lois et usages des tribus indiennes, étaient abrogés, qu'ils ont cessé d'exister lorsque ces deux nations européennes ont commencé à faire des échanges commerciaux avec les occupants autochtones? À mon avis, il est incontestable qu'ils n'ont pas cessé d'exister et que, loin d'être abolis, ils étaient pleinement en vigueur et n'ont pas le moindrement été modifiés en ce qui concerne les droits civils des autochtones....³⁴⁴

La doctrine juridique appliquée par le juge Monk est connue comme la « doctrine de la continuité ». Bien que l'application initiale de la common law au Canada pose certains problèmes, elle a tout de même reconnu la continuité des coutumes, des lois et des traditions

³⁴¹ Arthur Ray, J. R. Miller et Frank Tough, *Bounty and Benevolence: A History of Saskatchewan Treaties*, Montréal, McGill-Queen's Press, 2000.

³⁴² Sylvia Van Kirk, *Many Tender Ties: Women in Fur-Trade Society, 1670-1870*, Winnipeg, Watson & Dwyer, 1980.

³⁴³ Le journal de Daniel Harmon décrit un mariage lié à la traite des fourrures en décembre 1801 :

[TRADUCTION] « Payet, un de mes interprètes, s'est marié à une fille autochtone, et il a donné à ses parents du rhum et des tissus et articles de mercerie d'une valeur de 200 dollars. La cérémonie du mariage consiste à ce que, lorsqu'il est temps de se retirer, le mari, ou plutôt le futur marié (car la fille et lui ne sont encore joints par aucun lien), montre à la future mariée où son lit se trouve et, évidemment, les deux vont se reposer ensemble. Ils continuent de le faire tant que les deux sont satisfaits, mais si l'un des deux est mécontent de son choix, il pourra chercher un autre partenaire. C'est la loi ici. »

Daniel Williams Harmon, *Sixteen Years in the Indian Country: The Journal of Daniel Williams Harmon, 1800-1816*, W. Kaye Lamb, dir., Toronto, Macmillan, 1957.

³⁴⁴ *Connolly c. Woolrich and Johnson*, op. cit. note 327, à la p. 79.

autochtones lorsque la Couronne a affirmé sa souveraineté. Dans *R. v. Mitchell*, la juge McLachlin a conclu ce qui suit au nom de la majorité.

L'établissement des Européens n'a pas mis fin aux intérêts des peuples autochtones qui découlaient de leur occupation et de leur utilisation historiques du territoire. Au contraire, les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l'affirmation de souveraineté et ont été incorporés dans la common law en tant que droits...³⁴⁵

Les traditions juridiques autochtones continuent d'exister au Canada sauf si, comme la juge en chef McLachlin a écrit dans l'arrêt *Mitchell*: « (1) elles étaient incompatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne; (2) elles ont été cédées volontairement par traité; ou (3) le gouvernement les avait éteintes³⁴⁶. » Mis à part une de ces exceptions, les pratiques, les coutumes et les traditions qui ont défini les diverses sociétés autochtones en tant que cultures distinctes continuent de faire partie des lois du Canada³⁴⁷. Si la réconciliation est l'angle adopté par les tribunaux pour interpréter les relations entre les parties, il existe des arguments solides selon lesquels les traditions juridiques autochtones sont compatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, qu'elles n'ont pas été cédées par traité et qu'elles n'ont pas été supprimées par des lois gouvernementales claires et expresses. Les traditions juridiques autochtones s'inscrivent certainement dans le cadre constitutionnel canadien sans menacer la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

³⁴⁵ *R. v. Mitchell*, *op. cit.* note 19, para. 8.

³⁴⁶ Voir B. Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1986) 66 *Revue du Barreau canadien* . 727.

³⁴⁷ Voir *Calder*, *op. cit.* note 18, [1973] S.C.R. 313 et *Mabo v. Queensland*, (1992), 175 C.L.R. 1, à la p. 57 (le juge Brennan), aux pp. 81-82 (les juges Deane et Gaudron), et aux pp. 182-83 (le juge Toohey).

V. Défis et promesses liés à la reconnaissance des traditions juridiques autochtones

Maintenant que le contexte général de la reconnaissance des traditions juridiques autochtones est établi, il est essentiel de souligner les défis et promesses que cette reconnaissance pourrait entraîner. Bien que l'on ait pris tous les moyens possibles pour bien faire comprendre le lien qui existe actuellement entre les traditions juridiques du Canada et leur possibilité d'évolution, notre propos pourrait être contesté pour différentes raisons, que ce soit de nature sociale, politique, économique, psychologique, idéologique, spirituelle ou autre. Certains présenteront des arguments d'ordre juridique et remettront en question l'exactitude de la représentation des traditions juridiques autochtones et de leur viabilité comme règles modernes qui font autorité. Cette remise en question serait parfaitement justifiée. Le droit n'est jamais univoque et il y a toujours place à l'interprétation. Comme l'écrivait le professeur Jeremy Webber :

[TRADUCTION] Il est toujours trompeur... de parler « du droit » dans un contexte particulier comme si le contenu du droit était prédéterminé et univoque, du moins jusqu'à ce que les mécanismes exécutoires dans ce contexte aient statué sur le désaccord... Le caractère herméneutique de l'argumentation normative signifie que le droit présente toujours une certaine ouverture... Toute tentative de décrire le droit dans un contexte particulier devrait tenir compte de cette ouverture. Le droit ne devrait pas être traité comme entité univoque. Il devrait plutôt viser à saisir une culture juridique, démontrer d'une part les différents arguments opposés et, d'autre part, les pratiques, les intérêts, les motifs d'expérience historique et l'identification des personnes aux diverses tendances; les mécanismes existants pour la résolution des différends sociaux, et, à partir d'une évaluation de tous ces facteurs, le succès relatif de diverses assertions normatives³⁴⁸.

Si le présent document est critiqué pour avoir présenté le droit d'une façon trop monosémique ou insuffisamment ouverte aux autres interprétations, il est à espérer que les éventuels critiques jugeront leur réponse à l'aune des mêmes critères. Le présent document a mis en valeur les arguments opposés et les pratiques, les intérêts, l'expérience historique et les identités individuelles contestés dans les traditions juridiques du Canada. Il a également identifié des

³⁴⁸ Jeremy Webber, *Legal Pluralism and Human Agency* [manuscrit non publié].

mécanismes de résolution des différends portant sur le bien-fondé de reconnaître l'ordre juridique autochtone au Canada. Il est donc nécessaire d'examiner pleinement les arguments qui critiquent les traditions juridiques autochtones. La relation du droit canadien avec les traditions juridiques autochtones n'est pas statique; sa forme future sera influencée par la critique de sa réalité ou de son bien-fondé.

Il est tout simplement impossible d'affirmer catégoriquement ce qu'est le « droit » ou ce qu'il *devrait être* à l'intérieur de la relation entre les traditions juridiques du Canada³⁴⁹. Il faut donc garder à l'esprit le point de vue selon lequel les traditions juridiques autochtones n'ont pas existé, n'existent pas ou ne devraient pas exister au Canada. Jusqu'à maintenant, le présent document a conclu que ces traditions existaient dans les faits avant l'arrivée de la common law et du droit civil au Canada et qu'elles continuent d'exister aujourd'hui. Le présent chapitre examinera davantage cette notion et étudiera d'autres obstacles à la reconnaissance de ces traditions. Ces obstacles sont l'intelligibilité, l'accessibilité, l'égalité, l'applicabilité, la constitutionnalité et la légitimité.

A. Intelligibilité

Les lois sont intelligibles si les personnes qui doivent respecter leurs principes peuvent « prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de

³⁴⁹

Tous les arguments juridiques regroupent des éléments descriptifs et prescriptifs. Même les juges, que l'on peut considérer comme les commentateurs juridiques les plus compétents dans le contexte juridique canadien, incluent des aspects descriptifs et prescriptifs dans leurs jugements. Parfois, ces doubles fonctions sont explicites, comme lorsque les lecteurs peuvent faire la distinction entre le ratio d'un argument et des remarques incidentes. Dans d'autres cas, la distinction entre ce qu'est et ce que *devrait être* le droit est cachée et implicite dans leurs jugements. Cela tient à la déférence culturelle qu'on leur accorde : les attentes quant au résultat et à la force de leurs décisions masquent souvent la réalité. Pourtant, malgré que l'impartialité et l'absence de préjugés des juges aient fait couler beaucoup d'encre, il demeure que les déclarations sur ce qu'est et ce que *devrait être* le droit suscitent toujours un débat. Les juges et toutes les personnes qui appuient le système judiciaire du Canada espèrent que la population considère que leurs opinions donne toujours lieu à une parfaite coïncidence entre *être* et *devrait*. Cependant, il y a toujours la possibilité de dissidence : dans la magistrature, au Parlement, avec les parties au litige, ou de façon plus générale dans la réponse du public à leurs opinions.

nature à dériver d'un acte déterminé³⁵⁰ ». Pour cette raison, certaines personnes peuvent douter de l'intelligibilité juridique du droit autochtone. Elles peuvent soutenir que les traditions juridiques autochtones n'ont pas la clarté nécessaire pour indiquer à une personne la conduite à suivre. Elles peuvent soutenir qu'il est impossible de prévoir les conséquences d'un comportement inapproprié. Les peuples autochtones et d'autres personnes qui appuient leurs traditions juridiques devraient prendre très au sérieux une telle préoccupation. Certaines lois autochtones prennent la forme de récits, de chants, de pratiques et de coutumes; ainsi, on peut prétendre qu'elles ne sont pas intelligibles car elles ne peuvent pas prescrire une conduite. Elles pourraient être perçues comme trop générales pour servir de normes juridiques. Il est raisonnable de se demander si les Autochtones auraient de la difficulté à comprendre leurs propres lois.

On peut répondre à cette question de différentes façons. D'abord, comme il a été remarqué, le droit est un phénomène culturel. Par conséquent, ce qui peut sembler inintelligible pour les personnes sans formation ou expérience en matière de culture autochtone, peut être tout à fait intelligible pour les personnes qui s'y connaissent. Il ne faut pas laisser une approche eurocentrique à l'interprétation juridique saper les traditions juridiques autochtones. Jan Vansina, un historiographe de premier rang de la tradition orale, a constaté que [TRADUCTION] « tous les messages font partie d'une culture »³⁵¹. Dans son ouvrage précurseur, Vansina a écrit que les messages [TRADUCTION] « sont exprimés dans la langue d'une culture et sont conçus et compris dans le vocabulaire essentiel d'une culture »³⁵². Il a donc conclu que, puisque la culture modèle tous les messages, nous devons tenir compte de la culture dans l'interprétation de ces messages. C'est là une hypothèse qui soulève des

³⁵⁰ *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 EHRR 271.

³⁵¹ Jan Vansina, *Oral Tradition as History*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985, à la p. 124.

³⁵² Julie Cruikshank, «Oral Tradition and Oral History: Reviewing Some Issues», dans *Canadian Historical Review*, vol. 75, 1994, à la p. 410.

difficultés. Étant donné que ce que constitue un fait découle largement de la langue et de la culture qui donnent lieu aux renseignements³⁵³, la personne qui décide ce qu'est un « fait » le définit inévitablement à partir de l'ensemble des relations interpersonnelles qu'elle entretient³⁵⁴.

Les risques de malentendu et d'interprétation erronée sont énormes lorsque les lois autochtones sont jugées par des personnes qui ne connaissent pas bien la culture³⁵⁵. La possibilité de malentendu est plus sérieuse si chacune des cultures a une perception quelque peu différente de l'espace, du temps, de la vérité historique et de la causalité³⁵⁶. La spécificité culturelle de ce qui constitue un fait peut faire en sorte qu'il est difficile pour des personnes de différentes cultures d'accepter les mêmes renseignements comme fait dans leur culture respective³⁵⁷. Puisque les différences entre les groupes font en sorte que les « faits » reçoivent un sens différent³⁵⁸, ces faits pour être bien compris doivent être observés du point de vue de la culture qui les a enregistrés, afin de les comprendre correctement.

³⁵³ Ludwig Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, trad. G.E.M. Anscombe, 3^e éd., Philosophical Investigations, New York, Macmillan Publishing Co., 1958, aux pp. 154-155. Il a écrit que le sens et la compréhension d'un fait étaient de [TRADUCTION] « savoir comment procéder ». Si une personne ne comprend pas [TRADUCTION] « comment procéder » dans une culture différente de la sienne, elle ne connaît pas les faits de cette culture.

³⁵⁴ Martin Heidegger, *Être et Temps*, trad. John Macquarrie et Edward Robinson, New York, Harper & Row, 1962, à la p. 157.

³⁵⁵ Richard Rorty, «On Ethnocentrism: A Reply to Clifford Geertz» (1986) 25 *Michigan Quarterly Review* 115; Abdullahi Ahmed An-Na'im, «Problems of Universal Cultural Legitimacy for Human Rights», dans A. An-Na'im et Francis Deng, dir., *Human Rights in Africa*, Washington, Brookings Institute, 1990.

³⁵⁶ Par exemple, en termes d'espace, les premiers Chrétiens voyaient l'éden comme faisant partie de la Mésopotamie et ont donc tenté d'expliquer que toutes les migrations humaines provenaient de cet endroit. Par contre, de nombreux Ojibway tracent leur origine à l'île de Michilimackinac dans les Grands Lacs et évoquent leur migration de cet endroit. En termes de temps, le christianisme, l'islam et le judaïsme perçoivent le temps comme un phénomène linéaire, progressif et continu. D'autres cultures, telles que les Mayas, les Aïnous ou les Cri, ont plutôt perçu le temps comme phénomène cyclique et répétitif. La causalité ou le changement peut également être différente d'un groupe à l'autre. Voir Vansina, *op. cit.*, note 351, aux p. 125-133.

³⁵⁷ Vansina a également écrit : [TRADUCTION] « La vérité historique est aussi une notion propre à la culture ». *Ibid.* à la p. 129.

³⁵⁸ Charles Taylor, «Understanding and Ethnocentricity», dans *Philosophy and the Human Science, Col. 2, Philosophical Papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, aux pp. 119 et 121. Vansina énonce que, puisque [TRADUCTION] « la culture peut être définie par ce qui est commun dans l'esprit des gens d'un groupe donné; ...les membres d'une collectivité partagent plusieurs idées, valeurs et images... qui leur sont communes, mais qui les différencient des autres ». Vansina, *op. cit.*, note 351, à la p. 124.

Les personnes qui évaluent le sens, la pertinence et le poids des traditions juridiques autochtones doivent donc apprécier les différences culturelles possibles en fonction du sens implicite qui se cache derrière les messages explicites si elles veulent tirer les bonnes inférences et les bonnes conclusions³⁵⁹. Elles devraient tenter de saisir les aspects symboliques non exprimés afin d'en évaluer la vérité et la valeur. Il est extrêmement difficile et complexe de maîtriser ces deux facettes de l'interprétation. Même avec les meilleures intentions du monde, nombreux sont ceux qui ne possèdent tout simplement pas les compétences requises pour exercer ce rôle sans recevoir une formation additionnelle. Chaque culture a son propre imaginaire collectif, qui transmet le sens et l'émotion, tels qu'ils se trouvent dans les métaphores, les expressions consacrées, les stéréotypes et autres clichés³⁶⁰. Il est important de bien comprendre l'imaginaire particulier d'une culture contenue dans ces formes afin d'apprécier « le contexte du sens » derrière une norme juridique³⁶¹. Sans ces connaissances plus profondes, il peut être difficile de comprendre et de reconnaître le sens que les peuples autochtones donnent à leurs lois³⁶². Cet effort de compréhension sera particulièrement malaisé si l'interprète ne reconnaît pas le fondement culturel des connaissances, ni n'admet sa propre partialité³⁶³.

³⁵⁹ Un ethnohistorien éminent a écrit ce qui suit.

[TRADUCTION] Les dossiers historiques ne peuvent être interprétés que lorsque les valeurs culturelles de l'observateur et de la personne observée sont comprises par l'historien. Dans l'étude de l'histoire contemporaine du monde occidental, l'expérience de la vie quotidienne peut être suffisante pour fournir de telles connaissances. Pourtant, cette approche implicite ne fournit pas une base adéquate pour comprendre le comportement des personnes de jadis ou des cultures radicalement différentes de la nôtre.

Bruce Trigger, *Natives and Newcomers: Canada's Heroic Age Reconsidered*, Montréal, McGill-Queen's Press, 1985, à la p. 168.

³⁶⁰ Vansina, *op. cit.*, note 351, à la p. 124.

³⁶¹ *Ibid.*, à la p. 137.

³⁶² Louise Mandell, «Native Culture on Trial», dans Sheilah Martin et Kathleen Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, à la p. 358; Joan Ryan et Bernard Ominayak, «The Cultural Effects of Judicial Bias», *Ibid.*, à la p. 346; Robin Ridington, «Cultures in Conflict: The Problem of Discourse», dans W. H. New, dir., *Native Writers and Canadian Writing*, Vancouver, UBC Press, 1990, à la p. 273.

³⁶³ L'anthropologue Robin Ridington a étudié ces problèmes dans le fondement factuel de la décision du juge de première instance dans l'affaire *Delgamuukw*, voir Robin Ridington, «Fieldwork in Courtroom 53: A Witness to Delgamuukw» dans *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, éd. Frank

Ensuite, les peuples autochtones peuvent également aborder la question de l'intelligibilité en mettant en doute le nombre de précisions nécessaires pour qu'une formulation soit « prévue par la loi »³⁶⁴. Les tribunaux occidentaux ont accordé aux gouvernements beaucoup de latitude pour interpréter ce syntagme. Dans l'affaire *Sunday Times v. United Kingdom*³⁶⁵ de la Cour européenne des droits de l'homme, le syntagme « prévue par la loi » a été interprété avec souplesse dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, afin de laisser un certain degré d'imprécision. La Cour a rédigé ce qui suit.

Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots « prévues par la loi ». Il faut d'abord que la « loi » soit suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une « loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique.

Le syntagme « prévue par la loi » ne nécessite pas que les conséquences d'une action soient prévisibles avec une certitude absolue. Ceci entraînerait des lois excessivement rigides qui ne pourraient pas suivre le rythme de circonstances en évolution. L'interprétation juridique est une

Cassidy, Lantzville, C.-B., Oolichan Books, 1992, aux p. 211-212. Pour d'autres commentaires sur les hypothèses historiques et culturelles sur la décision du juge en chef McEachern dans l'affaire *Delgamuukw*, voir : Joel Fortune, *Construing Delgamuukw: Legal Arguments, Historical Argumentation, and the Philosophy of History*, (1993) 51 *U.T. Fac. Law Review* 80; Michael Asch et Catherine Bell, «Definition and Interpretation of Fact in Canadian Aboriginal Title Legislation: An Analysis of *Delgamuukw*» (1994) 10 *Queen's Law Journal* 503; Robin Fisher, «Judging History: Reflections on the Reasons for Judgment on *Delgamuukw v. B.C.*» (1992) 95 *B.C. Studies* 43; Geoff Sherrott, «The Court's Treatment of the Evidence in *Delgamuukw v. B.C.* » (1992) 56 *Saskatchewan Law Review* 441.

³⁶⁴ Les peuples autochtones peuvent aussi argumenter que le syntagme « prévue par la loi » (visant à limiter l'action individuelle) ne s'applique pas à leurs traditions juridiques. Ce syntagme est principalement utilisé dans les instruments portant sur les droits et il est possible que les peuples autochtones ne se sentent pas liés par la *Charte*, tout comme les amérindiens ne se sont pas liés au *Bill of Rights*.

³⁶⁵ (1979), 2 EHRR 271.

question de « pratique » où des lois possiblement vagues peuvent être rendues intelligibles par leur application dans un contexte factuel particulier.

Dans l'interprétation du syntagme dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême du Canada a adopté une approche semblable à celle de l'affaire *Sunday Times*, lorsqu'elle a soutenu que la loi ne peut pas être caractérisée avec trop de rigidité. La Cour a signalé que le syntagme « prévue par la loi » pourrait établir une norme trop élevée pour les gouvernements si elle était interprétée de façon trop stricte. Dans *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, la Cour a indiqué ce qui suit :

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application³⁶⁶.

Ceci démontre que la Cour suprême du Canada a interprété largement le syntagme « prévue par la loi ». Dans les affaires « prévues par la loi », la « discrétion » et « l'équilibre » sont admis³⁶⁷. La Cour suprême a soutenu qu'une loi n'est « d'une imprécision inacceptable » que si elle « ne fournit pas un fondement suffisant pour un débat judiciaire »³⁶⁸. Si des lois canadiennes plus générales peuvent décrire des normes juridiques « pouvant faire l'objet d'un débat » comme étant intelligibles, les traditions juridiques autochtones devraient certainement recevoir le même traitement. Il faut bien s'assurer que les traditions juridiques autochtones ne se voient pas imposer un niveau d'intelligibilité qui soit plus élevé que celui des lois non autochtones. Les peuples autochtones peuvent bien être en mesure de soumettre que leurs lois respectent les normes d'intelligibilité établies par les tribunaux, même si elles ne s'insèrent

³⁶⁶ *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)* [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 44.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 24.

pas immédiatement dans la sphère « de compétence » d'un juge ayant reçu une formation en common law ou en droit civil ou même s'il y a place au débat sur leur sens.

B. Accessibilité

L'intelligibilité est étroitement liée à la question de l'accessibilité. Si un grand nombre de personnes, Autochtones et autres, ont de la difficulté à comprendre les lois autochtones, des mesures doivent être prises pour les rendre plus accessibles. Les peuples autochtones pourraient certainement retirer un avantage du fait que leurs lois seraient plus accessibles. Il leur serait plus facile de saisir ce qu'il est attendu d'eux³⁶⁹. Il s'agit sans doute aussi du souhait de nombreuses personnes non autochtones face aux traditions juridiques du Canada, le droit civil et la common law. Si les peuples autochtones devaient rendre leurs lois plus accessibles pour leurs propres ressortissants, les personnes non autochtones qui veulent lui donner une plus grande reconnaissance pourraient aussi en retirer un avantage. Elles seraient moins craintives face aux traditions juridiques autochtones et accepteraient davantage le Canada comme société juridiquement pluraliste. Comme il a été mentionné plus haut, la reconnaissance par les personnes non autochtones serait également avantageuse pour les Autochtones.

Il existe différentes façons de rendre les traditions juridiques autochtones plus accessibles. Certaines sont décrites dans le prochain chapitre. Les lois autochtones pourraient être codifiées et rendues accessibles sous forme écrite. La diffusion par l'écrit permettrait de fournir des renseignements à un plus grand nombre de foyers et d'institutions. Par ailleurs, la force de la nature orale des traditions serait préservée et des mesures doivent être prises afin de s'assurer

³⁶⁹ Plusieurs peuples autochtones possèdent seulement une connaissance limitée de quelques traditions, tandis que d'autres ont complètement perdu ces connaissances. Les processus coloniaux et le choix individuel ont à certains égards donné un coup à la culture autochtone. Par conséquent, bien que certains membres estiment que les traditions autochtones sont « intelligibles », il est possible qu'il soit nécessaire de les communiquer à plus grande échelle de différentes façons avec différents styles culturels, si on veut éviter qu'elles soient trop imprécises pour les personnes dont on s'attend à ce qu'elles les respectent.

que la souplesse est préservée. On pourrait instituer certaines garanties afin de s'assurer d'une vaste communication sans rigidité excessive. Le *Code civil du Québec* a conservé cette ouverture et cette souplesse. Les codes autochtones pourraient contenir des préambules qui conserveraient l'autorité locale en matière d'interprétation. D'une certaine façon, le Canada a conservé cette souplesse dans le préambule à la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit une Constitution « semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni ». L'origine du texte écrit de la Constitution du Canada dans les principes constitutionnels non écrits a permis aux tribunaux canadiens d'éviter les rigidités des contraintes textuelles à de nombreuses occasions³⁷⁰.

Les peuples autochtones pourraient également décider de rendre leurs lois plus accessibles en créant plus d'occasions d'apprentissage. L'éducation juridique peut prendre diverses formes, notamment des vidéos, des médias, des ateliers, des stages, l'apprentissage en classe, des manuels, des jugements publiés, des prestations publiques, entre autres. L'éducation juridique autochtone peut également être fournie dans le contexte d'une école de droit, ce qui augmente son exposition aux étudiants intéressés et aux spécialistes. Ceci pourrait approfondir la compréhension pratique et académique. L'éducation juridique autochtone dans une école de droit sera étudiée davantage dans le dernier chapitre.

Les lois autochtones deviennent également plus accessibles lorsque le gouvernement reconnaît leurs capacités législatives au moyen de traités. Le Nunavut et Nisga'a sont deux exemples récents. Tel qu'il a été mentionné dans le chapitre deux, un nouveau territoire a été reconnu dans le nord du Canada en 1999. Il rend les lois inuit plus intelligibles et accessibles pour les Inuit et les non inuit. Le territoire appelé Nunavut, qui signifie « notre terre », s'étend sur environ

³⁷⁰ Parmi les exemples récents, il y a le *Renvoi sur la sécession du Québec*, *op. cit.*, note 242, le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *op. cit.* note 279, et le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* [1997] 3 R.C.S. 3.

le tiers du Canada. Il a été établi par la négociation, la vision et le dur labeur des chefs inuit qui désiraient garantir leur propre place dans le nord du pays. Il est gouverné par et pour le peuple inuit, qui constitue la majorité de la région. En plus de la gouvernance de l'ensemble du territoire, les Inuit ont également réussi à obtenir un droit de propriété exclusif sur une vaste étendue de terre, des droits de récolte exclusifs sur les terres et dans les eaux de l'Arctique, le contrôle et la participation à des conseils sur l'utilisation des terres dans toute la région, le droit à ces conseils, redevances pour l'utilisation des ressources par des non inuit, un statut préférentiel pour les emplois dans le gouvernement du territoire et une place exceptionnellement puissante dans la structure fédérale du Canada. Ceci permet au peuple d'exercer une compétence législative sur de nombreuses affaires et d'exprimer ces lois de façon positiviste. Il existe plusieurs rubriques de compétence pour lesquelles les Inuit proclament leurs points de vue. Ces lois sont publiées dans des rapports officiels, des gazettes et d'autres documents. Les médias couvrent les activités de nature législative et il existe un débat important dans les cercles inuit et non inuit sur la nature de ces lois.

Une autre étape qui vise à rendre les lois inuit plus intelligibles et accessibles a été la création d'un programme d'éducation juridique en collaboration avec la University of Victoria en Colombie-Britannique. Ce programme a aidé les résidents du Nunavut à bien exprimer leurs anciennes lois et leurs valeurs actuelles en des termes contemporains. L'école de droit s'appelle Akitsiraq et elle s'est efforcée d'être attentive au plurijuridisme dans le nord du pays par la combinaison des connaissances inuit traditionnelles aux exigences des dispositions constitutionnelles et législatives du territoire. Les étudiants et étudiantes ont suivi tous leurs cours à Iqaluit, la capitale du Nunavut, et au bout de quatre ans, ils ont reçu un diplôme en droit de la University of Victoria. Les récits inuit constituent une partie vitale de cette éducation de même que les Aînés et les leaders communautaires. Les étudiants et étudiantes interagissent avec des professeurs de droit du sud du pays afin de s'assurer que les lois inuit correspondent

aux besoins des résidents du nouveau territoire. Ils peuvent apprendre le droit inuit tout au long de leurs études. L'initiative d'Akitsiraq est un exemple du type d'activité qui pourrait être répétée ailleurs afin de faciliter le développement des processus juridiques et du raisonnement appropriés aux normes et aux besoins des Inuit. Le droit connaît un meilleur succès lorsqu'il exprime l'ordre normatif des gens qu'il dessert.

Une autre initiative qui démontre une plus grande accessibilité aux lois des peuples autochtones du Canada provient de la nation Nisga'a du nord-ouest de la Colombie-Britannique. Tel qu'il a été mentionné dans le chapitre deux, la nation Nisga'a gouvernait historiquement leur société en faisant référence à l'*ayuukhl*, un code juridique ancien qui a guidé les relations sociales, économiques et politiques des Nisga'a depuis les « temps immémoriaux ». Les récits, les cérémonies et les festins au centre de l'*ayuukhl* sont au cœur des efforts déployés afin de revitaliser les traditions juridiques. Les Nisga'a n'ont jamais conclu de traités avec le Canada; ils ont toujours revendiqué un droit relatif à leurs terres et ressources partout sur leurs territoires traditionnels en faisant référence à l'*ayuukhl*. Tous ces facteurs accroissent la probabilité que la nation Nisga'a connaîtra ses lois et sera en mesure d'en apprendre davantage sur celles-ci, ce qui répond aux préoccupations en ce qui touche l'accessibilité et l'intelligibilité.

Comme l'illustrent les exemples de la nation Nisga'a et du Nunavut, les lois des peuples autochtones pourraient devenir plus accessibles si elles étaient transmises sous une forme moderne. Les lois autochtones ne seront accessibles que si l'on reconnaît que les circonstances. Il est nécessaire de comprendre ce qu'étaient les lois autochtones il y a cinq cents ans, mais cette compréhension n'est pas suffisante pour rendre ces lois applicables aujourd'hui. Il peut être nécessaire de faire évoluer les moyens de communication traditionnels afin d'accroître la compréhension juridique et cette évolution est acceptable dans la mesure où

elle est conforme aux principes de base de la tradition. Le changement des circonstances culturelles peut entraîner, chez certains groupes autochtones, le choix d'incorporer des principes de la common law ou du droit civil dans leurs traditions. S'il s'agit là du choix de ces groupes, cela pourrait représenter la réalité de leurs valeurs normatives dans des termes modernes. Les peuples autochtones ont été exposés aux valeurs d'autres peuples pendant des siècles. Ces valeurs peuvent être adaptées dans la mesure souhaitée par la collectivité. Tel que mentionné dans le chapitre deux, l'infusion dans les traditions juridiques autochtones d'innovations d'autres systèmes ne constitue pas nécessairement un rejet de l'authenticité ou l'autonomie des traditions autochtones. En fait, l'élaboration attentive de traditions autochtones conformes aux valeurs anciennes, mais également pertinentes aux circonstances d'aujourd'hui, rehausse leur intelligibilité et leur accessibilité.

