



ÉTAT ET CULTURES JURIDIQUES AUTOCHTONES : UN DROIT EN QUÊTE DE LÉGITIMITÉ

Rapport d'intégration 2 : Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone ?

Pierrot Ross-Tremblay, Ph.D.
Professeur, Département de sociologie
Université Laurentienne

Geneviève Motard, Ph.D.
Professeure, Faculté de droit
Université Laval

16/10/2016

**DE L'INVALIDATION À L'AFFIRMATION :
MANIFESTATIONS ET INTERACTIONS ENTRE LES
ORDRES JURIDIQUES ÉTATIQUES ET INNU**

Chercheurs

Pierrot ROSS-TREMBLAY (Co-chercheur, Université Laurentienne)

Geneviève MOTARD (Co-chercheure, Université Laval)

Collaborateurs

Nawel HAMIDI (Doctorante, University of Essex)

Matthieu JUNEAU (Doctorant, Université Laval)

Matthieu Joffre-Lainé (Doctorant, Université Laval)

Jimmy SIMÉON (Maitrise, Université de Montréal)

Sylvie VINCENT (Anthropologue)

Sudbury et Québec, le 16 novembre 2016

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE I : ÉTAT DES INTERACTIONS ENTRE LES ORDRES JURIDIQUES	3
I. Description générale et qualification de la relation entre les ordres juridiques	3
PARTIE 2 : PRÉSENTATION DÉTAILLÉE DES INTERACTIONS ENTRE LES ORDRES JURIDIQUES OBSERVÉS EN FONCTION DES VARIABLES	6
I. Les acteurs	6
II. Les processus.....	9
III. Les règles.....	11
IV. Les principes	14
V. Les valeurs	17
PARTIE 3 : ANALYSE COMPLÉMENTAIRE DES INTERACTIONS ENTRE LES ORDRES JURIDIQUES.....	19
I. Réactions des acteurs autochtones et étatiques.	20
II. Autres aspects de l'interaction entre les ordres juridiques	20
ANNEXE A : SCHEMA ANALYTIQUE DE LA PRÉSENTATION	21
ANNEXE B : BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE.....	31
ANNEXE C : MANUSCRIT RÉDIGÉ À PARTIR DES DONNÉES RECUEILLIES.....	38
ANNEXE D : LEXIQUE SUR LE PLURALISME JURIDIQUE	73
ANNEXE E : QUESTIONNAIRE SOUMIS AUX AVOCATS RENCONTRÉS	89

QUESTIONS DE RECHERCHE

Le premier rapport d'intégration questionnait la manière dont le pluralisme juridique se manifeste en matière d'accès à la terre et de gestion des ressources selon les perspectives du droit innu et du droit étatique québécois. Ce deuxième rapport vise à qualifier les interactions entre les ordres juridiques étatique québécois et innu en matière d'accès à la terre et à la gestion des ressources tel que discuté dans le rapport I. I vise également à faire état des interactions vécues sur le terrain entre ces ordres juridiques et à analyser les effets qui en ressortent. Dans un dernier temps, et sans se limiter exclusivement au droit innu et étatique québécois ce rapport vise à présenter certaines interactions entre les ordres juridiques autochtones et canadiens (common law) au sein des cours de justice.

À cet effet, nous avons également produit un manuscrit (Annexe C) permettant des analyses plus détaillées des interactions entre les ordres juridiques. Les questions suivantes y ont été posées.

- ❖ Comment se manifestent et sont gérées les interactions formelles entre les ordres juridiques étatique et autochtone au Canada ?
- ❖ Comment se manifestent et sont gérées les interactions informelles entre les ordres juridiques étatique et autochtone au Canada ?

PARTIE I : ÉTAT DES INTERACTIONS ENTRE LES ORDRES JURIDIQUES

I. Description générale et qualification de la relation entre les ordres juridiques

Décrivez de manière générale l'état actuel des interactions entre les ordres juridiques. Comment qualifiez-vous la dynamique qui anime actuellement la relation entre les ordres juridiques? (Exemple : hiérarchique, égalitaire, verticale, horizontale, etc.). Illustrez votre analyse à l'aide de plusieurs exemples.

Ordres juridiques innu et étatique québécois

La relation n'est clairement pas égalitaire. L'État a une conception hiérarchique et autoritaire, même lorsque cela est présenté autrement. Cette relation hiérarchique repose sur l'ignorance, le paternalisme et le rejet – l'État historiquement ne reconnaît pas l'existence d'un autre ordre juridique et agit comme si cet autre ordre juridique n'existait pas. Lorsqu'elle a lieu, l'harmonisation entre le droit coutumier

et le droit étatique se fait en faveur du droit étatique. L'État agit avec les acteurs autochtones dans une relation verticale, et reproduit le même comportement quand la relation devrait être horizontale.

Ceci est bien démontré dans le processus de négociation territorial en cours en ce moment avec les trois Premières nations innues de Mashteuiatsh, Essipit et Nutakuan. Le processus est pris en charge financièrement par l'État, le langage est celui du droit étatique. Les processus et les règles sont dictés par l'État et lorsque que certaines valeurs émergent au sein des négociations en ce qui concerne la conception innue du territoire, l'introduction de règles basées sur des récits, comme celui de *Tshakapesh* ou sur la remise en question de la souveraineté étatique, l'État rejette ou ignore l'ordre juridique innu et fait en sorte que ce dernier d'efface au profit de l'ordre étatique.

Sur le territoire

Cela est également démontré au sein des interactions informelles sur le *nutshimit* ou sur le territoire de la réserve. Les gardiens-gardiennes de territoire vivent des interactions provenant de plusieurs parties. L'État, à travers les pouvoirs délégués aux Municipalité régionales de comté (MRC), les compagnie forestières possédant des permis d'exploitation sur les territoires non-conventionnés et finalement, par les Conseil de bande qui, par l'exercice de pouvoirs tantôt délégués, tantôt inhérents, s'arrogent l'autorité de reconnaître ou pas les gardiens de territoire et les limites géographiques de l'espace occupé. Les gardiens de territoire sont pris à négocier de toute part afin de faire reconnaître leurs pouvoirs et ordres juridiques inhérents, afin de maintenir les frontières de leur territoire et protéger les ressources qui retrouvent et qui sont souvent prélevées outrancièrement pour des fins commerciales. (Par exemple : l'ifs du Canada, prisé par les pharmaceutiques et commercialisé dans la région du Saguenay par plusieurs coopératives). Les interactions se reproduisent au niveau vertical avec l'État et avec les Conseils de bandes qui reproduisent également ces relations hégémoniques au sein de la Communauté. Les gardiens de territoires se sentent constamment menacés et essaient de résister de manière soutenue.

Au sein de la réserve

Sur le territoire de la réserve, les interactions entre les ordres juridiques vont beaucoup dépendre du type de pouvoirs (inhérents, délégués ou mixte) que les Conseils de bande vont exercer. Les conseils sont des entités créés par La loi sur les Indiens. Dépendamment des communautés, certains vont intégrer certaines règles et processus issus de l'ordre juridique inhérent afin d'actualiser la tradition orale. Plus les processus décisionnels se déroulent par la considération et la participation des membres et des gardiens de territoire, moins les tensions dans la réserve entre le Conseil et ses membres sera forte. Cependant, plus les règles adoptées s'éloigneront des règles étatiques, plus l'ordre juridique autochtone risque d'être invalidé. Elles seront invalidées. C'est l'exemple d'adoption du Code foncier qui doit faire l'objet de révision par le Ministère des affaires autochtones avant d'être validé au sein de la communauté elle-même. C'est également le cas du Code d'appartenance qui doit se conformer à des règles étatiques inspirés du statu au sein de la Loi sur les Indiens et dont le financement dépendra également du statut autochtone conféré ou pas à des personnes. Ainsi, les interactions dans la réserve

se font de différents angles. Elles seront verticales plus souvent qu'autrement lorsque le Conseil exercera certains pouvoirs inhérents et pourront s'exprimer, très rarement, de manière horizontale car même si le Conseil intègre les règles étatiques au sein de son ordre juridique, il reste soumis à des pouvoir délégué et demeure une entité administrative décentralisée.

Dans les cours de justice

Les jugements étudiés (*Mitchell* – 1^{ère} instance C.F., Cour fédéral d'appel et Cour suprême-, *Clyde River* et *Alderville*, voir annexe C pour une analyse détaillée)

Dans les cours de justice, les interactions peuvent se mesurer de différentes façons. Elles se manifestent lorsqu'un espace est laissé à la présentation de la preuve par l'entremise la tradition orale et par les témoignages des aînés. Les interactions se manifestent également par la souplesse exercée par les juges en matière d'appréciation de la preuve soumise par l'entremise des récits oraux et de la tradition orale. Elles se manifestent également à la discrétion des juges de laisser la place aux interprétations effectuées par la partie autochtone de leur propre ordre juridique et de l'évolution de ce dernier dans le temps et l'espace.

L'étude de certains éléments de l'histoire judiciaire canadienne démontre que les cours de justice sont les institutions au sein desquelles les ordres juridiques ont le potentiel d'interagir le plus. Elle démontre également que le pouvoir judiciaire a été le premier à effectuer certaines avancées audacieuses permettant aux ordres juridiques d'interagir. Que ce soit la l'adoption de nouvelles lignes directrices, facilitant la preuve par les récit oraux, le témoignage des aînés, le règlement des litiges par le dialogue ou le déplacement du tribunal dans les communautés intéressées ou par l'assouplissement des règles de preuve dans les cause intéressants les Premiers peuples, la jurisprudence a servi d'un côté à intégrer les ordres juridiques autochtones au sein de la Common Law et de les reconnaître comme inhérent mais, de l'autre côté elle a également figée l'interprétation de ces ordres dans le temps et l'espace afin de protéger la souveraineté étatique.

Cette dichotomie est ressentie et est percevable dans les cours de justice. Les interactions peuvent se déployer parfois de manière horizontales permettant à l'ordre juridique autochtone de s'exprimer selon une certaine effectivité (*Mitchell* en Cour fédéral, 1^{ère} instance et Cour fédéral d'appel) par l'assouplissement au niveau des règles reliées à l'appréciation de la preuve et par la discrétion judiciaire. Bien que parfois, une certaine souplesse est démontrée, les cours dérogent rarement aux règles établit et des précédents en matière de reconnaissance d'un droit (ex : détermination de l'existence d'une pratique ancestrale avant le contact et continuité après l'arrivée des Européens).

La procédure érigée par les cours sont imposés aux parties (sauf quand la résolution d'un litige par le dialogue est encouragée) et la nature contestataire et contradictoire des processus judiciaires permet rarement aux juges d'innover au-delà de ce que les parties présentent devant eux.

Les cours de justice maintiennent leur prérogative d'accepter ou de refuser l'interprétation qui est faite de la partie autochtone de sons propre ordre juridique ou des ententes signées impliquant les

deux ordres juridiques (*Clyde River* – Accord sur les revendications territoriales du Nunavut, *Alderville*, *Traités Williams*). Par l’intermédiaire de l’application des règles de procédure, des normes de preuve ou par les connaissances que possède le juge sur l’épistémologie propre à l’ordre juridique autochtone et l’admissibilité des savoirs sapientiels, les juges vont garder le mot final afin d’interpréter le contenu des règles et savoirs présentés par les parties. Souvent, l’ordre juridique autochtone sera modelé afin de le faire correspondre au rationalisme instrumental et au libéralisme économique, philosophies propres de la société dominante. Par exemple, l’interprétation du titre ancestral au fil des dernières décennies démontre comment ce dernier a été défini, interprété et limité afin de faire entrer dans le cadre juridique étatique.

PARTIE 2 : PRÉSENTATION DÉTAILLÉE DES INTERACTIONS ENTRE LES ORDRES JURIDIQUES OBSERVÉS EN FONCTION DES VARIABLES

I. Les acteurs¹

- 1. Identifiez et énumérez les interactions et les processus formels ou informels dont ils résultent (exemple : imposition, négociation, consultation, accord mutuel, emprunt, etc.). Illustrez les interactions et leurs processus à l’aide de plusieurs cas ou exemples d’acteurs précis.**

On trouve ici un double mouvement. Certaines interactions sont verticales et découlent d’actes d’imposition. Ce sera le cas des délégations de pouvoirs aux conseils de bandes. Pour ces mêmes conseils de bande, on constate la présence d’interactions horizontales avec l’État puisque les conseils de bande agissent parfois en dehors du champ politique auquel les a confinés l’État. Ce sera le cas lorsque le conseil exerce son droit inhérent à l’autonomie sans égard aux processus de reconnaissance ou dans le cas de négociations territoriales avec l’État.

Le conseil de bande – créature de l’État – joue dès lors un double rôle : il a des pouvoirs qui lui sont formellement délégués d’un côté et de l’autre il exerce des pouvoirs inhérents. Les interactions peuvent donc être verticales ou horizontales selon les cas. Mais comme les conseils sont des entités créés par une loi fédérale, ils demeurent soumis à des dynamiques hiérarchiques par leur dépendance au financement, et par l’obligation de se conformer aux règles édictées par le Ministère.

¹ La rubrique ‘acteurs’ comprend le cas échéant les institutions et les parties intéressées.

On constate aussi l'existence d'emprunts qui prennent la forme ou résultent en une acculturation, laquelle peut être générale et juridique et dont seule l'étude de la pratique des acteurs peut véritablement rendre compte. Ce sera le cas des acteurs autochtones qui ont étudié dans les institutions étatiques et qui ont appris à connaître le fonctionnement étatique et le jeu de l'action étatique de manière à s'engager dans la joute verbale / médiatique / juridique / judiciaire / commerciale, que ce soit par des négociations ou autrement. Cela n'est pas sans conséquence sur ces acteurs qui finissent par intérioriser l'ordre juridique étatique dominant dans toutes les sphères de la société et auto-invalider, supprimer et effacer son propre référentiel endogène.

S'agissant des décideurs, tel qu'identifiés dans la tradition orale innue; ils sont ignorés par la législation de l'État québécois. Inversement, la tradition orale innue ignore la présence de l'État dans la mesure où ils n'ont pas à se rencontrer. Ce sont là deux systèmes fermés. Les décideurs identifiés dans la tradition orale sont potentiellement valorisés par un seul mécanisme de coexistence, soit par les processus de négociations territoriales qui, s'ils aboutissent, permettront aux Innus de s'organiser territorialement – mais plus souvent qu'autrement selon les règles imposées par l'État - ce que ne permet pas la loi actuelle (par exemple, par la mise en place d'un nouveau système de gestion des terres au Nitassinan), d'exercer des pratiques culturelles régies par le droit coutumier ou pas – suivant la volonté des Innus (innu aitun), de participer aux décisions gouvernementales (du Québec ou du Canada) par le biais des décideurs innus (issus ou pas de la tradition orale, dit « Innu-tshisheutshimau » (ou « autorité compétente »).

Suivant la tradition orale, le territoire appartient aux Innus et il est déjà organisé; l'entente ne crée donc pas cette organisation – son rôle est plutôt de rendre visible aux yeux de l'État ce qui existe dans les faits, voire d'induire une réorganisation territoriale qui serait compatible avec l'organisation territoriale étatique.

Dans les cours de justice

Les interactions peuvent parfois se dérouler sur un pied d'égalité où les représentants de l'ordre étatique et autochtone sont considérés avec leurs épistémologies propres. Leur potentiel effectif est déployé et les interactions peuvent s'exprimer de manière horizontale. Cela dépend de la façon dont le juge gèrera l'instance et de quelle manière les règles de procédures et d'admissibilité de la preuve seront adaptées afin de permettre à l'histoire et à la tradition orale de se déployer.

De manière générale, les interactions se font de manière hiérarchiques et verticales. L'organisation du système judiciaire favorise la prédominance d'un ordre sur l'autre et la discrétion des juges dans le tempérament de cette hiérarchie est centrale. Les avocats des différentes parties vont également avoir un rôle prédominant dans l'établissement d'un espace permettant des interactions entre les ordres juridiques. Pour la partie autochtone, cela va dépendre de la capacité de l'avocat à comprendre le référentiel endogène et les règles qui en émerge.

2. Identifiez et énumérez les absences d'interaction entre les acteurs. Illustrez à l'aide de plusieurs cas ou exemples d'acteurs précis.

On peut distinguer deux types d'absences d'interactions : (1) il peut y avoir absence de négociations ou d'accord; (2) certains acteurs ne sont pas présents dans le cadre des processus formels (négociation, consultation). Par exemple, les individus ou les familles responsables des territoires familiaux ne font pas partie des processus de négociation ou de consultation, mais sont représentés par des négociateurs, avocats, conseillers et consultants. Du point de vue étatique, certains acteurs issus de la tradition orale n'occupent aucune place en droit étatique; l'État a par ailleurs du mal à appréhender certains acteurs présents dans la tradition orale (ex. : Mishtapeu, p. 18; les maîtres des animaux).

3. Identifiez et illustrez à l'aide de plusieurs cas ou exemples précis les effets de l'interaction entre les acteurs sur les ordres juridiques autochtone ET étatique (exemple : reconnaissance, suppression, amputation, déformation, hybridation, harmonisation, unification, etc.).

Il y a une reconnaissance de l'existence d'acteurs extérieurs à l'État, mais pas nécessairement de tous les acteurs et de toutes leurs particularités (ex. : les responsables des territoires familiaux sont reconnus par l'État pour les Cris, mais ne le sont pas pour les Innus; les acteurs et les pouvoirs d'une nature spirituelle ou immatérielle ne sont pas reconnus par l'État – ils sont tout simplement ignorés ou invalidés car ne s'inscrivant pas le rationalisme positiviste étatique). Cette incapacité de l'État à reconnaître un ordre juridique et des acteurs qui lui sont extérieurs est manifeste dans l'étude de la législation québécoise en matière d'accès et de gestion du territoire. La législation québécoise représente un système essentiellement fermé, qui a sa propre cohérence et qui se superpose au droit coutumier innu.

À un égard, il existe néanmoins une forme d'hybridation en raison de la conception du pouvoir imposée aux conseils de bandes, lequel est en partie délégué et en partie inhérent.

De plus, il y a également une hybridation, à travers un processus d'acculturation juridique, dans la mesure où il y a « individualisation » de l'exercice des droits de prélèvement (ex. : chasse, pêche), ce qui découle essentiellement de l'imposition du modèle étatique de gestion des terres et des ressources.

Dans l'ensemble, on doit constater l'existence d'une acculturation juridique : chacun voit les concepts de l'autre à travers sa propre formation juridique; les éléments juridiques exprimés par l'autre sont détachés de la perspective globale qui reste, elle, inexprimée. Forcément, on se trouve avec une déformation des institutions (acteurs, règles, principes, processus, valeurs) de la culture juridique non dominante menant graduellement à son amputation et à sa suppression de l'espace juridique public.

Pour ce qui est des acteurs exerçant leurs traditions juridiques sur le territoire, les interactions hiérarchiques et la déformation des institutions autochtones fait en sorte de forcer les acteurs (gardiens territoire, familles, chasseurs) à s'effacer et à s'autocensurer au sein de leurs communautés afin

d'éviter la confrontation avec leurs propres conseils de bande ou sur le territoire avec les agents des MRC et des compagnies forestières.

Cependant, une fois sur le territoire, ces acteurs vont plutôt vers la négociation avec les personnes impliquées essayant de les éduquer à leur mode de vie ou en négociant les frontières à ne pas dépasser dans la coupe de bois ou dans le prélèvement des ressources. Ainsi, l'affirmation des traditions juridiques inhérentes se fait directement avec les acteurs impliqués et sur les territoires concernés.

Dans les cours de justice

Dépendamment de la réception ou pas des ordres juridiques autochtones dans les cours, les acteurs vont avoir une tendance à déformer leur propre tradition afin qu'elle puisse entrer dans le cadre juridique étatique. Ainsi, plutôt que de faire témoigner des membres de la communauté sur l'interprétation d'un traité ou sur une pratique ancestrale, la partie autochtone se prévaudra de témoins experts provenant du milieu académique de la société dominante afin de présenter les faits et les interprétations permettant de répondre aux règles d'admissibilité de la Cour. Les représentants (avocats) de l'ordre juridique étatique (de l'autre partie) vont faire en sorte de présenter des éléments permettant de discréditer les éléments de l'ordre juridique autochtone (ex. : discréditant la histoire orale comme étant basée sur des ouï-dire, (*Alderville*) ou en considérant la tradition orale comme des pratiques basées sur des croyances, (*Mitchell*, 1^{ère} instance).

II. Les processus

- 1. Identifiez et énumérez les interactions et les processus formels ou informels dont ils résultent (exemple : imposition, négociation, consultation, accord mutuel, emprunt, etc.). Illustrez les interactions entre les principes et leurs processus à l'aide de plusieurs cas exemples de processus précis.**

Plusieurs mécanismes de coexistence existent en droit étatique. D'abord, la législation et la Constitution prévoient toutes deux l'existence d'une obligation de consultation (canadienne, étatique, p. 28). Cette obligation s'impose aux acteurs gouvernementaux (donc à l'État) et est déterminée par les institutions de l'État (ex. : tribunaux). Cette obligation doit néanmoins bénéficier aux Innus, comme aux autres peuples autochtones du Québec ou du Canada – selon le cas. Ensuite, un processus de règlement des différends en matière territoriale est prévu dans les politiques fédérales et provinciales. L'ensemble des conditions encadrant ce processus est imposé par l'État. Un juge étatique pourrait être appelé à trancher en cas de non-respect de l'obligation de consultation ou en cas de manquement à l'obligation de négocier de bonne foi qui incombent à l'État en vertu, cette fois encore, de la common law constitutionnelle. L'absence d'accord ou le dépassement du consentement innu ne mènent généralement pas à une intervention judiciaire. L'État impose également ses conditions quant au fonctionnement des institutions innues (conseils de bande), incluant l'imposition

de la démocratie telle que conçue par l'État (ex. : vote au assemblée du Conseil plutôt que passer au consensus). Enfin, les mécanismes de gestion des terres et des ressources (p. 31-34) s'imposent aussi aux Innus.

Dans tous les cas, l'inverse n'est pas vrai, c'est-à-dire que les mécanismes issus du droit coutumier innus ne s'imposent pas à l'État.

Comme pour les règles, les principes ou les valeurs, il existe des équivalences fonctionnelles entre les mécanismes de régulation utilisés dans le droit coutumier (ex. : accord, consultation, ruses, force, négociation). Ces mécanismes répondent cependant à des règles, principes, valeurs qui se distinguent de ceux de l'État et qui sont portés par des acteurs différents de ceux de l'État ou reconnus par ce dernier.

Cours de justice

Le déroulement des instances dans les cours est prévu par le droit étatique, les processus de représentation et les éléments de procédures sont déterminés et imposés par le droit étatique.

2. **Identifiez et énumérez les absences d'interaction entre les principes. Illustrez à l'aide de plusieurs cas exemples de processus précis.**

Dans la mesure où il y a imposition de certains mécanismes, il y a parallèlement absence d'interactions ou existence d'interactions imparfaites. À titre d'exemple, plusieurs processus propres à l'ordre juridique innu ne sont pas pris en compte par l'État (le chaman, la conscience, etc.). Les plus flagrants sont ceux qui se caractérisent par leur immatérialité ou par leur caractère spirituel.

Cour de justice

Sur le plan judiciaire, il y a une plus grande ouverture face à la présentation de savoirs sapientiels. Ils peuvent être considérés dans les cours de justice comme étant des éléments de preuve soutenant une pratique ou un droit cependant, leur appréciation dépend du juge et de l'application des règles procédurales. Dans ce cas l'absence d'interaction suite à un effacement ou une autocensure de son propre ordre juridique mènent vers plus d'interactions pouvant mener à libérer un espace pour la prise en compte d'aspects immatériel et spirituels.

3. **Identifiez et illustrez par plusieurs cas ou exemples précis les effets de l'interaction entre les principes sur les ordres juridique autochtone ET étatique (exemple : reconnaissance, suppression, amputation, déformation, hybridation, harmonisation, unification etc.)**

Il y a forcément déformation parce que tout est perçu et reconstruit à travers la lentille étatique, notamment du droit constitutionnel canadien. Par exemple, les tribunaux étatiques considèrent que le titulaire du titre ancestral (p. 28) est la collectivité autochtone ou le groupe revendicateur. Comme la revendication ne peut être portée devant le tribunal que par un groupe reconnu par l'État, les tribunaux ne renvoient pas au droit coutumier afin de déterminer l'identité de ce groupe (voir par exemple

l'affaire *R. c. Powley*, CSC 2003 où la communauté contemporaine démontrant un lien avec une communauté historique est le groupe identifié comme titulaire d'un droit constitutionnel).

Il y a aussi présence d'unification dans la mesure où l'État a imposé, via la *Loi sur les Indiens*, un même modèle de gouvernement à toutes les bandes, que ce soit les mécanismes de gestion, les règles de fonctionnement ou de règlement des litiges.

Cours de justice

Si l'espace libéré au sein des cours de justice permet la présentation des ordres juridiques autochtones tels qu'ils s'incarnent et à travers leur épistémologie et savoirs sapientiels propres, cela a pour effet de revalider, revaloriser et réintégrer ces derniers comme source juridique inhérente au sein du système judiciaire canadien. Il leur permet d'exprimer leur effectivité et permettre une meilleure réception des interprétations de ces ordres par leurs acteurs.

III. Les règles

1. **Identifiez et énumérez les interactions et les processus formels ou informels dont elles résultent (exemple : imposition, négociation, consultation, accord mutuel, emprunt etc.). Illustrez les interactions et leurs processus à l'aide de plusieurs cas ou exemples de règles précis.**

Selon les Innus, il y a déjà eu accord mutuel (p. 16 – avec les Français lors de leur arrivée au XVII^e siècle), mais cet accord mutuel n'a, selon eux, pas été respecté (p. 16).

Il y a également accord mutuel à l'issue de la conclusion d'ententes sectorielles entre le Québec et les Innus (p. 27). Ces accords sont cependant négociés dans le cadre et dans le respect des lois, des principes et des valeurs québécoises.

La loi québécoise donne ouverture à des processus formels de consultation (ex. : *Loi sur les mines*), ce qui tend à diminuer l'imposition des règles du droit québécois sur les règles du droit innu. Il en va de même pour les processus de négociation dits sectoriels.

Il ne semble pas y avoir d'emprunt entre les règles du droit coutumier innu et québécois.

