

Sous la direction de
GHISLAIN OTIS

**CONTRIBUTIONS
À L'ÉTUDE DES
SYSTÈMES JURIDIQUES
AUTOCHTONES
ET COUTUMIERS**

**Contributions à l'étude des systèmes
juridiques autochtones et coutumiers**

Contributions à l'étude des systèmes juridiques autochtones et coutumiers

Sous la direction de

GHISLAIN OTIS



**Presses de
l'Université Laval**

Financé par le gouvernement du Canada
Funded by the Government of Canada

| **Canada**

Nous remercions le Conseil des arts du Canada de son soutien. L'an dernier, le Conseil a investi 153 millions de dollars pour mettre de l'art dans la vie des Canadiennes et des Canadiens de tout le pays.

We acknowledge the support of the Canada Council for the Arts, which last year invested \$153 million to bring the arts to Canadians throughout the country.



Conseil des arts
du Canada

Canada Council
for the Arts

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année de la Société de développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.



Mise en pages : In Situ

Maquette de couverture : Laurie Patry

© Presses de l'Université Laval. Tous droits réservés.

Dépôt légal 4^e trimestre 2018

ISBN : 978-2-7637-3666-2

PDF : 9782763736679

Les Presses de l'Université Laval

www.pulaval.com

Toute reproduction ou diffusion en tout ou en partie de ce livre par quelque moyen que ce soit est interdite sans l'autorisation écrite des Presses de l'Université Laval.

Table des matières

Remerciements.....	IX
INTRODUCTION GÉNÉRALE	
L'étude des systèmes juridiques autochtones et ses enjeux	1
1. Les enjeux épistémologiques : connaissance et rapports de pouvoir	3
2. La recherche à l'origine de cet ouvrage	7
3. Le contenu de l'ouvrage	11
4. Les questions méthodologiques et terminologiques	13
Bibliographie.....	15
PARTIE 1	
La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement.....	17
Introduction.....	17
1. Le comportement : un droit spontané	20
2. Le commandement : autorité et écriture du droit.....	23
3. L'enseignement : transmission ou revitalisation du droit	30
Conclusion	41
Bibliographie.....	42
1. Législation	42
2. Doctrine	42
3. Autres sources	44

PARTIE 2

La famille	45
Introduction.....	45
1. Résumé des rapports.....	47
1.1 Les pratiques d'adoption ou de transfert coutumier: le point de vue de la communauté innue de Uashat mak Mani-Utenam ...	47
1.2 Les normes crie relatives aux enfants.....	49
1.3 Renforcer la gouvernance atikamekw: vers un modèle atikamekw de prévention et de gestion des conflits liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse	50
1.4 Formation et modalités du mariage coutumier en Zambie: une étude sociojuridique	50
1.5 La dissolution du mariage coutumier dans le contexte de pluralisme juridique de l'Afrique du Sud	51
1.6 L'étude anthropologique du mariage à Yaté	51
2. Analyse des rapports.....	52
2.1 Familles et communautés: points d'ancrage des cultures juridiques autochtones et coutumières.....	52
2.1.1 La famille: une réalité multiscalaire	52
2.1.2 Une éthique communautariste du droit coutumier applicable dans le champ de la famille.....	59
2.1.3 L'entraide et la solidarité comme vecteurs de cohésion sociale	65
2.2. Un droit coutumier flexible et dynamique face au droit étatique..	67
2.2.1 Plasticité et adaptabilité des ordres juridiques autochtones....	67
2.2.2 L'impact des systèmes étatiques sur les systèmes autochtones.....	70
Conclusion.....	73
Bibliographie.....	76

PARTIE 3

Le territoire	79
Introduction.....	79
I. Présentation des rapports de recherche	83
1.1 Les droits innu et québécois relatifs au territoire.....	84
1.2 Le territoire chez les Secwépemc et en Colombie-Britannique.....	85
1.3 Le foncier dans la région de la Nawa en Côte d'Ivoire	86

2.	Analyse transversale des études de cas portant sur le territoire.....	87
2.1	Les liens au territoire et les modalités d'accès aux terres et aux ressources.....	87
2.2	La responsabilité, pierre angulaire des ordres juridiques autochtones en matière foncière.....	96
2.2.1	Les responsabilités à l'égard de la terre et des êtres non humains	97
2.2.2	Les responsabilités à l'égard des êtres humains	103
2.2.3	Les processus décisionnels et l'exercice des responsabilités.....	110
2.3	Les droits étatiques entre capitalisme extractiviste et développement durable: quelle place pour un dialogue internormatif avec les peuples autochtones?	115
2.3.1	Une gouvernance environnementale d'abord structurée par une éthique anthropocentrique et utilitariste	116
2.3.2	Le « développement durable », vecteur de rapprochement des ordres juridiques étatiques et autochtones?	120
	Conclusion.....	129
	Bibliographie.....	131

PARTIE 4

	Le traitement des conflits.....	139
	Introduction	139
1.	Présentation des rapports	140
1.1	Le rapport sur la justice atikamekw	140
1.2	Le rapport sur la justice traditionnelle au Burundi	141
1.3	Le rapport sur la justice traditionnelle aux Îles Salomon	142
1.4	Le rapport sur la justice chez les Coast Salish	143
1.5	Le rapport sur la justice coutumière des Roms en Roumanie.....	144
2.	Analyse des rapports	144
2.1	La juridicité autochtone et rom: une normativité souple et ouverte.....	144
2.2	Le groupe au cœur de la justice autochtone et rom	146
2.2.1	Les acteurs de la justice appartiennent au groupe.....	146
2.2.2	Les échelles et les formes de la justice autochtone et rom: de la famille au village	151

2.3 Les conceptions de la justice autochtones et rom :	
la réconciliation d'abord.....	155
2.3.1 Une justice à dominante réparatrice	155
2.3.2 Une justice fondée sur la responsabilisation de l'individu et du groupe	159
2.3.3 La sanction comme complément à la réparation	163
Conclusion.....	166
Bibliographie.....	169
CONCLUSION GÉNÉRALE	
Quelques fondamentaux des systèmes juridiques autochtones..	171
1. La centralité du groupe	172
2. Conjuguer l'individuel et le collectif.....	175
3. Des systèmes dynamiques et fonctionnels portés par des acteurs et des processus de proximité.....	179
Bibliographie.....	186
Rapports d'intégration cités.....	187
Premiers rapports	187
Deuxièmes rapports.....	188

Remerciements

La parution de cet ouvrage et la réalisation des travaux de recherche dont il est issu ont été rendues possibles par une généreuse subvention accordée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, dans le cadre du programme de partenariats de recherche.

Les chercheuses et les chercheurs ont aussi bénéficié d'un soutien financier important de l'Agence universitaire de la francophonie et du Programme des chaires de recherche du Canada.

Enfin, les auteurs souhaitent exprimer leur gratitude au lecteur anonyme dont les suggestions ont permis d'améliorer le manuscrit.

Ghislain Otis, Ph. D.

Directeur scientifique, Chaire de recherche du Canada
sur la diversité juridique et les peuples autochtones
Faculté de droit, Université d'Ottawa

INTRODUCTION GÉNÉRALE

L'étude des systèmes juridiques autochtones et ses enjeux

GHISLAIN OTIS, SÉVERINE BELLINA,
JEAN LECLAIR ET SOPHIE THÉRIAULT

Dans cet ouvrage, nous présentons une synthèse comparative et analytique de travaux de recherche réalisés en collaboration avec des partenaires autochtones dans différentes régions du monde. À mi-chemin entre le rapport de recherche et l'ouvrage savant, ce livre vise modestement à mieux faire connaître quelques cultures¹ et systèmes juridiques autochtones ou coutumiers à la lumière de leurs manifestations actuelles dans certains États coloniaux et postcoloniaux. L'objectif n'est nullement d'exhumer le droit précolonial ou de proposer un exercice d'ethnohistoire sur le thème du droit, non plus que de partir à la quête d'une « différence autochtone » inaltérée par le passage du temps. Les auteurs s'attacheront plutôt, dans la mesure du possible, à saisir la juridicité vivante ou à capter les représentations actuelles de traditions juridiques dont certaines sont aujourd'hui refoulées mais encore fortement ancrées dans la conscience des peuples concernés.

-
1. On peut définir la culture juridique d'une collectivité comme « l'ensemble des valeurs, des représentations, des discours, des techniques et des institutions relatives au droit appréhendé du point de vue multiple de sa nature, de ses sources, de sa fonction et de sa mise en œuvre » ; voir Ghislain Otis, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel » dans Ghislain Otis *et al.*, dir., *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010, 3 aux pp. 4-5.

L'intérêt de cette publication tient notamment au fait que, au Canada comme ailleurs dans le monde, la coexistence de la juridicité originellement autochtone et du droit étatique héritée de l'entreprise coloniale constitue un enjeu important de gouvernance. Face à la persistance de systèmes juridiques se déployant en marge de ses institutions, ou devant la volonté de renouer avec ces systèmes, l'État a parfois adopté une posture moniste ou hégémonique qui consiste à nier, combattre ou assujettir ces systèmes aux diktats de la loi, au nom du développement ou de la cohésion nationale. Or un décalage perdure entre le « droit officiel » et le droit vécu ou le droit revendiqué, en fonction de contextes multiples, par les acteurs autochtones. Une telle dissonance est de nature à engendrer l'insécurité ou la défaillance du droit causée par l'absence de normes consensuelles.

C'est particulièrement le cas dans des domaines aussi sensibles que l'accès à la terre et aux ressources naturelles, la vie familiale et le traitement des conflits. Ainsi, le choc des tenures coutumières autochtones et des prérogatives exercées par l'État sur le territoire nuit tant au développement autochtone que non autochtone, voire à la paix dans les cas où il en résulte des confrontations violentes. De même, l'inefficacité de l'approche pénale occidentale en milieu autochtone exacerbe la détresse sociale que vivent les communautés, alors que la méconnaissance des représentations coutumières du lien familial par le droit étatique place souvent les enfants et les parents dans un *no man's land* juridique de nature à dégrader le tissu communautaire. En revanche, certaines pratiques coutumières, souvent combattues par le droit étatique, reposent sur des principes aujourd'hui controversés, notamment en ce qui concerne le statut de la femme, les droits des enfants ou les punitions corporelles.

Il est de plus en plus admis que les conflits de légitimité normative hypothèquent le développement social et économique des populations dès lors que les institutions politico-juridiques prétendent imposer un droit qui fait l'impasse sur les valeurs, les représentations et les pratiques de la population². La prise en charge

2. Voir Caroline Sage et Michael Woolcock, « Legal Pluralism and Development Policy » dans Brian Z. Tamanaha, Caroline Sage et Michael Woolcock, dir, *Legal Pluralism and Development*, Cambridge, CUP, 2012, 1 aux pp. 9-12.

constructive de la pluralité juridique ne peut en conséquence que conforter la gouvernance démocratique³.

1. LES ENJEUX ÉPISTÉMOLOGIQUES : CONNAISSANCE ET RAPPORTS DE POUVOIR

Il importe ici de poser une question préalable de première importance : à quelles conditions l'exercice au cœur de cet ouvrage, c'est-à-dire étudier et décrire les aspects fondamentaux des systèmes juridiques autochtones, est-il scientifiquement valide, voire légitime ? Cette interrogation de départ s'explique par le fait que dans le passé, l'étude des sociétés autochtones a pu être inféodée aux finalités hégémoniques de l'État ou faussée par les préjugés culturels ou ethnocentriques des chercheurs.

Parce que l'organisation sociale d'un peuple, y compris sa part juridique, procède d'une vision du monde, de l'être humain et de la société, l'étude éclairée des droits autochtones en vue d'un éventuel dialogue requiert la capacité d'appréhender l'univers culturel autochtone. Or, le risque d'incompréhension ou de décodage erroné de la réalité autochtone ne saurait être nié. Par exemple, certains travaux de recension de la « coutume » en Afrique menés pendant la période coloniale, ou au moment des indépendances, attestent de la propension de juristes occidentaux de l'époque à projeter sur les sociétés africaines leurs propres valeurs et leurs propres catégories juridiques, et donc à déformer ou à falsifier la juridicité autochtone⁴. La description par des chercheurs souvent bien intentionnés du droit de populations non occidentales peut dès lors porter une logique

3. Voir notamment Séverine Bellina *et al.*, *L'État en quête de légitimité : sortir collectivement des situations de fragilité*, Paris, Charles Léopold Mayer, 2010 aux pp. 55-67.

4. Se penchant sur les conditions ethnologiques de validité de la recension du droit africain au moment des indépendances, un auteur écrivait au sujet des recueils « coutumiers » développés par l'administration coloniale française qu'« ils ont été rédigés à partir de questionnaires très défectueux, dont le plan calqué sur celui du Code Napoléon, ne pouvait cerner d'une manière satisfaisante la réalité juridique africaine ». Voir Jean Poirier, « La rédaction des coutumes juridiques en Afrique d'expression française » dans John Gilissen, dir, *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, Université libre de Bruxelles, 1962, 275 à la p. 278.

diffusionniste implicite profitant au modèle occidental et reconduisant un esprit colonial.

C'est pourquoi certains juristes autochtones en appellent à la plus grande circonspection par rapport aux recherches ayant pour objet les traditions juridiques autochtones. Le professeur John Borrows, par exemple, nous met en garde contre « *the crass manipulation of Indigenous legal world views to fit Euro-Canadian legal boxes* »⁵. La même crainte est exprimée par un autre auteur à l'égard des divers projets actuellement en cours au Canada en vue d'introduire l'enseignement du droit autochtone dans les institutions universitaires :

*...it has become commonplace for me to hear Indigenous legal scholars questioning what happens when we bring Indigenous law into Canadian or American law, legal institutions and law schools. We advert to a question of power here. More and more of us identify an act of translation happening and worry about what gets structurally reframed or, worse, simply translated out*⁶.

Comment alors répondre à ce qu'un maître de l'anthropologie juridique a qualifié d'« impossible défi, traduire sans trahir »⁷? Il ne s'agit pas ici de récuser la possibilité et l'opportunité de rendre intelligible, même de manière imparfaite, au monde extérieur l'univers juridique autochtone ou d'en affirmer « l'indisponibilité à tout regard tiers »⁸. Une posture si incommensurable relèverait du paradoxe, au moment où la connaissance et la reconnaissance des systèmes juridiques autochtones sont de plus en plus considérées comme les préalables d'une véritable autodétermination. Nier la lisibilité externe des droits autochtones pour mieux les protéger les maintiendrait en fait dans l'invisibilité qui a si bien servi l'entreprise coloniale comme

5. John Borrows, « Heroes, Tricksters, Monsters, and Caretakers: Indigenous Law and Legal Education » (2016) 61 :4 McGill LJ 795 à la p. 812.

6. Aaron Mills, « The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today » (2016) 61 :4 McGill LJ 847 à la p. 856.

7. Étienne Le Roy, « Bricolages anthropologiques pour promouvoir, en Afrique et ailleurs, un dialogue des univers juridiques » (2005) 50 R.D. McGill, 951 à la p. 953.

8. Louis Assier-Andrieu, « Coutume et usage » dans Denis Alland et Stéphane Rials, dir, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 317 à la p. 323 [*Dictionnaire de la culture juridique*].

le reconnaît une chercheuse autochtone selon qui « *narratives of fragility or incommensurability related to Indigenous laws are narratives of colonialism* »⁹.

L'un des principaux enjeux rencontrés dans l'étude des droits autochtones est l'accès au savoir juridique autochtone. Seule la collectivité concernée détermine les modes de production de son droit propre à partir de sa forme d'existence dans le monde, droit qui peut être spontané ou proclamé, écrit ou non. Le chercheur doit donc connaître et respecter ces modes, ce qui ne peut se faire sans la collaboration et la participation du groupe lui-même. On ne peut, par exemple, étudier le droit atikamekw ou innu sans les Atikamekw ou les Innus¹⁰. Cela ne signifie évidemment pas que le savoir de ces derniers échappe à toute analyse ou tout regard critique interne et externe, ou à toute comparaison avec les autres traditions juridiques¹¹.

Les données à l'origine de cet ouvrage ont été obtenues dans le cadre d'une recherche partenariale avec des organisations et des groupes autochtones au Canada, en Afrique et dans le Pacifique. La logique du partenariat a induit une implication directe de collaborateurs et de chercheurs autochtones dans la conception et la réalisation de la recherche. Cette mobilisation autochtone a pris des formes diverses adaptées aux besoins et aux ressources de chaque communauté. Tantôt les chercheurs autochtones ont conçu eux-mêmes le projet, les instruments de recherche et ont dirigé tant la collecte des données que l'analyse des résultats. C'est le cas, par exemple, du partenaire kanak en Nouvelle-Calédonie. Tantôt, les chercheurs autochtones ont codirigé et coordonné les recherches

9. Val Napoleon et Hadley Friedland, « An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions Through Stories » (2016) 61 :4 McGill LJ 725 à la p. 754.

10. À titre d'illustration, des chercheurs ont exposé certains aspects du droit Innu très largement à partir de témoignages et de récits d'ainés Innus partagés à l'occasion d'un enseignement de l'Université d'Ottawa portant sur « L'ordre juridique Innu ». Voir Jean-Paul Lacasse et Valérie Cabanes, « Les fondements de l'ordre juridique innu : la parole des aînés comme source de connaissance » dans Mathieu D'Avignon et Camil Girard, *A-t-on oublié que jadis nous étions « frères » ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009 à la p. 143.

11. Pour un exercice lyrique de comparaison entre le droit Innu et le droit romain classique, voir Pierre Loiseau, « Introduction furtive au droit civil innu » (2010) 62 *Revue internationale de droit comparé* 1009.

comme l'on fait les Innus de Uashat-Maliothenam et les Atikamekw. Ces derniers ont en outre constitué le Comité atikamekw d'orientation de la recherche, dont le mandat consiste non seulement à régir la conduite des travaux et à s'assurer que ceux-ci soient conformes aux attentes de la communauté, mais également à définir les grandes orientations, les questions de recherche ainsi que la méthodologie utilisée. Le comité appuie en outre l'équipe sur le terrain, participe à l'analyse des résultats et discute des modes de transfert et de production des connaissances. De même, les professeurs Val Napoleon (elle-même autochtone) et Hadley Friedland ont pu mener leurs recherches avec la participation active des communautés concernées à toutes les étapes de la conception et de la réalisation. Dans les cas exceptionnels où de nouveaux travaux de terrain n'ont pu être réalisés, ou n'ont pu être menés dans des conditions optimales comme ce fut le cas au Burundi en raison d'importants problèmes de sécurité dans les zones collinaires, les chercheurs ont utilisé des données anthropologiques produites par des chercheurs autochtones et non autochtones dont la légitimité et la qualité n'étaient pas contestées.

Par ailleurs, le manuscrit du présent livre a été lu, vérifié et commenté par toutes les équipes. Les chercheurs et les partenaires autochtones, en particulier, ont pu faire des suggestions qui ont permis d'apporter des précisions et de faire des nuances relativement à l'interprétation des rapports.

Il reste que, malgré toutes ces précautions pour optimiser la fiabilité des données, cet ouvrage représente un effort modeste et très certainement perfectible de synthèse et de systématisation. Dès lors, il fera assurément l'objet de critiques, voire d'objections quant à un aspect ou à un autre de la description des systèmes juridiques qu'il propose. Le débat participe de la nature même de l'entreprise scientifique et on ne pourra que se féliciter si notre contribution alimente les discussions sur la connaissance de la juridicité autochtone.

Nous n'avons pas considéré les catégories juridiques occidentales comme nécessairement utiles à la compréhension des systèmes autochtones, ce qui ne veut pas dire que ces derniers soient

insusceptibles de toute comparaison¹². Mais « on ne peut comparer qu'avec prudence et selon des protocoles précis des expériences qui se situent selon des présupposés fondamentalement divergents »¹³. Outre la compréhension des conceptions philosophiques sous-jacentes aux systèmes juridiques autochtones, l'inadéquation du vocabulaire et des typologies utilisés en droit occidental pour analyser les phénomènes normatifs à l'œuvre constitue donc un enjeu épistémologique de premier ordre. Par exemple, des notions fondamentales, telles que celles de « famille », d'« adoption », de « mariage », d'« environnement » ou de « justice » ne sont pas nécessairement transposables d'un système à un autre. En outre, l'analyse des distinctions fondées sur le genre qui structurent parfois les droits autochtones et rom devra être creusée, mais une précaution méthodologique sera alors de mise : non seulement s'agira-t-il d'éviter l'eurocentrisme pour donner sens à ces distinctions, mais encore faudra-t-il aussi éviter les représentations stéréotypées des réalités autochtones.

Il importera donc de faire preuve de prudence sur le plan épistémologique lorsqu'il s'agira de rendre compte des modes d'existence propres aux sociétés ou des droits autochtones et rom.

2. LA RECHERCHE À L'ORIGINE DE CET OUVRAGE

Cet ouvrage est l'aboutissement de travaux de recherche menés dans le cadre d'un partenariat international dont l'objet est, en premier lieu, de cerner la configuration actuelle de quelques systèmes juridiques autochtones ou non étatiques dans quatre régions du monde – l'Afrique, le Canada, l'Europe centrale et le Pacifique Sud – et, ensuite, d'établir les interactions entre les univers juridiques autochtones et étatiques en vue de cerner des modèles aptes à favoriser le dialogue¹⁴. Les recherches portent sur trois thématiques prioritaires, soit la famille, le territoire et le traitement des conflits.

12. Borrows, *supra* note 5 aux pp. 812-15.

13. Le Roy, *supra* note 7 à la p. 955.

14. *État et cultures juridiques autochtones : un droit en quête de légitimité* (AUF-CRSH, 2012-2018), sous la direction de Ghislain Otis, Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones, Université d'Ottawa.

Les chercheurs engagés dans cette initiative travaillent en collaboration avec des communautés autochtones vivant dans les régions considérées. La composante rom du projet aide à tester la pertinence et la comparabilité d'une situation où, au sein d'un territoire étatique occidental, la coexistence multiséculaire de cultures juridiques fortement différenciées est d'origine migratoire plutôt que coloniale.

Les auteurs du présent ouvrage sont les membres d'un sous-groupe de chercheurs, le groupe intégrateur¹⁵, qui a pour mission de réaliser l'intégration des données émanant des équipes régionales dans une synthèse comparative. Pour atteindre ses objectifs, l'ensemble de l'équipe mobilise les postulats conceptuels et théoriques du pluralisme juridique, qui « postule l'existence simultanée de plusieurs systèmes juridiques, notamment non étatiques, en relation d'opposition, de coopération ou d'ignorance réciproque »¹⁶. La recherche juridique pluraliste repose par conséquent sur la remise en cause de la prétention de l'État au monopole de la production du droit et sur le point de vue voulant que « le centralisme juridique n'est pas une représentation exacte d'un fait social »¹⁷. L'existence d'un ordre juridique non étatique ne peut donc pas être déterminée

15. Séverine Bellina (IRG), Jean-François Gaudreault-DesBiens (Université de Montréal), Jean Leclair (Université de Montréal), Ghislain Otis (Université d'Ottawa) et Sophie Thériault (Université d'Ottawa). La professeure Marie-Claire Foblets (Max Planck Institut) de Halle a participé, à titre de membre du groupe intégrateur, aux travaux de développement des gabarits de recherche et de planification du premier rapport général d'intégration.