Une discussion sur l'accessibilité serait incomplète sans faire mention qu'elle peut poser des dangers. Les peuples autochtones ont beaucoup de raisons de ne pas vouloir partager leurs idées à grande échelle. Par le passé, ces activités ont causé des malentendus dans les collectivités non autochtones. Les malentendus surviennent lorsque les destinataires ne mettent pas tout le sens de ce qui est révélé en contexte ou lorsque des hypothèses stéréotypées déterminent l'interprétation de l'auditeur. Ce type de réactions peut pousser les peuples autochtones à se tenir continuellement sur la défensive. Ils peuvent ainsi passer beaucoup de temps éclaircir ou à justifier leur position juridique. Le fait de ressasser des stéréotypes désuets et de tenter de renseigner les autres au sujet du contexte plus vaste du droit autochtone sont des activités franchement humiliantes et taxantes pour plusieurs peuples autochtones. Elles peuvent aussi entraîner une perte de confiance. La question de confiance entre les peuples autochtones et non autochtones pourrait nécessiter beaucoup plus d'attention avant que le peuple autochtone soit prêt à partager leurs idées d'une façon plus publique et accessible.

La question de confiance se rapporte également à un autre obstacle à l'accessibilité des traditions juridiques autochtones. Par le passé, la culture autochtone a été faussement empruntée et volée. Certains peuples autochtones hésiteront beaucoup à partager leurs connaissances juridiques, en raison de la possibilité qu'elles soient mal utilisées. Pour la plus grande partie de l'histoire du Canada, la culture autochtone a été perçue comme inférieure. Les connaissances autochtones étaient considérées comme dégradées, statiques, en déclin et lentement, mais inexorablement en voie de disparition. Beaucoup d'efforts ont été déployés dans le but de simultanément éradiquer et cataloguer l'expression culturelle, les objets et les idées des Autochtones. L'interférence culturelle a pris comme forme l'élimination des institutions gouvernementales autochtones³⁷¹, le refus de terres³⁷², l'enlèvement forcé des enfants³⁷³, la criminalisation des entreprises économiques³⁷⁴, et le refus des droits de liberté religieuse³⁷⁵, d'association³⁷⁶, d'application régulière de la loi³⁷⁷ et d'égalité³⁷⁸. Avec l'appui des

³⁷¹ *Logan v. Styres* (1959), 20 D.L.R. (2d) 416 (Haute Cour de justice de l'Ontario) [confirmation de l'expulsion forcée du gouvernement traditionnel Hodinohso:ni].

³⁷² Par exemple, Joseph Trutch, en refusant le titre ancestral en Colombie-Britannique, avait rédigé ce qui suit.
[TRADUCTION] Le titre des Indiens en ce qui concerne le droit aux terres publiques, ou toute partie de celles-ci, n'a jamais été reconnu par le gouvernement. Au contraire, il est formellement refusé.

British Columbia, Papers Connected with the Indian Land Question, 1850-1875, Victoria, Government Printer, 1875, à l'annexe 11.

³⁷³ John S. Milloy, *A National Crime: The Canadian Government and the Residential School System, 1879-1986*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 1999.

³⁷⁴ Les peuples autochtones sont constamment accusés d'infractions criminelles pour la chasse et la pêche à des fins économiques traditionnelles. Certains cas qui ont retenus l'attention sont les suivants : *R. v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307 (County Court of Nova Scotia); *Simon c. La Reine* (1985) 24 D.L.R. (4^e) 390 (C.S.C.); *R. c. Horseman* (1990) 1 R.C.S. 901 (C.S.C.); *R. c. Côté* (1996) 138 D.L.R. (4^e) 185 (C.S.C.); *R. c. Badger* (1996) 133 D.L.R. (4^e) 324 (C.S.C.); *R. c. Marshall* [1999] 2 R.C.S. (C.S.C.).

³⁷⁵ *Thomas v. Norris* [1992] 2 C.N.L.R. 139 (British Columbia Supreme Court) (danse autochtone des esprits non protégée par la *Charte*); *Jack and Charlie c. La Reine* (1985) 21 D.L.R. (4^e) 641 (C.S.C.) (pas de protection pour la prise de viande fraîche d'un cerf aux fins d'une cérémonie autochtone de la mort.)

³⁷⁶ De nombreuses bandes ont été séparées ou relocalisées afin d'éviter leur association, en raison de la peur d'un gouvernement que les bandes s'organisent pour résister aux empiètements sur leurs droits.

³⁷⁷ Une obligation de fiduciaire a récemment été développée dans le but de remédier aux violations des droits autochtones qui découlent des différences dans la façon dont les peuples autochtones sont titulaires de leurs droits et comment ils y accèdent. Des cas importants à cet égard sont : *Guérin c. La Reine* (1984) 13 D.L.R. (4^e) 321 (C.S.C.); *Kruger c. La Reine*, (1985) 17 D.L.R. (4^e) 591 (Cour fédérale d'appel); *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada* (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1995) 130 D.L.R. (4^e) 193 (C.S.C.). Pour une discussion plus approfondie, voir Len Rotman, *Parallel Paths*, Toronto, University of Toronto Press, 1996.

représentants du gouvernement et des chefs religieux, les festins et les danses ont été interdites et rendus passibles de poursuites criminelles. Les masques cérémoniaux, les mâts totémiques, les boîtes en bois cintré, les ceintures wampum, les vêtements, les paniers et autres objets ont été confisqués et placés dans des collections privées et des établissements publics. Pendant que les anthropologues observaient et prenaient des notes, des os, des tissus et d'autres restes humains étaient apportés et étudiés dans les hôpitaux, les universités et les musées, au profit de la carrière d'archéologues, de médecins praticiens et d'universitaires. Les chants, les récits et les représentations autochtones ont été appropriés. Les musiciens non autochtones, les associations littéraires et Hollywood en ont été bénéficiaires. Ces pratiques soulèvent encore des difficultés aujourd'hui.

Il a été observé, que chez les Autochtones, [TRADUCTION] « l'appropriation culturelle n'appartient pas seulement au passé, elle se produit aujourd'hui encore »³⁷⁹. Ceux qui écoutent attentivement se rendent rapidement compte que les questions liées à l'appropriation culturelle font partie de l'actualité presque toutes les semaines. L'incidence sur les communautés est importante et elle présente un obstacle tout aussi important à l'amélioration de l'accessibilité des traditions juridiques autochtones. Les personnes ne voudront pas partager si elles croient que tout échange mènera systématiquement à l'appropriation, à la critique et à l'extinction.

Enfin, il reste un défi additionnel à signaler. Dans certaines collectivités autochtones, les connaissances forment une partie d'une tradition qui devrait être considérée comme une propriété intellectuelle. Dans ce cas, les connaissances ne peuvent pas être partagées sans suivre des protocoles minutieux qui pourraient limiter l'accessibilité à dessein. Par exemple,

³⁷⁸ *Procureur général du Canada c. Lavell* [1974] R.C.S. 1349 (distinctions odieuses accueillies dans la *Loi sur les Indiens* fondées sur le sexe).

³⁷⁹ Barry Steven Mandelker, «Indigenous People and Cultural Property Appropriation: Intellectual Property Problems and Solutions» (2000) 16 *Revue canadienne de propriété intellectuelle* 367.

pour plusieurs Premières nations de la côte ouest, seules les personnes ayant mérité le droit de recevoir un nom héréditaire ont la permission de discuter et d'utiliser certaines connaissances. Si d'autres personnes tentent de propager ces traditions d'une façon qui n'est pas permise, elles contreviendraient à leurs lois les plus fondamentales. L'accessibilité ne peut pas être encouragée d'une façon qui sape la loi même qu'on tente de faire connaître dans le but d'en rehausser le respect. Afin de rendre les traditions autochtones plus accessibles, une attention particulière doit être portée à leurs contextes culturels particuliers et les solutions doivent mieux tenir compte de ces contextes.

C. Égalité

Un autre obstacle à la reconnaissance des traditions juridiques autochtones est la préoccupation face à l'égalité. Certains pourraient voir la reconnaissance des traditions juridiques autochtones comme accordant un traitement spécial pour les peuples autochtones dans le cadre du système juridique. Cependant, la reconnaissance et la mise en œuvre des traditions juridiques autochtones mèneraient plutôt à des systèmes distincts, mais égaux. Dans le présent document, nous avons constamment soutenu que la reconnaissance des traditions juridiques autochtones ne signifie pas la création d'un système juridique distinct pour les peuples autochtones au Canada. La reconnaissance des traditions juridiques autochtones aux côtés des traditions de la common law et du droit civil ferait partie *d'un* système juridique. Il y a amplement d'espace pour que ces traditions interagissent à l'intérieur *d'un seul* cadre. De créer un lien plus serré entre les traditions juridiques autochtones et les autres traditions du Canada ne constitue pas de l'isolement. Ce lien étroit ne signifie pas une convergence absolue et la fusion entre les traditions. Les traditions juridiques autochtones ne devraient pas plus être assujetties à l'assimilation forcée que la common law au droit civil. Chacune de ces traditions peut côtoyer les autres et s'harmoniser jusqu'à un certain point. L'opposition serait forte s'il était

proposé d'assimiler le droit civil à la common law. La population canadienne, en général, ne considère pas le droit civil dans le pays comme un traitement spécial, un isolement ou une création de lois distinctes séparées, mais inégales. Les traditions juridiques autochtones ne devraient pas être traitées différemment.

Le sens de l'égalité dans le contexte canadien devrait être bien compris. La Cour suprême du Canada a reconnu que la reconnaissance des différences peut constituer un mécanisme permettant d'atteindre l'égalité. Par exemple, dans l'affaire *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, le juge Iacobucci a fait remarquer que « la véritable égalité n'était pas nécessairement produite par un traitement identique »³⁸⁰. Il a poursuivi en précisant que des distinctions formelles de traitement seront parfois nécessaires afin de composer avec les différences entre les individus et d'accorder ainsi un véritable traitement égal. « De la même façon, une loi qui s'applique uniformément à tous est quand même susceptible de violer les droits à l'égalité d'un demandeur »³⁸¹. Une différence de traitement n'indique pas toujours une négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi. Les jugements sur l'équité de la différence de traitement seront toujours contextuels; ils tiennent compte du droit en cause, le statut socio-économique de la personne et celui des groupes comparatifs. Dans l'application de ces principes aux traditions juridiques autochtones, il peut être argumenté que le fait qu'elles soient différentes ne soulève pas nécessairement des préoccupations d'égalité, d'équité, de certitude, entre autres.

Des principes juridiques internationaux appuient également une approche à l'égalité qui peut composer avec une différence acceptable de traitement. Dès 1934, la Cour permanente de Justice attaquait la question de la discrimination dans son opinion sur les *Écoles minoritaires en*

³⁸⁰ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [1999] 1 R.C.S. 497.

³⁸¹ *Ibid.*, 25.

*Albanie*³⁸². La Cour a jugé qu'une [TRADUCTION] « forme subtile de persécution provient des mesures qui refusent à tout membre d'une minorité la capacité d'être différent de la majorité, c'est-à-dire qu'il est forcé, à son désavantage, à s'identifier à la majorité ». Plus tard, l'*affaire du Sud-Ouest africain*³⁸³ a précisé davantage le sens de la discrimination. Dans le célèbre jugement dissident du juge Tanaka sur cette affaire³⁸⁴, il a soutenu ce qui suit.

[TRADUCTION] Le traitement d'affaires différentes d'une façon égale et routinière serait tout aussi injuste que le traitement d'affaires égales d'une façon différente.

Le traitement d'affaires inégales de façon différente en fonction de leur inégalité n'est pas seulement permis, mais il est aussi nécessaire.

Le principe d'égalité ne signifie par une égalité absolue, mais il reconnaît l'égalité relative, à savoir la différence de traitement proportionnelle aux circonstances concrètes de chacun. La différence de traitement ne doit pas être accordée de façon arbitraire; elle nécessite un caractère raisonnable, ou elle doit être conforme à la justice, tout comme dans le cas du traitement des minorités, la différence de traitement des sexes, en ce qui concerne les utilités publiques, entre autres. Dans ces cas, la différenciation vise la protection des personnes concernées et elle n'est pas préjudiciable et ne va pas contre leur gré.

Cette position, selon laquelle le principe de non-discrimination nécessite un traitement égal des personnes égales et la prise en compte de la différence dans l'évaluation du besoin pour une différence de traitement, est également reconnue dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*³⁸⁵.

Il ne faut pas non plus oublier que le Canada est un système fédéral. Le pays est composé de dix provinces, de trois territoires, et d'un gouvernement central qui élabore et applique une

³⁸² *Écoles minoritaires en Albanie* (1934), C.P.J.I. (sér. A/B) n° 17.

³⁸³ *Affaire du Sud-Ouest africain*, [1966] C.I.J. Rep. 248.

³⁸⁴ Heather McRae, Garth Nettheim, Laura Beacroft, Luke McNamara, *Indigenous Legal Issues: Commentary and Materials*, 3^e éd., Sydney, Thomson Lawbook Co., 2003, aux p. 443-444.

³⁸⁵ Pour un commentaire, voir Commissaire à la discrimination raciale, *Racial Discrimination Act 1975: A Review*, Canberra, AGPS, 1995, aux pp. 63-64. [TRADUCTION] « L'égalité ne signifie pas le traitement égal. La reconnaissance de l'identité culturelle distincte des groupes minoritaires est conforme à la notion de l'égalité. De plus, la simple utilisation de la race comme critère de classification ne rend pas la distinction discriminatoire, mais elle repose plutôt dans le but injuste ou les répercussions de cette distinction. ».

vaste gamme de règles de droit à l'échelle du pays. Certaines lois en contredisent même d'autres. Par exemple, certaines provinces permettent les écoles confessionnelles financées par l'État, tandis que d'autres les interdisent. Certaines provinces sont obligées de financer les écoles confessionnelles en raison d'une obligation constitutionnelle, tandis que d'autres ne sont pas assujetties à de telles contraintes. Le fait que des lois différentes et parfois contradictoires sont adoptées au Canada par différents régimes juridiques ne ternit pas le système juridique. En fait, son respect est rehaussé parce que l'adoption de différentes lois démontre une capacité indispensable de répondre aux circonstances locales. À l'occasion, les gouvernements provinciaux adoptent divers règlements sous une loi fédérale identique (lorsqu'ils reçoivent la responsabilité d'administrer de telles lois). Cette diversité est normalement louée parce qu'elle permet aux législateurs d'être sensibles aux questions de nature purement locale. Peu de gens suggéreraient que les différences provinciales et régionales constituent une dérogation au principe d'une loi pour tous les Canadiens³⁸⁶.

Enfin, à l'exception des lois autochtones préexistantes, le Canada a beaucoup d'expérience dans l'accommodement de lois qui n'émanent pas des gouvernements central ou provinciaux. Comme l'a signalé Geoff Hall dans un article de la *University of Toronto Faculty of Law Review*, au Canada, plusieurs régimes juridiques différents sont appliqués³⁸⁷. Un exemple est l'application extraterritoriale du droit pénal. De nombreux pays ont recours à des lois qui leur permettent de poursuivre leurs citoyens pour des crimes commis dans un autre pays³⁸⁸. Le Canada a accepté ce principe³⁸⁹. Le Canada reconnaît également le principe que des obligations en matière d'impôt peuvent être contractées dans un autre pays, même si quelqu'un

³⁸⁶ Pour l'application de ce concept dans un contexte autochtone, voir James (Sakej) Youngblood Henderson, «Empowering Treaty Federalism» (1994) 58 *Saskatchewan Law Review* 241.

³⁸⁷ Geoff R. Hall, «The Quest for Native Self-Government: The Challenge of Territorial Sovereignty» (1992) 50 *University of Toronto Faculty of Law Review* 1 à la p. 39.

³⁸⁸ *Ibid.*, aux p. 45-48.

³⁸⁹ *Libman c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 179.

travaille au Canada³⁹⁰. L'immunité des diplomates au droit interne d'un autre pays est un autre exemple. La notion des pays peuvent jouir d'une immunité absolue est aussi un concept familier. Dans le même ordre d'idées, le droit naval et le droit militaire ont tous deux une application extraterritoriale³⁹¹. Ces exemples démontrent que la notion selon laquelle les Canadiens vivent sous un seul droit est une vision exagérément simpliste de la façon dont les régimes juridiques interagissent.

Même le *Code criminel* du Canada, une loi fédérale, est administré différemment dans chacune des provinces. L'application du droit pénal varie beaucoup d'une province à l'autre, en dépit de son origine commune³⁹². Le droit au Canada allie l'uniformité à la diversité. Il est bon de vouloir que les lois d'un pays (y compris les traditions juridiques autochtones) devraient être interreliées, équilibrées et harmonisées; il est toutefois mal indiqué de considérer la loi comme monolithique et de croire que les mêmes principes juridiques devraient s'appliquer à tout le monde exactement de la même façon³⁹³.

Dans ce contexte, les conseils donnés par la juge Mary Ellen Turpel-Lafond il y a quelques années, semblent particulièrement appropriés.

[TRADUCTION] Nous avons passé plusieurs années dans un débat dérangeant sur l'idée de savoir si la réforme de la justice comprenait des ordres juridiques distincts ou si elle ne touchait que le système principal. Il s'agit d'une fausse division et d'une distinction inutile parce qu'il ne s'agit pas d'un choix dichotomique. L'incitation à faire des changements se décrit mieux par l'éloignement du colonialisme et de la domination... La résistance au colonialisme sous-entend une réclamation par les peuples autochtones du contrôle sur la résolution des différends et une compétence en matière de justice, mais ce n'est pas aussi simple ni aussi rapide que cela peut paraître. Pour s'orienter dans cette direction il faut de nombreux liens... et peut-être une

³⁹⁰ Hall, *op. cit.*, note 387, aux p. 48-49.

³⁹¹ *Ibid.*, aux p. 55-60.

³⁹² *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

³⁹³ Patrick Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001.

acquisition échelonnée de la compétence. Par exemple, existe-t-il une collectivité qui possède la capacité de se charger des cas de personnes accusées de meurtre au premier degré et considérées comme des aliénés mentaux criminels et violents? Il ne s'agit pas de problèmes avec lesquels les peuples autochtones devaient composer autrefois et il faudra qu'il s'écoule une certaine période avant que les délinquants puissent être intégrés dans un système autochtone (s'il y a lieu). Il est possible que les collectivités ne veuillent pas se charger de ces types de problèmes ou qu'elles ne soient pas prêtes à le faire³⁹⁴.

D. Applicabilité

Les observations de madame la juge Turpel-Lafond débouchent sur l'idée de l'applicabilité. Quand le droit autochtone s'applique-t-il? De quelle façon s'applique-t-il? À qui s'applique-t-il? D'abord, comme le souligne la professeure Turpel, les peuples autochtones n'exerceront pas toujours tous les aspects de leur pouvoir décisionnel. Les Nisga'a, par exemple, se sont abstenus d'exercer leur pouvoir d'exploiter une cour tribale. Ils ont d'autres priorités liées à la capacité et à d'autres questions socio-économiques qui les ont poussés à se priver de cette institution pour un certain temps. D'autres groupes autochtones pourraient bien adopter la même approche. Ils pourraient, de façon périodique, ne pas utiliser leurs compétences sans se désister de leur pouvoir envers celles-ci. Une telle situation a eu lieu aux États-Unis, où des tribus amérindiennes ont exercé un contrôle et un pouvoir renforcés sur les systèmes juridiques. En dépit de leur droit en matière de compétence, plusieurs tribus choisissent de ne pas gérer les cours tribales; d'autres cèdent volontairement certains cas aux cours fédérales ou étatiques afin de poursuivre d'autres priorités.

³⁹⁴

Mary Ellen Turpel, «Reflections on Thinking About Criminal Justice Reform», dans R. Gosse, J. Henderson et R. Carter, dir., *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, Saskatoon, Purich Publishing, 1994. Voir aussi James (Sakej) Youngblood Henderson, «Implementing Treaty Order», dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, R. Gosse, J. Henderson et R. Carter, dir., Saskatoon, Purich Publishing, 1994; Matthias Leonardy, *First Nations Criminal Jurisdiction in Canada*, Saskatoon, Native Law Centre, 1998; Bruce Wildsmith, «Treaty Responsibilities: A Co-relational Model», dans *University of British Columbia Law Review: Special Edition, Aboriginal Justice*, 1992; Leonard Mandamin, Dennis Callihoo, Albert Angus, Marion Buller, «The Criminal Code and Aboriginal People», dans *UBC Law Review: Special Edition, Aboriginal Justice*, 1992.

Ensuite, il faut aborder la question de la façon dont les lois autochtones seraient appliquées. En grande partie, il s'agit du sujet du dernier chapitre qui, en résumé, traite de l'idée que les traditions juridiques autochtones pourraient être applicables par des institutions et instruments de gouvernance autochtone, des organes de résolution de conflits, la reconnaissance et l'harmonisation fédérales, et le développement institutionnel juridique canadien et autochtone.

Cependant, la question liée à l'applicabilité prêtant possiblement le plus à la controverse porte sur la question à savoir à qui s'appliquent les lois autochtones. Plusieurs s'inquiètent que l'application des lois autochtones sera à caractère racial, ce qui encouragerait la racialisation et le racisme au Canada. D'autres s'inquiètent que l'application pourrait être trop restrictive et qu'elle ne toucherait pas toutes les personnes qui demeurent dans des collectivités autochtones. Ces préoccupations nécessitent une étude plus approfondie.

Il existe beaucoup d'exemples inquiétants partout dans le monde où la loi est appliquée uniquement en fonction de la race. Cette pratique est normalement discriminatoire et elle subordonne des groupes ou des personnes à l'intérieur d'une société. L'application des traditions juridiques autochtones en fonction de la race devrait être évitée. Les lois autochtones devraient découler du caractère politique de ces sociétés; elles ne devraient pas être appliquées en raison de l'ascendance. Les peuples autochtones font partie d'organismes politiques distincts dont l'existence est plus vaste que leurs liens familiaux ou ancestraux. Les membres de la Commission royale sur les peuples autochtones écrivaient ce qui suit.

Les peuples autochtones ne sont pas des groupes raciaux; ils ont des entités organiques politiques et culturelles. Même si les peuples autochtones contemporains sont les descendants des premiers habitants de l'Amérique du Nord, ils ont souvent des patrimoines génétiques mixtes et comptent en leur sein des individus aux origines ancestrales différentes. En tant qu'entités politiques

organiques, ils ont la capacité d'évoluer avec le temps et de modifier leur structure interne³⁹⁵.

... L'un des plus grands obstacles à la création d'institutions autonomes nouvelles et légitimes est l'idée selon laquelle les peuples autochtones constituent une « minorité raciale défavorisée » [...] Ce n'est que lorsque les peuples autochtones seront considérés, non comme des « groupes raciaux » à l'intérieur des frontières d'un État légitime, mais comme des collectivités politiques distinctes ayant des revendications de droits collectifs qui leur sont propres, qu'il sera possible de faire un progrès sensible en vue de leur permettre de relever le défi de l'autonomie gouvernementale³⁹⁶.

Les peuples autochtones devraient appliquer leurs traditions juridiques à titre d'organismes politiques plutôt que de groupes raciaux. Ils disposent de règles pour l'intégration d'autres personnes dans leur collectivité ou pour l'octroi de la citoyenneté. Leurs traditions pourraient être modernisées et applicables aux peuples partout dans le monde. Des dispositions dans les récents traités des Dogrib et des Innu reconnaissent leur autorité de prendre leurs propres décisions en matière de citoyenneté. D'autres groupes pourraient adopter la même approche. Les gouvernements autochtones devraient établir des critères en fonction de leurs propres lois afin de déterminer la façon dont des personnes d'autres collectivités deviennent citoyens. Cette approche aiderait à résoudre la plupart des problèmes d'applicabilité liés aux traditions juridiques autochtones à l'intérieur de ces collectivités.

Il existe tout un éventail d'options pour aborder les questions liées à une applicabilité plus vaste. D'abord, les lois autochtones pourraient être territoriales, c'est-à-dire que si une personne se trouve sur les terres autochtones, les lois s'appliquent. Ensuite, les lois autochtones pourraient être personnelles et s'appliquer à une personne autochtone, peu importe où elle se trouve. Dans le même ordre d'idées, les lois autochtones pourraient reconnaître que les autres

³⁹⁵ *Commission royale sur les Peuples autochtones, Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996, chapitre 3.

³⁹⁶ Paul L.A.H. Chartrand, « Aboriginal Self-Government: The Two Sides of Legitimacy » dans *How Ottawa Spends: A More Democratic Canada...? 1993-1994*, sous la direction de Susan D. Phillips, Ottawa, Carleton University Press, 1993, pp. 234 et 236, citée dans *Commission royale sur les Peuples autochtones, Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996, chapitre 3.

Canadiens et Canadiennes peuvent apporter avec eux des lois personnelles sur les terres autochtones, et pourraient donc les exempter des lois autochtones. Il s'agit des questions les plus pressantes actuellement devant la Supreme Court of the United States. Des cas tels que *Oliphant*, *Duro*, *National Farmers*, *Montana*, *Hicks*, sont parmi les cas les plus difficiles que les cours doivent régler. La jurisprudence aux États-Unis a été trop axée sur le degré de sang indien et les catégories raciales. Ces préoccupations devraient être évitées dans l'application des lois autochtones dans le contexte canadien. Les lois devraient être appliquées en raison de l'association politique et de l'appartenance de ses citoyens et citoyennes.

E. Constitutionnalité

Un autre obstacle touche la légalité et la constitutionnalité des traditions juridiques autochtones. Le présent document soutient que la reconnaissance des traditions juridiques serait conforme au cadre constitutionnel canadien . Il est possible d'argumenter que les traditions juridiques autochtones sont protégées à titre de droits autochtones ou de droits de traiter, et doivent donc être reconnues et affirmées. Cet argument fera l'objet d'un examen plus approfondi dans le prochain chapitre, et il a constitué un thème constant du présent document.

F. Légitimité

À ce stade-ci, il est nécessaire d'aborder les objections psychologiques, émotionnelles, économiques et politiques à la reconnaissance des traditions juridiques autochtones. Certains points de vue découlent d'idées préconçues stéréotypées ou d'opinions non éclairées. Il est possible qu'un petit nombre de points de vue découlent même d'idées racistes relativement aux populations autochtones et sur la légitimité et la valeur de leurs lois. Les idées racistes devraient être rejetées, y compris les notions racistes que les peuples autochtones soutiennent

au sujet d'autres peuples et leurs lois. La plupart des préoccupations face aux traditions juridiques autochtones n'ont pas de motifs raciaux, mais se rapportent plutôt à des peurs plus banales, mais pourtant réelles, de l'inconnu.

Il est même nécessaire d'aborder l'idée que les peuples autochtones sont capables d'administrer leurs propres affaires. Des antécédents qui remontent à cinq cents ans illustrent les peuples autochtones comme des peuples inférieurs sur l'échelle de l'organisation sociale, et donc moins en mesure de gérer un conflit. Ces messages sont bien ancrés dans la culture populaire et il est difficile d'y résister à moins qu'ils soient abordés de façon explicite. Ces sentiments seront particulièrement forts lorsque des erreurs judiciaires seront commises dans les régimes autochtones, et elles le seront certainement; aucune société n'est à l'abri de l'erreur, du mécompte, du vice, de la corruption et de la distorsion. Bien que de graves injustices soient commises périodiquement dans d'autres systèmes juridiques du Canada, des injustices semblables pourraient être considérées plus graves dans un contexte autochtone. Il est difficile d'éviter que les attentes soient plus élevées envers les peuples autochtones lorsqu'ils cherchent à administrer leurs propres affaires.

Il peut survenir une autre préoccupation au sujet de la justesse de reconnaître les traditions juridiques autochtones, même si toutes les explications de leur reconnaissance sont logiques du point de vue intellectuel. Le ressentiment pourrait en être une motivation partielle. Il est possible que les gens croient que les peuples autochtones reçoivent quelque chose qu'ils n'ont pas, ce qui peut provoquer de frustration ou de l'amertume. Le présent document tente de prouver que la reconnaissance des traditions juridiques autochtones apportera aux peuples autochtones des avantages dont les autres peuples jouissent déjà. Cependant, les gens ne partageront pas tous ce point de vue et ils s'opposeront à l'élargissement de la primauté du droit pour accommoder les peuples autochtones de la façon proposée. L'avidité, l'inquiétude, la

peur, l'anxiété, l'envie, l'affection paternaliste, la préoccupation quant à la protection ou l'amour fidèle du pays sont tous des facteurs qui pourraient pousser les gens à rejeter les traditions juridiques autochtones. Toute stratégie visant à reconnaître les traditions doit se pencher sur ces réactions émotives.

Le coût économique de la reconnaissance des régimes autochtones sera peut-être considéré comme trop élevé. Le dédoublement possible des services juridiques peut être jugé excessif et inefficace. Le coût du personnel juridique peut sembler extravagant par rapport aux autres priorités urgentes.

Le soutien d'un système juridique nécessite en fait de l'argent. Cependant, il est également dispendieux d'ignorer l'établissement d'un plus grand respect pour la primauté du droit dans les collectivités autochtones. Des systèmes juridiques autochtones, qui sont exploités officiellement et qui établissent des règles précises pour la conduite de la collectivité, peuvent entraîner des bénéfices économiques.

Le développement économique et le développement social vont de pair dans les collectivités autochtones³⁹⁷. L'évolution du droit est un élément important du développement social et il est valable du point de vue économique. Les problèmes sociaux ont une incidence négative sur le capital humain individuel et sur le capital social collectif, la ressource produite grâce aux relations de groupe³⁹⁸. Le développement du capital social engendre la confiance, la bienveillance et les obligations mutuelles qui sont nécessaires afin qu'un groupe puisse évoluer et agir de façon efficace³⁹⁹. Lorsque les peuples autochtones se trouvent dans des situations

³⁹⁷ Merci à Sarah Morales pour son aide à l'élaboration des idées dans les trois prochains paragraphes.

