

# La justice en soi: les traditions juridiques autochtones

John Borrows

2006

Faculty of Law

Faculty Publications

Original citation:

Borrows, John (2006). La justice en soi: les traditions juridiques autochtones. *Law Commission of Canada*, <https://canadacommons.ca/artifacts/1238093/la-justice-en-soi/1791164/>

---

Downloaded from UVicSpace Research & Learning Repository

dspace.library.uvic.ca



University  
of Victoria

Libraries

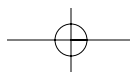


**Canada  
Commons**



# La justice en soi : les traditions juridiques autochtones



**Page couverture :**

Le bâton d'orateur a été utilisé par de nombreux groupes autochtones en Amérique du Nord pour faciliter la tenue d'audiences justes et impartiales et arriver à un consensus. La personne qui tient le bâton parle sans être interrompue, permettant ainsi à tous les participants et participantes d'être entendus.

Les bâtons d'orateur représentés sur la page couverture de ce document de discussion sont l'œuvre d'Anna Nibby Woods, une Mi'kmaq de Nouvelle-Écosse.

La photo en page couverture a été réalisée par Christian Lalonde du studio Photolux, à Ottawa. Elle a été prise au lac Meech, situé à Gatineau (Québec).

La Commission du droit du Canada souhaiterait remercier Barry Parker, Jackie Nibby et Anna Nibby Woods pour l'utilisation de leurs bâtons d'orateur.

Numéro de catalogue: JL2-29/2006

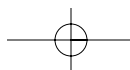
ISBN: 0-662-49471-7

Août 2006

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006

**Le document de discussion peut être téléchargé à partir du site Internet de la Commission du droit du Canada, à l'adresse : <http://www.cdc.gc.ca>**

# Canada





## Préface

Bien avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les peuples autochtones avaient développé des traditions sociales, politiques et spirituelles pour guider leurs interactions et leurs rapports. Ces diverses traditions ont évolué pour devenir des systèmes juridiques élaborés. Dans l'ensemble du Canada, beaucoup de collectivités autochtones continuent de se fonder sur leurs traditions pour gouverner la collectivité, l'environnement et les rapports entre les gens. Ces traditions sont relatées dans les riches histoires, cérémonies et pratiques que l'on retrouve dans ces collectivités. Pour répondre aux besoins actuels des collectivités, les traditions juridiques autochtones ont évolué et constituent le fondement de bonnes pratiques communautaires, de rapports sains et de prise de décisions judicieuses.

Même si les peuples autochtones ont été les premiers praticiens du droit au Canada, leurs lois ont souvent été ignorées ou écartées par les lois non autochtones. Face au colonialisme, les traditions juridiques autochtones ont perdu beaucoup de leur influence, pour presque disparaître complètement de certaines collectivités. Aujourd'hui cependant, beaucoup d'entre elles ont entrepris la tâche souvent difficile de revigorer leurs traditions juridiques. Au cours des dernières années, le Canada commence à reconnaître les enseignements des traditions juridiques autochtones. En explorant la justice réparatrice et transformatrice comme alternative aux approches pénales traditionnelles, par exemple, les tribunaux ont reconnu l'importance de ces traditions dans un certain nombre de circonstances.

Le Canada est un État juridiquement pluraliste dans lequel la common law et le droit civil sont reconnus, mais où les lois autochtones ne sont pas toujours valorisées ou n'ont pas toujours l'occasion d'évoluer. Le présent document de discussion examine l'importance des traditions juridiques autochtones pour les peuples autochtones et la place des lois autochtones au Canada.

Notre chercheur en résidence virtuelle, John Borrows, professeur et titulaire de la chaire de justice et de gouvernance autochtones de la fondation du droit à la Faculté de droit, à la University of Victoria, a effectué la grande partie de la recherche essentiels pour ce projet. Ses connaissances des traditions juridiques autochtones, ses travaux de



recherche dans ce domaine, sa compréhension et ses explications de l'histoire et du fonctionnement du système juridique canadien, ainsi que son sens des difficultés et des possibilités que présente l'exercice du droit autochtone au Canada, ont été indispensables au travail de la Commission. Pour les personnes qui sont intéressées à examiner plus en profondeur certaines questions soulevées dans ce document de discussion, une copie du document du professeur Borrows se trouve dans le DVD qui accompagne le présent document.

En plus de porter un regard critique sur les lois et la politique juridique canadiennes, la Commission du droit du Canada a le mandat d'engager les Canadiens et les Canadiennes dans la réforme du droit. Ce document de discussion a pour but de stimuler le débat au sujet des questions qui entourent les traditions juridiques autochtones au Canada. Pour aider les Canadiens et les Canadiennes à comprendre les traditions juridiques autochtones et le processus d'élaboration des lois autochtones, la Commission du droit lance, avec la publication de ce document, un documentaire sur vidéo qui brosse un tableau de la richesse des traditions juridiques autochtones du Canada et qui explore certaines façons par lesquelles les collectivités autochtones travaillent pour régénérer et revitaliser leurs traditions. Ce documentaire se trouve également dans le DVD qui accompagne le présent document de discussion.

La Commission du droit vous encourage à lui faire part de vos commentaires, vos idées et vos suggestions. Vous pouvez nous les communiquer par courrier, courriel, télécopieur, téléphone ou Internet :

**Adresse :** **Commission du droit du Canada**  
222, rue Queen, Ottawa (Ontario)  
K1A 0H8 Canada

**Téléphone :** (613) 946-8980

**Télécopieur :** (613) 946-8988

**Courrier électronique :** [info@cdc.gc.ca](mailto:info@cdc.gc.ca)

**Internet :** [www.cdc.gc.ca](http://www.cdc.gc.ca)



# Table des matières

<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>I. LES LOIS AUTOCHTONES</b> .....	<b>4</b>
<b>II. POURQUOI APPUYER LA REVITALISATION DES TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES?</b> .....	<b>10</b>
<b>III. ENJEUX ET DÉFIS</b> .....	<b>13</b>
A. Identifier et interpréter les traditions juridiques autochtones .....	13
B. Le Canada est-il ouvert à des traditions juridiques autochtones revitalisées?.....	16
C. Intelligibilité et accessibilité .....	17
D. Égalité .....	19
E. Applicabilité.....	22
F. Responsabilité .....	25
<b>IV. ACCROÎTRE LA PLACE ACCORDÉE AUX TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES AU CANADA</b> .....	<b>28</b>
A. Le rôle des gouvernements et des autres.....	29
B. Initiatives de justice autochtone.....	31
C. Institutions universitaires, sociétés des barreaux ...	33
<b>Conclusion</b> .....	<b>35</b>
<b>Notes</b> .....	<b>37</b>



## Introduction

*[TRADUCTION] Il est arrivé quelque chose au peuple. Le résultat s'est avéré bon et heureux. « C'est bien » ont dit les Hommes sages. « Cela devra être incorporé dans une nouvelle loi pour que le bonheur soit encore mieux assuré pour nos Peuples. » Et lorsque le malheur est arrivé, ces Hommes sages ont fouillé longtemps pour en trouver la cause.*

*Enfin, satisfaits d'avoir appris ce qu'ils recherchaient, ils ont dit : « L'activité qui se trouve à la source de cette difficulté est quelque chose de mal. À l'avenir, nos peuples doivent être protégés de façon à ce que la même erreur ne se reproduise pas. Nous ferons une nouvelle loi pour interdire cette activité. »*

*Le Code s'est ainsi élaboré. Les enfants ont été éduqués à savoir ce qui est Bien et ce qui est Mal. Les générations se sont succédées, chacune plus vigoureuse et prospère que la précédente.*

Will Robinson, tel que raconté par Walter Wright, *Men of Medeek*, 2<sup>e</sup> éd., Kitimat, Northern Sentinel Press, 1962, à la p. 3.

Les peuples autochtones ont été les premiers praticiens du droit au Canada. Vivant dans des collectivités et des nations partout au pays, ils ont élaboré des normes et des pratiques pour régir leur interaction sociale, régler les échanges, régler les différends et gérer les relations entre les différentes nations. Les diverses traditions des différents peuples autochtones ont évolué en des systèmes de droit très développés qui ont guidé les sociétés autochtones pendant des siècles dans le domaine de la gouvernance de la collectivité, de l'environnement et des relations entre les gens. Transmises de génération en génération grâce à des histoires, des chansons, des cérémonies et des pratiques, ces traditions juridiques reflètent les expériences uniques de différents peuples et collectivités autochtones, en concrétisant leurs valeurs et leurs croyances et en étant adaptées à leur culture.

Les premiers Européens qui sont arrivés en Amérique du Nord ont reconnu les traditions juridiques autochtones et ont souvent respecté les lois autochtones. Les lois, les protocoles et les procédures autochtones ont servi de cadre pour les premiers traités entre les peuples autochtones et les Couronnes néerlandaise, française et anglaise. Les transactions



commerciales étaient souvent exécutées conformément aux traditions autochtones, en basant souvent le don de cadeaux, l'octroi de crédit et les normes de commerce sur les concepts juridiques autochtones. Pour ce qui est des questions personnelles, beaucoup des premiers mariages entre femmes autochtones et hommes européens ont été célébrés conformément aux traditions juridiques autochtones.

Mais l'influence des lois autochtones s'est dissipée avec l'établissement accru des Européens. Les premières collaborations ont été remplacées par des politiques d'assimilation et, à partir des années 1800, les traditions juridiques autochtones étaient souvent ignorées et beaucoup de pratiques et de cérémonies coutumières étaient interdites. On enlevait les enfants autochtones de leur foyer et on les forçait à vivre dans des pensionnats où l'utilisation des langues autochtones était interdite. Les répercussions sur les lois, les cultures et les collectivités autochtones ont été dévastatrices. Au lieu des lois et des mécanismes de résolution de différends qui avaient été élaborés dans des contextes culturels particuliers et qui étaient adaptés aux valeurs et aux croyances des personnes qu'ils gouvernaient, un système juridique qui reflétait les valeurs et la culture des européens a été imposé aux peuples autochtones. De nombreuses collectivités autochtones luttent aujourd'hui contre la pauvreté extrême, leur identité culturelle et leurs collectivités fragmentées à la suite de décennies de politiques d'assimilation.

Pourtant, les traditions juridiques autochtones n'ont pas disparu. De nombreuses collectivités autochtones ont élaboré et développé leurs lois qui continuent à les guider en matière de gouvernance et de résolution de conflits. D'autres collectivités ont entrepris la tâche difficile de réclamer et de revitaliser leurs traditions et les valeurs sur lesquelles elles sont fondées. On reconnaît de plus en plus l'importance des lois autochtones et des traditions juridiques pour le bien-être culturel, économique et autres des peuples et des collectivités autochtones. Beaucoup reconnaissent la revitalisation des traditions juridiques autochtones comme essentielle à l'autonomie des peuples autochtones. Toutefois, bien que le Canada soit un État juridiquement pluraliste dans lequel la common law et le droit civil sont reconnus et fonctionnent de façon parallèle, les lois autochtones ne sont pas toujours valorisées, et on ne leur donne pas souvent l'espace nécessaire pour fonctionner, évoluer et s'épanouir.



De garantir que les peuples autochtones aient l'espace politique et les ressources nécessaires pour cultiver et perfectionner les lois autochtones conformément à leurs traditions pourraient contribuer non seulement au bien-être des collectivités autochtones, mais également à la réconciliation entre le Canada et les peuples autochtones. La pratique du droit autochtone au Canada, son importance pour le bien-être et le succès des collectivités autochtones, la gouvernance et l'identité culturelle, les étapes pratiques qui pourraient être suivies pour s'assurer d'une meilleure reconnaissance des traditions juridiques autochtones et les défis qui en découlent font l'objet du présent document de discussion.



[TRADUCTION] On nous dit aujourd'hui que les Inuits n'ont jamais eu de lois ou de « maligait ». Pourquoi? Ils disent « Parce qu'elles ne sont pas écrites sur papier ». Quand je pense au papier, je pense qu'on peut le déchirer et donc que les lois seraient perdues. Les «maligait» des Inuits ne sont pas sur papier.