Négociation territoriale

En matière de négociations territoriales avec les trois nations innues, Mashteuiatsh, Essipit et Nutakuan, une entente de principe d'ordre générale fut signée en 2004. Elle n'est pas garante de ce qui se retrouvera dans le traité s'il est ratifié. Cette entente prévoit l'établissement d'une aire de gestion territoriale exclusivement gérée par les nations Innues avec des modalités particulières en ce qui à trait aux ressources. L'Innu Assi permettra une forme d'exercice des droits dans un certain

respect des attributs de l'Innu tipenitamun. Ce droit de gestion est limité par le droit étatique et la souveraineté étatique est protégée. Cette entente ne lie pas les parties. En ce qui a trait au négociation territoriales actuelles, les entretiens démontrent de manière récurrente que les règles étatiques en matière de définition et de gestion du territoire sont imposées et l'Innu tipenitamun se retrouve modifié, réifié, marchandé et modelé à l'image de la propriété privée incarnée par le fief simple. Il perd son essence au profit des attributs du régime foncier de l'État. Un bon exemple de cela se retrouve au sein de l'entente *Tshash petapen* signée avec la Nations innue du Labrador.

Territoire

Les règles sur le territoire sont incarnées par chacune des instances. L'État va s'assurer de la gestion du territoire par l'entremise des MRC ou des agents de la faune. Les gardiens de territoire vont appliquer leurs règles propres en matières d'accès et de gestion du territoire familial et ancestral. Sur le terrain c'est la négociation qui prévaudra. Les gardiens de territoire vont s'adresser aux différents acteurs directement afin négocier une superposition de règles sur un même territoire lorsque cela est possible. Sinon, dans le cas d'un échec des négociations, c'est l'imposition des règles étatiques sur celles de l'ordre juridique autochtone qui prévaudra.

La réserve

Les règles appliquées par les conseils en matière de gestion territoriale et d'accès sont influencées par les règles du droit étatique et par la tradition juridique endogène. Les conseils de bande font des efforts soutenus afin d'harmoniser les règles des deux systèmes juridiques. Par exemple, l'élaboration du Code foncier va largement s'inspirer des règles québécoises en matière de gestion du territoire. Le processus d'élaboration de règles a tendance à concentrer les pouvoirs au sein d'une seule instance bureaucratique renforçant de ce fait l'absolutisme bureaucratique exercé par les conseils de bande. Cela est confirmé par les entretiens effectués au sein nations innues.

Cours de justice

Les cours de justice sont parmi les seules entités à faire preuve d'emprunt des règles de l'ordre juridique autochtone en matière de gestion et de résolutions des conflits. Plusieurs cours ont adopté ou sont dans le processus d'adopter des lignes directrices permettant une meilleure réceptivité des ordres juridiques des Premiers peuples. Les cours fédérales et la Cour suprême tente d'harmoniser les règles de procédure dans les procès touchant les Premiers peuples en facilitant la présentation d'éléments basés sur l'histoire orale et la tradition orale. Les cours font preuve d'assouplissement des règles en matière d'admissibilité de la preuve et des témoins et tente de libérer un espace permettant l'expression des différents ordres juridiques et leur harmonisation.

2. Identifiez et énumérez les absences d'interaction entre les règles. Illustrez à l'aide de plusieurs cas ou exemples de règles précis.

Pour les Innus, l'obligation de demander la permission pour entrer sur leur territoire est complètement ignorée. Pour le droit étatique, ce territoire appartient à la Couronne. Il est donc public et est de ce fait – sauf exceptions déterminées par la loi ou la réglementation étatique – accessible à tous. Cela dit, cette posture est sujette aux règles établies par la common law constitutionnelle en matière de consentement et de consultation en présence d'un titre ancestral ou d'un droit culturel prouvé ou revendiqué. La règle du consentement innu est donc partiellement prise en compte par le droit constitutionnel de l'État, car ce droit n'équivaut pas à un droit de veto et il n'emporte pas un contrôle exclusif de l'accès au territoire ancestral.

Les négociations territoriales et le territoire

En ce qui concerne les formes de propriété, il y a ignorance mutuelle. On constate deux systèmes de règles qui vivent en parallèle. Dans le droit coutumier innu, chaque famille innue a son propre territoire de chasse. On ne retrouve pas propriété foncière individuelle au sens du *Code civil du Québec*. De plus, en droit étatique, il existe des nuances quant aux modalités d'accès et de gestion, lesquelles se déclinent notamment selon les types de ressources en cause (minières, forestières, fauniques et en eau) (p. 32-34) – ces différents régimes ne sont abordés que dans le droit étatique. La présence en droit innu de ces catégorisations (ce que ne démontrent pas les récits étudiés) découlerait d'une imposition.

Les négociations territoriales bloquent à ce niveau. L'État recherche le plus de certitude possible sur les territoires par la définition claire des droits et de leurs modalités d'exercices. L'ordre juridique étatique va tenter de modifier et de modeler les droits pour qu'ils s'intègrent dans l'épistémologie dominante. Cela a pour effet de bloquer le processus et de replier la partie Innue sur elle-même faisant cesser les interactions entre les règles. Sinon, comme dans le cas de la Nation innue du Labrador, il y aura une superposition de l'ordre étatique et une substitution de l'ordre endogène pour l'ordre étatique.

3. Identifiez et illustrez par plusieurs cas ou exemples précis les effets de l'interaction entre les règles sur les ordres juridiques autochtone ET étatique (exemple : reconnaissance, suppression, amputation, déformation, hybridation, harmonisation, unification etc.)

Les ententes sectorielles sont sujettes à certains principes (p. 27). De façon générale, que l'interaction entre les acteurs soit verticale ou horizontale, il y a imposition des règles étatiques sur le droit innu, voire même possibilité de suppression ou amputation. Les entretiens effectués étudiés démontrent la suppression et l'amputation des institutions traditionnelles, ils permettent de prendre la mesure de ce phénomène et confirment toutefois la survie des principales institutions traditionnelles innues (ex. :

existence des gardiennes de territoire dont les pouvoirs inhérents s'apparentent à ceux d'un conseil de bande en matière d'accès au territoire et à sa gestion).

En ce qui concerne la reconnaissance, les Innus ne se sont vus – à ce jour – reconnaître aucun titre ancestral par les tribunaux, par loi ou par entente politique (p. 28). Au contraire, une partie des droits des Innus a été éteinte sans leur accord et sans compensation par la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* (ce qui a été confirmé par loi fédérale). Le caractère légal de cette extinction n'est pas accepté par les Innus qui rejettent toute forme d'extinction de leurs liens (Innu tipenitemun) avec leurs terres ancestrales.

Négociation territoriale et territoire

Dans le cadre des négociations territoriales, l'imposition du régime foncier étatique a pour effet de modifier, réifier, marchander, et modeler à l'image de la propriété privée incarnée par le fief simple.

La réserve

Enfin, il y a amputation du territoire traditionnel et de ses règles en matière de gestion et d'accès lorsque l'accès à ce territoire est limité au territoire d'une réserve par le droit étatique. Avec le jugement McIvor, les réserves ont bénéficié d'un agrandissement du territoire enclavé afin d'intégrer les nouveaux membres ayant recouvré leur statut.

Cours de justice

Lorsque que les efforts des cours vont dans le sens d'adopter des règles de pratiques favorisant une meilleure représentation des ordres juridiques autochtones et de leurs épitémologies, les effets des interactions entre les règles sont de l'ordre de l'harmonisation, l'unification et d'une certaine reconnaissance des règles de chacun des ordres juridiques. C'est ce que les cours semblent souhaiter faire dans l'adoption de lignes directrices. Cependant, c'est dans l'application de ces lignes directrices qu'il est vraiment possible d'en saisir les effets et non dans leur simple énonciation.

IV. Les principes

Identifiez et énumérez les interactions et les processus formels ou informels dont ils résultent (exemple : imposition, négociation, consultation, accord mutuel, emprunt etc.). Illustrez les interactions et leurs processus à l'aide de plusieurs cas ou exemples de principes précis.

Il existe des principes en apparence « communs » dans les deux droits. Il serait plus juste de parler de principes semblables. Ces principes semblables visent des « communautés » (comme ensembles définis) différentes, soit les Innus d'un côté et les Québécois de l'autre. Par exemple, on retrouve l'idée d'un territoire partagé dans les deux ordres juridiques. Ce principe innu peut être comparé à la propriété collective (publique) ou encore à la propriété collective des ressources en eau que l'on

trouve en droit étatique. L'application du principe diffère puisque, par exemple, les bénéficiaires de la propriété collective ne sont pas les mêmes (territoires familiaux en droit innu; territoire public en droit québécois). Il peut donc exister des équivalences entre les principes qui sous-tendent les ordres juridiques, mais les modalités d'exercice ou les règles qui découlent de ces principes différents.

De nombreux principes du droit étatique sont exprimés dans des lois. Cette façon de faire illustre que l'État procède largement par imposition (ex. : constitution, point 9 p. 13). À cet égard, les processus de consultation font figure d'exception et ne permettent pas d'infléchir le processus d'imposition. Cela est renforcé par le fait que l'État québécois – même dans les processus de négociation qu'il engage avec les Innus pour limiter ce processus d'imposition – fixe des principes auxquels il est impossible de déroger (ex. : point 11, p. 14 : souveraineté du Parlement, intégrité territoriale du Québec et respect de l'effectivité des lois québécoises). Les principes équivalents chez les Innus sont exprimés au moyen du droit coutumier et non par législation; ce droit coutumier innu n'est pas imposé aux québécois ou à l'État québécois puisqu'il demeure généralement endogène et puisque l'État n'en accepte pas la légitimité (voire la légalité).

Par ailleurs, chacun voit dans l'accès et la gestion des terres un aspect de son identité. Cette idée pourrait provenir d'un emprunt du droit québécois au droit innu.

En fin de compte, il existe, du point de vue étatique, une hiérarchie et une verticalité. Le pluralisme juridique dans ce domaine existe dans les faits (pluralisme empirique), mais ce pluralisme est généralement nié par l'État qui y donne ouverture par des mécanismes de reconnaissance généralement limités et contrôlés par lui (ex. : processus de consultation, processus de négociation) (pluralisme « mou » ou *soft*).

Identifiez et énumérez les absences d'interaction des valeurs. Illustrez à l'aide de plusieurs cas exemples de principes précis.

Il existe deux identités construites l'une sans l'autre (p. 10 et p. 13).

Il y a absence de propriété individuelle en matière immobilière chez les Innus. L'organisation de l'espace en territoires familiaux est une notion absente du droit étatique, tel qu'il se dégage de la législation (sauf peut-être pour les réserves à castor – mais l'idée que les réserves à castors aient permis d'intégrer en droit étatique le principe des territoires familiaux tel qu'il se dégage du droit innu est contestable (source : explications de Sylvie Vincent sur la portée des récits oraux). Les mécanismes parallèles (processus de négociation entre le Québec et les Innus) n'ont jusqu'ici pas permis d'intégrer ou de reconnaître le concept de territoires familiaux par le droit étatique.

Par ailleurs, le principe du développement économique, lorsqu'il est lié à la marchandisation des ressources (valeur) (p. 12), comme il se présente en droit étatique, est absent du droit coutumier innu. Cette conception différente du développement est une des distinctions principales entre le droit coutumier innu, tel qu'il ressort des récits oraux, et le droit québécois, tel que le révèlent les lois en matière d'accès et de gestion du territoire.

Identifiez et illustrez par plusieurs cas ou exemples précis les effets de l'interaction entre les acteurs sur les ordres juridiques autochtone ET étatique (exemple : reconnaissance, suppression, amputation, déformation, hybridation, harmonisation, unification etc.)

Les effets se manifestent sous forme de conflit(s), menant éventuellement à des procès ou à des négociations, ou les deux. Lors de procès, il y a risque d'acculturation juridique, parce que c'est un juge formé en droit étatique qui sera appelé à trancher le litige. Or, le juge comprendra et abordera la situation conflictuelle entre les ordres juridiques à travers le prisme culturel qui est le sien (généralement étatique). Le tout est susceptible de mener à des résultats décevants pour la partie autochtone, qui risque de subir une suppression ou amputation des principes issus de son ordre juridique.

On constate une reconnaissance limitée de certains principes innus à l'échelle constitutionnelle (étatique), mais pas dans les nombreuses lois québécoises en matière d'accès et de gestion des terres. Cette reconnaissance constitutionnelle limitée s'est exprimée dans la common law constitutionnelle portant sur le titre ancestral ou les droits culturels, lesquels ont été reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La common law constitutionnelle définit le titre ancestral comme un droit intersociétal, soit un droit issu de la common law et de la « perspective autochtone ». Cependant, les ordres juridiques autochtones servent ici comme élément de preuve pour démontrer le fait de l'occupation antérieure des autochtones sur leurs terres (*Tsilqot'in*, par. 31). Les règles de preuve ont également fait l'objet d'assouplissement au fil des décisions de manière à permettre aux peuples autochtones de faire valoir devant les tribunaux de l'État la preuve de leur occupation historique des terres par la tradition orale. Les obstacles rencontrés par les Innus pour faire valoir leurs droits et démontrer leur occupation historique des terres sont majeurs, comme le démontrent les nombreuses poursuites entamées dans les dernières années et qui n'ont pas abouties par une reconnaissance de leurs droits constitutionnels à ce jour.

Enfin, dans sa politique en matière de négociation, l'État québécois affirme qu'il cherche à établir des relations harmonieuses avec les Innus (p. 14). Cette volonté de maintenir des relations harmonieuses demeure largement symbolique, puisque ces relations doivent s'exprimer dans le respect des conditions posées par l'État (fin du point 11; p. 14), ce qui ne permet pas – au final – de fonder des relations dont le fondement est le respect mutuel.

V. Les valeurs

- 1. Identifiez et énumérez les interactions et les processus formels ou informels dont elles résultent (exemple : imposition, négociation, consultation, accord mutuel, emprunt etc.). Illustrez les interactions et leurs processus à l'aide de plusieurs cas ou exemples de valeurs précis.**

Il n'y a pas d'interaction sur le plan juridique (au sens strict) entre les valeurs des deux systèmes juridiques, mais plutôt des évolutions en parallèle. Par exemple, d'un côté le droit innu identifie la « responsabilité » comme valeur dominante de l'organisation territoriale, tandis que le droit étatique met le « droit » ou sa « compétence » au cœur de son rapport à la terre et au territoire, avec un accent sur le libéralisme et le libre accès au territoire, celui-ci étant considéré comme étant « public » (car appartenant à la Couronne). Cela dit, certaines valeurs innues et québécoises sont partagées ou identiques (ou quasi identiques). Ce sera le cas de la conservation, du respect et de la durabilité. Chacune de ces valeurs n'occupe pas la même place dans les ordres juridiques étudiés. Il semble donc y avoir accord mutuel, mais partiel, sur certaines valeurs sous-jacentes. Les informations à notre disposition ne permettent pas de montrer quelque influence que ce soit de l'un sur l'autre; ces valeurs semblent donc s'être développées en parallèle et sont partagées de manière involontaire ou accidentelle. Enfin, il y a de profonds désaccords sur certaines valeurs. La marchandisation et l'appropriation des terres et des ressources ne sont pas des valeurs partagées par l'ordre juridique innu, tel qu'il ressort de son droit coutumier et des récits oraux.

Les négociations territoriales et territoire

Déterminer les interactions entre les valeurs des deux systèmes étudiés importe de ne pas figer la tradition juridique autochtone dans le temps mais de comprendre les effets de la colonisation qui perdure. Les valeurs sont fragilisées dans l'ordre juridique autochtone car elles sont constamment mises en état de survie face à une société dominante qui impose sa philosophie et sa conception du monde par différents stratagèmes au niveau systémique. Il y a une confrontation constante entre les valeurs antinomiques des ordres juridiques étatique et autochtones. Bien qu'il y ait des tentatives de faire des accords mutuels (traités, ententes) les processus menant à ces accords renforcent l'imposition des valeurs d'un système sur un autre. Cela se vit constamment sur le territoire et est démontré par les entretiens effectués auprès des gardiens de territoires.

La réserve

Les valeurs sont confrontées également au sein des nations elles-mêmes. Les entretiens démontrent que les membres s'opposent de manière récurrente aux décisions qui sont prises par les conseils de bande en matières de gestions et d'accès au territoire à travers les règles d'innu aitun par exemple.

Ces règles sont remises en questions car elles reflètent souvent la philosophie libérale et instrumentale de la société dominante et dévalorise les valeurs inspirées des ancêtres.

Cours de justice

Bien qu'il semble exister un lieu où les valeurs propres à chacun des ordres risque d'avoir le plus d'espace et d'opportunité pour s'exprimer, les valeurs de chacun des ordres sont constamment en confrontation car le système judiciaire favorise cette course à la reconnaissance. Dépendamment des décisions, les valeurs de la société dominante s'effacent rarement au profit des valeurs des ordres juridiques autochtones mais il y a des phénomènes d'emprunt et de consultation afin favoriser une meilleure compréhension des enjeux discutés au sein des instances et des audiences.

2. Identifiez et énumérez les absences d'interaction des processus. Illustrez à l'aide de plusieurs cas ou exemples de valeurs précis.

Les valeurs sont intimement liées à la culture de chacune des sociétés étudiées. Par exemple, chez les Innus, on trouve ces valeurs exprimées dans le vocabulaire utilisé dans les récits oraux innus; elles sont perceptibles aussi dans le sous-texte qui exprime la pensée traditionnelle innue à l'égard de la terre, de son environnement, du milieu. Cela tend à montrer une absence d'interaction entre ces valeurs, à moins d'une influence cachée et difficile à déceler au premier abord.

Par ailleurs, l'approche innue à l'égard des intrus ressemble aux relations qui régissent les États et leur rapports aux étrangers. La ressemblance est cependant limitée, puisque dans un cas les valeurs s'expriment à l'intérieur d'un État, tandis que l'approche innue concerne les rapports entre nations (plutôt qu'entre États). Il existe par conséquent des ressemblances entre les valeurs qui sous-tendent les deux ordres juridiques, mais les explications et les applications demeurent différentes, et s'expriment vraisemblablement sans se croiser.

3. Identifiez et illustrez par plusieurs cas ou exemples précis les effets de l'interaction entre les valeurs sur les ordres juridiques autochtone ET étatique (exemple : reconnaissance, suppression, amputation, déformation, hybridation, harmonisation, unification etc.)

Il est difficile d'aborder les effets des interactions, puisqu'il ne semble pas y en avoir : il y aurait plutôt incompréhension et/ou ignorance réciproque.

La prise en compte des valeurs de l'ordre juridique étatique par le droit innu ne ressort pas du droit coutumier innu. Il faut inclure d'autres modes de régulation à même l'étude du droit innu (ex. : ERA, ERTG) pour voir que les valeurs de l'ordre juridique québécois ont pour effet principal de supplanter les valeurs issues du droit innu. Certaines des valeurs partagées (ex. : conservation) peuvent se retrouver dans de telles ententes. Ces valeurs semblent cependant avoir été déformées ou harmonisées avec le droit étatique. En d'autres termes, chaque valeur sous-tendant l'ordre juridique d'une des sociétés est vu, conçu et perçu par l'autre société à travers sa propre culture (ou ses propres valeurs).

Les négociations territoriales et territoire

L'imposition des valeurs de l'ordre étatique mène à un processus d'acculturation et d'assimilation des Premiers peuples. Parfois l'imposition favorise une certaine négociation entre les valeurs et les cultures de chacun afin de tenter une harmonisation. Cependant cela échoue plus souvent qu'autrement parce que les sémiologies propres à chacun ne se rencontrent pas.

La réserve

Les valeurs de la société dominante sont intériorisées et reproduites au sein des conseils de bande qui à leur tour les imposent à leurs membres. Le processus d'acculturation est constant et certains des membres et des aînés qui connaissent les traditions et les récits se sentent constamment invalidés et délégitimés au sein de leurs communautés. La transition de l'oral à l'écrit a transféré les pouvoirs et les processus de transmission des valeurs aux administrateurs et aux avocats.

Cours de justice

La justice est une valeur centrale au deux ordres étudiés mais d'autres valeurs viennent souvent porter atteinte à cette valeur. Souvent les valeurs de l'ordre juridique autochtone vont être déformées afin d'être plus facilement intégrées au sein des valeurs de la société dominante. Le principe de souveraineté va être redéfini afin de se conformer et ne pas porter atteinte à la souveraineté étatique.

PARTIE 3 : ANALYSE COMPLÉMENTAIRE DES INTERACTIONS ENTRE LES ORDRES JURIDIQUES

I. Réactions des acteurs autochtones et étatiques.

1. Comment les interactions entre les ordres juridiques sont-elles perçues et vécues par les acteurs ? Illustrez votre analyse à l'aide de plusieurs exemples.

Il y a généralement indifférence, ignorance, voire négation de la part de l'État à l'égard de l'ordre juridique autochtone.

Il est possible qu'il y ait résignation ou acculturation juridique de la part des acteurs innus ou de certains d'entre eux, il y a également présence de contestation (mais cet élément est implicite ou doit être extrapolé de la tradition orale puisqu'aucun récit n'en fait mention de manière expresse – cela se dégage de l'obligation de protéger, de prendre soin, etc.). Les mécanismes imposés par l'État sont parfois repris et adaptés par les peuples autochtones pour y faire cheminer leurs conceptions du monde (juridique ou autre) (ex. : conseils de bande), lorsque des accommodements ou des modifications à l'ordre juridique étatique ne sont pas directement revendiquées ou demandées. Les récits oraux ne montrent pas comment le droit étatique a été adapté dans ce cas-ci ni comment se manifestent les formes de contestation et de revendication contemporaines.

II. Autres aspects de l'interaction entre les ordres juridiques

Quels autres aspects ou enjeux de l'interaction entre les ordres juridiques jugez-vous pertinents et pourquoi ? Illustrez par des exemples les points soulevés.

Une étude plus approfondie de l'histoire canadienne et des politiques adoptées touchant les premiers peuples serait importante car elle permettrait de mieux situer les types d'interactions qui émergent entre les ordres juridiques. Cette approche permettrait d'étudier les interactions dans l'optique des dynamiques coloniales, acculturantes et assimilatrices qui les caractérisent.

ANNEXE A : SCHÉMA ANALYTIQUE DE LA PRÉSENTATION

THEME				
RÉGION / CAS				
Étape 2 : Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les cultures et les systèmes juridiques étatique et autochtone ?				
VARIABLES	EXEMPLES D'INTERACTION ENTRE LES SYSTÈMES JURIDIQUES	EFFET DE L'INTERACTION SUR LES SYSTÈMES JURIDIQUES	RÉACTIONS DES ACTEURS ÉTATIQUES ET AUTOCHTONES À CES INTERACTIONS	COMMENTAIRES DES CHERCHEURS
<p>Valeurs / croyances</p> <div style="text-align: center; margin: 10px 0;">  </div>	<p>Ignorance/indifférence/ évolution en parallèle;</p> <p>-Opposition entre les valeurs dominantes de chaque système;</p> <p>-Valeurs dominantes du système innu équivalentes aux valeurs minoritaires du système québécois (significations</p>	<p>Imposition des valeurs du système dominant;</p> <p>- Ignorance mutuelle;</p> <p>- la présence de valeurs dominantes opposées a des effets sur les interactions entre règles, les acteurs, les processus choisis pour</p>	<p>conflits/revendications/ résignation potentielle/acculturation potentielle des Innus</p> <p>- harmonisation recherchée aux conditions de l'État;</p> <p>- recherche d'accommodement par l'État via des</p>	

	<p>potentiellement différentes des valeurs; équivalence accidentelle ou involontaire);</p> <p>- Au final : imposition des valeurs dominantes du système juridique dominant.</p> <p><i>Cours de justice</i></p> <p>-Imposition des valeurs et parfois déformations des valeurs afin de les adapter à l'ordre dominant.</p> <p>-Parfois harmonisation quand les règles de procédure permettent l'expression de chacune des sémiologies</p>	<p>aménager une coexistence pacifique.</p> <p><i>Cours de justice</i></p> <p>-Intériorisation des valeurs du système dominant, acculturation du système dominé et assimilation.</p>	<p>mécanismes de négociations;</p> <p>- existence d'un système de droit parallèle à celui de l'État (droit coutumier parfois codifié et mis à jour), qui demeure endogène, qui se limite souvent à des pratiques infra-politiques et se trouve à être confiné par l'État dès lors que se présentent des contradictions entre les règles des deux systèmes de droit en matière d'accès aux ressources.</p> <p><i>Cours de justice</i></p> <p>-Conflit, revendication ou résignation.</p> <p>- harmonisation recherchée selon les</p>	
--	--	---	---	--

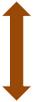
			valeurs de l'État et ses processus de reconnaissance.	
<p>Principes</p> 	<p>Existence de principes similaires ou partagés entre les deux systèmes (équivalents) (ex. : propriété collective) – mais dont les modalités précises diffèrent (ex.; titulaire de la propriété collective).</p> <p>- emprunt du droit étatique au droit innu (le territoire comme caractéristique identitaire);</p> <p>- importance de la législation en droit étatique, ce qui indique la volonté du législateur d'imposer ses règles sur</p>	<p>- invisibilité générale de l'ordre juridique innu par le droit étatique qui nie généralement l'existence du premier;</p> <p>- capacité de l'État d'intégrer dans son ordre juridique des concepts et des principes équivalents aux siens (ce qui n'est pas fait pour les Innus, mais ce qui a été fait pour d'autres nations au Québec – ex. reconnaissance des territoires familiaux des cris);</p>	<p>Recherche de mécanismes accentuant la visibilité du système juridique innu (rédaction de codes de pratiques);</p> <p>- Pratiques <i>infrapolitiques</i>;</p> <p>- résistance, résignation, contestation.</p> <p>Acceptation générale du double rôle du conseil de bande par pragmatisme, par résignation ou acculturation, présence parallèle de mouvements</p>	<p>Même si des principes ont des traits communs, le droit étatique et le droit innu s'ignorent; ce qui résulte en une imposition du droit étatique sur le droit innu et en une hiérarchie manifeste entre les deux.</p>

	l'ensemble du territoire et à tous.	Possibilité de déformation du droit innu par le droit québécois en cas de mauvaise compréhension du droit innu (ex. : réserves à castors).	de contestation et de résistance; - Autocensure des représentants innus dans les forums officiels concernant les êtres immatériels ou l'existence de pouvoirs immatériels ou spirituels chez certains acteurs (chamanes, etc.)	
Règles 	Imposition du droit québécois sur le droit innu avec ouverture à des mécanismes qui visent à diminuer cette imposition (consultation, négociation) et accroître parallèlement la légitimité du droit québécois; -Présence d'accords mutuels. - Dans les négociations territoriales, les règles	Adéquation accidentelle ou involontaire de règles en matière foncière (ex. : le caractère collectif; la responsabilité); -Négation générale du système de droit innu par le droit québécois avec exception dans des accords (innu aitun) ou par des processus de	-Auto-amputation ou autolimitation (autocensure) parfois menant à l'auto-invalidation et dévalorisation de certains aspect des aspects du droit innu (camouflage de règles non compréhensibles pour les agents de l'État – ex. : immatérialité, spiritualité) (présence de règles, d'acteurs, de	- Intégration de règles du droit innu possible en droit québécois, mais inexistante à l'heure actuelle dans les lois, les politiques de l'État et la common law constitutionnelle. - C'est à ce niveau que les souverainetés s'entrecoupent et s'opposent. C'est la question que les cours de justice se verront