³⁹⁸ Voir Robert Putnam, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, Toronto, Simon and Schuster, 2000.

³⁹⁹ S. Callahan, «The Capital that Counts», dans *Commonwealth*, vol. 123, n° 20, 1996, 7 à la p. 7.

négatives au point de vue social, cela crée des obstacles au succès économique⁴⁰⁰. L'élaboration des traditions juridiques autochtones peut aider les peuples à surmonter les circonstances sociales négatives et à minimiser les barrières au développement économique.

Les collectivités autochtones bénéficieraient beaucoup de la mise en place d'un environnement politique plus stable à la suite de la reconnaissance de leurs traditions juridiques. Dans certaines collectivités autochtones, les exemples d'ingérence dans le développement social et économique sont trop nombreux : exigence que certaines personnes soient embauchées, entrave aux décisions financières ou administratives nécessaires, tentative d'influencer la distribution de subventions ou de prêts. Ces activités démoralisent, provoquent des perturbations sociales, entraînent les échecs commerciaux et sapent l'initiative économique. Les collectivités autochtones se retrouvent donc dans des milieux sociaux imprévisibles et arbitraires qui dissuadent l'investissement et l'engagement.

C'est l'une des raisons pour lesquelles il est si important de reconnaître officiellement les règles et les procédures autochtones. Elles peuvent combattre l'existence de factions et l'ingérence socio-économique injustifiée. Elles pourraient réglementer les procédures liées aux permis et empêcher que chaque grief mineur se transforme en une confrontation politique majeure⁴⁰¹. La résolution des conflits autochtones pourrait minimiser la pression au moment opportun, avant que la situation ne s'aggrave. Des lois sur l'environnement gouverneraient l'utilisation du sol, la faune et l'exploitation des ressources⁴⁰². Afin d'en tirer de plus grands avantages économiques, les lois autochtones pourraient être mises en œuvre par des processus qui définissent

⁴⁰⁰ J. Coleman, «Social Capital in the Creation of Human Capital», dans *American Journal of Sociology*, vol. 94, 1988, à la p. 98.

⁴⁰¹ Stephen Cornell et Joseph P. Kalt, «Reloading the Dice: Improving the Chances for Economic Development on American Indian Reservations», dans *What Can Tribes Do? Strategies and Institutions in American Indian Economic Development*, à la p. 19.

⁴⁰² *Ibid.*

clairement et explicitement les droits et les responsabilités de tous les partis concernés⁴⁰³. Si les gens pouvaient clairement voir des possibilités de décisions et d'appel, leur confiance en leurs institutions sociales et politiques en serait accrue. Certaines questions doivent être abordées afin d'atteindre cet objectif.

- Quand l'organisme d'autorité gouvernementale autochtone pourra-t-il l'emporter sur d'autres ministères?
- Quand est-il nécessaire de gérer un avis public ou une audience publique?
- Quel droit d'appel les demandeurs ont-ils et envers qui?

Étant donné la diversité des sociétés autochtones, il serait impossible d'appliquer un seul modèle juridique à l'échelle du pays. Chacune des collectivités devra mettre en place ses propres institutions et politiques. Les collectivités qui ne règlent pas ces questions s'acheminent vers des conflits et l'instabilité, ce qui fera obstacle au développement socio-économique⁴⁰⁴.

Des normes juridiques professionnelles et des procédures justes et efficaces de résolution des différends permettront aux collectivités de surmonter les crises politiques⁴⁰⁵. Elles peuvent isoler les dirigeants autochtones de la mesquinerie des factions⁴⁰⁶. Une collectivité améliore sa stabilité politique et accroît sa capacité de gérer efficacement ses propres affaires lorsque la résolution de conflits repose moins sur la personne qui siège au conseil que sur un processus officiel, juste et fiable de résolution des différends. Chaque société doit empêcher l'abus par les

⁴⁰³ Plusieurs gouvernements autochtones n'ont pas de contrôle adéquat sur leurs finances et ils disposent de systèmes de gestion faibles. Le développement sera découragé si les documents relatifs à un nouveau permis d'exploitation d'entreprise sont perdus, si les dossiers du conseil de bande sont détruits chaque fois qu'un nouveau conseil est nommé, si la facture de l'entrepreneur de bâtiment n'est pas payée avant que des fonds puissent être remaniés entre les ministères, ou si chacune des mises à pied d'un employé provoque une crise politique. Voir John Borrows, «Stewardship, Accountability and Indian Act Governance», dans *Queen's Law Journal*, vol. 29, 2003, p. 103.

⁴⁰⁴ Cornell, *op. cit.*, note 401, à la p. 19.

⁴⁰⁵ *Ibid.* Une solide obligation de rendre des comptes en matière de finances et des systèmes de dossiers adéquats empêchent l'abus, améliorent la surveillance du rendement, augmentent la responsabilité et améliorent la capacité d'une collectivité à prendre des décisions éclairées et informées sur les biens et les occasions de la collectivité.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

pouvoirs publics, y compris les peuples autochtones. Des mesures doivent être prises afin de s'assurer que les personnes qui exercent les pouvoirs publics n'ont pas recours à leur poste pour s'enrichir⁴⁰⁷. Les sociétés autochtones seront paralysées si les personnes qui cherchent à accumuler immodérément, le pouvoir ne sont pas arrêtées. Il existe des arguments solides selon lesquels à mesure que les peuples autochtones deviennent plus responsables de leurs collectivités, ils renforceront la certitude et multiplieront les occasions de croissance et d'investissement. Cette information est utile dans la réponse aux questions liées aux coûts économiques de la reconnaissance des traditions juridiques autochtones.

Du point de vue des sciences politiques, certains peuvent craindre la légitimité parce que de nombreux antécédents ont démontré que les gens abusent de leurs pouvoirs s'ils ne sont pas véritablement obligés de rendre des comptes. Les peuples autochtones ne font pas exception. Des freins et des contrepoids efficaces peuvent mettre fin à l'abus par une surveillance mutuelle et des pouvoirs compensateurs. Dans la plupart des cas, ceci signifie qu'un ordre ou une branche du gouvernement peut en paralyser un autre, à moins qu'ils collaborent dans le but de servir leurs intérêts mutuels. L'idée est que ces systèmes mettront fin à l'abus de pouvoir en raison du droit de véto qu'une branche ou un ordre de gouvernement peut avoir sur l'autre. En fonction de la théorie des freins et des contrepoids, il est légitime de se demander si l'existence des systèmes juridiques autochtones aiderait ou nuirait aux freins et contrepoids efficaces et nécessaires.

Une solution possible à ce problème serait d'encourager les peuples autochtones à concevoir leur propre système de freins et de contrepoids. Ils pourraient mettre en place des contraintes qui répondent bien à la culture des collectivités qui exercent une autorité en ce qui concerne la

⁴⁰⁷ L'utilisation de ses pouvoirs à des fins personnelles peut se faire par le prélèvement direct de fonds ou l'abus d'autorité ou encore par l'influence sur les lois, les règles et les règlements en faveur de ses intérêts personnels. Ce phénomène est nuisible des points de vue social et économique.

résolution des différends. Par exemple, ils pourraient élaborer un processus semblable à une dérogation législative si les décisions de leur système juridique nécessitent un examen. Le Canada s'est engagé dans cette voie par l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁰⁸. Des siècles plus tôt, la culture Hodinohso:ni a emprunté une voie semblable avec son système de dérogation dans sa Grande loi de la paix⁴⁰⁹. Il a été dit que le système de freins et de contrepoids des Iroquois a inspiré les personnes qui ont élaboré la constitution des États-Unis, avec son système de surveillance et d'examen mutuel⁴¹⁰.

Les peuples autochtones pourraient également choisir de séparer leurs branches de gouvernement. Ils pourraient permettre à leurs conseils, à leurs chefs et à leurs organismes de résolution des différends de faire contrepoids les uns aux autres. Ils pourraient nécessiter une action conjointe par divers organismes avant que certaines décisions soient prises. Les conseils pourraient voir leurs activités entravées à moins que leurs décisions ne reçoivent l'approbation de leurs chefs. Les chefs pourraient être tenus d'obtenir le soutien législatif des conseils avant de pouvoir agir. Les organismes de résolution des différends pourraient être freinés par les chefs et les conseils; d'importantes limites de fonds procédurales pourraient être imposées sur leurs pouvoirs.

En somme, les peuples autochtones pourraient faciliter l'utilisation des freins et contrepoids par l'innovation et l'expérience au cours de l'établissement de leur propre système juridique. Ils pourraient y procéder d'une façon qui correspond le plus possible à leurs normes culturelles. En vertu de la *Loi sur les Indiens*, la facilitation des systèmes juridiques autochtones pourrait

⁴⁰⁸ Le paragraphe 33(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* se lit comme suit : Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 et 15 de la présente charte.

⁴⁰⁹ Francis Jennings, *The Ambiguous Iroquois Empire*, New York, W.W. Norton and Company, 1990.

⁴¹⁰ Donald A. Grinde, Jr. et Bruce E. Johansen, *Exemplar of Liberty: Native America and the Evolution of Democracy*, Los Angeles, American Indian Studies Centre, 1991.

introduire une réforme plus que nécessaire. Cette loi a créé une structure qui confère trop de pouvoir entre les mains du conseil de bande, c'est-à-dire un seul organisme gouvernemental. Un système juridique dynamique pourrait éliminer la possibilité d'abus qui existe dans la *Loi sur les Indiens*. Il pourrait parvenir à l'éliminer par l'élargissement du pouvoir décisionnel de façon plus uniforme parmi les collectivités.

Les peuples autochtones pourraient également faciliter l'imposition des freins et des contrepoids dans leurs processus de résolution des différends en établissant un système d'examen qui tire avantage des groupes culturels plus importants. Par exemple, des bandes individuelles pourraient choisir de lancer des initiatives de résolution des différends au niveau local et ensuite avoir recours à un jury, un conseil d'Aînés ou un tribunal élargi pour juger les appels. Cette démarche apporterait un équilibre à l'autorité locale. En fait, il s'agit de la voie qu'ont suivie les Métis lors de la création du Métis Settlements Appeal Tribunal mentionné dans le chapitre deux. Il s'agit également de la démarche choisie par la nation Navajo dans son système juridique, qui fera l'objet de discussions dans le prochain chapitre. Ces exemples démontrent que les peuples autochtones peuvent prendre des mesures appropriées pour s'assurer que leurs organismes de résolution des différends n'abusent pas de leurs pouvoirs.

Pour pousser la question de la légitimité plus loin, les freins et contrepoids pourraient également s'appliquer entre les trois systèmes juridiques. Par exemple, si les peuples autochtones doivent s'assujettir aux contraintes du gouvernement fédéral ou des gouvernements provinciaux en ce qui concerne leurs régimes, il pourrait aussi être argumenté que les structures provinciales ou fédérales de prise de décisions devraient être contraintes par les systèmes autochtones. Le système des freins et des contrepoids serait alors abordé. Le règlement des différends interculturels accorderait aux peuples autochtones les freins et les contrepoids nécessaires pour restreindre l'exercice de l'autorité fédérale et provinciale. Ce pouvoir devrait même

s'étendre jusqu'à limiter les décisions du Cabinet, des législateurs ou des tribunaux qui nuisent aux peuples autochtones. Il serait intéressant de voir les structures canadiennes limitées par les concepts juridiques autochtones. Si les peuples autochtones possédaient un pouvoir réciproque réel, ils seraient moins inquiets que le gouvernement canadien contrôle exagérément leur autorité. Les peuples autochtones doivent être capables de limiter l'autorité fédérale ou provinciale dans le règlement de différends interculturels. Les concepts qui, sous l'aspect de l'engagement interculturel, ne remettent pas en question la domination, la fabrication et, parfois, le racisme de d'autres systèmes seront jugés douteux.

G. Résumé

Dans le présent chapitre, il a été argumenté que les préoccupations qui peuvent être soulevées en opposition à la reconnaissance des traditions juridiques autochtones doivent être abordées et étudiées sérieusement. Bien que l'on puisse répondre à certaines de ces questions par voie de référence à l'expérience historique ou la doctrine, il est moins certain que d'autres puissent être résolues logiquement. Il existe un élément émotif et psychologique essentiel aux relations humaines. Cet élément est toujours engagé lorsque des questions juridiques autochtones sont à l'étude. Les décisions ont tendance à être prises d'une manière qui tient compte des facteurs psychologiques. Il est important de composer avec ceux-ci si les traditions juridiques autochtones doivent connaître une évolution encore plus importante.

VI. Reconnaissance du pluralisme juridique au Canada

Les traditions juridiques autochtones pourraient imprégner davantage la vie des peuples si leur pouvoir était reconnu. Plusieurs peuples autochtones ont été démoralisés à la suite de leur expérience avec l'État. Tout pourrait changer s'ils exerçaient un plus grand contrôle sur leurs

affaires. Il existe de nombreuses façons par lesquelles le Canada pourrait reconnaître et élaborer les traditions juridiques autochtones⁴¹¹. Les gouvernements et les organismes de résolution de différends autochtones pourraient être reconnus davantage par les tribunaux, le Parlement, les législatures, le pouvoir exécutif, les barreaux et les écoles de droit.

Les gouvernements élaborent, sanctionnent et administrent les lois. S'ils s'acquittent correctement de leurs fonctions, ils sont un point central de communication sur la nature de la société qu'ils gouvernent. Si des gouvernements sont imposés et qu'ils ne reflètent pas le choix de la société, le chaos social et le désordre s'ensuivent. À quelques exceptions près, les

⁴¹¹ L'ancien ministre de la Justice Irwin Cotler a déclaré :

«Aujourd'hui, les Canadiennes et les Canadiens de tout le pays célèbrent la richesse culturelle et les contributions historiques que les peuples autochtones – Premières nations, Métis et Inuits – ont apportées à la société canadienne. Personnellement, je suis fier de participer à cette célébration et de me joindre au Premier ministre et à mes collègues du Cabinet pour exprimer notre reconnaissance de l'inspiration et des conseils que prodiguent les peuples et groupes autochtones aux Canadiens dans leur vie quotidienne.

Lorsque le Premier ministre m'a demandé d'assumer le rôle de ministre de la Justice et de procureur général du Canada, ses attentes étaient claires tant pour moi que pour mes collègues : nous devons faire tout ce qui est possible dans le cadre de nos divers portefeuilles pour faire en sorte que la qualité de vie des peuples autochtones du Canada soit améliorée. Il s'agit d'une question d'héritage : la réalisation de cet objectif demandera des engagements personnels et professionnels à tous les niveaux. Elle nécessitera également une approche axée sur des principes, c'est-à-dire que nous devons fonder nos politiques sur des principes fondamentaux. Les sept principes en vertu desquels je me suis engagé à agir sont les suivants :

- La reconnaissance – de la position unique des peuples autochtones dans notre société.
- Le respect – du statut distinct constitutionnel des peuples autochtones.
- La réparation – des torts historiques, qu'illustre l'entente historique récente concernant la tragédie des pensionnats.
- L'intervention – il est de notre devoir de consulter les groupes autochtones.
- La représentation – pour lutter contre la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale à titre de contrevenants et de victimes, tout en réglant la sous-représentation des Autochtones travaillant dans le système de justice.
- La réconciliation – en tant que dynamique sous-jacente des processus et des résultats.
- Le renouveau – des relations plus saines et curatives résultant des six principes précédents.
Ces principes étayent déjà notre travail au ministère de la Justice en ce qui a trait aux Autochtones. Mais il reste encore beaucoup à faire.

Aujourd'hui, alors que nous poursuivons notre objectif, j'espère qu'un esprit de collaboration constant, allié à cette approche axée sur les principes indiqués, mènera à un avenir dans lequel tous les peuples autochtones profiteront de communautés saines et dynamiques, tout en participant pleinement à la société canadienne.»

peuples autochtones au Canada vivent selon des structures gouvernementales qu'ils n'ont pas choisies. Par conséquent, ils ne jouissent pas du niveau de paix et d'ordre auquel ils ont droit parce que leurs traditions juridiques ne représentent ni ne communiquent leurs normes dans la réalité. Le changement est nécessaire. Les gouvernements autochtones peuvent devenir des catalyseurs de changement constructif s'ils prennent appui sur les aspirations de leurs peuples.

Des gouvernements autochtones efficaces appliqueraient leurs traditions juridiques d'une façon plus explicite dans la prise de décisions et la résolution des différends, plus particulièrement dans leurs systèmes de gestion et de réglementations. Une structure juridique plus visible et transparente accroîtrait l'obligation des gouvernements autochtones de rendre des comptes à leur peuple et aiderait les collectivités à améliorer leur autonomie. Les gouvernements autochtones pourraient jouer un rôle plus important dans la reconnaissance de structures qui facilitent l'accès à leurs propres valeurs juridiques. Ceci pourrait se produire par l'articulation de constitutions, de codes, de règles, de règlements et de politiques autochtones. Les gouvernements autochtones pourraient relever et appliquer d'autres traditions juridiques appropriées à la culture afin de brosser un tableau de leur ordre juridique.

Un choix de gouvernement par la société permet à ses membres de décider de la façon dont ils peuvent combler leurs aspirations le mieux possible et faciliter leur médiation morale. Il s'agit de l'autodétermination d'un peuple. Les gouvernements devraient être responsables envers ceux qu'ils touchent le plus directement afin de s'assurer que leurs lois sont justes et équitables. La paix et l'ordre sont mieux cultivés là où les structures gouvernementales encouragent la liberté d'association, de conscience et la croyance en la participation du peuple dans leur société. Si les choix sont entravés par un organisme sur lequel le peuple n'a aucun ou très peu de contrôle, il se trouve dans un état de servitude. La liberté nécessite une protection des droits inaliénables à la propriété et à la vie, ainsi qu'un accès aux droits civils, politiques,

économiques, sociaux et culturels. Un élément intégral de l'autodétermination comprend le choix des traditions juridiques d'une société. L'autodétermination nécessite la reconnaissance des gouvernements autochtones comme des organismes législatifs, conformément aux limites culturelles qu'exigent leurs traditions juridiques.

A. Les gouvernements autochtones : Le contexte international

Des instruments juridiques internationaux contiennent des propositions qui reconnaissent le lien entre la gouvernance et le droit autochtone. Le *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones* est clair sur cette relation. Il fait partie d'un effort concerté qui s'étend sur 13 ans du Groupe de travail des populations autochtones de la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme. Il vise à promouvoir les droits de la personne des peuples autochtones. Il contient neuf parties et de nombreux articles qui portent sur des questions liées à l'équité, l'autodétermination, la protection contre les menaces de génocide ou d'ethnocide, la santé, ainsi que la préservation d'identités distinctes, d'histoire, de religion et de patrimoine distincts. Bien que le Projet de déclaration ne soit pas terminé, et que le droit international ne définit pas généralement les « peuples » qui ont droit à l'autodétermination, ce droit demeure néanmoins un but important et généralisé pour les peuples autochtones. La gouvernance et le droit sont liés dans le cadre de la Déclaration. Celle-ci proclame que « les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes »⁴¹². Elle déclare également que, « en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel »⁴¹³.

⁴¹² Voir Erica I.A. Diaz, «Equality of Indigenous Peoples Under the Auspices of the United Nations: Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (1995) 7 *St. Thomas Law Review* 493; James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 1996, aux pp. 151-182; Sharon Venne, *Our Elders Understand Our Rights: Evolving International Law Regarding Indigenous Rights*, Princeton, Theytus Books, 1998, aux pp. 107-171.

⁴¹³ E/CN.4/1995/2/1994/56 (1994), réimpression 31 I.L.M. 541 (1995).

Les dispositions du Projet de déclaration mettent en évidence la reconnaissance et le perfectionnement des traditions juridiques autochtones à l'égard de la reconnaissance et du perfectionnement afin de favoriser leur statut d'autodétermination⁴¹⁴. L'article 9 du *Projet* prévoit que « Les autochtones ont le droit, en tant que peuples et en tant qu'individus, d'appartenir à une communauté ou à une nation autochtone *conformément aux traditions et coutumes de la communauté ou de la nation considérée* ». L'article 19 prévoit que « Les peuples autochtones ont le droit ... de conserver et de développer *leurs propres institutions décisionnelles* ». L'article 33 reconnaît que les peuples autochtones ont le droit de *maintenir une système juridique en conformité avec leurs traditions juridiques*. On devrait tenir compte de ces principes et les adopter dans le contexte canadien afin que les peuples autochtones puissent établir les compétences législatives de leurs gouvernements.

D'autres instruments internationaux qui traitent des peuples autochtones reconnaissent le lien qui existe entre la gouvernance et les traditions juridiques. Par exemple, en 1989, l'Organisation internationale du Travail (OIT) a adopté la Convention n° 169 qui contient des dispositions relatives aux traditions juridiques autochtones. Même si l'OIT favorise et protège principalement les droits des employés, elle est depuis longtemps une alliée des peuples autochtones. Au milieu des années 50, la Convention n° 107 de l'OIT est devenue le premier instrument international à se préoccuper ouvertement des peuples autochtones. Bien que la reconnaissance des droits des peuples autochtones constituait un pas dans la bonne direction pour une organisation internationale, sa prémisse assimilatrice ne correspondait pas aux préférences des peuples autochtones. Par conséquent, l'OIT a révisé la Convention n° 107 en rédigeant l'ébauche de l'OIT 169, laquelle a été adoptée en 1989. La Norvège a été le premier

⁴¹⁴ Wilton Littlechild, *Recognition of International Laws: An International Basis*, une présentation dans le cadre de la conférence conjointe de l'Association du Barreau canadien et de l'Association du barreau autochtone, Ottawa, les 4 et 5 mars 2005 [non publiée].

pays à avoir ratifié cette convention, rendant ses obligations applicables dans tout le pays⁴¹⁵. Le Canada ne l'a pas encore ratifiée. Néanmoins, sa philosophie sous-jacente correspond aux prémisses énumérées dans le présent document. Dans le préambule, on énonce le but de la Convention, soit de prendre acte « de l'aspiration des peuples en question à avoir le contrôle de leurs institutions, de leurs modes de vie et de leur développement économique propres et à conserver et développer leur identité, leur langue et leur religion ».

Les articles 8 et 9 de la Convention n° 169 de l'OIT constituent les dispositions les plus pertinentes à la reconnaissance et à l'application des traditions juridiques autochtones. Au paragraphe 8(1), on affirme qu'en « appliquant la législation nationale aux peuples intéressés, il doit être dûment tenu compte de leurs coutumes ou de leur droit coutumier ». Au paragraphe 8(2) de la Convention, il est question d'une procédure visant à s'assurer que les traditions juridiques autochtones sont compatibles avec les droits fondamentaux sur le plan national et les droits de l'homme sur le plan international. On y déclare que les peuples autochtones « doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international ». On y affirme de plus que « des procédures doivent être établies, en tant que de besoin [*sic*], pour résoudre les conflits éventuellement soulevés par l'application de ce principe ». Le paragraphe 9(1) renforce les questions de compatibilité des traditions juridiques autochtones avec les normes des droits de la personne et le respect des pratiques juridiques autochtones. On peut y lire ce qui suit : « Dans la mesure où cela est compatible avec le système juridique national et avec les droits de la personne reconnus au niveau international, les méthodes auxquelles les peuples intéressés ont recours à titre coutumier pour réprimer les délits commis par leurs membres doivent être

⁴¹⁵ En vertu de l'adoption de la *Loi sur les droits de la personne* (1999), la Convention n° 169 de l'OIT a été intégrée au droit norvégien et elle a préséance sur ce dernier.

respectées. » La Convention n° 169 de l'OIT tire son importance du fait qu'elle souligne le rapport important qui existe entre la gouvernance et le droit autochtone.

L'Organisation des États américains (OEA) est un autre organisme international qui encourage la reconnaissance des traditions juridiques autochtones dans le cadre de l'exercice des pouvoirs autochtones et nationaux. L'OEA est une organisation internationale régionale formée de 34 États-membres, dont le Canada et les États-Unis. La composante des droits de la personne de l'OEA s'appelle la Commission interaméricaine des droits de la personne (CIDH) est l'un des organes en matière de droits de la personne. Son mandat principal est de promouvoir le respect et la défense des droits de la personne dans l'hémisphère. Le projet de Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones de l'OEA est le premier instrument international où on retrouve en particulier des articles intitulés « Droit indigène »). La CIDH a approuvé ces articles le 26 février 1997, dans la cadre de sa 1333^e séance, 95^e séance régulière.

À l'article 16 de la déclaration de l'OEA, on reconnaît que le droit autochtone fait partie des systèmes juridiques de l'État De même que la gouvernance et les systèmes de règlement des différends autochtones. Le projet contient les déclarations suivantes :

[TRADUCTION]

1. Le droit indigène fait partie intégrante du régime juridique des États et de leur cadre de développement social et économique.
2. Les populations indigènes ont le droit de conserver et de renforcer leurs systèmes juridiques indigènes et de les appliquer dans les affaires internes de leurs communautés, y compris les systèmes de propriétés immobilières et de ressources naturelles, la solution de conflits internes et de conflits entre les communautés indigènes, la prévention et la répression pénale et le maintien de la paix et de l'harmonie internes.
3. Dans la juridiction de chaque État, les affaires concernant des personnes indigènes ou leurs intérêts seront conduites de manière à assurer que les indigènes ont droit à une pleine représentation dans la dignité et l'égalité

face à la loi. Cela englobera l'application du droit et des coutumes indigènes et, le cas échéant, l'emploi de la langue autochtone.

L'article 17 de la déclaration accorde un traitement plus approfondi de la question d'intégration nationale des systèmes juridiques et organisationnels autochtones dans les systèmes de l'État. On y propose que l'État modifie ses structures et ses pratiques de façon à inclure les traditions juridiques autochtones. On peut y lire ce qui suit :

[TRADUCTION]

1. Les États encourageront l'inclusion, dans leurs structures d'organisations nationales, des institutions et pratiques traditionnelles des populations indigènes..
2. Les institutions de chaque État dans les régions à prédominance indigènes ou qui interviennent dans ces communautés seront conçues et adaptées de manière à exprimer et renforcer l'identité, la culture et l'organisation de ces populations afin de faciliter leur participation.

En exerçant leur droit à l'autodétermination, les peuples autochtones pourraient agir conformément à ces instruments internationaux afin de décider librement de leur développement civil, politique, économique, social et culturel. Les questions d'ordre juridique seraient déterminées au sein de leurs propres collectivités conformément à leurs propres valeurs. Si les peuples autochtones s'engageaient dans cette voie, le droit autochtone deviendrait la première ligne de protection de la culture autochtone dans tous leurs rapports. La protection serait assurée par le fonctionnement et la reconnaissance des lois, des systèmes juridiques, des politiques et des protocoles propres aux peuples autochtones. À ce titre, les cours tribales, les potlatch, les festins, les conseils, les bureaux administratifs ou tout autre tribune choisie par un groupe pour protéger sa culture pourraient être très utiles. De telles institutions devraient tirer leur origine des cultures elles-mêmes.

Les traditions juridiques autochtones seraient mieux protégées et demeureraient des forces culturelles vivantes si leurs propres gouvernements définissaient les critères de leurs

paramètres culturelles⁴¹⁶. Il ne faut pas que les traditions juridiques autochtones demeurent bloquées à une époque artificielle du passé; elles devraient continuellement évoluer afin de répondre aux besoins de chaque génération. Il n'y a pas de culture qui soit exempte des soi-disant influences « contaminantes » de l'extérieur. Les cultures autochtones ne font pas exception, et il ne faut surtout pas assimiler le changement des cultures autochtones à leur extinction⁴¹⁷. Les objets, les idées et les expressions ne perdent pas automatiquement leur caractère autochtone simplement parce que les peuples autochtones s'adaptent ou en adoptent qui sont contemporains.

Les gouvernements autochtones s'inspirent de leurs pratiques exemplaires et de leurs meilleures procédures de même que celles de d'autres cultures dans l'exercice de leurs compétences législatives. Ils comparent, mettent en évidence les contrastes, acceptent et rejettent les normes gouvernementales et juridiques de bon nombre de sources, y compris les leurs. Certains pourront taxer cette pratique de révisionnisme et pourraient se servir de l'étiquette pour saper la gouvernance et le droit autochtones. Cette critique serait sans fondement. Toute loi et toute gouvernance ont un caractère révisionniste; ils doivent continuellement faire l'objet de nouvelles interprétations et de nouvelles applications afin de demeurer pertinents face aux situations en évolution. Le droit deviendrait inéquitable et sans pertinence s'il ne faisait pas l'objet d'une révision constante. Il en va de même pour la

⁴¹⁶ Pour des arguments selon lesquels on peut rapprocher le libéralisme à la reconnaissance culturelle, voir Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle*, Tr. Montréal, Boréal, 1995; Joseph Caren, *Culture, Citizenship and Community: A Contextual Exploration of Justice as Even-Handedness*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; Alan Brudner, «The Liberal Duty to Recognize Cultures» (2003) 8 *Review of Constitutional Studies* 129.

⁴¹⁷ Pour un exposé critique sur la façon dont le secteur judiciaire canadien a faussement caractérisé les concepts de la culture, voir Michael Asch, «The Judicial Conceptualization of Culture After *Delgamuukw* and *Van der Peet*» dans *Review of Constitutional Studies*, vol. 5, 2000, p. 119; Michael Asch, «Errors in *Delgamuukw*: An Anthropological Perspective» dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Lantzville, C.-B., Oolichan Books, 1992, à la p. 221; Cathy Bell et Michael Asch, «Challenging Assumptions: The Impact of Precedent in Aboriginal Rights Litigation» dans Michael Asch, dir., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality and Respect for Difference*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1997, à la p. 38.

gouvernance et le droit autochtones et il ne faut pas non plus l'assujettir à des normes plus élevées. Il faut rejeter les stéréotypes qui laissent supposer que les anciennes traditions gouvernementales et juridiques des peuples autochtones étaient uniformément sauvages, ou qu'elles existaient dans un état romantique de paix et d'harmonie perpétuel, tout comme l'idée qui veut que les peuples autochtones perdent leur aboriginalité s'ils adoptent des lignes de conduite contemporaines.