Mariano Aupilaarjuk, dans Jarich Oosten, Frederic Laugrand et Wim Rasing, dir., *Interviewing Inuit Elders 2: Perspectives on Traditional Law*, Iqaluit, Nunavut Arctic College, 1999, à la p. 14.

La conclusion de traités entre peuples autochtones remonte à une époque très antérieure à l'arrivée des Européens. Ces traités avaient pour objet d'établir la paix, de régler le commerce, de partager l'utilisation des terres et des ressources et d'organiser leur défense mutuelle. La cérémonie du calumet et d'autres cérémonies analogues conféraient à ces accords la valeur sacrée d'un serment.

*Canada, À l'aube d'un rapprochement : Points saillants du Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, CD-ROM: *Pour sept générations : legs documentaire de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, Libraxus, 1997, à la p. 14.

## I. LES LOIS AUTOCHTONES

Bien avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les nations autochtones avaient élaboré des lois pour régir des aspects importants de la vie collective tels que le mariage, l'adoption, le traitement des transgresseurs, l'intrusion et la chasse. Pour assurer la force des clans et entretenir les relations importantes entre ceux-ci, par exemple, les lois qui interdisaient le mariage entre membres d'un même clan étaient très répandues dans les collectivités autochtones organisées en clans. Les règlements qui régissaient l'adoption, reconnues aujourd'hui comme l'adoption selon les coutumes autochtones, étaient chose commune. Pour protéger la collectivité et réglementer la chasse au bison, les Cris des Plaines avaient deux règlements importants : aucune famille ne pouvait se séparer du groupe sans permission et personne ne pouvait commencer à poursuivre un bison sans que tous les chasseurs ne soient prêts. Il était coutume pour beaucoup de peuples autochtones, y compris les Inuits, les Dénés et les Cris, de réagir à un acte répréhensible d'un membre de la collectivité en le conseillant, en l'humiliant et, dans les cas les plus sérieux, en l'exilant. Pour réglementer l'utilisation des ressources naturelles et de la faune, les collectivités désignaient ensemble des aires de chasse et de pêche pour leurs membres et imposaient des restrictions sur la chasse hors des saisons désignées.

Les traités, les rétablissements, les guerres et les périodes de paix prolongées existaient avant la colonisation. Les premiers traités entre les Premières nations ont été conclus avant l'arrivée des Européens et faisaient état des ententes solennelles portant sur le partage des ressources naturelles par les peuples et leurs relations avec les membres de leur nation et d'autres nations.

Les lois qui régissaient historiquement la vie des peuples autochtones étaient élaborées et évoluaient pour satisfaire aux besoins des collectivités et de leurs membres. Elles reflétaient les principes et les valeurs des peuples particuliers qu'elles régissaient. Bien qu'il y ait beaucoup de diversité parmi les traditions des différents peuples autochtones, on peut relever des éléments en commun. Les lois autochtones, en général, ne sont ni normatives, ni accusatoires, ni punitives. Elles encouragent normalement les valeurs telles



que le respect, la réparation et le consensus et elles sont étroitement liées à la terre, au Créateur et à la collectivité.

Dans le cadre d'une conférence, Ken Goodwill, Aîné de la Première nation Standing Buffalo, a illustré l'accent moindre sur la punition que sur la réparation, un élément commun des lois autochtones, par un exemple du peuple Dakota<sup>1</sup>. Monsieur Goodwill a expliqué comment, face au meurtre d'un de ses citoyens par un autre citoyen, les membres d'une collectivité Dakota se sont rassemblés pour déterminer comment y réagir. Devant l'ensemble de la collectivité, le père du meurtrier a donné son fils aux parents de la victime afin qu'il assume les responsabilités de leur fils qui étaient de chasser, de fendre du bois et, plus généralement, d'assurer leur subsistance. Par ce geste, dont la collectivité a été témoin et a approuvé, le meurtrier a été obligé de restaurer une partie de ce qui avait été pris par son geste répréhensible.

**Common Law**

La common law est la tradition juridique utilisée dans tout le Canada, sauf au Québec. Ses principes juridiques sont élaborés grâce à des précédents : des jugements de cas antérieurs qui guident les juges lors de jugements dans des affaires semblables. Les précédents peuvent être annulés par de nouvelles lois promulguées par le gouvernement approprié.

**Droit civil**

Le droit civil, qui s'applique aux domaines de droit privé au Québec, est basé sur un code civil écrit. Le Code civil du Québec contient un énoncé complet des règles qui régissent les relations parmi les citoyens et les questions de propriété.

On peut définir une tradition juridique comme [TRADUCTION] « un ensemble d'attitudes bien ancrées et conditionnées de façon historique sur la nature du droit, sur le rôle du droit dans la société et la politique, sur la bonne organisation et le bon fonctionnement d'un système juridique et sur la façon dont le droit doit ou devrait être adopté, mis en application, étudié, perfectionné et enseigné »<sup>2</sup>. Malgré les différences inévitables étant donné leurs origines culturelles et des contextes différents entre les lois autochtones et la common law et le droit civil, les traditions juridiques autochtones correspondent à cette description. Tout comme les traditions de la common law et du droit civil, les traditions juridiques autochtones sont des phénomènes culturels au moyens desquels on organise les comportements et on résout les différends.



Avant que le système judiciaire n'entre dans nos vies et avant la GRC, nous avions toujours des règlements à nos campements. Le mauvais comportement a toujours fait partie de la vie. Lorsque quelqu'un affichait un mauvais comportement, les aînés de la collectivité se rassemblaient et se chargeaient de l'individu. La seule façon de composer avec ces gens était de leur parler face à face.

...

S'il y avait des conflits dans la collectivité, ils se rassemblaient et parlaient à la personne ou aux personnes qui l'avaient causé. Si elles écoutaient la première fois, alors c'était tout. Si elles recommandaient, la deuxième ronde de counselling était plus sévère et, contrairement à la première fois, ils ne parlaient pas de la bonté de la personne ou comment la personne était aimée par les membres de la collectivité. Si les personnes continuaient encore, le counselling était encore plus intimidant. Rien n'était écrit, tout ce qui était dit provenait du vécu des aînés.

Aîné Imaruittuq dans Jarich Oosten, Frederic Laugrand et Wim Rasing, dir., *Interviewing Inuit Elders 2: Perspectives on Traditional Law*, Iqaluit, Nunavut Arctic College, 1999, aux pp. 43-44.

Toutefois, malgré leur rôle pour réglementer la conduite dans les collectivités autochtones, les traditions juridiques autochtones n'ont pas toujours été reconnues comme des lois. Communément dérivées d'une tradition orale, relatées dans des chansons, des histoires et des cérémonies et souvent élaborées par consensus, les lois autochtones ont été décrites par certains comme une coutume plutôt que comme du droit. Les personnes qui appuient une telle caractérisation citent le manque de proclamation par un pouvoir reconnu capable de mettre en application le droit comme une preuve qu'une norme ou une coutume respectée dans une collectivité autochtone était [TRADUCTION] « simplement une règle de moralité positive : une règle généralement respectée par les citoyens et citoyennes ou les sujets, mais qui tire sa seule force, qu'elle est censée posséder, de la désapprobation générale qui retombe sur les personnes qui la transgressent »<sup>3</sup>. Rejeté par des professeurs de droit qui le qualifie de [TRADUCTION] « interprétation manifestement erronée »<sup>4</sup>, ce point de vue ignore le fait que ce n'est pas la totalité du droit autochtone qui était coutumier et que ce ne sont pas toutes les normes et les traditions qui n'avaient qu'une force morale. De nombreuses collectivités autochtones possédaient des ensembles de lois raffinés qui non seulement dictaient quel était le comportement acceptable, mais qui se penchaient aussi sur les conséquences des actes répréhensibles. La Cour suprême du Canada a également rejeté l'idée que les peuples autochtones n'étaient dotés d'aucune loi avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord<sup>5</sup>.

Il y a également beaucoup d'éléments de preuve à l'effet que les premiers européens reconnaissaient les lois des peuples autochtones qui vivaient ici. Un grand nombre parmi les traités conclus entre les peuples autochtones et les couronnes européennes, dont le total s'élève à plus de 500, respectaient les lois autochtones, même au cours des périodes pendant lesquelles les Autochtones ont joui de moins d'influence politique. La Chaîne d'alliance en est un exemple important. Conclue au début du 17<sup>e</sup> siècle à titre d'entente entre les colonies anglo-américaines et les Iroquois, les Sept nations du Canada se sont jointes à elle en 1760. D'après les traditions iroquoises, ce système complexe d'alliances avec la couronne britannique était construit sur la base de relations continues et était renouvelé fréquemment, processus



que l'on appelait le polissage de la chaîne d'argent. Les traditions autochtones ont été suivies dans d'autres domaines. Dès les années 1500, de nombreux Européens respectent le système juridique autochtone. Pour la traite des fourrures, par exemple, on reconnaît que l'idée de figer les termes de la traite grâce à un contrat écrit était un concept étranger pour les peuples autochtones; les commerçants négociaient conformément aux lois autochtones. La reconnaissance des lois autochtones était également évidente dans les domaines plus personnels puisque beaucoup des premiers mariages entre femmes autochtones et hommes européens se célébraient en vertu des lois des nations autochtones.

De plus, il y a eu une reconnaissance judiciaire précoce de l'existence et de la pertinence continue des lois des peuples autochtones. En 1867, la Cour supérieure du Québec a confirmé la réclamation du fils d'un homme européen et d'une mère crie pour une partie de l'héritage de son père en donnant comme raison que le mariage de ses parents, célébré conformément aux lois des peuples cris, était un mariage valide. Lorsqu'elle a considéré la question, la Cour a déclaré ceci :

[TRADUCTION]

Alors, comme je l'ai dit plus tôt, même en admettant, à titre argumentatif, l'existence, avant la Charte de Charles, de la common law de France et de celle de l'Angleterre à ces deux postes ou établissements de traite soutiendra-t-on que les droits territoriaux, l'organisation politique, tels qu'ils étaient, ou les lois et les usages des tribus indiennes ont été abrogés; qu'ils ont cessé d'exister même lorsque ces deux nations européennes ont commencé à faire des échanges commerciaux avec les occupants autochtones? À mon avis, il est incontestable qu'ils n'ont pas cessé d'exister et que, loin d'être abolis, ils étaient pleinement en vigueur et ils n'ont pas été le moins modifiés en ce qui concerne les droits civils des Indiens<sup>6</sup>.

Malgré l'importance des lois autochtones en matière de réglementation de la vie et des affaires des peuples autochtones leur influence a beaucoup été érodée à la suite de la promulgation de l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle de 1869* et la *Loi des Indiens* en 1876, qui adoptaient une politique d'assimilation et qui imposaient un système étranger de gouvernance et de lois. Motivée par l'arrivée en masse



des européens dont les intérêts économiques liés aux établissements permanents, au défrichage des terres à des fins agricoles et à l'exploitation des ressources naturelles du pays étaient de plus en plus incompatibles avec les intérêts et les styles de vie de la population autochtone, la coopération qui existait au début entre les peuples autochtones et les européens a pris fin. La reconnaissance des lois autochtones a cessé, les traditions juridiques autochtones étaient ignorées et de nombreuses cérémonies et pratiques étaient interdites.

À partir de 1870, les enfants autochtones étaient retirés de force de leur foyer et envoyés dans des pensionnats dans la poursuite d'une politique d'assimilation. Des générations d'enfants autochtones, à qui l'on avait interdit de parler leur langue autochtone et de pratiquer leurs coutumes ou traditions, ont perdu contact avec leur culture, leur langue et leurs traditions. Dans les collectivités autochtones, le droit et les mécanismes de résolution de différends basés sur les valeurs, les principes et la culture uniques de la collectivité ont été remplacés par un système juridique qui incorpore des traditions juridiques étrangères. En vertu de l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle* et de la *Loi sur les Indiens* de 1876 et de 1880, les systèmes traditionnels de gouvernance ont été remplacés par le système de conseil de bande et le contrôle des peuples et des collectivités autochtones a été remis aux mains du gouvernement fédéral.