16. Voir Norbert Rouland, « Acculturation juridique » dans *Dictionnaire de la culture juridique*, *supra* note 8 à la p. 4. Du point de vue de la lecture sociologique du droit, l'expression « pluralité juridique » pourrait servir à décrire la réalité empirique qui donne à voir la coexistence de plusieurs systèmes ou ordres juridiques, non étatiques et étatiques. Toutefois, dans le champ des études juridiques, la prégnance normative du postulat moniste selon lequel l'État est l'unique producteur de droit sur son territoire explique l'usage du vocable « pluralisme juridique », qui se veut lui-même une réfutation normative du postulat moniste. Le terme « pluralisme » décrit aussi la manière de construire le savoir juridique. Il est alors « entendu comme théorie ou système de pensée ». Voir Ghislain Otis, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique » dans Ghislain Otis, dir, *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, 9 à la p. 10.

17. Gordon Woodman, « Droit comparé général » dans Wanda Capeller et Takanori Kitamura, dir, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 117 à la p. 132.

par la posture de l'État envers cet ordre juridique, puisqu'« il n'y a aucune raison de présumer que le statut d'un ordre normatif doit être déterminé par la vue qu'en livre un autre ordre, parfois concurrent »¹⁸. Par-delà ses variantes théoriques, l'un des objets de la démarche pluraliste est de comprendre les multiples figures de l'*internormativité*, c'est-à-dire « l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes »¹⁹. L'internormativité, ce faisceau d'influences fluctuantes entre les systèmes, est une réalité tenue pour généralement inévitable en situation de pluralité, mais elle n'est pas toujours institutionnalisée et formalisée. Les chercheurs s'intéressent ici tant aux interactions formelles qu'aux relations informelles que l'on peut déceler entre les univers juridiques non étatiques et étatiques.

La recherche comporte d'abord une phase d'observation – donc de collecte et de production des données empiriques – visant à documenter le phénomène du pluralisme par l'étude des systèmes juridiques non étatiques et étatiques dans les domaines prioritaires de la famille, du territoire et du traitement des conflits. La deuxième phase permettra de déterminer les interactions actuellement observables entre les systèmes, alors que la troisième et dernière étape consistera à évaluer les pratiques observées en vue de proposer des voies d'innovation.

Aux fins du programme d'intégration de la recherche, l'hypothèse épistémologique proposée aux chercheurs est que la juridicité peut se manifester par un ensemble de valeurs, de principes, de règles, d'acteurs et de processus concourant à la régulation d'un groupe et au règlement des conflits dans ce groupe ou entre les groupes. Il a été suggéré aux chercheurs de cartographier les systèmes juridiques autochtones et rom étudiés en pointant les variables de cette hypothèse que sont les valeurs, les principes, les règles, les acteurs et les processus.

18. *Ibid.* à la p. 128.

19. Jean Carbonnier, « Internormativité » dans André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd, Paris, L.G.D.J., 1993 aux pp. 313-14.

La distinction entre valeurs, principes et règles n'est pas toujours très nette. En s'inspirant des définitions proposées par le *Trésor de la langue française*, on peut donner au terme « valeur » le sens de « caractère, qualité de ce qui est désiré, estimé parce que donné et jugé, par une communauté donnée, comme désirable ou estimable ». Le « principe », quant à lui, se définit comme une norme de référence fondée sur des valeurs et sur laquelle il convient de régler une action ou une conduite. Ainsi, le « principe » se présente en quelque sorte comme la traduction normative générique de l'idéal incarné par une valeur. Enfin, une « règle » se manifeste comme une prescription spécifique appliquée à une situation particulière en vue de donner un effet pratique à un principe. En d'autres termes, à la différence du principe qui permet d'« encadrer » de manière assez générale l'action, la règle prescrit une conduite précise dans des circonstances précises. Le triptyque « valeur, principe, règle » apparaît en quelque sorte comme un ensemble de concepts gigogne. Par exemple, dans le contexte d'une économie de subsistance, la valeur du respect de la vie sera à même de générer le principe du partage des ressources alimentaires qui, lui-même, pourra s'incarner par une règle conférant à un individu et à sa famille dans le besoin un droit d'invitation sur le territoire de chasse plus giboyeux du voisin afin de s'y procurer de la nourriture.

L'utilisation de ces variables ne repose nullement sur le postulat que chaque univers juridique les comporte nécessairement toutes, et encore moins au même degré, ni sur la présupposition que seules ces variables sont envisageables ou dignes d'intérêt. Il était donc d'emblée loisible aux chercheurs de proposer d'autres variables ou dimensions qui pourraient mieux rendre compte des phénomènes constatés et de la spécificité des cultures juridiques autochtones ou rom. En outre, il est admis que ces variables ne se manifestent pas de manière isolée, qu'elles interagissent et se reconfigurent constamment à la faveur d'un contexte historique et social donné, de sorte que ce que l'on cherche à apercevoir est une réalité organique, un « processus de juridicisation »²⁰ autant qu'un « droit ».

20. C'est l'expression privilégiée par plusieurs anthropologues du droit ; voir notamment « Introduction » dans Edwige Rude-Antoine et Geneviève Chrétien-Vernicos, dir,

En revanche, la mobilisation par les équipes d'un ensemble convergent de référents analytiques élémentaires favorise non seulement la comparabilité des résultats, mais aussi la saisie de la vie complexe des systèmes juridiques. Appréhender la synergie ou la dialectique constante entre les variables aide en outre à percevoir les causes et les effets des transformations qu'ont connues ces systèmes, dont la complexité est parfois masquée par l'accent démesuré mis sur les valeurs et les principes, laissant la portion congrue à l'examen des mécanismes concrets d'opérationnalisation de ces valeurs et de ces principes. Si, par exemple, un système juridique repose principalement non pas sur les normes générales et impersonnelles, mais sur la légitimité et la capacité opérationnelle de processus et d'acteurs culturellement endogènes, l'affaiblissement de ces derniers enclenchera une dynamique de dévitalisation que même une valorisation compensatoire (incantatoire?) des valeurs ou des principes ne pourra conjurer. En revanche, le redéploiement ou l'adaptation des processus et des acteurs par rapport aux contingences nouvelles pourrait conforter la vitalité du système en question.

3. LE CONTENU DE L'OUVRAGE

Dans cet ouvrage, le groupe intégrateur présente une synthèse analytique comparative des recherches réalisées lors de la phase initiale, c'est-à-dire celle portant principalement sur l'étude des systèmes juridiques autochtones et rom en rapport avec les trois thèmes choisis. Lors de cette étape, les équipes de chercheurs ont rédigé, à partir d'un gabarit commun réalisé en collaboration avec le groupe intégrateur, des rapports faisant état des résultats de leurs travaux à ce jour relativement aux manifestations du pluralisme juridique pour chacune des régions. Cinq rapports portaient sur les matières familiales, trois sur le territoire et cinq sur la justice ou sur le traitement des conflits²¹. Ces rapports, sauf un²², peuvent être

Anthropologies et droits, état des savoirs et orientations contemporaines, Paris, Dalloz, 2009 à la p. 7.

21. La liste complète des rapports reçus se trouve à l'annexe.

22. Le rapport de Val Napoleon, Hadley Friedland, Renée McBeth et Lindsay Borrows intitulé *Cree Laus Regarding Children*, First Integration Report: How does legal

consultés dans la langue de leurs auteurs, française ou anglaise, sur le site web du groupe de recherche (<www.legitimus.ca>).

Le groupe intégrateur a traité l'ensemble des rapports pour en dégager une analyse organisée en cinq parties. Ainsi, après une première partie exposant les modes de production du droit en contexte autochtone, trois autres parties sont respectivement consacrées au droit de la famille (partie 2), au territoire (partie 3) et au traitement des conflits (partie 4). Ces parties thématiques possèdent par l'essentiel la même structure. Il s'agit d'abord de présenter un résumé de chacun des rapports régionaux d'où proviennent les données empiriques et, ensuite, de se pencher sur les convergences et les divergences entre les systèmes juridiques considérés. À l'instar des rapports de recherche dont il rend compte, cet exercice mobilise de différentes façons les variables de référence communes (valeurs, principes, règles, acteurs, processus, etc.) pour dégager certains aspects fondamentaux des droits autochtones et rom.

Enfin, la dernière partie de l'ouvrage (partie 5) propose d'établir, en guise de conclusion générale ou de récapitulatif, quelques fondamentaux des systèmes juridiques autochtones et rom par-delà les déclinaisons thématiques propres aux trois parties précédentes.

Le plus souvent, le droit étatique est documenté *a minima* afin de mettre en relief soit la singularité de la juridicité non étatique, soit les influences que la culture juridique occidentale a pu exercer sur les sociétés autochtones et rom. Des rapprochements sont parfois esquissés entre les univers juridiques, comme c'est le cas par exemple dans la partie 3, portant sur le territoire. Toutefois, compte tenu de l'abondance de travaux universitaires expliquant et critiquant le droit officiel dans les trois domaines priorisés, l'appréhension des systèmes autochtones et rom reste le point focal de l'ouvrage.

pluralism manifest itself?, 2015, est pour le moment inédit. Toute demande de consultation de ce rapport devrait être adressée au chef de projet (ghislain.otis@uottawa.ca).

4. LES QUESTIONS MÉTHODOLOGIQUES ET TERMINOLOGIQUES

Cet ouvrage a été rédigé à partir de rapports régionaux qui proposent un exposé le plus souvent général ou sommaire des ordres juridiques autochtones et rom sur l'un ou l'autre des thèmes choisis. Les méthodologies diffèrent. La plupart des équipes ont procédé à la production de données empiriques inédites, d'autres ont utilisé principalement des données existantes ; de plus, des procédés divers de collecte et d'analyse qualitative des données ont été privilégiés. En raison de cette diversité méthodologique et de la variabilité quantitative des données reçues, le groupe intégrateur a opté pour une lecture qui reste à un niveau assez élevé de généralité pour rendre les données exploitables et permettre un degré d'analyse pertinent. Nous nous attachons donc à dégager simplement les fondamentaux ressortant des rapports étudiés.

S'agissant des choix terminologiques, il a fallu privilégier les mots qui permettent d'embrasser la grande diversité des ordres juridiques à l'étude. Ainsi, les rapports étudiés portent sur des collectivités de plusieurs pays et continents dont les caractéristiques et les circonstances sont multiples. Ces collectivités ont toutefois en commun des traditions juridiques d'origine non étatique et non occidentale qui coexistent avec un droit occidental étatique importé ou imposé à la faveur d'une entreprise coloniale. Seul le cas des Roms de Roumanie n'entre pas parfaitement dans ce cas de figure, cette population ayant migré en Europe au cours des siècles. La formule « droit autochtone et rom » permettra de saisir l'ensemble des systèmes qui ont émergé dans une mesure substantielle en dehors des institutions formelles de l'État. D'aucuns sont réticents à utiliser le terme « droit » pour rendre compte de dispositifs sociaux dont les fondements ontologiques ne correspondent pas à ceux de ce que l'on appelle le droit dans l'Occident moderne. Ils préfèrent parler de « juridicité », un terme jugé plus neutre étant entendu que « la juridicité est plus grande que la conception moderne du droit tout en le comprenant »²³. Une autre perspective admet cependant que

23. Étienne Le Roy, « Pourquoi en Afrique « le droit » refuse-t-il toujours le pluralisme que le communautarisme induit ? » (2016) 40:2 *Anthropologies et sociétés* 25 à la p. 27.

le vocable « droit » peut servir à désigner de manière culturellement indifférenciée tout le kaléidoscope des modèles de régulation sociale²⁴. C'est pourquoi on retrouvera dans cet ouvrage tant les mots « droit » que « juridicité » pour décrire la réalité normative autochtone et rom.

S'agissant du qualificatif « autochtone » accolé aux droits non occidentaux des diverses aires géographiques et culturelles étudiées, il ne fait que suivre l'usage des chercheurs ou des communautés elles-mêmes sans qu'il soit question dans cet ouvrage de statuer sur la question de savoir quelle collectivité est considérée ou non comme un « peuple autochtone » au sens strict des normes internationales récemment développées dans le cadre des travaux onusiens, de la Commission africaine des droits de l'homme et de l'Organisation des États américains. De fait, le terme « coutumier » sera aussi utilisé notamment pour bien indiquer que les recherches se sont intéressées aux systèmes juridiques endogènes non occidentaux.

Les auteurs auront aussi recours au terme « coutumier » pour décrire non pas nécessairement l'ancienneté d'une juridicité, mais son ancrage premier (sans être exclusif) dans des pratiques sociales souvent informelles. À cet égard, les rapports concernant les communautés d'Afrique du Sud et de Zambie soulignent bien l'importance d'éviter de donner une définition générique à l'expression « droit coutumier ». En effet, ces rapports distinguent le « droit coutumier officiel » du « droit coutumier vivant », le premier désignant les normes de droit dites coutumières appliquées par les tribunaux et les autres institutions étatiques, ce qui les distingue parfois considérablement du second, qui se réfère aux normes moins formelles et réellement observées dans la vie quotidienne des personnes²⁵. Le rapport zambien établit à juste titre une adéquation entre le droit coutumier vivant et le droit autochtone, alors que le droit coutumier officiel est tenu pour du droit étatique.

24. Rude-Antoine et Chrétien-Vernicos, *supra* note 20 aux pp. 6-7.

25. Fatimata Diallo et Chuma Himonga, *Formation and Patterns of Customary Marriage in Zambia: A Socio-Legal Study*, First Integration Report: How does legal pluralism manifest itself?, 2015 à la p. 6, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1917>>.

Si le lecteur de cet ouvrage y trouvera peut-être peu de grandes découvertes sur les fondements des droits autochtones, il ne manquera pas d'apprendre quelques nouveautés sur les composantes actuelles et l'évolution récente de ces systèmes juridiques, et encore davantage sur les éclairages qu'apporte une comparaison de ces droits non étatiques présents au Canada, en Roumanie, en Afrique francophone et anglophone, ainsi que dans le Pacifique Sud. Il est presque certain, par ailleurs, que ce livre révélera à plusieurs observateurs du pluralisme juridique l'originalité et la vitalité de la justice coutumière chez les Roms.

Enfin, nous espérons que grâce à cet ouvrage, autochtones et non-autochtones, spécialistes, praticiens ou simples citoyens, prendront mieux la mesure du besoin de trouver un lieu de rencontre entre des systèmes juridiques qui se voient depuis des siècles au sein ou à l'ombre de l'État sans toujours avoir appris à se voir et à se parler.

BIBLIOGRAPHIE

- Assier-Andrieu, Louis. « Coutume et usage », dans Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 317.
- Bellina, Séverine *et al.* *L'État en quête de légitimité : sortir collectivement des situations de fragilité*, Paris, Charles Léopold Mayer, 2010..
- Borrow, John. « Heroes, Tricksters, Monsters, and Caretakers : Indigenous Law and Legal Education », 2016, 61 :4 McGill LJ 795.
- Carbonnier, Jean. « Internormativité », dans André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J, 1993.
- Lacasse, Jean-Paul et Cabanes, Valérie. « Les fondements de l'ordre juridique innu : la parole des aînés comme source de connaissance », dans D'Avignon, Mathieu et Camil Girard, *A-t-on oublié que jadis nous étions « frères » ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, 143.
- Le Roy, Étienne. « Bricolages anthropologiques pour promouvoir, en Afrique et ailleurs, un dialogue des univers juridiques », (2005) 50 R.D. McGill 951.

- Le Roy, Étienne. « Pourquoi en Afrique « le droit » refuse-t-il toujours le pluralisme que le communautarisme induit ? », 2016, 40 :2 *Anthropologies et sociétés* 25.
- Loiseau, Pierre. « Introduction furtive au droit civil innu », 2010, 62 *Revue internationale de droit comparé* 1009.
- Mills, Aaron. « The Lifeworlds of Law : On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today », 2016, 61 :4 *McGill LJ* 847.
- Napoleon, Val et Hadley Friedland. « An Inside Job : Engaging with Indigenous Legal Traditions Through Stories », 2016, 61 :4 *McGill LJ* 725.
- Otis, Ghislain. « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », dans Ghislain Otis *et al.*, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010, 3.
- Otis, Ghislain. « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », dans Ghislain Otis (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, 9.
- Poirier, Jean. « La rédaction des coutumes juridiques en Afrique d'expression française », dans John Gilissen (dir.), *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, Université libre de Bruxelles, 1962, 275.
- Rouland, Norbert. « Acculturation juridique », dans Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 4.
- Rude-Antoine, Edwige et Geneviève Chrétien-Vernicos (dir.) *Anthropologies et droits, état des savoirs et orientations contemporaines*, Paris, Dalloz, 2009.
- Sage, Caroline et Michael Woolcock. « Legal pluralism and development policy », dans Brian Z. Tamanaha, Caroline Sage et Michael Woolcock (dir.), *Legal Pluralism and Development*, Cambridge, CUP, 2012, 1.
- Woodman, Gordon. « Droit comparé général », dans Wanda Capeller et Takanori Kitamura (dir.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 117.

PARTIE 1

La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement*

GHISLAIN OTIS

INTRODUCTION

Avant de se pencher sur la substance du droit autochtone, il importe de bien en percevoir les manifestations. Il paraît donc utile de faire précéder la présentation thématique des systèmes juridiques autochtones (et rom) de quelques réflexions liminaires sur les processus et les acteurs de la production du droit. La compréhension des sources de la normativité autochtone permet en effet de mieux saisir certaines de ses caractéristiques fondamentales – valeurs, principes ou règles – qui se manifestent notamment dans les domaines de la famille, du territoire et du traitement des conflits.

Même si la question des sources n'a pas été analysée en profondeur par les différentes équipes, leurs rapports nous permettent d'entrevoir que le droit autochtone ne diffère pas, par sa nature, des autres traditions juridiques qui connaissent les trois grands piliers de la normativité que sont le comportement, le commandement et l'enseignement. La part respective de l'un et de l'autre dans le droit vivant peut toutefois singulariser l'univers autochtone. Nous verrons,

* Une version légèrement remaniée de ce chapitre a été publiée dans la Revue générale de droit ((2018) 48:1 RGD).

entre autres, que le commandement formalisé occupe une place moins importante dans les systèmes autochtones étudiés que dans le modèle positiviste étatique.

Mettre au jour les voies par lesquelles apparaît le droit autochtone constitue un travail particulièrement idoine, car un des effets de l'expérience coloniale fut souvent de faire du droit des peuples autochtones un cryptodroit, un droit caché, le refoulement des systèmes juridiques autochtones les ayant rendus pratiquement invisibles, donc illisibles pour la société néo-européenne, y compris pour les acteurs du monde juridique. Mais plus encore, les mutations sociales, culturelles et économiques qu'ont connues les sociétés autochtones depuis le contact font que, au sein des collectivités autochtones elles-mêmes, il arrive qu'en certains domaines, le droit originellement autochtone présente aujourd'hui, en raison d'une rupture de transmission, la qualité presque « spectrale » d'un phénomène qui subsiste bel et bien comme représentation dans la conscience, mais qui est souvent dépourvu de la matérialité et de la vitalité de l'agir au quotidien. Cela est constaté par les spécialistes de la recherche sur les systèmes juridiques autochtones au Canada. Dans un des textes fondateurs de l'étude du droit innu, le professeur Lacasse a longuement décrit l'effet déstructurant de l'acculturation des Innus sur leur droit coutumier¹. Plus récemment, des chercheuses soulignaient à leur tour que « *colonialism has disrupted Indigenous laws, legal pedagogies and historic means of legitimization and promulgation* »².

La quête d'une appréhension contemporaine de ces systèmes et, dans bien des cas, de leur redécouverte et de leur réactivation, ramène au centre de l'attention des juristes le problème classique de l'identification des indicateurs de la juridicité et de ses mécanismes de production-reproduction, de fonctionnement et de légitimation. Le travail visant la connaissance des systèmes juridiques autochtones

-
1. Jean-Paul Lacasse, *Les Innus et le territoire, Innu Tipentamun*, Québec, Septentrion, 2004 aux pp. 119-49.
 2. Val Napoleon et Hadley Friedland, « An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions Through Stories » (2016) 61 :4 McGill LJ 725 à la p. 740.

passé donc utilement par un retour sur certaines conditions et modalités premières du phénomène juridique.

Bien que les rapports des chercheurs qui sont à la base de cet ouvrage ne s'attardent pas particulièrement à cet exercice, ils contiennent des données qui révèlent les dynamiques de production du droit dans les régions et les communautés étudiées. C'est plus particulièrement, bien que non exclusivement, en traitant des acteurs et des processus que l'on se retrouve sur le terrain des procédés par lesquels s'élabore et se déploie le droit. Dans cette section, nous nous attachons à mettre en contexte les données tirées des rapports pour faire ressortir les dimensions fondamentales de la production du droit dans l'univers autochtone.

Nous nous intéressons au droit autochtone « vivant » et effectif, c'est-à-dire au droit réellement vécu dans la trame ordinaire, ou moins ordinaire, du quotidien des humains. Ce sont les modèles ou les normes de comportement, ainsi que les processus et les acteurs, qui concourent aujourd'hui de manière empiriquement observable à la régulation de la vie des individus et du groupe. Ce droit est celui dont on peut démontrer qu'il est mobilisé dans un grand nombre de cas pour organiser notamment la vie des familles et des individus, le rapport entre les humains et la terre ou la prise en charge des transgressions. Si un projet d'union conjugale se forme, il sera traité selon les règles en vigueur dans le groupe concerné; de même s'il s'agit de déterminer la filiation ou les conditions de transfert d'un enfant au sein ou à l'extérieur du groupe. En outre, l'occupation des espaces fonciers et les activités actuelles des membres du groupe sur le territoire seront réglementées par ce droit auquel on se référera spontanément et effectivement pour traiter tout différend.

Dans les pages qui suivent, nous tenterons de réfléchir aux aspects fondamentaux de production ou de transmission du droit autochtone que sont le comportement, le commandement et l'enseignement. Précisons qu'il n'est aucunement question de postuler une opposition de nature entre les droits des peuples autochtones et ceux des autres sociétés relativement à ces aspects.

1. LE COMPORTEMENT : UN DROIT SPONTANÉ

Le droit autochtone peut être, et sera souvent tel qu'il ressort des rapports des chercheurs, du droit spontané, c'est-à-dire un droit populaire constamment travaillé par les mutations sociales et culturelles. Sacco définit le droit spontané comme «le droit créé sans l'intervention de l'autorité politique, sans le secours de la révélation, en dehors de l'influence contraignante du juge juriste et du juriste savant»³. L'archétype du droit spontané sera la coutume puisque celle-ci, comme l'écrit Vanderlinden, «n'est pas le produit de l'activité juridique d'un chef, d'un dieu, d'un sachant, mais bien celle de l'ensemble d'un groupe social agissant de concert»⁴. Il convient néanmoins de préciser que la sécrétion du droit spontané n'est pas nécessairement exempte de dynamiques hiérarchiques et de rapports de domination, de sorte qu'on se gardera d'en faire un parangon de consensualisme égalitaire⁵.

Émanation de la «compétence originelle⁶» de la communauté, l'ordre juridique spontané est endogène au groupe, car «il provient de la société dans laquelle il est respecté⁷». Il peut se rattacher généalogiquement à une tradition juridique issue de l'expérience précoloniale, mais il peut tout aussi bien manifester la prise en charge dans les pratiques sociales actuelles d'enjeux radicalement inédits par des acteurs et des processus tout aussi nouveaux⁸. L'agir sera une

3. Rodolfo Sacco, *Anthropologie juridique, apport à une macro-histoire du droit*, Paris, Dalloz, 2008 à la p. 143 [*Apport à une macro-histoire du droit*].