	<p>étatiques touchant le régime foncier sont imposées sur l'Innu tipenitamun.</p> <p>Cours de justice</p> <p>- Tentative d'emprunt de la part du droit étatique des règles du droit autochtone en matière de gestion et règlement des conflits.</p>	<p>consultation (accommodements).</p> <p>- l'Innu tipetitamun est modifié, réifié, modelé ou marchandé afin qu'il s'inscrive dans le régime de la propriété privée en étant subdivisé en fief simple.</p> <p>Cours de justice</p> <p>- Harmonisation des règles des deux ordres juridiques dans le déroulement des instances.</p> <p>- Unification et une certaine reconnaissance des règles propres à chacun des ordres.</p>	<p>processus dans les récits oraux qui ne sont jamais présentés dans les requêtes, dans les processus formels de négociation ou de consultation en raison de leur caractère immatériel et de l'incapacité des agents de l'État à accepter et comprendre ces pratiques).</p> <p>Cours de justice</p> <p>-Revalidation et auto-valorisation des traditions juridiques de l'ordre endogène.</p> <p>-Actualisation des règles et mise en œuvre de nouvelles entités permettant leur déploiement (ex. :tribunal autochtone d'Akwesasne)</p>	<p>dans l'obligation d'aborder ultérieurement car les Premiers peuples refusent d'y renoncer.</p> <p>Cours de justice</p> <p>La réception de l'ordre juridique autochtone et l'introduction de règles facilitant son effectivité dépendra de la manière d'appliquer ces règles. Les lignes directrices en matière de procédure dans les instances impliquant des Premiers peuples sont une belle avancée mais si leur application doit également respecter les ordres juridiques et leurs épistémologies.</p>
--	--	--	---	--

<p style="text-align: center;">Acteurs</p> <p style="text-align: center;">↑ ↓</p>	<p>Imposition du modèle de gouvernement étatique;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ignorance ou négation par l'État du modèle de gouvernement issu du droit coutumier (aucune reconnaissance dans la loi ou dans les autres mécanismes formels (négociation, conflit judiciaire, consultation); - Ignorance ou négation des acteurs immatériels ou spirituels. <p><i>Cours de justice</i></p> <p>Les interactions de déploient soit de manière verticale ou purement hiérarchique et horizontale dépendamment de la place laissée à l'assouplissement des règles de preuve, de</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Remplacement officiel du système de gouvernement innu par le système étatique imposé; - Modulation (dans une certaine mesure) du système officiel aux principes fondamentaux de l'ordre innu, ce qui amène parfois le conseil de bande à tirer ses pouvoirs d'une double source : une source formelle et imposée et une source inhérente (souveraineté innue). <p>Dans ce contexte, le conseil de bande peut être appelé à exercer des pouvoirs délégués (verticalité) comme des pouvoirs inhérents (horizontalité).</p> <p>Cependant, sa légitimité est questionnée par les</p>	<p>Aucune trace des êtres immatériels ou des pouvoirs immatériels dans le droit étatique, ce qui indique une autocensure de la part des Innus, un silence et parfois une auto-invalidation de son propre ordre juridique menant graduellement à l'acceptation et l'intériorisation de l'ordre étatique afin de favoriser l'entente ou le partage du territoire.</p>
--	--	---	---

	<p>l'admissibilité de la tradition et de l'histoire orale et de la discrétion des juges.</p>	<p>gardiens de territoire et les familles qui exercent traditionnellement ces pouvoirs inhérents en matière d'accès à la terre et aux ressources.</p> <p>-affirmation de l'ordre juridique innu sur le territoire et négociation (cas par cas) sur le territoire entre les acteurs innus et étatiques.</p> <p><i>Cour de justice</i></p> <p>Imposition des règles procédurales et de l'épistémologie du système judiciaire canadien.</p> <p>-Déformation de l'ordre juridique autochtone afin qu'il cadre avec les règles de la Cour.</p>		
--	--	--	--	--

		- Invalidation de l'ordre juridique autochtone en amalgamant histoire orale et oui-dire et tradition orale et croyance.		
<p>Processus, rituels, cérémonies</p> 	<p>Le processus étatique s'impose aux Innus par la législation. Certains mécanismes visent à diminuer l'unilatéralisme de l'État, mais ils sont eux-mêmes fortement encadré par le droit étatique;</p> <p>- Formellement, l'État ne fait pas de place aux processus décisionnels coutumiers des innus, à moins qu'ils ne fassent l'objet d'une reconnaissance formelle (via entente, via le tribunal).</p>	<p>- Ignorance, indifférence, voire négation des processus, rituels ou cérémonies innues par le droit québécois;</p> <p>- ouverture du droit québécois à l'égard du droit innu dans le cadre de mécanismes contrôlés par l'État ou reconnus par celui-ci;</p> <p>- divers mécanismes reconnus dans les deux ordres juridiques : force, résolution pacifique des conflits, discussion, ruses et stratégies, consultation,</p>		

	<p><i>Cours de justice</i></p> <p>Le déroulement des instances dans les cours est prévu par le droit étatique, les processus de représentation et les éléments de procédures sont déterminés et imposés par le droit étatique.</p>	<p>négociation. Toutefois, ces mécanismes s'appuient sur des conceptions différentes du monde, sur des valeurs et des principes différents, ce qui fait en sorte que la manière d'y faire appel diffère et peut entraîner des difficultés dans la pratique (qui, quand et pourquoi doit-on négocier, sur quelles bases...).</p> <p><i>Cours de justice</i></p> <p>Si l'espace libéré au sein des cours de justice permet la présentation des ordres juridiques autochtones tels qu'ils s'incarnent et à travers leur épistémologie et savoirs sapientiels propres, cela a pour</p>		
--	---	---	--	--

		effet de revalider, revaloriser et réintégrer ces derniers comme source juridique inhérente au sein du système judiciaire canadien.		
Autres				

ANNEXE B : BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

- ATKINSON, Judy (1990), "Violence in Aboriginal Australia: colonisation and gender." *Aboriginal and Islander health worker journal*, vol. 14.2.e
- BATTISTE, Marie et HENDERSON, James (Sa'ke'j) Youngblood (2003), *Protecting Indigenous Knowledge and Heritage : A Global Challenge*, Purich Publishing, Ltd., Saskatoon, 323 p., p.21-34.
- BÉDARD, Hélène (1988), *Les Montagnais et la réserve de Betsiamites, 1850-1900*, Institut québécois de recherche sur la culture : Ville Saint-Laurent, Québec, Distribution, Diffusion Prologue.
- BELLENGER, L. (2011), *La négociation*, Paris : Presses universitaires de France.
- BURELLE, Julie (2014), *Encounters on Contested Lands: First Nations Performances of Sovereignty and Nationhood in Quebec*, thèse de doctorat, University of California, San Diego, 2014, 212 pages.
- BOISVERT, Y., K. Prémont (2003) *Les méthodes de consultations publiques : analyse et description*, Québec : ENAP/Laboratoire d'éthique publique, p. 6.
- BORROWS, J. (2002), *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Laws*, Toronto: Toronto University Press, p. 11-137.
- BORROWS, John, (2010), *Canada's Indigenous Constitutions*, University of Toronto Press, Toronto, p. 23.
- BOURGE, R., et THUDEROZ, C. (2002), *Sociologie de la négociation*, Paris : La découverte.
- CANNON, Martin, J., SUNSERI, Lina (Éds) (2011), *Racism, Colonialism, and Indigeneity in Canada*, Oxford University Press, Ontario, 284 p.
- CARBONNIER, Jean (1978), "Pluralisme juridique", dans ALLAND, D., RIALS, S. (dir.) (2003), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, p. 1158-1159.
- CARLSON, Hans M. (2004), « A Watershed of Words : Litigating and Negotiating Nature in Eastern James Bay, 1971-75 », *The Canadian Historical Review*, Vol. 85, no 1, p. 63-84.
- COMITÉ DE LIAISON ENTRE LA COUR FÉDÉRAL ET LE BARREAU EN DROIT DES AUTOCHTONES, *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, avril 2016.
- COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES (1996), *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Un passé, un avenir*, Vol. 1, 801 p. xxvi-xxvii.
- CORNEILLIER, Bruno (2015), *La « chose indienne » : Cinéma et politiques de la représentation autochtone au Québec et au Canada*, Nota Bene, Montréal.
- CORNU, G. (2011), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, p. 1000-1001.

COULTHARD S. Glen (2014), *Red Skin White Masks : Rejecting the Colonial Politics of Recognition*, University of Minnesota Press, Minneapolis.

COULTHARD, Glen S. (2007), « Subject of Empire : Indigenous Peoples and the 'Politics of Recognition' in Canada », 2007: 6 *Contemporary Political Theory* 437–460.

D'AVIGNON, Mathieu (dir.) (2014), *Tshinanu, nous autres, et moi qui appartiens aux trois Amériques: entretiens de l'anthropologue Caroline Hervé avec Jacques Kurtness, négociateur Innu de Mashteuisatsh*, de la collection "Entretiens", Québec : Presse de l'Université Laval.

DELORIA, Jr., Vine (1979), *The Metaphysics of Modern Existence*, Harper and Row, San Francisco.

ELIAS, Brenda, et al. (2012), « Trauma and suicide behaviour histories among a Canadian indigenous population: an empirical exploration of the potential role of Canada's residential school system », *Social Science & Medicine* 74.10 : 1560-1569.

FALK MOORE, S. (1973), « Law and Social Change : The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, vol. 7(4) : 719.

FANON, Frantz (1961), *Les damnés de la terre*, Paris : Maspéro.

FIXICO, Donald L. (2009), *The American Indian Mind in a Linear World: American Indian Studies and Traditional Knowledge*, Routledge : New York, p. 21-39.

FLANAGAN, Tom, ALCANTARA, Christopher et LE DRESSAY André (2010), *Beyond the Indian Act: Restoring Aboriginal Property Rights*, McGill-Queen's Press-MQUP.

FOURNIER, A. (2011), « L'adoption coutumière autochtone au Québec : quête de reconnaissance et dépassement du monisme juridique », *Revue générale de droit*, vol. 41(2).

FREIRE, Paolo (1996), *Pedagogy of the oppressed*, New York : Continuum

GODBOUT, J., (1983), *La participation contre la démocratie*, Montréal : Éditions coopératives Albert St-Martin.

SMITH, Donald B. (2014), « MacDonald's Relationship with Aboriginal Peoples », in DUTIL, Patrice, HALL, Roger (éds.) (2014), *MacDonald at 200: New Reflections and Legacies*, Dundurn : Toronto.

HOBBS, T., (1993) [1642], *Le citoyen ou les fondements de la politique*, Paris : Flammarion, chap. I, §3.

HUTCHINS, Peter (2001) « Promises to Keep: The Implications of *Mitchell v. M.N.R.* », texte préparé pour une conférence au *Pacific Business and Law Institute*, Vancouver, 7 décembre 2001.

HUTCHINS, Peter et WHITESIDE, Tanya (2004), « Mixed Message, Double Standards, Eurocentrisme and High Hurdles: Evidentiary Challenges in Aboriginal Litigation », présentation effectuée pour *The Continuing Legal Education Society of British Columbia*.

INNU NATION and MUSHUAU INNU BAND COUNCIL (1995), *Gathering Voices : Finding Strength to Help Our Children*, Vancouver, Douglas and McIntyre.

IRLBACHER-FOX, Stephanie (2009), *Finding Dahshaa : Self-Government, Social Suffering, and Aboriginal Policy in Canada*, Vancouver : University of British Columbia Press.

JUNEAU, Matthieu (2009), « La notion de droit commun en droit civil québécois » mémoire de maîtrise, Université Laval, Québec.

JUTRAS, D. (2008), « Culture et droit : le cas du Québec », in Grimaldi, M., (dir.), *Droit et culture*, t.LVIII. Bruxelles : Bruylant.

KIRMAYER, Laurence J., BRASS Gregory M. et TAIT, Caroline L. (2000), « The mental health of Aboriginal peoples: Transformations of identity and community », *The Canadian Journal of Psychiatry* 45.7 p. 607-616.

KULCHYSKI, Peter (ed.). (1994), *Unjust Relations: Aboriginal Rights in Canadian Courts*, Toronto : Oxford University Press.

LAWRENCE, Bonita (2011), « Rewriting Histories of Land: Colonization and Indigenous Resistance in Eastern Canada », dans CANNON, Martin, J., SUNSERI, Lina (Éds) (2011), *Racism, Colonialism, and Indigeneity in Canada*, Oxford University Press : Ontario, p. 68-80.

LITTLE BEAR, Leroy (2000), « Jagged Worldviews Colliding », dans BATTISTE, Marie, (éd.), *Reclaiming Indigenous Voice and Vision*, UBC Press, Vancouver, p.77-85.

MAMDANI, Mahmood (2012), *Define and rule: Native as political identity*, Harvard University Press, Boston.

MANAÏ, Dominique (1993), « Acculturation », dans André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

MOORE, Falk S. (1973), « Law and Social Change : The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, vol. 7(4).

MOUTOUH, Hugues (2003), « Pluralisme juridique », dans Alland, D., S. Rials, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF.

NAPOLEON Val (2013), « Thinking about Indigenous Legal Orders », *Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism*, Springer : Netherlands, p.229-245

OTIS, Ghislain (2011), « Identitarisme, droits ancestraux et néocolonialisme: Le système de la Cour suprême », *Recherches amérindiennes au Québec*, XLI, no.1, p. 115-118.

OTIS, Ghislain (2012), « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », dans OTIS, Ghislain (dir.) (2012), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala : Paris.

PALMATER, Pamela (2015), *Indigenous Nationhood: Empowering Grassroots Citizens*, Fernwood Publishing : Winnipeg, 250 p

Pekuakamiulnuatsh Takuhikan (2012), *Principes en matière du développement minier sur le Tshitassinu*.

PELCHAT, Y., « L'appel à la participation : une vision privatisée de l'inégalité ? », *Nouvelles pratiques sociales*, vol.22 (2) : 116.

PLATE, Liedeke (2015), « Amnesiology: Towards the study of cultural oblivion », *Memory Studies*, p 1-13.

REID, H. (2015), *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd. Montréal, Wilson & Lafleur.

RICHARDSON, Boyce (1972), *Baie-James: Sans mobile légitime*, Outremont : Les éditions L'étincelle.

RICOEUR, Paul (1995), *L'herméneutique à l'école de la phénoménologie*, Beauchesne : Paris.

ROCHER, G. (1988), « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers de droit*, vol. 29(1) : 96.

ROULAND, Norbert (2003), « Acculturation juridique », dans ALLAND, Denis et RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Presses universitaires de France.

ROSS-TREMBLAY, Pierrot et HAMIDI, Nawel (2013), « Les écueils de l'extinction: Les Premiers peuples, les négociations territoriales et l'esquisse d'une ère postcoloniale », *Recherches amérindiennes au Québec*, Vol. 43.1, p. 51-57.

SACCO, Rodolfo (1990), « La circulation des modèles juridiques », dans *Congrès international de droit comparé (13^e : 1990 : Montréal, Québec), Rapports généraux au XIII^e Congrès international de droit comparé = General reports to the XIIIth International Congress of Comparative Law*, Cowansville : Éditions Yvon Blais.

SAMSON, Colin (1999), « The dispossession of the Innu and the colonial magic of Canadian liberalism », *Citizenship Studies* 3.1 (1999): 5-25

SAMSON, Colin (2001), « Sameness as a requirement for the recognition of the rights of the Innu of Canada: the colonial context », dans COWAN, Jane, DEMBOUR, Marie-Benedicte and WILSON, Richard (Eds), *Culture and Rights: Anthropological Perspectives*, Cambridge : Cambridge University Press, p. 226-248.

SAMSON, Colin et CASSEL, Liz (2013), « The long reach of frontier justice: Canadian land claims 'negotiation' strategies as human rights violations », *The International Journal of Human Rights* 17.1 (2013): 35-55

SAMSON, Colin (2016), « Canada's Strategy of Dispossession: Aboriginal Land and Rights Cessions in Comprehensive Land Claims », *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 31 : 1.

SAVARD, Rémi (2002), « Les peuples américains et le système judiciaire canadien: Spéléologie d'un trou de mémoire », *Canadian journal of law and society*, 17.02, p. 123-148.

SCHULTE-TENCKHOFF, Isabelle (1998), « Reassessing the Paradigm of Domestication: The problematic of Indigenous Treaties », *Review of Constitutional Studies*, 4.2, 239-89.

SHAH, Sonia (2012), « Judge Rules Rape of Aboriginal Woman 'Traditional' », *Women E-News*, 29 novembre, site : <http://womensenews.org/2002/11/judge-rules-rape-aboriginal-girl-traditional/>. Accédé le 1 novembre 2016.

SMITH, Andrea (2015), *Conquest: sexual violence and American Indian genocide*, Duke University Press.

TAYLOR, C., (2009) [1992], *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris : Flammarion.

THUDEROZ, C. (2000), *Négociations*, Paris : Presses universitaires de France.

THUDEROZ, C. (2010), *Qu'est-ce que négocier?*, Rennes : Presses universitaires de Rennes.

THIBEAULT, A. (1986), « La consultation publique, au-delà du symbole », *Loisir et société*, vol. 9(1) : 11-32.

THIBEAULT, A. (1991), *Comprendre et planifier la consultation publique*, Montréal : Bureau de consultation de Montréal.

VALIENTE, Guiseppe (2016), *Un premier tribunal autochtone au Canada*, Le Devoir. Date de publication: 3 octobre 2016.

WATSON, Alan (1996), « Aspects of Reception of Law », 44 *Am. J. Comp. L.* 335-351.

WITTGENSTEIN, L. (2006), *De la certitude*, Paris : Gallimard.

Jugements

Calder et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique, [1973] R.C.S. 313.

Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010

Hameau de Clyde River et al c. Petroleum, « Geo-Services Inc. », PCS et al. (2015), C.A.F. 179.

Le Chef Max "One-Onti" Gros-Louis et autres c. La Société de développement de la Baie-James et autres, [1974] R.P. 38

Mitchell c. M.N.R., (1997), 134 F.T.R. 1, p. 28-29.

Nation Haïda c. Colombie- Britannique (Ministre des forêts), [2004] 3 R.C.S. 511

Première nation Cree Mikisew c. Canada (Ministre du patrimoine canadien), [2005] 3 R.C.S. 388.

Première nation d'Alderville c. Canada, 2015, C.F. 920, para. 17.

Première nation Tlingit Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet), [2004] 3 R.C.S. 550

Reference Weather "Indians" Includes "Eskimo", [1939] S.C.R. 104

R. c. Adams, [1996] 3 R.C.S. 101.

R. c. Sparrow [1990] 1 R.C.S. 1075

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507, para 45 cité dans *Mitchell c. M.N.R.*, (1997), 134 F.T.R. 1 p. 35.

Simon c. La Reine [1985] 2 R.C.S. 387

St-Catherine's Milling and Lumber Co. v. R. (1887) 13 S.C.R. 577

Ententes

Entente finale de la Première nation Tsawassen

Entente finale de la Première nation Yale

Entrevues

Entrevue (01-int-15-07-2016)

Entrevue (02-int-15-07-2016)

Entrevue (02-int-17-07-2016)

Entrevue (03-int-17-07-2016)

Entrevue (04-int-21-07-2016).

Entrevue (05-int-02-07-2016)

Entrevue (06-int-04-08-2016)

Entrevue (07-int-10-08-2016)

Entrevue (08-int-15-09-2016)

Entrevue (09-int-15-09-2016).

Entrevue (10-int-22-07-2016)

Entrevue (11-int-22-07-2016)

Entrevue (12-int-22-07-2016)

Entrevue (13-int-14-07-2016)

Entrevue (14-int-07-05-2016)

Entrevue (16-int-01-07-2016)

Entrevue (17-int-17-07-2016).

ANNEXE C : MANUSCRIT RÉDIGÉ À PARTIR DES DONNÉES RECUEILLIES.

I. LES INTERACTIONS FORMELLES

Cette partie concernant l'analyse des interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone au niveau judiciaire n'a pas la prétention d'être exhaustive. Cependant, elle avait pour objectif d'analyser certaines causes importantes portant sur l'accès au territoire et à la gestion des ressources naturelles, et ce, en vue d'en faire émerger les interactions entre les ordres juridiques. Bien que ces causes ne touchaient pas explicitement les Innus, nous souhaitons décloisonner notre analyse et sortir des frontières limitatives en élargissant notre regard aux Premiers peuples au Canada. S'intéresser aux jugements est important car ils constituent la base des arguments légaux dans les sphères où les ordres juridiques interagissent informellement. Maintenant, insister sur les jugements de la Cour fédérale ou ceux de la Cour suprême est stratégique. En effet, les décisions touchant le titre ancestral, le territoire et les ressources furent largement adressées par ces cours; ce sont également ces décisions qui ont été citées de manière récurrente lors des négociations sur le terrain et à titre de référence en matière de droit. De plus, les recours judiciaires devant ces cours sont souvent présentés comme l'alternative aux modes informels de résolution des conflits ou lorsque les négociations territoriales n'avancent pas. Il importait donc de bien qualifier les types d'interactions qui les habitent. C'est également en discutant des processus de négociations territoriales avec plusieurs acteurs des Premiers peuples et des Conseils de bande que nous avons compris combien le langage judiciaire de la société dominante a été intériorisé par plusieurs leaders issus des Premiers peuples, et ce, souvent au détriment de leur propre tradition juridique invalidée et oubliée.

1. Le judiciaire, les récits oraux et les ordres juridiques autochtones : présentation générale

Au Canada, l'espace où les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone sont considérables se retrouvent principalement au sein des lieux assignés aux revendications des droits (cours de justice), à la négociation sur les enjeux territoriaux (entre Conseils de bande et les différents ordres de gouvernements) et dans la négociation d'ententes particulières avec certaines sociétés d'état ou corporations (ex. : Hydro-Québec, minières, pétrolières et autres). C'est en portant un regard attentif à ces sphères particulières qu'il sera possible de qualifier les types d'interaction qui émergent des différents ordres juridiques et ce, par l'entremise de l'analyse et la considération des processus, des acteurs, des règles, des principes et des valeurs qui les constituent.

Éléments d'interactions dans l'histoire judiciaire

La jurisprudence abonde sur les questions afférentes au territoire et aux ressources. Elle est généralement considérée comme référence principale en matière de dialogue entre les ordres juridiques étatique et autochtone. Elle illustre également le degré de réceptivité aux épistémologies, au langage et à la sémiotique propres aux Premières peuples quant aux témoignages et argumentaires pendant les audiences. Or, il importe de rappeler certains éléments historiques ayant contribué à construire le cadre épistémologique dans lequel s'inscrivent les interactions contemporaines impliquant les traditions juridiques autochtones, et ce, en vue de qualifier adéquatement la nature des relations en présence.

Les premiers jugements qui ont traité des questions afférentes aux Premiers peuples au Canada, et portant sur un litige aussi crucial que l'extinction du « titre aborigène », furent adressés dans l'arrêt *St-Catherine's Milling* (1887).² Le Conseil privé de l'époque avait qualifié le titre ancestral de droit personnel d'usufruit pouvant être éteint selon la volonté de la Couronne. Cet arrêt fut le premier à discuter du titre ancestral et à interpréter la portée de la *Proclamation Royale* de 1763. Il est à noter que les Premières nations Ojibways et Saulteux, dont les terres étaient touchées, ne furent pas représentées, ne firent aucune intervention dans la cause et n'eurent aucun rôle direct tout au long des audiences. Une telle situation est également survenue dans d'autres arrêts tel que *Re : Eskimos* (1939)³ qui portait sur l'inclusion ou pas des peuples Inuits au sein de la définition d'« Indiens » au sens de l'article 91(24) de *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que cet enjeu ait été un objet de litige entre le Dominion et la province de Québec, il appert que même sur une question aussi essentielle que l'identité, les communautés concernées n'aient pas été interpellées à ce moment, ni même comme tierce partie.

Cette absence des Premiers peuples des débats judiciaires de l'époque sur des questions aussi importantes pour les nations concernées reflète également la mentalité et le projet d'assimilation porté par les principaux acteurs de la vie publique de l'époque, tel que John A. Macdonald.⁴ L'idéologie principale qui dominait était celle de l'acculturation et de la civilisation des Premiers peuples au Canada. Les différentes législations adoptées à cette époque exposent tout autant cet état des choses. Le *Gradual Civilization Act* de 1857 et le *Gradual Enfranchisement Act* de 1869 allaient devenir la *Loi sur les Indiens* de 1876 et opérationnaliser cette vision ségrégationniste visant à exclure les Premiers peuples du paysage politique et judiciaire canadien. Un tel processus avait comme objectif sous-jacent

² *St-Catherine's Milling and Lumber Co. v. R.* (1887) 13 S.C.R. 577

³ *Reference Weather "Indians" Includes "Eskimo"*, [1939] S.C.R. 104

⁴ SMITH, Donald B., (2014), "MacDonald's Relationship with Aboriginal Peoples", in DUTIL, Patrice, HALL, Roger (éds.), *MacDonald at 200: New Reflections and Legacies*, Dundurn, Toronto, p. 58-93.

l'appropriation graduelle des terres au Canada afin d'assurer l'implantation des colonies européennes⁵ et d'ancrer la souveraineté canadienne.

Tel que le démontre *St-Catherine's Milling*, l'interprétation des traités signés entre la Couronne et les Premiers peuples considérait peu ou pas le point de vue de ces derniers sur la portée et la signification de ces ententes. Il fallut attendre jusqu'en 1985 avec l'arrêt *Simon*⁶ pour que la Cour suprême reconnaisse l'importance de considérer l'intérêt et les intentions des Premiers peuples au moment de la signature d'un traité. Vers le début des années soixante-dix, notamment suite à l'arrêt *Calder*⁷, le titre ancestral⁸ reçu une reconnaissance symbolique grandissante. En effet, en dépit de la division parmi les juges de la Cour suprême et du rejet de l'appel, la Cour reconnue (6 des juges) que le titre ancestral des Nisga'a avait une existence juridique. La dissidence du juge Hall à l'effet que le titre continuait d'exister à moins qu'il ait été éteint par une loi expresse et claire est devenu le principe directeur dans les arrêts subséquents.⁹

Cette avancée jurisprudentielle ouvrit un timide dialogue entre les traditions juridiques par la disposition d'un lieu propice au déploiement et à l'articulation des revendications territoriales des Premiers peuples. L'arrêt *Calder* sera précurseur d'une abondante jurisprudence qui allait graduellement à la définition des attributs du titre ancestral.¹⁰ L'arrêt *Delgamuukw* en sera la culmination par l'élaboration d'une série de critères menant à déterminer l'existence d'un titre. Ceci dit, cette jurisprudence allait directement contribuer à modéliser l'architecture de la domestication des droits des Premiers peuples au Canada¹¹, et ce, en modelant le titre aborigène de sorte à ce qu'il se fonde dans le droit étatique canadien et se réconcilie avec la souveraineté canadienne. Des nations souveraines seraient par suite transformées en entités culturelles figées dans l'histoire précoloniale, lesquelles se verraient imposer un fardeau de preuve couteux et longues pour démontrer l'occupation continue des terres et territoires. Une fois démontré, ce titre allait de plus

⁵ SMITH, Donald B., (2014), "MacDonald's Relationship with Aboriginal Peoples", p. 70-71.