L'effet sur les collectivités autochtones a été dévastateur. Il existe un appui solide pour la proposition selon laquelle les problèmes sociaux, économiques et politiques auxquels font face actuellement les collectivités autochtones sont largement dus à l'héritage des anciennes politiques d'assimilation et de transfert<sup>7</sup>.

Les traditions juridiques autochtones, toutefois, ont survécu et sont encore respectées par de nombreux peuples autochtones. Ces traditions juridiques ne sont pas des artefacts anciens, figés dans le temps. Elles sont plutôt des systèmes vivants de croyances et de pratiques, révisés au fil du temps afin de satisfaire aux besoins et aux défis contemporains. Dans toutes les traditions juridiques il existe des pratiques anciennes qui ne sont plus acceptables compte tenu des valeurs actuelles. Les traditions juridiques autochtones ne sont pas différentes. De nombreuses collectivités autochtones revitalisent activement leurs traditions juridiques et élaborent des

**La force d'une tradition ne réside pas dans le respect de sa forme originale mais plutôt sur la façon qu'elle se perfectionne et reste pertinente en fonction des circonstances changeantes.**

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



lois contemporaines basées sur les valeurs qui ont fondé et formé leurs approches traditionnelles envers la gouvernance des relations humaines et la résolution de différends.

La nation Nisga'a, dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique, est un exemple concret d'une collectivité autochtone qui continue à être guidée par ses traditions juridiques dans un environnement contemporain de gouvernance et d'élaboration de loi. Le *Ayuuk*, l'ancien code juridique des Nisga'a, est reconnu dans le *Nisga'a Final Agreement* comme une source du droit Nisga'a et a guidé les Nisga'a au cours de la promulgation de douzaines de documents législatifs modernes. La Constitution de la nation Nisga'a énonce expressément, par exemple, que la résolution de conflits au sein de la Nation doit se baser sur les principes du *Ayuuk*, y compris d'accepter la responsabilité pour des actes répréhensibles, l'offre de restitution, la réconciliation et le rétablissement de l'harmonie. Beaucoup d'autres collectivités autochtones partout au Canada élaborent et adoptent des constitutions dans lesquelles les valeurs et les principes fondamentaux qui sont à la base de leurs traditions juridiques sont articulés pour guider la gouvernance et l'élaboration de lois.



## II. POURQUOI APPUYER LA REVITALISATION DES TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES?

La revitalisation des traditions juridiques autochtones tire son origine dans la protection des cultures autochtones, dans le statut historique et politique unique des peuples autochtones au Canada et dans le lien avec le développement de collectivités autochtones saines<sup>8</sup>.

[...] Les cultures autochtones sont toujours aussi vivantes et distinctes aujourd'hui qu'au commencement. Maltraitées et déformées par l'expérience coloniale, modifiées par le passage du temps et les nouvelles circonstances, parfois même en péril (c'est le cas de plusieurs langues), elles n'en continuent pas moins d'exprimer une vision du monde fondamentalement originale, qui cherche à se manifester chaque fois que des autochtones se retrouvent ensemble.

La prépondérance du groupe dans les sociétés autochtones est un des principaux aspects de cette singularité culturelle. Nous entendons par là l'importance accordée à la famille, au clan, à la collectivité et à la nation; l'influence de la collectivité sur la santé de l'individu et sur la conscience qu'il a de sa propre valeur; la responsabilité individuelle envers la collectivité et, inversement, la responsabilité collective à l'égard des membres les plus vulnérables; et enfin, l'importance des droits collectifs et de l'action commune.

*Canada, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Un passé, un avenir, vol. 1, CD-ROM : Pour sept générations : Legs documentaire de la Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, Libraxus, 1997, chapitre 14.*

Il existe beaucoup d'éléments de preuve à l'effet que le développement de collectivités autochtones modèles est directement lié au contrôle, par les peuples autochtones, sur la prise de décisions, y compris les décisions qui touchent la promulgation et la mise en application de lois. L'autonomie pratique, accompagnée d'une gouvernance capable et efficace basée sur des institutions pertinentes culturellement, a été reconnue comme essentielle au succès économique, social et politique des collectivités autochtones. Le pouvoir d'élaborer des lois pertinentes sur le plan culturel et l'établissement de mécanismes justes, indépendants et pertinents sur le plan culturel pour la résolution de conflits, sont des éléments essentiels à une bonne gouvernance<sup>9</sup>. Cela a été amplement démontré par les travaux de recherche effectués par *The Harvard Project on American Indian Economic Development* (le « Harvard Project »)<sup>10</sup>.

La correspondance culturelle est essentielle à l'acceptabilité et donc à la légitimité des systèmes juridiques et des structures de gouvernance. Un degré élevé de correspondance culturelle encourage un degré équivalent de soutien de la part des membres de la collectivité. Les lois pertinentes sur le plan culturel amènent allégeance et respect<sup>11</sup>. Au contraire, les lois et les structures de gouvernance qui ne sont pas adaptées à la culture et aux valeurs d'une collectivité manquent de légitimité. Plus simplement, un système juridique qui n'a pas à justifier son existence ou à défendre sa valeur est moins vulnérable aux défis. Les lois qui sont basées sur les traditions et les principes mêmes d'une collectivité seront plus pertinentes et significatives pour ses membres et pourront donc renforcer la primauté du droit dans la collectivité.

Comme les traditions juridiques autochtones sont issues des cultures uniques des collectivités et des nations autochtones, leur revitalisation pourrait jouer un rôle important pour la régénération des cultures autochtones afin d'encourager les façons autochtones de penser et d'agir<sup>12</sup>. Malgré



l'incidence du colonialisme, les cultures autochtones restent distinctes. L'expression et l'évolution des cultures autochtones sont considérées comme essentielles à la santé des collectivités autochtones.

Le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale offre une justification supplémentaire pour une meilleure reconnaissance des traditions juridiques autochtones au Canada<sup>13</sup>. Beaucoup de chercheurs s'entendent pour dire que le droit des peuples autochtones à se gouverner eux-mêmes comprend le droit d'élaborer des lois fondées sur les traditions et les valeurs intrinsèques aux collectivités autochtones.

Le droit inhérent à l'auto-gouvernance a été largement reconnu, y compris par le gouvernement fédéral, comme inclus dans les droits ancestraux ou issus de traités protégés en vertu de l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Partout au Canada, beaucoup de collectivités autochtones négocient avec les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux afin de conclure des ententes d'autonomie gouvernementales qui portent, entre autres, sur la juridiction pour l'adoption de lois et de la résolution de différends. Beaucoup d'autres collectivités ont déjà conclu de telles ententes. Mais le droit inhérent à l'auto-gouvernance est la source, plutôt que le résultat, de ces négociations et de nombreuses collectivités autochtones ont décidé d'établir des structures de gouvernance et des mécanismes de résolution de différends qui reflètent les valeurs et les traditions de la collectivité, qu'elles aient ou non négocié une entente d'autonomie gouvernementale.

Les tribunaux canadiens ont déclaré que l'article 35(1) de la Constitution conférait aux autochtones les droits existants un statut constitutionnel. La common law, entrée en vigueur au Canada lorsque la couronne a affirmé sa souveraineté, reconnaît la continuité des coutumes, des lois et des traditions autochtones. Puisque ces traditions et ces lois n'ont pas été annulées par les traités ou clairement éteintes par législation, elles font présument partie de la common law jusqu'à ce qu'elles aient été officiellement reconnues et confirmées dans l'article 35(1)<sup>14</sup>. Malgré cette protection constitutionnelle et le lien avec le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, les lois autochtones ne sont souvent pas reconnues comme des lois lorsqu'elles se heurtent aux lois des systèmes juridiques dominants du Canada. Il se peut qu'il soit

**[TRADUCTION] Pour que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale soit exercé efficacement, les gouvernements autochtones doivent avoir juridiction sur l'administration de la justice au sein de leurs territoires qui leur permettra de reprendre les traditions autochtones relativement à la résolution de différends au sein de leur collectivité [...] Tant et aussi longtemps que les conflits qui surviennent dans les collectivités autochtones continueront d'être résolus dans les tribunaux canadiens [...] la vraie autonomie gouvernementale restera inatteignable.**

**Kent McNeil, « The Inherent Right of Self-Government: Emerging Directions for Legal Research » (2004) (rapport de recherche non publié rédigé pour le Centre de gouvernance des Premières nations), en ligne : <<http://www.fngovernance.org/pdf/KentMcNeillInherent0105.pdf>>, à la p. 29.**



nécessaire de reconnaître de façon législative ces lois afin d'éliminer toute ambiguïté au sujet du rôle continu des traditions juridiques autochtones au Canada.

#### **QUESTIONS À DÉBATTRE**

*Quelle répercussion la revitalisation des traditions juridiques autochtones aurait sur le bien être et le développement des collectivités autochtones?*

*Quelle répercussion aurait une plus grande autonomie gouvernementale sur la revitalisation des traditions juridiques autochtones?*



### III. ENJEUX ET DÉFIS

La revitalisation des traditions juridiques autochtones se heurte à beaucoup de défis. Les collectivités autochtones doivent revendiquer, définir et comprendre leurs traditions. La perte de culture et de traditions causée par le traitement historique des peuples autochtones et l'état actuel de nombreuses collectivités autochtones font de la revitalisation un défi formidable pour certaines collectivités. Le défi est tout aussi significatif pour l'État canadien de créer un espace politique et juridique afin d'accueillir les traditions juridiques autochtones revitalisées et l'élaboration de lois autochtones. Parallèlement à ces problèmes se posent les questions de portée de l'applicabilité des traditions juridiques autochtones, l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les façons selon lesquelles les institutions juridiques autochtones seront tenues responsables envers les personnes à qui elles offrent un service et la capacité des Canadiens et des Canadiennes à comprendre les répercussions de la position unique, au point de vue historique et politique, des peuples autochtones au Canada.

De façon plus générale, il a été suggéré qu'un des plus grands défis pour assurer une meilleure reconnaissance des traditions juridiques autochtones est l'état de la relation entre le Canada et les peuples autochtones. Marquée par la méfiance, la relation pourrait rendre difficile le dialogue par ailleurs essentiel pour aborder ces questions.

Tandis qu'ils ne sont pas sans importance, ces défis doivent être considérés par rapport aux avantages qui résulteront de les avoir surmontés.

#### A. Identifier et interpréter les traditions juridiques autochtones

Pour que les traditions juridiques autochtones regagnent leur influence dans la vie des peuples autochtones, les collectivités autochtones doivent d'abord identifier et définir leurs traditions et, dans certains cas, les réviser afin de pouvoir les utiliser au sein des collectivités autochtones modernes. Tandis que beaucoup de collectivités autochtones ont préservé leurs traditions, l'héritage des politiques d'assimilation du Canada a eu pour effet pour d'autres la perte d'une grande partie de leurs valeurs et de leurs principes directeurs. Cette érosion des traditions juridiques autochtones pose des défis



[TRADUCTION] [L]a notion de «tradition» dans les sociétés autochtones contemporaines est contestable et contestée.

[...]

Différents groupes au sein d'une même collectivité autochtone particulière auront des idées différentes sur la manière dont il faut comprendre, déterminer et recréer les «traditions». [...]

Gordon Christie, « Space for Indigenous Legal Traditions » (2006) (document non publié rédigé pour la Commission du droit du Canada et l'Association du barreau autochtone), aux pp. 38 et 40.

[TRADUCTION] Ma capacité à revendiquer ma place dans le monde comme femme haudenaunee dépend de la capacité de nos hommes à se souvenir des traditions que nous avons perdues.