Le caractère authentique du droit et de la gouvernance autochtones ne se mesure pas sur la base qu'ils reflètent parfaitement le passé perçu, mais plutôt selon leur conformité aux idées véhiculées actuellement par leurs collectivités. Toutes les traditions juridiques ont des pratiques passées qui ne sont plus acceptables à la lueur des valeurs contemporaines. Ce n'est que récemment que le *Code civil du Québec* a abandonné l'inégalité entre conjoints, et a ajouté les droits à la protection des renseignements personnels, les droits de la personne et les pouvoirs (quasi fiduciaux) du patrimoine d'affection. La common law n'approuve plus les épreuves judiciaires, les combats judiciaires, la discrimination sexuelle ou raciale et toute une gamme d'autres abus des droits de la personne. De même, les traditions juridiques autochtones devraient être assujetties à une révision continue afin d'en assurer la compatibilité avec les collectivités contemporaines et leur conformité avec les valeurs des droits de la personne.

Les traditions juridiques autochtones pourraient devenir encore plus solides si on exerçait les systèmes de pouvoirs autochtones par défaut chaque fois que surviendraient des questions de gestion, de réglementation ou de résolution des différends. Les gouvernements autochtones pourraient mieux définir leurs réclamations et les résoudre dans le contexte de leur propre culture vivante⁴¹⁸. On pourrait ainsi veiller à ce que les traditions juridiques autochtones ne deviennent pas

⁴¹⁸ Pour un argument qui raconte l'importance pour les peuples autochtones de faire leurs réclamations « dans le contexte », voir Rosemary Coombe, «The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity:

un simple vestige d'un passé lointain et perdu depuis longtemps, protégé par une cage de verre et traité comme héritage de l'humanité. Les peuples autochtones seraient libérés de certains des stéréotypes et de la domination auxquels ils ont dû faire face. En remettant la résolution des différends entre les mains des peuples autochtones, on pourrait s'assurer que la culture autochtone demeure une puissance évolutive et dynamique qui soutient la continuité de l'existence de la collectivité. Ils seraient bientôt perçus ni comme des sauvages, ni comme des saints. On constaterait simplement qu'ils sont tout aussi humains que les peuples d'autres collectivités, affichant la même fragilité, les mêmes manies, les mêmes défauts, les mêmes forces, les mêmes talents, les mêmes dons et le même génie.

B. Le contexte national et les gouvernements autochtones

On pourrait reconnaître les traditions juridiques autochtones comme des droits existants ancestraux ou issus de traités en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On peut lire ce qui suit dans le libellé de l'article : « Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. » L'article explique clairement qui détient les droits : les *peuples*. Les peuples autochtones devraient être en mesure de réclamer des droits organisationnels en tant que *peuples*. La professeure Cathy Bell soulève cette question dans un article de 1997 sur les droits des Métis⁴¹⁹. Elle remarque que l'article 35 est issu d'un contexte international où il y avait [TRADUCTION] « une activité croissante aux Nations Unies visant à mettre fin à la domination coloniale [laquelle] a entraîné des contraintes internationales accrues sur les nations à reconnaître et à protéger les droits de

Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy» (1993) 6 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 249.

⁴¹⁹ Cathy Bell, «Métis Constitutional Rights in Section 35(1)» (1997) 36 *Alberta Law Review* 180, aux pp. 189-192 et 194-195.

la personne des peuples colonisés »⁴²⁰. Si l'article 35 était inséré dans ce contexte plus vaste et reconnu comme une disposition visant à éliminer une domination coloniale inconstitutionnelle, alors les principes de la gouvernance autochtone pourraient être reconnus comme un élément important de l'objectif de notre Constitution. Cet objectif énoncé vise [TRADUCTION] « la protection et la réconciliation des intérêts qui découlent du fait qu'avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, des peuples autochtones habitaient dans le pays en sociétés distinctes, avec leurs propres pratiques, coutumes et traditions »⁴²¹. Cette réconciliation pourrait nécessiter la mise en œuvre de dispositions semblables à celles des Projets de déclaration des Nations Unies et de l'OEA, qui reconnaissent le lien entre l'exercice des pouvoirs autochtones et les traditions juridiques autochtones.

La Commission royale sur les peuples autochtones a admis que le paragraphe 35(1) reconnaissait et affirmait un droit à l'autonomie gouvernementale. Il a également des conséquences sur le droit autochtone puisque les gouvernements exercent la compétence législative. La Commission était d'avis que le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale constituait l'un des trois ordres de gouvernement au Canada. En fait, la Commission affirmait que les peuples autochtones avaient déjà une sphère de compétence inhérente en vertu du paragraphe 35(1) relativement aux questions internes de leurs peuples (ce qui pourrait comprendre les ordres juridiques). Dans son rapport, la Commission a écrit ce qui suit :

En 1982, le droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale a été reconnu et confirmé dans le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* à titre de droit ancestral et issu de traités. Il est, par conséquent, désormais inscrit dans la Constitution canadienne et les peuples autochtones qui l'exercent constituent l'un des trois ordres distincts de gouvernement au Canada, au même titre que les gouvernements fédéral et provinciaux. La sphère de compétence autochtone inhérente en vertu du paragraphe 35(1) couvre toutes les questions

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *Van der Peet, op. cit.* note 286 au para. 44.

reliées au bon gouvernement et au bien-être des peuples autochtones et de leurs territoires⁴²².

Les peuples autochtones et autres pourraient agir suivant l'observation de la Commission royale. L'autonomie gouvernementale des peuples autochtones pourrait être réputée un droit inhérent. Cette reconnaissance laisse entendre que les traditions juridiques autochtones pourraient être proclamées et pratiquées de façon plus explicite.

La Commission a été en mesure de constater que les peuples autochtones possédaient déjà des pouvoirs de gouvernance au Canada puisqu'il ne leur avait jamais été retiré. Les peuples autochtones exerçaient des pouvoirs gouvernementaux et de compétences législatives avant les déclarations de souveraineté par la Couronne⁴²³. Dans l'affaire *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, le juge Judson écrit :

... mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient *organisés en sociétés* et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien [mon emphase]⁴²⁴.

L'organisation est essentielle à l'exercice des pouvoirs. Les peuples autochtones s'organisaient au moyen d'une ensemble d'ententes sur ce qui était approprié ou inapproprié dans leurs rapports quotidiens. On avait donné un caractère exécutoire à ces ententes au moyen de principes et de coutumes qui donnaient lieu à des sanctions ou des mentions élogieuses. Le fait que les peuples autochtones étaient « organisés en sociétés » avant l'arrivée des Européens laisse entendre que leurs traditions juridiques constituaient un élément important de leurs

⁴²² Commission royale sur les Peuples autochtones, *Une relation à redéfinir*, volume 2, (Ottawa : Approvisionnement et Services, 1996), chapitre 3.

⁴²³ *R. c. Sioui* [1990] 1 R.C.S. 1025. Le juge en chef Lamer observe :

«En effet, les métropoles faisaient tout en leur pouvoir pour s'assurer de l'alliance de chacune des nations indiennes et pour inciter les nations coalisées à l'ennemi à changer de camp. Ces efforts, lorsque couronnés de succès, étaient concrétisés par des traités d'alliance ou de neutralité. Cela indique clairement que les nations indiennes étaient considérées, dans leurs relations avec les nations européennes qui occupaient l'Amérique du Nord, comme des nations indépendantes.»

⁴²⁴ *Calder*, *op. cit.* note 18 à la p. 328.

sociétés « préeuropéennes »⁴²⁵. Cela démontre que leur pouvoir d'auto-organisation existait avant la déclaration de souveraineté par la Couronne et qu'il était en réalité suffisamment solide pour conserver des droits sur les terres. Ces pouvoirs d'exercice et de compétence législative n'ont pas été abandonnés volontairement par l'acte de déclaration de la Couronne⁴²⁶.

Les peuples autochtones ont continué d'exercer leurs pouvoirs de gouvernance des façons après la déclaration de souveraineté de la Couronne⁴²⁷. Ces pouvoirs se manifestent dans les questions internes de leurs sociétés et dans leurs rapports externes avec le Canada, par des traités, des échanges et des conflits⁴²⁸. À ce jour, les peuples autochtones continuent de vivre dans des sociétés organisées. Ils sont dirigés par des coutumes, des lois et des traditions

⁴²⁵ La théorie des droits réservés relativement à l'exercice des pouvoirs autochtones correspond également à la proposition articulée dans l'affaire *R. c. Van der Peet*, op. cit. 286 au para. 30.

À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le paragraphe 35(1), et ce pour un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctes, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. [1996] 2 R.C.S. 507.

⁴²⁶ Cependant, on soutenait que la « découverte » diminuait les droits des Autochtones aux terres, *Guerin c. R.* [1984] 2 R.C.S. 325.

⁴²⁷ La Cour suprême du Canada a accepté l'idée, dans l'affaire *Sioui*, op. cit. note 423, que l'exercice des pouvoirs autochtones présentait des volets multiples, même après la déclaration de souveraineté :

Comme le disait le Juge en chef de la Cour suprême des États-Unis en 1832 dans l'affaire *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), aux p. 548-549, à propos de la politique britannique du milieu du XVIIIe siècle envers les Indiens :

[TRADUCTION] C'était la politique de la Grande-Bretagne à l'égard des nations indiennes qui habitaient le territoire d'où elle avait exclu tous les autres Européens; c'était ses revendications et sa présentation pratique des chartes qu'elle a accordées : *elle les considérait comme des nations capables de maintenir les relations de paix et de guerre, de se gouverner elles-mêmes, sous sa protection, et elle a conclu des traités avec elles, dont elle a reconnu le caractère obligatoire.* [(Le juge Lamer) souligne]...

Cette politique « généreuse » qu'avaient choisi d'adopter les Britanniques trouvait aussi son expression dans d'autres domaines. La Couronne britannique reconnaissait, en effet, aux Indiens certains droits de propriété sur leurs terres, elle cherchait à établir un commerce avec eux qui s'élèverait au-dessus du niveau de l'exploitation et leur apporterait un juste avantage. Elle leur reconnaissait aussi l'autonomie dans leurs affaires internes, intervenant ainsi le moins possible dans ce domaine.

⁴²⁸ John Borrows, «A Genealogy of Law: Inherent Sovereignty and First Nations Self-Government» (1990) 30 *Osgoode Hall Law Review* 291. [TRADUCTION] La capacité des peuples autochtones à exercer leurs pouvoirs dans la période après la Confédération s'est manifestée chaque fois qu'une Première nation signait un traité. Ce que le pouvoir de traiter laisse entendre, c'est qu'ils avaient une autorité gouvernementale qui pouvait être (exercée) par le groupe.

anciennes et contemporaines qui donnent à leurs vies un sens et un but⁴²⁹ malgré la vaste réglementation de ces pouvoirs au moyen d'instruments tel que la *Loi sur les Indiens*⁴³⁰. Heureusement, comme l'a noté la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Sparrow*, « que l'exercice du droit fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, cela ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint »⁴³¹. La réglementation de la compétence législative des peuples autochtones n'éteint pas leur compétence.

Dans l'affaire *R. c. Van der Peet*, la Cour suprême du Canada a maintenu que les droits des Autochtones étaient les pratiques qui étaient intrinsèques aux peuples autochtones avant l'arrivée des Européens⁴³². Dans l'affaire *R. c. Pamajewon* on a confirmé que la gouvernance serait mise à l'épreuve selon les normes que la Cour a élaborées dans l'affaire *R. c. Van der Peet*⁴³³. Il existe des arguments solides voulant que le droit et la gouvernance autochtones étaient intrinsèques à l'organisation des cultures distinctes de peuples autochtones partout au Canada avant l'arrivée des Européens⁴³⁴. Il en demeure ainsi de nos jours. Les traditions juridiques d'une société autochtone sont inséparables de la gouvernance. Celle-ci constitue un droit légal indépendant et son existence ne dépend pas d'une autorité accordée par les corps exécutifs ou législatifs du Canada⁴³⁵. Il s'agit d'un droit conféré aux peuples autochtones

⁴²⁹ Borrows, «Stewardship», *op. cit.* note 403.

⁴³⁰ R.S.C. 1985, c. I-5. Par exemple, les Premières nations exercent des pouvoirs antérieurs au moyen du système de conseils des coutumes indiennes en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Pour la définition de coutume de la bande, voir l'alinéa 2(i), « conseil de la bande ». Voir *Bigstone c. Eagle* (1992), [1993] 1 CNLR 25 (F.T.D).

⁴³¹ [1990] 1 R.C.S. 1075 à 1097. Voir «A Genealogy of Law», *op. cit.* note 428, pour l'application de ce principe dans un contexte communautaire particulier.

⁴³² *Van der Peet*, *op. cit.* note 286.

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ Pour les critères à suivre pour prouver les droits des Autochtones, voir *R. c. Van der Peet* (1996) 2 R.C.S. 507.

⁴³⁵ Pour les cas qui traitent de la réception du droit des Premières nations dans le droit canadien, voir *op. cit.* note 327 et texte correspondant.

préexistant l'arrivée de la common law au Canada⁴³⁶. Grâce à la gouvernance autochtone, ces peuples peuvent utiliser leurs traditions juridiques pour transmettre des noms importants, diviser des territoires, tenir des festins, ériger des monuments commémoratifs, participer au commerce, signer des traités, participer au règlement de conflits, exercer leurs droits, maintenir l'ordre public, faciliter le développement, créer des alliances, détenir des biens, résister à l'empiètement, et ainsi de suite. Les traditions juridiques autochtones ont permis à ces peuples d'être déjà ici « lorsque les colons sont arrivés, ... organisés en sociétés et ils occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles »⁴³⁷.

La Commission royale sur les peuples autochtones a souligné le fait qu'une source principale d'exercice des pouvoirs autochtones était le droit autochtone :

Les lois canadiennes ont des sources très diverses, aussi bien écrites que tacites, législatives que coutumières. ... Étant donné les multiples sources du droit et des droits au Canada, il n'est pas étonnant que les tribunaux du Canada aient reconnu l'existence d'un ensemble particulier de « droits ancestraux ». Ceux-ci reposent non pas sur des instruments tels que les textes de loi, mais sur des sources non écrites telles que les coutumes et les pratiques établies de longue date. Ainsi, dans l'arrêt Sparrow, la Cour suprême du Canada a reconnu le droit de pêche ancestral des Musqueams en s'appuyant sur les preuves établissant « que les Musqueams vivaient dans la région comme société organisée bien avant la venue des colons européens et que la prise du saumon faisait partie intégrante de leur vie et le demeure encore aujourd'hui »¹³³. La Cour a statué en outre que les règlements gouvernementaux régissant le droit de pêche ancestral ne sauraient délimiter le contenu et la portée de ce droit¹³⁴.

Les droits ancestraux comprennent les droits territoriaux, les droits de chasse et de pêche, des droits linguistiques, culturels et religieux particuliers ainsi que les droits détenus en vertu des régimes coutumiers de droit autochtone⁴³⁸. [Je souligne]

⁴³⁶ R. c. Guerin, [1984] 2 R.C.S. 335 à 378 (C.S.C.).

⁴³⁷ Calder, op. cit. note 18 à 328. Voir aussi R. c. Van der Peet, op. cit. note 286 à 538. Lorsque les Européens sont arrivés, les peuples autochtones « s'y trouvaient déjà [en Colombie-Britannique], ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctes, comme ils l'avaient fait pendant des siècles ».

⁴³⁸ Commission royale sur les Peuples autochtones, Une relation à redéfinir, vol. 2, (Approvisionnement et Services, Ottawa, 1996), chapitre 3.

Les peuples autochtones détiennent des droits en vertu de leurs propres systèmes juridiques. Un droit particulièrement important pour leur ordre juridique est leur pouvoir inhérent de gouverner. Le statut pluri juridique du Canada laisse entendre l'existence d'un ordre politique pluri gouvernemental. Le paragraphe 35(1) peut faciliter le rapport, la croissance et le développement entre l'exercice des pouvoirs autochtones et les traditions juridiques autochtones. Il est important de reconnaître, dans la Constitution canadienne, l'exercice des pouvoirs des peuples autochtones, puisque cela peut aider à guérir les relations difficiles que les peuples autochtones entretiennent avec le pays⁴³⁹.

i. Une mise en garde relative au paragraphe 35(1) : Ne pas oublier les articles 91 et 92

Malgré l'excellent potentiel que présente le paragraphe 35(1) pour établir des ordres juridiques autochtones plus solides, ses dispositions ne doivent pas porter tout le poids d'une réforme. Les droits des peuples autochtones ont une limite dans l'établissement d'un État national harmonieux. Il faut aussi mobiliser des forces socio-politiques plus larges pour tenir compte de la place qu'occupent les peuples autochtones dans les structures fédérales du Canada⁴⁴⁰. La réforme ne devrait pas s'appuyer exclusivement sur le libellé et les catégories énoncés au paragraphe 35(1) pour appliquer le droit autochtone⁴⁴¹. Le paragraphe 35(1) est nécessaire, mais il ne suffit pas pour réaliser la réforme juridique. Si l'on se fie trop à l'article 35, on risque de passer outre à d'autres possibilités, surtout en ce qui concerne le fédéralisme.

⁴³⁹ Dans la majeure partie de l'histoire du Canada, on a très peu reconnu ou protégé les libertés personnelles et les droits humains fondamentaux des peuples autochtones. Voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 à 1103 :

Pendant plusieurs années les droits des Indiens à leurs terres ancestrales ont été à toutes fins pratiques ignorés.

⁴⁴⁰ Malgré cela, l'engagement général ne génère pas toujours un soutien général. Le référendum qui a suivi l'Accord de Charlottetown est une indication partielle de cela. Par contre, le référendum sur les traités en Colombie-Britannique ne semble pas nuire au soutien pour la signature de traités en C.-B.

⁴⁴¹ De la même façon, l'article 25 n'est pas assez fort pour protéger les collectivités autochtones contre les pressions d'assimilation de la majorité et l'article 37 ne suffisait pas à créer une entente politique entre les organisations autochtones nationales et les premiers ministres.

L'article 35 n'a pas été suffisamment dirigé vers le plus vaste projet de bâtir une nation⁴⁴². Pour parler franchement, les articles 25 et 35 sont maintenant axés sur quelques pratiques particulières qui, selon les tribunaux, étaient inhérentes aux peuples autochtones avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord et n'ont pas encore été éteintes. De plus, du point de vue des autochtones, les dispositions de l'article 35 sont de plus en plus utilisées pour justifier l'empiètement du gouvernement sur les droits autochtones⁴⁴³. Nous ne devrions pas nous laisser distraire par l'article 35 lorsqu'il y a des efforts plus importants à déployer pour harmoniser les rapports des peuples autochtones avec leurs voisins. Certains Canadiens et Canadiennes sont mal à l'aise, ou du moins incertains, quant à savoir s'ils veulent des nations autochtones qui possèdent leurs propres territoires, parlent leurs propres langues et administrent leurs propres lois puissent résider parmi eux. Cette question relève du fédéralisme. L'article 35 peut nous aveugler face à qu'il faut accomplir. Il faut que le Canada redonne de la vigueur à ses dispositions sur le fédéralisme et qu'il les interprète à nouveau pour que les traditions juridiques autochtones obtiennent un soutien plus complet.

Selon l'interprétation actuelle, l'article 35(1) ne reproduit pas les pouvoirs juridictionnels des peuples autochtones que l'on retrouve aux articles 91 ou 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les peuples autochtones n'ont pas de Procureur général pour protéger leurs droits. Il y a eu trop peu de discussion constitutionnelle sur la démocratie, l'auto-détermination et la règle du droit autochtone en ce qui concerne les peuples autochtones au Canada. Dans le cas du Renvoi relatif à la *Sécession du Québec de 1998*, la Cour suprême a écrit que le système fédéral était partiellement complet selon « les termes précis de la *Loi constitutionnelle de*

⁴⁴² L'article 37 aurait pu l'être, mais on a élargi l'utilisation des conférences entre les peuples autochtones et les premiers ministres.

⁴⁴³ Par ailleurs, l'article 35 de la partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*, est tellement touché par la *Charte des droits et libertés* à la partie I de la même loi, que les préoccupations relatives aux compétences des peuples autochtones sont perdues. L'article 1 est inclus à l'article 35, bien que dans une forme modifiée; il limite les droits autochtones.

1867 »⁴⁴⁴ puisque le « gouvernement fédéral détenait de vastes pouvoirs qui menaçaient de saper l'autonomie des provinces »⁴⁴⁵. Par conséquent, les tribunaux ont dû « contrôler les bornes » de « la souveraineté propre » des gouvernements fédéral et provinciaux puisque « le texte des dispositions de la Constitution ne fournit pas une image complète »⁴⁴⁶ de la structure fédérale canadienne. Dans cet esprit, les tribunaux avaient historiquement aidé à faciliter la « participation (des provinces) à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné », dans le contexte de la diversité des composantes de la Confédération⁴⁴⁷. L'approche historique de la cour a entraîné le partage des pouvoirs politiques au Canada entre deux ordres de gouvernement : les provinces et le gouvernement fédéral. Les pouvoirs des provinces ont été considérablement renforcés en vertu de cette interprétation.

On pourrait appliquer ces principes aux questions liées aux peuples autochtones. Il devrait être possible de renforcer la compétence des peuples autochtones si l'on voyait le système fédéral comme partiellement complet par rapport aux peuples autochtones⁴⁴⁸. Dans le contexte de l'interprétation des droits provinciaux aux droits autochtones, on pourrait aussi soutenir que le « gouvernement fédéral détenait de vastes pouvoirs » par rapport aux peuples autochtones « qui menaçaient de saper l'autonomie » des peuples autochtones. De plus, puisque le « texte des dispositions de la Constitution ne fournit pas une image complète » par rapport aux peuples autochtones, les tribunaux pourraient aussi « contrôler les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements » en distribuant les pouvoirs appropriés aux gouvernements autochtones. Si l'on peut renforcer les pouvoirs provinciaux en s'inspirant des principes tacites du fédéralisme

⁴⁴⁴ *Ibid.* au para 55.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ *Ibid.* au para. 58.

⁴⁴⁸ Voir Bruce Ryder, «The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations» (1991) 36 *McGill Law Journal* 309.

pour combler les « vides des dispositions expresses du texte constitutionnel »⁴⁴⁹, on peut faire de même pour les peuples autochtones.

L'article 35 ne devrait pas porter tout le fardeau de la réconciliation des peuples autochtones avec la Couronne. L'article 35 constitue un levier ou un outil qui peut servir à élargir davantage l'élaboration des traditions juridiques autochtones. Il pourrait inclure le fédéralisme dans ses dispositions, mais si ce n'est pas le cas, il faudra que le fédéralisme soit encore plus présent dans nos discussions.

ii. Reconnaître la gouvernance: que peut faire le gouvernement fédéral?

Le gouvernement fédéral a déjà reconnu le fait que les peuples autochtones possèdent les droits inhérents non éteints à l'autonomie gouvernementale. En 1995, il a émis un énoncé de politique qui affirmait ce qui suit : « Le gouvernement du Canada reconnaît que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit existant au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La reconnaissance du droit inhérent repose sur le fait que les peuples autochtones du Canada ont le droit de se gouverner, c'est-à-dire de prendre eux-mêmes les décisions touchant les affaires internes de leurs collectivités, les aspects qui font partie intégrante de leurs cultures, de leurs identités, de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions et, enfin, les rapports spéciaux qu'ils entretiennent avec leur terre et leurs ressources »⁴⁵⁰. Remarquez de quelle façon ces catégories mettent en jeu les traditions juridiques autochtones.

⁴⁴⁹ Renvoi sur la Sécession du Québec, *op. cit.* note 242, au para. 53.

⁴⁵⁰ L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie, http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/pub/sg/plcy_f.html.

La capacité des peuples autochtones à appliquer et à élaborer des lois, internes à leurs collectivités et intégrées à leurs cultures, pourrait être réputée dans la portée de la politique fédérale. La politique devrait être élargie de façon à reconnaître ce fait. Les droits des peuples autochtones à vivre selon leurs lois font partie intégrante de leurs cultures, de leurs identités, de leurs langues, de leurs institutions et des rapports avec leur terre qui sont uniques.

Des observations comme celles qui suivent expliquent que la gouvernance autochtone repose sur la tradition juridique.

- La culture autochtone est préservée et s'adapte au moyen de la tradition juridique.
- L'identité autochtone est élaborée et transmise au moyen du droit autochtone.
- Les langues autochtones englobent des approches juridiques autochtones dans leur structure et leur organisation même.
- La coutume et le droit autochtones assurent la cohésion des institutions autochtones.
- Les rapports des peuples autochtones avec les terres et les ressources découlent de leurs traditions juridiques.

La tradition juridique autochtone est un droit autochtone existant au Canada, reconnu et confirmé au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les peuples autochtones ont le droit de mettre en œuvre leurs lois uniques qui tiennent compte de leurs cultures, de leurs identités, de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions, et qui reconnaissent les rapports spéciaux qu'ils entretiennent avec leur terre et leurs ressources. On devrait modifier la politique de 1995 sur les droits inhérents ou l'élargir afin qu'elle reconnaisse ce fait. Parallèlement, les gouvernements autochtones devraient agir de façon à renforcer leurs lois en les reconnaissant comme source de leur pouvoir et ils devraient passer en revue leurs lois existantes de façon à ce que la politique s'harmonise avec leurs traditions juridiques.

De plus, le gouvernement fédéral, avec la mise en place et la participation des gouvernements autochtones, pourrait modifier et mettre en œuvre les recommandations de la Commission royale sur les peuples autochtones qui proposait une loi sur le gouvernement et la

reconnaissance des nations autochtones⁴⁵¹. Le gouvernement fédéral pourrait élargir ou modifier ses politiques et reconnaître les gouvernements autochtones dans ces questions, et adopter une loi sur la reconnaissance de la gouvernance.

Si elle était promulguée, cette *Loi* pourrait :

- (a) permettre au gouvernement fédéral d'annuler son autorité législative en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui concerne les pouvoirs de base réputés nécessaires par les nations autochtones. Elle pourrait préciser les secteurs supplémentaires de compétence fédérale que le Parlement du Canada est prêt à reconnaître comme pouvoir de base que peuvent exercer les gouvernements autochtones. Elle pourrait également

⁴⁵¹

Commission royale sur les Peuples autochtones, *Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996, et chapitre 3. La Commission royale a également recommandé une loi sur la reconnaissance :

- (a) afin d'établir le processus par lequel le gouvernement du Canada reconnaîtra formellement l'accession d'un ou de plusieurs groupes autochtones au rang de nation et sa compétence à exercer, en tant que gouvernement autochtone, les pouvoirs procédant de son autonomie gouvernementale inhérente;
- (b) afin de définir les critères qui régiront la reconnaissance des nations autochtones, notamment :
 - (i) la preuve que les communautés concernées ont une langue, une histoire et une culture communes, qu'elles désirent s'associer et qu'elles sont suffisamment importantes pour exercer un mandat large d'autonomie gouvernementale;
 - (ii) la preuve qu'un processus équitable et transparent a été appliqué pour obtenir des citoyens et des communautés membres leur accord à la demande de reconnaissance de la nation;
 - (iii) la rédaction d'un code de citoyenneté qui soit conforme aux normes internationales en matière de droits de la personne et à la *Charte canadienne des droits et libertés*;
 - (iv) la preuve qu'un mécanisme d'appel impartial a été mis sur pied par la nation pour trancher les différends sur l'admissibilité à la citoyenneté;
 - (v) la preuve qu'une loi fondamentale ou une constitution a été rédigée à la suite d'une vaste consultation menée auprès des citoyens et citoyennes;
 - (vi) la preuve que tous les citoyens de la nation ont eu la possibilité de se prononcer sur la ratification de la Constitution proposée, grâce à un processus équitable de consultation;
- (c) afin d'y autoriser la création, sous l'égide du Tribunal des traités et des terres autochtones qui est proposé, de comités de reconnaissance chargés d'informer le gouvernement du Canada si tel groupe satisfait aux critères de reconnaissance;

(La Commission royale sur les Peuples autochtones, *Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, vol. 5, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996, Annexe A : Liste des recommandations Volumes 1 à 5) Le présent document n'appuie pas les recommandations susmentionnées dans la forme que propose la Commission royale, puisqu'elles pourraient être utilisées pour retirer la reconnaissance des gouvernements autochtones qui jouissent actuellement de pouvoirs au Canada. Le fardeau de la preuve repose sur les gouvernements autochtones, et ils ont moins de ressources et de soutien dans la population générale que le gouvernement fédéral, ce qui pourrait mener à l'extinction de collectivités Métis, Inuit et des Premières nations qui sont déjà reconnues par les gouvernements fédéral ou provinciaux.

- (b) fournir plus de ressources financières afin de permettre aux nations autochtones reconnues d'exercer les pouvoirs de gouvernance élargis pour une population de base plus importante dans la période allant de la reconnaissance à la conclusion ou à la réaffirmation des traités détaillés⁴⁵².

La loi qui reconnaît la gouvernance autochtone pourrait aussi contenir des dispositions liées aux traditions juridiques autochtones. Ces dispositions devraient être mises en place selon les principes suivants :

- (a) Une collectivité doit consentir librement et choisir de tirer profit de ses dispositions à sa discrétion exclusive, consentement qui ne devrait être ni imposé, ni obligatoire.
- (b) La loi devrait être proposée et rédigée selon les nations, après de vastes consultations auprès des bandes indiennes, des organisations Métis et des villages du Nunavut.
- (c) La loi devrait également obtenir le consentement des cinq principaux organismes autochtones.
- (d) La loi devrait se fonder sur les droits; elle ne devrait pas saper les traités historiques, ni abroger ou déroger aux autres droits de l'article 35.
- (e) La loi ne devrait pas imposer aux peuples autochtones plus de contrôle bureaucratique et elle devrait tenir compte des préoccupations des femmes autochtones.
- (f) La loi devrait aussi rejeter une approche uniformisée et ainsi permettre l'expression de la grande diversité qui existe au sein des nations autochtones.