⁶ *Simon c. La Reine* [1985] 2 R.C.S. 387

⁷ *Calder et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

⁸ Un titre dont les sources s'inscrivent dans les traditions juridiques autochtones ne découlant et ne dépendant pas d'une loi, d'une ordonnance ou d'une proclamation des pouvoirs législatifs ou exécutifs, *Clader et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, p. 390.

⁹ Voir notamment l'arrêt *R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075.

¹⁰ Les arrêts suivants ont élaboré une jurisprudence abondante sur le concept du titre aborigène au Canada : *Calder et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation Tlingit Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550; *Première nation Cree Mikisew c. Canada (Ministre du patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388.

¹¹ Voir PALMATER, Pamela, (2015), *Indigenous Nationhood: Empowering Grassroots Citizens*, Fernwood Publishing, Winnipeg, 250 p., p. 85-86; KULCHYSKI, Peter (ed.). (1994), *Unjust Relations: Aboriginal Rights in Canadian Courts*, p. 6-19; BATTISTE, Marie, HENDERSON, James (Sa'ke'j) Youngblood, (2003), *Protecting Indigenous Knowledge and Heritage : A Global Challenge*, Purich Publishing, Ltd., Saskatoon, 323 p., p.21-34.

pouvoir être limité par l'État pour une diversité de raisons telles que l'exploitation des ressources naturelles, des évaluations environnementales variées, le développement économique, des mesures d'urgence liées à la sécurité, la protection de la souveraineté ainsi que divers projets de construction. En effet, les procédés de sujétion des traditions juridiques des Premiers peuples se sont effectués par l'intermédiaire de stratagèmes divers dans l'histoire judiciaire et législative canadienne, et ce, par l'édiction, l'écriture, la définition, la contrainte, le refoulement et l'effacement du droit des Premiers peuples.¹²

Il faut bien voir que, sauf exception, les tribunaux ne se prononcent pas sur les questions et les arguments qui ne sont pas débattues devant eux ou qui ne sont pas en litige (règle de la retenue judiciaire). Pour les juges, il semble aussi difficile de prendre adéquatement en compte des traditions juridiques qui s'appuient sur un référentiel cognitif tout autre que le leur en tentant alors l'exercice d'intégrer lesdites conceptions dans des processus d'interaction hiérarchique où le droit étatique fixe, détermine et définit les critères de la légitimité juridique.¹³ Une telle pratique est encore plus difficile lorsque ces mêmes traditions millénaires ne sont considérées à leur juste valeur que dans des champs restreints des communautés et qu'elles demeurent très largement absentes des sphères publique, notamment académique. Néanmoins, une telle perception d'absence et de vide se doit d'être interprétée avec grande prudence et requière une grande réflexivité de la part des chercheurs afin de ne pas mener au constat aisé de l'inexistence ou de la disparition des Premiers peuples. Un tel constat de carence normative requière d'être reconsidéré attentivement à la lumière des puissants filtres historiques et culturels, constitutifs des cultures dominantes, et des déterminants entrant dans la production de l'invisibilité. Seul un changement significatif de paradigme au sein même de la société et de ses institutions peut permettre l'émergence de phénomènes de pluralisme rendant effectif d'autres ordres juridiques.¹⁴

À titre d'exemple, une cause importante au Québec, rendue dans les années soixante-dix, a eu cet effet et fit réapparaître dans l'espace public la présence de d'autres ordres juridiques. En effet, en 1973, le jugement du juge Malouf dans la cause *Le Chef Max "One-Onti" Gros-Louis et autres c. La Société de développement de la Baie-James et autres*¹⁵ fut déterminant à plusieurs niveaux. Cette cause avait comme objet une injonction interlocutoire présentée par les chefs Cris (au nom des 1,271 membres des Premières nations Cris et celui de 384 Inuits) contre les intimés la Canadian National Railway et Hydro-Québec. Cette injonction avait pour but d'obtenir l'ordre d'arrêter certains travaux

¹² OTIS, Ghislain, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », dans OTIS, Ghislain (dir.), (2012), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, Paris, p. 13-15.

¹³ CARBONNIER, Jean, (1978), "Pluralisme juridique", dans ALLAND, D., RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 1158-1159.

¹⁴ CARBONNIER, Jean, (1978), "Pluralisme juridique", p. 1159.

¹⁵ *Le Chef Max "One-Onti" Gros-Louis et autres c. La Société de développement de la Baie-James et autres*, [1974] R.P. 38 (injonction interlocutoire sur le projet de développement de la Baie-James).

majeurs faits par les intimés sur leur territoire pour la raison que ces travaux causaient des préjudices sérieux et irréversibles aux territoires occupés historiquement par ces derniers. Fait pertinent en lien avec l'étude du pluralisme juridique, lors de cette injonction, la cosmogonie et la conception juridique que les nations Cris et Inuits ont été en mesure d'articuler concernant leur relation au territoire fut admise comme preuve appuyant leur demande. Une telle conception du droit fut présentée comme diamétralement opposée à la philosophie de la société dominante et énoncée comme suit par l'avocat des requérants, Me Peter Hutchins :

This project is a clash of two ways of life, of two diametrically opposed cultures (...). Petitioners are a native people and they enjoy a unique concept of the land. And this concept is a communal concept. The land for them is a home and it is also a garden, and it is a garden in two senses : it is a garden in which they harvest the resources, the game, the fish, the fowl, and live of them. In the second sense, and a very fundamental sense, and that is that they are part of the land.¹⁶

L'aspect le plus central que cette cause peut démontrer ne se situe pas tant au niveau du projet hydro-électrique lui-même ou dans la manière dont la technologie affecte le mode de vie des requérants. Il concerne plutôt un certain système de connaissance ou une épistémologie qui conçoit la nature tel que devant se mettre au service du développement économique qu'avait Hydro-Québec. De l'avis même des requérants et de leur conception du monde, une conception se souciant peu des dommages à court et long terme que pouvaient produire ce projet et la manière dont il affecterait tous les niveaux de l'existence des Premiers peuples Cris et Inuits. Cette vision du développement économique allait devenir, à cette période de l'histoire du Québec, un enjeu électoral fondamental et une promesse de progrès social, économique et de stabilité politique nécessaire à la prospérité du Québec.¹⁷ Une telle vision allait être jugée comme portant atteinte aux droits des membres des nations Cris et Inuit.¹⁸

Cette cause entraîna un changement de paradigme majeur dans les relations entre les Premiers peuples et les instances politiques et corporatives. Bien que le jugement fût renversé par la suite en Cour d'appel, une nouvelle compréhension des enjeux en émergea. Le débat judiciaire se transporta sur la scène politique lorsque Hydro-Québec invita les Premières nations Cris à négocier une entente. Rarement dans le paysage juridique et politique canadien il aura été possible d'observer des interactions horizontales¹⁹ dans un

¹⁶ Argumentation de Me Peter Hutchins, argumentation, Vol. 75, p. 9-12

¹⁷ RICHARDSON, Boyce, (1972), *Baie-James: Sans mobile légitime*, Les éditions L'étincelle, Outremont, p.14.

¹⁸ Pour d'avantage d'analyse sur cette cause voir CARLSON, Hans M.,(2004) « A Watershed of Words : Litigating and Negotiating Nature in Eastern James Bay, 1971-75 » *The Canadian Historical Review*, Vol. 85, no 1, p. 63-84.

¹⁹ MOORE, Falk S., (1973), « Law and Social Change : The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, vol. 7(4), p. 719.

tribunal, encore moins des interactions ayant disposées les deux ordres juridiques sur le même degré de légitimité et ayant reconnu la liberté d'action au sein de ces ordres respectifs et leur effectivité propre.

Ce jugement demeure une exception au sein de la jurisprudence de cette époque. Le pouvoir judiciaire canadien fut longtemps aménagé de manière à favoriser la construction d'un narratif identitaire totalisant²⁰ et d'un bijuridisme eurocentriste et exclusif. Le bijuridisme aura contribué graduellement, vers la fin du dix-neuvième siècle, à la construction d'un « paradigme de la domestication » des Premiers peuples par l'extension unilatérale des pouvoirs législatifs fédéral et provincial sur ces derniers et leurs communautés.²¹ Un tel processus de domestication se construit par l'intermédiaire de différents dispositifs juridiques tels que la *Proclamation Royale* de 1763, l'*Acte d'Amérique du Nord Britannique 1867* et son article 91(24) ainsi que d'autres législations, telle que la *Lois sur les Indiens*. Les travaux de la *Commission royale sur les peuples autochtones*²² avaient déjà souligné comment la définition et l'interprétation de la relation qu'entretiennent les Premiers peuples avec le territoire par les Cours canadiennes et anglaises s'éloignaient distinctement de celle de ces derniers. Elle s'exprimait dans ces termes :

La notion de titre ancestral élaboré par les tribunaux anglais et canadien contraste nettement avec ces points de vue (de peuples autochtones). [...] [I] est indispensable que les décisions judiciaires concernant des questions aussi fondamentales se fondent sur une connaissance approfondie et une compréhension réelle des cultures et des croyances autochtones. Procéder autrement reviendrait à attribuer aux gens des perceptions et des intentions qui sont contraires à l'essence même de leur être.²³

Ces conditions démontrent à quel point l'« Indien » était et a continué d'être pendant longtemps une chose²⁴ à définir, à administrer, à dominer et à assimiler. Cette extension unilatérale des pouvoirs législatifs et l'histoire coloniale canadienne qui y est associée a

²⁰ Le terme totalisant fait référence aux valeurs principalement « occidentales » basées sur une logique elle-même inspirée de la rationalité instrumentale. Une rationalité qui à son tour exige que tout soit réfléchi afin de se conformer et de demeurer entre les limites la marchandisation, la réification et l'accumulation des ressources dans un objectif de profit. Sur ce sujet voir : KULCHYSKI, Peter (ed.). (1994), *Unjust Relations: Aboriginal Rights in Canadian Courts*, Toronto, Oxford University Press, p. 13; voir également COULTHARD S. Glen, (2014), *Red Skin White Masks : Rejecting the Colonial Politics of Recognition*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 229 p.

²¹ SCHULTE-TENCKHOFF, Isabelle. (1998), « Reassessing the Paradigm of Domestication: The problematic of Indigenous Treaties », *Review of Constitutional Studies*, 4.2, 239-89, p. 247.

²² Commission royale sur les peuples autochtones (1996), *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Un passé, un avenir*, Vol. 1, 801 p. xxvi-xxvii.

²³ *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Un passé, un avenir*, Vol. 1, p. xxvi-xxvii.

²⁴ Voir à ce sujet CORNEILLIER, Bruno, (2015), *La « chose indienne » : Cinéma et politiques de la représentation autochtone au Québec et au Canada*, Nota Bene, Montréal, 310 p.; CANNON, Martin, J., SUNSERI, Lina (Éds), (2011), *Racism, Colonialism, and Indigeneity in Canada*, Oxford University Press, Ontario, 284 p. ;

ultimement eu pour effet de dévaloriser les traditions juridiques des Premiers peuples, d'endommager et d'invalider les processus de transmission des savoirs, les pédagogies et les normes endogènes de ces derniers²⁵ afin d'ultimement justifier l'enracinement progressif de la souveraineté du Canada, de transformer, par l'effacement et la réécriture de l'histoire, l'usurpation en légitimité.²⁶

Les interactions favorables à certaines formes de pluralisme et à un dialogue réel entre les différents ordres juridiques étatique et autochtone au sein du système judiciaire canadien impliquent des pré-conditions à l'accomplissement de la justice, et, ultimement, du pluralisme juridique. Ces impératifs sont notamment la possibilité d'une réelle communication et de comprendre le même langage et l'imaginaire qui s'y déploie. C'est également la possibilité de baser son raisonnement sur des prémisses cosmogoniques et philosophique différentes et souvent antinomiques avec l'ordre procédural et symbolique du tribunal. Un tel pluralisme implique aussi de pouvoir présenter et faire admettre des preuves et des témoignages ou une expertise basés sur des savoirs sapientiels²⁷ plutôt que purement factuels et séculaires ou inspirés d'une rationalité instrumentale. Tel que souligné par le Juge Binnie de la Cour suprême dans l'arrêt *Première nation Cris Mikisew c. Canada*²⁸, le droit moderne devra être en mesure de mieux aménager les relations entre les Premiers peuples et les allochtones au Canada:

L'objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs. La gestion de ces rapports s'exerce dans l'ombre d'une longue histoire parsemée de griefs et d'incompréhension. La multitude de griefs de moindre importance engendrés par l'indifférence de certains représentants du gouvernement à l'égard des préoccupations des peuples autochtones, et le manque de respect inhérent à cette indifférence, ont causé autant de tort au processus de réconciliation que certaines des controverses les plus importantes et les plus vives.²⁹

Éléments d'interactions actuelles

²⁵ NAPOLEON Val, (2013), "Thinking about Indigenous Legal Orders", *Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism*, Springer, Netherlands, p.229-245; NAPOLEON, Val, FRIEDLAND, Hadley. "The Inside Story: Indigenous Legal Pedagogies", (non publié).

²⁶ KULCHYSKI, Peter (ed.). (1994), *Unjust Relations: Aboriginal Rights in Canadian Courts*, p. 4-9.

²⁷ Les savoirs sapientiels sont des savoirs qui privilégient une relation entre le chercheur de vérité et la connaissance de l'immatériel ou l'inintelligible. Contrairement aux sociétés séculaires où la recherche sert souvent à l'amélioration de l'efficacité, du confort ou de l'accès à des droits et des privilèges, les savoirs sapientiels visent plus souvent la croissance personnelle et spirituelle en laissant un espace permettant un dialogue entre les émotions et les processus cognitifs. Voir plus généralement sur le discours sapientiel : RICOEUR, Paul, *L'herméneutique à l'école de la phénoménologie*, Beauchesne, Paris, 1995, p. 171.

²⁸ *Première nation Cris Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005], 3 R.C.S. 388.

²⁹ *Première nation Cris Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, para 1.

De l'avis d'avocats³⁰ travaillant depuis longtemps à représenter des Premières nations et leurs revendications, les Cours de justice ont été les premières à faire des avancées audacieuses afin de permettre au pluralisme juridique de s'exprimer au Canada; un courage qui fut rarement assumé par le pouvoir politique selon eux.³¹

Bien qu'une timide place se soit graduellement ouvert au pluralisme juridique, les règles procédurales en matière de réception de la preuve et de son administration ont pris un certain temps à changer. La réception du témoignage des aînés, comme preuve de l'existence d'une tradition d'occupation ou de certaines pratiques ancestrales découlant de normes, rencontrent encore une certaine fermeture, et ce, dépendamment de la formation des juges sur les traditions juridiques autochtones et sur la sémiologie qui leur est propre. Cependant, certaines cours comme la Cour fédérale a récemment adopté des *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*.³² Cette initiative fait suite à un processus de consultation tenu en 2012 au cours duquel plusieurs premières nations et leurs aînés ont exprimés le souhait de voir plus de litige se régler par le dialogue. Dans le but de favoriser la considération de ce point de vue, la Cour fédérale a adopté une série de règles permettant de déterminer dès le début d'un procès la possibilité de renvoyer les parties pour un règlement à l'amiable du litige.³³

La Cour a également reconnue que les parties Premières nations ont souvent de la difficulté à présenter leur propre interprétation de l'histoire³⁴ en raison du fait que cette dernière n'est pas écrite et doit se transmettre oralement par les aînés au sein de plusieurs nations; l'écrit n'est alors pas un véhicule adéquat à l'articulation de leur perspective dans son intégralité. La Cour a de même reconnue qu'une preuve se basant sur l'histoire orale nécessite la production de témoins particuliers qui connaissent l'histoire, la langue et qui sont en mesure de mettre de l'avant des interprétations présentant des éléments de preuve qui répondront au souci d'équité et de justice. Elle a convenu que la preuve par l'entremise de la tradition orale est non seulement importante, afin de démontrer l'existence de droits liés au territoire, mais surtout afin d'en permettre l'exercice.³⁵ Dans ce sens, la Cour a adopté des règles de pratique permettant une plus grande souplesse et flexibilité dans la réception

³⁰ Entrevues effectuées avec des avocats par Pierrot Ross-Tremblay et Nawel Hamidi. Entrevue (07-int-10-08-2016); Entrevue (08-int-15-09-2016); entrevue (09-int-15-09-2016).

³¹ Entrevue (07-int-10-08-2016); Entrevue (08-int-15-09-2016); entrevue (09-int-15-09-2016) effectuées par Pierrot Ross-Tremblay et Nawel Hamidi.

³² Comité de liaison entre la Cour fédérale et la Barreau en droit des autochtones, *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, avril 2016. Site internet: [http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20\(FR\).pdf](http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20(FR).pdf) accédé le 26 septembre 2016.

³³ *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 5-6.

³⁴ LAWRENCE, Bonita, (2011), "Rewriting Histories of Land: Colonization and Indigenous Resistance in Eastern Canada", dans CANNON, Martin, J., SUNSERI, Lina (Éds), (2011), *Racism, Colonialism, and Indigeneity in Canada*, Oxford University Press, Ontario, p. 68-80.

³⁵ *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 5-6.

des témoignages oraux provenant des aînés. Elle n'hésitera pas à se déplacer sur les territoires afin d'assister à des cérémonies significatives.³⁶ Elle pourra aussi être appelée à considérer des chants, prières et objets cérémoniaux comme preuves et confèrera une valeur aux récits oraux similaire à celle accordée aux témoignages d'experts académiques.³⁷

L'adoption de ces lignes directrices par la Cour fédérale constitue une avancée intéressante et sérieuse ayant pour objectif de faciliter les interactions entre les ordres juridiques autochtone et étatique. Elle constitue un potentiel de revalidation des ordres juridiques des Premiers peuples en vue de les réinscrire comme des ordres légitimes effectifs au sein de l'ordre étatique canadien et des points de référence valable en droit. Il est difficile de voir l'impact de l'adoption de ces lignes directrices dans la jurisprudence actuelle mais le processus de légitimation qu'elles entraînent a de bonnes chances d'encourager une meilleure considération des épistémologies des Premiers peuples, une formation plus adéquate des juges et des avocats et possiblement encourager l'émergence de nouveaux tribunaux autochtones voués à l'application et l'interprétation des traditions juridiques autochtones tel que celui d'Akwassasne.³⁸

En revanche, c'est dans l'application concrète de ces lignes directrices dans des décisions qu'il sera possible d'en mesurer l'impact réel et d'analyser leur effectivité sur l'interaction entre les ordres juridiques. Bien que cette procédure puisse sembler, de prime abord, davantage favorable aux interactions entre les ordres juridiques, il appert que la réception de l'ordre juridique de l'autre, en particulier de l'ordre juridique autochtone par l'état, demeure intimement liée la capacité des représentants de ce dernier de comprendre les sources empiriques et métémpiriques des systèmes de pensée autochtone et de valoriser leur existence sans en corrompre les sources ontologiques. La génération d'interactions réellement nourrit de pluralisme est à ce prix. Accepter que l'ordre juridique de l'autre prenne ses sources dans le transcendant, les coutumes, le cosmos ou dans des assemblée délibératives³⁹ et qu'il soit au cœur d'une métaphysique⁴⁰ distincte de l'autre ordre juridique bouleverse les paramètres historiques et culturels de la société dominante. Accepter que ces paramètres soient modifiés afin de permettre de meilleures interactions

³⁶ *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 30

³⁷ *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des autochtones*, p. 31-35.

³⁸ VALIENTE, Guisepppe, *Un premier tribunal autochtone au Canada*, Le Devoir. Date de publication: 3 octobre 2016.

³⁹ BORROWS, John, (2010), *Canada's Indigenous Constitutions*, University of Toronto Press, Toronto, p. 23.

⁴⁰ Le fait que le dialogue entre les Premiers peuples et la société allochtone soit difficile à établir est souvent lié à des conceptions totalement différentes du monde qui les entourent. Sur ce sujet particulier et sur l'analyse des épistémologies propres à ces mondes voir: DELORIA, Jr., Vine, *The Metaphysics of Modern Existence*, Harper and Row, San Francisco, 1979. Voir également : LITTLE BEAR, Leroy, « Jagged Worldviews Colliding », dans BATTISTE, Marie, (éd.), (2000), *Reclaiming Indigenous Voice and Vision*, UBC Press, Vancouver, p.77-85.

entre les ordres juridiques nécessite des changements systémiques majeurs. Voyons concrètement comment ces ordres juridiques interagissent au sein des causes les plus récentes afin d'analyser de plus près les formes de pluralisme juridique qui s'y déploient.

Interactions entre les ordres juridiques : étude de cas

L'arrêt *Mitchell c. M.R.N.*, 1999, Cour fédérale.

Dans cet arrêt, le demandeur, le grand chef Mitchell d'Akwassasne, fait appel d'une décision du ministère des ressources naturelles. Le droit revendiqué par le chef Mitchell en tant que Mohawk d'Akwesasne résidant au Canada est, plus précisément, le droit ancestral existant, constitutionnellement protégé par les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de passer et de repasser librement la ligne qui constitue l'actuelle frontière entre le Canada et les États-Unis, et ce, avec des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire. Le droit revendiqué est également celui faire franchir à ces marchandises la frontière Canada-États-Unis afin de se livrer à un petit négoce d'une ampleur non commerciale avec d'autres Premières nations. Le demandeur revendique ces droits sur la base de l'article XV du *Traité d'Utrecht* de 1713, l'article 3 du *Traité Jay* de 1794 et l'article IX du *Traité de Ghent* de 1814. Il demande à ce que ces traités soient reconnus par le droit canadien comme valides et toujours en vigueur. D'autres sous-questions en litige sont posées dans cet arrêt. Or, ce sont celles reliées au droit ancestral de pouvoir se déplacer librement sur le territoire avec des marchandises et l'appréciation de l'admissibilité de la preuve de l'histoire orale prouvant ce droit ancestral qui retiendront notre attention.

Afin de déterminer si le demandeur en question possède effectivement un droit ancestral de se déplacer librement entre le Canada et les États-Unis, en traversant le fleuve St-Laurent, et d'y ramener de la marchandise, la Cour s'est demandé quelle était la nature du territoire utilisé, sillonné et contrôlé par les Mohawks. La Cour a également précisé que le demandeur, ainsi qu'il en était dans l'affaire *Adams*⁴¹, n'avait pas à faire état d'un titre aborigène à l'égard de ce territoire sur lequel il prétend que ses ancêtres exerçaient leurs droits ancestraux et qu'il n'est pas tenu de détenir, en vertu d'un titre aborigène, le territoire à l'égard duquel il revendique l'existence d'un droit ancestral.⁴² Afin de répondre à cette question, la Cour a entendu les témoignages d'historiens pour les deux parties au litige. Cependant, ce qui a retenu l'attention de la Cour est la perspective Mohawk de la description du territoire occupé et sillonné par les membres de cette nation.

En l'espèce, la Cour a retenu le témoignage du Grand chef Mitchell d'Akwassasne supporté par une preuve historique à l'effet que le « pays » mohawk comprenait l'étendue

⁴¹ R. c. Adams, [1996] 3 R.C.S 101.

⁴² *Mitchell c. M.N.R.*, (1997), 134 F.T.R. 1, p. 28-29.

géographique maximum des villages, des hameaux et des clairières contigus et liés, de manière indiscutable, à la nation mohawk. Le « territoire » des Mohawks comprenait non seulement le pays mohawk, mais également les forêts et les bassins qui l'entourent et qui étaient exploités régulièrement par ceux-ci afin de pourvoir à leur subsistance; un territoire qui, contrairement à ce qui était soutenu par les défenseurs, faisait partie des territoires à traverser afin de rendre d'un côté ou de l'autre de la frontière.⁴³

En deuxième lieu, la Cour devait se demander si le droit de traverser le fleuve St-Laurent librement avec des marchandises constitue un droit ancestral. Pour ce faire, elle devait se demander si ce droit avait été exercé avant le contact avec les Européens et s'il y avait une continuité dans l'exercice de ce droit jusqu'à présent. Pour faire la preuve de ce droit ancestral, la Cour a considéré l'histoire orale comme preuve admissible pouvant démontrer l'établissement d'un droit ancestral. En premier lieu, la Cour a considéré que le demandeur, le Grand chef Mitchell, était un témoin crédible de par sa connaissance des savoirs provenant de la tradition mohawk qu'il avait et par le rôle spirituel et politique qu'il assumait au sein de sa communauté depuis longtemps. Elle a énoncé que les aînés impliqués comme témoins étaient également crédibles.⁴⁴

Dans un deuxième temps, la Cour devait déterminer si les preuves soumises à l'effet qu'un droit ancestral de se déplacer librement et de commercer avec d'autres Premières nations était probantes. Pour apprécier la preuve soumise, la Cour fédérale s'est basée sur la cause *Van der Peet* où il fut souligné que les tribunaux qui font face à des demandes provenant de Premières nations

doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple.⁴⁵

La Cour fédérale a ajouté que pour apprécier la preuve de déplacement et de relations commerciales entre les Mohawks et les autres Premières nations, elle avait examiné les histoires orales rapportées par les témoins appelés par le demandeur, et ce, au même titre qu'elle avait examiné la preuve documentaire produite par les deux parties. Elle a ajouté le commentaire suivant concernant la valeur de la preuve orale :

Le poids que j'accorde à l'histoire orale et à la preuve documentaire ne dépend pas de la forme sous laquelle elle est présentée à la Cour. Le point de vue des Autochtones

⁴³ *Mitchell c. M.N.R.*, (1997), 134 F.T.R. 1, p. 28-34

⁴⁴ *Mitchell c. M.N.R.*, (1997), 134 F.T.R. 1, p. 17.