Patricia Monture-Angus, *Thunder in My Soul: A Mohawk Woman Speaks*, Halifax, Fernwood Publishing, 1995, p. 179.

particuliers pour les collectivités autochtones. Pour être efficace et avoir de l'influence et de l'autorité, le droit doit être accepté par les personnes qu'il gouverne et qui le gère et ces personnes doivent aussi pouvoir y accéder. Pour les collectivités autochtones qui ont perdu contact avec leurs traditions, il est vital de revendiquer et de régénérer leurs traditions en vue de les utiliser de façon contemporaine. Un tel processus suppose inévitablement un rassemblement et un partage des connaissances au sujet des traditions, des coutumes et de valeurs et il peut également supposer une reconstruction des traditions. Certaines collectivités se sont attaquées à ce défi à travers les histoires de leurs aînés afin de déterminer les valeurs essentielles qui les ont guidé historiquement. Puis elles ont utilisé ces valeurs pour orienter l'élaboration de lois contemporaines. D'autres collectivités ont rédigé des chartes et des constitutions en se basant sur les connaissances des aînés, en établissant les principes, les valeurs et les coutumes de la collectivité afin de guider leurs citoyens et citoyennes, leur gouvernement et l'élaboration de leurs lois. D'autres encore se tournent vers leurs collectivités avec lesquelles elles ont des liens serrés pour explorer leurs traditions et utiliser les renseignements recueillis pour reconstruire leurs traditions juridiques.

Cependant, ce processus n'est pas nécessairement facile. De nombreuses collectivités autochtones qui souffrent des effets du colonialisme et de ses effets sur leur identité culturelle sont divisées. Le retrait des enfants de leur collectivité et leur fréquentation forcée à des pensionnats ont, dans beaucoup de cas, brisé les liens traditionnels entre les générations et nuï aux structures sociales au sein d'innombrables collectivités. Dans certains cas, cela a provoqué un affaiblissement du rôle des aînés et la perte conséquente de nombreuses connaissances qui étaient traditionnellement transmises par les aînés aux plus jeunes générations. Même dans les collectivités plus cohésives, il existe des différences inévitables au sujet du contenu de ces traditions, sur leur signification et à savoir comment on devrait les modifier pour mieux les appliquer aujourd'hui.

Les femmes autochtones ont exprimé des préoccupations particulières au sujet de la façon dont les traditions juridiques autochtones sont comprises et interprétées. Au cœur de leurs préoccupations on retrouve la reconnaissance de l'effet profond des politiques d'assimilation sur les collectivités, la culture et les traditions juridiques autochtones.



Les rôles traditionnels des hommes et des femmes dans les collectivités autochtones, bien qu'ils étaient différents, étaient généralement égaux. Les femmes détenaient des rôles très estimés : elles jouaient le rôle de leaders et de conseillères, elles étaient enseignantes et elles étaient respectées parce qu'elles donnaient la vie. Certaines sociétés autochtones étaient matrilineaires, pour ce qui est de la descendance familiale, et des cérémonies et des symboles importants étaient transmis par les femmes<sup>15</sup>. Au contraire, à l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les femmes européennes n'avaient pas le droit de posséder des biens ou de détenir un poste de pouvoir et leur statut légal était semblable à celui des personnes mineures. Ces vues ont été imposées aux sociétés autochtones par le biais de la *Loi sur les Indiens* qui a retiré les pouvoirs aux femmes en ne permettant qu'aux hommes de détenir des postes au sein des conseils de bande, en mettant l'accent sur la lignée masculine et en retirant aux femmes leur statut d'Indiennes si elles se mariaient avec un homme non autochtone. Les femmes autochtones ont fait connaître leurs préoccupations à savoir que les hommes (et les femmes) autochtones ont intériorisé les notions de sexe imposées par la *Loi sur les Indiens* et que cela pouvait mener à des interprétations déformées des traditions.

Le projet de revitalisation des traditions juridiques autochtones, de détermination et d'interprétation de ces traditions et de l'atteinte d'un consensus parmi les membres de chaque collectivité autochtone nécessite l'engagement de ressources suffisantes pour la tâche. Cela pose des défis supplémentaires puisque les collectivités activement engagées au renouvellement de leurs traditions juridiques ont peine à trouver du financement pour leurs projets.

### **QUESTIONS À DÉBATTRE**

*Quelles sont certaines des étapes qui pourraient être prises pour revendiquer, reconstruire et revitaliser les traditions juridiques autochtones?*

*Comment peut-on résoudre les divergences au sujet des traditions, de leur contenu et de leur interprétation dans les collectivités autochtones?*



*Les ressources sont importantes pour aider les peuples autochtones à revitaliser leurs traditions juridiques. Quel genre d'appui pourrait être apporté?*

## **B. Le Canada est-il ouvert à des traditions juridiques autochtones revitalisées?**

Un autre défi se pose non pas dans les collectivités autochtones, mais dans la société canadienne. Pour ouvrir l'espace politique, juridique et constitutionnel nécessaire pour revitaliser les traditions juridiques autochtones et l'élaboration de lois autochtones, l'État canadien doit accepter une mesure solide d'autonomie pour les peuples autochtones au Canada. Le traitement historique des Autochtones au Canada n'a pas respecté leur autonomie, mais au cours de la dernière décennie, les politiques gouvernementales ont commencé à refléter une reconnaissance croissante de l'importance de l'autonomie des peuples et des collectivités autochtones. Le gouvernement fédéral s'est engagé à travailler avec les peuples autochtones afin d'améliorer le bien-être économique, social et physique de leurs collectivités. Tel que mentionné auparavant, il existe des bonnes raisons de croire que la revitalisation et l'épanouissement des traditions juridiques autochtones et l'élaboration de lois contribueraient au bien être général des collectivités autochtones.

Une plus grande reconnaissance des traditions juridiques nécessiterait également d'accepter le fait que les collectivités autochtones puissent opter, pour régler les interactions sociales et adopter des règlements et des procédures de résolution de conflits, pour une approche qui n'est pas basée sur la culture libérale occidentale de la société canadienne, mais plutôt sur les traditions juridiques et les valeurs des collectivités autochtones, telles qu'elles sont définies et interprétées par ces collectivités. Même si elles partagent les préoccupations au sujet des droits et de la sécurité de l'individu, d'importance cruciale dans notre démocratie libérale, les collectivités autochtones ont historiquement mis plus d'importance sur la collectivité et les responsabilités de ses membres envers les autres, la collectivité, la terre et le Créateur. Il faudrait que la société canadienne et l'État canadien



acceptent que les traditions juridiques autochtones renouvelées puissent refléter cette accentuation différente.

### QUESTIONS À DÉBATTRE

*Quel devrait être le rôle de l'État canadien face aux efforts des collectivités autochtones pour revitaliser et régénérer leurs traditions juridiques?*

*Les Canadiens et les Canadiennes pourraient être plus ouverts à une meilleure reconnaissance des traditions juridiques autochtones s'ils avaient une meilleure compréhension des traditions juridiques autochtones et des cultures et valeurs des peuples autochtones. De quelles façons pourrait-on encourager une telle compréhension parmi les Canadiens et les Canadiennes?*

### C. Intelligibilité et accessibilité

On a soulevé des préoccupations à savoir que les traditions juridiques autochtones ne sont peut-être pas assez précises ou intelligibles pour être accessibles et pour que l'on puisse s'y fier comme lois. Puisque ces traditions ont tendance à être conservées et transmises par le truchement d'histoires, de chansons, de rituels et de cérémonies, elles peuvent être perçues comme moins légitimes que les traditions juridiques euro-canadiennes qui s'appuient sur des proclamations plus officielles et des dossiers écrits. Même s'il est tentant de faire des distinctions aussi grandes entre les traditions juridiques autochtones et non autochtones, surtout étant donné leur histoire, leurs valeurs et leur organisation sociales différentes, les distinctions sont plutôt équivoques.

Comme pour toutes traditions juridiques, les traditions juridiques autochtones sont des phénomènes culturels qui doivent être interprétés dans leur propre contexte culturel. En effet, aucun système juridique n'a de sens à l'extérieur de son contexte culturel. Chaque culture a ses propres notions de l'espace, du temps, de la vérité historique et de la causalité et une compréhension partagée de ces concepts est tenue pour acquise lorsqu'on tire des inférences ou des conclusions au sujet



[TRADUCTION] *Quand j'étais enfant, je m'assois aux pieds de mon grand-père. À plusieurs reprises, il m'a raconté cette histoire. Dans la langue natale, il faut huit heures pour la raconter.*

*Donc, plusieurs fois par année, je m'assois à ses pieds et écoutais. Je buvais ses paroles. Avec le temps, j'ai appris l'histoire mot à mot. Je pouvais la répéter sans en manquer aucune partie. Je suis devenu l'historien de Medeek. J'ai pris ma place dans la longue lignée qui me précédait depuis longtemps.*

[...]

*La vie de mon peuple a laissé ses façons coutumières. Nous ne disposons pas de beaucoup de temps pour apprendre l'histoire de notre Peuple. Beaucoup de choses ont détourné l'attention de nos jeunes hommes de l'habitude d'écouter pacifiquement leurs aînés.*

*Afin que la mémoire ne puisse se perdre, je la raconte pour qu'elle puisse être écrite et préservée. Les hommes de Medeek, maintenant répartis à de nombreux endroits, pourront la lire. Ils pourront apprendre les actes qui sont sculptés sur leur mât totémique. Ainsi ils pourront avoir une fierté honnête envers leur lignée et les actes exécutés par leurs ancêtres.*

Will Robinson, tel que raconté par Walter Wright, *Men of Medeek*, 2<sup>e</sup> éd., Kitimat, Northern Sentinel Press, 1962, à la p. 1.

d'un ensemble donné de faits. Il y a donc beaucoup de place pour de fausses interprétations lorsque des personnes qui ne connaissent pas bien les cultures autochtones interprètent les lois autochtones.

Pour rendre leurs traditions juridiques plus accessibles, certaines collectivités autochtones les ont écrites dans des codes, des livres de droit, des lois ou des constitutions. Les traditions juridiques autochtones peuvent également être transmises par vidéo, les médias, des ateliers, des stages, un apprentissage en classe, des manuels, des décisions publiées et même des performances publiques. Une compréhension plus large des traditions juridiques autochtones contribuerait à leur accessibilité et aiderait également à démystifier les lois autochtones et à encourager la compréhension du rôle du droit autochtone dans l'environnement juridique canadien. Une meilleure compréhension des traditions juridiques autochtones pourrait également avoir comme avantage secondaire l'enrichissement de la société canadienne en offrant des options de rechange pour composer avec les questions et les problèmes qui se retrouvent souvent dans le système juridique actuel.

Cependant, les peuples autochtones peuvent être réticents à partager leurs traditions juridiques avec la société dans son ensemble à cause des expériences passées. La méprise et l'incompréhension ont mené à des stéréotypes et à la marginalisation des peuples autochtones, créant des barrières au rapprochement avec d'autres cultures.

Pour la plus grande partie de l'histoire du Canada, on a pensé que les connaissances autochtones étaient statiques et en voie d'extinction. Les législateurs, les historiens et d'autres se sont donnés beaucoup de mal pour éliminer et pour cataloguer l'expression, les objets et les idées culturels autochtones. Les masques de cérémonie, les mâts totémiques, les ceintures wampum et d'autres objets culturels ont été confisqués et appropriés par des collecteurs privés et des institutions publiques. Beaucoup d'anthropologues, d'archéologues et d'universitaires ont fait carrière de ces appropriations et études. Les musiciens non autochtones, les guildes littéraires et l'industrie du cinéma se sont aussi appropriés de mauvaise façon les chansons, les histoires et les performances autochtones. Dans ces circonstances, il n'est pas surprenant que les peuples autochtones puissent être hésitants



à soumettre leurs traditions juridiques à l'examen public et à la possible dérision ou appropriation.

Une autre préoccupation quant à la codification des traditions juridiques autochtones se rapporte à leur nature largement orale. De nombreuses personnes autochtones ont exprimé leur préoccupation que le processus de traduction des paroles orales en paroles écrites, même lorsque cela est destiné à aider à préserver et à diffuser les lois autochtones, change les traditions et les lois. On a suggéré qu'une façon de préserver l'intégrité de la tradition orale et de se protéger contre les interprétations trop rigides des versions écrites, serait de s'assurer que les codes des traditions juridiques autochtones contiennent des préambules dans lesquels on préciserait que la tradition orale doit prévaloir et en investissant les institutions autochtones locales de l'autorité d'interpréter.