Bref, la loi sur la reconnaissance ne fonctionnera pas si on la perçoit comme une tentative du gouvernement fédéral de se décharger de ses responsabilités et accroître les coûts de la gouvernance pour les collectivités autochtones sans une indemnisation appropriée. La loi est plus susceptible de fonctionner si les peuples autochtones considèrent le projet de loi comme propre à eux. Le projet de loi ne doit pas être perçu comme créant ou autorisant la

⁴⁵² Commission royale sur les Peuples autochtones, *Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996, chapitre 3. La Commission royale a également recommandé la création d'un accord-cadre pancanadien pour orienter les négociations de traités subséquents et des accords d'autonomie gouvernementale entre les nations autochtones reconnues et les gouvernements fédéral et provinciaux. La Commission écrit :

Les discussions sur l'accord-cadre devront avoir trois grands objectifs: parvenir à une entente sur les domaines de compétence des gouvernements autochtones, déterminer les politiques visant les dispositifs financiers nécessaires à l'exercice de cette compétence et établir les principes qui régiront les négociations sur les terres et les ressources et sur les ententes de redressement provisoire touchant les terres visées par des revendications et devant prendre effet avant la négociation des traités.

gouvernance, mais simplement comme un moyen pour les gouvernements fédéral et provinciaux de reconnaître officiellement des pouvoirs juridiques et gouvernementaux autochtones qui sont déjà inhérents.

C. Les tribunaux autochtones et organes de résolution de conflits

Les gouvernements autochtones devraient reconnaître et ou recréer des institutions qui exercent des pouvoirs de résolution de conflits sur des questions qui sont à la fois internes à leurs collectivités et essentielles à leurs rapports avec les autres. Les gouvernements autochtones devraient affirmer le pouvoir de ces institutions conformément à leurs traditions juridiques. Le droit autochtone doit adopter les valeurs normatives plus approfondies d'une collectivité comme une force juste et efficace pour favoriser le maintien de l'ordre et de la paix. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême du Canada a remarqué cela en examinant la constitutionnalité d'une déclaration unilatérale de souveraineté par le Québec⁴⁵³. La Cour a présenté d'importantes observations concernant les principes sur lesquels repose l'ordre juridique canadien. Les observations s'appliquent de même aux traditions juridiques autochtones. La Cour a écrit que « pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques. Cela signifie qu'elles doivent permettre la participation du peuple et la responsabilité devant le peuple par l'intermédiaire d'institutions publiques créées en vertu de la Constitution »⁴⁵⁴.

La résolution de conflits autochtones est nécessaire puisque les autres traditions juridiques du Canada n'engagent pas suffisamment les valeurs autochtones et par conséquent, elles n'encouragent pas suffisamment la participation des peuples autochtones. L'établissement

⁴⁵³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit. note 242.

⁴⁵⁴ *Ibid.* au para. 67.

d'institutions d'arbitrage autochtones pour appliquer les principes autochtones redresserait ce manquement. Les structures constitutionnelles actuelles entravent trop souvent la participation des peuples Indiens puisque ces structures reposent faussement sur des institutions publiques (comme la *Loi sur les Indiens*) dont le caractère constitutionnel est douteux.

Les juges de la Cour suprême du Canada veulent s'assurer que leurs décisions n'entraînent pas le « chaos et l'anarchie »⁴⁵⁵. Ils ont déclaré que le droit ne tolère pas de vide juridique⁴⁵⁶, et qu'il ne tolère pas non plus qu'une partie du Canada existe sans système juridique valide et efficace⁴⁵⁷. Pourtant, lorsque leurs lois ne sont pas reconnues, les peuples autochtones existent bel et bien dans un vide juridique. Cela cause véritablement du chaos et rend le système juridique inefficace⁴⁵⁸. Les collectivités autochtones connaissent une crise de plus en plus sérieuse relativement à la primauté du droit. Cette crise ne découle pas de l'absence de règles juridiques chez les peuples autochtones; il s'agit plutôt d'une crise relative à la légitimité des lois qui s'appliquent au sein des collectivités autochtones. Si les peuples autochtones pouvaient commencer à se voir et à reconnaître leurs valeurs d'enseignement dans la façon dont ils

⁴⁵⁵ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, op. cit. note 280, à la page 749.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, à la p. 753.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, à la p. 758.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, à 768. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, cette règle a été appliquée de la façon suivante :

Tous les droits, obligations et autres effets qui ont découlé des lois de la législature du Manitoba qui sont apparemment abrogées ou périmées ou qui seraient actuellement en vigueur n'étaient-ce du vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel, et qui ne sont pas sauvés par l'application du principe de la validité de facto ou de principes comme ceux de la chose jugée et de l'erreur de droit, sont réputés temporairement avoir été pleinement exécutoires et incontestables et continuer de l'être à compter de la date où ils ont commencé à exister jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour traduire, adopter, imprimer et publier ces lois. À l'expiration de ce délai minimum, ces droits, obligations et autres effets cesseront d'être opérants à moins que les lois dont ils découlent n'aient été traduites, adoptées de nouveau, imprimées et publiées dans les deux langues. En conséquence, pour assurer que les droits, obligations et autres effets, qui ne sont pas sauvés par le principe de la validité de facto ou d'autres principes, demeurent valides et exécutoires, il se peut qu'il faille adopter de nouveau, imprimer et publier, pour ensuite abroger, dans les deux langues officielles, les lois abrogées ou périmées de la législature dont ces droits, obligations et autres effets sont censés avoir découlé. ...

mènent leurs affaires au quotidien, il y aurait moins de contestations judiciaires au sein des collectivités autochtones.

La gouvernance autochtone jouirait d'une meilleure responsabilité et légitimité si leurs propres organes de résolution de conflits étaient en mesure de résoudre les conflits. Le pouvoir de tenir leurs propres membres responsables de leurs gestes est un droit autochtone qui faisait partie intégrante des collectivités des Premières nations avant l'arrivée des Européens. Ce droit n'a pas été éteint et peut être exercé dans son état actuel⁴⁵⁹. En vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les peuples autochtones ont le droit de juger leurs propres citoyens et citoyennes sur les questions relatives aux droits, à la responsabilité et à l'imputabilité. Ce sont eux les mieux placés pour exprimer les principes juridiques qui auront le plus de sens et de légitimité aux yeux de leurs collectivités.

Cette approche serait conforme aux valeurs juridiques autochtones ainsi qu'aux principes plus généraux du droit constitutionnel. En fin de compte, la responsabilité au sein des collectivités autochtones doit découler des « principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit (qui) sont à la base de notre système de gouvernement », comme l'indique la Cour suprême⁴⁶⁰. La protection et la facilitation de la primauté du droit pour les peuples autochtones, comme on le suggère dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, « exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif »⁴⁶¹. Il est essentiel, pour faciliter l'ordre normatif, que les peuples autochtones soient jugés selon des normes qui découlent de leurs traditions juridiques. C'est ce qui créerait un système où la légalité coïnciderait avec la légitimité, ce qui renforcerait le respect et l'efficacité

⁴⁵⁹ Ces critères sont issus du test de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Van der Peet* [1996] 2 R.C.S. 507.

⁴⁶⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *op. cit.* note 242, au para. 70.

⁴⁶¹ *Ibid.*, citant le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 à la p. 749.

des systèmes d'imputabilité⁴⁶². En ne permettant pas aux peuples autochtones d'être gouvernés et jugés selon des principes qui découlent de leurs propres prescriptions normatives, on ne leur a pas assuré « une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités »⁴⁶³.

Aux États-Unis, les Cours tribales ont joué un rôle important dans le maintien des plus hautes normes d'imputabilité chez les dirigeants indiens. Même si les Cours tribales étaient douteuses au départ en raison de leur forte dépendance sur le Bureau of Indian Affairs pour l'administration de la justice⁴⁶⁴, elles ont connu une croissance, au cours des 25 dernières années, pour devenir des organismes autonomes, capables de traiter des questions les plus difficiles⁴⁶⁵. Un exemple particulièrement solide de ce pouvoir est présenté dans la décision de l'affaire *Re Certified Question II: Navajo Nation v. MacDonald*. Dans l'affaire *MacDonald*, on a demandé à la Cour Navaho d'examiner, entre autres, si leur président tribal avait enfreint une obligation de représentant en recevant des [TRADUCTION] « pots-de-vin de la part d'entrepreneurs qui faisaient affaires avec la nation Navaho »⁴⁶⁶. Cette affaire était importante pour les cours Navaho parce qu'on leur demandait de résoudre le problème le plus urgent de leur nation sans avoir recours aux institutions juridiques de l'extérieur. Elle soulève honnêtement la question d'imputabilité dans un contexte semblable à celui que soulèvent parfois les dirigeants autochtones au Canada. À ce titre, il est intéressant de noter l'approche et les résultats des cours Navaho dans cette affaire.

⁴⁶² « La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle. Ce serait une grave erreur d'assimiler la légitimité à la seule "volonté souveraine" ou à la seule règle de la majorité, à l'exclusion d'autres valeurs constitutionnelles », *Ibid.* au para. 67.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ William Hagan, *Indian Police and Judges*, New Haven, Yale University Press, 1966; Frank Pommersheim, *Braid of Feathers: American Indian Law and Contemporary Tribal Life*, Berkeley, University of California Press, 1995, aux pp. 61-98.

⁴⁶⁵ Nell Jessup Newton, « Tribal Court Praxis: One Year in the Life of Twenty Indian Tribal Courts », dans *American Indian Law Review*, vol. 22, 1998, à la p.285.

⁴⁶⁶ Dans « Re Certified Question II: Navajo Nation v. MacDonald » (1989) 16 *Indian Law Reporter* 6086 (Navajo Supreme Court); la version révisée paraît dans David Getches, Charles Wilkinson et Robert Williams Jr., *Federal Indian Law*, 4^e éd., Minneapolis, West Publishing, 1998.

Dans l'affaire *MacDonald*, la cour Navaho s'est inspirée des principes du droit « occidental » pour articuler l'obligation de représentant qu'un agent tribal exécutif doit respecter à l'égard des membres de la bande. De cette façon, elle a fait ce que toute autre cour aurait fait. Elle a étudié les principes généraux du droit et les a appliqués aux faits de l'affaire pour en arriver à une solution appropriée. Cependant, en décidant que le président devaient respecter des obligations de représentant envers la nation et qu'il les avait enfreintes, la cour mentionne d'autres normes juridiques qu'elle serait la seule à pouvoir citer dans le règlement de ce problème⁴⁶⁷. En particulier, les juges Navaho ont puisé dans le droit commun Navaho pour expliquer l'obligation de représentant dans le contexte des principes de leur propre ordre normatif⁴⁶⁸. La cour raconte l'histoire de deux « Jumeaux héros » qui ont fait périr des monstres et surmonté d'autres obstacles qui menaçaient les Navahos au moment de leur création. La cour a maintenu que cette histoire était l'incarnation du [TRADUCTION] « concept traditionnel Navaho de la confiance fiduciaire d'un dirigeant (*naat'aanii*) ». Dans l'application des principes ancrés dans cette histoire, la cour a écrit :

Après les combats épiques livrés par les jumeaux héros, le peuple Navaho s'est engagé dans la voie de devenir une nation solide. Il fallait élire des *naat'aaniis* selon l'accord général du peuple. Le *naat'aanii* n'était pas un politicien puissant ni un vaillant chef. Le *naat'aanii* était choisi en fonction de sa capacité à aider le peuple à survivre et tout pouvoir qui lui était conféré s'appuyait sur cette capacité et la confiance qu'avait le peuple en lui. Si le *naat'aanii* perdait la confiance de son peuple, le peuple cessait simplement de le suivre ou même de l'écouter. Le Conseil de bande Navaho peut suspendre un président ou un vice-président s'il a des motifs raisonnables de croire que le représentant a sérieusement abusé de la confiance fiduciaire du peuple Navaho...⁴⁶⁹

L'explication de la cour sur la façon dont une histoire ancienne au sujet de jumeaux héros avait donné lieu aux obligations de représentant d'un président tribal moderne illustre la pertinence du droit des Premières nations dans la jurisprudence autochtone contemporaine. Elle a permis aux

⁴⁶⁷ Robert Cooter, «Indian Common Law: The Role of Custom in American Tribal Courts» (1998), 46 *American Journal of Comparative Law* 509.

⁴⁶⁸ Tom Tso, «The Process of Decision Making in Tribal Courts»,(1989) 31 *Arizona Law Review* 225.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

Navaho de régler une crise constitutionnelle urgente dans leur nation concernant l'imputabilité de ses dirigeants élus, en faisant le lien entre les principes généraux d'intendance avec les réalités particulières de leur collectivité.

Même si le présent document met l'accent sur les traditions juridiques autochtones au Canada, le cas Navaho est inclus afin de démontrer ce qui peut arriver si un état-nation accorde une place juridictionnelle à ces traditions. Les bandes des États-Unis ont eu plus d'expérience dans l'expression et le partage de leurs traditions juridiques avec le monde extérieur. On peut tirer des leçons de leur approche à l'égard des traditions juridiques, non pas parce que leurs traditions seront nécessairement les mêmes que celles des traditions autochtones au Canada, mais parce qu'elles ont montré qu'il est possible d'avoir une jurisprudence contemporaine qui s'inspire des valeurs anciennes.

La création de tribunaux autochtones peut mener à l'expression générale des lois autochtones, ce qui pourrait les rendre davantage intelligibles et accessibles. Un échantillon de leurs règles juridiques indique l'interaction positive entre les valeurs historiques et les besoins contemporains⁴⁷⁰. Par exemple, la Navajo Nation Bar Association a résumé d'importantes traditions juridiques dans des questions liées aux contrats, au gouvernement, à la procédure, au droit familial, aux biens et aux enfants. Leurs principes démontrent que le droit Navaho n'est pas anachronique mais qu'il est une force juridique vivante. La Navajo Bar Association a résumé ces principes de la façon suivante :

CONTRATS

Entente verbale– Une entente, un engagement et ou un contrat verbal est sacré et une fois qu'il est fait, lie les parties. *Tome v. Navajo Nation* No. WR-CV-153-83, slip op. à la p. 21 (W.R. Dist. Ct. 1984).

⁴⁷⁰ Extrait du site Web de la Navajo Nation Bar Association, en ligne : http://www.navajolaw.org/commonlaw_01.html.

Exécution – Une personne doit mettre à exécution une entente prise avec une autre personne *Ben v. Burbank*, No. SC-CV-23-95 (Nav. Sup. Ct. 1996).

GOUVERNEMENT

Démocratie et abus de pouvoirs – Le *naat'aanii* était choisi en fonction de sa capacité à aider le peuple à survivre et tout pouvoir qui lui était conféré s'appuyait sur cette capacité et la confiance qu'avait le peuple en lui. S'il perdait la confiance de son peuple, le peuple cessait simplement de le suivre ou même de l'écouter. *Dans re Certified Questions II (Navajo Nation v. MacDonald)*, A-CR-13-89, slip op. p. 24-25 (Nav. Sup. Ct. 1989). Voir aussi *Downey v. Bigman*, No SC-CV-07-95, slip op. p. 3-4 (Nav. Sup. Ct. 1995).

Coercition – Le droit commun Navaho rejette la coercition. *Navajo Nation v. MacDonald*, A-CR-10-90, slip op. p. 27-28 (Nav. Sup. Ct. 1992). Voir aussi *Downey v. Bigman*, No SC-CV-07-95, slip op. p. 3-4 (Nav. Sup. Ct. 1995).

PROCÉDURE/APPLICATION RÉGULIÈRE DE LA LOI

Établissement de la paix – Les conflits et les arguments devraient être résolus par des discussions. *Navajo Nation v. Crockett*, No. SC-CV-14-94, slip op. p. 10 (Nav. Sup. Ct. 1996); Voir aussi *Rough Rock Community School v. Navajo Nation*, No. SC-CV-06-94, slip op. p. 12 (Nav. Sup. Ct. 1995).

K'eh – comprend l'égalité et le respect et mène à une solution consensuelle. *Downey v. Bigman... Rough Rock Community School v. Navajo Nation*, No SC-CV-06-94 (Nav. Sup. Ct. 1998). *K'eh* fait état des relations uniques et réciproques d'une personne avec la collectivité et l'univers. Il favorise le respect, la solidarité, la compassion et la collaboration afin que les gens puissent vivre en *hozho*, ou en harmonie. *K'eh* met l'accent sur les fonctions et les obligations de chaque parent à l'égard de sa collectivité. *Atcitty v. Dist. Ct. for the Judicial Dist. Of Window Rock*, No. SC-CV-25-96, slip op. p. 7-8 (Nav. Sup. Ct. 1996). Voir aussi *Ben v. Burbank*, No. SC-CV-23-95, slip op. p. 5-6 (Nav. Sup. Ct. 1996).

Naalyeeh – dû à la famille, au clan ou à une personne. *Dans re Claim of Joe*, No A-CV-39-92. slip op p. 7-8 (Nav. Sup. Ct. 1993). Une personne qui cause préjudice doit payer la victime pour rétablir l'harmonie. *Farley v. Kerr McGee*, No. SR-CV-103-95, slip op p. 7 (S.R. Dist. Ct. 1996). Voir aussi *Nez v. Peabody Western Coal Co., inc.* No. SC-CV-28-97, slip op. p. 10, (Nav. Sup. Ct. 1999). Le montant devrait être suffisant pour « qu'il n'y ait pas de rancune »... Si une personne est blessée, elle cherche de l'aide auprès des relations de clan. On s'attend à ce que le transgresseur et ses parents rétablissent la situation en fonction du préjudice. ...*Nalyeeh* dépend de la restitution, de la réparation, du rétablissement de l'harmonie ou du remplacement de la perte ou du remboursement. La manière et le montant de remboursement ne sont pas si importants. *Benalli v. First Nat'l Ins. Co. of America*, No. SC-CV-45-96, slip op. p. 16-17 (Nav. Sup. Ct. 1998). Voir aussi *Navajo Nation v. Blake*, No. SC-CR-04-95, slip op. p. 4-5 (Nav. Sup. Ct. 1996).

Sanction en dernier recours – Les sanctions étaient des mesures de dernier recours. *Navajo Nation v. Platero*, No. A-CR-04-91, slip op. p. 7, (Nav. Sup. Ct. 1991).

DOMESTIQUE

Mariage traditionnel – exigences de la cérémonie du panier 9 N.N.C. 3(D) (1993).

Rejet de l'union de fait – Les couples non mariés qui habitent ensemble commettent un acte immoral puisqu'on dit qu'ils « se volent ». *Dans re Validation of marriage of Francisco*, No. A-CV-15-88, slip op. p. 4, (Nav. Sup. Ct. 1989).

Le mariage traditionnel et le divorce – Le mari emménage chez sa femme au moment du mariage. Au moment du divorce, le mari retourne à l'unité de sa mère. (On expose différentes façons de diviser les biens) *Apache v. Republic National Life Insurance*, 3 Nav. 4. 250 (1982). Voir aussi *Naize v. Naize* No. SC-CV-16-96, slip op. p. 7-8 (Nav. Sup. Ct. 1997).

Divorce traditionnel – Doctrine *Yoodeeyah Begay v. Chief*, KY-FC-348-00 (2002); le divorce traditionnel est interdit. *In the Matter of Documenting the Marriage: Ellen M. Slim and Tom Slim*, 3 Nav. R. 218 (1982)

Mariages navaho multiples – interdit avec exceptions. 9 N.N.C. 2 (1993). Voir aussi *Austin v. Smith*, KY-FC-178-02 (Kay. Dist. Ct. 2002).

Garde – Les enfants sont du clan de la mère ou de sa famille élargie. *Goldtooth v. Goldtooth*, 3 Nav. R. 223 (W.R. Dist. Ct. 1982).

Beaux-parents – *Hadaane* a certaines responsabilités. *Means v. Dist. Court of the Chinle Judicial Dist.*, SC-CV-61-98 slip op. p. 17-18 (Nav. Sup. Ct. 1999).

Discours respectueux – Les personnes utilisent de la prudence et du respect dans leurs paroles parce qu'elles sont sacrées. *Hosteen v. Tapaha* No. SR-CV-77-92, slip. op. p. 9 (S.R. Dist. Ct. 1997).

BIENS / HOMOLOGATION

Propriété communale – Les familles détiennent les terres (droits de pacage) en propriété communale. *Begay v. Keedah*, No. A-CV-09-91, slip op. p. 9 (Nav. Sup. Ct. 1991). Voir aussi *In re estate of Benally*, 5 Nav. R. 174 (Nav. Sup. Ct. 1987). Les Navaho ne connaissent pas la propriété privée. *Hood v. Bordy*, No A-CV-07-90, slip op. p. 11-12 (Nav. Sup. Ct. 1991).

Possession de biens – Les biens appartiennent à la femme et à ses enfants. *Dans re Trust of Benally*. 1 Nav. R. 12 (1969); Voir aussi *Lenta v. Notah*, 3 Nav. R. 72 (1982).

Distribution de biens – Les « biens productifs » (moutons, terres, permis fonciers) sont tenus au profit de la personne et du campement, et à sa mort, ces biens sont tenus au profit des habitants du campement. Les « biens non productifs » (bijoux, outils, équipement, le bétail non de subsistance) sont réputés appartenir à la personne. *Dans re estate of Boyd Apachee*, 4 Nav R. 178 (1983).

Testaments oraux – doivent se faire en présence de la famille, *Dans re estate of Lee, in the matter of estate of Chisney Benally* 1 Nav R. 219 (1978).

Discussion sur la mort – La mort n'est pas un sujet de discussion approprié et entraînant. *Dans re Estate of Tsosie*, 4 Nav. R. 198, 200 (W.R. Dist Ct. 1983).

CAS TOUCHANT LES ENFANTS

Obligation parentale – C'est l'intérêt de l'enfant qui prône. Un parent doit subvenir aux besoins de l'enfant jusqu'à ce que ce dernier puisse subvenir à ses propres besoins. *Burbank v. Clarke*, No SC-CV-36-97, slip op. p. 4 (Nav. Sup. Ct. 199).

Obligation du père – Le père d'un enfant doit subvenir au besoin de cet enfant. *Touchin v. Touchin*, No. CP-CV-237-87, slip op. p. 5 (C.P. Dist. Ct. 1988). L'homme qui ne verse pas de soutien est réputé avoir « volé l'enfant ». *Tom v. Tom*, 4 Nav. R. 12 (Nav. Ct. App. 1983).

Émancipation – Un enfant est émancipé lorsqu'il subvient à ses propres besoins, est indépendant et libre du contrôle parental. Doctrine T'aabiak'inaaldzil. *Burbank v. Clarke*, No SC-CV-36-97, slip op. p. 4 (Nav. Sup. Ct. 199).

Adoption – Les membres de la famille, les tantes, les grand-parents sont obligés. *Dans re interest of JJS* 4 Nav. R. 192 (W.R. Dist. Ct. 1993).

Ces exemples tirés du droit Navaho ne signifient pas que le présent document propose de reproduire exactement les Cours tribales américaines dans le contexte canadien. Les bandes et les collectivités ne devraient pas non plus se sentir obligées de se réorganiser selon les lignes politiques occidentales pour résoudre leurs conflits (quoique l'on puisse tirer des leçons importantes de cette expérience⁴⁷¹).

Parallèlement, il est possible que la reconnaissance de la résolution de conflits des institutions autochtones ait un rôle à jouer dans l'élaboration et la réforme juridique générale du Canada. On n'empêche pas les peuples autochtones de siéger comme législateurs, députés, ministres du gouvernement ou juges simplement parce que des aspects de leur participation juridique sont propres à leur citoyenneté autochtone. Il n'est pas nécessaire que la participation dans les collectivités politiques plus vastes souffre du fait que les peuples autochtones appartiennent à des groupes auxquels d'autres ne sont pas affiliés. (Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, les peuples autochtones auraient peut-être avantage à élaborer des lois sur la citoyenneté pour en admettre d'autres dans leurs collectivités à part entière). On n'empêche pas les habitants du Québec de participer au Canada parce que leurs procédures de résolution de conflits sont fondées sur le Code civil. Les membres du peuple Navaho, aux États-Unis, peuvent se porter candidat à des postes politiques élevés dans ce pays, même si la bande possède son propre système

⁴⁷¹ Stephen Cornell et Joseph Kalt, dir., *What Can Tribes Do? Strategies and Institutions in American Indian Economic Development*, Los Angeles, American Indian Studies Center, 1992.

judiciaire. Participer en tant qu'autochtone à des traditions autochtones (avec une identité politique, des droits juridiques et des responsabilités normatives) ne devrait pas exclure d'autres identités, droits et responsabilités officiels. En particulier, les peuples autochtones ne devraient pas avoir à abandonner leur participation à des collectivités nationales et internationales plus vastes simplement parce qu'ils ont des systèmes de résolution de conflits distincts.

De même, l'existence d'organismes de résolution de conflits autochtones ne devraient pas exclure l'acceptation et l'application de principes juridiques autochtones dans les questions plus générales. Le droit autochtone peut avoir une incidence sur l'élaboration du droit commun et du droit civil et être une source d'orientation importante pour d'autres peuples.

[TRADUCTION]

Les traditions juridiques des Premières nations sont solides et dynamiques, et on peut les interpréter avec souplesse pour traiter des véritables enjeux dans le cadre du droit canadien contemporain relativement aux collectivités autochtones. Si elles ne sont pas transmises et reçues de cette façon, les traditions disparaissent. Pour revendiquer une tradition, il faut beaucoup d'effort et d'imagination, et un certain degré de changement, à mesure que certaines personnes l'interprètent, l'intègrent à leurs propres expériences et se l'approprient. Effectivement, la tradition est modifiée par le fait même que quelqu'un cherche à la comprendre. Le moment est venu pour que cet effort d'apprentissage et de communication de la tradition soit facilité, à la fois au sein des Premières nations et entre les Premières nations et les cours canadiennes. Il existe, dans le droit canadien, un précédent convaincant qui reconnaît l'aspect préexistant des droits autochtones et de leurs lois connexes. Par ailleurs, les tribunaux ont créé la possibilité de recevoir ces lois dans le droit canadien par analogie et au moyen des principes *sui generis*. Puisque les Premières nations possèdent la capacité puissante d'exprimer leurs lois, il est temps que ces principes commencent à influencer sur le développement du droit au Canada. Quand les lois des Premières nations seront encore plus intégrées au droit canadien, les deux systèmes de droit seront renforcés simultanément⁴⁷².

D. Les lois sur la reconnaissance et l'harmonisation du droit autochtone

⁴⁷² John Borrows, *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

Comme il en a été question dans la première partie de ce chapitre, le Parlement pourrait accepter et confirmer les traditions juridiques autochtones en adoptant des lois qui reconnaissent les gouvernements autochtones selon leurs propres conditions. Après la promulgation de la loi sur la reconnaissance, on pourrait établir des mécanismes visant à harmoniser les autres traditions juridiques du Canada avec les lois autochtones. Ces mécanismes d'harmonisation permettraient de faciliter la communication entre le Canada et d'autres traditions juridiques et de réduire les conflits ou les incohérences qui existent entre eux. Ils pourraient traiter des questions liées aux relations du droit autochtone antérieur à la Confédération et les lois du Parlement, et créer des principes d'interprétation visant à s'assurer que les lois autochtones sont lues de façon large, libérale et généreuse.

Il existe déjà des lois d'harmonisation qui permettent de faire le lien entre le droit civil et la common law. La *Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil* est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2001, comme 4^e chapitre des Lois du Canada. Cette Loi est la première d'une série visant à harmoniser des centaines de lois fédérales et leurs règlements. Cet exercice était le résultat de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, en 1994, qui a considérablement changé les concepts, les institutions et la terminologie du droit civil. La Loi était nécessaire puisque depuis la Confédération, le gouvernement fédéral avait adopté des lois visant la réglementation de questions qui auraient autrement relevé des gouvernements provinciaux. Elle veille à ce que les dispositions légales fédérales existantes soient alignées aux dispositions existantes du droit civil⁴⁷³. La Loi reconnaît que la common law et le droit civil ont la même autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils. Elle contient aussi des dispositions qui permettent d'interpréter les lois d'une façon qui applique la

⁴⁷³ Voir Jay Sinha, Luc Gagné, Division du droit et du gouvernement, Historique du projet de loi S-22, le 20 septembre 2000, en ligne : http://www.parl.gc.ca/common/Bills_ls.asp?lang=F&ls=s22&source=library_prb&Parl=36&Ses=2.>

tradition juridique qui se rapproche le plus de la source du conflit. À ce sujet, les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi* énoncent ce qui suit :

8.1 Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

8.2 Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.

On pourrait mettre en place des principes et des structures semblables pour les traditions juridiques autochtones⁴⁷⁴. Une loi d'harmonisation pourrait être élaborée conjointement avec les gouvernements et les organisations autochtones, peut-être sous le nom de Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit autochtone. Cette loi devrait reconnaître les droits inhérents des peuples autochtones en matière de droit de la propriété et de droits civils dans le cadre de leurs traditions juridiques. La Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit autochtone pourrait aussi adopter les principes du préambule de la *Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil* et les appliquer au contexte autochtone.