⁴⁵ *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S 507, para 45 cité dans *Mitchell c. M.N.R.*, (1997), 134 F.T.R. 1 p. 35.

est fondé sur la tradition orale et sur les chroniques historiques et non pas, comme le fait valoir le défendeur, sur des croyances.⁴⁶

La Cour a également précisé que la revendication d'un droit ancestral n'a pas à être établit sur la base de preuves concluantes de pratiques, coutumes et traditions datant d'avant le contact avec les Européens, qui sont inévitablement rares.⁴⁷ En se basant sur la preuve archéologique et historique ainsi que sur la tradition orale, la Cour conclue que le demandeur et les Mohawks d'Akwesasne ont établi l'existence d'un droit ancestral en vertu duquel ils peuvent passer et repasser librement l'actuelle frontière entre le Canada et les États-Unis avec des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire ainsi qu'à des échanges avec d'autres Premières nations. Cependant, la Cour a refusé d'admettre que ce droit ancestral était un droit issu de traité au sens de l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle*. Elle évoqua que le *Traité d'Utrecht*, le *Traité Jay* de 1794 et le *Traité de Ghent* furent signés entre nations souveraines, constituant ainsi un traité international qui n'incluait pas les Premières nations et ne pouvaient donc pas avoir une force exécutoire au Canada. Cependant, la Cour a reconnu la valeur historique que ces traités pouvaient apporter comme preuves quant au traitement accordé aux Premières nations dans ce contexte historique.⁴⁸

Le jugement de première instance fut porté en appel à la Cour d'appel fédéral par le Ministre du revenu national. L'appel fut rejeté par deux des trois juges en précisant que le juge de première instance n'avait pas commis une erreur en jugeant que le droit ancestral de l'intimé s'entendait également du droit de rapporter des marchandises destinées au petit négoce (droit au commerce hors douane) avec d'autres Premières nations. Selon eux, le juge de première instance a dument examiné toutes les preuves produites au sujet du commerce qui se faisait avant l'arrivée des Européens. Ces preuves fondent sa conclusion à l'effet que le droit ancestral de l'intimé recouvrait le droit au commerce hors douane et à petite échelle avec d'autres Premières nations. Son interprétation du *Traité Jay* justifiait sa conclusion que le droit ancestral en cause recouvrait celui au commerce hors douane. Ce traité ne pourrait alors jamais être invoqué pour limiter la portée des droits ancestraux. Une fois jugé que la condition de l'existence d'un droit ancestral est remplie, ce droit est protégé par la Constitution sauf extinction antérieure. Le fait que des Autochtones ont pu se voir reconnaître une forme plus limitée du droit ancestral dans un traité international ne peut servir à limiter le droit qui est protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge de première instance n'a donc commis aucune erreur en se fondant sur le *Traité Jay* pour conclure à l'existence du droit ancestral au commerce hors douane.

Analyse de la décision (1^{ère} inst.) dans l'optique du pluralisme

⁴⁶ *Mitchell c. M.N.R.*, (1997), 134 F.T.R. 1, *ibid.*

⁴⁷ *Mitchell c. M.N.R.*, (1997), 134 F.T.R. 1, p. 20 en citant *R. c. Van der Peet*, para 62.

⁴⁸ *Mitchell c. M.N.R.*, (1997), 134 F.T.R. 1, p. 98-99.

Bien que cette décision fût renversée en Cour suprême, tel que nous en discuterons, il est intéressant de s'y attarder quelque peu afin de qualifier la dynamique des interactions entre les ordres juridiques. D'abord, il est important de constater les efforts effectués afin de considérer la preuve par l'entremise de l'histoire orale en vue de démontrer l'existence d'un droit ancestral. Le témoignage des aînés et du Grand chef Mitchell fut considéré comme des éléments de preuves probants concernant les activités et les déplacements transfrontaliers pratiqués avant la colonisation et qui ont continué après le contact. Le juge y fait référence tout au long du jugement. La Cour ne s'est pas écartée des critères de détermination de l'existence d'un droit ancestral. En effet, elle a suivi le test élaboré par la Cour suprême exigeant qu'une pratique doive constituer un aspect fondamental et important de la culture distinctive des Premiers peuples et qu'elle ait continué après le contact, renforçant la prépondérance du pouvoir judiciaire canadien omnipotent dans la définition des droits ancestraux et renforçant une jurisprudence « identitariste »⁴⁹.

Cependant, le juge McKeown a fait preuve d'un peu plus de souplesse dans la considération des éléments historiques présentés. En effet, la Cour a rejeté l'affirmation selon laquelle le commerce de fourrure existait seulement après l'arrivée des Européens en ajoutant qu'« il semble hautement improbable que les Mohawks auraient commencé à commercer dès l'arrivée des Européens s'ils ne s'étaient livré à aucun commerce auparavant ».⁵⁰ En effet, appuyé des témoignages des aînés et des preuves archéologiques, la Cour fédérale d'appel a effectué une inférence importante en concluant qu'un commerce nord-sud ou transfrontalier existait avant l'arrivée des Européens et qu'il s'est développé par la suite afin d'englober la fourrure.

Si d'un côté la Cour valorise la tradition orale par le témoignage des aînés afin d'effectuer des déductions menant à la reconnaissance d'un droit ancestral, cette même tradition orale est reléguée au rang de simple référence historique ou documentaire non-contraignante au moment d'interpréter la portée des traités. En effet, bien que ces traités soient intervenus entre l'Angleterre et les États-Unis ou la France, les nations Mohawks étaient reconnues comme étant de puissants alliés de l'Angleterre à ce moment et les traités font référence à ces Nations Mohawks comme étant souveraines et parties à ces ententes. Malgré ces faits supportés par la tradition orale, la Cour a considéré ces traités comme étant exclus du droit canadien car n'étant pas intervenus directement entre la Couronne et les nations Mohawks, mais entre d'autres nations souveraines. Elle a de plus a de même souligné qu'aucun précédent n'avait inclus les traité internationaux comme faisant partie de la définition du mot « traité ».⁵¹ Cependant, les traités, notamment le *Traité Jay*, ont été acceptés comme

⁴⁹ OTIS, Ghislain, (2011), "Identitarisme, droits ancestraux et néocolonialisme: Le système de la Cour suprême", *Recherches amérindiennes au Québec*, XLI, no.1, p. 115-118.

⁵⁰ *Mitchell c. M.N.R.*, (1997), 134 F.T.R. 1, p. 54-55.

⁵¹ *Mitchell c. M.N.R.*, (1997), 134 F.T.R. 1, p. 90-91.

documents historiques pouvant démontrer que le commerce exercé par les Nations Mohawks de l'époque constituait un commerce de petite échelle limité à des biens communautaires ou personnel. Encore une fois, les traités sont inopérants en droit canadien lorsque peut en découler un droit de traverser une frontière internationale librement et que peut en découler un droit issu de traité mais deviennent « opérants » comme référence historique pour qualifier le type et la quantité de biens qui étaient transportés. À cette étape, il aurait été intéressant de se demander quelle était et quelle est encore aujourd'hui la conception que les Nations Mohawks ont des relations internationales ? En d'autres termes, l'invalidité de ces traités en droit canadien aurait-il pu être suppléé par la tradition juridique des Nations Mohawks et leur propre définition du droit international propre à ce contexte.

De plus, la Cour a rejeté l'argument soutenu par le Grand chef Mitchell, et appuyé par la tradition orale, à l'effet que les Nations autochtones constituaient des états indépendants au sens du droit international et qu'ils pouvaient conclure traités en tant que nations souveraines. La Cour s'est basée sur la terminologie utilisée par la Couronne britannique à l'époque pour conclure que les Premiers peuples ne constituaient pas de nations indépendantes et souveraines. Elle affirme :

J'estime que la Couronne britannique considérait que les Premières nations étaient des sujets britanniques et non pas des États ou des nations indépendantes. [...] En 1791, lord Dorchester parle du 'Roi, votre Père'; le lieutenant-gouverneur Simcoe s'adresse aux Premières nations en utilisant l'expression 'Mes enfants'; s'adressant aux Premières nations présentes à Chenail Écarté, au mois d'août de 1796, le colonel McKee s'adresse également à eux sous la forme 'Mes enfants'.⁵²

Ainsi, la subjection historique des Premiers peuples par les puissances coloniales fut non seulement une justification à l'appropriation graduelle des territoires et des ressources mais devint, par l'entremise de la plume judiciaire, un fait historique probant avilissant la souveraineté inhérente de ces nations premières et perdurant l'enclavement identitaire opéré historiquement.

L'arrêt *Mitchell* est un jugement qui semblait, de prime abord, ouvrir l'espace à la preuve par l'entremise de la tradition orale et le témoignage des aînés. Cependant, il importe de comprendre que la facilitation et l'admission de l'histoire orale dans les tribunaux constituent peut-être un premier pas vers la libération d'un espace afin de recevoir les traditions juridiques des Premiers peuples. Or, l'interprétation que les Premiers peuples eux-mêmes font de ces traditions ainsi que leur valeur probante en matière de preuve demeurent à l'évidence soumis à l'appréciation éminemment néocoloniale d'un pouvoir judiciaire qui se fait garant de l'ordre établi par la société majoritaire. Dans les faits, la question entourant l'exercice d'un droit ou d'une tradition juridique risque constamment de remettre en question la souveraineté de l'état. Ceci dit, c'est l'exercice des droits et non

⁵² *Mitchell c. M.N.R.*, (1997), 134 F.T.R. 1, p. 93-94.

l'existence de ces droits qui interroge le niveau de contrôle exercé par l'État.⁵³ C'est également cet exercice des droits qui a amené les cours judiciaires à élaborer l'impératif de la conciliation des droits des Premiers peuples avec ceux de la Couronne afin de faciliter leur incorporation et domestication dans le droit étatique. Dans cette perspective, il n'est peut-être pas exagéré de prédire que plus les Premiers peuples revendiqueront un espace permettant la revitalisation, l'expression et la mise en œuvre de droits prenant leur source dans leur propre tradition juridique, plus des antinomies entre les ordres juridiques seront tangibles et, conséquemment, plus difficile sera leur reconnaissance. La similitude de l'ordre juridique autochtone avec l'ordre juridique étatique devient ainsi une condition à son acceptation⁵⁴ et à l'établissement d'une mimétique pluraliste. C'est dans cet esprit que l'appel de la décision *Mitchell* sera accueilli en Cour suprême.

Mitchell en Cour suprême

Le jugement de la Cour fédérale d'appel fut renversé en Cour suprême pour des raisons d'appréciation de la preuve soumise quant à l'existence du droit ancestral en question. La Cour suprême a effectivement reconnu la crédibilité des témoins issus des Premières nations Mohawks ainsi que leur témoignage. Cependant, le jugement a été infirmé sur la base des interprétations effectuées du droit ancestral en question. Selon cette cour, le juge a fait une mauvaise appréciation de la preuve soumise. Bien que les demandeurs aient fait la preuve de l'existence d'une pratique commerciale nord-sud avec d'autres nations, aucune preuve directe n'existait à l'effet que cette pratique était présente avant l'arrivée des Européens. Selon cette même Cour, le juge de première instance aurait fait une appréciation déraisonnablement libérale d'une preuve ténue⁵⁵ en déduisant du commerce de fourrure après l'arrivée des Européens un droit ancestral de passer et repasser librement la frontière en transportant des biens pour des fins communautaire et personnelles antérieur au contact. Le Cour a jugé que des traités ne faisant pas mention de commerce antérieur et le simple fait de la participation des Mohawks au commerce de fourrure « ne peut étayer la conclusion du juge de première instance que si on lui donne plus de poids que ce qu'elle peut raisonnablement soutenir ».⁵⁶

Il est intéressant de se demander si la décision de la Cour suprême aurait été la même si elle s'en était tenue à la définition donnée par le Grand chef Mitchell concernant les biens transportés et sujets à l'exemption douanière. En effet, dans son allocution devant la Cour

⁵³ HUTCHINS, Peter, "Promises to Keep: The Implications of *Mitchell v. M.N.R.*", texte préparé pour une conférence au Pacific Business and Law Institute, Vancouver, 7 décembre 2001. Accédé le 26 octobre 2016, à l'adresse: <http://www.hutchinslegal.ca/DATA/TEXTEDOC/Promises-To-Keep-The-Implications-of-Mitchell-v--M--N-R-.pdf>.

⁵⁴ SAMSON, Colin, (2001) "Sameness as a requirement for the recognition of the rights of the Innu of Canada: the colonial context", dans Jane Cowan, Marie-Benedicte Dembour and Richard Wilson (Eds), *Culture and Rights: Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 226-248.

⁵⁵ *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S., para. 51.

⁵⁶ *Ibid.*

fédérale de première instance, le Grand chef Mitchell a tenu à préciser que sa demande ne représentait aucunement une défiance de la souveraineté canadienne ou de ses citoyens et que les importations de biens destinés à des fins communautaires et personnelles n'avaient pas pour objectif d'interférer ou de faire de la compétition au marché canadien.⁵⁷ Les biens de nature commerciale importés devaient plutôt servir à être échangés avec d'autres Premières nations. Ainsi, la nature de ces importations ne constituait peu ou pas des biens axés exclusivement sur le commerce.

Les juges de première instance de la Cour fédérale et de la Cour d'appel avaient également souligné la distinction apportée par le Grand chef Mitchell sur la nature des biens importés et leur destination. Cependant, la Cour suprême semble avoir défini autrement les actes du Chef Mitchell. Ce qui avait été présenté comme l'importation de biens destinés à des fins personnels, communautaire et d'échange avec d'autres Premières nations sont devenus des pratiques commerciales historiques au sens large. Ce droit de traverser la frontière avec des biens d'importations à des fins communautaire et personnelles est devenu un droit de traverser la frontière avec de la marchandise à des fins commerciales.⁵⁸ En élargissant ce droit à un droit de commerce, la Cour a modifié le caractère du litige lui-même et, par le fait même, toute la preuve qui en découle. Le droit défini par le Chef Mitchell se basait sur les modèles de pratiques d'échanges perpétués par ses ancêtres jusqu'à aujourd'hui. Le droit invoqué avait été précisé et limité de sorte à ce qu'il reflète ces types de pratiques d'échange et non pas la *totalité* des pratiques ancestrales qui s'exerçaient antérieurement au contact.⁵⁹

Le deuxième élément qui soulève notre questionnement touche à la norme de preuve applicable dans la considération de l'histoire orale et des traditions juridiques des Premiers peuples. Le juge en chef de la Cour, en se basant sur l'arrêt *Delgamuukw*, a confirmé que les règles de preuve dans les décisions qui impliquent les Premières nations devaient s'adapter aux récits oraux.⁶⁰ La Cour a souligné que ces récits peuvent satisfaire le critère de l'utilité en démontrant qu'ils sont indispensables lorsqu'aucune autre preuve n'existe. Le récit peut également offrir le point de vue autochtone sur le droit revendiqué afin de se faire une idée exacte de la signification de la pratique pour la société en question.⁶¹ La Cour ajoute également que

dans la détermination de l'utilité et la fiabilité des récits oraux, les juges doivent se garder de faire des suppositions faciles fondées sur les traditions eurocentriques de collecte et de transmission des traditions et des faits historiques. Les récits oraux ne

⁵⁷ HUTCHINS, Peter, "Promises to Keep: The Implications of *Mitchell v. M.N.R.*", p. 4.12 - 4.13.

⁵⁸ *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S., paras. 7 et 16. Voir aussi les propos de Me Hutchins dans HUTCHINS, Peter, "Promises to Keep: The Implications of *Mitchell v. M.N.R.*", p. 4.12 - 4.13.

⁵⁹ HUTCHINS, *ibid.*, p. 4.18.

⁶⁰ *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S., para. 31.

⁶¹ *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S., para. 32.

doivent pas non plus être rejetés sur la simple raison qu'ils ne transmettent pas la vérité 'historique', comportent des éléments mythologiques, manquent de détails précis, renferment des données tangentielles au processus judiciaire ou se limitent à la communauté dont ils retracent l'histoire.⁶²

Par la suite, et de manière tout à fait contradictoire, la Cour ajoute que

[...] cependant, il faut souligner qu'être conscient de la nature particulière des revendications autochtones n'empêche pas d'appliquer les principes généraux de preuve. S'il ne faut pas sous-estimer la preuve présentée à l'appui des revendications autochtones, il ne faut pas non plus l'interpréter ou l'apprécier d'une manière fondamentalement contraire aux principes du droit de la preuve qui, en matière d'appréciation de la preuve, correspondent souvent aux principes généraux de bon sens.⁶³

Plus loin, elle conclura en énonçant que le bien-fondé des revendications doit être établi sur la base d'une preuve convaincante et leur validité démontrée selon la prépondérance des probabilités.⁶⁴ Si, d'un côté, la Cour met en garde les juges de faire des appréciations eurocentriques de la preuve, elle les réinvite à maintenir le cadre des normes de preuves édictées par les principes généraux de bon sens.

Cette contradiction notoire de la Cour suprême avec les critères cités dans *Delgamuukw* en matière d'appréciation de la preuve est centrale dans la réception des traditions juridiques des Premiers peuples et démontre la tension qui existe entre les ordres juridiques autochtones et étatique. La réception en droit étatique des ordres juridiques autochtones dépend toujours de cette prolepse ou de cette réfutation à l'avance de l'argument étranger. L'histoire orale se caractérise par des aspects circulaires, plutôt que linéaires. Elle insiste plus souvent qu'autrement sur la sagesse ou l'aspect spirituel du message plutôt que d'apporter des faits précis.⁶⁵ Les traditions juridiques des Premiers peuples sont des processus plutôt que des choses, elles sont les fruits des actions posées en vue d'accomplir quelque chose de concret⁶⁶, de transmettre des connaissances et de protéger toute vie. Considérant certains de ces éléments, il peut être effectivement difficile de les réconcilier

⁶² *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S., paras. 33-34.

⁶³ *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S., para. 38.

⁶⁴ *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S., para. 39.

⁶⁵ FIXICO, Donald L., *The American Indian Mind in a Linear World: American Indian Studies and Traditional Knowledge*, Routledge, New York, p. 21-39.

⁶⁶ NAPOLEON Val, (2013), "Thinking about Indigenous Legal Orders", p. 231.

avec le système judiciaire accusatoire étatique⁶⁷ et encore plus de les exprimer afin qu'ils soient compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada.⁶⁸

Il est clair que la démonstration d'une pratique ancestrale particulière et continue fut démontrée dans les deux autres cours inférieures et que le sujet du litige se basait sur toute la preuve apportée à cet effet. Si la nature du droit invoqué est modifiée dans son essence, les éléments de preuve qui le soutenaient perdent leur effectivité. Si les arrêts *Mitchell* en Cour fédérale et en Cour d'appel fédéral furent un exemple d'interactions hiérarchiques entre les ordres juridiques, on ne peut en dire autant de la décision de la Cour suprême. Si les cours visent à redresser une injustice subit ou préciser la nature d'un droit ou d'une obligation, cette décision s'en est écartée substantiellement et a porté un profond préjudice à la Nation Mohawk d'Akassasne. Non seulement la qualification de la pratique ancestrale fut pleinement altérée et la preuve apportée par la tradition orale écartée, mais le droit revendiqué fut considéré comme n'ayant jamais existé.⁶⁹ Nous nous retrouvons alors en présence d'un exemple clair d'invalidation des traditions juridiques et des pratiques ancestrales de la Nation Mohawk.

Première nation d'Alderville c. Canada, présentement en Cour fédérale

En 1992, les Premières Nations Alderville et al., demanderesse, ont déposé une demande sur la base d'un manquement allégué de la Couronne à son obligation fiduciaire lors de la conclusion des traités Williams de 1923. Les négociations entre les Premières Nations et le Canada ainsi que l'Ontario ont pris fin en juillet 2000 lorsque le Canada a informé les Premières Nations qu'il ne négocierait, au titre des droits issus de traités, aucun droit de chasse, de pêche ou de piégeage. Le Canada a suspendu les négociations puis l'Ontario en a fait autant. La cause, toujours devant la Cour fédérale, porte sur l'interprétation du Traité William et sur les obligations de la Couronne qui en découlent.

Cette cause est intéressante sur le plan de l'admissibilité de témoins experts issu des Premières nations Anishnabe et d'un rapport, le Rapport Manitowabi, sur l'histoire orale des Premières nations demanderesse et de leur interprétation du Traité. Pour qualifier le type d'interaction entre les ordres juridiques étatique et Anishnabe en cause, nous porterons un regard sur l'ordonnance rendue par le juge de la Cour fédérale sur la requête incidente présentée par les demanderesse afin de faire admettre le Professeur Manitowabi ainsi que son témoignage. M. Manitowabi a dégagé des récits oraux de la collectivité sur les traités Williams les trois principaux thèmes suivant qu'il a qualifiés de « vaste trame narrative

⁶⁷ HUTCHINS, Peter, WHITESIDE, Tanya (2004), *Mixed Message, Double Standards, Eurocentrisme and High Hurdles: Evidentiary Challenges in Aboriginal Litigation*, présentation effectuée pour The Continuing Legal Education Society of British Columbia. Accédé le 6 novembre à l'adresse : <http://www.hutchinslegal.ca/DATA/TEXTEDOC/Mixed-Message-Double-Standards-Eurocentrism-and-High-Hurdles---Evidentiary-Challenges-in-Aboriginal-Litigation.pdf>.

⁶⁸ *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S 507, para 49.

⁶⁹ *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S., para. 173.

concernant les traités Williams »: le mode de vie à l'époque des traités, la signature des traités ainsi que les répercussions des traités. Le rapport d'expert se base également sur une méthodologie propre aux sciences sociales, la théorie ancrée, afin d'analyser les récits et témoignages des membres des premières nations et d'en tirer des thèmes récurrents. Un point de saturation est atteint lorsque les thèmes récurrents et les structures se manifestent de façon constante. L'anthropologue arrive alors à bien comprendre le récit oral de la collectivité sur la question en jeu.⁷⁰

La Cour a accepté l'argument des demanderesse à l'effet que l'admission d'un témoignage d'expert sur l'histoire orale autochtone a pour avantage de rendre inutile d'entendre un très grand nombre de témoins et de dégager les thèmes qui ressortent des récits oraux faits par de nombreux membres de sept Premières Nations différentes. En effet, le rapport Manitowabi se base sur 174 entretiens effectués avec les membres des Premières nations demanderesse. En ce sens, il s'agit à la fois d'une enquête et d'une analyse socio-anthropologique thématique portant sur l'histoire orale collective des Premières Nations.⁷¹ Les demanderesse ont fait également valoir que, bien que les personnes qui furent présentes avant, pendant et après la négociation des traités ne soient plus vivantes aujourd'hui, la valeur de leur témoignage ne constituent pas pour autant une preuve par ouï-dire tel que soutenu par la défenderesse. La tradition orale a pour objectif de perpétuer dans le temps et l'espace les connaissances les plus importantes sous la forme de récits et d'histoires. Ainsi, les personnes qui furent interviewées sont porteuses de cette histoire et elle garde toute sa crédibilité.⁷² La Cour a rejetée l'argument de la tierce partie, la province de l'Ontario, à l'effet que ces preuves constituaient du ouï-dire et qu'elles n'étaient pas admissibles sur le plan procédural. En se basant, ironiquement, sur la Cause *Mitchell*, la Cour a rejeté cet argument et conclue que les récits oraux concernant la conclusion d'un traité avec les Indiens sont admissibles tout en sachant qu'il faut décider au cas par cas si ces récits oraux répondent aux exigences relatives à l'utilité et à la fiabilité raisonnable.

Analyse de la décision dans l'optique du pluralisme

Cette ordonnance rendue sur requête démontre une avancée positive sur l'admission de la tradition et de l'histoire orale des Premières nations lorsque cela porte sur l'interprétation de traités. De même, cette cause démontre que de plus en plus, des experts issus des Premières peuples sont en mesure de faire des ponts entre les épistémologies propres à chacun des ordres juridiques ce qui aura certainement pour effet de permettre une meilleure reconnaissance générative et réelle menant, possiblement, à la reconfiguration des rapports juridiques entre l'État et les Premiers peuples. Il ne faut cependant pas se méprendre, la

⁷⁰ *Première nation d'Alderville c. Canada*, 2015, C.F. 920, para. 17.

⁷¹ *Ibid.*, para. 75.

⁷² *Ibid.*, para. 69-80.

reconnaissance demeure la prérogative de l'État et elle tend à reproduire plutôt qu'à libérer des rapports à prépondérance hégémonique.⁷³

Cette cause a également démontré combien l'amalgame entre histoire orale et oui-dire est souvent un argument pour refuser l'admission des traditions juridiques autochtones au sein des cours judiciaires. Nous sommes cependant devant un bel exemple de nuance et d'adaptation des normes de preuves et procédures afin de revaloriser les traditions et récits oraux. Le juge de la Cour fédérale a fait l'effort de revisiter toutes les règles de flexibilité, d'adaptabilité et d'ouverture de la Cour suprême afin de s'assurer de donner toute l'espace nécessaire aux demanderesse dans l'interprétation des Traités Williams de 1923. Il est difficile de savoir si le procès sera à l'image de cette ordonnance mais il importe de souligner que les interactions émergeant des plaidoiries pour faire admettre le rapport Manitowabi furent égalitaires. Les contraintes imposées par les règles de procédures et de preuves semblent avoir été atténuées par le respect accordé à la flexibilité requise dans des causes impliquant des Traités et des Premiers peuples. Il est apparu que chacun des ordres juridiques était considéré égaux pour leurs domaines de compétences respectifs ce qui tendait ainsi à rendre chacun des ordres effectifs et valides, à tout le moins pour les fins de la présentation de la requête.

*Hameau de Clyde River et al c. Petroleum, « Geo-Services Inc. », PCS et al. (2015) C.A.F.*⁷⁴

Dans son récent jugement *Clyde River*, la Cour fédérale d'appel s'est penché l'obligation des compagnies pétrolières Petroleum, Geo-Services Inc. et PCS de consulter les Premières nations Inuits du Hameau de Clyde River avant d'entreprendre un projet de levés sismiques bidimensionnels. Le projet risquait d'avoir des impacts sur les territoires grevés d'un traité des demandeurs membres des Premières nations Inuits. L'organisation des chasseurs et trappeurs Nammautaq de Clyde River (l'OCT de Clyde River) une organisation de chasseurs et de trappeurs (OCT) au sens de l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut. À ce titre, elle a pour mission de surveiller l'exercice des activités de récolte des Inuits (article 5.7.1) et de gérer les activités de récolte des membres (alinéa 5.7.3d)).

L'Office national de l'énergie (intervenant) a reconnu par évaluation environnementale que le projet pouvait éventuellement donner lieu à un certain nombre d'effets environnementaux négatifs. Ces effets comprenaient une diminution de la qualité de l'eau et de l'air ambiant, la perturbation possible de l'utilisation traditionnelle et commerciale des ressources si les levés sismiques modifient les voies de migration des mammifères

⁷³ COULTHARD S. Glen,(2014), *Red Skin White Masks : Rejecting the Colonial Politics of Recognition*, p. 25-51.