### QUESTIONS À DÉBATTRE

*Comment la transmission orale des lois autochtones pourrait-elle fonctionner dans le contexte du système juridique canadien actuel? Les formes orale et écrite de connaissance juridique sont-elles mutuellement exclusives ou sont-elles compatibles?*

*Quelles mesures peut-on prendre pour empêcher la mauvaise interprétation, la mauvaise application, la mauvaise appropriation et le stéréotypage des traditions juridiques autochtones?*

### D. Égalité

Une meilleure reconnaissance des traditions juridiques autochtones et de l'élaboration des lois autochtones créerait-elle de l'injustice pour les peuples autochtones ou pour d'autres dans la société canadienne? Certaines craignent que cela ne mène à la création de systèmes distincts et inégaux de justice pour les peuples autochtones. D'autres demandent pourquoi il devrait y avoir une plus grande reconnaissance des traditions juridiques autochtones et non pas également des traditions juridiques d'autres groupes minoritaires.

Lorsqu'on considère ces préoccupations, il est essentiel de ne pas oublier l'approche du Canada envers l'égalité et la place historique et

[TRADUCTION] Nous avons passé plusieurs années dans un débat futile à discuter si la réforme de la justice implique des systèmes juridiques distincts ou s'il faut réformer le système juridique dominant. Il s'agit là d'une fausse dichotomie et d'une distinction vaine parce qu'il ne s'agit pas d'un choix absolu dans l'une ou l'autre direction. La motivation pour le changement peut mieux se décrire comme un éloignement du colonialisme ou de la domination... La résistance au colonialisme signifie pour les peuples autochtones de revendiquer le contrôle de la résolution de différends et la compétence sur la justice. Toutefois, cela n'est pas aussi simple ou facile qu'il semble. L'orientation dans cette direction supposera beaucoup de liens... et peut-être l'octroi de la compétence par étapes.

Mary Ellen Turpel, «Reflections on Thinking About Criminal Justice Reform», dans R. Gosse, J. Henderson et R. Carter, dir., *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, Saskatoon, Purich Publishing, 1994.



juridique unique occupée par les peuples autochtones au Canada. Il est également important de réaliser que les façons précises selon lesquelles les traditions juridiques pourraient fonctionner dans l'environnement juridique canadien nécessitera une discussion considérable. Il existe une variété de possibilités. Une vision est que des systèmes juridiques autochtones fonctionnent parallèlement au système de droit civil et de common law. Une autre approche préconise la reconnaissance des traditions juridiques autochtones au sein du cadre juridique actuel, avec des dispositions aux personnes qui ne sont pas satisfaites des décisions rendues par les organismes de résolution de différends autochtones permettant d'interjeter appel devant les tribunaux supérieurs de la province ou du territoire. Une autre possibilité encore serait que les traditions juridiques autochtones soient valorisées et considérées dans le système juridique actuel de droit civil et de common law<sup>16</sup>. Il est possible que les différentes collectivités autochtones veulent fonctionner de façon différente, selon la capacité des collectivités et leurs priorités.

**La Cour suprême du Canada a observé dans l'affaire *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* que « la véritable égalité n'était pas nécessairement produite par un traitement identique ».**

**La Cour a continué en disant que, parfois, il est nécessaire de traiter les gens différemment précisément pour composer avec les différences, compenser les désavantages préexistants et produire des résultats égaux. Par extension, une loi qui s'applique uniformément à tous peut quand même violer les droits à l'égalité. Ce concept, appelé « égalité réelle », est un principe bien accepté dans les lois canadiennes en matières de droits de la personne.**

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

On doit reconnaître, cependant, qu'une meilleure reconnaissance des traditions juridiques autochtones, peu importe leur forme, exigerait un traitement différent des peuples autochtones. Mais un traitement différent ne violerait pas nécessairement les règles de justice ou de garanties d'égalité telles qu'elles sont comprises et mise en application au Canada. Les peuples autochtones du Canada ont un statut historique, juridique et politique différent des autres Canadiens et Canadiennes. Comme occupants d'origine de cette terre et un des groupes politiques et juridiques fondateurs de ce pays, ils occupent une position unique dans le cadre constitutionnel du Canada. Cela les distingue des membres d'autres cultures distinctes qui vivent maintenant au Canada. La position spéciale des peuples autochtones est reconnue par l'article 35(1) de la Constitution qui protège la culture, les pratiques et les traditions existantes des peuples autochtones au Canada. Il est également important de remarquer que l'article 25 de la *Charte canadienne des droits et des libertés* déclare expressément que les droits et les libertés contenus dans la *Charte* ne doivent pas être interprétés comme portant atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités.

Le système fédéral du Canada, dans lequel le pluralisme juridique est la norme, reconnaît également que des lois différentes peuvent s'appliquer à différentes personnes. Le système juridique canadien prévoit la création



et la mise en application d'un éventail de lois par les dix provinces, les trois territoires et un gouvernement central. Ainsi, beaucoup de droits, d'avantages et de responsabilités des résidents du Canada varient selon l'endroit où ils vivent. Lorsque cela est nécessaire, ces lois sont équilibrées et harmonisées et cela serait possiblement nécessaire dans le cas des lois autochtones. Néanmoins, l'existence d'une mosaïque de lois pour gouverner les habitants du Canada est une réalité dans le système fédéral. Loin de discréditer son système juridique, l'agilité du Canada à s'adapter aux différences régionales et culturelles est louée ici et à l'étranger.

La Cour suprême du Canada a reconnu qu'il est parfois nécessaire de traiter différemment des gens se trouvant dans des situations différentes afin d'éliminer l'iniquité. De la même façon, le droit international reconnaît depuis longtemps que l'accommodement de différences entre les groupes peut être essentiel pour l'atteinte d'une égalité réelle. Le Canada a adopté la notion que le principe de non-discrimination requiert à la fois le traitement égal entre égaux et la prise en compte et l'accommodement de différences.

L'applicabilité de la *Charte* pour les gouvernements autochtones est une autre question importante qu'il faut considérer. Tandis que certaines personnes soutiennent qu'il ne serait pas approprié d'appliquer la *Charte* - à l'élaboration de laquelle les peuples autochtones ont eu peu d'occasion de participer - pour les gouvernements autochtones<sup>17</sup>, d'autres, y compris des représentantes des femmes autochtones, s'entendent pour dire que, pour assurer la protection des droits individuels, il est impératif d'appliquer la *Charte*. Les groupes tels que l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) soulignent l'importance des protections de la *Charte* pour les femmes autochtones dont les rôles traditionnels dans la société autochtone ont été minés par l'impact du colonialisme<sup>18</sup>. Ceux et celles qui appuient l'applicabilité de la *Charte* font également remarquer que, loin de ne refléter que les valeurs euro-canadiennes, la *Charte* reflète les valeurs et les principes adoptés par une vaste communauté internationale de nations<sup>19</sup>.

Reconnaissant le besoin d'équilibrer la protection des droits individuels et le respect des cultures de chacune des nations et des collectivités autochtones, certaines personnes ont suggéré l'élaboration et la promulgation de chartes autochtones des droits. Cette approche a trouvé un certain appui

[TRADUCTION] Tandis que le dialogue continue sur la question de l'application de la *Charte*, beaucoup d'Autochtones considèrent l'application de la *Charte* comme simplement inappropriée parce qu'elle ne reflète pas les valeurs ou les approches autochtones en matière de résolution de conflits. Cela ne veut pas dire que les Autochtones ne se préoccupent pas des droits et de la sécurité individuelles distincte sous une gouvernance autochtone. Les préoccupations sont plus liées à la garantie par la *Charte* de droits légaux sans offrir de garantie pour les droits sociaux et économiques, à l'accent sur les droits plutôt que sur les responsabilités, au manque d'accent sur les droits collectifs et à l'emphase sur le litige pour l'application du droit. Il s'agit là de certains des aspects de la *Charte* qui sont étrangers à de nombreuses collectivités autochtones.

Peter W. Hogg et Mary Ellen Turpel,  
« Implementing Aboriginal Self-Government :  
Constitutional and jurisdictional Issues »,  
CD-ROM : *Pour sept générations : legs  
documentaire de la Commission royale sur les  
peuples autochtones*, Ottawa, Libraxus, 1997,  
à la p. 24.



[TRADUCTION] Tandis que les garanties de droits individuels sont nécessaires, elles doivent être équilibrées avec le besoin des nations autochtones à conserver leur culture distincte, qui ont traditionnellement été au moins aussi respectueuses de la liberté individuelle que ne le sont les cultures canadiennes anglophone et francophone. On pourrait, pour se pencher sur la question, élaborer un modèle de dispositions d'une charte autochtone qui prennent en compte les différences entre les cultures autochtones et les valeurs libérales sur lesquelles la Charte est basée.

Kent McNeil, « The Inherent Right of Self-Government: Emerging Directions for Legal Research » (2004) (rapport de recherche non publié rédigé pour le National Centre for First Nations Governance), en ligne : <<http://www.fngovernance.org/pdf/KentMcNeilInherent0105.pdf>>, à la p. 28.

parmi les femmes autochtones qui ont laissé entendre qu'une charte autochtone des droits pourrait être un moyen pour assurer le respect des droits de chaque citoyen autochtone par les gouvernements autochtones<sup>20</sup>.

### QUESTIONS À DÉBATTRE

*Quelles approches pourrait-on adopter pour accroître la compréhension de la relation entre une meilleure reconnaissance des traditions juridiques autochtones et la position historique et constitutionnelle unique des peuples autochtones au Canada?*

*Comment les droits individuels peuvent-ils être protégés dans les systèmes juridiques autochtones?*

*Jusqu'à quel point la Charte devrait-elle s'appliquer à l'élaboration de lois et de systèmes juridiques autochtones? Des chartes autochtones des droits devraient-elles être adoptées?*

### E. Applicabilité

La question d'application est une autre question clé relativement au fonctionnement des traditions juridiques autochtones. À qui les lois autochtones s'appliqueraient-elles? Aux Autochtones seulement? À toute personne qui habite dans une collectivité autochtone? La portée des lois autochtones devrait-elle s'étendre aux Autochtones qui habitent à l'extérieur de leur collectivité? La portée de l'application doit-elle dépendre de la nature de la loi en question?

Certaines personnes ont suggéré que l'application des lois autochtones devrait être basée sur des critères politiques plutôt que raciaux et que les lois autochtones devraient s'appliquer à tous les citoyens et les citoyennes d'une collectivité ou d'une nation autochtone. Cela pourrait comprendre les personnes qui sont nées dans la collectivité et celles qui ont été adoptées par la collectivité. De conférer la citoyenneté est un élément de base de gouvernance et l'autorité des gouvernements autochtones de décider qui est citoyen ou citoyenne et qui ne l'est pas a été reconnu dans un bon nombre de traités et d'ententes d'autonomie gouvernementale, y compris les traités récents des Dogrib et



des Innu, les ententes d'autonomie gouvernementale au Yukon et l'entente finale de la nation Nisga'a. Beaucoup d'autres groupes autochtones possèdent également des critères pour accorder la « citoyenneté » aux « étrangers ».

Si l'on met de côté les questions relatives à l'applicabilité des lois autochtones au sein des collectivités, l'applicabilité des lois autochtones devrait-elle être territoriale, personnelle ou une combinaison des deux? Dans le premier cas, les lois autochtones s'appliqueraient à toute personne qui se trouve en terre autochtone. Dans le deuxième cas, les lois autochtones ne s'appliqueraient qu'aux citoyens et citoyennes de la collectivité autochtone, qu'ils habitent ou non dans le territoire autochtone. Il semble réaliste d'imaginer que le fonctionnement des lois autochtones ait un aspect personnel et un aspect territorial. L'atteinte des objectifs des lois de protection des terres ou environnementale, par exemple, nécessiterait l'application territoriale de sorte que toutes les personnes qui habitent dans le territoire autochtone ou qui l'utilisent seraient soumises aux lois. Au contraire, les lois qui sont importantes pour la protection et la promotion des cultures, de l'identité et des traditions autochtones, telles que celles qui portent sur le bien-être ou l'adoption des enfants ou encore l'éducation culturelle peuvent nécessiter, pour être efficace, une application personnelle à tous les citoyens et les citoyennes de la collectivité, peu importe où ils habitent<sup>21</sup>.