[TRADUCTION] Par exemple, comme dans la *Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil*, les lois autochtones pourraient être reconnues par la loi comme ayant la même autorité et comme partie intégrante du droit au Canada. L'harmonisation pourrait aussi venir remédier le fait que le Parlement du Canada n'a pas toujours convenablement inclus les systèmes juridiques autochtones et leurs langages dans l'expression des normes du droit privé. Une Loi

⁴⁷⁴ Lloyd Brown-John et Howard Pawley, *When Legal Systems Meet: Bijuralism in the Canadian Federal System*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques I Socials, 2004, à la p. 17, en ligne : http://www.diba.es/icps/working_papers/docs/wp234.pdf.

d'harmonisation du droit fédéral avec le droit autochtone pourrait adapter le préambule de la *Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil* et proclamer ce qui suit :

que tous les Canadiens et Canadiennes doivent avoir accès à des lois fédérales conformes à leurs traditions juridiques;

que le droit autochtone témoigne du caractère unique des sociétés autochtones;

qu'une interaction harmonieuse de la législation fédérale et de la législation autochtone s'impose;

que le plein épanouissement de nos grandes traditions juridiques offre aux Canadiens des possibilités accrues de par le monde et facilite les échanges avec la grande majorité des autres pays⁴⁷⁵.

Ces principes serviraient d'exemples de l'importance des traditions juridiques autochtones partout au pays⁴⁷⁶. Pour s'assurer qu'ils sont administrés convenablement, on pourrait confier la responsabilité de leur application et de leur élaboration à un sous-ministre adjoint ou délégué, à qui l'on fournirait des ressources similaires à celles qui ont été nécessaires à l'harmonisation avec le droit civil.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ *Ibid.* Le préambule à la *Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil* se lit comme suit :

ATTENDU que tous les Canadiens et Canadiennes doivent avoir accès à une législation fédérale conforme aux traditions de droit civil et de common law;

ATTENDU que la tradition de droit civil de la province de Québec, qui trouve sa principale expression dans le *Code civil du Québec*, témoigne du caractère unique de la société québécoise;

ATTENDU qu'une interaction harmonieuse de la législation fédérale et de la législation provinciale s'impose et passe par une interprétation de la législation fédérale qui soit compatible avec la tradition de droit civil ou de common law, selon le cas;

ATTENDU que le plein épanouissement de nos deux grandes traditions juridiques offre aux Canadiens et Canadiennes des possibilités accrues de par le monde et facilite les échanges avec la grande majorité des autres pays;

ATTENDU que, sauf règle de droit s'y opposant, le droit provincial en matière de propriété et de droits civils est le droit supplétif pour ce qui est de l'application de la législation fédérale dans les provinces;

ATTENDU que le gouvernement du Canada a pour but de faciliter l'accès à une législation fédérale qui tienne compte, dans ses versions française et anglaise, des traditions de droit civil et de common law;

ATTENDU qu'en conséquence, le gouvernement du Canada a institué un programme d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec pour que chaque version linguistique tienne compte des traditions de droit civil et de common law.

Une Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit autochtone pourrait également assurer que les lois autochtones et d'autres traditions juridiques canadiennes sont conformes aux normes internationales des droits de la personne. Ainsi, les personnes et les groupes seraient protégés contre la discrimination. La loi pourrait contenir les clauses suivantes :

- une clause selon laquelle la *Loi sur la reconnaissance du droit autochtone* n'abrogerait aucun droit autochtone ou prévu dans un traité en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ni n'en dérogerait;
- une clause selon laquelle les traditions juridiques autochtones doivent traiter les hommes et les femmes sur un même pied d'égalité, et que toute tradition juridique autochtone qui n'est pas conforme au paragraphe 35(4) est nulle et sans effet;
- une clause selon laquelle les traditions juridiques autochtones doivent respecter les dispositions de la *Déclaration internationale des droits de la personne*, pour avoir force obligatoire pour une personne ou un groupe;
- une clause notant que la Loi n'entrerait en vigueur qu'avec le consentement d'une collectivité autochtone et de son gouvernement.

La Law Reform Commission de l'Australie a proposé de reconnaître la *Aboriginal Customary Law Recognition Act* dans son examen des traditions juridiques autochtones de ce pays. Bien qu'elle n'ait jamais été mise en œuvre⁴⁷⁷, elle contenait des dispositions semblables pour protéger les droits de la personne. On retrouve, dans d'autres pays, des lois qui reconnaissent les traditions juridiques autochtones, dont beaucoup d'États des îles du Pacifique⁴⁷⁸, l'Afrique

⁴⁷⁷ The Law Reform Commission (Australie), *The Recognition of Aboriginal Customary Laws – vol. 1 & vol. 2, Report No 31*, Canberra: Australian Government Publishing Service, 1986.

⁴⁷⁸ D'autres pays ont élaboré des Lois de reconnaissance pour des systèmes de droit préexistants. On retrouve certains des meilleurs exemples de reconnaissance législative parmi les États des îles du Pacifique. Par exemple, à l'a. 422 de la *Cook Islands Act 1915* (NZ), il est écrit : [TRADUCTION] « Tous les droits et les intérêts sur les terres de régime coutumier seront déterminés en fonction des coutumes anciennes et de l'usage qu'en font les Autochtones des îles Cook. » Au paragraphe 100(3) de la *Constitution of Fiji 1990*, (jusqu'au 27 juillet 1998), on peut lire : [TRADUCTION] « Jusqu'à ce qu'une Loi du Parlement en dispose autrement, le droit coutumier fidjien sera exécutoire dans le cadre des lois des îles Fidji : Toutefois, le présent paragraphe ne s'applique pas à l'égard de toute coutume, toute tradition, tout usage ou toute valeur qui n'est pas conforme à une disposition de la présente constitution ou d'une loi, et dans la mesure selon laquelle il ne l'est pas, ou qui est contraire aux principes généraux d'humanité ». En vertu de l'autorité du préambule de la *Constitution of Kiribati 1979*, le paragraphe 4(2) de la *Laws of Kiribati Act 1989*, prévoit : [TRADUCTION] « En plus de la Constitution, les lois de la Kiribati comprennent - ...b) le droit coutumier... ». À l'annexe 1 et au para. 3 de la *Laws of Kiribati Act 1989*, on prévoit aussi : [TRADUCTION] « le droit coutumier sera reconnu et appliqué par tous les tribunaux, et peut y être plaidé, sauf dans un cas ou un contexte particulier où sa reconnaissance ou son application mènerait, selon le tribunal, à une injustice, ou ne serait pas dans l'intérêt public. » Aux para. 1 et 2 de l'art. X de la *Constitution of Marshall Islands 1978*, on déclare : [TRADUCTION] « Rien dans l'article II ne doit être interprété comme une invalidation du droit coutumier ou de toute pratique traditionnelle concernant la méthode de ténure ou toute question connexe... » « ...les Nitijela seront responsables ... de déclarer, au moyen d'une loi, le droit coutumier des îles

du Sud⁴⁷⁹, le Pérou, la Bolivie, la Colombie et le Ghana. Un examen de ces lois pourrait servir de mécanismes appropriés pour protéger les traditions juridiques autochtones tout en protégeant les droits de la personne.

Marshall ». À l'a. 81 de la *Constitution of Nauru* 1968, on déclare : la *Custom and Adopted Laws Act* 1971, a. 3 : [TRADUCTION] « les institutions, les coutumes et les usages des Nauruans... seront reconnus de tous les tribunaux et seront pleinement en vigueur et exécutoires » pour régler les questions précisées dans la Loi. La *Niue Act* de 1966, telle que modifiée par la *Niue Amendment Act* de 1968 (N°2), déclare, à l'a. 23 : [TRADUCTION] « Tous les titres, domaines ou intérêts dans les terres niouéennes seront déterminés conformément à la coutume niouéenne et toute ordonnance ou autre texte législatif touchant la coutume niouéenne. » La *Constitution of Samoa* de 1962, déclare, au paragraphe III(1) : [TRADUCTION] « Le droit... comprend... toute coutume ou usage qui a obtenu force de loi en Samoa... en vertu des dispositions de toute loi ou d'un jugement d'une cour compétente. » La *Constitution of Solomon Islands* de 1978, déclare à l'a. 76 et au paragraphe 3 de l'annexe 3 : [TRADUCTION] « Sous réserve du présent paragraphe, le droit coutumier sera en vigueur dans le cadre du droit des îles Salomon ». Au para. 5 du préambule de la *Tokelau Amendment Act* 1996 (NZ), on peut lire : [TRADUCTION] « L'autorité traditionnelle de Tokelau repose dans ses villages, et les besoins de Tokelau au niveau local sont habituellement satisfaits aux moyens de l'administration de pratiques coutumières par les anciens. » À l'a. 20 de la *Tokelau Amendment Act* 1967 (NZ), on peut lire : [TRADUCTION] « la propriété bénéficiaire des terres tokelauanes sera déterminée conformément aux coutumes et aux usages des habitués tokelauans de Tokelau. » Dans le préambule de la *Constitution of Tuvalu* 1986 et au para. 4(2) de la *Laws of Tuvalu Act* 1987, ont déclare ce qui suit : [TRADUCTION] « En plus de la Constitution, les lois de Tuvalu comprennent- ...b) le droit coutumier... ». De plus, la *Laws of Tuvalu Act* 1987 prévoit, au para. 2 de l'annexe 1 : [TRADUCTION] « ... le droit coutumier sera reconnu et appliqué par tous les tribunaux, et peut y être plaidé, sauf dans un cas où un contexte particulier où sa reconnaissance ou son application mènerait, selon le tribunal, à une injustice, ou ne serait pas dans l'intérêt public. » Au para. 47(1) de la *Constitution of Vanuatu* 1980, on déclare : [TRADUCTION] « ... Si une cour est saisie d'une question pour laquelle il n'existe aucune règle de droit, elle doit statuer sur la question en fonction de la justice fondamentale et chaque fois qu'il est possible, conformément à la coutume. » Dans l'affaire *Joli v Joli* (décision de la Cour d'appel le 7 novembre 2003), la Cour d'appel de Vanuatu a décidé qu'il n'y avait pas d'incohérence entre la loi anglaise et la coutume. À Vanuatu, dans une clause de la Constitution, on déclare que les lois qui s'appliquent au jour de l'Indépendance continuent de s'appliquer à moins que le Parlement de Vanuatu adopte une loi à ce sujet. Ces lois antérieures à l'indépendance comprennent les lois d'application générale de l'Angleterre et de la France pourvu, toutefois, que les lois étrangères aient suffisamment d'égards pour la coutume Vanuatu. On a soulevé l'argument que les notions anglaises de division de la propriété et de rajustement des intérêts propriétaires n'étaient pas conformes aux exigences coutumières pour la succession en ce qui a trait aux terres, et la cour était en désaccord, confirmant ainsi le droit autochtone. La *Constitution of the Independent State of Papua New Guinea* déclare ce qui suit : [TRADUCTION] « (1) Une loi du Parlement doit, (2) jusqu'à ce qu'une loi du Parlement indique le contraire –a) la loi sous-jacente de Papouasie-Nouvelle-Guinée sera telle que prescrite... ». En 2000, la Papouasie-Nouvelle-Guinée a adopté une *Underlying Law Act* dans laquelle on déclare : « Le droit coutumier doit s'appliquer sauf dans les cas suivants : a) il n'est pas conforme à un texte législatif ou b) son application et son exécution serait contraire aux buts nationaux et aux principes directeurs et aux obligations sociales de base établis par la *Constitution*; ou c) son application et son exécution seraient contraire aux droits de base garantis par la *Division III.3 (Basic Rights)* de la *Constitution*. »

479

L'Afrique du Sud a des lois qui reconnaissent les traditions juridiques autochtones. Dans la *Constitution of the Republic of South Africa*, on affirme solennellement l'applicabilité soutenu des dirigeants et du droit traditionnels et on confirme le pouvoir des cours et des législatures à reconnaître et à appliquer cette loi. Les articles 121 et 122 de la *Constitution of the Republic of South Africa*, Loi 108 de 1996 se lisent comme suit :

[TRADUCTION]

211. (1) L'institution, le statut et le rôle des dirigeants traditionnels sont reconnus en vertu du droit coutumier, sous réserve des dispositions de la Constitution. (2) Un pouvoir traditionnel qui observe un système de droit coutumier peut fonctionner sous réserve de toute loi et de toute coutume applicable, ce qui comprend les modifications ou les annulations de ces lois ou de ces coutumes. (3) Les tribunaux doivent appliquer le droit coutumier lorsque cette loi s'applique, sous réserve de la Constitution et de toute loi qui traite particulièrement du droit coutumier.

Le processus d'harmonisation aurait aussi à composer avec les questions de protocoles. Il faudrait aussi aborder le déséquilibre des pouvoirs auxquels font face les peuples autochtones relativement à la common law et au droit civil. Voici certaines des questions qu'il faudrait aborder :

- le rôle des Aînés;
- les préoccupations relatives à l'appropriation et à la propriété des cultures;
- les répercussions du système colonial sur les lois autochtones;
- le problème du stéréotype de genre, de la discrimination ou du déséquilibre dans les lois canadiennes et autochtones;
- les dommages potentiels que les lois traditionnelles et les lois canadiennes pourraient causer pour les personnes vulnérables des collectivités autochtones.

Il est important pour chacune des traditions juridiques du Canada d'adopter les préoccupations contemporaines relatives aux droits de la personne, y compris celles qui sont d'origine coloniale qui ont eu des répercussions négatives sur les peuples autochtones. Il est également important que les préoccupations relatives aux droits de la personne ne deviennent pas une raison de

212. (1) Les lois nationales peuvent prévoir un rôle pour les dirigeants traditionnels à titre d'institution au niveau local pour les questions qui concernent les collectivités locales. (2) Pour traiter des questions liées aux dirigeants traditionnels, le rôle des dirigeants traditionnels, le droit coutumier et les coutumes des collectivités qui observent un système de droit coutumier, la législation nationale ou provinciale peut prévoir l'établissement de chambres de dirigeants traditionnels; et la législation nationale peut établir un conseil de dirigeants traditionnels.

Les cours et les législatures ont donné suite à cette reconnaissance. Les cours communautaires et les cours pour les chefs et les représentants du chef ont la compétence d'entendre certaines questions au niveau des cours de magistrats. Elles traitent des différends coutumiers par l'intermédiaire d'un représentant du chef africain autorisé qui utilise le droit et les coutumes autochtones, par un africain contre un autre africain qui se trouvent dans le secteur de compétence du représentant du chef. Ces tribunaux sont connus sous le nom de cours du chef. Une personne qui a une réclamation a le droit de choisir de présenter celle-ci devant la cour du chef ou dans une cour de magistrats. La *Recognition of Customary Marriages Act*, 1998 (Loi n° 120 de 1998) est entrée en vigueur le 15 novembre 2000 et reconnaît le mariage négocié, célébré ou conclu conformément à l'un des systèmes du droit coutumier africain autochtone qui existe en Afrique du Sud. Voir aussi Jill Zimmerman, «The Constitution of Customary Law in South Africa: Method and Discourse» (2001) 17 *Harvard BlackLetter Law Journal* 197; Hon. Yvonne Mokgoro, «The Customary Law Question in the South African Constitution» (1997) 41 *St. Louis University Law Journal* 1279; Chuma Himonga, «Transforming Customary Law of Marriage in South Africa and the Challenges to its Implementation with Specific Reference to Matrimonial Property» (2004) 32 *International Journal of Legal Information* 260; Lona N. Laymon, «Valid-Where-Consummated: The Intersection of Customary Law Marriages and Formal Adjudication», dans *South California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 10, 2001, p. 353; Andrew P. Kult, «Intestate Succession in South Africa: The "Westernization" of Customary Law Practices Within a Modern Constitutional Framework» (2001) 11 *Indiana International and Comparative Law Review* 697 (Remerciements à Joanne St. Lewis pour ces citations).

coloniser davantage les peuples autochtones. Il est possible de protéger les droits de la personne dans les collectivités autochtones ou les autres collectivités canadiennes sans donner davantage de poids aux pratiques et attitudes discriminatoires des politiques impériales du passé. La meilleure façon d'y parvenir serait que les peuples autochtones et les Canadiens et Canadiennes formulent leurs traditions d'une manière qui, à la fois, intègre respectueusement les valeurs normatives traditionnelles et contemporaines, et protège et harmonise ces lois.

L'une des caractéristiques distinctes du droit canadien est la capacité de fonctionner en s'appuyant sur toutes les traditions juridiques. Une reconnaissance plus complète des traditions juridiques autochtones au Canada permettrait de donner aux Canadiens et Canadiennes une expertise importante pour qu'ils soient en mesure de collaborer avec d'autres pays qui possèdent des systèmes juridiques mixtes (civil, commun et autochtone) et de les aider. Cette expertise plurijuridique permettrait aux Canadiens et Canadiennes de jouer un rôle encore plus déterminant sur l'échiquier mondial. Par ailleurs, cette pluralité explicite fournirait un choix encore plus varié de réponses aux questions urgentes auxquelles font face les Canadiens et Canadiennes. À mesure que ceux-ci comparent la sagesse d'un grand nombre de traditions juridiques, leurs tribunaux seront davantage susceptibles de prendre des décisions qui tiennent compte des valeurs normatives de leur population de plus en plus diversifiée.

E. Le développement des institutions juridiques canadiennes et autochtones

La Commission royale sur les peuples autochtones a observé que les peuples autochtones devraient participer davantage à tous les niveaux de la vie canadienne. Les peuples autochtones devraient jouer un plus grand rôle dans l'édification de leurs propres institutions et des institutions plus vastes du Canada. La Commission a écrit ce qui suit :

Chacun sait que les peuples autochtones dont les territoires ancestraux sont devenus le Canada, n'ont pas eu la possibilité de participer à la création de l'union fédérale canadienne; ils cherchent actuellement à y trouver la place qui leur revient. Le but est d'en arriver, pour tous les habitants du Canada, à une concrétisation des principes sur lesquels reposent la Constitution et les traités, c'est-à-dire à une société véritablement démocratique composée de peuples ayant librement choisi de se confédérer. Une reconnaissance de la présence des indigènes sur le continent nord-américain ne pourra que profiter à l'image du Canada. De manière générale, les autochtones estiment que les institutions publiques canadiennes ne reflètent pas leurs personnalités, leurs cultures ou leurs valeurs. Ils cherchent actuellement à se doter d'institutions distinctes qui, de par leur nature et leur portée, seraient à même de sauvegarder leurs identités individuelles et collectives et de réussir là où le Canada a échoué.

La Commission conclut que l'élaboration de politiques concernant les Autochtones doit absolument se faire avec la participation de ces derniers. Autrement, la légitimité et l'équité ne sont pas possibles. Les peuples autochtones contestent vigoureusement la légitimité du pouvoir que le Canada exerce sur eux et ils continueront de le faire. De plus en plus politisés, ils affirment leur droit à de meilleures conditions de vie et à une plus grande autonomie⁴⁸⁰.

Les peuples autochtones au Canada participeraient davantage si leurs valeurs, leurs points de vue et leurs traditions juridiques étaient mieux intégrées au tissu constitutionnel canadien. Une participation élargie permettrait aux peuples autochtones de se voir et de voir leurs cultures et leurs valeurs reflétées dans les institutions canadiennes. Les peuples autochtones auraient ainsi davantage confiance à interagir avec les autres sachant qu'ils n'auraient pas à abandonner leurs croyances les plus profondes ni s'assimiler lorsqu'ils travaillent. Les peuples autochtones ne veulent pas s'assimiler. L'assimilation a été un échec lamentable au Canada. Elle a contribué à la violation éhontée des droits de la personne des peuples autochtones. La reconnaissance et l'élaboration des traditions juridiques autochtones dans l'ensemble du Canada permettraient d'élever un rempart contre l'assimilation. Les peuples autochtones pourraient utiliser leurs propres normes juridiques pour guider leurs interactions alors qu'ils se risquent à sortir de leurs réserves et de leurs villages afin de reprendre leurs territoires traditionnels en harmonie avec les autres.

⁴⁸⁰ « Un passé, un avenir », vol. I, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996.

i. Les barreaux et associations de juristes

La reconnaissance, la mise en œuvre et l'harmonisation des traditions juridiques autochtones exigerait la participation d'autres institutions juridiques canadiennes. Les barreaux provinciaux pourraient jouer un rôle : ils pourraient élaborer des critères et des codes de déontologie relatifs à la pratique du droit liée aux traditions juridiques autochtones. Aux États-Unis, la reconnaissance des traditions juridiques autochtones a mené au développement de barreaux autochtones. Par exemple, le Bar of the Navajo Nation évalue ses candidats sur les délits civils, les contrats, les relations domestiques (9 Navajo Nation Code (N.N.C.)), le droit criminel, la Federal Indian Law, la Indian Child Welfare Act, le Navajo Nation Children's Code (9 N.N.C. § 1001, et ss.), la procédure civile et criminelle de la District Court, les associations professionnelles, y compris les sociétés et les sociétés de personnes, les règles types d'éthique professionnelle, la compétence de la nation Navaho, le Navajo Uniform Commercial Code (5A N.N.C.), le gouvernement de la nation Navaho (2 N.N.C.), les règles de la preuve Navaho, la Indian Civil Rights Act, le droit des biens Navaho et les biens personnels et réels, les lois sur l'emploi et les préférences d'entreprises, la Déclaration des droits Navaho, la succession des défunts (8 N.N.C.) et les règles de procédure successorale, le Traité de 1868, le droit administratif, les règles de procédure d'appels civiles et criminelles des Navaho, la Navajo Sovereign Immunity Act (1 N.N.C. § 551 et ss.), le rétablissement de la paix des Navaho. L'examen du barreau de la nation Navaho comprend un test écrit qui met l'accent sur le droit commun Navaho, le Navajo Nation Code et les décisions de la Navajo Nation Supreme Court, y compris les compétences nécessaires pour pratiquer dans les tribunaux de la nation Navaho. L'objectif du barreau de la nation Navaho est le suivant :

[TRADUCTION]

- (a) Promouvoir et encourager le plus haut niveau de qualité et de professionnalisme dans la pratique du droit dans la nation Navaho et dans son système judiciaire;
- (b) Recommander à la Navajo Nation Supreme Court des candidats aux fins d'admission à la pratique du droit devant les tribunaux Navaho, de façon à assurer la compétence de ces praticiens et leur respect rigoureux des normes éthiques des tribunaux Navaho et de la Navajo Nation Bar Association, Inc.;

- (c) Encourager l'établissement de programmes de formation détaillés et y participer, pour les personnes désireuses de pratiquer dans les tribunaux Navaho et assurer le maintien de normes élevées relativement à cette formation;
- (d) Conseiller et contribuer au recrutement et à la sélection des praticiens les plus doués à titre de juges des tribunaux Navaho;
- (e) Conseiller les tribunaux sur les modifications à la règle et d'autres mesures qui permettraient d'améliorer l'administration de la justice dans l'appareil judiciaire Navaho;
- (f) Recommander aux tribunaux Navaho des lois qui permettraient d'élargir et d'améliorer l'appareil judiciaire Navaho et la capacité de la nation Navaho à gouverner de façon juste et efficace les personnes qui relèvent de sa compétence⁴⁸¹.

La Indigenous Bar Association (IBA) pourrait aussi jouer un rôle semblable à l'appui de l'accréditation ou la coordination des juristes ou d'autres praticiens à qui l'on pourrait faire appel pour participer aux systèmes juridiques autochtones. La IBA pourrait servir d'organisme formateur et disciplinaire, puisque ses membres possèdent l'expertise de la plupart des groupes autochtones du Canada. Ce rôle cadre avec les objectifs de la Indigenous Bar Association :

[TRADUCTION]

1. Reconnaître et respecter le fondement spirituel de nos lois, coutumes et traditions autochtones.
2. Promouvoir l'avancement de la justice légale et sociale pour les peuples autochtones au Canada.
3. Promouvoir la réforme des politiques et des lois qui touchent les peuples autochtones au Canada.
4. Sensibiliser la communauté juridique, la collectivité autochtone et le grand public aux questions d'ordre juridique et social qui intéressent les peuples autochtones du Canada.
5. Conformément aux objectifs qui précèdent, fournir un forum et un réseau entre les juristes autochtones : assurer leur éducation permanente en ce qui concerne les nouveautés dans le droit autochtone, échanger des renseignements et des expériences au sujet de l'application du droit autochtone et discuter des questions juridiques autochtones.
6. Faire tout ce qui est accessoire ou favorable à l'atteinte des objectifs susmentionnés⁴⁸².

⁴⁸¹ Navajo Nation Bar Association, en ligne : <http://www.navajolaw.org/aboutus_01.html>

⁴⁸² Voir le site Web de l'Association du barreau autochtone, en ligne : <<http://www.indigenousbar.ca/home/objectives.html>>

L'Association du Barreau canadien (ABC) pourrait aussi jouer un rôle à l'appui de la reconnaissance des traditions juridiques autochtones. Elle pourrait élaborer et administrer les programmes de formation juridique permanents sur les aspects de la pratique et de la politique qui se rapportent aux traditions juridiques autochtones. L'ABC pourrait produire des documents rédigés à l'intention de ses membres, expliquant les effets qu'aurait la reconnaissance des traditions autochtones sur la pratique du droit. On pourrait rédiger des codes de déontologie afin de s'assurer que toutes les questions particulières liées aux pratiques éthiques dans le traitement des questions autochtones soient prises en compte. Le Comité permanent sur l'équité de l'ABC pourrait inclure dans son mandat l'examen des traditions juridiques, comme on l'exprime dans *Les assises de la réforme : Égalité, diversité et responsabilité*, un document approuvé par le Conseil de l'ABC en 1994 et en 1995. Le Comité favorise l'égalité au sein de la profession juridique en ce qui concerne les traditions juridiques autochtones; il fournit des moyens d'éliminer la discrimination à propos de ces traditions, il alloue des ressources afin d'assister la profession juridique et atteindre l'équité par l'intermédiaire de la reconnaissance des traditions juridiques autochtones et surveille, à l'échelle nationale, le statut de l'équité à l'égard des questions autochtones dans la profession juridique.

ii. La formation juridique autochtone

L'élargissement de la reconnaissance et une mise en œuvre plus générale des traditions autochtones accorderait également un rôle plus important à la formation juridique autochtone. La First Nations University of Canada ou d'autres établissements d'enseignement autochtones pourraient collaborer avec les chefs autochtones pour mettre au point des programmes adaptés aux besoins spécifiques des groupes autochtones et de leurs lois. Le Centre de gouvernance des Premières nations pourrait fournir des renseignements et une éducation utiles. La création d'écoles de droit autochtones ou de cours ou de programmes spécialisés en droit autochtone,

faciliterait la diffusion et l'acquisition des connaissances nécessaires. Une école de droit autochtone ou un programme de droit autochtone dans une école de droit canadienne existante serait très utile pour enseigner et évaluer les étudiants et étudiantes sur les traditions juridiques autochtones. On pourrait reproduire le modèle de l'école de droit de McGill dans un contexte autochtone, en intégrant les traditions juridiques autochtones à la common law et au droit civil tout au long du curriculum⁴⁸³.

Si les traditions juridiques autochtones recevaient cette orientation universitaire, elles seraient mieux comprises et pratiquées à plus grande échelle. Un certain nombre d'universitaires autochtones possèdent déjà la connaissance de leurs propres traditions juridiques et possèdent une formation supérieure en common law ou en droit civil. D'autres universitaires non autochtones qui possèdent des compétences semblables pourraient également administrer et enseigner ces programmes. Des Aînés et d'autres personnes pourraient veiller à ce que non seulement les programmes fonctionnent conformément aux traditions enseignées, mais qu'il soient aussi pertinents dans le contexte moderne.

La faculté de droit de la University of Victoria (UVic) examine un programme d'études qui pourrait mener à un diplôme en droit autochtone⁴⁸⁴. Il s'agit d'un exemple des initiatives qui

⁴⁸³ Voici comment McGill décrit son programme :

En 1999, la Faculté a adopté une approche créative et stimulante qui sert désormais de ligne directrice pour l'enseignement qui y est dispensé. Les diplômés de McGill sont ainsi outillés pour entreprendre des carrières requérant la connaissance de plus d'un système juridique. Dès la première année, les étudiants et étudiantes sont initiés aux concepts de droit civil et de common law. Ils sont encouragés à comparer et à évaluer de manière critique les deux traditions. Ce cursus innovateur, qui inculque le droit civil et la common law de manière concomitante, est complètement différent des programmes "trois plus un" offerts ailleurs. Dans ces programmes, un système juridique est étudié pendant trois ans et le deuxième est évoqué pendant une année additionnelle. La méthode transsystemique de McGill ne privilégie pas seulement les habiletés analytiques; elle suscite aussi la réflexion critique et l'ouverture à diverses perspectives et différentes traditions et questions juridiques.

⁴⁸⁴ La Faculté de droit de la University of Victoria est un chef de file national dans ses rapports avec les peuples et les organisations autochtones. Cela se reflète par une forte représentation du peuple autochtone dans ses corps professoral et étudiant. La création d'un président en justice et en gouvernance autochtones et la prestation fructueuse du programme école de droit Akitsiraq sur quatre ans pour les étudiants et étudiantes

pourraient être encouragées, quoiqu'il y ait beaucoup d'autres possibilités. La formation en droit autochtone s'insère dans une gamme qui va de l'instruction et du leadership des experts en droit autochtone dans les collectivités autochtones jusqu'aux différents types de programmes des écoles de droit. La proposition de la UVic se trouverait au cœur de cette gamme, offrant une formation rigoureuse au niveau du baccalauréat en droit autochtone, équivalent à un baccalauréat en droit (LL.B.).

Un baccalauréat en droit autochtone (B.D.A.) pourrait être intégré au baccalauréat en droit (LL.B.) dans n'importe quelle école de droit du Canada. En harmonisant les lois autochtones et la common law ou le droit civil, on pourrait s'assurer que les étudiants et étudiantes comprennent les approches distinctes en matière de résolution de conflits. La nature comparative du programme permettrait de mieux cibler le raisonnement analytique et d'améliorer les compétences pratiques en recherche, en rédaction et en pratique. Les étudiants et étudiantes pourraient obtenir à la fois un diplôme en droit autochtone (B.D.A.) et en common law (LL.B.) après avoir obtenu le nombre approprié de crédits universitaires. On pourrait transmettre les concepts de la common law (ou du droit civil) et des systèmes juridiques autochtones de façon créative au moyen d'une pédagogie intégrée conçue pour perfectionner

Inuit du Nunavut sont deux exemples récents qui démontrent l'expertise de la Faculté et son engagement à l'égard des initiatives autochtones.