4. Jacques Vanderlinden, *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996 à la p. 49 [*Anthropologie juridique*].

5. Ce que Vanderlinden lui-même admet d'emblée, au point de demander: «que signifie le consensus des dominés?». Voir Jacques Vanderlinden, «Au côté de Michel Alliot sur la pente savonneuse de la définition des droits» dans Étienne Le Roy et Jacqueline Le Roy, dir, *Un passeur entre les mondes*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000, 87 à la p. 96.

6. Rodolfo Sacco, «Le pouvoir de dire la vérité» dans Christoph Eberhard et Geneviève Vernicos, dir, *Quête anthropologique du droit*, Paris, Karthala, 2006, 445 à la p. 456 [Le pouvoir de dire la vérité].

7. Gordon Woodman, «Droit comparé général» dans Wanda Capeller et Takanori Kitamura, dir, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 117 à la p. 126.

8. Sacco, *Apport à une macro-histoire du droit*, *supra* note 3 à la p. 141.

matière première essentielle du droit spontané, au point où les auteurs le qualifient de « droit muet »⁹ ou encore de « droit gestuel »¹⁰. Ces vocables témoignent d'un malaise compréhensible envers la pratique répandue au sein de la confrérie des juristes consistant à qualifier la coutume de « droit oral ». Cette qualification donne en effet faussement à penser que l'oralité – c'est-à-dire la parole non écrite – représente la manifestation définitoire et le vecteur exclusif du droit spontané. Néanmoins, les qualificatifs « muet », « gestuel » ou « oral » paraissent tous réducteurs à leur manière, car ils font l'impasse sur le fait que le droit spontané naît et vit tant de l'agir que du dire. Si ce droit n'est nullement réduit à la parole, elle en fait tout de même partie intégrante, car elle participe très souvent de la substance des transactions comportementales qui créent et mettent en œuvre le droit spontané. Ce droit n'est donc pas davantage purement gestuel qu'il n'est complètement muet.

Ainsi, les rapports des chercheurs font comprendre qu'il arrive fréquemment que la parole soit elle-même comportement ou indissociable de celui-ci. Le dire contribue directement à forger le rapport coutumier tel que le montre, par exemple, l'étude sur le mariage coutumier en Zambie, dont il ressort que l'union matrimoniale résulte de longs pourparlers entre les groupes familiaux concernés, ainsi que de délibérations au sein de ces groupes¹¹. La parole ne sert pas ici à formuler une règle ou un concept ; elle est un comportement – dans le sens d'un acte matériel – parfaitement intégré à la chorégraphie coutumière.

Il en va de même de la parole de l'aîné, du sage ou du chef vers qui se tournent les membres de la communauté pour aider à trouver une solution à un conflit ou à une transgression des règles du groupe.

9. *Ibid.* à la p. 143.

10. Vanderlinden, *Anthropologie juridique*, *supra* note 4 à la p. 49.

11. Fatimata Diallo et Chuma Himonga, *Formation and Patterns of Customary Marriage in Zambia: A Socio-Legal Study*, First Integration Report: How Does Legal Pluralism Manifest Itself?, 2015 aux pp. 12, 17-18, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1917>> [Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie]. Le mariage coutumier résulte aussi de la négociation entre les familles en Afrique du Sud. Voir Chuma Himonga et Elena Moore, *Reform of Customary Marriage, Divorce and Succession in South Africa*, Claremont, Juta & Co., 2015 aux pp. 82-92, 317-318.

Lorsque cet acteur participe à l'apaisement d'un différend par la médiation, ou même lorsqu'il définit une solution de compromis à laquelle les parties ne souscrivent pas de prime abord, sa parole participe de la réaction sociale au fait à l'origine du différend plutôt que d'être le simple enregistrement logique d'une solution juridique prédéterminée par le jeu programmé de la règle au moment des faits. Sa parole ne vient pas non plus prédéterminer la solution de cas subséquents à l'instar d'un précédent normatif généralisable et dès lors destiné à dicter une solution identique à des faits semblables.

L'aîné ou le chef n'est qu'un des protagonistes d'un processus multiacteurs qui relève essentiellement de la palabre où s'entremêlent « de multiples circonstances collatérales »¹² se rapportant notamment au statut et à la personnalité des acteurs, aux exigences très ponctuelles de la pacification des parties, de même qu'aux attentes plus larges, et elles aussi contingentes, de la collectivité dans les circonstances. Les auteurs de l'étude sur la justice coutumière au Burundi expliquent que la solution au conflit résulte non pas de l'application de règles précises mais d'une appréciation, au cas par cas, par les acteurs de ce qui peut être accepté comme « juste » par le groupe¹³. Il en est de même chez les Atikamekw, car l'intervention de l'instance coutumière pour traiter un conflit a pour objet de trouver une solution consensuelle¹⁴. L'aîné, le sage ou le chef n'agissent donc pas comme des juges investis de l'autorité de dire le droit et du pouvoir de l'imposer, mais comme des personnes qui maîtrisent l'univers conceptuel et symbolique de référence. Il n'y a pas cette mise à distance de l'instance coutumière par rapport au comportement social porteur du consensus nécessaire au vivre-ensemble. En d'autres termes, la parole ne prétend pas enclorre le droit tout entier dans le

12. Sacco, *Apport à une macro-histoire du droit*, supra note 3 à la p. 161.

13. Grégori Puydebois, Clément Cadinot et Léa Havard, *Les Bashingantabe au Burundi*, Rapport d'intégration 2: Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone?, 2016 à la p. 15, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2898>>.

14. Marie-Eve Sylvestre et al., *Renforcer la gouvernance atikamekw: vers un modèle atikamekw de prise en charge des conflits et problèmes liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse*, Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2017 aux pp. 12, 53, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2899>> [*Renforcer la gouvernance atikamekw*].

verbe qui deviendrait déclaratif d'une norme autonome dorénavant dissociée de la pratique du groupe et le surplombant.

La grande majorité des rapports des chercheurs dont nous rendons compte dans cet ouvrage s'attachent à présenter un droit spontané produit et appliqué en complémentarité ou même en opposition de l'appareil étatique. Dans certains cas, comme dans celui du traitement des conflits chez les Atikamekw, ce droit se manifeste cependant assez rarement en pratique aujourd'hui en raison de l'hégémonie du droit pénal étatique. Par ailleurs, d'autres rapports, comme c'est le cas de ceux de l'équipe de l'Université de Victoria, exploitent des données se trouvant en grande partie dans des récits, des légendes et d'autres éléments semblables de la tradition orale d'un peuple autochtone. Tel qu'il sera expliqué plus loin, il faut éviter de confondre le droit spontané effectif et les principes, les règles ou les processus dégagés de ces récits.

2. LE COMMANDEMENT : AUTORITÉ ET ÉCRITURE DU DROIT

Si un pouvoir a les moyens de transmuter la parole en règle s'imposant en elle-même grâce aux ressources et aux techniques de l'autorité – cette dernière pouvant être, ou non, ancrée dans une légitimité de type démocratique ou délibérative –, alors on assiste à la naissance d'un droit autre que spontané. Ce droit sera produit soit par un acteur du type « juge » qui mobilise la parole comme formulation autoréférentielle du droit, soit par un pouvoir centralisé à même de proclamer une norme générale s'imposant au groupe, soit par un organe collégial qui conviendra, au terme d'un processus de délibération, de normes dont l'application est confiée à une autorité reconnue. Dans tous ces cas de figure, il y a réduction de la règle à la parole qui devient commandement et s'autonomise alors par rapport aux attributions originelles de la communauté en dictant des actions ou des abstentions qui ne ressortissent pas à l'ordre populaire.

Un peuple autochtone peut ainsi décider, comme cela se fait de plus en plus, de recourir à l'écriture, qui est un procédé d'origine occidentale aujourd'hui bien connu des autochtones. Si le texte est

formellement relayé par une autorité autochtone dotée de la capacité effective de l'appliquer unilatéralement à ses destinataires, il sera investi d'une autonomie juridique indéniable vis-à-vis du droit spontané, et son effectivité justifiera de l'inclure dans le tableau des droits.

La lecture des rapports de recherche permet de constater que le recours à l'écriture-commandement a été à ce jour plutôt rare dans les régions étudiées. Il y a cependant l'exemple des Atikamekw qui, à la faveur d'une entente conclue avec des acteurs étatiques, en l'occurrence les directeurs de la protection de la jeunesse, concernant la mise en place d'un dispositif autochtone pour la protection des enfants, ont rédigé et adopté le *Règlement relatif au système d'intervention d'autorité atikamekw*¹⁵ (SIAA). Ce dernier institue des organismes atikamekw responsables de la prise en charge des enfants dont le développement pourrait être compromis aux fins de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁶. Le Règlement régit en outre le rôle, la composition et le fonctionnement de ces organismes, dont le conseil de famille, le cercle d'aidants et le Conseil des sages¹⁷.

Ce droit écrit vient transposer des éléments puisés au droit spontané à des acteurs autochtones de droit nouveau, c'est-à-dire des entités communautaires qui n'existent pas en tant que telles dans le droit non écrit. Le texte ajoute au droit spontané sans avoir toutefois l'ambition de s'y substituer. Les dispositions du Règlement sont investies par les Atikamekw d'une valeur juridique à l'égard des

15. Conseil de la nation atikamekw, *Règlement relatif au SIAA dans les situations d'enfants et de jeunes dont la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis*, 2012, tel que cité dans Anne Fournier, « De la Loi sur la protection de la jeunesse au Système d'intervention d'autorité atikamekw (SIAA) – la prise en charge d'une nation pour assurer le bien-être de ses enfants » (2016) 25 *Enfances Familles Générations* 1.

16. LRQ 1984, c P-34.1.

17. Pour une présentation détaillée de ces instances, voir Fournier, *supra* note 15 aux para 52-57. Voir aussi *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 14 à la p. 41 et Marie-Eve Sylvestre *et al.*, *Renforcer la gouvernance atikamekw : vers un modèle atikamekw de prise en charge des conflits et problèmes liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse*, Rapport d'intégration 2: Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone?, 2016 à la p. 5, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2897>> [*Interactions entre ordres juridiques concernant la gouvernance atikamekw*].

organismes et des personnes qui les composent. L'effectivité de cette autorité est notamment assurée par la légitimité endogène des principes et des règles à la base du fonctionnement des entités atikamekw d'intervention auprès des enfants et de leur famille.

En effet, l'action du SIAA se fonde sur les valeurs et les principes atikamekw d'origine coutumière concernant la famille et le traitement des conflits¹⁸. Elle opérationnalise l'éthique communautariste traditionnelle, dont nous traiterons plus en détail dans la partie suivante, qui dicte la prise en charge de la protection de l'enfant par le groupe et dans le groupe, donc la responsabilisation familiale et communautaire. Le dispositif atikamekw postule une corrélation étroite entre l'intérêt de l'enfant et la pérennité du groupe familial, donc entre la protection de l'enfant et la protection de la famille, voire de la communauté dans son ensemble, d'où l'importance accordée au lien communautaire et culturel dans le choix des solutions à offrir aux familles. Il en résulte une approche qui se démarque d'un modèle occidental d'intervention plutôt axé sur la famille nucléaire. Les cas sont traités conformément aux principes coutumiers de respect, d'entraide, de consensus et de non-jugement. Le statut de la langue atikamekw est reconnu et son usage est essentiel, alors que la localisation communautaire et la priorité accordée aux sites traditionnels pour les interventions viennent renforcer leur ancrage culturel¹⁹.

En définitive, bien que ce droit écrit ajoute substantiellement au droit spontané sur le plan de l'organisation formelle de la prise en charge des enfants, il en exprime plusieurs valeurs, principes et règles, tout en en mobilisant les processus et les acteurs.

Le cas atikamekw montre qu'il n'y a pas nécessairement de relation antagoniste entre le droit écrit et le droit spontané. Il peut néanmoins exister un rapport plus tendu entre ces droits, surtout lorsque l'écriture prétend occuper le même champ que le droit

18. Voir Fournier, *ibid* aux para 68-74.

19. Pour une description du fonctionnement des instances atikamekw, voir Fournier, *ibid* aux para 58-67. Voir également *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 14 aux pp. 57-62 et *Interactions entre ordres juridiques concernant la gouvernance atikamekw*, *supra* note 17 à la p. 8.

spontané et s'y substituer. Les spécialistes de la coutume craignent en général l'écriture du droit autochtone, même si cette écriture prétend refléter substantiellement le droit spontané, parce qu'ils postulent que l'avènement d'un droit écrit interprété et appliqué par une autorité viendra porter un coup fatal au droit spontané. Les formules utilisées sont souvent sans équivoque. Vanderlinden écrit que si « le pouvoir franchit le pas de conférer au texte coutumier la force de la loi le couvercle est encore mieux vissé sur le cercueil de la coutume »²⁰. Dans un registre semblable, un autre savant écrit :

Cent fois dans l'histoire le juriste a écrit la coutume. En théorie la coutume, qui au moment de sa naissance est un fait, n'est pas dénaturée par suite de la rédaction : si la coutume est mise par écrit, sa validité s'enracine toujours dans le fait, et non dans l'écrit. Mais le fait est que le texte portant la rédaction de la coutume se charge de toute l'autorité dont est riche le rédacteur ; le fait est que l'organe qui doit mettre en application la coutume ne connaît la coutume que par la rédaction. Les procédés adoptés pour la rédaction, ainsi que la qualité – ou l'ignorance – des rédacteurs peuvent aboutir à remplacer la coutume factuelle par une coutume livresque, marionnette sans âme, sans souplesse, sclérotique et caricaturale²¹.

L'avènement de la norme juridique écrite ayant valeur de commandement mobilisée, interprétée et appliquée par l'autorité, vient certes créer un droit positif autonome et induire une concurrence parmi les producteurs de droit. Ce nouveau droit positif enrichira et complexifiera le paysage juridique d'une société²². Ce commandement ne parviendra cependant à annihiler le droit spontané que si l'autorité arrive à faire percoler le droit officiel écrit dans le droit vivant de la communauté qui l'acceptera – ou à qui elle s'imposera par la contrainte brute – comme norme exclusive. Or les scénarios

20. Vanderlinden, *Anthropologie juridique*, supra note 4 à la p. 54.

21. Sacco, *Apport à une macro-histoire du droit*, supra note 3 aux pp. 160-61.

22. Cornut reconnaît cela lorsqu'il écrit que « [l]a rédaction entraînera la création d'un droit coutumier aux côtés de la coutume. La règle coutumière se fige dès qu'elle est rédigée, alors que la coutume, qui l'a inspirée, continue, elle, son évolution par les pratiques, les faits et le temps ; elle reste muable ». Voir Etienne Cornut, « La non-codification de la coutume kanak » dans Nadège Meyer et Carine David, dir, *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 137 à la p. 157.

catastrophes de certains analystes font peu de cas de la capacité de résistance des communautés aux velléités hégémoniques des pouvoirs, autochtones ou non, porteurs du droit écrit si celui-ci n'est pas considéré comme le seul droit utile ou légitime et si le pouvoir n'a pas la capacité, en supposant qu'il en ait la volonté, de l'imposer dans les armistices de tous les jours. Autrement dit, s'il est possible que le commandement écrit soit dans certains cas tellement effectif et légitime qu'il évincera le droit spontané, il faudra toutefois bien se garder de rédiger intempestivement la notice nécrologique du droit spontané, car ce serait méconnaître le jeu des rapports de force et d'influence dans la configuration du pluralisme juridique. Moins le pouvoir sera en mesure de rendre son droit écrit bénéfique, souhaitable ou incontournable pour les acteurs coutumiers, moins ceux-ci se montreront perméables aux prétentions monopolistiques officielles, si tant est qu'ils en connaissent l'existence et qu'ils les comprennent. Les individus pourront en définitive se trouver au confluent des droits et, à la faveur de cette dynamique concurrentielle, faire un choix en fonction de stratégies diverses qui n'emporteront pas inéluctablement la suppression du droit spontané.

Dès lors, l'aptitude d'un droit écrit à altérer le droit vivant est en pratique fonction de sa capacité concrète d'infléchir les pratiques de tous les jours et d'ainsi dissoudre l'endovalidité du droit spontané au cœur du terreau social qui est en le substrat vital. La posture ou l'intention du rédacteur et de ses clercs, si on suppose qu'elle consiste à abroger le droit spontané, ne scelle pas *ipso facto* le sort de ce dernier. Cela a été abondamment démontré lorsque l'écriture du droit « autochtone » venait de l'État²³, mais rien ne permet de penser qu'il en ira nécessairement autrement si la démarche vient d'une autorité autochtone.

Aux Îles Salomon, par exemple, certaines autorités autochtones ont procédé à la rédaction de principes et de règles en matière foncière

23. Pour un excellent résumé des tentatives de rédaction des droits africains par les autorités coloniales et postcoloniales, et de leur ineffectivité dans le droit vivant des collectivités, voir Janine Ubink, « Stating the Customary: An Innovative Approach to the Locally Legitimate Recording of Customary Law in Namibia » dans Janine Ubink, dir, *Customary Justice: Perspectives on Legal Empowerment*, Leyden, IDLO, 2011, 131 aux pp. 132-37.

et en matière de traitement des conflits. Les *Are Are Customary Law* ont été développées par des chefs coutumiers en vue de définir certaines infractions ainsi que les sanctions afférentes²⁴. Bien qu'à l'origine ce texte était apparemment destiné aux instances coutumières qui étaient censées les appliquer, il était présenté quelques années plus tard davantage comme un recueil des valeurs et des normes traditionnelles dont les générations actuelles peuvent s'inspirer dans leur conduite, et dont les chefs ont la possibilité de tenir compte dans le traitement de conflits²⁵. Autrement dit, les données empiriques ne permettent pas de conclure qu'il est aujourd'hui devenu la seule base juridique acceptée par les communautés de *Are Are*.

L'édition de normes écrites de portée contraignante peut, en revanche, marquer une volonté de changement et le jugement de la communauté peut pencher de manière déterminante en faveur du droit écrit au détriment du droit spontané. Une collectivité, dans un acte d'autodétermination, pourrait décider de mobiliser ou de constituer un corps habilité à produire un droit écrit venant remplacer le droit antérieur, y compris le droit spontané. Si ce droit écrit reçoit l'adhésion de la collectivité qui le reconnaît comme la source effective, exclusive et légitime de normes de comportement, il aura alors remplacé, mais pour un temps nécessairement indéterminé, le droit spontané.

Plusieurs auteurs tendent à juger sévèrement le recours à l'écriture dans les sociétés de tradition coutumière ayant connu la colonisation européenne. La critique la plus commune de la rédaction est que celle-ci a pour effet de figer le droit spontané et de le

24. Chief George Waitotora, *Are-Are Customary Law*, traduit par RT Hon Peter Keniorea, Solomon Islands, 1981; Jennifer Corrin, *Resolution of Customary Disputes in Solomon Islands*, First Integration Report: How Does Legal Pluralism Manifest Itself?, 2015 aux pp. 12-13, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1877>> [*Le règlement des conflits aux Îles Salomon*].

25. On peut lire ce qui suit dans la préface du recueil: « *It must, however, be understood at this stage that such a publication of these social norms of the past are Are-Are Society are not necessarily intended to bring these into force and practice in the modern Are-Are society in their entirety. Of course, some of these are still binding* » (Chief Waitotora, *ibid* aux pp. 1-2).

déformer²⁶. Il faut garder à l'esprit que cette critique repose sur un postulat favorable à la pérennité du droit spontané, populaire et non écrit. Les dérives du droit colonial, qui a souvent comporté des rédactions imposées ou déconnectées des aspirations des peuples qui en étaient les destinataires, en aveuglent plusieurs à la possibilité d'un passage libre et éclairé à un droit écrit qui pourrait au demeurant, si telle était la volonté du collectif, opérer une franche coupure avec le droit spontané préexistant. Nul ne devrait, dans ce cas de figure, se morfondre dans la nostalgie d'un droit tenu pour originaire et authentique parce que non écrit.

L'exemple de la démarche de « *self-statement* » menée par plusieurs autorités traditionnelles en Namibie montre que ce cas de figure n'est pas que théorique²⁷. En vue d'harmoniser un ensemble de règles jusque-là non écrites régissant leurs collectivités, de les rendre plus accessibles pour les justiciables et de les moderniser, notamment en les alignant sur les exigences de la constitution de l'État eu égard au statut des femmes, ces autorités ont résolu d'élaborer des « *Written Laws* »²⁸. Ces textes ne sont destinés à remplacer le droit préexistant que dans la mesure où la volonté est explicite. Ainsi, le droit non écrit est destiné à subsister dans une mesure pouvant varier d'un groupe à l'autre²⁹. Les textes sont arrêtés par les chefs, après consultation des sachants et au terme de délibérations.

Des travaux empiriques visant à évaluer l'effectivité de ce droit dans la communauté des Uukwambi indiquent qu'il est en bonne voie d'y être accepté comme l'expression légitime, effective et exclusive de leur droit, même s'il marque sur certains points des ruptures

26. Pour un exemple de cette critique de l'écriture de la coutume en Nouvelle-Calédonie, voir Cornut, *supra* note 22 aux pp. 150-60.

27. Pour en savoir plus sur le « *self-statement* », on consultera les travaux du professeur Hinz, qui soutient, depuis plusieurs années, les projets de rédaction sur le terrain. Voir notamment Manfred O. Hinz et J. W. Kwenani, « The Ascertainment of Customary Law » dans Manfred O. Hinz, dir, *The Shadow of New Leaves*, Berlin, LIT Verlag, 2006, 203 ; Manfred O. Hinz, « Traditional Authorities, Custodians of Customary Law Development? » dans Jeanmarie Fenrich, Paolo Galizzi et Tracy E. Higgins, dir, *The Future of African Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 153.

28. Voir les travaux de Hinz, *ibid.*

29. Hinz et Kwenani, *supra* note 27 à la p. 204.

importantes avec la coutume préexistante³⁰. Dans cette communauté, les chefs locaux connaissent, acceptent et appliquent les normes écrites³¹. Une proportion substantielle des justiciables sont informés de l'existence des textes et estiment que les normes écrites sont plus prévisibles, justes et efficaces³².

Lorsque, comme dans la communauté Uukwambi, les autorités coutumières en viennent à ressembler à des juges, leur travail n'est plus celui de l'aîné, du sage ou du chef médiateur qui traite les conflits dans le droit spontané. Le juge « dit » le droit qui s'impose aux parties. Il interprète le contenu de la règle selon une logique et un processus qui lui sont propres, et ordonne l'exécution de sa décision. Il ne fait pas que mettre en application la norme, il la saisit dans une formulation conceptuelle qui pourra « réduire à une donnée générale des expériences multiples »³³. La règle et la solution que l'autorité judiciaire aura distillées contribueront graduellement à la construction d'un corpus relativement stable ayant vocation à régir, de manière souple et circonstanciée, les situations futures.

3. L'ENSEIGNEMENT : TRANSMISSION OU REVITALISATION DU DROIT

La connaissance du droit autochtone spontané exige du chercheur une observation rigoureuse, respectueuse et patiente des pratiques au sein du groupe concerné. Le plus souvent – et c'est le cas de plusieurs équipes de chercheurs dont les rapports sont étudiés dans cet ouvrage – des participants autochtones seront interrogés ou amenés à raconter des faits les visant personnellement ou dont ils ont été témoins. La simple narration de faits n'est pas la formulation d'une règle ou l'exposé abstrait d'une notion juridique.