Aux États-Unis, les nations autochtones ont la compétence pour poursuivre en justice tous les autochtones, qu'ils soient membres de la nation ou non, pour les crimes commis sur leur territoire. Les cours tribales n'ont aucune compétence pour appliquer leurs lois pénales contre les non-autochtones.

Les questions d'applicabilité sont complexes. Elles le sont d'autant plus par le fait que plus de deux tiers des Autochtones vivent hors des terres autochtones. Avec environ 51 p. 100 des Autochtones qui vivent dans les régions urbaines et environ 20 p. 100 de plus qui vivent dans les régions rurales, hors des territoires autochtones, l'application personnelle des lois autochtones pose des défis évidents, y compris l'assurance de l'accès au droit et sa mise en application de manière efficace. Néanmoins, il est intéressant de noter que, dans le contexte de l'autonomie gouvernementale autochtone, on a suggéré que la compétence personnelle pourrait être essentielle à



l'autonomie gouvernementale dans les régions urbaines et pourrait être aidée par la coordination des services parmi les gouvernements autochtones<sup>22</sup>.

La question d'applicabilité soulève également d'autres questions au sujet des interactions entre les lois autochtones et les lois fédérales, provinciales et territoriales d'application générale. Lorsqu'elle s'est penchée sur la question, la Commission royale sur les peuples autochtones a fait les conclusions suivantes :

13. Lorsqu'un gouvernement autochtone adopte une loi portant sur une question au centre de sa compétence, cette loi prime automatiquement toute loi fédérale ou provinciale non compatible avec elle. Un gouvernement autochtone peut ainsi élargir, restreindre ou modifier le champ où s'exerce sa compétence exclusive de façon organique, en fonction des besoins et des circonstances. Si aucune loi autochtone incompatible n'occupe le champ dans un domaine central de compétence, les lois fédérales et provinciales continuent de s'appliquer conformément aux règles constitutionnelles ordinaires.

14. À titre exceptionnel, une loi fédérale peut, dans certains cas, primer une loi autochtone incompatible avec elle. Toutefois, pour qu'il puisse en être ainsi, il faut que la loi fédérale réponde au critère strict établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Sparrow. En vertu de ce critère, la loi fédérale doit répondre à une nécessité impérieuse et réelle et être conforme aux responsabilités fondamentales de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones<sup>23</sup>.

Les ententes d'autonomie gouvernementale entre le gouvernement territorial du Yukon et les Premières nations du Yukon prévoient que toute loi territoriale d'application générale «est inopérante dans la mesure où elle traite d'une matière à l'égard de laquelle la Première nation de [nom de la Première nation] a édicté un texte législatif». Les lois fédérales d'application générale continuent également d'être applicables, sous réserve de toute entente négociée prévoyant expressément que certaines lois des Premières nations auront préséance dans l'éventualité d'un conflit. Dans le cas de l'entente finale avec les Nisga'a, les lois fédérales et provinciales continuent de s'appliquer à la nation Nisga'a et à ses citoyens et citoyennes, sauf lorsqu'il y a conflit avec l'entente finale ou la loi de mise de vigueur et dans ce cas-là, l'entente et la loi de mise de vigueur ont préséance. À partir de ces



exemples, il est évident qu'il existe différentes approches possibles au sujet des conflits entre les lois autochtones et les lois d'application générale.

### QUESTIONS À DÉBATTRE

*À qui devraient s'appliquer les lois autochtones et les traditions juridiques? Devraient-elles ne s'appliquer qu'aux Autochtones? Dans l'affirmative, devraient-elles ne s'appliquer que lorsqu'ils se trouvent dans des territoires autochtones ou peu importe où ils se trouvent? Les lois autochtones (ou certaines lois autochtones) devraient-elles s'appliquer à des personnes qui ne sont pas autochtones dans les territoires autochtones?*

*La portée de l'applicabilité devrait-elle varier selon la nature de la loi?*

*Comment devrait-on résoudre les conflits entre les différentes sortes de droit - autochtone, common law, droit civil et législatif? Cela devrait-il dépendre des circonstances, par exemple, des parties dont il est question ou de l'emplacement du différend?*

## F. Responsabilité

Les mécanismes de responsabilité sont importants dans tous les systèmes juridiques et de gouvernance et les systèmes gérés par les Autochtones ne font pas exception à cette règle. Il est important d'avoir un système de freins et de contrepoids pour protéger contre les abus de pouvoir potentiels.

Le travail du Harvard Project a démontré qu'une résolution de conflits non politisée et juste est essentielle à la gouvernance efficace et que les collectivités autochtones qui possèdent des systèmes judiciaires solides et indépendants achèvent de meilleurs rendements économiques par rapports aux autres tribus<sup>24</sup>. Cependant, les travaux de recherche ont également mis en évidence l'importance d'une concordance culturelle<sup>25</sup>. Cela laisse entendre que les mécanismes de contrôle les plus efficaces seraient ceux qui sont élaborés par les Autochtones, afin de refléter leur culture et leurs valeurs particulières.

La responsabilité des gouvernements autochtones a fait l'objet de beaucoup de discussions à la suite de l'introduction, par le gouvernement



fédéral précédant sortant, de la *Loi de gouvernance des Premières nations*<sup>26</sup> et ces discussions ont été reprises par le gouvernement actuel. Tandis qu'il existe une opposition considérable face à l'imposition d'un modèle de responsabilité basé sur les standards non autochtones, beaucoup de personnes appuient et reconnaissent l'importance du principe de responsabilité. On avance souvent que le système d'administration des bandes de la *Loi sur les Indiens*, qui ne distingue pas les fonctions législative, exécutive et judiciaire, manque de mécanismes de responsabilité suffisants et crée la possibilité de situations d'abus de pouvoir. Tout en raffinant leur système juridique, les collectivités autochtones expérimentent avec de nouvelles structures de gouvernance qui sont plus cohérentes avec leurs traditions, croyances et valeurs. La structure de la Confédération iroquoise, qui prévoit la séparation des pouvoirs, la ratification des décisions et un examen public, peut servir d'exemple de système de freins et de contrepoids pertinent au plan culturel. Il existe également beaucoup de modèles contemporains.

En 1988, le Sénat américain a adopté une résolution qui reconnaît la contribution de la Confédération iroquoise à l'élaboration de la Constitution des États-Unis. La résolution soulignait particulièrement l'influence du système politique iroquois sur la structure de l'État américain et sur les principes démocratiques incorporés dans la Constitution américaine.

Les Métis qui vivent sur les terres octroyées par entente en Alberta ont responsabilisé leurs processus de résolution de conflits en établissant le *Métis Settlements Appeal Tribunal*. La Constitution de la Première nation Carcross Tagish prévoit un système de gouvernement par clan avec quatre organismes dirigeants distincts - le Conseil des anciens, l'Assemblée, le Conseil et le Conseil de justice. En fait, toutes les ententes d'autonomie gouvernementale conclues au Yukon comprennent une disposition qui exige la rédaction d'une constitution qui non seulement reconnaît et protège les droits des citoyens et des citoyennes, mais prévoit aussi un mécanisme d'appel et d'annulation de lois non valides. Dans le Nord de l'Ontario, la Première nation Fort Severn est en train d'ajouter un Conseil des anciens à sa structure de gouvernance afin d'améliorer sa responsabilité. Le Conseil sera responsable de la supervision générale de l'élaboration des lois et de la résolution de conflits et servira de tribunal d'appel, de vérificateur général et de sénat.



## QUESTIONS À DÉBATTRE

*Quels sont des modèles pertinents sur le plan culturel pour la supervision et l'examen des systèmes juridiques autochtones?*

*Des mécanismes d'appel devraient-ils être mis à la disposition des membres autochtones qui ne sont pas satisfaits des résultats juridiques dans leur collectivité? Dans l'affirmative, devrait-il être possible de chercher un recours auprès de l'État canadien? Un mécanisme d'appel devant les tribunaux provinciaux et territoriaux devrait-il être nécessaire?*



## IV. ACCROÎTRE LA PLACE ACCORDÉE AUX TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES AU CANADA

La première étape pour améliorer la place accordée aux traditions juridiques autochtones au Canada est de raviver ces traditions. Il semble clair que le travail de détermination, de définition et d'interprétation des traditions juridiques autochtones est un processus pour lequel les Autochtones sont responsables et sur lequel ils doivent avoir le contrôle. En revitalisant et en pratiquant leurs traditions, en promulguant des lois cohérentes avec ces traditions et en s'assurant que les membres de leurs collectivités comprennent les traditions et les valeurs qu'elles représentent, les Autochtones entretiendront et préserveront leurs traditions.

### **[TRADUCTION] La cérémonie et les fonctions du système aujourd'hui**

La cérémonie est au coeur de la société Wet'suwet'en. Malgré les efforts concertés des missionnaires et des agents du gouvernement pour retirer la cérémonie de la vie des gens, le système de cérémonie reste crucial pour le gouvernement, le droit, la structure sociale et la vue du monde de la nation Wet'suwet'en. Donc, on commence avec un synopsis de la cérémonie Wet'suwet'en. C'est à la cérémonie que les membres reçoivent leur titre, leurs habits et leurs emblèmes, ainsi que l'autorité sur le territoire associée à ces titres. Cette succession est constatée par les Wet'suwet'en et les peuples voisins, les Babine, Nutseni et les Gitksans...

Les Chefs se servent de l'autorité qui leur a été investie dans la salle de cérémonie pour résoudre les conflits et les violations à la loi Wet'suwet'en au sein du forum de la cérémonie, ainsi qu'à l'extérieur des murs de la salle. La cérémonie valide donc l'autorité conformément à la loi Wet'suwet'en et offre une plate-forme pour l'exercice de cette autorité.

The Office of the Wet'suwet'en, en ligne :  
<<http://www.wetsuweten.com/wetsuweten/traditional-governance/>>.

De nombreuses collectivités autochtones du Canada se sont déjà engagées dans cette direction. Les membres de la collectivité et les aînés travaillent ensemble pour déterminer leurs traditions, ainsi que les valeurs et les principes qui en forment le noyau. Pour permettre l'accès à leurs traditions juridiques, certaines collectivités ont choisi de s'assurer que les valeurs et les principes contenus dans les traditions sont explicites dans les constitutions et les lois contemporaines. Le travail de la nation Teslin Tlingit du Yukon au sujet d'une déclaration et d'une charte est un bon exemple d'une telle démarche. La charte, appelée *Ha Kus Teyea*, a été élaborée avec l'intention de servir de guide pour les législateurs et les rédacteurs afin de s'assurer que les lois tlingit sont basées sur les valeurs, les principes et les coutumes des Tlingit. La version actuelle, pour l'instant préliminaire, résume l'identité et les valeurs de la Première nation Teslin Tlingit, en présentant une chronique de l'histoire de la nation, en articulant ses valeurs et en établissant les responsabilités des personnes et des chefs envers le Créateur, la collectivité et les uns les autres. La Loi sur l'investissement de la Première nation de Carcross Tagish en est un autre exemple. Ce projet de loi utilise des histoires traditionnelles du peuple Carcross Tagish pour articuler les valeurs qui guident l'investissement des ressources financières par la Première nation.

Certains gouvernements, décideurs et autres entités autochtones ont choisi d'aider à implanter les traditions juridiques autochtones en référant expressément aux traditions comme base contemporaine de la



résolution de différends. D'autres collectivités ont ressuscité les potlachs, les cérémonies et les Conseils des anciens et pratiquent des méthodes de résolution de conflits et de maintien de l'ordre social qui sont basées sur leurs pratiques traditionnelles. Les cercles de guérison et les initiatives de « peacemakers », qui sont parmi les nombreux projets de justice autochtones conçus pour réintroduire les méthodes holistiques de restauration de cohésion communautaire lorsqu'un crime a été commis, font partie de ces moyens.