⁷⁴ *Hameau de Clyde River et al c. Petroleum, « Geo-Services Inc. », PCS et al. (2015), C.A.F. 179.*

marins ou du poisson ainsi qu'un changement indésirable du « processus écosystémique » et de la présence de vie marine à cause de déversements ou d'accidents.

Les demandeurs Inuits possèdent des droits issus de traités en matière d'exploitation des mammifères marins dans la baie de Baffin et le détroit de Davis. Compte tenu des répercussions du projet sur ces droits, ils considèrent que l'obligation de consulter se situe à l'extrémité supérieure de l'éventail des obligations en matière de consultation. Ils ajoutent que lorsque l'obligation en question se situe à l'extrémité supérieure de ce continuum, il faut véritablement essayer de faire participer les Inuits au processus décisionnel; cela peut obliger les promoteurs à accommoder les intérêts et les droits des Inuits. Ils ont soutenu que la Couronne n'avait « pratiquement rien fait » pour respecter son obligation.⁷⁵

La Cour a précisé que les questions touchant l'existence de l'obligation de consulter et l'étendue ou le contenu de cette obligation sont des questions juridiques qui appellent un examen selon la norme de la décision correcte. Le processus de consultation et le caractère suffisant des consultations sont une question mélangée de faits et de droit qui commande l'application de la norme de la décision raisonnable.⁷⁶ La Cour a ajouté, en se basant sur l'arrêt *Nation Haida*, que l'obligation de consulter repose sur l'honneur de la Couronne. Cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci.⁷⁷ L'étendue et le contenu de l'obligation de consulter dépendent des circonstances. La nature ou l'étendue de la consultation exigée est fonction du sérieux apparent de la réclamation autochtone et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre en question.⁷⁸ Elle termine en précisant que le processus de consultation n'est pas tenu de déboucher sur un résultat concret particulier. Ainsi, le processus de consultation n'accorde pas aux groupes autochtones un droit de veto sur l'utilisation des terres, et ce, dans l'attente de l'établissement définitif de la revendication. La consultation n'est pas non plus assimilable à l'obligation d'en arriver à un accord; ce qui est exigé, c'est la volonté de procéder à une consultation véritable. Autrement dit, la perfection n'est pas requise.⁷⁹

Les défendeurs ont soutenu qu'ils avaient fait les consultations appropriées et qu'ils n'étaient pas tenus de consulter des Premières nations selon l'obligation de consulté située à l'extrémité supérieure de l'éventail. Ils soutenaient qu'une consultation effectuée au centre de l'éventail de l'obligation était suffisante puisqu'ils avaient proposé des mesures d'atténuation des effets nocifs de leurs activités sur l'environnement. De plus, ils ont soutenus qu'ils n'étaient pas dans l'obligation de prendre en considération les droits

⁷⁵ *Ibid.*, para 31.

⁷⁶ *Ibid.*, para 34.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 37

⁷⁸ *Ibid.*, para. 41.

⁷⁹ *Ibid.*, para. 47.

ancestraux issus de traité car l'évaluation environnementale n'en faisait pas mention.⁸⁰ Les demandeurs soutiennent que la Couronne n'a pas respecté les clauses de l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut. Plus précisément, ils affirment que, selon l'article 15.3.4, la Couronne est tenue de consulter le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut lorsque les activités de la Couronne auraient « une incidence sur la substance et la valeur des droits de récolte et des occasions de récolte des Inuits dans les zones marines de la région du Nunavut ».

La deuxième question à trancher est celle de savoir si la décision de délivrer l'AOG (Autorisation d'opération géophysique) était une décision touchant « la gestion des ressources fauniques ». ⁸¹ La Cour a interprété le contenu de l'Accord et a conclu que les décisions relatives à la gestion des ressources fauniques n'englobent pas les décisions telle que la délivrance d'une AOG. C'est ce que reflète, selon elle, l'article 12 de l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut qui porte sur les répercussions des activités de développement. Elle a ajouté qu'aux termes de l'article 12.2.2, la Commission du Nunavut, chargée de l'examen des répercussions, a pour fonction de réaliser l'examen préalable des projets et d'étudier les répercussions écosystémiques et socioéconomiques des projets.⁸² La Cour a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'organisation des chasseurs et trappeurs Nammataq de Clyde River. La décision est présentement en Cour suprême du Canada.

Analyse de la décision dans l'optique du pluralisme

Cette décision est intéressante sur deux aspects. Le premier concerne l'obligation de consultation des Premières nations sur des projets pouvant avoir un impact sur leurs territoires. Le deuxième aspect touche la question de l'interprétation effectuée par les cours des traités liant les Premières nations à la Couronne.

Ce jugement démontre, à travers les conditions associées à l'obligation de consultation, combien la perspective des Premières nations est de peu d'importance, surtout lorsqu'elle risque de restreindre ou de porter atteinte au développement économique dans le Nord du pays. Sans trop s'attarder sur la notion d'obligation de consultation, il est clair que cette dernière va requérir plus de précision dans l'avenir quant à son application. Dans les faits, les atteintes aux droits et titres ancestraux sont de plus en plus flagrantes sur les territoires partout au Canada, et ce, usuellement justifiées en vertu des postulats de l'économie de marché. Dans la perspective des Premiers peuples, cette obligation de consultation implique un processus menant à la considération et la conciliation de leurs intérêts,

⁸⁰ *Ibid.*, para. 101

⁸¹ *Ibid.*, para. 101

⁸² *Ibid.*, para. 101

revendications et ambitions avec ceux de la société dominante tel qu'affirmés dans la cause *Mikisew*.⁸³

L'obligation de consultation est en elle-même problématique. Comment une consultation n'est-elle pas tenue de déboucher sur un résultat concret ou particulier ? À quoi peut servir une telle obligation lorsque le processus d'évaluation environnemental est complètement dicté par la province, ici l'Office de l'énergie? Les conditions de consultations sont exclusivement déterminées par l'entreprise ou l'État. Les délais de réponse à ces consultations sont souvent excessivement courts; dix jours sont habituellement alloués au Conseils de bande afin de répondre aux études d'impacts soumis pour le développement d'un projet. L'obligation de consultation doit être comprise dans son contexte élargi, c'est-à-dire en considération de tous les processus qui touche les compétences des juridictions provinciales au niveau de l'aménagement des territoires et des ententes effectuées avec les entreprises privées. C'est à partir de ce spectre qu'il est possible de percevoir que les interactions entre les ordres juridiques autochtone et étatique sont de types hiérarchiques où les valeurs et processus étatiques dominant complètement l'espace des relations. C'est ce qui est démontré dans ce jugement. La position de l'Office de l'énergie semble être celle d'un arbitre décidant, pour l'OCT de Clyde River, si les compagnies avaient suffisamment répondues à leurs préoccupations et les contraignant à se contenter de ces réponses; cet état de fait confirme ainsi la prédominance de l'ordre étatique sur celui des Inuits.⁸⁴

Le deuxième aspect touche l'interprétation des dispositions de l'Accord. Dans cet arrêt, la Cour a présenté sa propre compréhension et interprétation des dispositions de l'Accord en lien avec le territoire. Elle a rejeté l'argument des principaux intéressés dans l'Accord suivant lequel ils devaient à l'effet qu'ils devaient être impliqués dans toute décision concernant la gestion des ressources fauniques dans les zones I et II, et qui aurait une incidence sur la substance et la valeur des droits de récolte et des occasions de récolte des Inuits dans les zones marines de la région du Nunavut. Selon le libellé de cette disposition, la question à trancher est celle de savoir si la décision de délivrer l'AOG était une décision touchant « la gestion des ressources fauniques ». Elle a statué de la manière suivante :

Le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut est la principale entité chargée de la gestion des ressources fauniques et de la réglementation de l'accès aux ressources fauniques. L'étendue des pouvoirs conférés au Conseil de gestion des ressources fauniques montre que les décisions relatives à la gestion de ces ressources sont des décisions qui touchent généralement des notions comme l'établissement de contingents de base ainsi que la gestion et la protection des ressources fauniques et de leur habitat.⁸⁵

⁸³ *Première nation Cree Mikisew c. Canada (Ministre du patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, para.1.

⁸⁴ *Ibid.*, para. 87.

⁸⁵ *Ibid.*, para. 117.

Elle ajoute également que

Les décisions relatives à la gestion des ressources fauniques n'englobent pas les décisions comme la délivrance d'une AOG [et que] que cette dernière est plutôt chargée de l'examen des répercussions pour fonction de réaliser l'examen préalable des projets et d'étudier les répercussions écosystémiques et socioéconomiques des projets.⁸⁶

En effet, surtout en matière d'interprétation de traités, la perspective des Premiers peuples est encore plus importante et fondamentale dans la compréhension et la perception qu'on ces derniers de ces ententes. Le rejet de leur perspective et le manque de considération face à tout le processus ayant mené à l'adoption de cette entente sont des démonstrations claires de la dénégation et de la récusation des compétences gouvernementales, spatiales et personnelles dont disposent le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut (CGRFN). Cette absence de reconnaissance réduit l'ordre juridique inuit à de simples pouvoirs subordonnés tel que l'examen de projets et la gestion générale de certains contingents et des ressources fauniques. Cette réduction de compétences a également pour effet de déformer la nature des pouvoirs exercés par le Conseil de Gestion et de réduire l'Accord à de simples protocoles administratifs.

II. La pratique des acteurs

Nous ferons maintenant état de nos recherches de terrain et conversations quant à la compréhension et l'analyse des interactions informelles entre les ordres juridiques étatique et autochtones mais également au sein des ordres juridiques autochtones. Nous souhaitons comprendre ce qui émergeait de ces relations et qu'elles étaient les effets ressentis sur le territoire, plus particulièrement en ce qui a trait aux négociations territoriales qui ont lieu en ce moment et qui impliquent les Premières nations de Mashteuiatsh, Essipit et Nutakuan. Nos recherches nous ont également menées à discuter avec des acteurs membres des Premières nations de Pessamit, Ekuanitshit, Natuashish, Sheshashit, Matimekush Lac-John, Unamen Shipu et Pakuashipu. Ces acteurs étaient constitués d'anciens négociateurs, d'anciens chefs, d'employés des Conseils de bande, de gardiens de territoire, d'intervenant sociaux, d'étudiants et d'ainés. Finalement, nous avons également eut la possibilité de discuter avec des avocats qui ont représentés les compagnies minières, les gouvernements fédéral et provinciaux et les Premières nations. Nous avons recueilli les témoignages de 42 personnes. Nous avons traité la moitié de ces entrevues pour les fins de ce rapport.

Pour les fins de ce rapport, nous avons considérés l'étude des interactions qui ont existées et existent toujours dans le processus de négociation d'ententes ou de traités avec les gouvernements du Québec, de Terre-Neuve et du Labrador et du Canada. En deuxième

⁸⁶ *Ibid.*, para. 118.

lieu, nous nous sommes attardé à entendre les témoignages portant sur des interactions informelles qui surviennent directement sur les territoires avec les gardes-chasses, les compagnies forestières et les agents de la Municipalité régionale de comté (MRC). Finalement, nous nous sommes intéressés à comprendre la notion de ‘réserve’ discutée pendant les entrevues, notion qui structure, dans le cadre de l’histoire coloniale, la relation des Premiers peuples au territoire. Nous avons choisi de traiter ces données dans la partie touchant les interactions informelles, non pas parce qu’elles sont moins formelles que les interactions dans les cours de justice, mais simplement parce qu’elles ne découlent pas nécessairement d’entente ratifiées et mises en œuvre. Par exemple, l’Entente de Principe d’ordre générale (Epog) signée avec les Premières nations d’Essipit, de Mashteuiatsh et de Nutakuan est une entente préalable à la signature possible du Traité *Petapen*; elle ne lie pas les parties.

Les négociations territoriales

Les jugements de la Cour suprême ne sont pas étrangers au processus de négociation territorial engagé depuis les années soixante-dix. En effet, depuis la reconnaissance par les cours de justice de l’existence du titre ancestral non cédé et de droits ancestraux reconnus en *Common Law*, les gouvernements ont cherché à définir la nature de ces droits, leur étendue et les effets de leur exercice. Les gouvernements cherchent depuis à obtenir une forme de certitude juridique sur le même territoire occupé par les Premiers peuples soit par l’extinction de ces droits, par leur définition, restriction, modification ou harmonisation avec le droit étatique.⁸⁷ Le processus de négociation est devenue la panacée afin de conclure des ententes avec les Premiers peuples.

Pour bon nombre d’acteurs issus de Premiers peuples, les négociations territoriales qui durent maintenant depuis trois décennies furent et demeurent un processus ardu. En effet, il est rare de discuter du contexte dans lequel ces ententes sont négociées ou ratifiées mais la littérature soutient également que ces ententes prennent naissance dans des contextes sociaux-politiques fortement non démocratiques, où la condition sociale est désastreuse et difficilement adressée et le niveau de souffrance alarmant.⁸⁸ Pour les aînés et les anciens négociateurs, ces négociations sont plutôt des processus d’assimilation où les

⁸⁷ ROSS-TREMBLAY, Pierrot, HAMIDI, Nawel, (2013), « Les écueils de l’extinction: Les Premiers peuples, les négociations territoriales et l’esquisse d’une ère postcoloniale », *Recherches amérindiennes au Québec*, Vol. 43.1, p. 51-57.

⁸⁸ SAMSON, Colin, (2016), “Canada’s Stratgy of Dispossession: Aboriginal Land and Rights Cessions in Comprehensive Land Clams”, *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 31.1, pp. 87-110; SAMSON; Colin,(1999), "The dispossession of the Innu and the colonial magic of Canadian liberalism." *Citizenship Studies* 3.1 (1999): 5-25; IRLBACHER-FOX, Stephanie, (2009), *Finding Dahshaa : Self-Government, Social Suffering, and Aboriginal Policy in Canada*, Vancouver, University of British Columbia Press; Innu Nation and Mushuau Innu Band Council, (1995), *Gathering Voices : Finding Strength to Help Our Children*, Vancouver, Douglas and McIntyre.

gouvernements dictent les conditions, les processus, le langage des droits et des procédures et imposent les normes d'évaluation environnementales.⁸⁹ En effet, pour beaucoup de membres des Premiers peuples, les négociations devraient avoir lieu en présence des membres des communautés concernées et pas seulement avec un représentant de ces Conseils de bandes. Souvent, l'information ne circule pas entre le négociateur du Conseil de bande et le reste de la communauté. Les communautés sont habituées de prendre des décisions sur la base du consensus de tous, alors que le principe du vote lui-même, inspiré du *Code Morin* par exemple, est considéré moins démocratique.⁹⁰

Fréquemment, les négociateurs sont des personnes choisies en raison de leur connaissance de l'ordre juridique étatique et de son langage. La vulgarisation des résultats issus des négociations est rarement effectuée avec la communauté pour des raisons de manque de temps, de présomptions que les membres ne pourront comprendre le langage juridique ou simplement par manque de transparence. Cela rend les relations difficiles au sein même des réserves.⁹¹ La signature récente du Traité avec les Innus de Sheshashit et Natuashish, le *Tsash petapen*, est un bon exemple des conditions dans lesquelles la signature du Traité s'est effectuée. L'entente constituait un document de 436 pages, incluant des clauses et des sous-paragraphes que seuls les représentants de l'ordre étatique et avocats avaient la possibilité de comprendre. Lors du vote, l'âge pour voter fut diminué à 16 ans et au moment du vote, la Nation innue émit un chèque de 5000.00\$, à chaque adulte dans chacune des communautés, constituant une avance sur un prêt contracté par la Nation innue afin de favoriser la ratification du traité.⁹²

Les conditions sociales dans lesquelles les communautés autochtones sont aux prises sont plus que préoccupantes. En effet, le taux élevé de suicides⁹³ touchant les jeunes, la violence physique et sexuelle reproduite dans les communautés envers les femmes et les jeunes

⁸⁹ Entrevue (02-int-15-07-2016); Entrevue (02-int-17-07-2016); Entrevue (03-int-17-07-2016); Entrevue (04-int-21-07-2016).

⁹⁰ Mathieu D'Avignon (dir.), (2014), *Tshinanu, nous autres, et moi qui appartiens aux trois Amériques: entretiens de l'anthropologue Caroline Hervé avec Jacques Kurtness, négociateur Innu de Mashteuisatsh*, de la collection "Entretiens", Presse de l'Université Laval, p. 43.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² SAMSON, Colin, (2016), "Canada's Strategy of Dispossession: Aboriginal Land and Rights Cessions in Comprehensive Land Claims", p. 96-97; SAMSON, Colin, CASSEL, Liz, (2013) "The long reach of frontier justice: Canadian land claims 'negotiation' strategies as human rights violations." *The International Journal of Human Rights* 17.1 (2013): 35-55;

⁹³ Elias, Brenda, et al., (2012) "Trauma and suicide behaviour histories among a Canadian indigenous population: an empirical exploration of the potential role of Canada's residential school system." *Social Science & Medicine* 74.10 (2012): 1560-1569.

conséquences des traumatismes historiques⁹⁴ ainsi que le peu d'accès aux services de santé et à la justice sont des conditions qui favorisent difficilement l'obtention d'un consentement libre et éclairé au moment de signer des ententes aussi complexes que déterminantes pour l'avenir de ces peuples et de leurs territoires.⁹⁵

La structure des négociations favorise également ce manque de transparence. En effet, toute communauté qui décide d'entreprendre des négociations avec les gouvernements reçoit un financement et un prêt à long terme sans intérêt à cet effet.⁹⁶ Les Conseils de bande sont rémunérés pour négocier avec les ordres de gouvernements. Ces transferts financiers servent à payer les déplacements, à soutenir les négociations territoriales par l'embauche d'experts à cet effet et à rémunérer les personnes impliquées dans le processus. Cette structure a eu pour effet de créer une dette élevée pour les communautés qui négocient depuis longtemps, de mettre en place un système de dépendance économique où ceux qui ne veulent plus poursuivre les négociations se voient couper leur financement et de mettre de la pression sur les communautés afin de signer un traité leur permettant de se libérer du poids de leurs dettes et d'échapper au sentiment d'échec face à autant d'années de contestation.⁹⁷

Pendant les négociations, les parties ont souvent une définition différente du territoire. L'État parle du territoire en terme de résidences, de démographie, de ressources à exploiter, d'emploi créés, de redevances et de développement. Les Premiers peuples en parlent en terme de *nutshimit*, du territoire qui nourrit, protège, guérit :

Si 80 % de ta nourriture vient du territoire, alors tu penses en fonction du territoire. Tout ton mental est lié au territoire et il devient parti de toi. Le gouvernement pense en terme de carte ou de plan, nous nous le pensons comme une continuité de qui nous sommes.⁹⁸

De ces perspectives divergentes découlent la façon dont chacun souhaite en faire la gestion. L'État parle de quotas sur de grands territoires et les mesures se font en mètre cube alors que lorsqu'il est temps de ramener ces mesures en fonction de la superficie de la réserve et de ses habitants, ces mesures sont inappropriées.⁹⁹ L'État parle en fonction de critères

⁹⁴ SMITH, Andrea, (2015) *Conquest: sexual violence and American Indian genocide*, Duke University Press.

⁹⁵ KIRMAYER, Laurence J., BRASS Gregory M. et TAIT, Caroline L., (2000) "The mental health of Aboriginal peoples: Transformations of identity and community." *The Canadian Journal of Psychiatry* 45.7 p. 607-616.

⁹⁶ Entrevue (03-int-17-07-2016); Entrevue (02-int-15-07-2016).

⁹⁷ *Ibid.*; voir aussi Mathieu D'Avignon (dir.), (2014), *Tshinanu, nous autres, et moi qui appartiens aux trois Amériques: entretiens de l'anthropologue Caroline Hervé avec Jacques Kurtness, négociateur Innu de Mashteuisatsh*, p. 61-62.

⁹⁸ Entrevue (02-int-15-07-2016).

⁹⁹ *Ibid.*

démographiques généralement basés sur la résidence alors que, pour les Premiers peuples, ces critères apparaissent inadaptés car, en général, les familles vivent dans une seule maison pour des raisons de manque de logements dans les communautés ou à cause de la hausse démographique dans les réserves. C'est également lié à des dysfonctionnements structurels tel qu'un mauvais système des égouts ou l'inaccessibilité à l'eau potable.¹⁰⁰

Même si le territoire est la raison des négociations, les gouvernements et les compagnies minières et forestières ainsi que les sociétés d'État tel que Hydro-Québec vont généralement continuer à entreprendre des projets d'exploitation du territoire même si ce dernier fait l'objet de négociation. Parfois cela mène à la négociation d'ententes ou entraîne un processus de revendication particulière. Souvent, cela mine le processus et la confiance entre les parties.¹⁰¹ Selon des aînés et d'anciens négociateurs, Hydro-Québec a bâti son pouvoir sur les barrages hydro-électriques de Manic 1-2 et 3. Beaucoup des territoires de la Première nation Pessamit ont complètement été inondés et c'est pour cela que beaucoup de leurs membres ont cessé de se nourrir à même ces territoires. Ils doivent aller de plus en plus loin pour chasser et, malheureusement, cela coûte de plus en plus cher. Ces développements ont des impacts directs sur les modes de vie des Premiers peuples et ils en ressentent les effets de manière exponentielle.¹⁰²

Les témoignages des personnes ayant eu un rôle direct dans les négociations territoriales présentent ce processus comme une « guerre sans arme ». ¹⁰³ Les négociations sont perçues comme une humiliation de leur dignité comme Innus. Il émerge de ce processus un sentiment d'intimidation constant et l'impression de continuer d'être les sujets d'une assimilation amenée sous un l'angle de l'émancipation et de la modernisation.¹⁰⁴ La marchandisation ou réification des territoires des Premiers peuples par leur transformation en fief simple dans les négociations territoriales et les récents traités modernes est une autre forme d'usurpation de la souveraineté de ces derniers et un outil de pression puissant présenté sous l'angle du développement économique et de l'accès au libre-marché.¹⁰⁵ À titre d'exemple, les ententes des Premières nations de Tsawassen (2009) et Yale (2012) contiennent une clause portant la mention « Modification ». La première clause stipule que, malgré la Common Law (faisant référence aux jugements de la Cour suprême), les droits ancestraux et le titre aborigène des deux nations, ainsi que leurs attributs et étendue géographique, sont modifiés et continuent d'exister comme des droits modifiés au sein de l'entente. Ils perdent leur essence *sui generis* et deviennent des droits contractuels figés

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Entrevue (02-int-15-07-2016); Entrevue (02-int-17-07-2016); Entrevue (03-int-17-07-2016); Entrevue (04-int-21-07-2016).

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Entrevue (02-int-15-07-2016).

¹⁰⁴ Entrevue (02-int-15-07-2016); Entrevue (02-int-17-07-2016); Entrevue (03-int-17-07-2016); Entrevue (04-int-21-07-2016).

¹⁰⁵ FLANAGAN, Tom, ALCANTARA, Christopher LE DRESSAY André, (2010), *Beyond the Indian Act: Restoring Aboriginal Property Rights*. McGill-Queen's Press-MQUP.

dans le temps et modelés selon les normes étatiques. La deuxième clause énonce que le titre aborigène, sur toutes les terres identifiées dans l'entente, est transformé en fief simple et continuera comme tel après la mise en œuvre de l'entente. Par cette disposition, le titre aborigène et ses attributs (incluant un droit de propriété complet et exclusif, inaliénable sur les terres grevées ainsi que la possession des ressources du sol et du sous-sol et leur pleine gestion, protégés contre toute expropriation) deviennent très restreints et soumis au régime foncier de la province, et dépourvus de tous les attributs découlant du titre aborigène.¹⁰⁶

Pour les avocats de l'ordre étatique, les négociations représentent le seul moyen d'arriver à une entente mutuelle et de définir le plus possible les droits indéfinis des Premiers peuples afin de les concilier avec ceux des allochtones.¹⁰⁷ Les avocats admettent que le processus est dicté par l'État et que le langage est très juridique mais que cela comble un vide juridique qui ne peut être rempli par l'ordre juridique autochtone, ce dernier étant inexistant selon eux. Les avocats témoignent qu'il est très difficile de négocier avec les Premiers peuples car ils préfèrent habituellement s'enfermer dans un long silence afin d'éviter la confrontation. C'est alors qu'il devient plus facile d'imposer les conditions, le langage ou le contenu des dispositions à négocier. Autrement, les négociations ne pourraient pas avancer.¹⁰⁸

Il est effectivement rare que les avocats des Premières nations impliquées dans les négociations invoquent l'ordre juridique autochtone afin de le confronter à celui de l'État. Les récits portés par la tradition orale sont rarement connus par les avocats des Premiers peuples qui sont des avocats formés dans le droit étatique. Ces derniers tendent plutôt à minimiser sa valeur et son effectivité.¹⁰⁹ En ce qui a trait aux représentants innus, certains éviteront plus souvent qu'autrement d'invoquer des récits soit de peur d'être humilié ou simplement due à l'ignorance de leur existence. L'amnésie culturelle¹¹⁰ résultant d'un colonialisme reproduit au sein des communautés elles-mêmes, entre autre par l'intermédiaire des écoles résidentielles et les ruptures intergénérationnelles, est identifiée comme un déterminant important de cette perception de sa propre tradition comme n'étant pas un point de référence valable.¹¹¹

¹⁰⁶ Voir les articles 13 et 14 de l'entente finale de la Première nation Tsawassen et les articles 2.4.3 et 2.4.4 de l'entente finale de la Première nation Yale. Voir aussi ROSS-TREMBLAY, Pierrot et HAMIDI, Nawel, (2013), "Les écueils de l'extinction: Les Premiers peuples, les négociations territoriales et l'esquisse d'une ère postcoloniale.", p. 55.

¹⁰⁷ Entrevue (06-int-04-08-2016); Entrevue (09-int-15-09-2016).

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Entrevue (18-int-10-2009) ; Entrevue (19-int-06-2005)

¹¹⁰ PLATE, Liedeke (2015), « Amnesiology: Towards the study of cultural oblivion », *Memory Studies*, p. 1-13.

¹¹¹ FREIRE, Paolo, (1996), *Pedagogy of the oppressed*, (version révisée), New York: Continuum; FANON, Frantz, (1961), *Les damnés de la terre*, Paris : Maspero.

Les négociations territoriales sont perçues avec scepticisme au sein des communautés depuis leur origine. Une croissance de la contestation est observable ces dernières années. De plus en plus, ce processus est remis en question par les membres des Nations qui y prennent part. La transparence, l'iniquité et le sentiment d'abus qui en résultent mènent les acteurs à essayer de réfléchir à des alternatives ou à une troisième voie.¹¹² Cette voie s'exprimerait dans la reconnaissance d'un troisième ordre de gouvernement au Canada, selon les témoignages que nous avons recueillis. Ainsi, le territoire et sa gouvernance redeviennent indissociables l'un de l'autre et cette conception revient constamment à l'esprit des acteurs impliqués.