La Faculté de droit de la University of Victoria s'est engagée à atteindre les buts suivants :

1. Élargir les perspectives relatives aux relations autochtones et non autochtones.
2. Accroître les connaissances et la compréhension à l'égard des questions autochtones au Canada.
3. Faciliter la réconciliation et établir des partenariats et des principes solides qui ont pour résultat des solutions efficaces aux questions juridiques qui concernent les peuples autochtones.
4. Promouvoir la justice pour les peuples autochtones et une meilleure stabilité sociale et économique pour tous.
5. Encourager la recherche juridique et les aptitudes en enseignement qui aident les collectivités autochtones et toutes les collectivités canadiennes à établir de nouvelles orientations et à produire de nouvelles possibilités relatives aux questions juridiques autochtones.

l'analyse critique et la pratique. Le programme B.D.A./LL.B. pourrait admettre les étudiants et les étudiantes aux cours de formation professionnelle du barreau dans toutes les provinces.

Pour veiller à ce que les ressources soient convenablement orientées et réparties, vingt-quatre étudiants et étudiantes pourraient suivre le programme comme une seule cohorte durant quatre ans. Ils pourraient être formés par des professeurs de l'école de droit hôte, des universitaires invités d'autres écoles de droit qui possèdent des connaissances et une expertise particulières, des Aînés et des agents de la paix traditionnels. Il n'y aurait qu'une seule cohorte à la fois pour le programme, afin de faire un meilleur usage des ressources de la faculté. La collaboration et le soutien du Conseil des doyens et doyennes des facultés de droit du Canada et des écoles de droit particulières seraient essentielles au succès du programme. Les cohortes qui participent au programme pourraient passer d'une école à l'autre s'il y a une demande dans différentes parties du pays. À mesure que l'expertise en droit autochtone s'accroîtra, allégeant le fardeau des membres autochtones et d'autres membres du corps enseignant, on pourrait envisager d'autres innovations et d'autres modèles. Pour veiller à ce que le droit autochtone demeure intelligible et accessible, il faudrait admettre au programme à la fois des étudiants et étudiantes autochtones et non autochtones.

Au cours de la **première année** du programme, les offres de cours et la charge de travail pourraient ressembler à celles des autres écoles de droit, avec une différence majeure. Tous les cours obligatoires de première année transmettraient des renseignements dans le contexte d'une tradition juridique autochtone. Chaque cours comparerait à son tour, ferait la distinction, critiquerait et établirait la compréhension de la matière du point de vue à la fois de la common law (ou du droit civil) et du droit autochtone. Par exemple, le droit constitutionnel pourrait inclure le droit Anishinabek, le droit criminel pourrait inclure les traditions juridiques Salish, les lois Inuit sur l'obligation pourraient être traitées par le droit sur les délits civils, le droit Métis pourrait

traiter du droit contractuel et ainsi de suite. Tout au long de la première année, les étudiants et étudiantes seraient ainsi exposés à beaucoup des mêmes cas et des mêmes documents statutaires que les autres étudiants et étudiantes de première année inscrits à un programme conventionnel⁴⁸⁵. En même temps, les étudiants et étudiantes inscrits au programme recevraient l'avantage supplémentaire d'apprendre les lois et les traditions juridiques autochtones tout au long de leurs programme d'études. Les cours pourraient inclure ce qui suit :

1. Les traditions du droit constitutionnel (contexte juridique Anishinabek)⁴⁸⁶,
2. Les traditions du droit criminel et de la justice (contexte juridique Salish)⁴⁸⁷,

⁴⁸⁵ La recherche et la rédaction juridiques seraient enchâssées dans le cours sur les traditions du droit constitutionnel, et les étudiants et étudiantes effectueraient quatre travaux de recherche et de rédaction juridique en utilisant la matière du programme constitutionnel. On pourrait le décrire de la façon suivante : *Law 1007 Legal Research and Writing (Droit 1007 Recherche et rédaction juridique)* : Ce cours serait suivi dans le cadre du cours sur les traditions du droit constitutionnel, et les étudiants et étudiantes effectueraient quatre travaux de recherche et de rédaction juridique en utilisant la matière du programme constitutionnel. Ce cours permettrait aux étudiants et étudiantes de première année de se familiariser avec la diversité des documents de la Bibliothèque de droit et présenteraient une connaissance des techniques de base en matière de recherche juridique. On examinerait l'utilisation de divers outils de recherche, dont les ordinateurs. Grâce à différents travaux de rédaction, les étudiants se familiariseraient avec les principes qui se rapportent aux bonnes citations dans un texte juridique et acquerraient un certain niveau de compétence en rédaction et en recherche juridique.

⁴⁸⁶ *Law 1000 Constitutional Law Traditions (Droit 1000 Traditions du droit constitutionnel)* : Le droit Anishinabek devrait former le contexte juridique autochtone de ce cours. On transmettrait cette tradition pendant près du tiers du cours. Le Canada possède une histoire constitutionnelle complexe, s'inspirant de lois et de conventions écrites et tacites. Ce cours donne une vue d'ensemble préliminaire des relations constitutionnelles des systèmes juridiques et politiques du Canada. Le cours est organisé en trois parties. La première partie examine généralement la façon selon laquelle les Nations autochtones ont formé historiquement des rapports avec les autres Nations, et comment elles forment des rapports avec les autres Nations autochtones dans le contexte moderne. La deuxième partie du cours examine la nature des rapports entre le ordres de gouvernement autochtone, fédéral et provincial. Plus précisément, le cours examine le développement historique, la réglementation politique judiciaire de ces rapports ainsi que la reformulation politique des structures constitutionnelles fondamentales. Le fédéralisme est un élément de cette enquête. La troisième partie du cours met l'accent sur le rôle que jouent les droits des Autochtones et la *Charte canadienne des droits et libertés* dans l'ordre constitutionnel (cours d'une année complète).

⁴⁸⁷ *Law 1001 Criminal Law and Justice Traditions (Droit 1001 Les traditions du droit criminel et de la justice)* : Le droit Salish formera le contexte juridique autochtone du présent cours. Ce cours se veut une introduction au droit criminel canadien et à la justice salish, tant sur le plan du contenu que des procédures, et il met l'accent sur les sujets suivants :

- Principes de la justice salish.
- Le contexte social, politique et constitutionnel dans lequel opère le système de justice pénale du Canada.
- Les aspects importants des pouvoirs des Salish en ce qui a trait à la Nation canadienne dans les traités de Douglas.
- Des éléments importants des pouvoirs de la police et de la poursuite dans la phase précédent l'instruction et pendant le procès.
- L'effet de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte canadienne des droits et libertés* tant sur la procédure criminelle que sur les règles de fond du droit pénal.

3. Les traditions juridiques autochtones comparatives (contexte autochtone pluri-juridique)⁴⁸⁸,
4. Le processus juridique⁴⁸⁹,
5. Les obligations volontaires et les contrats (contexte juridique Métis)⁴⁹⁰,
6. Les obligations involontaires et mixtes ou les délits civils (contexte juridique Inuit)⁴⁹¹,

-
- Les règles de fond du droit pénal, y compris la théorie et la doctrine à l'appui des concepts de justice réparatrice, du mens rea, de l'actus reus et de justifications et d'excuses (cours d'une année entière).

⁴⁸⁸ *Law 1002 Comparative Indigenous Legal Traditions (Droit 1002 Les traditions juridiques autochtones comparatives)* : On compte parmi les peuples autochtones du Canada, entre autres, les nations anciennes et modernes suivantes : Innu, Mi'kmaq, Malécite, Cri, Innu, Anishinabek, Haudenosaunee, Dakota, Lakota, Nakota, Dakota, Assiniboine, Saulteaux, Pieds-Noirs, Secwepemc, Nlha7kapmx, Salish, Kwakwaka'wakw, Nu-chah-nulth, Haïda, Tsimshian, Gitksan, Wet'suwet'en, Tahltan, Gwichin, Déné, Inuit, Métis, etc. On estime également qu'il y a plus de 800 millions d'Autochtones qui habitent partout dans le monde. Le droit et les traditions juridiques autochtones sont différents. Ce cours exposera les étudiants et étudiantes aux principaux universitaires et praticiens nationaux et internationaux en matière de droit autochtone. Il tient compte du développement, de l'interprétation et des théories du droit autochtone d'un grand nombre de perspectives. Les conférenciers invités présenteront leurs travaux et leurs idées afin d'examiner les cadres dans lesquels on peut analyser plusieurs problèmes juridiques et en évaluer les prescriptions. Ce cours est enseigné à l'automne seulement, suivi d'un examen final en décembre.

⁴⁸⁹ *Law 1003 The Legal Process (Droit 1003 Le processus juridique)* : Ce cours présente une perspective générale des processus de prise de décision dans l'ensemble des systèmes juridiques du Canada, en étudiant ses principales institutions et la fonction des règles de fond et du droit procédural qui s'y trouvent. Il fournit aux étudiants et étudiantes de première année un aperçu de leur nouvelle discipline ainsi qu'un contexte pour les cours du programme de deuxième et de troisième année. Il introduit aussi les étudiants à la structure institutionnelle du système juridique canadien et, en même temps, il fournit une analyse du rôle du droit dans la société. Le cours comporte plusieurs éléments, notamment historique, institutionnel, culturel, procédural et philosophique. Le rôle du droit dans la société, la fonction de la profession juridique, l'élaboration du système juridique, la réception du droit anglais au Canada, le système juridique moderne en Colombie-Britannique, la structure des tribunaux, les problèmes de recherche des faits et de la preuve, stare decisis, les sources du droit, le processus législatif, les tribunaux administratifs, une introduction aux concepts jurisprudentiels, les tendances de l'avenir en ce qui concerne le rôle du droit dans la société, y compris la réforme du droit, les services juridiques, la profession de juriste et l'accès au droit seront tous examinés.

⁴⁹⁰ *Law 1004 Voluntary Obligations/Contracts (Droit 1004 Les obligations volontaires et les contrats)* : Le droit métis constituera le contexte juridique autochtone de ce cours (cours d'une année complète). Le droit contractuel est en général classé dans le domaine du droit des obligations ou du système du droit privé (qui englobe les contrats, les biens et les délits civils). En général, le système du droit privé traite des domaines du droit qui se préoccupe surtout des intérêts privés et il comprend les différends privés. Le droit des obligations traite des responsabilités d'une personne à l'égard d'une autre. Le droit contractuel traite des obligations imposées par soi, c'est-à-dire des ententes volontaires exécutoires conclues entre des parties. Ce cours s'interrogera sur le pourquoi, le comment et les circonstances dans lesquelles la common law et le droit métis ont rendu exécutoires des obligations prises volontairement. Ce cours examinera de plus les principes généraux du droit contractuel au Canada, comme il a été élaboré par les tribunaux et les principes présents dans les lois qui réglementent des domaines particuliers du droit contractuel. On se penche sur les questions suivantes : l'élaboration du contrat, l'interprétation, la capacité de contracter, la dispense en fonction du rendement et les recours en cas d'infraction.

⁴⁹¹ *Law 1005 Involuntary and Hybrid Obligations/Torts (Droit 1005 Les obligations involontaires et mixtes ou les délits civils)* : Le droit inuit constituera le contexte juridique autochtone de ce cours (cours d'une année complète). Le droit de la responsabilité délictuelle, ou des délits civils, traite des conflits entre des personnes qui surviennent lorsque les actes ou les omissions d'une personne peuvent causer des dommages ou une perte de biens. Le droit inuit dispose aussi de règles et de procédures de fond orientées vers la perte ou les dommages aux biens causés par des actes ou l'omission d'obligations juridiques. Le domaine le plus

7. Les traditions du droit des biens (contexte juridique Gitksan)⁴⁹²

La première année du programme pourrait aussi reconnaître et enseigner judicieusement les traditions juridiques des collectivités près de l'endroit où se trouve l'école de droit. Par exemple, si on offrait un baccalauréat en droit autochtone à la UVic, le droit salish serait enseigné en reconnaissance du fait que l'université se trouve sur le territoire traditionnel des Salish. Des aspects du droit salish seraient enseignés au moyen d'activités comme un accueil traditionnel sur le territoire, un camp de sensibilisation à la culture salish et un exercice de processus juridique au cours du deuxième trimestre de la première année comportant les traditions juridiques salish.

Au cours de la **deuxième année** du programme, on pourrait demander aux étudiants et étudiantes de suivre trois cours sur les traditions juridiques salish, (si l'UVic est l'école hôte, encore une fois en reconnaissance du fait que la faculté de droit se trouve en territoire salish)⁴⁹³. Les cours pourraient inclure ceux-ci :

1. Les traditions juridiques salish⁴⁹⁴,

important des délits civils est la négligence, qui englobe les dommages causés involontairement à la personne, les dommages aux biens et les dommages aux intérêts économiques. D'autres secteurs importants de la responsabilité délictuelle comprennent la nuisance (trouble déraisonnable de la jouissance d'un bien-fonds) et les dommages volontaires soit à la personne, aux biens ou à la dignité et à la réputation personnelles. L'analyse de la responsabilité délictuelle comprend l'examen des valeurs sociales, la dissuasion, l'étalement des pertes et de l'efficacité économique, ainsi que la responsabilité de l'entreprise et du gouvernement.

⁴⁹² *Law 1006 Property Law Traditions (Droit 1006 Les traditions du droit des biens)* : Le droit gitksan et Wet'suwet'en formera le contexte autochtone de ce cours. Le droit des biens examine comment le droit réglemente les rapports entre personnes selon lesquels ils acquièrent, utilisent et transfèrent des ressources. Le cours introduira les étudiants et étudiantes à une doctrine bien établie et à de nouveaux domaines du droit des biens. Les sujets fondamentaux abordés dans le cadre du cours comprennent la nature des biens, le concept de la possession, le titre ancestral, la propriété partagée et la doctrine des successions et des transferts conditionnels. Le cours cultive également une compréhension de la relation intime qui existe entre le droit et le contexte social et il invite les étudiants à aborder leur étude du droit des biens en faisant preuve de sensibilité critiques (cours d'une année complète).

⁴⁹³ Les Nations et le peuple Salish se divisent en groupes côtiers et intérieurs. Le peuple Salish côtier se trouve partout dans le sud de l'île de Vancouver, à Vancouver, dans la vallée du Fraser, dans les îles Gulf et à Puget Sound. Le peuple Salish de l'intérieur est traditionnellement des régions du haut du fleuve Fraser et de la vallée de Pemberton.

⁴⁹⁴ *Law 2000 Salish Legal Traditions (Droit 2000 Les traditions juridiques salish)* : Ce séminaire étudiera les fondements pré-coloniaux des traditions juridiques salish dans le Nord-Ouest du Pacifique de l'Amérique du

2. La langue et le droit salish⁴⁹⁵,
3. La rédaction juridique et la recherche juridique avancée salish⁴⁹⁶.

Si l'Université de Toronto ou la Osgoode Hall Law School offrait le programme, il comprendrait le droit Anishinabek et Hodinohso:ni. À Dalhousie, le droit Mi'kmaq pourrait être enseigné. Le programme pourrait être adapté à chaque école selon les souhaits des nations autochtones avec lesquelles ils ont un rapport. À la UVic, des Aînés et des agents de la paix salish de la région du détroit de Georgie pourraient donner les cours en collaboration avec des enseignants des facultés de droit canadiennes.

Nord. En tant qu'habitants autochtones de cette région, les peuples salish ont développé des systèmes juridiques fondés sur les réalités sociales, écologiques et spirituelles de leur milieu. Les principes de base de ces systèmes juridiques seront conceptualisés en étudiant les notions de l'identité (individuelle et collective), la gouvernance (autonomie et pouvoir), le transfert de droit (droits et responsabilités) et la territorialité (géographique et spirituelle) des deux points de vue. Pour éviter de préférer des textes écrits (jurisprudence, législation, prononcés alphabétiques des traités), on portera l'attention à la tradition verbale salish et ses systèmes sémiotiques non alphabétiques connexes comme les sculptures, les vêtements, les pétroglyphes et autres représentations inscrites de la culture matérielle.

⁴⁹⁵ *Law 2001 Salish Language and Law (Droit 2001 La langue et le droit salish)* : La langue est essentielle à la compréhension des relations et des obligations juridiques. Ce cours présentera une introduction aux structures linguistiques de la famille de langues salish, l'une des principales familles linguistiques en Colombie-Britannique. Le cours comprendra une discussion de la littérature orale et écrite et des sujets liés aux obligations et au droit salish. La revitalisation de la langue comme élément du développement juridique parmi les collectivités de langue salish sera abordée. Le cours fournit une expérience théorique autant que pratique dans le développement des connaissances sur l'importance de la langue autochtone pour comprendre les lois autochtones.

⁴⁹⁶ *Law 2002 Salish Legal Writing and Advanced Legal Research (Droit 2002 La rédaction juridique et la recherche juridique avancée salish)* : On n'exagère pas en constatant que les écrits autochtones sont bien établis dans le paysage canadien. Ce fait est important pour le droit autochtone. Les Premières nations du Canada ont toujours eu une tradition *verbale* : les discours, les mythes, les légendes, les récits, les chants et les poèmes ont été créés et transmis d'une génération à l'autre depuis la nuit des temps. Ces expressions ont toujours fait partie de la vie autochtone et elles continuent d'animer leur compréhension interprétative du monde. Bien sûr, d'un point de vue historique, les traditions juridiques autochtones étaient *verbales* et, à ce titre, elles présentent un contraste remarquable avec les cultures *écrites* de la common law et du droit civil. Aujourd'hui, l'expression écrite autochtone existe en parallèle avec les traditions orales comme moyens importants de transmettre des messages. Ce cours fera participer les étudiants et étudiantes à une étude des écrits et de l'expression salish. Il s'inspire des compétences en recherche et en rédaction acquises au cours de la première année en droit. Les étudiants et étudiantes explorent une vaste gamme de sources de recherche salish et canadiennes, tant juridiques que non juridiques, y compris la recherche juridique assistée par ordinateur. Les étudiants et étudiantes analysent divers types d'écrits juridiques, salish et non autochtones. On souligne l'importance du contexte, de l'organisation et du public dans les écrits juridiques. Les parties, les articles ou les clauses des documents écrits sont analysés, évalués, critiqués, révisés et réécrits afin d'améliorer et de perfectionner les aptitudes d'analyse et de rédaction de l'étudiant.

Les étudiants et étudiantes de deuxième année devraient aussi s'inscrire aux trois cours du programme régulier du LL.B. Cela permettrait de reconnaître l'importance de ces domaines pour une pratique ultérieure, surtout dans le cours de formation professionnelle du barreau au moment de la remise des diplômes. Voici les trois cours en question :

1. Le processus du droit administratif⁴⁹⁷,
2. Les associations d'affaires⁴⁹⁸,
3. Le droit de la famille⁴⁹⁹.

Comme c'est le cas pour les cours de première année, ces cours toucheraient une matière régulière du LL.B., mais ils seraient améliorés de façon à inclure les perspectives juridiques autochtones et de la common law.

⁴⁹⁷ *Law 301 The Administrative Law Process (Droit 301 Le processus du droit administratif)* : Ce cours étudie la nature et la fonction du processus administratif en faisant particulièrement référence au développement de tribunaux et d'agences ayant une grande variété de fonctions distinctes et d'interactions avec la vie privée. De même, le cours étudierait la façon dont les tribunaux et les cours interagissent, en faisant particulièrement référence à l'arsenal judiciaire disponible pour le contrôle du comportement administratif. Les tribunaux autochtones et les tribunaux qui traitent souvent des questions et des peuples autochtones seront un des aspects de ce cours.

⁴⁹⁸ *Law 315 Business Associations (Droit 315 Les associations d'affaires)* : Ce cours analyse et expose les différentes catégories juridiques qui réglementent les opérations commerciales. Le cours reconnaît que l'entreprise a une immense importance juridique et commerciale en tant que formule organisationnelle, et par conséquent, on mettra l'accent sur la législation et les documents liés à la compagnie moderne. Les étudiants et étudiantes seront toutefois exposés aux entreprises individuelles, aux sociétés de personnes et aux principes liés aux agences. De plus, le développement commercial sera aussi étudié dans le contexte juridique autochtone. Partout au Canada, des collectivités et des entreprises autochtones ont un potentiel énorme pour faire progresser la prospérité et le bien-être. Ce potentiel demeure largement inexploité en raison des obstacles de règles de fond et administratifs au développement économique et commercial des Autochtones. Le cours abordera des stratégies pratiques et importantes pour le démantèlement de ces obstacles systématiques afin d'apporter d'importants avantages aux peuples et collectivités autochtones, aux secteurs financier et commercial et à l'économie et à la société du Canada dans leur ensemble.

⁴⁹⁹ *Law 322 Family Law (Droit 322 Le droit de la famille)* : Ce cours tient compte de l'institution de la famille, tant dans son contexte social que juridique. On fait particulièrement référence au droit lié à l'adoption, à la reproduction, à la violence dans les liens intimes, au mariage, au divorce, à la garde, aux biens matrimoniaux et au soutien. On porte une attention particulière à la façon dont le droit de la famille forme les pratiques sociales et les idéologies et est formé par celle-ci. De plus, les traditions juridiques autochtones à l'égard de la formation et de la dissolution de la famille seront étudiées. Enfin, des règles spéciales du droit de la famille dans le droit canadien qui se rapportent aux peuples autochtones seront abordées, y compris : l'article 19 des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants utilisées pour « calculer le brut » du revenu des Autochtones dont le revenu est exempt d'impôt et à qui l'on ordonne de verser un soutien aux enfants; l'article 89 de la *Loi sur les Indiens* touchant l'exécution des ordonnances de pension alimentaire pour enfants et pour conjoint, les considérations de l'héritage autochtone d'un enfant dans la décision relative à la garde, etc.

Au cours de la **troisième année** du programme, les étudiants et étudiantes devraient suivre trois cours visant l'obtention de leur diplôme en droit autochtone. Encore une fois, en prenant la UVic comme exemple, deux de ces cours pourraient reconnaître deux autres traditions juridiques autochtones importantes sur l'île de Vancouver. Le dernier cours spécial reconnaîtrait et affirmerait l'importance des traditions orales dans le droit autochtone. Les cours pourraient être les suivants :

1. Les traditions juridiques Nu-chah-nulth⁵⁰⁰
2. Les traditions juridiques Kwakwaka'wakw⁵⁰¹,
3. Tribunal-école autochtone : Résolution de conflits par plaidoirie autochtone⁵⁰².

Les Aînés et les agents de la paix pourraient enseigner les cours pour les nations Nu-chah-nulth et Kwakwaka'wakw en collaboration avec la UVic et d'autres faculté de droit.

Les étudiants et étudiantes de troisième année devraient aussi suivre trois cours du programme du LL.B. en reconnaissance de l'importance de ces secteurs pour la pratique ultérieure, si un étudiant décidait de s'inscrire à un cours de formation professionnelle du barreau suivant sa graduation. Les trois cours seraient :

⁵⁰⁰ *Law 3000 Nu-chah-nulth Legal Traditions (Droit 3000 Les traditions juridiques Nu-chah-nulth)* : Le peuple Nu-chah-nulth est un peuple autochtone du nord-ouest du Pacifique sur la côte Ouest de l'île de Vancouver. Les Nu-chah-nulth, et d'autres cultures du nord-ouest du Pacifique étaient connus pour leurs cérémonies potlatch, lors desquelles l'hôte donnait des cadeaux généreux à des invités. Le potlatch contenait plusieurs règles visant l'ordre de la société et le respect dans les relations. Les Nu-Chah-Nulth avaient aussi des principes liés à la gestion traditionnelle de l'écosystème, appelés « Ha Huulhi ». Le potlatch, le ha huulhi et d'autres principes et pratiques juridiques des Nu-Chah-Nulth feront l'objet de ce cours.

⁵⁰¹ *Law 3001 Kwakwaka'wakw Legal Traditions (Droit 3001 Les traditions juridiques Kwakwaka'wakw)* : Les Kwakwaka'wakw possèdent beaucoup de lois relatives aux relations avec les terres, les animaux, les plantes, la famille, les partenaires en affaires et les autres nations. Une loi, le potlatch, prend la forme d'un festin de cérémonie renforcé par l'échange de cadeaux et d'autres cérémonies. Ce cours examinera la pratique du potlatch et d'autres lois chez les Kwakwaka'wakw. Il prendra aussi en compte le rapport entre le potlatch et le droit canadien. La pratique du potlatch a été interdite au Canada à la fin du dix-neuvième siècle, principalement à la demande des missionnaires et des responsables du gouvernement. Des poursuites et des pratiques secrètes étaient une caractéristique des Kwakwaka'wakw au cours de cette période. Aujourd'hui, les gens continuent de tenir des potlatch et il sont de nouveau une partie importante de la vie communautaire. Les conséquences juridiques de ce fait seront étudiées.

⁵⁰² *Law 3002 Indigenous Moot: Indigenous Oral Advocacy Dispute Resolution (Droit 3002 Tribunal-école autochtone : Résolution de conflits par plaidoirie autochtone)*

1. La procédure civile⁵⁰³,
2. La preuve⁵⁰⁴,
3. Les transactions garanties⁵⁰⁵

Ces cours intégreraient aussi les perspectives juridiques autochtones et celles de la common law.

Les étudiants et étudiantes suivraient le reste des cours du curriculum conventionnel du LL.B. de l'école de droit tout au long des années supérieures, mais ils auraient le choix, s'ils le souhaitent, de prendre des cours relatifs au droit autochtone qui font partie du curriculum du LL.B. À la University of Victoria, ces cours comprendraient ceux qui suivent.

⁵⁰³ *Law 307 Civil Procedure (Droit 307 La procédure civile)* : Ce cours est fondé sur une enquête concernant les fonctions d'un système de procédure moderne. On fait particulièrement référence à l'élaboration d'un processus, qui tient compte de la mesure dans laquelle le système particulier à l'étude aide à l'atteinte d'une résolution juste, rapide et économique des conflits d'ordre juridique sur leurs mérites. On présente aux étudiants la structure de base d'une action au civil et des principaux éléments dont il faut tenir compte tout au long de l'élaboration du procès civil. Par conséquent, de telles questions comme les dépenses du procès, la compétence, le processus initial, les plaidoieries, les amendements, les jonctions, les divulgations, les conclusions sans procès et les solutions de rechange aux décisions arbitrales sont abordés.

⁵⁰⁴ *Law 309 Evidence (Droit 309 La preuve)* : Ce cours examine la structure objective et le contenu de la loi qui gouverne la preuve des faits tant pour les procès civils que criminels, et devant les tribunaux administratifs. Les règles de la preuve relatives aux fardeaux de la preuve et présomption, la compétence et la contraignabilité des témoins, la corroboration, le oui-dire, le caractère, la preuve sous forme d'opinion et d'autres sujets sont examinés de façon critique à la lumière des objectifs du processus juridique. Le cours mettra aussi l'accent sur les règles de la preuve liées aux peuples autochtones qui présentent leurs connaissances en cour.

⁵⁰⁵ *Law 316 Secured Transactions (Droit 316 Les transactions garanties)* : Ce cours d'introduction porte sur la loi qui se rapporte aux prêts commerciaux. Lorsqu'une entreprise emprunte une somme d'argent, les prêteurs demandent habituellement une forme de bien personnel comme garantie du prêt. Même si ce secteur du droit découle de la common law, la majorité des provinces et territoires canadiens ont promulgué des stratégies législatives détaillées qui régissent les prêts commerciaux. En Colombie-Britannique, la Personal Property Security Act (BCPPSA) gouverne les domaines comme les différentes sortes de garanties, la création, l'enregistrement, les priorités et les droits et les recours en cas de défaut. La majorité du temps de cours sera passé à étudier la BCPPSA. À la fin du cours, il y aura une courte introduction au droit des titres négociables par l'intermédiaire des dispositions de la *Loi sur les lettres de change* qui se rapportent aux prêts commerciaux. À la fin du cours, les étudiants et étudiantes devraient avoir une compréhension de base des garanties prévues par la BCPPSA et une capacité d'appliquer les dispositions de la BCPPSA à des problèmes simples fondés sur une situation de fait. Plus précisément, les étudiants et étudiantes devraient comprendre les véhicules courants des prêts commerciaux, la création de garanties commerciales, la structure des priorités pour la rivalité des garanties, les règles de base liées à la réalisation de ces garanties et une partie de la théorie sous-jacente à leur création et à leur utilisation. Même si l'on met l'accent de ce cours sur les prêts commerciaux, les étudiants et étudiantes acquerront une bonne connaissance des transactions de consommateur telles qu'établies dans la BCPPSA et dans la *Loi sur les lettres de change* comparativement au milieu des prêts commerciaux. On tiendra compte des conséquences pour les peuples autochtones tout au long du cours.

1. Indigenous Lands, Rights and Governance (Terres, droits et gouvernance autochtones)⁵⁰⁶
2. Historical Foundations of Aboriginal Title and Government (Fondement historique du titre ancestral et du gouvernement autochtone)⁵⁰⁷,
3. Comparative Indigenous Rights: The US Experience (Droits autochtones comparatifs : l'expérience des États-Unis)⁵⁰⁸,
4. Aboriginal Politics and Self-Government (Politique autochtone et autonomie gouvernementale)⁵⁰⁹,

⁵⁰⁶ *Law 340 Indigenous Lands, Rights and Governance Droit 340 Terres, droits et gouvernance autochtones*: Il s'agit d'un cours de droit moderne canadien des Autochtones – les lois qui se rapportent aux capacités et au statut particuliers des peuples autochtones et à leurs établissements distinctifs – dans le cadre du système juridique du Canada. Le cours porte principalement sur les problèmes actuels dans le domaine du droit tel qu'il est et se pratique aujourd'hui. Le cours aborde des sujets tels que : le noyau de la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24); l'étendue que peuvent prendre les lois provinciales jusqu'aux réserves indiennes et aux peuples indiens; les droits des Autochtones sur les terres publiques; la relation entre les bandes et les municipalités voisines; les exemptions et d'autres questions importantes semblables pour les peuples autochtones et non autochtones.