Des initiatives, par les institutions d'enseignement et autres autochtones, peuvent être prises pour appuyer le travail des collectivités autochtones. Les institutions d'enseignement autochtones pourraient travailler avec les leaders autochtones pour élaborer des programmes particuliers aux collectivités autochtones et à leurs lois et le National Centre for First Nations Governance pourrait aider à diffuser les renseignements sur les traditions juridiques autochtones. On a également suggéré que l'Association du barreau autochtone pourrait peut-être travailler à la création d'un organisme de gouvernance, d'éducation et de discipline autochtone pour superviser l'accréditation ou la coordination de ceux et celles qui pratiquent le droit autochtone.

## A. Le rôle des gouvernements et des autres

Tandis que la responsabilité de revitaliser des traditions juridiques autochtones repose d'abord avec les peuples autochtones, tous les ordres de gouvernement au Canada ont un rôle à jouer dans la reconnaissance de l'autorité des gouvernements autochtones d'adopter et de mettre en œuvre des lois et de résoudre des conflits, ainsi que d'accommoder des traditions juridiques autochtones revitalisées. De plus, les autres secteurs de la société canadienne, public et privé, pourraient contribuer à la conscientisation et à l'acceptation générale des traditions juridiques autochtones.

Le parlement, les législatures provinciales et territoriales ainsi que les tribunaux canadiens pourraient en faire beaucoup pour améliorer la reconnaissance et la compréhension des lois autochtones ainsi que pour les intégrer dans leur fonctionnement et leurs fonctions. Par exemple, il pourrait y avoir plus de nominations judiciaires de personnes qui sont au courant des traditions juridiques autochtones et ce à tous les niveaux du

**QU'IL SOIT RÉSOLU QUE l'Association du Barreau canadien réaffirme le principe du mérite pour les nominations à la magistrature et exhorte les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux à :**

- 1. davantage tenir compte de la reconnaissance des systèmes juridiques autochtones; et**
- 2. accorder une attention particulière à la nomination de juges autochtones aux tribunaux d'appel, y compris à la Cour suprême du Canada.**

*Extraits du Conseil de l'Association du Barreau Canadien, Résolution 05-01-A: Reconnaissance du pluralisme juridique dans les nominations à la magistrature.*



système judiciaire. L'Association du Barreau canadien a adopté cette idée, adoptant récemment une résolution qui appuie la nomination de juges autochtones aux tribunaux d'appel, y compris la Cour suprême du Canada.

Il existe un consensus général parmi les universitaires que le droit des Autochtones à mettre en pratique et à élaborer les lois est lié de façon intrinsèque à l'autonomie gouvernementale. Le gouvernement fédéral a déjà reconnu que les peuples autochtones possèdent le droit à l'autonomie gouvernementale. En 1995, dans un énoncé de politique, le gouvernement a déclaré ceci :

Le gouvernement du Canada reconnaît que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral existant au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La reconnaissance du droit inhérent repose sur le fait que les peuples autochtones du Canada ont le droit de se gouverner, c'est-à-dire de prendre eux-mêmes les décisions touchant les affaires internes de leurs collectivités, les aspects qui font partie intégrante de leurs cultures, de leur identité, de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions et, enfin, les rapports spéciaux qu'ils entretiennent avec leur terre et leurs ressources<sup>27</sup>.

L'élaboration et la mise en œuvre de lois s'insèrent dans cet énoncé de politique, mais il se peut qu'une reconnaissance législative plus explicite des traditions juridiques autochtones et de l'autorité des gouvernements autochtones d'élaborer des lois soit nécessaire. En plus d'offrir une certaine certitude, une reconnaissance législative officielle éviterait les années de négociations ardues qui sont actuellement nécessaires pour conclure des ententes à ces sujets pendant les négociations en matière d'autonomie gouvernementale. Cela assurerait également une approche cohérente dans tout le pays sur la question de l'autorité autochtone d'élaborer des lois<sup>28</sup>. La reconnaissance officielle encouragerait aussi le respect des citoyens et des citoyennes pour les lois autochtones et permettrait l'accès aux ressources qui pourraient améliorer le fonctionnement et l'élaboration des systèmes juridiques autochtones. La reconnaissance législative pourrait également servir de moyen de défense contre l'assimilation et éliminerait toute ambiguïté dans les tribunaux au sujet du statut des traditions juridiques autochtones.

Beaucoup de pays possèdent des lois qui reconnaissent les traditions juridiques autochtones. Dans un certain nombre de pays, y compris l'Afrique



du Sud et plusieurs États insulaires du Pacifique (tels que Fidji, Vanuatu, le Samoa, les Îles Marshall et les Îles Salomon), la reconnaissance est inscrite dans la constitution nationale et, dans certains cas, décrite en détail dans des lois particulières. D'autres pays, y compris les Îles Cook, la République de Kiribati, Tuvalu et la Papouasie-Nouvelle-Guinée, même s'ils ne prévoient pas de reconnaissance ou de protection constitutionnelle particulière des lois autochtones, ont adopté des lois qui reconnaissent les lois et les pratiques coutumières. Bien qu'elles varient considérablement en matière d'approche et d'étendue de la reconnaissance accordée aux lois autochtones, ces dispositions constitutionnelles et législatives pourraient servir de modèle pour une approche semblable au Canada. Si le Canada s'engageait dans cette voie, les réformes législatives devraient être entreprises en collaboration avec les gouvernements et les organismes autochtones.

La garantie d'une plus grande reconnaissance des traditions juridiques autochtones et des lois autochtones nécessiterait également que les questions telles que l'applicabilité, les conflits de lois, la prépondérance et l'application de la *Charte* soient abordées par les gouvernements en collaboration avec les Autochtones.

### QUESTIONS À DÉBATTRE

*La reconnaissance juridique officielle des traditions juridiques autochtones et du processus d'élaboration de loi autochtone est-elle nécessaire ou souhaitable? Quels coûts et quels avantages pourraient être associés à une telle reconnaissance juridique?*

*Quelle devrait être la relation entre une loi de reconnaissance et les ententes d'autonomie gouvernementale?*

### B. Initiatives de justice autochtone

Avant l'arrivée des Européens, les collectivités autochtones exerçaient le pouvoir de tenir leurs membres responsables de leurs gestes. Reconnaître ce pouvoir aux peuples autochtones pourrait solidifier la responsabilité et l'autorité de la gouvernance autochtone. La reconnaissance du droit des Autochtones à créer et gérer leurs propres mécanismes de résolution de conflits et institutions pourrait

[TRADUCTION] [Le système judiciaire] s'est révélé insensible et inaccessible et il a arrêté et emprisonné des Autochtones en nombre grossièrement disproportionné. Un Autochtone en état d'arrestation risque davantage qu'un allochtone de se voir refuser une remise en liberté sous caution, d'être détenu en attente de son procès et de passer peu de temps avec son avocat; s'il est condamné, il risque davantage l'incarcération.

Aboriginal Justice Implementation Commission, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry*, Winnipeg, Imprimeur de la Reine, Publications officielles, 1999, à la p. 1.



également contribuer à une société stable, prévisible et ordonnée. En termes purement pratiques, les institutions autochtones sont probablement mieux placées que leur contreparties du droit civil ou de la common law pour articuler les principes juridiques qui auront un sens et qui seront légitimes dans les collectivités autochtones. Il serait difficile de contester longuement que le système judiciaire canadien n'a pas réussi à le faire. Juger les autochtones sur la base de leurs propres principes juridiques est susceptible d'améliorer l'ordre et la bonne gouvernance.

Des initiatives en Saskatchewan et en Alberta sont de bons exemples d'étapes à suivre vers cette direction. Dans le Nord de la Saskatchewan, le juge Gerald Morin, qui parle le cri, préside un tribunal cri. Même si la loi canadienne continue de s'appliquer, le fait que les séances se déroulent en cri change la dynamique du processus juridique. Des concepts juridiques cris importants et les concepts de justice réparatrice jouissent d'un plus grand rôle que dans les tribunaux provinciaux conventionnels.

Le juge L. S. (Tony) Mandamin préside au tribunal des artisans de la paix (Peacemaker Court) des Premières nations Tsuu T'ina, dans la nation des Tsuu T'ina, dans la région périphérique de Calgary, en Alberta. Même s'il fonctionne comme partie du système juridique provincial, le Tribunal regroupe le droit canadien et les traditions juridiques des Tsuu T'ina. Les artisans de la paix de la collectivité participent directement au règlement des affaires qui ont été transférées au cercle de conciliation traditionnel. Ils offrent une connaissance des traditions et des valeurs autochtones et aident à la résolution de certaines affaires en accord avec les principes de justice réparatrice. D'autres programmes semblables ont été établis en Colombie-Britannique, au Manitoba, en Ontario, au Québec et au Yukon.

Des chercheurs ont suggéré que les peuples autochtones seraient plus enclins à participer aux institutions canadiennes si leurs valeurs, leurs connaissances et leurs traditions juridiques faisaient partie de la toile juridique canadienne. Cette participation augmenterait la visibilité des idées, des cultures et des valeurs des peuples autochtones dans les institutions du Canada.



### C. Institutions universitaires, sociétés des barreaux

De nombreuses institutions canadiennes pourraient avoir un rôle à jouer dans l'amélioration de la reconnaissance, de la compréhension et de la mise en pratique des lois autochtones. Des facultés de droit autochtones ou des programmes spécialisés pourraient améliorer l'acquisition des connaissances nécessaires pour mettre en œuvre les lois autochtones. La localisation d'une telle faculté ou d'un tel programme dans une faculté de droit canadienne existante serait très avantageux pour susciter de l'intérêt au sujet des traditions juridiques autochtones parmi les juristes de demain, qu'ils soient Autochtones ou non. Au moins deux faculté de droit canadiennes offrent déjà un programme qui se concentre sur le droit civil et la common law : le programme de droit comparé de l'Université McGill et le programme national de l'Université d'Ottawa. En se servant de ces modèles, on pourrait élaborer un programme qui intégrerait également les lois autochtones. La Faculté de droit de la University of Victoria songe à l'établissement d'un tel programme et explore la possibilité d'offrir un programme d'études qui mènerait à l'obtention d'un diplôme en droit autochtone.

En établissant des programmes semblables, il serait essentiel que les institutions traitent les connaissances qu'elles recherchent à partager avec respect et qu'elles se protègent contre la possibilité d'appropriation des connaissances autochtones par d'autres. Au Canada il y a déjà plusieurs autochtones qui détiennent une formation en étude supérieure en common law ou en droit civil et enseignent le droit. Ces juristes pourraient gérer et enseigner un programme d'études en droit intégré. La participation des aînés à l'établissement de tels programmes et à l'enseignement pourrait également aider à protéger l'intégrité des connaissances et à s'assurer qu'elles sont traitées avec respect.

Beaucoup d'établissements ont déjà mis en place des programmes pour susciter de l'intérêt pour le droit autochtone et les traditions juridiques autochtones. Le Barreau du Haut-Canada compte un coordonnateur des questions autochtones et un programme des Aînés autochtones. Les programmes d'éducation permanente en droit de divers barreaux offrent des cours sur les questions de droit autochtone depuis des années. Parmi les autres initiatives d'éducation autochtones,



notons la *Atkisiraq Law School* au Nunavut, le *Intensive Program in Aboriginal Lands, Resources and Governments* à la Faculté de droit d' Osgoode Hall, le *Aboriginal Rights Moot*, le programme concurrent de baccalauréat en droit et de maîtrise en arts *LLB-Master of Arts in Indigenous Governance Program* de la University of Victoria, le *First Nations Legal Studies Program* de la Faculté de droit de la University of British Columbia, le *Indigenous Learning Program* de la Lakehead University et le *Aboriginal Law and Advocacy Program* du Confederation College, pour n'en nommer que quelques-uns. Avec des ressources supplémentaires, on pourrait entreprendre beaucoup d'autres de ces initiatives.

En Nouvelle-Zélande, le *Te Matahauariki Research Institute* a été établi grâce au financement du gouvernement de la Nouvelle Zélande pour faire de la recherche et développer les connaissances au sujet du droit coutumier des Maori. L'institut s'est engagé à compiler et offrir ces renseignements aux collectivités maori, ainsi qu'à faire circuler les résultats de ses recherches à grande échelle afin d'informer le public néo zélandais au sujet des valeurs et des composantes du droit coutumier maori.