Il arrive cependant que la parole s'attache à décrire le droit ou à l'expliquer. Ainsi, l'équipe travaillant sur le droit atikamekw a

30. Voir Ubink, *supra* note 23 aux pp. 140-45. Les chercheurs ont réalisé leurs travaux de terrain dans la communauté Uukwambi afin de mesurer l'effectivité des *Laws of Uukwambi*.

31. *Ibid.* aux pp. 142-43.

32. *Ibid.* aux pp. 141-42, 144-45.

33. Sacco, *Apport à une macro-histoire du droit*, *supra* note 3 à la p. 149.

surtout pu rendre compte du droit spontané par des entretiens avec les acteurs qui le mettent en œuvre et qui étaient en mesure de décrire leurs pratiques, leurs normes et leurs processus. La parole peut servir non seulement à décrire le droit spontané, mais aussi à le justifier³⁴ ou à proposer des changements jugés souhaitables. Cette parole qui vise à enseigner ou à réformer ne fait pas partie intégrante du droit spontané, ni d'ailleurs du droit jurisprudentiel ou codifié. Elle n'est, en soi, ni comportement intégré à la coutume, ni commandement. Dans ces cas de figure, la parole est pédagogique, elle aide à comprendre ce qu'elle présente comme correspondant au droit, tout en contribuant à la transmission de cette représentation. La parole-enseignement peut même devenir le ferment d'un droit nouveau ou de la reconstruction d'un droit ayant perdu son effectivité.

L'enseignement le plus ancien vient probablement du sage, de l'aîné ou du chef qui est à la fois acteur et observateur du droit spontané³⁵. Ce porteur de savoir n'est ni juge, ni législateur, ni savant universitaire, mais il possède une expérience reconnue et sa parole est influente. Tel que le remarque un auteur, si « les membres les plus compétents de la communauté pensent la règle au point de pouvoir en parler, il se peut que naisse un proverbe, ou une véritable formulation »³⁶. Cette élaboration d'information sur le droit spontané peut dès lors contribuer à la transmission du savoir juridique. Le sachant peut aussi éclairer les solutions possibles aux problèmes nouveaux en vue de contribuer au changement des comportements et donc du droit vivant³⁷.

34. La parole du chaman ou du sorcier peut parfois justifier, par le recours au surnaturel, l'ordre coutumier. Voir Sacco, « Le pouvoir de dire la vérité », *supra* note 6 à la p. 449.

35. Ainsi, le rôle de l'enseignement des aînés dans la tradition juridique innue est souligné par des auteurs qui écrivent que « [l]a vision innue du monde, y compris son ordre juridique, était en fait transmise de façon orale à partir des enseignements des aînés ». Voir Jean-Paul Lacasse et Valérie Cabanes. « Les fondements de l'ordre juridique innu : la parole des aînés comme source de connaissance », dans Mathieu D'Avignon et Camil Girard, *A-t-on oublié que jadis nous étions « rères »?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 143.

36. Sacco, *Apport à une macro-histoire du droit*, *supra* note 3 à la p. 161.

37. Vanderlinden, *Anthropologie juridique*, *supra* note 4 à la p. 51.

Les véhicules utilisés par le sachant, le sage et le chef pour instruire sur le droit et sur les voies de son évolution sont variés. Ils comprennent traditionnellement le proverbe, la parabole ou le récit. Étudiant le droit innu, des auteurs notent par exemple qu'un « récit de vie ou une légende ont une valeur didactique tout en restant plaisants à entendre, leurs anecdotes authentiques ou allégoriques sont racontées à des fins exemplaires et transmettent toujours une morale³⁸ ». Toutefois, l'enseignement peut aussi être formulé par écrit dans un document moderne appelé « charte » ou « code » et qui, malgré sa dénomination, n'a pas en soi de portée juridiquement obligatoire et ne vise pas à supplanter purement et simplement le droit vivant. Il faut donc nuancer l'assertion d'un auteur selon laquelle « la finalité même de la rédaction induit que la coutume traditionnelle orale doit s'écarter »³⁹, de même que celle d'un autre voulant que « la coutume s'évanouit dès qu'on la formule ou se transforme en une autre source »⁴⁰. Il arrivera que le but des rédacteurs soit plutôt d'explicitier les fondements cosmogoniques, les valeurs, les principes ou les règles du droit spontané en vue de les rappeler à la mémoire et à la conscience des générations actuelles, et de les préserver pour les générations futures. Ces textes, qui ont aussi pour objet d'informer le monde extérieur de la persistance d'un droit autochtone, peuvent en outre manifester l'ambition d'inspirer sur certains points une évolution de ce droit, son adaptation aux circonstances d'aujourd'hui. Toutefois, tant que les innovations ne sont pas effectivement intégrées selon leurs processus propres par les producteurs du droit effectif que sont la communauté pour ce qui est du droit spontané, le juge (droit jurisprudentiel) ou le législateur, sa vocation est d'enseigner, d'informer et de mobiliser. Son effet n'est

38. Lacasse et Cabanes, *supra* note 35 à la p. 150. Ces auteurs écrivent en outre que chez les Innus « la coutume s'est toujours transmise par le récit d'expériences vécues comme preuves de son bien-fondé et en référence à des récits fondateurs, ciments de leur culture » : *ibid* aux pp. 145-46. Voir également les pp. 148-49.

39. Cornut, *supra* note 22 à la p. 157.

40. Philippe Jestaz, *Le droit*, 4^e éd, Paris, Dalloz, 2002 à la p. 53. De la même manière, le *Northern Territory Law Reform Committee* a écrit au sujet du droit coutumier : « *to write it is to lose it* », voir *Report on Aboriginal Customary Law*, Darwin, Northern Territory Law Reform Committee 2003 à la p. 11.

pas de dissoudre le droit spontané, ni même de mettre en place un droit effectif lui faisant concurrence.

Des initiatives autochtones dont font état les rapports des chercheurs permettent de mieux saisir la différence et la relation entre le commandement et l'enseignement. Ainsi, aux Îles Salomon, les chefs traditionnels de Kwará'ae ont donné leur accord à la publication d'un recueil intitulé *The Tradition of Land in Kwará'ae*, dans lequel on retrouve un corpus de principes relatifs à la maîtrise et à l'usage de la terre et des ressources naturelles⁴¹. Il est toutefois clairement indiqué que ce texte n'a pas valeur de commandement juridique, mais qu'il est plutôt destiné à nourrir la réflexion collective sur la manière de faire le pont entre le passé et l'avenir⁴².

L'autre exemple provenant des régions étudiées dans cet ouvrage consiste en la proclamation de la *Charte du peuple kanak* en Nouvelle-Calédonie⁴³. Cette charte a été adoptée le 12 avril 2014 par les chefferies des huit pays coutumiers et proclamée le 26 avril par le président du Sénat coutumier au nom des autorités coutumières. Le contenu de ce document est d'une ampleur et d'une importance sans précédent dans l'histoire du monde kanak et de la Nouvelle-Calédonie. La Charte comporte 115 articles et trois chapitres traitant respectivement des valeurs fondamentales de la civilisation kanak, des principes généraux de la civilisation kanak et de l'exercice du droit à l'autodétermination du peuple kanak. Sa portée dans le système juridique kanak est toutefois à géométrie variable. Sur un point fondamental, la valeur positive et constitutionnelle de la Charte dans le droit kanak paraît incontestable. En effet, la proclamation de la Charte est venue créer dans l'ordre juridique kanak une institution nouvelle, l'Assemblée du peuple kanak, formellement investie

41. Ben Burt et Michael Kwaiioloa, *The Tradition of Land in Kwará'ae*, 1992, Institute of Pacific Studies : USP, tel que cité dans *Le règlement des conflits aux Îles Salomon*, supra note 24 à la p. 6.

42. On précise, à la page 5 du document *The Tradition of Land in Kwará'ae*, *ibid*, que sa vocation est « *to help the people of Kwará'ae think about choosing a tradition which is suitable for the future, and to give a firm foundation to the tradition of land in Kwará'ae* ».

43. *Charte du peuple kanak, socle commun des valeurs et des principes fondamentaux de la civilisation kanak*, Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, Nouville, juin 2014.

par les autorités des pays coutumiers de prérogatives immédiates et effectives pour la représentation du peuple kanak ainsi fédéré dans l'exercice de sa souveraineté⁴⁴. Cela est corroboré par le texte de la proclamation de la Charte qui la qualifie sur ce point « d'acte décisionnel »⁴⁵. Cette composante de la Charte en fait un acte fondateur incarnant l'autodétermination du peuple autochtone dans un contexte de transition institutionnelle et constitutionnelle en Nouvelle-Calédonie.

En revanche, plusieurs de ses dispositions ne formulent aucune règle à l'intention des groupes, des familles et des individus kanaks. Certaines ont simplement pour rôle d'offrir au monde la narration kanak de l'histoire précoloniale et coloniale⁴⁶. Plusieurs contiennent une proposition de politique publique kanak⁴⁷, ou formulent des revendications dirigées vers les pouvoirs étatiques tout en appelant à une articulation plus égalitaire des systèmes juridiques kanak et étatique selon un modèle de pluralisme juridique coopératif⁴⁸. Le texte de la proclamation met fortement en relief la finalité de la Charte comme instrument visant d'abord à renforcer la position du droit kanak et du peuple kanak face aux autres composantes de la société calédonienne. Il est ainsi affirmé que la Charte permet d'« asseoir la reconnaissance du peuple kanak », qu'elle « assoit le Droit coutumier kanak dans le champ juridique de la Nouvelle-Calédonie et de l'État français », et qu'elle a vocation à « trouver sa place dans toutes les Constitutions »⁴⁹. En outre, un important travail de réflexion et de débat a été entamé autour de la question de la

44. La Charte énonce, en conclusion de son chapitre 3, que « [l']Assemblée du peuple kanak regroupe l'ensemble des chefferies et les districts des huit Pays coutumiers ainsi que les représentants désignés par eux ; l'Assemblée du peuple kanak est chargée d'exercer les attributs de la souveraineté autochtone Kanak jusqu'à ce qu'un nouveau Contrat social soit fondé avec les autres composantes de la Nouvelle-Calédonie ».

45. *Charte du peuple kanak*, *supra* note 43 à la p. 41.

46. Voir *Charte du peuple kanak*, *ibid* aux art 21-23, 53, 55, 73, 76 et 79, entre autres.

47. Voir *Charte du peuple kanak*, *ibid* aux art 77, 84-85 et 96, par exemple.

48. Voir *Charte du peuple kanak*, *ibid* aux art 55, 76, 85-87, 89-91, 94, 99, 101, 103, 104 et 113-115, par exemple.

49. *Charte du peuple kanak*, *ibid* à la p. 42.

reconnaissance par le droit républicain des compétences coutumières affirmées dans la Charte⁵⁰.

La Charte s'adresse avec solennité et éloquence à la composante non autochtone de la société calédonienne. Tel qu'en témoigne un juriste ayant participé aux travaux préparatoires :

Il ne faut pas oublier une des vocations essentielles de la Charte qui est aussi d'avoir une vocation pédagogique et informative à destination des composantes non autochtones de la population calédonienne et de permettre ainsi à l'ensemble de la population de connaître et comprendre quelles sont les valeurs qui fondent et structurent le monde mélanésien. Cela vient en réponse à un reproche souvent formulé par les non-kanak d'opacité de la coutume. Cela répond à la préoccupation essentielle du vivre-ensemble qui suppose une connaissance réciproque seule à même de garantir un respect mutuel⁵¹.

Plusieurs articles du document expriment toutefois des règles précises à l'intention des individus kanak eux-mêmes. Des compétences coutumières à leur égard sont rappelées, tel qu'on peut le voir à l'article 101 qui dit que « l'autorité coutumière, garante de l'ordre public coutumier, s'exerce [...] envers les membres de la communauté coutumière où qu'ils se trouvent ». De même, on peut lire à l'article 102 que « le régime des sanctions coutumières est gradué par la nature des infractions, délits et crimes ». La Charte s'adresse à l'occasion aux Kanak en termes impératifs comme il ressort par exemple de l'article 70, qui traite des devoirs des époux dans le mariage en précisant que lorsque l'un des conjoints est absent ou décédé, « l'autre doit le suppléer dans ses obligations ». L'article 72 affirme notamment que « les enfants et les petits enfants prennent soin des grands parents ». En outre, sous la rubrique « de la culture et de l'éducation », l'article 97 énonce que « l'apprentissage de la langue et de la culture Kanak doit être assumé par les parents. »

50. Voir les actes d'un important atelier tenu à la Maison de la Nouvelle-Calédonie à Paris reproduits dans Atelier juridique du Sénat coutumier, *Charte du peuple kanak et pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie*, Maison de la Nouvelle Calédonie, 2015.

51. Observations écrites transmises à l'auteur par M^e Jérôme Bouquet Elkaim, conseiller juridique des autorités coutumières.

La question se pose donc à savoir si cette catégorie de dispositions contenues dans la Charte a pour effet de codifier formellement le droit kanak eu égard aux sujets qu'elle traite et ainsi remplacer ou écraser le droit vivant construit au quotidien au sein des différentes communautés kanak, notamment dans la vie interne des clans et des familles.

Ce n'est pas l'intention exprimée par les chefferies et les autres autorités coutumières. En fait, « la volonté de ne pas figer la Coutume et de lui conserver sa dimension orale a été très présente dans les débats sur la Charte »⁵². Les autorités coutumières, par la nouvelle Assemblée du peuple kanak, affirment dans la Charte : « Nous sous-signés [...] invitons instamment nos populations à la respecter et à la promouvoir⁵³ ». Ce langage n'est pas celui du commandement émanant d'une autorité supérieure et extérieure aux communautés et dont la parole acquiert, à elle seule, valeur de norme juridiquement contraignante pour les groupes et les individus. La Charte ne fait pas obligation formelle aux autorités coutumières d'imposer systématiquement la conformité des comportements quotidiens à ses dispositions normatives et ne comporte aucun dispositif de peine ou de sanction qui en assurerait le respect par les populations kanak. Elle ne se présente donc pas comme un document de nature législative dans le monde juridique kanak, mais comme le véhicule exceptionnellement solennel de la parole du « vieux » comme on dit en pays kanak, décrivant et expliquant ce qu'il estime être les valeurs et les principes fondamentaux du vivre-ensemble kanak, et invitant son groupe à les respecter et à les promouvoir. La Charte a valeur de rappel de l'unité de l'univers coutumier kanak, de repère fondamental et de projet de société pour les Kanak, en particulier pour la jeunesse. Le texte de la proclamation est sans équivoque sur ce point :

La Charte permettra enfin de donner des repères clairs à la jeunesse et à nos populations et d'offrir des références à la société calédonienne dans l'élaboration du PROJET DE SOCIÉTÉ⁵⁴.

52. *Ibid.*

53. *Charte du peuple Kanak, supra* note 43 à la p. 32.

54. *Charte du peuple Kanak, ibid* à la p. 42.

Il est bien sûr trop tôt pour prédire le destin juridique de cette grande charte dans l'univers kanak exo-étatique mais elle pourra avec le temps inspirer l'évolution du droit spontané. On note cependant que son contenu percole graduellement, au moins en partie, dans le droit jurisprudentiel étatique⁵⁵. Si cette tendance devait se poursuivre, il pourrait en résulter une appropriation de la Charte par la juridiction étatique à la faveur de son travail d'interprétation. Cette dynamique pourrait faire en sorte que la Charte échappe dorénavant aux autorités coutumières non étatiques et que se creuse un fossé plus ou moins grand entre le droit vivant observable dans les pratiques effectives des populations kanak et la Charte en tant que composante du droit étatique coutumier.

La parole du sage, du chef ou du sachant peut donc s'attacher à décrire le droit autochtone vivant, à mieux le faire connaître et à en proposer l'adaptation. Mais son ambition peut aussi être de construire un projet juridique qui ne s'appuie pas méthodologiquement sur la description ethnographique du droit vivant, c'est-à-dire sur les acquis empiriquement observables du droit porté au fil des jours par les acteurs et les processus effectivement à l'œuvre sur le terrain d'aujourd'hui.

Cette parole sera essentiellement programmatique car porteuse de propositions, de canevas du vivre-ensemble plus ou moins détaillés. Elle pourra alors être saisie par le groupe qui la débattrait et la mobilisera pour en faire, peut-être, son droit vivant en partie ou en totalité. Elle pourra aussi être captée par une autorité légitime qui la relaiera ou s'en inspirera pour énoncer une norme positive légiférée acceptée par les acteurs sociaux.

C'est dans cette perspective que de plus en plus de chercheurs, surtout au Canada, ont entrepris de « restituer », « restaurer » et « formaliser »⁵⁶ les pratiques juridiques autochtones grâce à l'étude,

55. Voir par exemple les décisions CA Nouméa, 22 mai 2014, n° 12/00101, CA Nouméa, 26 mars 2015, n° 14/00024, CA Nouméa, 23 avril 2015, n° 14/00168.

56. Ce sont les verbes utilisés par Hadley Friedland pour résumer les objectifs du Laboratoire de recherche sur le droit autochtone de la Faculté de droit de l'Université de Victoria, qui réalise des travaux pionniers d'analyse juridique des récits autochtones. Voir Geneviève Motard et Mathieu-Joffre Lainé, « Prendre le droit autochtone au

la discussion et l'interprétation actualisée d'un corpus documentaire composé de récits divers – mythes fondateurs, légendes, chants, etc. – faisant partie de la tradition orale des communautés intéressées. Cette démarche n'est pas celle de l'enquêteur de terrain observant méticuleusement et s'efforçant de décrire sans les déformer les gestes concrets des acteurs du droit vivant. Elle n'est pas non plus celle de l'avocat faisant l'exégèse d'une loi positive édictée par une autorité souveraine. La méthode fait plutôt penser au labeur du clerc ayant pour matériau de base des textes dont il s'attache, par la réflexion, la contextualisation et la délibération critiques, à extraire des principes et des règles contemporains organisés en un tout cohérent et aptes à s'incarner dans la gouverne effective du groupe si les producteurs du droit les mobilisent.

Les rapports de recherche des chercheuses de l'Université de Victoria sur les droits cri, coast salish et secwepemc illustrent fort bien cette méthode. Le professeur John Borrows fut parmi les premiers juristes canadiens à articuler l'approche fondée sur l'étude et la mobilisation systématiques des récits hérités de la tradition orale comme matériel normatif. Il y a déjà plusieurs années, il écrivait que :

*Indigenous law originates in the political, economic, spiritual and social values expressed through the teachings and behaviour of knowledgeable and respected individuals and elders. These principles are enunciated in the rich stories, ceremonies, and traditions within First Nations. Stories express the law in Aboriginal communities, since they represent the accumulated wisdom and experience of First Nation conflict resolution*⁵⁷.

S'intéressant plus particulièrement au cas des Innus, le professeur Jean-Paul Lacasse a aussi abondamment mobilisé les récits transmis par les aînés pour expliquer le droit coutumier⁵⁸. Il trouve dans la parole des aînés « une source de connaissance »⁵⁹.

sérieux: entretien avec Hadley Friedland» (2016) 40:2 Anthropologie et sociétés 195 à la p. 199.

57. John Borrows, *Recovering Canada, The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002 à la p. 13 [*Recovering Canada*].

58. Voir notamment Lacasse, *supra* note 1.

59. Voir Lacasse et Cabanes, *supra* note 35.

Les auteurs décrivent les récits, dont ceux relatant la création du monde, des phénomènes surnaturels ou sacrés, ou encore ceux faisant intervenir les éléments de la nature et les animaux totémiques, comme les « sources » du droit autochtone⁶⁰ ou d'une connaissance juridique. Il ne peut cependant s'agir que de sources au sens *matériel* du terme, c'est-à-dire qu'il convient de puiser dans ces récits originellement autochtones pour déterminer, justifier et expliquer des principes et des règles appelés à irriguer le droit spontané, le droit du juge ou le droit écrit proclamé ou délibératif. La parole des anciens ou des aînés transcrite dans les récits n'est pas en soi, et de manière entièrement autonome, un commandement juridiquement exécutoire. De même, ces récits ne sont pas la démonstration empirique des comportements effectifs des acteurs de terrain dans la régulation des rapports sociaux actuels dans la vie quotidienne des communautés⁶¹.

Dans la foulée des travaux de Lacasse et de Borrows, un courant important de recherche et d'enseignement des traditions juridiques autochtones au Canada s'appuie sur les récits⁶². Ainsi, les chercheuses du Laboratoire de recherche sur le droit autochtone de la Faculté de droit de l'Université de Victoria partent du constat que la colonisation a désarticulé les systèmes juridiques autochtones et occasionné une rupture de transmission⁶³. Elles posent donc la question suivante : « How do Indigenous communities recover, rebuild, and practise their own Indigenous legal traditions⁶⁴? » Un des moyens privilégiés de reconstruction des droits autochtones sera selon elles l'étude et l'analyse des récits fondateurs de chaque communauté⁶⁵. Cet exercice animé par des chercheurs inclut des activités d'échange

60. John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010 aux pp. 23-58.

61. Toutefois, il pourra sans doute être démontré que certaines pratiques actuelles correspondent d'emblée aux enseignements tirés des récits.

62. Pour une illustration de l'usage des récits dans l'enseignement au sein d'une faculté de droit, voir Aaron Mills, « The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today » (2016) 61 :4 McGill LJ 847 aux pp. 868-74.

63. Napoleon et Friedland, *supra* note 2 à la p. 740.

64. *Ibid.* à la p. 733.

65. « Our starting place is that some Indigenous stories imbed law, legal principles and legal processes. Some stories can be or contain a deliberate form of precedent or shared memory.

et de délibération au sein des communautés concernées quant au sens et à la portée actuelle des récits. Par un procédé inspiré des méthodes de la common law⁶⁶, les récits sont utilisés à la manière des « précédents » dont les « faits » sont interprétés par les communautés et les chercheurs en vue de déterminer les principes qui en ressortent, de les communiquer et d'y réfléchir de manière critique⁶⁷. L'exercice consistera en un travail rigoureux et rationnel d'analyse et de synthèse juridiques (« *legal analysis and synthesis* ») permettant d'organiser et de communiquer la matière juridique de manière pratique et cohérente aux destinataires que sont notamment les étudiants et les professionnels⁶⁸. Elles affirment :

*We contend that using such tools as legal analysis and synthesis to engage with Indigenous legal traditions may likewise enable legal scholars to summarize and interpret decisions, to articulate coherent legal principles and standards, reconcile seemingly disparate decisions, and develop teaching tools within these traditions... Legal analysis and synthesis are tremendously important to law students and practitioners alike because they clarify and explain legal themes while identifying internal tensions*⁶⁹.

La parole des anciens contenue dans les récits autochtones sera donc remise en question – sous bénéfice d'inventaire – par la parole des contemporains se livrant à un exercice d'abstraction analytique, mais aussi critique, propre à produire des notions, des concepts et des corrélations logiques. Cette doctrine dynamique et clinique sera à même de proposer, en cas de besoin, un nouveau récit pour ce qui

Important principles, processes and consequences can be taught and learned through them. » *Ibid.* aux pp. 738-39 ; voir également les pp. 725-54.

66. Borrows avait lui-même appliqué cette analogie entre les récits et les précédents jurisprudentiels, voir Borrows, *Recovering Canada*, *supra* note 57 aux pp. 16-20.

67. « *The application of legal analysis and synthesis to stories is as rigorous as the application of this method to cases in the common law tradition: in both contexts, we construct and interpret the facts to identify, communicate and engage with the principles that these stories contain* », Napoleon et Friedland, *supra* note 2 à la p. 752.