Dans le cas des processus de négociations territoriales, le constat suivant peut être fait: beaucoup des traditions juridiques autochtones ont intégré les structures juridiques étatiques. Plus encore, ils les ont intériorisées et substituées à leurs propres normes endogènes évacuées de la mémoire culturelle. En revanche, l'ordre étatique n'a pas intégré les ordres juridiques autochtones car leurs sources sont antinomiques et largement incompatibles avec la conception libérale des droit et le rationalisme instrumental de la société dominante.

Accès et gestion des territoires

Les entretiens¹¹³ effectués démontrent de manière récurrente que les interactions sur le territoire sont très problématiques, et ce, à plusieurs niveaux. Ce qui est vécu présentement sur le territoire par les Innus se résume à l'idée « qu'il faut s'effacer pour vivre ». ¹¹⁴ La distribution du territoire se faisait entre les familles auparavant. Les territoires étaient transmis de générations en générations et ceux qui les connaissaient le plus étaient ceux qui en prenaient le mieux soin. Aujourd'hui, c'est le Conseil de bande qui gère le territoire en fonction des pouvoirs qui leur sont distribué par le Ministère des affaires autochtones et du Nord. Tout s'est aggloméré au même endroit et entre les mains de quelques personnes. C'est une imposition des règles étatiques concernant l'occupation du territoire au profit des règles traditionnellement suivies par les membres de la communauté.¹¹⁵

Si le Conseil ne reconnaît pas l'occupation effectuée d'un territoire, cela devient alors problématique, car pour des raisons d'absolutisme bureaucratique, le fait de s'opposer au Conseil marginalise et crée un sentiment d'exclusion de la communauté. Souvent, le territoire sera occupé quand même mais les taxes à payer se feront à la MRC ou au

¹¹² Entrevue (02-int-15-07-2016); Entrevue (02-int-17-07-2016); Entrevue (03-int-17-07-2016); Entrevue (04-int-21-07-2016).

¹¹³ Entrevue (01-int-15-07-2016); Entrevue (04-int-21-07-2016); Entrevue (05-int-02-2016); Entrevue (10-int-22-07-2016); Entrevue (11-int-22-07-2016); Entrevue (12-int-22-07-2016).

¹¹⁴ Entrevue (01-int-15-07-2016)

¹¹⁵ Entrevue (01-int-15-07-2016); Entrevue (04-int-21-07-2016); Entrevue (05-int-02-2016); Entrevue (10-int-22-07-2016); Entrevue (11-int-22-07-2016); Entrevue (12-int-22-07-2016).

gouvernement provinciale et non pas au Conseil de bande.¹¹⁶ En ce qui à trait au développement de projets encourageant l'occupation du territoire et la sacralisation de certains lieux, les Conseils de bande dépendent du financement provenant du Ministère. Ces projets concrétiseront et parfois non. Un nombre significatif des membres de la communauté ont intériorisé le fonctionnement bureaucratique étatique. Certains membres vont attendre de recevoir un financement quelconque afin d'aller sur le territoire.¹¹⁷ Parfois, la sacralisation est totalement en opposition avec les projets entrepris par le Conseil qui sont incohérent avec la protection du territoire.

Un exemple récent démontre à quel point il est difficile de protéger les territoires familiaux. Le Conseil de la Première nation des Pekuakamiulnuatsh de Mashteuiatsh vient d'adopter des *Principes en matière de développement miniers sur le Tshitassinu*,¹¹⁸ ou territoire innu. Ces principes visent à limiter les dommages et les impacts du développement minier sur les territoires des familles. Les projets de développement miniers en cours touchent l'établissement de mines à ciel ouvert de phosphore, d'uranium (énergie nucléaire) de titanium (engrais chimique pour l'agriculture) et de niobium (nouvelles technologies). Le Conseil souligne que la pratique des activités traditionnelles ne sera pas sacrifiée au nom du développement minier et que des mesures (moyens) pour harmoniser la pratique d'innu aitun et le développement minier et des mesures pour atténuer les impacts du développement minier sur les activités traditionnelles sont à convenir, tels que la consultation des familles.¹¹⁹ Cependant, sachant que les membres ont rarement un droit de veto sur les projets entrepris par les Conseils, il devient difficile de s'opposer à ces projets.

Pour les gardiens de territoire, la relation sur le territoire avec les agents forestiers, les représentants de la MRC ou les compagnies forestières est tendue. Ils doivent s'assurer d'être sur le territoire pour vraiment le protéger. Il est possible de discuter avec les compagnies en leur demandant de contourner le territoire ou de ne pas passer devant tel cours d'eau ou tel habitat. Mais souvent, les acteurs changent et les compagnies font affaire avec de nouveaux sous-contractants qui arrivent d'ailleurs, de très loin et qui ne connaissent pas le territoire et ne se sont pas fait transmettre l'information sur les espaces à protéger.¹²⁰ La seule solution qui se présente aux gardiens de territoire est de maintenir une occupation la plus constante et continu possible afin de protéger les ressources et les

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Entrevue (01-int-15-07-2016).

¹¹⁸ Pekuakamiulnuatsh Takuhikan, *Principes en matière du développement minier sur le Tshitassinu*, 2012, à l'adresse: http://www.mashteuiatsh.ca/images/stories/pdf/DeveloppementMinierPrincipesMai2012_VD.pdf, accédé le 9 novembre 2016.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 2-4.

¹²⁰ *Ibid.*, aussi, Entrevue (10-int-22-07-2016); Entrevue (11-int-22-07-2016); Entrevue (12-int-22-07-2016).

frontières. « L'affirmation et l'exercice des droits est la seule réponse possible devant autant d'incohérence. »¹²¹

La dynamique des interactions entre les ordres juridiques sur le territoire est hiérarchique. Il y a une superposition des ordres juridiques. Les gardiens du territoire essaient de vivre en fonction de leurs règles, traditions et valeurs sur le même territoire qui est partagé avec la MRC, la couronne provinciale ou fédérale. Cela a pour effet de forcer certains processus de négociation, d'accommodement ou simplement d'effacement de l'ordre juridique autochtone au profit de l'ordre étatique. Cependant, les témoignages démontrent que plus le territoire est occupé de manière cohérente avec les valeurs et règles de l'ordre juridique autochtone, plus l'accommodation et la discussion sont possible. L'affirmation, en dépit des formes de contentions qu'elle implique, devient ainsi une condition au respect et à la reconnaissance.

La notion de réserve

Faut-il rappeler les travaux de la *Commission Bagot* (1842-1846) et *Pennefather* (1856-1858) afin de soutenir, avec l'aide de l'Église, la mise en réserve des Premiers peuples. S'approprier les territoires, diminuer les dépenses reliées à l'administration desdits peuples, éliminer les langues maternelles et abolir les institutions autochtones étaient les principaux objectifs visés par la création de ces réserves.¹²² Un projet qui visait à détruire toute forme de gouvernance de ces derniers, l'usurpation des terres et l'invalidation des systèmes normatifs.¹²³ Un projet qui dure maintenant depuis plus d'un siècle et demi et qui continue la détresse dans laquelle vitote plusieurs de ces communautés.

La réserve, aujourd'hui, revêt un sens polysémique. Elle est définie tantôt comme une communauté, tantôt comme une réserve au sens péjoratif, tantôt comme une prison ou un mouvoir. Dépendamment des réserves, il en ressort des sentiments ambivalents. D'un côté, c'est le lieu où se retrouve la famille et les amis d'enfance. De l'autre, c'est un domaine où tous vivent le même sentiment d'impuissance, de résignation ou de communautarisme. Il ressort des entretiens l'idée que les pouvoirs sont exercés et concentrés au sein du Conseil de bande. Ceux qui y travaillent acquièrent un certain statut dans la communauté. Ceux qui n'y travaillent pas se sentent dépendant, soumis au pouvoir discrétionnaire des dirigeants et forcés à éviter la contestation au risque de se voir marginalisés. L'exercice de leurs droits

¹²¹ Gardienne de territoire (01-int-15-07-2016).

¹²² SAVARD, Rémi, (2002), "Les peuples américains et le système judiciaire canadien: Spéléologie d'un trou de mémoire." *Canadian journal of law and society*, 17.02, p. 123-148.

¹²³ *Ibid.*, p. 147.

et le déroulement de la vie communautaire dépendent de cette seule structure administrative.¹²⁴

En même temps, l'administration de la réserve par les Conseils de bande est, aussi, une continuité de la gestion effectuée auparavant par « l'agent des Indiens » qui se chargeait de rapporter au Ministère tout ce qui se passait dans la communauté et surtout rapporter les possibilités d'insurrections ou de révolte contre le gouvernement.¹²⁵ Une élite devait y être formée afin de réaliser le projet colonial d'acculturation. Bien que cet espace pouvait apparaître pour les allochtones comme un lieu « sans lois » d'où émergent d'autres normes inconnues, une distinction devait graduellement se déceler entre l'élite gouvernante et les membres gouvernés.¹²⁶ Une élite formée à appliquer les normes étatiques en les substituant graduellement aux normes endogènes par un système de coercition inspiré de la culture autochtone résiduelle.¹²⁷ De cela résulte les fameuses luttes entre traditionalistes et modernistes au sein même de l'espace restreint communautaires. Le phénomène d'assimilation est accéléré par l'amnésie et l'anomie qui s'en suit, culminant par l'érosion de l'ordre social traditionnel au projet de transgressions sociales telles que les abus sexuels, l'alcoolisme, la violence familiale; le polyséisme identitaire est atteint lorsque ces violations, à l'opposé de l'éthique des récits, sont perçues autant de l'intérieur comme de l'extérieur comme la norme et inhérent à la culture. Ainsi, ne fut-il pas étonnant de voir un juge australien juger que le viol d'une jeune fille autochtone de 15 ans faisait partie de la tradition de ces peuples¹²⁸, renforçant par le fait même l'idée de non intervention dans les réserves.¹²⁹

Le travail au sein du Conseil de bande est souvent décrit comme malaisé. Le partage d'information ne se fait pas facilement. Les dossiers sont ardues à gérer à cause de ce manque d'informations. Certains secteurs vont fonctionner mieux que d'autres dépendamment des personnes. Le plus difficile demeure la promiscuité qui y est vécue. Les membres travaillent, habitent et vivent tous ensemble dans un milieu restreint. Il leur

¹²⁴ Entrevue (13-int-14-07-2016); Entrevue (16-int-01-07-2016); Entrevue (14-int-07-05-2016). Entrevue (10-int-22-07-2016); Entrevue (11-int-22-07-2016); Entrevue (12-int-22-07-2016).

¹²⁵ BÉDARD, Hélène, (1988), *Les Montagnais et la réserve de Betsiamites, 1850-1900*, Institut québécois de recherche sur la culture; Ville Saint-Laurent, Québec, Distribution, Diffusion Prologue.

¹²⁶ Voir à ce sujet les travaux de Mahmood Mamdani sur les formes de gouvernances sous les régimes coloniaux: MAMDANI, Mahmood (2012), *Define and rule: Native as political identity*, Harvard University Press, Boston.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 43-85.

¹²⁸ SHAH, Sonia, (2012), Judge Rules Rape of Aboriginal Woman 'Traditional', Women E-News, 29 novembre, site : <http://womensenews.org/2002/11/judge-rules-rape-aboriginal-girl-traditional/>. Accédé le 13 novembre 2016.

¹²⁹ ATKINSON, Judy, (1990), "Violence in Aboriginal Australia: colonisation and gender." *Aboriginal and Islander health worker journal*, vol. 14.2, p. 5.

arrive constamment de travailler avec leur cousin, frère, oncle ou tante et parfois conjointe. Des rapports hiérarchiques se créent dans les structures administratives et ces rapports se transposent par la suite dans la communauté et les foyers. Les personnes se retrouvent constamment en conflit d'intérêt sur des questions liées à des dossiers touchant des individus et il devient difficile de faire face à la pression qui résulte de ces conflits d'intérêt. Les personnes interviewées se sentent impuissantes pour gérer cette situation particulière car aucune ressource n'existe à l'intérieur du Conseil ou de la réserve pour pallier à cette condition. Il en va de même pour les abus de pouvoir qui laisse les victimes sans recours, particulièrement si les aînés ont été exclus du mode de gouvernance.¹³⁰

Tous les services sont concentrés au même endroit. Il faut sortir de la réserve afin de pouvoir aller chercher d'autres ressources ou conseils, mais là il faut faire face à une barrière culturelle. C'est dans ce sens que les témoignages expriment un sentiment d'impuissance. Les ressources manquent pour adresser des situations qui sont particulières à la vie sur réserve et qui entraînent des situations parfois absurdes. Comme par exemple, un conseiller juridique qui se retrouve à la fois avec les dossiers des deux parties adverses sur son bureau. Ces situations demandent de la créativité et la capacité à trouver des modes alternatifs de résolution des conflits tel que la médiation ou demander de l'aide aux aînés lorsqu'ils sont accessibles.¹³¹

D'un autre côté, la réserve est aussi la porte vers le territoire. Elle est une transition vers un prochain retour sur le territoire. Certaines activités ou projets d'occupation du territoire y sont organisés parfois. Les pratiques de l'*Innu aitun* font en sorte que certaines communautés exigent peu de frais pour pêcher en pourvoirie et louer un chalet. Cela permet de garder un lien au territoire tout en restant lié à la communauté :

Tous veulent partir de la réserve mais tous y restent en même temps; c'est une prison confortable où tu ne paie pas cher pour une maison et où tu ne paie pas d'impôt non plus mais en même temps ta maison ne vaut pas cher et ton salaire est peu élevé.¹³²

C'est dans ce sens que la réserve, en tant que structure imposée et définissant le rapport des « Indiens » au territoire, reste un lieu revêtant plusieurs significations contradictoires.

Au niveau de ce type d'interaction interne à un ordre social et juridique, même lorsque l'ordre étatique ou allochtone disparaît de l'espace interactionnel, les dynamiques propres à ces deux ordres sont reproduits au sein de l'ordre autochtone. Ainsi, les valeurs, processus et règles des ordres juridiques respectifs maintiennent leurs tensions et leurs dynamiques d'interaction au sein des communautés en étant intériorisées ou introjectées. Lorsque les

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Entrevue (17-int-17-07-2016).

¹³² Entrevue (18-int-06-08-2016).

interactions entre les ordres juridiques sont hiérarchiques, tel que c'est le cas qui nous occupe, les effets de ces interactions sont ressentis de manière plus prononcée dans les communautés.

ANNEXE D : LEXIQUE SUR LE PLURALISME JURIDIQUE

A. INTERACTIONS

1. HIERARCHIQUE

Le pluralisme juridique est né de la contestation du monopole de l'État dans la production du droit¹³³. Contrairement à certaines idées reçues, le pluralisme juridique ne conduit pas forcément à l'égalisation des ordres juridiques. Il peut tout aussi bien conduire à leur hiérarchisation. Comme le signale par ailleurs Jean Carbonnier, il « n'existe pas un pluralisme, mais des phénomènes de pluralisme, d'une extrême diversité »¹³⁴. Il y a hiérarchisation juridique lorsque, par exemple, un des ordres juridiques détermine et fixe les critères de la légitimité juridique. Ou encore lorsque par un processus de reconnaissance il permet de valider, de légitimer et de rendre effectif l'autre ordre juridique. Car, sans cette reconnaissance, le droit non-étatique se réduit – aux yeux des institutions formelles, aux pratiques locales, infra-étatiques, infra-politiques et infra-institutionnelles qui concernent alors davantage les anthropologues que les juristes. Il y aura aussi hiérarchie entre les ordres juridiques lorsqu'un des ordres concernés sera plus prestigieux. Le droit étatique, par exemple, se présente d'ailleurs comme étant rationnel, neutre et objectif. Incarné dans les institutions de l'État et enseigné dans les universités, il jouit de prérogatives dont ne jouit tout simplement pas le droit non-étatique. C'est lui qui assigne, cède ou concède un rôle au droit non-étatique. Il lui impose son vocabulaire, ses concepts, ses priorités, ses procédures et ses institutions: un juriste canadien peut ignorer le droit non-étatique, qui n'est ni valorisé ni enseigné, mais il ne peut pas ignorer le droit étatique.

En somme, la hiérarchie entre les ordres juridiques s'évalue en tenant notamment compte des éléments suivants :

¹³³ Moutouh, Hugues, « Pluralisme juridique », dans Alland, D., S. Rials, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1158-1159.

¹³⁴ Carbonnier, J., 1978, *Sociologie juridique*. Paris, Presses Universitaires de France, p. 210. Fournier, A., 2011, « L'adoption coutumière autochtone au Québec : quête de reconnaissance et dépassement du monisme juridique », *Revue générale de droit*, vol. 41(2) : p. 724 : ainsi, on peut dans certains cas être « en présence d'un "pluralisme de façade" ou d'un "pluralisme colonial" ».

- La place qu’occupent – concrètement - les ordres juridiques dans l’espace public (médias, enseignement, lieux publics, etc.) ;
- L’ordre juridique demandant ou attribuant la reconnaissance (celui qui se fait reconnaître/celui qui reconnaît l’Autre) ;
- Les effets de l’absence de reconnaissance : l’ordre juridique est réduit à des pratiques sociales, culturelles, informelles, infra-politiques, infra-institutionnelles et infra-étatiques ;
- Domination ou égalité formelle et informelle du vocabulaire et des concepts juridiques, de la langue du droit, des référents culturels ;
- L’ordre juridique est perçu comme légitime ou illégitime, effectif ou ineffectif par les différents acteurs ;
- La relation hiérarchique sera mise en lumière par les réponses apportées par le droit aux conflits entre les règles des différents ordres juridiques, par la prédominance des valeurs d’un des ordres sur l’autre ou par la possibilité pour les individus d’écarter un des ordres juridiques par simple manifestation de volonté ;
- La relation hiérarchique sera mise en exergue par les contraintes que subit un des ordres juridiques en raison de la présence de l’autre ordre sur le même espace ;
- La relation hiérarchique sera mise en lumière par la portée des compétences spatiales et personnelles dont disposent les acteurs porteurs de chacun des ordres juridiques.

2. ÉGALITAIRE

L’égalité n’est ni morale ni idéale : « ceux-là sont égaux, qui peuvent choses égales »¹³⁵.

L’égalité entre les ordres juridiques autochtones et étatiques peut être évaluée à partir des éléments suivants :

- Absence de contraintes mutuelles (absence de conditions, d’obligations de respecter certains principes, valeurs, règles ou processus) ;
- Équilibre dans le partage des compétences (compétences spatiales, personnelles, domaines de compétence) ;

¹³⁵ Hobbes, T., 1993 [1642], *Le citoyen ou les fondements de la politique*. Paris, Flammarion, chap. I, §3.

- Égalité entre les valeurs et principes de chaque ordre ;
- Légitimité des ordres juridiques reconnue indépendamment de la reconnaissance formelle par l'Autre ;
- Reconnaissance mutuelle de la légitimité, validité et effectivité de chaque ordre dans les institutions politiques et juridique de l'autre ordre juridique ;
- Dans le cas où il y a un processus de reconnaissance, la structure de la reconnaissance (ex. : cadre structurant la négociation ou la décision).

3. HORIZONTAL

L'interaction horizontale désigne un partage juridictionnel des compétences au sein de l'ordre juridique étatique, par exemple fédéral ou provincial, ou en dehors de celui-ci, par exemple entre nations souveraines. Harmonieux ou conflictuel, équitable ou contestable, le partage des compétences assigne aux différents acteurs (communautés, gouvernements infra-étatiques, entités fédérées, etc.) une sphère de compétences, parfois exclusive, et chaque acteur peut agir librement à l'intérieur de cette sphère¹³⁶. Les acteurs ne sont pas hiérarchisés ni ordonnancés. Ils ne sont pas juridiquement subordonnés l'un à l'autre, bien qu'un acteur puisse jouir d'une prédominance symbolique, politique ou économique plus ou moins importante. En d'autres termes, les interactions horizontales concernent non pas tant les processus, les règles et les valeurs que le statut des acteurs. Ainsi, les acteurs peuvent reconnaître la légitimité, la valeur et l'effectivité de l'ordre juridique étatique et s'y conformer. Ils bénéficient aussi d'un statut égal. L'iniquité ou le déséquilibre dans le partage des compétences ne change pas nécessairement l'horizontalité de la relation juridique entre les acteurs, qui peuvent agir, comme cela a été mentionné, librement à l'intérieur de leurs sphères de compétences respectives. Dit autrement, il n'y a pas ici d'ordres juridiques étatiques et non-étatiques à hiérarchiser ou à ordonnancer : l'ensemble des acteurs évolue au contraire au sein de l'ordre juridique étatique ou parallèlement à celui-ci. L'horizontalité des rapports qu'entretiennent les acteurs au sein de l'ordre juridique étatique ou en parallèle n'exclut pas non plus les conflits de droits. Les conflits de droits qui peuvent surgir dans le cadre de ces rapports horizontaux sont résolus à l'aide

¹³⁶ Cf. Falk Moore, S., 1973, « Law and Social Change : The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, vol. 7(4) : 719.

de mécanismes juridiques prédéterminés et reconnus. Les conflits de droits peuvent porter sur des lois données ou sur le partage juridictionnel des compétences lui-même, un partage dont le tracé ou la logique (géographique, principiel, etc.) peuvent faire l'objet de débat, de controverse ou de convoitise. Ces conflits et leurs solutions se déroulent néanmoins à l'intérieur de l'ordre juridique étatique, dont la légitimité, la valeur et l'effectivité ne sont pas contestées. Ils peuvent également se dérouler dans la sphère du droit extraétatique, là où se rencontrent les droits de nations souveraines.

Les interactions horizontales s'évaluent en tenant compte :

- Des rapports et du statut entre les acteurs du droit, l'égalité de statut permettant de conclure à des interactions horizontales. L'égalité de statut s'évalue en tenant notamment compte des pouvoirs et compétences reconnues à chaque entité, de la conception que se font les tribunaux, textes étatiques et interétatiques ou internationaux de la personnalité juridique de chaque entité.
- De la source des pouvoirs exercés par chacune des entités ;
- De l'origine et de la suffisance du financement pour exercer les pouvoirs dont dispose chaque entité.

4. VERTICAL

Les acteurs sont hiérarchisés et ordonnancés au sein de l'ordre juridique étatique, comme le sont les rapports entre les acteurs municipaux et provinciaux. La verticalité désigne ici la décentralisation (géographique, institutionnelle, etc.) de l'autorité juridique, mais non pas une déconcentration de cette autorité. Il n'y a pas ici d'ordres juridiques étatiques et non-étatiques à hiérarchiser ou à ordonnancer. Il n'y a pas non plus de partage juridictionnel des compétences au sein de l'ordre juridique étatique. Les acteurs subordonnés appliquent plutôt les lois qu'on exige qu'ils appliquent ou pour lesquels ils ont obtenu une délégation. C'est cet ordre qui les constitue en tant qu'acteurs et c'est en son nom qu'ils exercent leur autorité juridique. L'État moderne a « progressivement éliminé, absorbé ou monopolisé tous les pouvoirs politiques, imposant du même coup l'hégémonie et finalement l'exclusivité de son droit sur l'ensemble du territoire qu'il

occupe et sur toutes les institutions qui s'y trouvent »¹³⁷. Ainsi, les acteurs subordonnés ne possèdent pas d'autorité autonome, ils sont privés d'une capacité d'initiative. Ils exercent tout simplement l'autorité juridique qui leur a été confiée, une autorité qui peut éventuellement leur être retirée. Du reste, c'est grâce aux moyens financiers qu'on leur confie qu'ils exercent en pratique cette autorité. Les acteurs subordonnés ne sont évidemment pas impuissants ni serviles. Mais leur résistance est contingente et elle s'exerce en dépit de leurs capacités juridiques limitées, et non pas grâce à elles ou à travers elles. D'aucuns l'auront donc compris, la verticalité des rapports qu'entretiennent les acteurs au sein de l'ordre juridique étatique exclut les conflits de droits puisqu'un des acteurs prédomine clairement sur l'autre. Elle n'exclut cependant pas les conflits politiques ou les autres formes extra - ou non-juridiques de conflits, et ces conflits peuvent éventuellement agir sur la verticalité des rapports juridiques.

La verticalité de la relation entre les acteurs s'évalue en tenant compte des éléments suivants :

- Statut et liens de subordination juridiques entre les institutions ou les acteurs ;
- Déséquilibre dans le partage de compétences, où une des entités délègue, transfère ou constitue la source formelle du pouvoir exercé par l'autre entité ;
- Origine et suffisance du financement pour exercer les pouvoirs reconnus.

* * *

Dans la présentation des termes qui suit, il faut sans doute garder à l'esprit que ces différentes « catégories » de processus ou de rapports ne s'excluent pas radicalement dans les faits ; du moins, pas toujours et pas nécessairement. Il est sans doute plus fréquent de rencontrer des mélanges, des entre-deux, que des manifestations « pures » de ces « catégories ».

¹³⁷ Rocher, G., 1988, « Pour une sociologie des ordres juridiques », Les Cahiers de droit, vol. 29(1) : 96.

B. PROCESSUS FORMELS OU INFORMELS

1. ABSENCE

Inscrite dans l'histoire, l'absence n'explique rien. Elle doit au contraire être expliquée et ces explications peuvent être multiples ou inexistantes. L'absence peut être l'expression d'un refus — refus de l'autre, de son altérité ou de sa légitimité. Elle peut également être l'expression d'un déni, d'un blocage social ou politique ; celle d'un repli ou d'une démission. L'absence de processus formels ou informels doit nous amener à réfléchir sur les lignes de forces et de fractures qui traversent nos sociétés. Elle doit aussi nous amener à réfléchir sur les formules que nous employons, sur ce qu'elles nous permettent de dire ou non ; sur nos traditions juridiques et nos institutions. À l'instar de la présence, l'absence est construite historiquement. En fait, l'absence et la présence sont des notions coextensives. Elles ne s'opposent pas radicalement. Elles se conditionnent plutôt mutuellement. Il y a ainsi des absences et des présences : certains acteurs sont absents de certains processus, par exemple ; certains concepts le sont aussi. Certaines choses font l'objet de réflexions, de discussions et de tractations. D'autres non. Beaucoup de choses nous paraissent en fait solidement fixées et retirées de la circulation. Elles ont, pour ainsi dire, été poussées sur une voie de garage. Et ce sont précisément elles qui « donnent à notre manière de voir et à nos recherches leur forme. Il se peut qu'elles fussent un jour contestées. Mais il se peut aussi que depuis des temps immémoriaux, elles font partie de l'échafaudage de nos pensées »¹³⁸. L'absence de processus formels ou informels ne cache pas nécessairement quelque chose, mais elle doit nous amener à nous interroger sur les choses qui sont effectivement absentes (quelles choses ont été poussées sur une voie de garage ? Quand ? Par qui ? Sous quel prétexte ? À quelle fin ? Cui bono ?).