### QUESTIONS À DÉBATTRE

*Comment les programmes éducatifs pourraient-ils être bien conçus et lancés pour mieux faire connaître le droit autochtone aux étudiants et étudiantes?*

*Quelles mesures devraient être mises en place pour protéger l'intégrité des connaissances et des traditions autochtones tout en enseignant les traditions juridiques autochtones?*

*Devrait-il y avoir des exigences de certification pour les juristes qui se spécialisent dans le droit autochtone et les traditions juridiques autochtones? Dans l'affirmative, comment de tels programmes devraient-ils être mis sur pied et gérés? Quel serait le rôle des barreaux provinciaux et territoriaux?*



## Conclusion

Une plus grande reconnaissance des traditions juridiques autochtones résulterait en beaucoup d'avantages potentiels, tant pour les peuples autochtones que pour le pays dans son ensemble. L'ouverture d'un espace pour que les traditions juridiques autochtones se développent et s'épanouissent permettrait aux peuples autochtones de poursuivre leur développement social, économique et politique d'une façon qui est adaptée à leurs propres traditions et valeurs et qui aiderait à régénérer les cultures autochtones. Il existe également des arguments de poids à l'effet que des lois et des institutions juridiques plus pertinentes au plan culturel susciteraient plus de respect auprès des peuples autochtones et amélioreraient donc la primauté du droit dans leur collectivité. L'acceptation de l'autonomie des peuples autochtones à pratiquer leurs traditions juridiques représenterait également une étape significative sur la voie d'une relation renouvelée entre le Canada et ses peuples autochtones.

Le Canada est déjà un pays pluraliste, avec de solides compétences en ce qui concerne la gestion de différents systèmes de pensée juridique. En somme, avec cette souplesse, nous sommes bien munis pour accommoder des traditions juridiques autochtones revitalisées.

*[TRADUCTION] [L]es lois autochtones ont un avenir solide dans le système juridique canadien, un avenir qui sera utile à la réconciliation de la perspective autochtone et de la perspective non autochtone sur les droits et les obligations des Premières nations et de leurs membres. Les lois autochtones sont reconnues comme des lois autonomes de cultures autonomes. Elles transportent avec elles leur propre protection. Elles sont protégées et appuyées par la common law. Elles sont incorporées aux droits des peuples autochtones dans la Constitution canadienne et plusieurs affaires ont reconnu leur prépondérance. À mon avis, leur place dans le système juridique canadien de demain comme instrument de justice pour les peuples autochtones est assurée.*

Juge Douglas Lambert, « The Future of Indigenous Laws in the Canadian Legal System », dans « Honouring a Brave Jurist: The Lambert Tribute » (2006) *The Advocate* 216, à la p. 64.



## Notes

- 1 Ken Goodwill, Allocution, Anecdote présentée à la conférence sur la voie de la justice : les traditions juridiques et la justice autochtone et canadienne, mars 2006 [non publié]. Ken Goodwill est un chargé de cours à la *First Nations University of Canada*, en Saskatchewan.
- 2 J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2<sup>e</sup> éd., Stanford, Californie, Stanford University Press, 1985, à la p. 1.
- 3 John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2<sup>e</sup> éd. W. Rumble, dir., vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, à la p.176.
- 4 Voir par exemple, Lon Fuller, «The Law's Precarious Hold on Life» (1968-1969) 3 *Georgia Law Review*, à la p. 530.
- 5 *Calder c. Colombie-Britannique (Procureur général)* [1973] R.C.S. 313, aux pp. 346-347.
- 6 *Connolly c. Woolrich et Johnson et al.*, (1867), 17 R.J.R.Q. 75.
- 7 Voir par exemple, *Canada, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Une relation à redéfinir*, 1<sup>e</sup> partie, vol. 2, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, CD-ROM : *Pour sept générations : legs documentaire de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, Libraxus, 1997, et Manitoba, Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les peuples autochtones, *Rapport de l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba*, Winnipeg, Imprimeur de la Reine, 1991.
- 8 Gordon Christie, «Space for Indigenous Legal Traditions», 2006 [non publié, document rédigé pour la Commission du droit du Canada et l'Association du barreau autochtone], à la p. 33.
- 9 *Ibid.* Voir aussi Stephen Cornell et Joseph Kalt, «Sovereignty and Nation-Building: The Development Challenge in Indian Country Today», *Joint Occasional Papers on Native Affairs*, en ligne, <[http://www.jopna.net/pubs/jopna\\_2003-03\\_Sovereignty.pdf](http://www.jopna.net/pubs/jopna_2003-03_Sovereignty.pdf)>, aux pp. 12-19.
- 10 Le Harvard Project on American Indian Economic Development fait partie de l'école John F. Kennedy School of Government à la Harvard University. Le Harvard Project a effectué des centaines d'études de recherche dans le domaine du développement social et économique des nations indiennes d'Amérique. On peut consulter un aperçu du projet en ligne, à l'adresse : <<http://www.ksg.harvard.edu/hpaied/overview.htm>>. Voir aussi Stephen Cornell, Catherine Curtis et Miriam Jorgenson, «The Concept of Governance and Its Implications for First Nations», *Joint Occasional Papers on Native Affairs*, en ligne, <[http://www.jopna.net/pubs/jopna\\_2004-02\\_Governance.pdf](http://www.jopna.net/pubs/jopna_2004-02_Governance.pdf)>, à la p. 7.
- 11 Stephen Cornell et Joseph Kalt, «Sovereignty and Nation-Building: The Development Challenge in Indian Country Today», *Joint occasional Papers on Native Affairs*, en ligne : <[http://www.jopna.net/pubs/jopna\\_2003-03\\_Sovereignty.pdf](http://www.jopna.net/pubs/jopna_2003-03_Sovereignty.pdf)> à la p. 19.
- 12 Voir par exemple, Gordon Christie, *op. cit.* note 8, à la p. 9, où il écrit ceci : [TRADUCTION] «Les peuples autochtones du Canada font face aujourd'hui à des décisions importantes. Elles vivent dans une ère de transition, avec des identités partiellement constituées au cours de plusieurs générations à vivre dans la société canadienne et partiellement constituées par leurs liens avec les mondes autochtones "traditionnels". La revalorisation de leurs traditions juridiques jouerait un rôle fondamental pour tracer les voies futures qu'elles seraient en mesure de prendre, puisque cela promet de retisser les liens qui les relient à leur tissu culturel traditionnel.»
- 13 Christie, *op. cit.* note 8, aux pp. 41 et 60.



- 14 Voir par exemple, *Mitchell c. Canada (Ministre du Revenu national -M.R.N.)* [2001] 1 R.C.S. 911, au para 8, *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 au para 5, et *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.
- 15 Voir par exemple, Judith F. Sayers et Kelly A. MacDonald, «Pour une participation équitable des femmes des Premières nations à la gestion des affaires publiques», dans *Les femmes des Premières nations, la gouvernance et la Loi sur les Indiens : recueil de rapports de recherche en matière de politiques*, Ottawa, Condition féminine Canada, 2001.
- 16 Les organismes qui étudient les questions de justice autochtones ont recommandé des modèles différents. La Manitoba Aboriginal Justice Implementation Commission, par exemple, a recommandé l'établissement de systèmes juridiques contrôlés par les Autochtones dans les collectivités autochtones, basés sur les coutumes et les traditions autochtones : voir Aboriginal Justice Implementation Commission, *Final Report*, Winnipeg, Imprimeur de la Reine, Publications officielles, 2001. La Saskatchewan Commission on First Nations and Métis Peoples and Justice Reform, qui a également examiné la situation des Autochtones dans le système juridique, a recommandé, au contraire, un éventail de mesures qui ne toucheraient que le système juridique actuel, incluant élargir le tribunal cri, à la fois au point de vue linguistique et géographique, la nomination de plus de personnes membres des Premières nations et des Métis comme juges, le prolongement des pratiques juridiques traditionnelles, une meilleure utilisation des sentences de travaux communautaires et l'établissement de programmes juridiques communautaires pour servir de programmes de mesures alternatives : voir Saskatchewan, Commission on First Nations and Métis Peoples and Justice Reform, *Final Report: Legacy of Hope: An Agenda for Change*, vol. 1, en ligne : <<http://www.justicereformcomm.sk.ca>>.
- 17 Voir par exemple, Kerry Wilkins, «... But We Need the Eggs: The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-Government», dans University of Toronto Law Journal, vol. 49, 1999, à la p. 53 et Dan Russell, *A People's Dream: Aboriginal Self-Government in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2000.
- 18 Voir Association des femmes autochtones du Canada, *Aboriginal Women, Self-Government & The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, en ligne : <<http://www.nwac-hq.org/AboriginalWomenSelfGovCanadianCharter.pdf>>. À la page 18, le rapport déclare ceci : [TRADUCTION] «Nous reconnaissons qu'il existe un conflit entre les droits collectifs des gouvernements de Premières nations souveraines et les droits individuels des femmes. Dépouillées de l'égalité par des lois patriarcales qui ont créé un «privileège mâle» comme norme dans les réserves, les femmes des Premières nations ont dû mener une forte lutte pour regagner leur position sociale. Nous voulons que la Charte canadiennes des droits et des libertés s'applique aux gouvernements autochtones.»
- 19 Association des femmes autochtones du Canada, *An Aboriginal Charter of Rights and Freedoms*, en ligne : <<http://www.nwac-hq.org/AnAboriginalCharterRightsFreedoms.pdf>>. On doit souligner que les droits et les libertés individuels prévus dans la Charte reflètent largement ceux qui sont contenus dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1948. La prise de position de l'Association des femmes autochtones du Canada semble concorder avec ce qui est reflété dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, (adopté par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies le 29 juin 2006) article 1, dans lequel on lit que «Les peuples autochtones ont le droit



de jouir pleinement et effectivement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme».

- 20 *Ibid.*, à la p. 3.
- 21 La Manitoba Aboriginal Justice Implementation Commission, par exemple, a recommandé que les personnes qui vivent dans les limites géographiques d'une collectivité autochtone soient soumises à la compétence des lois autochtones et que les tribunaux autochtones aient compétence relativement à certaines questions qui surviennent à l'extérieur de la collectivité autochtone, y compris les affaires de protection de l'enfance.
- 22 Voir par exemple, Peter W. Hogg et Mary Ellen Turpel, «La mise en œuvre de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones : Aspects constitutionnels et questions de compétence», CD-ROM : *Pour sept générations : legs documentaire de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, Libraxus, 1997 à la p. 10.
- 23 Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Liste des recommandations*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, CD-ROM : *Pour sept générations : legs documentaire de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, Libraxus, 1997.
- 24 Stephen Cornell et Joseph Kalt, «Sovereignty and Nation-Building: The Development Challenge in Indian Country Today», Joint Occasional Papers on Native Affairs, en ligne : <[http://www.jopna.net/pubs/jopna\\_2003-03\\_Sovereignty.pdf](http://www.jopna.net/pubs/jopna_2003-03_Sovereignty.pdf)>, à la p. 14.
- 25 *Ibid.*, aux pp. 18-19.
- 26 Le projet de loi C-7 a été présenté par le gouvernement de Jean Chrétien, mais a été retiré lorsque Paul Martin est devenu premier ministre. Le gouvernement actuel avait appuyé le projet de loi et, depuis son entrée au pouvoir, a indiqué son intention de poursuivre une approche similaire.
- 27 Affaires indiennes et du Nord Canada, *Guide de la politique fédérale : L'autonomie gouvernementale des Autochtones*, en ligne : <[http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/pub/sg/plcy\\_f.html](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/pub/sg/plcy_f.html)>.
- 28 Les difficultés inhérentes à une approche cas par cas ont été reconnues par la Commission royale sur les peuples autochtones et le Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens, (le rapport Penner) qui ont tous les deux recommandé la reconnaissance législative du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale comme approche pratique et plus appropriée que les négociations entre chaque Première nation et le gouvernement fédéral. Voir Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996 et Canada, Chambre des communes, Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens, *L'autonomie politique des Indiens au Canada : Rapport du comité spécial*, Ottawa, Groupe communication Canada, 1983.