⁵⁰⁷ *Law 341 Historical Foundations of Aboriginal Title and Government (Droit 341Fondement historique du titre ancestral et du gouvernement autochtone)* : Il s'agit d'un cours qui permet d'introduire les étudiants et étudiantes au titre ancestral et à l'autonomie gouvernementale des Autochtones dans leur contexte historique. Le cours porte principalement sur la common law, le droit constitutionnel et le droit législatif en ce qui concerne le titre ancestral et les droits des Autochtones, mais il aborde également le processus d'établissement de traités, les terres des réserves, et la chasse et la pêche. Bien que le cours porte sur toutes les parties du Canada, il met l'accent sur la Colombie-Britannique.

⁵⁰⁸ *Law 343 Comparative Indigenous Rights: The US Experience (Droit 343 Droits autochtones comparatifs : l'expérience des États-Unis)* : Le droit relatif aux peuples autochtones remet en question plusieurs postulats de base sur la légalité et la primauté du droit. Par exemple, dans un arrêt-clé ayant trait aux droits des Autochtones, le juge en chef John Marshall a fait la constatation suivante : « Il est difficile de comprendre que les habitants d'une partie du monde puissent ... donner au découvreur des droits sur le pays découvert qui annulent les droits des possesseurs antérieurs. » Pourtant, en dépit de ce problème avec la « doctrine de la découverte », l'établissement de ce principe est l'énoncé fondamental du droit commun des droits des Autochtones. Ce cours examinera la façon dont l'acceptation de la « découverte » a influencé les peuples autochtones aux États-Unis de façon à préserver et à déposséder simultanément ces peuples de leurs droits. Il étudiera le droit américain qui gouverne la relation entre les États-Unis, les états et les nations amérindiennes et il portera surtout sur les règles constitutionnelles, législatives et jurisprudentielles qui composent le domaine du droit fédéral autochtone. Les sujets abordés dans ce cours comprennent : l'histoire des relations fédérales-tribales; l'origine et la portée du pouvoir fédéral sur les affaires indiennes; la source et la portée des pouvoirs tribaux reconnus par la loi fédérale; les limites de l'autorité gouvernementale en territoire autochtone (y compris la taxation); les réclamations du droit autochtone; les politiques contemporaines sur les Autochtones. Le cours sera de nature comparative, mais les lectures seront presque toutes tirées de la jurisprudence américaine.

⁵⁰⁹ *Law 343 Aboriginal Politics and Self-Government (Droit 343 Politique autochtone et autonomie gouvernementale)* : Le cours est une introduction à l'étude de la politique autochtone. Une attention particulière est prêtée à l'histoire et à la politique contemporaine des Premières nations au Canada et en Colombie-Britannique. Cependant, le cours se situe dans le contexte plus large de la situation mondiale des peuples autochtones, des contextes historiques de l'élargissement impérial européen et de la colonisation au cours des 500 dernières années, des différentes batailles et des relations qui se sont développées parmi les sociétés de pionniers et les peuples autochtones, et une référence particulière aux rapports fondés sur des traités et aux relations entre les nations, les diverses tentatives de transformer ces relations inégales aujourd'hui, les batailles des peuples autochtones afin d'obtenir la reconnaissance dans le droit international et l'établissement de réseaux mondiaux pour les peuples autochtones. Le cours étudie les points de vue très différents sur ces batailles et rapports en théorie et en pratique.

5. First Nations and Economic Development (Premières nations et développement économique)⁵¹⁰,
6. Self-Determination of Peoples (Autodétermination des peuples)⁵¹¹,
7. Colonial Legal History (Histoire juridique coloniale)⁵¹²,
8. Indigenous Women and the Law (Femmes autochtones et le droit)⁵¹³.

La **quatrième année** du programme pourrait être offerte d'au moins deux façons. L'une des possibilités est que l'étudiant ou l'étudiante passe sa dernière année d'étude à apprendre les

⁵¹⁰ *Law 343 First Nations and Economic Development (Droit 343 Premières nations et développement économique)* : Le cours sur les Premières nations et le développement économique examine les questions de droit et de politique en ce qui concerne le domaine en plein essor du développement des peuples autochtones au Canada. Le sujet est à la fois opportun et nécessaire puisque le statut du droit des Autochtones au Canada soulève des questions sérieuses en ce qui a trait à la capacité du droit de permettre l'autodétermination des Autochtones et, de façon plus générale, de constater la reconnaissance constitutionnelle des peuples autochtones dans le paradigme du développement. L'examen de ce paradigme comprendra l'analyse de la taxation, le droit du travail, l'organisation de l'entreprise et la théorie, ainsi que les finances. Au-delà du concept juridique en soi, les conséquences sociales et économiques de pratiques commerciales particulières présentent d'autres défis à la cause de la préservation culturelle et un sentiment de bien-être dans la collectivité. Par exemple, nous examinerons si des forums des affaires particuliers apportent ou non une meilleure intégrité culturelle et s'il existe un lien avec le succès global du projet en question. Ces questions complexes créeront la base des exposés et des discussions en classe. De plus, l'utilisation d'études de cas permettra de démontrer davantage les tensions inhérentes et nouvelles qui recourent le développement autochtone.

⁵¹¹ *Law 343 F10 Self-Determination of Peoples (Droit 343 Autodétermination des peuples)* : Dans le cadre de ce cours, les étudiants et étudiantes liront et discuteront des ouvrages d'auteurs contemporains qui portent sur l'évolution historique, l'actualité et la justification normative de l'autodétermination collective, plutôt connue sous le nom d'autodétermination des peuples. Bien que le cours comprenne un bref résumé du contexte international juridique et institutionnel, le cours portera plutôt sur les piliers conceptuels du droit à l'autodétermination des peuples et sur sa plausibilité et son statut à titre de norme de l'éthique internationale et du droit international. Plus particulièrement, les lectures porteront sur : la relation entre l'autodétermination et le respect des droits de l'homme; la portée des dimensions internes du droit ainsi que de ses dimensions externes (dans quelle mesure le droit peut-il générer des fonctions pour les états par rapport à leur propre population et non seulement les populations des autres états).

⁵¹² *Law 362 Colonial Legal History (Droit 362 Histoire juridique coloniale)* : Un site Web est utilisé pour ce cours aux fins de l'enseignement et des communications dans le but de relier les étudiants et étudiantes à la University of Victoria, à la University of British Columbia et à la Australian National University. Le cours offre l'étude de l'histoire juridique comme moyen de comprendre la relation entre le droit, l'état, la société et la culture au Canada par opposition à l'Australie. Ces deux démocraties libérales modernes, qui comportaient autrefois des groupes de colonies de pionniers britanniques, établies à différentes époques pour des raisons différentes à la fin du 18^e et au cours du 19^e siècles, constituent un milieu riche pour l'examen de la croissance de la culture juridique coloniale, les tensions entre la gouvernance impériale et la demande des pionniers, et les pressions concurrentielles pour la centralisation et le pluralisme dans le droit et l'administration de la justice. Les colonies du Haut Canada, de l'île de Vancouver et Colombie-Britannique, de la Nouvelle-Galles du Sud et de l'Australie-Méridionale font l'objet de l'étude la plus détaillée.

⁵¹³ *Law 368 Indigenous Women and the Law (Droit 368 Femmes autochtones et le droit)* : Ce séminaire examine la place unique des femmes autochtones dans les systèmes du droit canadien et de la société. Le séminaire adopte une approche interdisciplinaire. Les sujets étudiés sont les biens matrimoniaux, le colonialisme, le gouvernement, l'appartenance, les droits de la personne, la justice pénale, la sexualité, l'emploi et les enfants. Le premier objectif du séminaire consiste à introduire l'ensemble croissant de connaissances par et sur les femmes autochtones. En deuxième lieu, avant la fin du cours, les participants seront capables de formuler une analyse critique des défis politiques, économiques et sociaux auxquels sont confrontées les femmes autochtones et leur famille dans les sociétés contemporaines canadiennes et autochtones.

Traditions juridiques autochtones dans des collectivités autochtones. Les étudiants et étudiantes pourraient passer successivement par trois sessions d'apprentissage de quatre mois, sur une période de 12 mois. Chacune des trois sessions serait consacrée à une seule tradition juridique autochtone afin qu'elle soit apprise de façon plus approfondie. Une autre possibilité consiste à prolonger toute l'expérience de l'école de droit dans le but de permettre plus de travaux de cours. Si cette possibilité est choisie, l'immersion intensive dans les traditions juridiques autochtones pourrait avoir lieu au cours des trois étés entre chacune des quatre années d'étude. Ceci offrirait toute une année d'éducation juridique en immersion dans une seule Tradition juridique autochtone et permettrait tout de même de suivre les quatre années d'étude en classe. Ce modèle apporterait une meilleure souplesse au curriculum de première année; il permettrait qu'un (ou deux) cours conventionnel de première année soit reporté à la deuxième année afin de faciliter l'immersion transsystémique dans les différentes traditions juridiques.

L'immersion est importante : un programme n'arriverait pas à enseigner le droit des Autochtones de façon adéquate s'il n'offrait aucune occasion d'apprentissage à l'extérieur de l'école de droit. Bien que l'éducation officielle en salle de classe revête une grande valeur, le droit des Autochtones doit également être appris dans un contexte appliqué et pratique. Les lois autochtones sont souvent le produit de liens particuliers avec la terre, les plantes, les animaux, l'eau, les personnes, entre autres. Afin de pleinement apprécier le droit autochtone, les étudiants et étudiantes doivent vivre une immersion avec les personnes touchées par le droit qu'ils désirent comprendre davantage. Cette immersion doit également être intensive et elle doit être axée sur une tradition à la fois afin d'exposer les étudiants à la profondeur et à la complexité de chacune des traditions. L'éducation des étudiants et étudiantes en droit des Autochtones n'est pas complète s'ils n'approfondissent pas davantage leur connaissance des traditions juridiques de leur choix, soit pendant trois étés ou pendant une dernière année.

Les expériences d'immersion intensive pourraient porter sur les thèmes de chaque période. La première période pourrait porter sur la collaboration avec les Aînés et les agents de la paix d'une collectivité⁵¹⁴. La deuxième période pourrait porter sur l'apprentissage des traditions juridiques autochtones dans un contexte politique ou communautaire⁵¹⁵. La troisième période pourrait placer les étudiants et étudiantes dans un tribunal autochtone ou un organisme de résolution des différends, ou aux côtés d'un avocat qui travaille avec les lois autochtones⁵¹⁶. Aux fins d'évaluation au cours de ces périodes d'immersion, les étudiants et étudiantes sont censés rédiger un journal de réflexions quotidiennes et passer un examen oral. À la fin de chaque placement, l'étudiant retournera à l'école pour une semaine dans le but de présenter ses connaissances devant les membres clés du corps professoral et d'autres étudiants et étudiantes. L'une des exigences pour obtenir le diplôme en droit des Autochtones est la rédaction d'un article important par les étudiants à chacune des périodes du 12 mois sur la tradition juridique autochtone faisant l'objet de leur immersion. Les Aînés qui entretiennent les connaissances du droit des Autochtones ne seraient pas en mesure de rémunérer les étudiants pour leur travail avec eux. Par conséquent, il serait bon que les écoles de droit réunissent des

⁵¹⁴ *Law 4000 Working with Elders and/or Law Keepers in a Community Context (Droit 4000 Travailler avec les aînés et els agents de la paix dans un contexte communautaire)* : Les étudiants et étudiantes travailleront avec un Aîné, un groupe d'Aînés ou des agents de la paix afin de comprendre la transmission et le sens des traditions orales du droit des Autochtones. Ils feront partie d'une capacité traditionnelle pour apprendre les normes, les principes, les valeurs et l'application de la tradition faisant l'objet de l'étude. Les étudiants et étudiantes peuvent avoir à vivre dans un milieu éloigné ou rural, sur les terres ou dans un milieu urbain encombré où les Aînés ou les agents de la paix pratiquent leurs traditions juridiques.

⁵¹⁵ *Law 4001 Working with an Indigenous Political Community (Droit 4001 Travailler avec une communauté politique autochtone)* : Les étudiants et étudiantes collaboreront avec un milieu politique afin d'améliorer leur compréhension des occasions et des défis auxquels sont confrontés les collectivités des Premières nations et des Métis et les gouvernements inuit dans l'application de leurs lois dans les circonstances contemporaines. Selon la nation autochtone avec laquelle l'étudiant ou l'étudiante travaille, le placement pourrait comprendre : le gouvernement Nisga'a Lisims, la confédération de Haudensaunis, le Grand Council of Micmacs, la Conférence circumpolaire Inuite, le Conseil de bande indienne, entre autres.

⁵¹⁶ *Law 4002 Working with an Indigenous Court or Dispute Resolution Body (Droit 4002 Travailler avec un tribunal ou un organisme de résolution de différends autochtone)* : Les étudiants et étudiantes travailleront dans une cour tribale ou un organisme de résolution de différends autochtones afin de mieux comprendre l'application du droit des Autochtones auprès des personnes d'une collectivité. Les étudiants et étudiantes apprendront le caractère distinctif et la diversité d'une culture judiciaire autochtone particulière, afin d'évaluer les nuances du langage et des pratiques historiques. Selon la nation autochtone avec laquelle l'étudiant ou l'étudiante travaille, le placement pourrait comprendre : la Saskatchewan Cree Court, la Cour de maintien de la paix de la nation Tsuu T'ina en Alberta, les Aboriginal Legal Services of Toronto, la Tohono O'odham Court en Arizona, la Navajo Court en Arizona, la Colville Tribal Court, entre autres.

fonds pour permettre aux étudiants de remettre des cadeaux et des offrandes. Les lois autochtones peuvent nécessiter un échange de biens matériels afin que l'expérience soit reconnue comme une occasion d'apprentissage.

Ce programme proposé pour la combinaison du baccalauréat en droit des Autochtones et du LL.B. pourrait certainement être modifié afin de satisfaire aux exigences académiques de l'école de droit ainsi qu'aux besoins et aux protocoles des collectivités autochtones avec lesquelles l'école collabore. Ce programme d'étude pourrait également être offert avec des composantes choisies si une école de droit ou une collectivité n'est pas en mesure d'appuyer le programme au complet. Par exemple, un cours de première année pourrait être enseigné dans toute école de droit – comparaison, contraste, critique et élaboration de traditions juridiques autochtones et d'autres traditions juridiques canadiennes. Il est également possible d'intégrer l'élément de l'immersion intensive dans le programme de cours d'une école de droit. D'autres écoles souhaiteraient sans doute présenter aux étudiants et étudiantes les traditions autochtones voisines par des cours de langage juridique autochtone, des camps de sensibilisation culturelle ou des exercices sur les processus juridiques autochtones. Peu importe les méthodes choisies, il est actuellement possible d'enseigner les traditions juridiques autochtones avec l'accréditation d'une école de droit. Tout ce qui est nécessaire est la volonté des collectivités autochtones et des établissements scolaires.

iii. Les nominations judiciaires

De nombreuses autres initiatives sociétales pourraient être entreprises afin d'appuyer la diffusion et l'application des traditions juridiques autochtones. Le Parlement, les législatures provinciales et territoriales, les membres du Cabinet, le Cabinet du gouverneur général et les cours pourraient tous intégrer les traditions juridiques autochtones dans leurs activités. On

pourrait, à titre d'exemple de ce qui pourrait avoir lieu dans d'autres institutions, nommer un plus grand nombre de juges autochtones. Ces nominations aideraient à s'assurer que les traditions autochtones évolueraient, grâce à la compréhension et l'application appropriée en fonction de chaque cas. La nomination de juges autochtones pourrait s'élargir à tous les échelons du système judiciaire, y compris la Cour suprême du Canada. Il a été dit que, [TRADUCTION] « tout comme la reconnaissance du droit civil du Québec rend nécessaire la représentation de juges du Québec particulièrement auprès de la Cour suprême du Canada, la reconnaissance des lois et coutumes autochtones comme un droit vivant au Canada rend la représentation autochtone nécessaire s'il faut maintenir l'affirmation légitime selon laquelle la Cour suprême est le dernier arbitre pour les cas qui touchent les peuples autochtones »⁵¹⁷.

Selon la Commission royale sur les peuples autochtones, [TRADUCTION] « ... la Cour suprême du Canada devrait compter au moins un juge autochtone »⁵¹⁸. Des résolutions d'appui pour cette nomination ont également été présentées par l'Association du Barreau canadien, l'Association du Barreau Autochtone (ABA), l'Association canadienne des professeurs de droit, et le National Secretariat Against Hate and Racism in Canada. Dans leur exposé de position, produit pour l'ABA, Albert Peeling et le professeur James Hopkins ont argumenté que [TRADUCTION] « la nomination des Autochtones à la Cour suprême est philosophiquement conforme au pluralisme juridique du Canada... »⁵¹⁹ La nomination de personnes connaissant les traditions juridiques autochtones dans les cours du Canada est une question de mérite. Une personne qui possède de telles connaissances serait plus qualifiée pour rendre un jugement

⁵¹⁷ Albert Peeling et James Hopkins, «Aboriginal Judicial Appointments to the Supreme Court of Canada», document non publié et rédigé à l'intention de l'Association du Barreau Autochtone, avril 2004.

⁵¹⁸ Commission royale sur les Peuples autochtones, *Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, vol. 5, chapitre 5.

⁵¹⁹ *Ibid.*

dans les cas qui portent sur des questions juridiques autochtones qu'une personne qui ne dispose pas de ces renseignements.

La *Loi sur la Cour suprême*⁵²⁰ gouverne le processus de nomination de la Cour suprême.

L'article 5 de la Loi stipule ce qui suit.

*Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province*⁵²¹.

L'article 6 stipule qu'au moins trois juges de la Cour suprême doivent être choisis au Québec. La convention exige que trois autres soient choisis en Ontario, deux dans les provinces de l'Ouest et un dans le Canada atlantique. Les traditions juridiques autochtones au Canada nécessitent que ces conventions soient révisées afin de nommer un juriste qui connaît bien ces ensembles de droit⁵²². Une telle nomination serait également conforme au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et reconnaîtrait le statut constitutionnel unique des peuples autochtones au Canada. La nomination d'un juge autochtone ayant reçu une formation en droit des Autochtones faciliterait également l'atteinte du cadre de réconciliation visée par le paragraphe 35(1). La nomination de membres de la Cour qui possèdent une expérience du droit des Autochtones rehausserait la compétence de la Cour, strictement au niveau juridique, et affirmerait sa capacité particulière de traiter les questions autochtones.

Il est également essentiel que les juges autochtones travaillent à d'autres échelons dans le système judiciaire. Le Canada présente d'excellents exemples de juges autochtones qui s'occupent des traditions juridiques autochtones. Tel qu'il a été mentionné dans le

⁵²⁰ *Loi sur la Cour suprême*, L.R., 1985, c. S-26.

⁵²¹ *Ibid.*, article 5.

⁵²² L'unanimité des provinces est nécessaire afin de procéder à une modification constitutionnelle, conformément à l'art. 41, pour les modifications à la composition de la Cour suprême du Canada. En l'absence d'une modification qui énonce que la Cour suprême doit avoir au moins un juge autochtone, le changement pourrait avoir lieu par convention constitutionnelle.

chapitre deux, la Saskatchewan Cree Court, présidée par l'honorable juge Gerald Morin de la cour provinciale de la Saskatchewan, est une importante première étape pour la reconnaissance du droit des Autochtones dans cette province. Les efforts de la cour dans la langue crie oblige les parties à cadrer leurs droits et obligations différemment. On acquiert une perception très différente lorsqu'un problème est présenté dans une langue différente. Puisque le juge, l'avocat de l'aide juridique, le procureur, le greffier, l'agent de probation et l'assistance parajuridique aux Autochtones parlent tous le cri dans cette cour, ils peuvent être plus créatifs que les orateurs non cris dans une cour provinciale. C'est une petite étape tout à fait essentielle que la nomination d'un juge autochtone afin de juger des causes, et cela permet à la Cour de dispenser la justice d'une manière qui n'est pas toujours possible pour les personnes ayant reçu une formation uniquement en common law.

L'Alberta offre également des innovations intéressantes découlant de la nomination d'un juge autochtone qui connaît bien les collectivités autochtones et leurs lois. L'honorable juge L. S. Mandamin de la cour provinciale de l'Alberta préside la Cour de maintien de la paix de la nation Tsuu T'ina en banlieue sud-ouest de Calgary. La cour a été mise sur pied en octobre 2000; elle fait partie de la cour provinciale, de la collectivité et de ses traditions juridiques. Le juge Mandamin est un membre de la nation Anishinabek hautement qualifié du Barreau entièrement investi du pouvoir nécessaire pour son rôle de juge. Il possède également des connaissances juridiques qui lui permettent de rétablir le lien culturel entre les traditions juridiques euro-canadiennes et des Premières nations. De plus, deux agents de la paix qui sont des Aînés, assistent également à l'audience à titre de témoins de la collectivité et ils peuvent offrir leurs connaissances juridiques autochtones à la Cour. Le coordonnateur des agents de la paix fait appel aux agents de la collectivité en qui il a confiance et du respect. La fonction d'agent de la paix pourrait devenir plus importante dans les cours canadiennes si un plus grand

nombre de juges autochtones étaient nommés. Ils utiliseraient leur connaissance des traditions juridiques autochtones afin de remédier aux problèmes dans les collectivités qu'ils desservent.

La principale raison de nommer, à titre de juge, des personnes qui connaissent les traditions juridiques autochtones, est la propagation de nouvelles idées que ces personnes apportent à la tâche. Un changement d'idées au cours du jugement apportera une réforme plus large que presque toute autre initiative. Il ne suffit pas que les questions, les personnes et les établissements autochtones fassent partie intégrante du droit. Tant que les *idées* (idéologies) autochtones ne feront pas partie de l'échange intellectuel, les Canadiens et Canadiennes se bornent à déplacer les chaises sur le Titanic à mesure qu'ils remédient aux problèmes continus des peuples autochtones et du droit. Rien dans le droit ne change si la « réforme » signifie uniquement de faire quelques petits changements au niveau des questions, des personnes et des établissements. Une réforme en profondeur du droit nécessite que les questions soient examinées en fonction de points de vue qui, du moins partiellement, émanent de sources autres que le discours juridique de l'Ouest, et qui sont justifiées par des facteurs des ordres normatifs autochtones. Les normes du jugement doivent non seulement ressortir de la common law, mais aussi des valeurs juridiques autochtones. Le précédent ne devrait pas être limité à de vieux livres de droit; il doit également être ouvert à l'autorité des enseignements et des coutumes juridiques des autochtones.

Les critères de la mesure de ce qui est juste et équitable ne devraient pas uniquement être tirés de sources non autochtones. Les codes de conduite autochtones doivent faire partie des expressions officielles et non officielles du droit. Les traditions autochtones devraient orienter la façon dont le peuple autochtone et les autres Canadiens et Canadiennes répondent aux problèmes auxquels ils font face de façon collective. Les lois autochtones sont nécessaires afin d'affronter les défis auxquels le Canada devra un jour faire face. Ces traditions devraient être

simultanément comparées aux normes critiques et constructives des traditions du droit civil et de la common law, combinées avec celles-ci et distinguées de celles-ci. Les juges ayant reçu une formation en droit des Autochtones pourraient exercer ce rôle. Les progrès accomplis en droit des Autochtones seront limités tant que les idées à partir desquelles les gens ordonnent et gouvernent leurs vies ne comprendront pas des normes élaborées en fonction de ces points de vue. C'est pourquoi la nomination d'Autochtones dans les cours est si importante. Leurs idées pourraient faciliter un échange unique avec les autres traditions juridiques du Canada. L'exploration de nouvelles idées peut mener à des réponses qui ne sont pas immédiatement claires sous des façons de penser conventionnelles.

Conclusion

La fédération équilibrée et quelque peu décentralisée du Canada est l'une des grandes forces du pays. Elle rend possible la réconciliation de la diversité et de l'unité. Elle favorise des possibilités d'expérimentation dans le « laboratoire social » que chacun des éléments constitutifs de notre fédération encourage⁵²³. Une reconnaissance plus explicite des traditions juridiques autochtones pourrait mener à une expérimentation et une innovation utiles dans la résolution de plusieurs problèmes urgents du Canada. De plus, l'affirmation des traditions juridiques autochtones renforcerait la démocratie canadienne en donnant aux personnes de ces collectivités un meilleur accès aux pouvoirs de décision⁵²⁴. Les peuples autochtones seraient mieux servis dans la fédération s'ils disposaient d'une reconnaissance et des ressources nécessaires pour peaufiner le droit conformément à leurs points de vue. Ceci est important

⁵²³ K. M. Lysyk, Q. C., «Reshaping Canadian Federalism» (1979) 13 *UBC Law Review* 1 à la p. 7. Les gouvernements sont dotés « des deux compétences législatives et les moyens de les exercer permettent de mettre au point des programmes qui, si leur valeur est démontrée, peuvent être acceptables pour l'adoption ailleurs dans le pays ».

⁵²⁴ Professeur Lysyk a écrit, à *Ibid.*, aux pp. 8-9 : « Une autre raison pour la protection contre la centralisation excessive se rapporte à l'avantage général de maintenir la prise de décisions démocratique aussi près des citoyens et citoyennes que possible. »

parce que les gouvernements centraux et provinciaux sont plus éloignés des peuples autochtones, physiquement et culturellement. Ils ont également tendance à être moins influencés par le corps électoral autochtone que les gouvernements autochtones le seraient s'ils pouvaient exercer une plus grande responsabilité pour leurs propres affaires⁵²⁵. Une meilleure reconnaissance des traditions juridiques autochtones pourrait apporter un certain contrepois au biculturalisme et au bi-élitisme qui corrompt parfois la politique du Canada.

La reconnaissance des traditions juridiques autochtones au Canada sera sûrement contestée et créera des difficultés en droit et en politique⁵²⁶. Le droit portant sur les peuples autochtones doit tenir compte de la totalité des pratiques et des expressions culturelles qui leur appartient⁵²⁷. La reconnaissance et l'affirmation des traditions juridiques autochtones permettraient d'élaborer la primauté du droit dans les collectivités autochtones, en leur permettant de demeurer rattachés à leurs valeurs et à leurs principes. Si cette approche est bien mise en œuvre et harmonisée avec les autres traditions juridiques du Canada, elle serait conforme aux droits de la personne de ces peuples et veillerait à ce que les droits des autres ne soient pas abrogés. La création d'un cadre national permettant de faciliter la mise en œuvre des traditions juridiques autochtones aiderait à s'assurer que les droits et les intérêts des citoyens et citoyennes non autochtones sont également respectés. Les lois sont plus justes et efficaces lorsque les droits sont appliqués de façon plus équitable, avec une influence et une participation plus grandes des Autochtones.

⁵²⁵ Borrows, «Stewardship», *op. cit.*, note 403.

⁵²⁶ Heather McRae, Garth Nettheim, Laura Beacroft, Luke McNamara, *Indigenous Legal Issues: Commentary and Materials*, Sydney, Thomson Lawbook Co., 2003, à la p. 380.

⁵²⁷ Terry Janke, *Our Culture/Our Future: Report on Australian Cultural and Intellectual Property Rights*, Surrey Hills, Nouvelle-Galles du Sud, Michael Frankel and Co., 1998, aux pp. 77-78.

Les propositions exposées dans le présent document sont orientées vers la création de lois et d'institutions qui trouveront un équilibre approprié entre les intérêts qui reconnaissent et qui respectent l'intégrité culturelle, politique, économique et sociale des Autochtones et celle de l'ensemble de la société⁵²⁸. Le document favorise la participation officielle des Autochtones à la résolution des différends, puisqu'il est difficile de traiter des questions sur des connaissances autochtones comme sujet d'enquête discret et hors contexte que les autres systèmes normatifs peuvent utiliser et juger. Le sujet devrait plutôt être traité comme un système actif qui renferme ses propres valeurs, normes, utilisations, critères et principes.

Afin d'éviter cette difficulté, des méthodes intellectuelles qui expriment les concepts juridiques autochtones doivent faire partie de la structure même de la résolution de différends des Autochtones⁵²⁹. Les points de vue des Autochtones devraient former une partie d'un équilibre approprié entre les droits pour le jugement des questions liées aux traditions juridiques autochtones. Le présent document a suggéré des façons dont les normes autochtones pourraient offrir des critères pour ce type de jugement. À mesure que les concepts normatifs autochtones s'intègrent dans des régimes de résolution de différends aux niveaux local, provincial et national, un plus grand nombre de possibilités seront offertes afin d'adapter des solutions aux questions et aux différends particuliers. Ceci serait conforme à l'approche *sui generis* au jugement des droits autochtones établis par la Cour suprême du Canada. Cette approche permettrait d'accomplir la tâche établie dans *R. c. Van der Peet* : « La difficulté que pose la définition des droits ancestraux tient au fait que ce sont des droits particuliers à la rencontre de deux cultures juridiques extrêmement dissemblables; par conséquent, il faudra

⁵²⁸ Le contexte élargi de cette question fait l'objet d'une discussion dans un contexte non autochtone dans G. Bruce Doern et Markus Sharaput, *Canadian Intellectual Property: The Politics of Innovating Institutions and Interests*, Toronto, University of Toronto Press, 2000.

⁵²⁹ Voir Linda Tuhiwai Smith, *Decolonizing Methodologies: Research and Indigenous Peoples*, Dunedin, University of Otago Press, 1999. Cet ouvrage renferme une excellente discussion sur la façon dont les peuples autochtones peuvent réclamer leurs propres méthodes de recherche.

toujours se demander à partir de laquelle de ces cultures les droits doivent être définis [...] une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera ces deux points de vue juridiques »⁵³⁰.

⁵³⁰ *Van der Peet, op. cit.*, note 286, au para. 42.