2. NEGOCIATION

La négociation est un mode de prévention ou de règlement des différends permettant à des individus, ou des groupes, aux intérêts et aux points de vue opposés, de s'accorder sur un choix d'options¹³⁹. La négociation est une pratique sociale, un rapport ou une interaction

¹³⁸ Wittgenstein, L., 2006, De la certitude. Paris, Gallimard, § 211.

¹³⁹ Thuderoz, C., 2010, Qu'est-ce que négocier ? Rennes, Presses universitaires de Rennes.

entre deux antagonistes¹⁴⁰. Conflictuelle ou comparativement harmonieuse, orientée par la morale ou par l'intérêt, elle doit normalement mener à la prévention ou à la résolution d'un différend, soit à un compromis fructueux. La négociation cherche à procurer aux acteurs des avantages mutuels et à limiter les coûts des conflits. La négociation serait donc – du moins potentiellement – générative de nouveaux rapports ou horizons sociaux. Contrairement aux autres modes décisionnels — force, arbitrage, vote, hasard, etc. —, elle se caractérise par l'échange mutuel de droits ou d'objets, par le jeu des co-reconnaisances identitaires. La négociation jouit par suite d'une légitimité sociale dont la force ou la ruse — manipulation, rhétorique trompeuse, mensonge, etc. — ne jouissent normalement pas¹⁴¹. Médiée par la culture, la négociation peut être interpersonnelle, mais elle peut également être intra-organisationnelle ou inter-organisationnelle¹⁴². En outre, elle se déroule à chaque fois dans un champ de forces historiquement situé dont l'observateur doit obligatoirement tenir compte : les acteurs ont non seulement des fins opposées, mais ils possèdent souvent des moyens quantitativement et qualitativement différents — temps, argent, expérience, etc. Ils comprennent de plus différemment l'origine, la gravité ou les enjeux du différend qui les oppose. Ces enjeux ne sont pas spontanément clairs pour tous les acteurs et ils évoluent parallèlement au cours du processus de négociation, à la manière de billes qui s'entrechoquent. Ils ne sont pas fixes. De plus, tout n'est pas négociable. Certains enjeux sont écartés d'emblée du processus de négociation. Inversement, l'un ou l'autre des acteurs peut arbitrairement imposer les enjeux de la négociation, voir la négociation elle-même — ses règles, sa durée, ses acteurs, son contexte, son langage, etc.

3. CONSULTATION

La consultation est une invitation ponctuelle du décideur — l'État, le gouvernement, etc. — à donner son avis ou opinion dans le cadre d'un processus décisionnel donné. Ce processus est déclenché à l'initiative du décideur, qui en détermine plus ou moins discrétionnairement et unilatéralement les termes — objet, durée, lieux, sujet, langue, etc. La consultation est un exercice démocratique, et elle transporte avec elle une forte valeur

¹⁴⁰ Bellenger, L., 2011, *La négociation*. Paris, Presses universitaires de France, p. 13 et subsq.

¹⁴¹ Thuderoz, C., 2000, *Négociations*. Paris, Presses universitaires de France, p. 107.

¹⁴² Bourge, R., C. Thuderoz, 2002, *Sociologie de la négociation*. Paris, La découverte, p. 10.

symbolique : « elle est associée à la prise en compte, à la reconnaissance, à l'émancipation, au pouvoir d'agir, au bien-être, bref à l'idée d'un monde plus solidaire et plus égalitaire, un monde où les rapports hiérarchiques s'atténueraient »¹⁴³. En réalité, elle laisse parfaitement inchangé les rapports entre les acteurs, c'est-à-dire entre le décideur et la population¹⁴⁴. La consultation n'est pas générative de nouveaux rapports ou horizons sociaux. Le décideur n'a pas à parvenir à une entente avec la population (ou un groupe donné). Il n'a pas à atteindre un compromis avec elle. Le décideur n'a d'ailleurs pas toujours d'obligation de consulter la population. Formelle ou informelle, la consultation peut évidemment prendre diverses formes, mais elle vise uniquement à recueillir l'avis de la population. Le décideur n'a donc pas l'obligation d'en respecter le résultat. Certes, dans certains cas, le décideur est légalement ou politiquement contraint de tenir des consultations. Mais cela ne l'oblige pas ensuite à tenir compte des avis qu'il a recueilli. La consultation n'est d'ailleurs souvent qu'un phénomène de récupération, qui diminue les possibilités de contestations, de résistances ou d'affrontement ; un moyen de donner un vernis démocratique aux décisions unilatérales du décideur. Cela dit, en déclenchant un processus consultatif, le décideur annonce néanmoins publiquement qu'il accepte d'être influencé par ceux et celles qu'il consulte¹⁴⁵. L'objet soumis à la consultation doit conséquemment laisser des choix, de véritables options, sur lesquelles la population pourra s'exprimer. Les études montrent malheureusement que les participants ont souvent rétrospectivement « l'impression que ce qui était annoncé comme une consultation avait davantage une fonction d'information, de relations publiques, voire de persuasion »¹⁴⁶. Lorsque les consultations sont mal utilisées, mal justifiées ou tenues en aval d'une décision déjà prise, elles contribuent paradoxalement à « la perte de confiance des citoyens envers leurs gouvernements et leurs institutions, tandis que les décideurs les voient comme une perte de temps considérable puisque les citoyens n'ont pas la capacité et les connaissances

¹⁴³ Pelchat, Y., « L'appel à la participation : une vision privatisée de l'inégalité ? », *Nouvelles pratiques sociales*, vol.22(2) : 116.

¹⁴⁴ Godbout, J., 1983, *La participation contre la démocratie*. Montréal, Éditions coopératives Albert St-Martin, p. 59

¹⁴⁵ Thibeault, A., 1986, « La consultation publique, au-delà du symbole », *loisir et société*, vol. 9(1) : 11-32.

¹⁴⁶ Thibeault, A., 1991, *Comprendre et planifier la consultation publique*. Montréal, Bureau de consultation de Montréal, p. 3.

nécessaires pour discuter de certains sujets avec des spécialistes »¹⁴⁷. Notons, enfin, que la consultation permet au décideur de créer ou de fabriquer stratégiquement son interlocuteur en invitant un groupe donné à participer au processus de consultation. Le décideur n'a pas à composer avec un acteur déjà constitué et reconnu, comme c'est généralement le cas dans le cadre d'une négociation.

4. ACCORD MUTUEL

Respectif et concordant, l'accord mutuel est donné de part et d'autre en vue d'un même objet ou d'une même fin. En droit civil, l'accord mutuel est la rencontre de deux volontés présumées libres, qui s'engagent de bonne foi l'une envers l'autre (ex. : contrat, entente bilatérale, etc.)¹⁴⁸. L'accord mutuel présuppose cependant un langage commun, une compréhension commune de l'objet ou de la fin à atteindre. Il s'agit là d'un point capital. L'histoire coloniale est émaillée de ruses, de tromperies ou de malentendus interculturels que l'on a subséquentement décrits ou interprétés comme des accords mutuels. Les alliances, les ententes et les traités conclus entre les Premières Nations et la Couronne, par exemple, étaient le plus souvent destinés à tromper les Premières Nations, et la Couronne s'est presque toujours conduite de manière répréhensible, voire malhonnête envers elles¹⁴⁹. Quoi qu'il en soit, l'accord mutuel ne peut pas être imposé. L'accord est un assentiment que l'on donne (ou que l'on refuse) volontairement, de manière libre et éclairée¹⁵⁰. L'accord est consenti. Il n'est ni arraché ni imposé. Il peut porter sur un objet précis¹⁵¹ ou encore sur les principes qui régiront les négociations, les pourparlers ou les dialogues subséquents. Notons que l'accord peut intervenir entre des partenaires socialement, économiquement, symboliquement, politiquement (etc.) inégaux. Il laisse toutefois de telles inégalités inchangées.

¹⁴⁷ Boisvert, Y., K. Prémont, 2003, *Les méthodes de consultations publiques : analyse et description*. Québec, ENAP/Laboratoire d'éthique publique, p. 6.

¹⁴⁸ Cornu, G., 2011, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, p. 13. Voir aussi *Code civil du Québec*, art. 1378, al. 1 : « Le contrat est un accord de volonté [...] ». Voir aussi : art. 6, 7 et 1375.

¹⁴⁹ Borrows, J., *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Laws*, Toronto, Toronto University Press, 2002, p. 11-137.

¹⁵⁰ Voir CCQ, art. 1399, al. 1 : « Le consentement doit être libre et éclairé ».

¹⁵¹ Voir CCQ art. 1373 sur l'objet de l'obligation et art. 1412 sur l'objet du contrat.

5. IMPOSITION

Une autorité de droit (« de jure ») ou de fait (« de facto ») impose, fait unilatéralement prévaloir sa volonté en vertu d'une prérogative ou de force¹⁵². L'imposition est l'expression d'un rapport de pouvoir foncièrement inégal, asymétrique, entre des acteurs qui occupent des positions sociales, économiques ou politiques (etc.) différentes. Juste ou non-juste, la décision est imposée — ordonnée, dictée, etc. — à un acteur par un autre acteur. Cette imposition peut intervenir au terme d'une lutte, d'un affrontement. Mais elle peut aussi intervenir au terme d'un processus consultatif ou de négociation auquel un acteur avait accepté de prendre part en dépit de la prérogative ou de la force qui l'autorise autrement à imposer sa volonté. Quoi qu'il en soit, l'imposition désigne un rapport entre les acteurs, un lien ou un processus, et non pas un jugement éthique, moral ou normatif posé sur la décision imposée ou sur le processus qui a ultimement menée à cette décision (en d'autres mots, l'imposition d'une décision peut être bénéfique ou non. Elle est néanmoins imposée dans ces deux cas).

6. EMPRUNT

Volontaire ou imposé, conscient ou pas, l'emprunt peut être symbolique ou véritable : il est possible d'emprunter, c'est-à-dire de s'approprier, d'adopter, en partie ou in toto certains gestes, certains rituels, certaines paroles ou certaines procédures, par exemple, mais il est également possible d'emprunter les concepts fondamentaux, voire les principes séminaux d'un ordre juridique donné. Un tel emprunt n'est pas nécessairement délibéré ou planifié, bien que ce soit souvent le cas. En outre, un emprunt n'est pas non plus nécessairement sa propre fin. En effet, il peut très bien être un gage de respect ou d'ouverture — sincère ou non —, une sorte de témoignage ou de démonstration politique. L'emprunt peut être éphémère ou durable ; il peut être ponctuel (sur un point précis de droit) ou sur un ensemble plus vaste d'aspects du droit. Il peut être stratégique ou, au contraire, il peut être motivé par d'authentiques considérations éthiques. Inscrit dans l'histoire, l'emprunt peut être effectué par l'acteur dominant— l'État, la Couronne, etc. —, mais il peut tout aussi bien être effectué par l'acteur dominé. Il peut en tous les cas être

¹⁵² Cornu, G., 2011, Vocabulaire juridique, 10e ed.. Paris, PUF, p. 271.

contesté ou dénoncé, puisqu'il peut parfois être associé à une appropriation frauduleuse, colonialiste, paternaliste (etc.). En soi, l'emprunt ne nécessite pas l'accord ou l'approbation préalable de l'acteur à qui on emprunte quelque chose. Il ne vise pas non plus à harmoniser, à unifier ou à synthétiser des ordres juridiques. Il laisse par ailleurs inchangé la relation entre les acteurs.

Enfin, bien qu'il existe de nombreux travaux abordant la notion d'emprunt, peu s'attardent à fournir ou à esquisser une définition qui puisse être aisément reprise. La notion s'insère dans les réflexions sur la circulation des modèles juridiques. L'Italien Rodolfo Sacco écrit : « La langue française dispose de quelques synonymes pour indiquer cette notion : migration, diffusion, transfert, imitation, propagation, transportation, emprunt, réception. En anglais, nous trouvons *transplant, transmission, borrowing, spread.* »¹⁵³. Un des auteurs ayant le plus écrit sur la question, Alan Watson, écrit ceci : « In most places at most times borrowing is the most fruitful source of legal change. The borrowing may be from within the system, by analogy – from negligence in torts to negligence in contract, for instance – or from another legal system. The act of borrowing is usually simple. To build up a theory of borrowing on the other hand, seems to be an extremely complex matter »¹⁵⁴. Pour sa part, Norbert Rouland cite Henri Lévy-Brühl (sans toutefois donner de référence) qui distingue « entre l'emprunt, relativement banal, visant seulement des éléments d'un système juridique, et l'acculturation proprement dite, beaucoup plus rare et problématique, qui engendre des modifications susceptibles de changer la nature de l'ensemble des systèmes juridiques en présence »¹⁵⁵. De même, Dominique Manaï écrit que les auteurs ont distingué « le phénomène de l'emprunt qui porte sur une institution particulière et celui de l'acculturation qui implique une altération globale d'un système juridique due au contact d'un système différent »¹⁵⁶.

¹⁵³ Rodolfo Sacco, « La circulation des modèles juridiques », dans Congrès international de droit comparé (13^e : 1990 : Montréal, Québec), *Rapports généraux au XIII^e Congrès international de droit comparé = General reports to the XIIIth International Congress of Comparative Law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 1-19, à la p. 3.

¹⁵⁴ Watson, Alan, « Aspects of Reception of Law », (1996) 44 Am. J. Comp. L. 335-351, à la p. 335.

¹⁵⁵ Rouland, Norbert, « Acculturation juridique », dans Denis Alland et Stéphane Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Presses universitaires de France, 2003, p. 4-6.

¹⁵⁶ Dominique Manaï, « Acculturation », dans André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p. 3-4, à la p. 3.

* * *

C. LES EFFETS DES INTERACTIONS ENTRE LES ACTEURS SUR LES ORDRES JURIDIQUES AUTOCHTONES ET ETATIQUES.

1. RECONNAISSANCE

La reconnaissance ou les politiques de reconnaissance: « refer to the now expansive range of recognition-based models of liberal pluralism that seek to reconcile Indigenous claims to nationhood with Crown sovereignty via the accommodation of Indigenous identities in some form of renewed relationship with the Canadian state ». Cette notion plurivoque — la reconnaissance — est dorénavant au cœur des préoccupations des mouvements politiques et nationaux modernes, notamment autochtones¹⁵⁷. La reconnaissance peut être déclarative ou symbolique. Elle laisse alors le droit parfaitement inchangé. En revanche, elle peut être générative ou réelle, c'est-à-dire qu'elle peut octroyer à un acteur un statut juridique ou politique privilégié qui s'accompagne véritablement de droits et de responsabilités. Dans un tel cas, la reconnaissance n'est pas sa propre fin. Elle est plutôt un moyen qui doit subséquemment mener à la reconfiguration des rapports juridiques et politiques entre l'État et l'acteur nouvellement reconnu, par exemple par la mise en place d'accommodement ou de politiques de réconciliation (cet acteur existe avant la reconnaissance, il n'est pas fabriqué ou conjuré par l'État, qui officialise plutôt l'existence de l'acteur). Cette officialisation entraîne la reconnaissance de l'État par cet acteur (= reconnaissance mutuelle). En contexte colonial ou postcolonial, cela peut parfois être problématique, par exemple lorsqu'une population colonisée refuse de reconnaître la légitimité d'un État colonial fondé sans leur consentement ou en dépit de leur résistance, sur des territoires acquis de manière discutable ou tout simplement à la suite de spoliation. En tous les cas, la reconnaissance est la prérogative de l'État ; du moins, officiellement, et elle reproduit — plutôt que libère - des rapports hégémoniques entre celui qui reconnaît et celui qui est reconnu — comme le ferait par exemple une auto-reconnaissance ou auto-affirmation de

¹⁵⁷ Taylor, C., 2009 [1992], *Multiculturalisme : différence et démocratie*. Paris, Flammarion, p. 40 et subsq.

soi¹⁵⁸. Au-delà de ce problème fondamental qui caractérisent les politiques de reconnaissance, celles-ci peuvent également être fort limitées ou inappropriées : la reconnaissance de l'acteur peut, par exemple, se concrétiser par l'imposition d'une forme politique qui lui est étrangère [(l'État, par exemple, reconnaît les Premières nations tout en leur imposant un système politique colonial (*Loi sur les Indiens*)]. Enfin, il faut ajouter ici que la reconnaissance d'un acteur n'emporte pas nécessairement la reconnaissance de son ordre juridique.

2. SUPPRESSION

Mettre un terme à une règle, à un droit ou à une procédure ; l'abolir, l'abroger, l'annuler, l'éliminer, l'éteindre, etc¹⁵⁹. Unilatérale ou négociée, contrainte ou pas — on peut y consentir —, la suppression est un geste, une action ou une décision officielle de l'État. Seul l'État peut supprimer une part, ou l'ensemble, d'un ordre juridique quelconque (ignorer le droit, l'enfreindre ou refuser d'en reconnaître la légitimité, ce n'est évidemment pas le supprimer). La suppression est l'antithèse juridique de l'établissement ou de l'institution et elle peut contribuer à l'acculturation juridique, mais elle ne doit pas pour autant être entendue péjorativement : après tout, il est parfaitement possible de supprimer des lois discriminatoires, encombrantes ou vieillottes et d'accorder plus de place à un ordre juridique non-étatique en abolissant des obstacles juridiques devenus encombrants (cette procédure délibérée est bien entendu une affaire de spécialistes).

3. AMPUTATION

L'amputation limite la portée, le champ d'application, d'une loi ou d'un ordre juridique donné. Elle ne le supprime pas. Elle lui pose (unilatéralement ou non) des limites juridictionnelles ou géopolitiques, par exemple, ou des conditions nouvelles. Plus ou moins complète, selon le cas, l'amputation ne supprime rien, mais elle ne crée rien non plus — elle n'est habituellement pas générative. Elle agit plutôt sur un droit préexistant, c'est-à-dire un droit reconnu. L'amputation présuppose en fait une relation asymétrique entre deux

¹⁵⁸ Glen S. Coulthard, « Subject of Empire : Indigenous Peoples and the 'Politics of Recognition' in Canada », 2007: 6 *Contemporary Political Theory* 437–460.

¹⁵⁹ Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2011, p. 1000-1001.

ordres juridiques hiérarchisés. Elle est par ailleurs une prérogative de l'État, puisqu'un ordre juridique non-étatique ne peut pas amputer l'ordre juridique étatique. L'amputation diminue l'efficacité de l'ordre juridique non-étatique, elle en limite non seulement la portée ou le champ d'application, mais elle confirme la subordination de cet ordre juridique. Elle contribue directement à l'acculturation juridique en marginalisant l'ordre juridique non-étatique. Elle n'a pas pour but d'harmoniser l'ordre juridique étatique, en aménageant une place à l'ordre non-étatique. Elle vise au contraire à minimiser la place qu'occupe déjà cet ordre (ou à prévenir son expansion, ce qui revient finalement au même).

4. DEFORMATION

L'interaction entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique non-étatique peut éventuellement conduire à une déformation plus ou moins importante de l'un ou de l'autre de ces ordres (ou de ces deux ordres). La déformation laisse évidemment inchangé le rapport entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique non-étatique. Cette déformation n'est d'ailleurs pas une forme d'hybridation ou d'harmonisation, c'est-à-dire une forme plus ou moins délibérée de synthèse, mais au contraire une reconfiguration problématique de l'ordre juridique (ou de certaines lois), assimilable à une forme d'acculturation juridique.

5. HYBRIDATION

Issu du rassemblement ou du croisement de concepts, de méthodes et de pratiques de common law et de droit civil, il est reconnu que le droit québécois est hybride ou mixte : « les sources historiques du droit processuel québécois se trouvent en effet dans l'Ordonnance (française) de 1667, largement métissées d'emprunts provenant du droit anglais, et profondément transformées par la législation locale et les coutumes des acteurs juridiques du XIXe siècle »¹⁶⁰. D'aucuns l'auront compris, l'hybridation — le métissage — est un long processus historique, qui s'étire parfois sur des siècles, et qui se poursuit encore aujourd'hui. Harmonieux ou non, il n'est habituellement pas un processus entrepris délibérément et consciemment par un acteur donné, mais bien plutôt un processus

¹⁶⁰ Jutras, D., 2008, « Culture et droit : le cas du Québec », in Grimaldi, M., (dir.), 2008, *Droit et culture*, t.LVIII. Bruxelles, Bruylant, p. 510-511.

sociologique inscrit dans le temps et dans l'espace. L'hybridation n'est pas une opération technique, elle n'est ni juste ni injuste, ni bonne ni mauvaise. Elle est le résultat imprévu et imprévisible, car non-intentionnel, de l'interaction des traditions juridiques au fil de l'histoire (notons par ailleurs que l'absence d'hybridation est elle aussi révélatrice des rapports de forces sociaux et politiques qui sous-tendent nos sociétés, qui les traversent et qui les structurent). Contrairement à l'harmonisation, l'hybridation ne vise pas à assurer l'articulation de plusieurs ordres juridiques qui coexisteraient côte à côte ; il s'agit plutôt d'une manière de décrire un ordre juridique (mixte, hybride).

6. HARMONISATION

Altération des lois existantes en vue d'assurer la cohérence ou la complémentarité entre les régimes juridiques ou afin de les rendre conformes à une législation nouvellement adoptée¹⁶¹. Contrairement à l'hybridation, l'harmonisation est délibérée. Elle présuppose l'identification d'un problème (réel ou allégué) de cohérence ou de consistance entre des ordres juridiques co-existants. Elle présuppose également que l'on possède l'expertise et l'autorité afin de résoudre ce problème. En d'autres termes, l'harmonisation est avant tout une affaire de spécialistes. En fait, elle est d'abord la prérogative de l'État – lequel peut ou non avoir la volonté politique de résoudre ces problèmes de cohérence. L'harmonisation peut entraîner l'abrogation de certaines lois. Elle ne se traduit donc pas nécessairement par une plus grande largesse ou par une plus grande ouverture juridique à l'ordre juridique non-étatique, elle ne lui fait pas nécessairement plus de place¹⁶². Elle peut au contraire harmoniser le droit en l'évacuant officiellement. En tous les cas, elle peut contribuer à l'acculturation juridique.

7. UNIFORMISATION

L'uniformisation vise à rendre les lois identiques ou quasi identiques. On en trouve une trace à l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle diffère de l'harmonisation qui

¹⁶¹ Reid, H., 2015, Dictionnaire de droit québécois et canadien, 5^e éd. Montréal, Wilson & Lafleur, p. 309

¹⁶² L'harmonisation entre le droit fédéral et les droits autochtones a été discutée dans les débats parlementaires en vue de l'adoption de la *Loi d'harmonisation no 2 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2004, ch. 25 : Matthieu Juneau, « La notion de droit commun en droit civil québécois » mémoire de maîtrise, Université Laval, Québec, 2009, p. 136.

tend à « rendre compatible » deux lois en conflits ou incohérentes. Ainsi, il y sans doute une volonté d'uniformisation en droit des autochtones dans la décision de la Cour suprême du Canada d'appliquer la *Proclamation royale de 1763* partout au Canada, même là où le texte ne prévoit pas spécifiquement son application.

8. ACCULTURATION JURIDIQUE

L'expression « acculturation juridique » semble désigner, dans les travaux en cours, un résultat¹⁶³, mais l'expression peut aussi désigner un processus¹⁶⁴. Historiquement, dans le contexte colonial, l'expression désignait un phénomène par lequel une société moins évoluée devenait plus évoluée ou civilisée ; on peut reprendre la même idée dans le domaine juridique. Norbert Rouland définit ainsi l'acculturation juridique : « En droit, on peut définir l'acculturation comme l'ensemble des processus suivant lesquels les systèmes de normes juridiques, les comportements des acteurs et leurs représentations sont construits et modifiés par les contacts et interpénétrations entre cultures et sociétés »¹⁶⁵. Il existe différents types d'acculturation (ex. : ...). Il faut aussi retenir que le phénomène peut toucher une culture juridique, incluant la manière dont une société ou des membres d'une société perçoivent les normes les régissant.

¹⁶³ Dominique Manai, « Acculturation », dans André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p. 3-4, à la p. 3.

¹⁶⁴ Norbert Rouland, « Acculturation juridique », dans Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Presses universitaires de France, 2003, p. 4-6.

¹⁶⁵ Norbert Rouland, « Acculturation juridique », dans Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Presses universitaires de France, 2003, p. 4-6.

ANNEXE E : QUESTIONNAIRE SOUMIS AUX AVOCATS RENCONTRÉS

Questionnaire

Notre recherche fait partie d'un projet international. C'est une recherche fondamentale portant, entre autre, sur la place accordée dans les Cours de justice du monde aux traditions juridiques autochtones. Elle porte plus précisément sur les traditions juridiques autochtones en lien avec le territoire et la place qui leur est conférée dans les cours de justice et/ou dans la négociation d'ententes (ententes et traités).

- 1) Pouvez-vous définir la place accordée aux traditions juridiques autochtones dans les procès qui mettent en cause des Premières Nations.
- 2) Quelle est la place accordée au droit coutumier innu en lien avec le territoire dans la négociation d'ententes entre les industries, sociétés d'état, gouvernements et les Premières nations ?
- 3) Si oui, une place est évidemment accordée à ces traditions juridiques, comment sont-elles respectées, quelles sont les traditions prises en considération jusqu'à présent ?
- 4) Dans quelles causes, processus ou ententes elles l'ont été (au Québec et Labrador) ?
- 5) Comment les procureurs, les juges ou tout autre acteur ainsi que vous-même ont pris connaissance de ces traditions ?
- 6) Si aucune place n'est accordée aux traditions juridiques des premières Nations, que l'on est loin, dans les causes actuelles et les processus de négociation d'ententes, de prendre en considération le pluralisme juridique, quelles raisons peuvent expliquer cet état de fait?
- 7) Apercevez-vous d'éventuelles ouvertures vers ce pluralisme juridique que défendent certains juristes ?
- 8) Quelle forme ce pluralisme pourrait prendre (y a-t-il des modèles internationaux qui pourraient être adaptés ici?).
- 9) Comment les conflits sont-ils pris en charge ?

Les acteurs qui sont-ils ?

Première nation : Conseils de bande (administrateurs), chasseurs, gardiens de territoire, aînés, avocats.

Gouvernements et secteur privé: Hydro-Québec, Gouvernement du Québec, Gouvernement fédéral, gouvernement du Labrador, Nouvelle-Écosse.

Secteur privé

: Compagnies privées.

Processus et interactions: Imposition, négociation, consultation, accords mutuels, emprunt, reconnaissance, suppression, amputation, modification, transformation, hybridation, harmonisation, unification, domestication, invalidation, dévalorisation, invisibilité (vide juridique), commodification (réification, marchandisation, chosification), humiliation, ignorance, évitement.