68. Elles décrivent ainsi le processus : « *Minimally, contemporary legal scholarship from an internal view continues to consist of legal analysis whereby cases are summarized and interpreted. It also encompasses legal synthesis, which strives "to fuse the disparate elements of cases and statutes together into coherent or useful legal standard or general rules" or "to develop a standard that is consistent with, explains and justifies a group of specific legal decisions."* » *ibid* à la p. 745.

69. *Ibid.* à la p. 746.

se rapporte au statut des femmes, par exemple⁷⁰. Elle sera écrite et communiquée à l'aide d'outils pédagogiques adaptés au monde autochtone actuel – moderne et scolarisé – mais aussi au monde du savoir universitaire. Un véritable corpus doctrinal autochtone apparaîtra de manière à rendre les traditions juridiques autochtones visibles, accessibles et opérationnelles, donc transmissibles et mobilisables très concrètement sur le terrain, tant par les autochtones pour alimenter le droit spontané ou écrit que par les universitaires et les autorités étatiques, qui ne pourront plus justifier de les méconnaître. Leur légitimité s'en trouvera confortée⁷¹.

Les chercheuses ne s'attardent pas longuement aux mécanismes par lesquels ce corpus sera mis en vigueur dans les communautés, mais elles imaginent sa diffusion informelle dans les pratiques du droit spontané ou encore sa mobilisation plus formelle à l'occasion de projets d'autonomie gouvernementale⁷².

CONCLUSION

Les modes de production et d'application du droit autochtone dans les régions étudiées relèvent encore principalement du droit spontané, un droit non écrit naissant de l'agir et du dire qui tissent la trame journalière des rapports sociaux. Ce droit n'est pas toujours visible et facilement accessible. Il est souvent fragilisé en raison des mutations qui travaillent les sociétés de l'intérieur ou refoulé, voire neutralisé, par un droit étatique hégémonique.

La présence de la société majoritaire et de son droit n'est donc pas sans effet sur la production du droit autochtone non étatique. Sur le plan des processus et des acteurs, la décision de recourir à l'écriture, comme commandement ou comme enseignement, témoigne d'une interaction significative entre l'univers occidental et la culture juridique autochtone, cette dernière mobilisant alors le

70. Voir Emily Snyder, Val Napoleon et John Borrows, « Gender and Violence: Drawing on Indigenous Legal Resources » (2014) 48:2 UBC Law Journal 593; *Gender in Indigenous Law Toolkit* et *Gender in Indigenous Law Case Book*, ILRU, University of Victoria, 2016.

71. Napoleon et Friedland, *supra* note 2 aux pp. 746-48.

72. *Ibid.* à la p. 747.

procédé par excellence de la modernité. Il en va de même de l'usage des récits d'une manière qui évoque l'outillage herméneutique de la common law. Cet aspect fondamental des voies de mise au monde du droit débouche dès lors sur la question de l'interaction des systèmes juridiques qui retiendra l'attention des chercheurs lors de la phase suivante des travaux.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

Loi sur la protection de la jeunesse, LRQ 1984, c P-34.1.

2. Doctrine

Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010.

Borrows, John. *Recovering Canada, The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

Cornut, Etienne. « La non-codification de la coutume kanak », dans Nadège Meyer et Carine David (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élabo-ration de la norme environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 137.

Fournier, Anne. « De la Loi sur la protection de la jeunesse au Système d'intervention d'autorité atikamekw (SIAA) - la prise en charge d'une nation pour assurer le bien-être de ses enfants » (2016) 25 *Enfances Familles Générations* 1.

Himonga, Chuma et Elena Moore. *Reform of Customary Marriage, Divorce and Succession in South Africa*, Claremont, Juta & Co., 2015.

Hinz, Manfred O. et J. W. Kwenani. « The Ascertainment of Customary Law », dans Manfred O. Hinz (dir.), *The Shadow of New Leaves*, Berlin, LIT Verlag, 2006, 203.

Hinz, Manfred O. « Traditional Authorities, Custodians of Customary Law Development? », dans Jeanmarie Fenrich, Paolo Galizzi et Tracy E. Higgins (dir.), *The Future of African Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 153.

Jestaz, Philippe. *Le droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2002.

- Lacasse, Jean-Paul, *Les Innus et le territoire, Innu Tipentamun*, Québec, Septentrion, 2004.
- Lacasse, Jean-Paul et Valérie Cabanes. « Les fondements de l'ordre juridique innu : la parole des aînés comme source de connaissance », dans Mathieu D'Avignon et Camil Girard, *A-t-on oublié que jadis nous étions « frères » ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, 143.
- Mills, Aaron. « The Lifeworlds of Law : On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today » (2016) 61 :4 McGill LJ 847.
- Motard, Geneviève et Mathieu-Joffre Lainé. « Prendre le droit autochtone au sérieux : entretien avec Hadley Friedland » (2016) 40 :2 *Anthropologie et sociétés* 195.
- Napoleon, Val et Hadley Friedland. « An Inside Job : Engaging with Indigenous Legal Traditions Through Stories » (2016) 61 :4 McGill LJ 725.
- Sacco, Rodolfo. *Anthropologie juridique, apport à une macro-histoire du droit*, Paris, Dalloz, 2008.
- Sacco, Rodolfo. « Le pouvoir de dire la vérité », dans Christoph Eberhard et Geneviève Vernicos (dir.), *Quête anthropologique du droit*, Paris, Karthala, 2006, 445.
- Snyder, Emily, Val Napoleon et John Borrows. « Gender and Violence : Drawing on Indigenous Legal Resources » (2014) 48 :2 *UBC Law Journal* 593.
- Ubink, Janine. « Stating the Customary : An Innovative Approach to the Locally Legitimate Recording of Customary Law in Namibia », dans Janine Ubink (dir.), *Customary Justice : Perspectives on Legal Empowerment*, Leyden, IDLO, 2011, 131.
- Vanderlinden, Jacques. *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996.
- Vanderlinden, Jacques. « Au côté de Michel Alliot sur la pente savonneuse de la définition des droits », dans Étienne Le Roy et Jacqueline Le Roy (dir.), *Un passeur entre les mondes*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000, 87.
- Woodman, Gordon. « Droit comparé général », dans Wanda Capeller et Takanori Kitamura (dir.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 117.

3. Autres sources

Atelier juridique du Sénat coutumier. *Charte du peuple kanak et pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie*, Maison de la Nouvelle Calédonie, 2015.

Burt, Ben et Michael Kwaiioloa. *The Tradition of Land in Kwara'ae*, 1992, Institute of Pacific Studies: USP.

Charte du peuple kanak, socle commun des valeurs et des principes fondamentaux de la civilisation kanak, Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, Nouville, juin 2014.

Chief George Waitotora. *Are-Are Customary Law*, 1981, Solomon Islands, [trad. Rt Hon Peter Kenioloa].

Conseil de la nation atikamekw. *Règlement relatif au SIAA dans les situations d'enfants et de jeunes dont la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis*, 2012.

Décisions CA Nouméa, 22 mai 2014, n° 12/00101, CA Nouméa, 26 mars 2015, n° 14/00024, CA Nouméa, 23 avril 2015, n° 14/00168.

Gender in Indigenous Law Toolkit et Gender in Indigenous Law Case Book, ILRU, University of Victoria 2016.

Report on Aboriginal Customary Law, Darwin, Northern Territory Law Reform Committee 2003.

PARTIE 2

La famille

JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS, ELIZABETH STEYN,
JEAN LECLAIR ET SÉBASTIEN BRODEUR-GIRARD

INTRODUCTION

Ce chapitre thématique consacré à la famille et au droit familial présente un aperçu des six études de cas réalisées au Canada (avec les nations innue, crie et atikamekw), en Afrique (en Afrique du Sud et en Zambie) et dans la région du Pacifique (dans la communauté de Yaté, en Nouvelle-Calédonie). Ces études se penchent sur des dynamiques d'interaction des systèmes juridiques non étatiques et étatiques se déroulant dans un contexte marqué par le colonialisme, lequel a provoqué l'émergence de situations de pluralisme juridique dans toutes les régions visées¹. Au Canada,

-
1. Les chercheurs adoptent l'approche analytique propre au pluralisme « profond », c'est-à-dire qu'ils admettent la pleine juridicité des pratiques autochtones observées en dehors du cadre étatique. Voir Marie-Ève Sylvestre *et al.*, *Renforcer la gouvernance atikamekw : vers un modèle atikamekw de prise en charge des conflits et problèmes liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015 à la p. 4, en ligne : <https://www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Documents_deposes_a_la_Commission/P-436.pdf> [*Renforcer la gouvernance atikamekw*]; Fatimata Diallo et Chuma Himonga, *Dissolution of Customary Marriage in the South African Legal Pluralism Context*, First Integration Report: How Does Legal Pluralism Manifest Itself?, 2015 à la p. 5, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1912>> [*La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*]; Fatimata Diallo et Chuma Himonga, *Formation and Patterns of Customary Marriage in Zambia: A Socio-Legal Study*, First Integration Report: How Does Legal Pluralism Manifest Itself?, 2015

l'expérience autochtone est marquée par un profond traumatisme intergénérationnel², par des politiques étatiques ayant longtemps méconnu et neutralisé les institutions sociales, politiques et juridiques autochtones³ et par des représentations mal fondées ou stéréotypées des traditions juridiques autochtones qui incitent les acteurs étatiques à ignorer, parfois sciemment, ces normativités⁴. En Afrique, des tensions se donnent à voir entre de multiples systèmes juridiques coutumiers originellement africains et le droit étatique⁵, dans un contexte où ce dernier est interpellé par les situations de vulnérabilité dans lesquelles se trouvent parfois les femmes du fait de l'application de normes coutumières⁶. En Afrique du Sud, plus particulièrement, l'apartheid reste une donnée importante, peut-être même ayant plus d'impact sur le droit coutumier que le colonialisme.

Dans la région du Pacifique Sud, tout comme dans les autres régions étudiées, les mariages coutumiers s'inscrivent dans une structure sociétale fondée sur des loyautés et des obligations inter-familiales ou interclaniques. Toutefois, dans cette région, non seulement la philosophie sous-tendant les mariages non coutumiers, c'est-à-dire étatiques, valorise-t-elle les droits individuels, mais elle tend aussi à marginaliser les mariages coutumiers⁷. Sans aller

aux pp. 5-6, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1917>> [*Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*].

2. Renforcer la gouvernance atikamekw, *ibid* à la p. 2.
3. Val Napoleon *et al.*, *Cree Laws Regarding Children*, First Integration Report: How Does Legal Pluralism Manifest Itself?, 2015 à la p. 2, [*Normes criees relatives aux enfants*].
4. Christiane Guay, Sébastien Grammond et Kheira Belhadj-ziane, *Les pratiques d'adoption coutumière chez les autochtones: la perspective des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015 à la p. 4, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1866>> [*Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*]. Sur toutes ces questions, voir Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir: Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, McGill-Queen's University Press, Montréal, 2015; le rapport peut aussi être téléchargé à partir du site de la Commission, en ligne : <<http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=891>>.
5. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, *supra* note 1 à la p. 7.
6. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, *supra* note 1 à la p. 5.
7. François Féral et Anne-Lise Madinier, *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015 à la

jusque-là, le droit sud-africain, pour ne parler que de celui-là, reconnaît le droit coutumier vivant, tout en cherchant cependant à en émonder ce qui heurte le principe d'égalité entre les époux.

La première partie de ce chapitre contient un résumé des rapports dont sont tirées les données et la seconde en propose une synthèse analytique s'attachant à discerner des convergences ou des divergences et tentant d'établir, le cas échéant, des schèmes récurrents qui caractériseraient les cultures juridiques autochtones, les droits étatiques et les autres systèmes juridiques pertinents. Quoique l'accent soit mis principalement sur les droits autochtones, le droit étatique n'est pas pour autant négligé lorsque son examen aide à mieux comprendre l'enjeu des interactions.

1. RÉSUMÉ DES RAPPORTS

1.1 Les pratiques d'adoption ou de transfert coutumier : le point de vue de la communauté innue de Uashat mak Mani-Utenam

Avant d'amorcer la description de ce projet, une parenthèse terminologique s'impose. Le terme « adoption » renvoie généralement à l'idée d'une rupture du lien de filiation avec les parents d'origine. C'est ainsi que le mot est entendu en droit étatique québécois⁸, mais également en droit coutumier kanak⁹. Toutefois, il n'en va pas ainsi

p. 5, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1894>> [*Étude anthropologique des mariages à Yaté*].

8. L'article 577 du *Code civil du Québec* édicte que « [l]'adoption confère à l'adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine » et que « [l]'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine, sous réserve des empêchements de mariage ou d'union civile ».
9. En droit kanak, au terme d'une adoption, l'enfant quitte son clan d'origine et devient de plein droit membre du clan d'adoption. D'ailleurs, les Kanak parlent sans équivoque de « donation » ou d'adoption coutumière. Voici ce que dit l'article 66 de la *Charte du peuple kanak, socle commun des valeurs et des principes fondamentaux de la civilisation kanak*, Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, Nouville, juin 2014 [*Charte du peuple kanak*] à ce sujet : « La donation coutumière (adoption) d'un enfant correspond en général à un geste d'harmonie et de renouvellement d'alliance. Cet acte se fait sous l'autorité des parents et des chefs de Maison/clan. Le nom coutumier donné régulièrement à l'enfant lors de l'adoption permet la transmission de tous les droits de l'adoptant à l'adopté. »

en droit innu ou encore en droit atikamekw¹⁰. Ainsi, le transfert coutumier innu, contrairement à l'adoption suivant le droit étatique, n'entraîne pas nécessairement de rupture de filiation¹¹. En fait, il peut même engendrer, «à la longue, un nouveau lien de filiation aussi fort que le lien original, sinon plus, [bien que ce ne soit] pas toujours le cas»¹². En somme, le transfert coutumier peut ouvrir la porte à une filiation additive, plutôt qu'à une filiation substitutive¹³. Les expressions «le transfert coutumier» et «garde coutumière» seront donc employées dans les contextes où elles traduisent plus adéquatement la réalité juridique autochtone.

Le projet impliquant la communauté innue de Uashat mak Mani-Utenam, conçu avec l'appui d'un organisme communautaire, étudie les pratiques relatives au transfert coutumier chez les Innus. Un des aspects importants de ce projet a trait à la méthode de recherche employée, qui a été adaptée au contexte autochtone dans lequel elle est destinée à s'appliquer. Cette méthode s'inspire du constructivisme de Berger et Luckmann et des théories de l'action

-
10. À ce sujet, voir Conseil de la nation atikamekw, *Mémoire portant sur le projet de loi 113*, le 22 novembre 2016, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/Memoire-CNA-PL-113.pdf>>.
 11. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 6. Pour une version publiée de ce rapport, voir Sébastien Grammond et Christiane Guay, «Comprendre la normativité innue en matière d'«adoption» et de «garde coutumière»» (2016) 61 :4 RD McGill 887. Voir également le mémoire déposé par un regroupement de communautés innues : Innu TakuaiKAN Uashat mak Mani-Utenam/ Uautshitun, *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale, Projet de loi 113 modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, 21 novembre 2016, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/Memoire-sur-le-projet-de-loi-113-Finale.pdf>>.
 12. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 26; voir aussi à la p. 17 : «Créent-elles une nouvelle filiation? Les mots employés par les participants pour décrire les relations de parenté ainsi que leur discours sur l'importance relative de la parenté biologique et de la parentalité sociale permet de conclure qu'avec le passage du temps, des liens affectifs très forts se créent et l'enfant peut se considérer comme membre à part entière de la famille adoptive.» Voir également Grammond et Guay, *ibid* aux pp. 900-01.
 13. À propos de la distinction entre filiation substitutive et filiation additive, voir *Rapport du groupe de travail sur l'adoption coutumière en milieu autochtone*, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2012 aux pp. 25, 37 et 141.

historique de Thibault Martin, appliquées au pluralisme juridique¹⁴. Le projet vise de manière particulière à cerner et à analyser les pratiques en matière de transfert coutumier dans la communauté de référence et à identifier les cadres juridiques et institutionnels au sein desquels une meilleure harmonisation internormative serait favorisée entre systèmes juridiques innu et étatique¹⁵.

1.2 Les normes crie relatives aux enfants

Ce rapport met de l'avant une approche innovante¹⁶ qui, à partir d'un examen de la normativité crie relative à la protection et aux soins des enfants, cernée à partir d'une analyse de récits, cherche à dresser une typologie des responsabilités des communautés ou des individus envers les enfants¹⁷. Les récits autochtones y sont vus comme de riches et complexes sources de normativité d'où l'on peut tirer une foison de principes juridiques, de processus et de procédures¹⁸.

14. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 aux pp. 5-6.

15. *Ibid.* à la p. 5. Pour un aperçu général des problèmes soulevés par l'adoption coutumière autochtone, voir Ghislain Otis, dir, *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013; quatre chapitres de cet ouvrage avaient déjà été publiés aux pages 565 à 731 du volume 71 de la *Revue générale de droit* (2011) et peuvent être téléchargés sur le site de la revue, en ligne : <<https://www.erudit.org/revue/rgd/2011/v41/n2/index.html>>.

16. Pour une explication de la méthodologie utilisée, voir notamment Geneviève Motard et Mathieu Joffre-Lainé, « Prendre le droit autochtone au sérieux : entretien avec Hadley Friedland » (2016) 40:2 *Anthropologie et sociétés* 195. Voir aussi Hadley Friedland et Val Napoleon, « Gathering the Threads : Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions » (2015-2016) 1:1 *Lakehead Law Journal* 16.

17. Il existe un grand nombre de communautés crie qui, depuis le Québec jusqu'à la Colombie-Britannique, occupent le territoire canadien. Il importe donc de préciser que la tradition orale analysée par les chercheuses était celle d'une communauté crie de la Saskatchewan.

18. *Normes crie relatives aux enfants*, supra note 3 à la p. 4.

1.3 Renforcer la gouvernance atikamekw : vers un modèle atikamekw de prévention et de gestion des conflits liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse

Ce projet vise à renforcer la gouvernance atikamekw en appuyant le développement d'un modèle de justice qui valoriserait et revitaliserait la culture juridique atikamekw en tant qu'elle peut utilement permettre la prévention et le règlement des conflits liés à la violence conjugale et familiale et à la protection de la jeunesse¹⁹. L'équipe de recherche documente avec moult détails dans son rapport la diversité et les modalités de coexistence et d'interaction entre les ordres juridiques étatique et atikamekw²⁰. Son rapport recoupe deux thèmes centraux du projet, soit la famille et la justice. Aux fins de ce chapitre, seules les données pertinentes au thème de la famille ont été considérées. La recherche analysée ici a trait à la communauté d'Opitciwan, mais au terme du projet, les trois communautés de la nation atikamekw y auront participé²¹. S'agissant de l'interprétation des données, les chercheurs indiquent qu'il faut prendre en considération le fait que certaines techniques d'entrevue, par exemple, demandent aux répondants de mettre l'accent sur les différences fondamentales entre droit atikamekw et droit étatique. Cela peut avoir eu pour résultat de déboucher sur une vision partiellement idéalisée du premier et une vision un peu stéréotypée du deuxième²².

1.4 Formation et modalités du mariage coutumier en Zambie : une étude sociojuridique

Ce rapport s'intéresse aux tensions entre divers systèmes juridiques dans la régulation des mariages coutumiers en Zambie²³. Ses auteures y établissent une distinction entre le « droit coutumier officiel » et le « droit coutumier vivant », le premier désignant les normes de droit coutumier appliquées par les tribunaux et d'autres

19. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 1 à la p. 2.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.* à la p. 6.

22. *Ibid.* à la p. 8.

23. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, *supra* note 1 à la p. 5.

institutions étatiques, ce qui le distingue parfois considérablement du second, qui se réfère aux normes coutumières moins formelles régulant la vie des personnes par ailleurs assujetties au droit coutumier officiel²⁴. Ce projet établit une adéquation entre le droit coutumier vivant et le droit autochtone, alors que le droit coutumier officiel est tenu pour du droit étatique. Même s'il existe également un système étatique de mariage civil, le rapport met l'accent sur l'interaction entre ces deux types de droit coutumier.

1.5 La dissolution du mariage coutumier dans le contexte de pluralisme juridique de l'Afrique du Sud

Ce projet se penche sur la coexistence du « droit coutumier vivant » et du « droit coutumier officiel » afin d'étudier les interactions entre les divers systèmes normatifs présents en Afrique du Sud²⁵. En raison de la grande diversité ethnique des communautés coutumières, les chercheurs ont dû limiter leurs ambitions à brosser un tableau idéal typique des ordres juridiques analysés²⁶. Les données proviennent d'une recherche récente réalisée dans six des neuf provinces sud-africaines. Elles ont été réexaminées pour en déterminer la pertinence, et les lacunes ont été comblées par une collecte de données supplémentaires à propos des causes de dissolution des mariages coutumiers décidées entre 2007 et 2013 par la *North Eastern Regional Divorce Court*²⁷. L'objectif de cette étude antérieure était d'évaluer l'impact pratique des réformes du droit coutumier du mariage et des successions²⁸.

1.6 L'étude anthropologique du mariage à Yaté

Ce projet s'intéresse au mariage dans la communauté kanake de Yaté en Nouvelle-Calédonie. Il s'agit d'une étude de terrain de

24. *Ibid.* à la p. 6.

25. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, *supra* note 1 à la p. 4.

26. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, *ibid* à la p. 22; *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, *supra* note 1 à la p. 20.

27. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, *ibid* aux pp. 7-9.

28. *Ibid.* à la p. 7.

type anthropologique plutôt qu'une étude de droit pur. Le projet s'attache à répondre à deux questions. D'une part, comment le pluralisme juridique se manifeste-t-il dans les pratiques de mariage à Yaté et comment l'État et la communauté perçoivent-ils le mariage kanak? D'autre part, comment les Kanaks se marient-ils, et dans la mesure où ils se marient sous l'empire de normes coutumières, leurs pratiques concordent-elles avec les récits oraux, la mémoire communautaire et clanique et les modèles qui ont été observés par les anthropologues et les juristes occidentaux²⁹?

2. ANALYSE DES RAPPORTS

2.1 Familles et communautés : points d'ancrage des cultures juridiques autochtones et coutumières

2.1.1 *La famille : une réalité multiscale*

L'un des principaux problèmes rencontrés en contexte de coexistence des droits coutumiers autochtones et étatiques est l'inadéquation du vocabulaire et des typologies utilisés en droit occidental pour analyser les phénomènes normatifs autochtones. Comme l'affirment Grammond et coll., « des difficultés surviennent à tout coup lorsque l'on cherche à utiliser un vocabulaire juridique fondé sur des catégories fixes pour décrire une réalité sociale flexible, dynamique et nuancée »³⁰. Des notions fondamentales, telles que celle de « famille », sont par conséquent difficilement transposables d'un système à un autre. Ainsi, les droits étatiques canadien, français, ou ceux qui sont applicables en Afrique du Sud (le droit romano-hollandais) et en Zambie (la common law britannique), tendent tous à présenter de manière implicite la famille nucléaire comme unité de base. Or, comme nous le verrons plus loin à l'occasion d'un examen plus circonstancié des acteurs impliqués dans les processus de résolution de conflits autochtones (2.1.2), les valeurs communautaires auxquelles les peuples autochtones accordent une priorité

29. *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, supra note 7 à la p. 5.

30. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 6; voir aussi *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 1 à la p. 18.

fondent une vision de la famille (et par suite logique du droit familial) beaucoup plus enveloppante. Celle-ci s'étend la plupart du temps bien au-delà de la famille nucléaire proprement dite et peut inclure tout un collectif clanique dont le droit vise à assurer la perpétuation. Ainsi, inclut-elle généralement les parents et alliés comme acteurs essentiels, et envisage-t-elle de manière holistique, par opposition à l'approche individualiste prônée par le droit étatique, les liens unissant entre eux les différents membres de la famille. C'est le cas, par exemple, chez les Atikamekw, où les intérêts de l'enfant sont considérés comme étant intimement liés au bien-être de ses parents, de sa famille étendue et de sa communauté³¹.

Une vision «communautariste» de la famille influence également le système juridique innu tel qu'il s'applique en matière de transfert coutumier. Cette vision se traduit par la prééminence de la communauté comme point d'ancrage de l'enfant dont les parents biologiques éprouvent des difficultés de divers ordres. L'idée principale ici est de conserver l'enfant dans la communauté, celle-ci étant souvent considérée comme offrant la meilleure solution de rechange à un placement dans une famille d'accueil non autochtone à la suite de l'intervention des services sociaux étatiques³². Il existe en ce sens une relation étroite entre le transfert coutumier et la transmission de la culture, de l'identité et de la langue innue, d'où la mise en œuvre, autant que faire se peut, de ce que l'on pourrait qualifier de principe d'exo-inadoptabilité, excluant donc que l'enfant soit placé en dehors de la communauté.

Cette observation permet de révéler des différences philosophiques importantes entre le transfert coutumier innu et l'adoption telle que la conçoit le droit étatique québécois. Alors que la seconde est confidentielle, permanente et irréversible, en plus de briser le lien de filiation original et de lui en substituer de nouveaux, le premier sous-tend un processus graduel, réversible, ouvert et pouvant mener à la création de plusieurs liens s'apparentant à une forme de filiation³³,

31. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 aux pp. 10-12 et 40.

32. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 aux pp. 13-14.

33. *Ibid.* à la p. 27; voir également Grammond et Guay, supra note 11.

encore que cette qualification, entendue au sens occidental, serait abusive³⁴. Le transfert coutumier, il n'est pas indifférent de le noter dans une perspective comparative plus large, ne manque pas d'évoquer la kafala du droit musulman, sans pour autant s'y confondre³⁵.

Chez les Kanaks, l'éducation des enfants constitue un « devoir collectif » qui relève avant tout du « clan d'appartenance » de l'enfant, lequel « exerce une autorité parentale collective, laquelle ne se réduit pas au père et à la mère »³⁶. À l'occasion d'un mariage coutumier, le futur époux pose un certain nombre de gestes dont la finalité est de sceller l'alliance entre les clans et « d'asseoir » la future épouse sur ses propres terres³⁷. La progéniture de la femme ainsi « donnée »³⁸ est dès lors présumée partie au clan paternel³⁹. Le caractère collectif du rapport à l'enfant se traduit également par la nécessité pour le père d'accomplir un geste coutumier particulier auprès du clan utérin. En effet, malgré que, dès sa naissance, l'enfant est « déjà installé dans le clan de son père »⁴⁰, ce dernier est coutumièrement tenu, peu de temps après la venue au monde de son enfant, de présenter des offrandes à l'oncle maternel, « car ce dernier détient le souffle de la

34. Notons que le droit atikamekw se fonde sur des principes analogues : voir Conseil de la nation atikamekw, *Mémoire portant sur le projet de loi 113*, le 22 novembre 2016, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/Memoire-CNA-PL-113.pdf>>.

35. Pour une analyse récente de la kafala, voir Harith Al-Dabbagh, « La réception de la kafala dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel »?, (2017) 47 R.G.D, 165 aux pp. 169-85.

36. Raphaël Mapou, *Le consentement coutumier et la crise de l'individu dans la société kanak*, Rapport d'intégration 2 : Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone?, 2016 à la p. 17, en ligne : <<https://www.legitimus.ca/blog?id=2924>> [*Le consentement coutumier et la crise de l'individu dans la société kanak*].

37. *Ibid.* à la p. 16.

38. Communication de la chercheuse Sarah Mapou, 2 mai 2017.

39. *Le consentement coutumier et la crise de l'individu dans la société kanak*, *supra* note 36 aux pp. 14, 18 et 20.

40. *Supra* note 38.

vie qu'il doit insuffler au nouveau-né»⁴¹. Enfin, ajoutons à cela que le clan utérin a toujours un droit de regard sur l'enfant⁴².

Ces différences philosophiques sont également perceptibles quant à la place réservée aux enfants dans le droit familial. Le droit étatique présente l'intérêt primordial de l'enfant comme une valeur cardinale, tout en valorisant l'autorité parentale⁴³. Les droits coutumiers autochtones reconnaissent quant à eux que l'enfant est un membre important des communautés autochtones, mais leur position varie quant au rôle qu'il joue dans les processus décisionnels le concernant. Certains consacrent le principe de la participation de l'enfant dans ces processus. C'est le cas des droits coutumiers cri et atikamekw, qui admettent l'autonomie relative de l'enfant et sa capacité de prendre des décisions le concernant⁴⁴.

En revanche, d'autres droits coutumiers laissent une moins grande place à ce que l'on pourrait appeler la volonté de l'enfant. Tel est le cas des normes applicables à la dissolution des mariages coutumiers selon le droit coutumier vivant sud-africain. Les pensions alimentaires pour les enfants et leur garde sont déterminées par le paiement du *lobola*⁴⁵. Ainsi un père qui a payé le *lobola* a-t-il droit à la garde de ses enfants, tout en assumant l'obligation de les entretenir. Le droit étatique sud-africain a cependant neutralisé les normes du droit coutumier vivant en cette matière, sans que les justiciables

41. *Le consentement coutumier et la crise de l'individu dans la société kanak*, supra note 36 à la p. 16.

42. *Ibid.* à la p. 18.

43. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 17; *Normes cries relatives aux enfants*, supra note 3 à la p. 6; *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 14; *Le consentement coutumier et la crise de l'individu dans la société kanak*, supra note 36 à la p. 19; *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1 à la p. 26.

44. *Normes cries relatives aux enfants*, supra note 3 aux pp. 8-9; *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 aux pp. 12 et 40.

45. «From a legal perspective, *lobola* means the property in cash or kind that a prospective husband or the head of his family undertakes to give to the head of the prospective wife's family in consideration of a customary marriage. From an anthropological perspective, *lobola* is designed to distinguish the married woman's status from that of the others, to secure her rights and to protect from abuse.» *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1 à la p. 6.

trouvent à y redire.⁴⁶ Cette règle relative au paiement du *lobola* s'appliquent également en Zambie où tous les groupes ethniques zambiens, sauf un, y ont recours. En vérité, quoique le droit étatique ne les y oblige pas, même les couples qui se marient civilement respectent cette exigence coutumière.⁴⁷ Il s'ensuit qu'en Zambie la question de la garde de l'enfant est déterminée en fonction du système de filiation des conjoints et du paiement ou non du *lobola* : « *Thus, according to these principles, children are affiliated to the father's or the mother's family or to both families according to whether the parents' kinship organisation is patrilineal, matrilineal or bilateral respectively. Additionally, in some ethnic groups, the father must have paid lobola to claim parental rights of custody for him/his family*⁴⁸. »

En droit coutumier kanak, lorsque le père a accompli le geste coutumier auprès des oncles maternels, l'enfant est réputé avoir été donné au clan paternel, et c'est à ce dernier qu'incombe le devoir d'entretenir et d'élever l'enfant⁴⁹. À défaut pour le père d'accomplir le rituel coutumier, l'enfant est intégré au clan utérin. Le droit kanak ne reconnaît donc aucun « droit individuel » sur la personne de l'enfant à l'un ou l'autre conjoint⁵⁰.

En ce qui concerne le mariage, celui-ci est le plus souvent présenté comme constitutif d'une alliance entre familles⁵¹. Ainsi, le mariage coutumier est-il, en Afrique du Sud, une institution collective en tant qu'il met en présence non pas simplement l'union de deux époux, mais aussi celle de deux familles. La dissolution d'un tel mariage a donc des impacts qui vont au-delà des époux eux-

46. Himonga et Diallo, *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, *ibid* aux pp. 24-26, 29.

47. Fergus Kerrigan *et al.*, *Access to Justice in the Republic of Zambia. A Situation Analysis*, Government Republic of Zambia, Governance Department, 2012 à la p. 297 [*Access to Justice in the Republic of Zambia*].

48. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, *supra* note 1 aux pp. 15, 17-18.

49. *Le consentement coutumier et la crise de l'individu dans la société kanak*, *supra* note 36 à la p. 14.

50. *Ibid.* à la p. 18.

51. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, *supra* note 1 aux pp. 10-11 ; *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, *supra* note 1 aux pp. 12-13 ; *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, *supra* note 7 à la p. 12.

mêmes. Dans la mesure où le divorce peut s'avérer destructeur pour les familles, et que la famille est perçue comme le fondement des sociétés africaines, la dissolution du mariage coutumier est, par voie de conséquence, vue comme minant la société tout entière⁵². Le mariage coutumier participe en ce sens d'une forme plus vaste de contrat social, qui renvoie aux représentations fondatrices de la société comme système d'entraide allant au-delà de la famille nucléaire telle qu'on la conçoit aujourd'hui dans les sociétés occidentales. Bien que le droit étatique ait cherché à introduire en droit coutumier des valeurs comme l'individualisme et l'importance que l'épouse soit traitée d'une manière plus équitable qu'elle ne l'est en droit coutumier, les auteures du rapport sud-africain mettent en question l'effectivité de telles normes étatiques, la réception de ces dernières semblant être faible⁵³.

Il en va de même chez les Kanaks où, dans la mesure où il ouvre la porte au « chemin des alliances » interclaniques⁵⁴, le mariage n'intéresse pas simplement les individus, mais comporte également une « dimension collective/communautaire » (négligée par le droit étatique)⁵⁵. Ainsi, bien que l'article 69 de la Charte du Peuple Kanak précise que « le mariage coutumier est, aujourd'hui, un choix accompli par un homme et une femme », c'est grâce à lui que se perpétuent les clans et qu'est assurée leur descendance (article 67). L'article 16 prévoit même que « [l]a séparation intervenant dans un couple lié par la Coutume n'est pas de nature à remettre en cause l'alliance conclue entre les clans en particulier quand il y a des enfants ».

Dans le même ordre d'idées, les communautés coutumières de Zambie considèrent autant la célébration que la dissolution du mariage comme impliquant les familles concernées. Au moment de déterminer les conditions pour qu'un mariage ait lieu, les familles des époux potentiels décident de questions telles que le montant du

52. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1 aux pp. 10-11.

53. *Ibid.* aux pp. 11-12.

54. *Le consentement coutumier et la crise de l'individu dans la société kanak*, supra note 36 aux pp. 6, 7, 11 et 13.

55. *Ibid.* à la p. 4.

lobola et les modalités de son paiement; un mariage ne peut être conclu sans que pareille question soit réglée⁵⁶.

Compte tenu de cette conception communautariste du mariage, les familles élargies des conjoints jouent un rôle important comme forums de règlement des conflits ayant trait à ce mariage. Ce rôle n'est toutefois pas exclusif; des institutions traditionnelles telles les « *headmen* » ou les chefs ainsi que leurs conseils ou tribunaux respectifs (« *traditional courts* ») peuvent aussi y participer⁵⁷. S'y ajoute la « *Zambian Traditional Counselors Association* », institution nouvelle mais d'inspiration traditionnelle, composée de 10 conseillers (« *Alangezi* ») dont la fonction consiste à offrir du soutien aux futurs époux et aux couples mariés en difficulté habitant en milieu urbain, comblant ainsi l'absence de conseillers traditionnels en ces lieux⁵⁸.

En revanche, la Zambie se distingue de l'Afrique du Sud en ce qu'aucune loi visant à redresser le statut de l'épouse n'y a encore été adoptée. Si les considérations intéressant la justice distributive ou l'équité peuvent parfois se manifester au profit des femmes dans les décisions judiciaires relatives aux pensions alimentaires ou à la division des biens matrimoniaux, aucun précédent en ce sens n'est toutefois déterminant, et la Constitution du pays protège les pratiques potentiellement discriminatoires du droit coutumier de la transformation que pourraient impulser les dispositions constitutionnelles plus égalitaristes en vigueur⁵⁹. Non seulement la Constitution n'interdit-elle que les discriminations émanant du droit écrit (« *written law* »), mais elle exclut explicitement de la protection anti-discrimination les questions ayant trait à l'adoption, au mariage,

56. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 1 à la p. 12.

57. *Ibid.* à la p. 18.

58. Chuma Himonga et Fatimata Diallo, *Formation and Patterns of Customary Marriage in Zambia: a Socio-Legal Study*, Second Integration Report: What are the Interactions Between Indigenous and State Legal Systems and how are such Interactions Managed?, 2016 aux pp. 21, 32-33, en ligne: <<https://www.legitimus.ca/blog?id=2926>>. [*Interactions entre ordres juridiques concernant le mariage coutumier en Zambie*].

59. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 1 aux pp. 6-7.

au divorce, aux inhumations, aux biens successoraux et aux affaires relatives au statut personnel, ainsi que le droit coutumier⁶⁰.

2.1.2 Une éthique communautariste du droit coutumier applicable dans le champ de la famille

Compte tenu de ce qui précède, on ne sera pas étonné de constater qu'une éthique communautariste irrigue le droit coutumier appliqué au sein des divers groupes étudiés. Cette éthique érige la communauté en actrice incontournable de processus influant sur les rôles, droits et obligations des personnes soumises au droit coutumier. La « communauté » réfère ici, comme on l'a vu, à une entité communautaire qui se déploie sur différentes échelles allant bien au-delà de la famille nucléaire biologique : l'échelle de la famille étendue (ascendants et collatéraux) et celle de la communauté locale, voire celle de la communauté formée par les groupes formant un même peuple, fussent-ils éloignés géographiquement.

Cette éthique communautariste est d'ailleurs la *valeur* commune qui ressort le plus fortement des six rapports analysés, tous en faisant mention. Le transfert coutumier innu serait ainsi une manière de « garder les enfants dans la communauté »⁶¹, tandis que chez les Cris, les familles et les communautés ont pour rôle « *to protect one another as they are the first line of defense for children* »⁶². On retrouve la même chose chez les Atikamekw, où, aux termes d'une approche « globale et communautaire »⁶³, la protection de l'enfance est une responsabilité tant des familles que de la communauté. Le rapport sur l'Afrique du Sud identifie également le « *communitarianism* » (auquel on réfère également en tant que « *communal ethic* ») comme l'une des deux principales valeurs affectant les modalités de la séparation en matière de mariage coutumier⁶⁴. Le droit coutumier sud-africain reconnaît d'ailleurs cette éthique communautariste sous le terme *ubuntu*, qui évoque une philosophie de solidarité fondée sur l'idée

60. *Constitution of Zambia* (1991, rev. 2016), art 23(2), 23(4)(c) et 23(4)(d).

61. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, *supra* note 4 à la p. 14.

62. *Normes crées relatives aux enfants*, *supra* note 3 à la p. 6.

63. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 1 à la p. 10.

64. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, *supra* note 1 à la p. 10.

d'une interdépendance entre les êtres humains⁶⁵. Dans l'étude sur la Zambie, l'importance des intérêts communautaires est clairement mise en évidence par le fait que les « *group interests or the communal good tend to overshadow determinations of what is in the best interests of the child* »⁶⁶. Le rapport sur Yaté en Nouvelle-Calédonie offre également deux exemples supplémentaires du rôle joué par une éthique communautariste en matière familiale, en abordant la question du mariage et celle de l'adoption d'un enfant mâle en tant que perpétuation du clan⁶⁷.

Au chapitre des *principes*, il peut y avoir communion entre droit vivant coutumier et droit coutumier étatique. Ainsi, en Afrique du Sud, le principe de cohésion familiale est au fondement du paragraphe 8(2) du *Recognition of Customary Marriages Act 120* de 1998, lequel prévoit qu'un divorce ne pourra être prononcé que s'il n'existe aucune perspective raisonnable de rétablissement d'une relation maritale normale entre les époux (« *if there is no reasonable prospect of the restoration of a normal marriage relationship between [the parties]* »). Le paragraphe 8(5) prévoit également que rien dans la loi ne doit être interprété comme limitant la possibilité de recourir aux processus coutumiers de médiation. Or, en droit coutumier vivant, les familles sont des acteurs de premier plan en matière de résolution des conflits entre époux. La cohésion familiale avant tout, mais aussi la cohésion clanique et interclanique est un principe fondamental du droit coutumier vivant⁶⁸.

L'éthique communautariste s'incarne aussi de manière plus concrète dans certains principes. Chez les Atikamekw, la sphère de la protection de l'enfance fait appel au principe de la responsabilisation collective (parentale, familiale et communautaire) et au principe de la résolution des situations problèmes par la concertation du plus grand nombre et par la place centrale des Aînés au sein de la collectivité⁶⁹.

65. *Ibid.* aux pp. 5-6.

66. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, *supra* note 1 à la p. 13.

67. *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, *supra* note 7 à la p. 10.

68. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, *supra* note 1, à la page 34..

69. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 1 aux pp. 9-10 et 41.

À l'inverse, le droit étatique tend à faire valoir comme principe l'individualisme des droits et des devoirs, que ce soit pour défendre le droit des femmes en Afrique du Sud de demander le divorce sans devoir être représentée par un gardien, comme cela doit être le cas en droit coutumier⁷⁰, ou alors, en Nouvelle-Calédonie, pour faire du libre consentement des époux reconnu par le Code civil français un principe applicable au mariage autochtone⁷¹. Toutefois, comme on l'a vu, la Charte du Peuple kanak témoigne elle aussi d'une prise en compte de l'avènement de l'individualisme en reconnaissant que « le mariage coutumier est, aujourd'hui, un choix accompli par un homme et une femme » (article 69).

Plusieurs rapports évoquent également le rôle de la communauté en tant qu'*acteur* sur le plan juridique. Ainsi, chez les Atikamekw, la « communauté » est reconnue comme l'un des quatre réseaux dans lesquels sont identifiés des acteurs-clés du droit autochtone (les autres étant le réseau familial, celui des institutions politiques et le réseau issu de l'hybridation des systèmes de droit étatique et autochtone)⁷². Le rapport sur l'Afrique du Sud évoque quant à lui l'*ubuntu*, « *where all community members are invited to help in [the] resolution of disputes*⁷³ ». Le rapport sur les normes crie relatives aux enfants évoque quant à lui l'importance de la communauté en matière de protection de l'enfance, notamment en spécifiant la nécessité de tenir compte du « *full context of any problem* » avant de déterminer la meilleure manière d'y répondre, et en évoquant le devoir de « *consult and gather information as necessary* » avant d'agir, ce qui implique une approche communautaire⁷⁴. Notons également que le rapport portant sur les Atikamekw rappelle qu'en droit atikamekw, la communauté demeure le lieu principal d'expression des valeurs, principes et règles relatifs à la protection de la jeunesse, et le lieu de déploiement des *processus* juridiques où se meuvent les différents acteurs communautaires impliqués dans la protection de la jeunesse. L'intervention des autorités étatiques n'est en effet requise « que si

70. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1 à la p. 16.

71. *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, supra note 7 à la p. 12.

72. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 41.

73. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1 à la p. 20.

74. *Normes crie relatives aux enfants*, supra note 3 à la p. 10.

les services offerts [par la communauté] ne mettent pas fin à la situation qui compromet la sécurité et le développement de l'enfant», la méfiance à l'égard du droit étatique résultant du fait que les intervenants sont considérés comme des étrangers⁷⁵.

Parmi les *acteurs*-clés du droit autochtone, il faut également compter les aînés, notamment les grands-mères, qui, chez les Innus, sont parfois appelés à jouer un rôle de conseillers en matière de transfert coutumier⁷⁶, alors que chez les Atikamekw, les aînés endossent le rôle de passeurs de savoir et d'agents de résolution des conflits⁷⁷.

À ces acteurs peuvent s'ajouter, en Afrique du Sud et en Zambie, les chefs traditionnels et les tribunaux traditionnels⁷⁸. En effet, alors que chez les Innus, par exemple, le transfert coutumier n'intéresse que les parties directement impliquées⁷⁹, il en va autrement du mariage coutumier en Zambie, et parfois en Afrique du Sud, où les tribunaux traditionnels et les chefs traditionnels jouent un rôle plus déterminant⁸⁰. Pour ce qui est de la Zambie, rappelons l'innovation que constitue le recours aux conseillers matrimoniaux (« Alangezi ») d'inspiration traditionnelle afin de soutenir les futurs époux et les couples mariés en difficulté habitant en milieu urbain⁸¹. Enfin, il peut arriver que des guides spirituels (*spirit helpers*)⁸² ou encore des processus juridiques innovateurs fondés sur l'hybridation du système

75. *Renforcer la gouvernance atikamekw, supra* note 1 à la p. 71.

76. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam, supra* note 4 à la p. 22.

77. *Renforcer la gouvernance atikamekw, supra* note 1 aux pp. 13 et 43-44.

78. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud, supra* note 1 à la p. 20 et *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie, supra* note 1 à la p. 18.

79. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam, supra* note 4 à la p. 22.

80. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie, supra* note 1 à la p. 18; *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud, supra* note 1 à la p. 20. À propos du rôle des tribunaux traditionnels zambiens, voir *Access to Justice in the Republic of Zambia, supra* note 47 aux pp. 253-279.

81. *Interactions entre ordres juridiques concernant le mariage coutumier en Zambie, supra* note 58 aux pp. 32-33.

82. *Normes crie relatives aux enfants, supra* note 3 à la p. 9.

de droit étatique et du droit autochtone soient utilisés pour gérer la résolution des conflits⁸³.

En droit étatique, les acteurs impliqués dans la gestion des affaires familiales sont pour la plupart des efflorescences de l'État. Pensons par exemple au Directeur de la protection de la jeunesse⁸⁴, aux tribunaux, aux avocats, aux services sociaux et aux experts de toutes sortes. Toutefois, il existe également dans l'organisation étatique des institutions et des acteurs visant à faire le pont entre tradition juridique coutumière et tradition juridique occidentale. Pensons par exemple aux officiers publics coutumiers (OPC) et aux assesseurs coutumiers œuvrant auprès de la juridiction civile en formation coutumière de Nouvelle-Calédonie⁸⁵. Le recours aux assesseurs existe également en Zambie⁸⁶, alors qu'en Afrique du Sud, les acteurs appelés à informer les juges étatiques au sujet du droit coutumier applicable sont les parties autochtones elles-mêmes et, parfois, les *amicus curiae*⁸⁷.

Si tous les groupes étudiés dans les divers rapports ont en partage une éthique communautariste, celle-ci s'érode cependant plus rapidement dans certaines régions qu'ailleurs. Il semble que ce soit le cas à Yaté, en Nouvelle-Calédonie, où une étude anthropologique du mariage coutumier kanak réalisée à l'égard de trois générations montre clairement un passage de cette éthique communautariste à une éthique plus individualiste. Pour les deux premières générations (1940-1960; 1960-1980), le mariage créait ou renouvelait une alliance entre des familles et assurait la perpétuation du clan de l'époux. En revanche, la troisième génération étudiée (1981-1995) s'est considérablement éloignée de cette représentation, adoptant des conceptions liées à la famille nucléaire plus traditionnellement associée aux conceptions occidentales. On a ainsi assisté pendant

83. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 41.

84. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 23 et *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 51.

85. *Le consentement coutumier et la crise de l'individu dans la société kanak*, supra note 36 à la p. 21.

86. *Interactions entre ordres juridiques concernant le mariage coutumier en Zambie*, supra note 58 à la p. 12.

87. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1, aux pages 10-11.

cette période à un déclin considérable des mariages, ceux-ci survenant souvent après la naissance d'un enfant. Dans une telle dynamique, le mariage sert d'instance de légitimation pour l'enfant, mais aussi pour le couple comme entité sociale reconnue comme telle par la communauté.

Il est intéressant de noter que le processus de transformation des représentations observé en Nouvelle-Calédonie survient dans un contexte où l'idéologie de l'État s'inscrit clairement dans la tradition républicaine jacobine, même si une certaine acceptation de la différence identitaire kanake est apparue depuis quelques années⁸⁸.

Cela dit, on le constate, le maintien d'une éthique communautariste n'est pas aisé dans un contexte où des normes étatiques et une culture sociétale individualistes prédominent. Ainsi, une certaine acculturation paraît-elle difficilement évitable (ou, en tout cas, l'émergence d'une concurrence entre représentations sociales autochtones et allochtones). En effet, comme le second rapport sur le mariage coutumier kanak le souligne, on assiste en Nouvelle-Calédonie à une « progression des choix individuels » en matière de sélection des partenaires conjugaux, ce qui entre en tension avec la volonté des représentants de la collectivité de maintenir le mariage comme mécanisme d'alliances claniques⁸⁹. Lorsqu'une telle évolution est embrassée en partie par le droit coutumier lui-même, ce qui est le cas du droit kanak, doit-on parler d'acculturation imposée ou d'acculturation spontanée ? Comme le dit avec justesse le philosophe Tzvetan Todorov, « toute influence est-elle, du fait même de son extériorité, néfaste⁹⁰ ? ». Selon lui, il existe « un critère éthique pour juger de la forme des influences : l'essentiel est de savoir si elles sont imposées ou proposées⁹¹ ».

Quoi qu'il en soit, selon les groupes concernés, des stratégies de résistance ou d'adaptation peuvent être déployées, lesquelles

88. C'est ce dont témoigne par exemple la proclamation en 2014 par le Sénat coutumier de la *Charte du Peuple Kanak*, *supra* note 9 à la p. 40.

89. *Le consentement coutumier et la crise de l'individu dans la société kanak*, *supra* note 36 à la p. 4.

90. Tzvetan Todorov, *La conquête de l'Amérique. La question de l'autre*, Paris, Seuil, 1982 à la p. 225.

91. *Ibid.* à la p. 228.

impliquent la communauté ou y renvoient comme instance de légitimation.

2.1.3 L'entraide et la solidarité comme vecteurs de cohésion sociale

Conséquence logique de la perspective communautariste largement partagée qui vient d'être évoquée, les cultures juridiques autochtones font une place importante aux *valeurs* d'entraide mutuelle et de solidarité en matière familiale. Les valeurs complémentaires que représentent la réciprocité et la générosité sont également présentes. Le rapport sur la Zambie parle ainsi de la réciprocité comme étant « *the glue that binds the group as individual members expect to give to, and to receive from, each other the material, spiritual and emotional goods and resources of life*⁹² ». Ces valeurs se retrouvent, sous une appellation ou une autre (on évoque ainsi « l'aide, l'entraide, la solidarité, la collaboration, la coopération [ou] l'altruisme »), dans chacun des six premiers rapports, et semblent former au sein des cultures juridiques autochtones un « univers de sens » cohérent, « qui régit le rapport aux autres et à la vie collective »⁹³.

À titre d'exemple, le rapport sur la Zambie traite non seulement de l'obligation qui existe entre les membres d'une famille étendue de se soutenir mutuellement « *in times of need or distress*⁹⁴ », mais aussi de la manière dont la conception même du mariage coutumier implique une valeur de solidarité entre les familles alliées, qui trouve à s'exprimer dès la formation du mariage et jusqu'à son éventuelle dissolution⁹⁵.

Pour leur part, les Atikamekw considèrent généralement le primat de l'individualisme en droit étatique comme nuisant à la famille, alors qu'ils valorisent l'entraide, la solidarité et la vie communale⁹⁶. L'idée même d'une représentation juridique individuelle va à l'encontre des pratiques atikamekw, qui encouragent plutôt la participation des parties à un litige de nature familiale à un processus

92. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 1 à la p. 12.

93. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 9.

94. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 1 à la p. 13.

95. *Ibid.* à la p. 9.

96. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 12.

de médiation, ceci en vue d'une réconciliation nécessaire au bien-être collectif⁹⁷. D'autre part, les Atikamekw soulignent ce qu'ils tiennent pour le caractère hiérarchique et autoritaire du droit étatique, notamment en matière de traitement des conflits familiaux, par rapport à une représentation *prima facie* plus égalitaire en droit coutumier atikamekw⁹⁸. Cet aspect sera développé plus avant dans le chapitre consacré à la justice.

Dans plusieurs communautés autochtones, l'adoption ou le transfert coutumier sont perçus comme des *processus*/action ayant comme finalité de rendre service. Ainsi, chez les Innus, les parents adoptifs agissent pour « aider les parents d'origine qui sont incapables de [s']occuper [des enfants] et afin d'aider les enfants eux-mêmes⁹⁹ ». Cette volonté de rendre service se retrouve également chez les Kanaks, en particulier en ce qui concerne l'adoption des filles (celle des garçons visant plutôt à perpétuer le nom du clan)¹⁰⁰.

Cette valeur de solidarité, qui s'exprime de nombreuses manières, peut même se traduire dans des *règles* d'obligation. Chez les Cris, il existe ainsi un devoir positif pour les communautés, familles et individus de venir en aide aux enfants qui en ont besoin¹⁰¹, alors qu'en Zambie, la « *solidarity value of the contract of marriage* » donne naissance à une série de règles concrètes qui créent des devoirs mutuels entre les parents et leurs enfants dans le cadre du mariage coutumier¹⁰². Dans tous les cas, les valeurs d'entraide et de solidarité en matière de relations familiales agissent en tant que vecteurs de

97. *Ibid.* à la p. 52.

98. *Ibid.* à la p. 17.

99. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, *supra* note 4 à la p. 13. Il appert que traditionnellement, l'adoption dans certaines communautés innues pouvait viser un objectif qui n'était pas exclusivement centré sur le soin de l'enfant. Ainsi, un chercheur écrit que : « L'adoption d'enfants représente chez les Mamit Innuat un mécanisme de redistribution des effectifs entre les groupes familiaux. Elle permet ainsi à des couples sans enfant...d'avoir une progéniture... ou à des personnes âgées d'avoir des « poteaux de vieillesse ». Extrait d'une étude du professeur Paul Charest citée dans Jean-Paul Lacasse, *Les Innus et le territoire, Innu Tipentamun*, Sillery, Septentrion, 2004, à la p. 82.

100. *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, *supra* note 7 à la p. 10.

101. *Normes crées relatives aux enfants*, *supra* note 3 à la p. 9.

102. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, *supra* note 1 à la p. 17.

cohésion sociale, qu'il s'agisse des mariages conçus comme une alliance entre familles ou clans¹⁰³, ou de l'adoption ou du transfert coutumier, qui agissent comme moyens privilégiés de transmission culturelle et identitaire¹⁰⁴.

2.2. Un droit coutumier flexible et dynamique face au droit étatique

2.2.1 *Plasticité et adaptabilité des ordres juridiques autochtones*

Il ressort des rapports étudiés qu'il est ardu d'affirmer que les ordres juridiques autochtones observés accordent une place importante aux « règles » en tant qu'elles seraient définies comme des « normes rigides formulées abstraitement et ayant une portée générale prescrivant ou prohibant certaines conduites spécifiques »¹⁰⁵. En Zambie, par exemple, le droit coutumier autochtone est irréductible à une catégorisation où prédomineraient les règles. Certaines affaires sont en effet décidées en se fondant sur des principes généraux plutôt que sur des règles¹⁰⁶. Cela dit, lorsqu'on invoque le droit coutumier vivant zambien pour établir que la garde de l'enfant doit être déterminée en fonction du système de filiation des conjoints, on semble bien s'y référer comme règle et non comme simple principe ou valeur¹⁰⁷.

De toute façon, il ne s'agit pas de dire que les règles n'existent pas dans les droits coutumiers autochtones, mais bien que leur formulation paraît, le cas échéant, plus flexible, contextualisée et certainement moins abstraite que ce que donne à voir le modèle occidental. Pour la même raison, comme expliqué précédemment, il est parfois difficile d'employer un vocabulaire juridique (au sens

103. *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, supra note 7 à la p. 10 et *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1 aux pp. 10-11.

104. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 13; *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 10; *Normes crient relatives aux enfants*, supra note 3 à la p. 6.

105. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 20 et *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 28.

106. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 1 à la p. 18.

107. *Interactions entre ordres juridiques concernant le mariage coutumier en Zambie*, supra note 58 à la p. 21.

occidental) pour évoquer une réalité autochtone flexible, dynamique et nuancée. Une illustration intéressante se trouve ici dans l'usage même du concept d'adoption afin de décrire le concept innu beaucoup plus vaste de *ne kupaniem* (masc.) et *ne kupanishkuem* (fém.) qui désigne littéralement « un enfant dont quelqu'un s'occupe temporairement »¹⁰⁸ ; d'où notre décision de recourir à l'expression « transfert coutumier » plutôt qu'au terme « adoption ».

À l'universalisme du droit étatique, fondé sur l'égalité d'application de règles écrites relativement stables, les ordres juridiques autochtones opposent une application souple et personnalisée de principes (et parfois de règles) qui témoigne de leur incontestable dynamisme. La capacité d'adaptation des systèmes coutumiers en matière de droit familial se vérifie par leur évolution constante, rythmée par les transformations sociales qui ont affecté les peuples autochtones dont ils sont issus. On peut par ailleurs penser que les processus informels et oraux qui caractérisent la plupart des droits coutumiers favorisent leur adaptabilité aux situations changeantes et variées.

La méthode innovatrice développée par Hadley Friedland et Val Napoleon, appliquée dans le rapport sur les Cris, qui consiste à analyser les récits autochtones pour en tirer des éléments de normativité applicables aujourd'hui, s'inscrit d'ailleurs dans cette vision dynamique des systèmes juridiques coutumiers, aptes à s'adapter à de nouveaux contextes¹⁰⁹.

Des changements, parfois profonds, ont affecté toutes les sociétés étudiées. Par exemple, en Zambie, un modèle patrilinéaire a été substitué au modèle matrilineaire d'origine¹¹⁰. Mais, à la lecture des rapports, l'illustration la plus claire de l'impact de tels changements dans les rapports portant sur la famille se trouve peut-être dans l'évolution des représentations liées au mariage chez les Kanaks de Yaté, en Nouvelle-Calédonie. On constate là le passage d'une éthique communautariste, où les décisions sont prises par le clan ou

108. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, *supra* note 4 à la p. 6.

109. *Normes cries relatives aux enfants*, *supra* note 3 aux pp. 4-5.

110. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, *supra* note 1 à la p. 21.

en fonction de ses intérêts, à une éthique plus individualiste, où l'on choisit son partenaire de vie et où les critères de choix se rapprochent plus de ceux valorisés dans les sociétés occidentales, par exemple le sentiment amoureux éprouvé par les partenaires l'un envers l'autre.

On a déjà vu comment le droit coutumier kanak a pris acte de la progression de l'individualisme en matière de mariage. Il importe maintenant de souligner comment les acteurs coutumiers ont réagi face au problème du mariage de personnes de même sexe et à celui des enfants nés hors mariage. La Charte du Peuple kanak confine le mariage aux personnes de sexe différent, puisqu'il a pour finalité la production d'une descendance (art. 69)¹¹¹, ce qui bien sûr rend impossible la reconnaissance du mariage homosexuel. En revanche, devant la progression des naissances hors mariage, les acteurs coutumiers ont adapté les normes traditionnelles. Ainsi, pour assurer à l'enfant né hors mariage une place dans le clan du père, ce dernier doit accomplir un geste coutumier de pardon, lequel doit intervenir avant même que le geste visant à réserver l'enfant soit effectué par le clan paternel¹¹². L'adaptation n'est pas totale, toutefois. Certains chefs coutumiers n'accepteront le pardon coutumier que si le geste vise également à réserver la mère et donc à la marier. Faute de cela, le clan maternel peut refuser de donner l'enfant au clan paternel¹¹³.

La sédentarisation et l'émergence de nouveaux types de problèmes sociaux ont également été recensées comme facteurs explicatifs de certaines transformations de la notion innue de transfert coutumier, de telle sorte qu'aujourd'hui l'objectif premier de cette forme d'« adoption » est de venir en aide aux familles ou aux parents qui ne peuvent donner à leurs enfants les soins dont ils ont besoin¹¹⁴. Dans le même ordre d'idées, il a été observé que la sédentarisation des Atikamekw, peuple traditionnellement nomade, a pu influencer sur leurs valeurs. Les peuples nomades tendent à fonder leur système de valeurs sur la tolérance et l'altruisme, qui sont nécessaires

111. *Le consentement coutumier et la crise de l'individu dans la société kanak*, supra note 36 à la p. 14.

112. *Ibid.* à la p. 12.

113. *Ibid.* à la p. 20.

114. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 26.

à la survie du groupe (ce qui sous-tend une vision à plus court terme et temporaire, mais qui valorise les relations sociales), alors que la sédentarisation peut entraîner une certaine inflexibilité découlant d'une vision de la survie envisagée à plus long terme¹¹⁵.

Ces observations nous incitent à faire preuve de prudence sur le plan épistémologique lorsqu'il s'agit de proposer des représentations des sociétés ou des droits autochtones. Plus particulièrement, l'essentialisme et l'instrumentalisation de représentations essentialisées constituent de puissants obstacles épistémologiques à une connaissance en profondeur de ceux-ci et risquent à terme de faire achopper la réflexion sur les conditions gagnantes d'une coexistence plus harmonieuse et de la mise en place de régimes juridiques plus légitimes sur le plan intersubjectif¹¹⁶.

2.2.2 L'impact des systèmes étatiques sur les systèmes autochtones

Chacun des six rapports portant sur le thème de la famille pose en toile de fond la question du colonialisme, puisqu'il s'agit là d'une expérience que partagent toutes les régions étudiées. Cette expérience a engendré une situation effective de pluralisme juridique, dans la mesure où sont présents à la fois un système de droit étatique et un système normatif autochtone qui n'interagissent cependant pas forcément de manière harmonieuse, voire qui se révèlent difficilement compatibles. Par exemple, le droit étatique tend à vouloir établir un monopole sur les questions d'ordre public (comme le

115. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 aux pp. 17-18. Voir également la description faite par Adrian Tanner des problèmes de gouvernance engendrés par la sédentarisation des Innus du Labrador: «The Double Bind of Aboriginal Self-Government» dans Colin H. Scott, dir, *Aboriginal Autonomy and Development in Northern Quebec and Labrador*, Vancouver, UBC Press, 2001, 396.

116. À ce propos, voir Jean Leclair, «Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales» (2009) 14:1 *Lex Electronica*, en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=1749523>> et du même auteur, «Military Historiography, Warriors and Soldiers: The Normative Impact of Epistemological Choices» dans Patrick Macklem et Douglas Sanderson, dir, *Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal & Treaty Rights*, Toronto, University of Toronto Press, aux pp. 179-206, en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=2326486>>.

principe de l'indisponibilité de l'état civil en droit québécois¹¹⁷ ou celui du libre consentement des époux en droit français¹¹⁸), écartant d'office toutes les solutions incompatibles proposées par les systèmes juridiques autochtones. Il faut toutefois souligner que les conséquences de ces relations difficiles ne sont pas partout les mêmes, et l'érosion et l'adaptation des droits coutumiers ne se sont pas faites à chaque endroit étudié avec la même intensité.

Au Canada, où les systèmes juridiques autochtones ont subi l'impact négatif de diverses politiques assimilatrices, comme le placement dans des pensionnats, les droits coutumiers autochtones ont souvent été carrément ignorés ou encore écartés, de sorte que plusieurs d'entre eux demandent aujourd'hui à être en partie reconstruits¹¹⁹. C'est le cas chez les Cris, où les normes coutumières relatives aux enfants font l'objet d'un tel processus de régénération¹²⁰. Cette érosion des droits coutumiers autochtones dans la foulée de la colonisation et leur supplantation à certains égards par le droit étatique expliquent notamment que les Atikamekw estiment que ce dernier ne reflète pas leurs valeurs¹²¹. Pour leur part, les Innus se sont longtemps heurtés à la réticence de l'État à reconnaître leurs pratiques de garde coutumière, en raison principalement d'un manque de

117. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 18.

118. *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, supra note 7 à la p. 11.

119. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 2; *Normes cries relatives aux enfants*, supra note 3 à la p. 2; *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 5.

120. *Normes cries relatives aux enfants*, supra note 3 à la p. 3.

121. Dans d'autres contextes, des études ont toutefois mis en lumière que cette dissonance entre identité et valeurs dominantes peut varier selon les tranches d'âge. Ainsi, à l'occasion de leur étude sur les représentations sociales des droits de l'homme et des droits des peuples autochtones chez des membres de la nation innue du Québec, Herrera et Doise ont constaté que la conception des droits et libertés de la personne variait en fonction de l'âge des interviewé(e)s : plus ils ou elles étaient jeunes, plus leur conception s'apparentait à la conception libérale des non-Autochtones : Monica Herrera et Willem Doise, « Représentations sociales des droits de l'homme et des droits des peuples autochtones chez des membres de la nation montagnaise ou innu du Québec » (2001) 34 *Revue canadienne de science politique* 739.

connaissances et, partant, de compréhension de leur système par les services sociaux¹²².

L'érosion et l'adaptation des droits coutumiers autochtones n'ont pas eu la même ampleur partout et, dans certaines régions, les droits coutumiers ont continué à évoluer dans les interstices du droit étatique colonial ou en marge de celui-ci. Ainsi, malgré son histoire marquée par l'apartheid, l'Afrique du Sud donne à voir un droit coutumier vivant robuste, au point même de soulever des questions quant à la réception effective qui a été faite du droit étatique prohibant la discrimination à l'égard des femmes¹²³. En Zambie, les instances traditionnelles sont les principales à être sollicitées par les justiciables en matière matrimoniale. La plupart des mariages au sein de la population pauvre sont contractés conformément aux préceptes coutumiers qui en font une affaire gérée par les groupes familiaux.¹²⁴ Les familles sont aussi impliquées en matière de dissolution du mariage et, par la suite, si la réconciliation ne fonctionne pas, les *Traditional Courts* ou les *Local Courts*.¹²⁵ Cela dit, même si les droits coutumiers africains conservent leur vitalité, leur encadrement par le droit étatique demeure un enjeu majeur en raison du rôle fondamental de cohésion sociale qu'ils jouent : tout déséquilibre

122. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 4. La méconnaissance du droit coutumier autochtone transparaissait de la version originale du projet de loi 113 présenté à l'Assemblée nationale à l'automne 2016. Ce projet contenait des dispositions reconnaissant l'effet de l'adoption coutumière seulement dans les cas où celle-ci opérerait une modification de la filiation de l'enfant. Or à la suite des mémoires déposés par Innu Takuaikan Uashat mak Mani-Utenam/ Uautshitun, *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale, Projet de loi 113 modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, 21 novembre 2016, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/Memoire-sur-le-projet-de-loi-113-Finale.pdf>> et le Conseil de la nation Atikamekw, *Mémoire portant sur le projet de loi 113*, 22 novembre 2016, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/Memoire-CNA-PL-113.pdf>>, le projet de loi a été modifié pour reconnaître également le transfert coutumier qui ne crée pas de nouveau lien de filiation (voir le nouvel article 199.10 du *Code civil du Québec*).

123. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1 aux pp. 11-12.

124. *Access to Justice in the Republic of Zambia*, supra note 47 à la p. 290. Sur 461 personnes interviewées, 421 l'avaient été coutumièrement.

125. *Access to Justice in the Republic of Zambia*, *ibid* à la p. 294.

devient alors un vecteur considérable de déstructuration sociale potentielle¹²⁶. Toutefois, il faut se garder d'associer toutes formes d'adaptation à une érosion condamnable. Faut-il le rappeler, une influence extérieure, dans la mesure où elle n'est pas imposée, n'est pas nécessairement pernicieuse.

Ces observations mettent en lumière l'importance d'intégrer dans l'analyse des interactions entre droits autochtones et droits étatiques l'élaboration possible et la mise en œuvre corollaire de stratégies de résistance et d'adaptation des droits autochtones face à ce qui, dans un contexte colonial, peut être perçu comme un envahissement des consciences juridiques autochtones non seulement par les droits étatiques, mais éventuellement par d'autres considérations normatives, telles que celles découlant de la religion catholique embrassée par certains Kanaks de Nouvelle-Calédonie, où l'« on doit se marier à l'église *et* dans la coutume¹²⁷ », et par plusieurs autochtones zambiens¹²⁸. Ces stratégies de résistance peuvent donner lieu à la création de nouveaux réseaux d'acteurs, aptes à mettre en œuvre des processus juridiques innovateurs, en se fondant sur l'hybridation du système de droit étatique et du droit autochtone¹²⁹. Ces questions seront toutefois traitées avec une attention plus poussée dans les prochains rapports.

CONCLUSION

Au terme de cette synthèse comparative, un certain nombre de convergences peuvent être établies en ce qui a trait aux valeurs, aux principes ou aux règles juridiques autochtones étudiées dans les six

126. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1 à la p. 10.

127. *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, supra note 7 à la p. 19.

128. *Interactions entre ordres juridiques concernant le mariage coutumier en Zambie*, supra note 58 à la p. 31 : « While the Christian laws and practices have not been categorised in this research as a separate legal system, they remain a normative system of high importance for people subject to customary law. In fact, religion has a larger impact on customary marriage than education and the influence of other cultures. » ; voir aussi *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 1 à la p. 20. Il faut éviter toutefois de nier l'agentivité des acteurs coutumiers en faisant de leur attachement pour la foi chrétienne leur pur produit du colonialisme.

129. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 41.

rapports portant sur la famille. Ainsi, la valeur partagée qui ressort le plus clairement – les groupes concernés y souscrivent de manière unanime – est l'éthique communautariste, ou l'importance centrale de la communauté¹³⁰. En corollaire, la valeur d'entraide mutuelle ou de solidarité est recensée dans la majorité des études¹³¹. Les valeurs complémentaires que représentent la réciprocité et la générosité sont aussi identifiées¹³². À titre d'exemple, le mariage est, conformément à la perspective communautariste, constitutif d'une alliance entre familles¹³³ et vecteur de cohésion sociale¹³⁴.

Des particularismes régionaux s'affirment toutefois, particulièrement en ce qui concerne le genre des enfants adoptés selon la coutume. Alors que le genre semble ne jouer aucun rôle dans les processus de transfert coutumier examinés au Canada, il est déterminant dans les processus d'adoption à Yaté. Alors que les auteurs des deux rapports canadiens ne font pas de distinction entre filles et garçons dans le cadre des processus de transfert coutumier – l'objectif étant d'aider les parents et/ou les enfants¹³⁵ – le rapport

130. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 aux pp. 14-15; *Normes crie relatives aux enfants*, supra note 3 à la p. 6; *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 9; *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1 à la p. 10; *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 1 à la p. 12; *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, supra note 7 à la p. 10.

131. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 1 à la p. 12; *Normes crie relatives aux enfants*, supra note 3 aux pp. 6, 9; *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 13; *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 9. En lien avec l'entraide, l'adoption comme processus/action ayant comme finalité de rendre service est signalée dans trois rapports, *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 13; *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, supra note 7 à la p. 10.

132. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 1 à la p. 12; *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, supra note 7 à la p. 12.

133. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1 à la p. 10; *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 1 à la p. 12; *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, supra note 7 à la p. 10.

134. *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, supra note 7 à la p. 10; *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1 à la p. 10.

135. *Normes crie relatives aux enfants*, supra note 3 à la p. 6; *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 4 à la p. 13.

concernant la Nouvelle-Calédonie met en lumière une modification de l'objectif de l'adoption selon que l'enfant est une fille ou un garçon. S'il s'agit d'une fille, l'objectif de l'adoption est de rendre service; s'il s'agit d'un garçon, l'objectif de perpétuation du clan prend le dessus¹³⁶. En outre, alors que l'égalité entre les genres est importante dans la communauté atikamekw¹³⁷, une culture patriarcale semble bien ancrée dans les sociétés africaines comme la Zambie¹³⁸ et l'Afrique du Sud¹³⁹, mais également dans la société kanak¹⁴⁰. Le genre semble donc être une variable signifiante constitutive d'une ligne de partage entre cultures juridiques autochtones.

L'analyse de ces distinctions fondées sur le genre mériterait sans doute d'être creusée, mais une précaution méthodologique et épistémologique sera alors de mise: non seulement s'agira-t-il d'éviter l'eurocentrisme, mais encore faudra-t-il aussi éviter les ethnocentrismes autochtones. Certains estiment qu'il serait opportun de considérer les théories du féminisme postcolonialiste ou multiculturalistes¹⁴¹.

Les droits non étatiques diffèrent sur certains points de manière importante des droits étatiques qui, par exemple, consacrent le paradigme de la famille nucléaire, proposent une conception plutôt individualiste de l'intérêt de l'enfant et établissent le principe de non-discrimination en raison du sexe. Le défi de la coexistence apaisée des systèmes juridiques persiste donc et il faudra, à la faveur de la prochaine étape des travaux, saisir d'une manière plus approfondie les processus par lesquels cette coexistence est prise en charge.

136. *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, supra note 7 à la p. 10.

137. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 1 à la p. 9.

138. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 1 à la p. 13.

139. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 1 à la p. 14.

140. L'article 1 de la Section 2 de la *Charte du peuple Kanak* affirme: «La société Kanak est une société patriarcale. Son système social fonctionne à partir d'une transmission des droits, des pouvoirs et des responsabilités basées sur l'homme.»

141. À ce propos, une critique féministe, formulée par des intellectuels autochtones, s'élève de plus en plus contre l'affirmation selon laquelle les traditions juridiques autochtones seraient ontologiquement égalitaires: Emily Snyder, Val Napoleon et John Borrows, «Gender and Violence: Drawing on Indigenous Legal Resources» (2015) 48 UBC Law Review 593.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

Charte du peuple kanak, socle commun des valeurs et des principes fondamentaux de la civilisation kanak, Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, Nouville, juin 2014, art. 36 (ci-après «Charte du peuple kanak»).

Code civil du Québec, RLRQ c CCQ-1991.

Constitution of Zambia (1991, rev. 2016).

2. Doctrine

Al-Dabbagh, Harith. «La réception de la kafala dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel»? (2017) 47 R.G.D, 165.

Friedland, Hadley et Val Napoleon. «Gathering the Threads: Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions» (2015-2016) 1:1 Lakehead Law Journal 16.

Grammond, Sébastien et Christiane Guay. «Comprendre la normativité innue en matière d'«adoption» et de «garde coutumière» (2016) 61 :4 RD McGill 887.

Herrera, Monica et Willem Doise. «Représentations sociales des droits de l'homme et des droits des peuples autochtones chez des membres de la nation montagnaise ou innu du Québec» (2001) 34 Revue canadienne de science politique 739.

Kerrigan Fergus, avec la contribution de Lungowe Matakala, Wilfred Mweenya, Charles Dinda et Miriam Møller, *Access to Justice in the Republic of Zambia. A Situation Analysis*, Government Republic of Zambia, Governance Department, 2012.

Lacasse, Jean-Paul. *Les Innus et le territoire, Innu Tipentamun*, Septentrion, Sillery, 2004.

Leclair, Jean. *Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales* (2009) 14: 1 Lex Electronica, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=1749523>>.

Leclair, Jean. «Military Historiography, Warriors and Soldiers: The Normative Impact of Epistemological Choices», dans Patrick Macklem et Douglas Sanderson (dir.), *Essays on the Constitutional Entrenchment*

of *Aboriginal & Treaty Rights*, Toronto, University of Toronto Press, en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=2326486>>.

Motard, Geneviève et Mathieu Joffre-Lainé. « Prendre le droit autochtone au sérieux : entretien avec Hadley Friedland » (2016) 40:2 *Anthropologie et sociétés* 195.

Otis, Ghislain (dir.). *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013 ; 230.

Snyder, Emily, Val Napoleon et John Borrows. « Gender and Violence: Drawing on Indigenous Legal Resources » (2015) 48 *UBC Law Review* 593.

Tanner, Adrian. « The Double Bind of Aboriginal Self-Government », dans Colin H. Scott (dir.), *Aboriginal Autonomy and Development in Northern Quebec and Labrador*, Vancouver, UBC Press, 2001, 396.

Todorov, Tzvetan. *La conquête de l'Amérique. La question de l'autre*, Paris, Seuil, 1982, 278.

3. Autres sources

Conseil de la Nation atikamekw, *Mémoire portant sur le projet de loi 113*, le 22 novembre 2016, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/Memoire-CNA-PL-113.pdf>>.

Innu Takuaitkan Uashat mak Mani-Utenam/ Uautshitun, *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale, Projet de loi 113 modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, 21 novembre 2016, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/Memoire-sur-le-projet-de-loi-113-Finale.pdf>>.

Rapport du groupe de travail sur l'adoption coutumière en milieu autochtone, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2012, 196.

PARTIE 3

Le territoire

SOPHIE THÉRIAULT ET CATHERINE DELISLE L'HEUREUX

INTRODUCTION

Ce chapitre a pour objet de comparer trois études de cas portant sur les ordres juridiques autochtones en lien avec le territoire. Deux de ces études ont été accomplies en contexte canadien, auprès des peuples innu¹ et secwépemc², et une étude a été réalisée dans la région de la Nawa en Côte d'Ivoire, notamment auprès des Bété³.

1. Les Innus vivent sur le territoire qu'ils désignent dans leur langue par le terme « Nitassinan » (« notre terre »), lequel chevauche les provinces du Québec et de Terre-Neuve et Labrador. Autrefois semi-nomades, le processus de colonisation a amené les Innus à se sédentariser, de sorte qu'ils vivent aujourd'hui au sein de 12 communautés, à savoir Mashteuiatsh, Matimekush-Lac John, Essipit, Pessamit, Uashat, Mani Utenam, Ekuanitshit, Nutuashkuan, Unamen Shipu, Pakuashipi, Sheshatsiu et Natuashish.
2. Comme les Innus, les Secwépemc (aussi connus comme les Shuswap) vivaient traditionnellement suivant un mode de vie semi-nomade axé sur la pêche, la cueillette et la chasse. Dans la foulée de la colonisation européenne, ils ont été organisés en 17 bandes localisées dans la région centrale-sud de la province de la Colombie-Britannique, au Canada. Sur les Secwépemc, voir Marianne Ignace et Ronald E. Ignace, *Secwépemc People, Land, and Laws: Yeri7 Re Sisq'ey's-kucuw*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2017.
3. L'étude de cas porte plus précisément sur les relations entre les Bété et les autres groupes ethniques qui cohabitent aujourd'hui avec eux dans la région de la Nawa, en particulier la communauté burkinabé. Pour une étude des processus historiques, économiques et politiques de construction de l'ethnicité bété en Côte d'Ivoire, voir notamment Bambi Ceuppens et Peter Geschiere, « Autochtony: Local or Global? New Modes in the Struggle over Citizenship and Belonging in Africa and Europe »

Il ne s'agit pas ici de dresser un portrait exhaustif des ordres juridiques à l'étude, mais plutôt de cerner les points de convergence et de divergence majeurs entre, d'une part, les ordres juridiques innu, secwépemc et bété et, d'autre part, entre les ordres juridiques autochtones et étatiques dans les espaces juridictionnels concernés⁴. Bien que nous ayons principalement tiré nos données des rapports soumis par les équipes de recherche dans le cadre du projet *État et cultures juridiques autochtones: un droit en quête de légitimité*⁵ (*Legitimus*), nous nous sommes autorisées à compléter le propos en puisant dans la littérature scientifique pertinente sur le sujet, soit les régimes fonciers innu, secwépemc et bété. Nous avons également retenu certaines études portant sur d'autres régimes fonciers autochtones, en particulier celui prévalant chez les Atikamekw Nehirowisiwok, dans la mesure où elles permettent de jeter un éclairage intéressant sur certains aspects des ordres juridiques étudiés⁶.

(2005) 34 *Annual Review of Anthropology* 385 et Jean-Pierre Dozon, « Les Bété: une création coloniale » dans Jean-Loup Amselle et Elikia M'Bokolo, dir, *Au cœur de l'ethnie: ethnies, tribalisme et état en Afrique*, Paris, La Découverte, 1985 [Les Bété: une création coloniale]. Ces études, parmi d'autres, concluent que la « bétéitude » (à titre d'identité commune ou de conscience ethnique), de même que le discours « autochtoniste », seraient le résultat de processus historiques complexes liés à la colonisation et à l'économie politique en Côte d'Ivoire. Aussi, tel que l'a observé Dozon, le droit coutumier au sein des différentes tribus qui s'identifient à l'ethnie bété ne serait pas uniforme (*ibid*). En tenant compte de ce contexte, il importe de souligner que les entretiens menés par l'équipe de recherche auprès de représentants bété dans le cadre de ce cas d'étude ont principalement été effectués dans les localités de Soubré et de Grand Zatry. Les données portant sur la teneur du droit coutumier au sein de ces localités ne sont donc pas nécessairement transposables aux autres communautés ou sous-groupes bété.

4. Les cas d'étude se distinguent de manière très significative quant à leur contexte et leur objet. Il en résulte que notre analyse comparative se situe à un niveau très élevé de généralité. Une description plus détaillée de certains aspects des ordres juridiques ici comparés se trouve notamment dans la littérature à laquelle nous renvoyons dans le présent chapitre.
5. Ces rapports de recherche sont disponibles sur le site Internet du projet Legitimus, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/>>. Les rapports sur lesquels nous nous appuyons sont présentés dans la première section de ce chapitre.
6. Les travaux accomplis par Benoit Éthier sur les droits et responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok nous ont été particulièrement utiles, de même que les travaux de Jacques Leroux sur la responsabilité territoriale chez les peuples algonquins du Québec: voir Benoit Éthier, « Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowi-

Les rapports de recherche sur les régimes fonciers innu et secwépemc mettent clairement au jour la pression exercée sur les ordres juridiques autochtones par le capitalisme, l'extractivisme et les politiques néolibérales qui les soutiennent, lesquels favorisent l'exploitation et la marchandisation des terres et des ressources naturelles dans l'optique primordiale de favoriser la croissance économique⁷. Cette pression serait par ailleurs d'autant plus significative qu'elle s'exerce sur des institutions sociales, politiques et juridiques autochtones systématiquement marginalisées par un ensemble de processus coloniaux, que d'aucuns n'hésitent pas aujourd'hui à qualifier de génocide culturel⁸. Ce contexte pourrait

siwok» (2016) 40: 2 *Anthropologie et Sociétés* 177 [Pluralisme juridique]; Benoit Éthier, «Nehirowisiw Kiskeritamowina: acquisition, utilisation et transmission de savoir-faire et de savoir-être dans un monde de chasseurs» (2014) 44:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 49 [Nehirowisiw Kiskeritamowina]; Jacques Leroux, «Éthique et symbolique de la responsabilité territoriale chez les peuples algonquins du Québec» (2009) 39:1-2 *Recherches amérindiennes au Québec* 85.

7. Val Napoleon, Hadley Friedland et Renée McBeth, *Secwépemc Laws Governing Land and Resources*, First Integration Report: How does legal pluralism manifest itself?, 2015 aux pp. 2-3, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1939>>, voir aussi les annexes E, F et G aux pp. 31-50 [*Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*]; Pierrot Ross-Tremblay, Geneviève Motard et Sylvie Vincent, *Accès à la terre et gestion des ressources: perspectives du droit innu et du droit étatique québécois*, Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015 à la p. 15, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2895>> [*Accès à la terre et gestion des ressources: perspectives innu et étatique*]. Au sujet de ces dynamiques, voir Isabel Altamirano-Jiménez, *Indigenous Encounters with Neoliberalism: Place, Women, and the Environment in Canada and Mexico*, Vancouver, UBC Press, 2013; Glen Sean Coulthard, *Red Skin White Masks. Rejecting the Colonial Politics of Recognition*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2014.
8. *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, *ibid* à la p. 3; Pierrot Ross-Tremblay, Geneviève Motard et Nawel Hamidi, *De l'invalidation à l'affirmation: manifestations et interactions entre les ordres juridiques étatiques et innu*, Rapport d'intégration 2: Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone?, 2016 aux pp. 3-4 et 17-18, en ligne: <<https://www.legitimus.ca/blog?id=2928>> [*Manifestations et interactions entre les ordres juridiques étatiques et innu*]. Voir Val Napoleon et Hadley Friedland, «An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions through Stories» (2016) 61(4) *RD McGill* 725 à la p. 728. Sur l'assimilation des processus coloniaux au Canada à un génocide culturel à l'égard des Premiers peuples, voir notamment Commission de vérité et de réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada: L'histoire, partie 1. Des origines à 1939*, Rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada, Volume 1, 2016 à la p. 3.

expliquer, du moins en partie, que ces deux études de cas reposent dans une large mesure sur les conceptions autochtones du territoire et des êtres qui y cohabitent, et ce, dans une perspective de résurgence⁹ ou de revitalisation¹⁰ des ordres juridiques autochtones.

La région de la Nawa en Côte d'Ivoire, pour sa part, serait aux prises, particulièrement depuis l'adoption de la *Loi N° 98-750 du 23 décembre 1998 relative au Domaine du Foncier rural*¹¹, avec des tensions interethniques concernant l'accès aux droits fonciers dans les zones rurales¹². Cette problématique singulière a amené l'équipe

-
9. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, supra note 7 à la p. 2.
 10. Hadley Friedland et Val Napoleon, « Gathering the Threads : Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions » (2015-2016) 1:1 Lakehead Law Journal 16 à la p. 17 [Gathering the Threads].
 11. Ci-après «Loi de 1998 relative au domaine du foncier rural». Cette loi peut être consultée à l'adresse suivante : <<http://www.foncierural.ci/reglementation-foncier-rurale/12-la-loi>>. Pour une analyse des mécanismes mis en place par cette loi et de leurs effets potentiels, voir Jean-Pierre Chauveau, « Une lecture sociologique de la loi ivoirienne de 1998 sur le domaine foncier », Montpellier, Institut de recherche pour le développement (IRD), 2002, en ligne : <<http://www.documentation.ird.fr/hor/fdi:010029492>> [Une lecture sociologique de la loi ivoirienne de 1998].
 12. Au-delà de la logique libérale – privatiste et individualiste – qui anime la *Loi de 1998 relative au domaine du foncier rural*, supra note 11, il importe d'appréhender le droit coutumier bété – et ses représentations contemporaines – dans le contexte sociopolitique et économique fort complexe et tendu de la Côte d'Ivoire, en particulier eu égard aux politiques ethnonationalistes qui sous-tendent les politiques foncières ivoiriennes en zone rurale, sur fond à la fois de crise agricole et de crise économique urbaine, cette dernière entraînant le retour « au village » de nombreux jeunes bété et, dans la foulée, la remise en question par certains d'entre eux des transactions foncières effectuées par leurs ascendants en faveur d'exploitants étrangers. D'aucuns ont souligné que cette loi aurait fortement attisé les tensions interethniques entre notamment les Bété et les membres d'autres groupes ethniques qui, dans la mouvance des politiques libérales favorisant la mise en valeur des terres, ont été encouragés à venir exploiter les plantations de café et de cacao dans les zones forestières, en particulier sous la présidence de Houphouët-Boigny : voir Aline Aka, « Analyse de la nouvelle loi de 1998 au regard de la réalité foncière et de la crise sociopolitique en Côte d'Ivoire » (2001) *Cahiers d'anthropologie du droit* 115; Sara Berry, « Property, Authority and Citizenship: Land Claims, Politics and the Dynamics of Social Division in West Africa » (2009) 40:1 *Development and Change* 23; Jean-Pierre Chauveau et Jean-Philippe Colin, *La question foncière à l'épreuve de la reconstruction en Côte d'Ivoire. Promouvoir la propriété privée ou stabiliser la reconnaissance sociale des droits*, Montpellier, Les Cahiers du Pôle Foncier n° 6, 2014, en ligne : <http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/divers16-

de recherche responsable de cette étude de cas à appréhender l'ordre juridique bété principalement sous l'angle des rapports sociaux, tels qu'ils s'articulent en lien avec la distribution des droits d'accès à la terre. Il en résulte que ce rapport se distingue de ceux portant sur les ordres juridiques *secwépemc* et *innu*, d'abord parce qu'il s'attarde peu aux normes coutumières organisant les relations entre les Bété et la terre elle-même, et ensuite parce qu'il ne vise pas à cerner les normes qui encadrent la gestion des terres au niveau de la communauté, notamment au sein et entre les groupes de parenté¹³.

La première partie de ce chapitre consiste à décrire de manière sommaire les rapports de recherche dans lesquels nous puisons l'essentiel de nos données. L'analyse et la comparaison des données concernant les ordres juridiques autochtones se déploient ensuite suivant deux grands axes transversaux, à savoir les liens au territoire et les modalités d'accès aux terres et aux ressources (2.1) et les responsabilités à l'égard du territoire, des êtres non humains et des êtres humains (2.2). Enfin, nous analysons les vecteurs de convergence et de divergence entre les ordres juridiques autochtones que nous avons décrits et comparés et les ordres juridiques étatiques en lien avec la terre et les ressources naturelles (2.3).

1. PRÉSENTATION DES RAPPORTS DE RECHERCHE

Ce chapitre se fonde essentiellement sur les trois rapports que nous ont soumis les équipes de recherche en mai 2015. Ces rapports de recherche initiaux avaient pour objet de décrire les ordres juridiques autochtones et étatiques en lien avec le territoire en fonction de variables spécifiques : les valeurs, les principes, les règles, les acteurs et les processus. Durant l'automne 2016, les équipes ont soumis un

06/010067479.pdf> [*La question foncière à l'épreuve de la reconstruction en Côte d'Ivoire*]; Jean-Pierre Chauveau, « Question foncière et construction nationale en Côte d'Ivoire: les enjeux silencieux d'un coup d'État » (2000) 78 *Politiques africaines* 94 [*Question foncière et construction nationale en Côte d'Ivoire*].

13. Au sujet de l'organisation sociale et familiale en lien avec la terre chez les Bété de Gagnoa, voir par analogie Jean-Pierre Dozon, « Économie marchande et structures sociales : le cas des Bété de Côte d'Ivoire » (1977) 17:68 *Cahiers d'études africaines* 463 [*Économie marchande et structures sociales*].

deuxième rapport de recherche portant cette fois plus spécifiquement sur les interactions entre les ordres juridiques autochtones et étatiques. Nous puisons à ces derniers rapports dans la mesure où ils permettent de compléter les données concernant les droits autochtones ou étatiques.

1.1 Les droits innu et québécois relatifs au territoire

Le rapport intitulé *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives du droit innu et du droit étatique québécois* a pour principaux objectifs, d'une part, « de documenter et d'articuler les éléments fondamentaux des rapports juridiques au territoire et aux ressources, tels qu'ils se dégagent de la tradition orale innue et du droit étatique au Québec »¹⁴; et, d'autre part, « d'analyser ces systèmes juridiques pour mieux comprendre la spécificité de la culture politique et juridique qu'ils véhiculent dans une optique d'actualisation et de partage »¹⁵.

Sur le plan méthodologique, ce rapport s'inscrit en continuité avec les travaux de recherche effectués au cours des dernières décennies sur la tradition orale innue. En particulier, les auteurs ont puisé leurs données de récits et de commentaires d'ainés recueillis principalement entre les années 1970 et 2000¹⁶. Au total, 160 récits ont été examinés¹⁷. Lorsque c'était pertinent, le régime foncier innu a

14. Il est entendu que le droit étatique qui s'applique en territoire innu ne se limite pas au droit provincial québécois. En effet, le territoire innu s'étend sur de vastes étendues qui, du point de vue du Canada, font partie du territoire qui chevauche les provinces du Québec et de Terre-Neuve-et-Labrador. De plus, plusieurs régimes juridiques fédéraux s'appliquent en territoire innu. Dans la perspective de limiter la portée de leur rapport, l'équipe a néanmoins restreint son étude du droit étatique au droit québécois.

15. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, supra note 7 aux pp. 2-3.

16. Plusieurs des récits utilisés ont été recueillis par l'anthropologue Sylvie Vincent, collaboratrice dans le projet *Legitimus* et coauteure du rapport.

17. Les auteurs ont choisi de s'appuyer sur les récits de type « historique », consistant en des témoignages d'événements vécus (« tipâtshimun »), plutôt que sur les récits d'origine ou « mythiques » (« âtanûkan »). Pour la distinction entre ces types de récits, voir Sylvie Vincent, « L'histoire montagnaise jusqu'au 15 novembre : quatre siècles de dépossession » (1977) 1:3-4 Possibles 13 à la p. 15.

aussi été étudié à partir de travaux de recherche déjà publiés se rapportant à la tradition orale innue.

En ce qui concerne le droit étatique québécois¹⁸ portant sur les terres et les ressources naturelles, le rapport se fonde sur l'ensemble des lois québécoises, de même que sur la jurisprudence et la doctrine pertinentes, ce qui permet « de comprendre les diverses responsabilités et les droits se rapportant à la gestion et à l'accès aux terres et aux ressources », à l'exception des régimes qui encadrent la production énergétique. Le rapport traite également des données se rapportant aux ententes conclues entre l'État et les peuples autochtones.

1.2 Le territoire chez les Secwépemc et en Colombie-Britannique

Le rapport intitulé *Secwépemc Laws Governing Land and Resources* a pour objet de cerner et d'analyser la tradition juridique secwépemc en matière de gestion territoriale, et les processus de résolution des conflits en matière foncière¹⁹. Suivant l'approche méthodologique développée par cette équipe, les principes, les règles et les processus juridiques autochtones sont identifiés, en collaboration avec les membres des communautés concernées, à partir de récits oraux²⁰.

L'analyse de ces récits est accomplie à la lumière de questions de recherche prédéfinies, qui sont en l'espèce les suivantes : « *How*

18. Il est à noter que l'analyse exclut le droit fédéral se rapportant aux terres et aux ressources naturelles, de même que le droit de la province de Terre-Neuve-et-Labrador.

19. *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 à la p. 4. Ce rapport, rédigé à un stade préliminaire de la recherche, a été ultérieurement complété dans le cadre d'un projet de recherche collaboratif entre le Shuswap Nation Tribal Council et l'Indigenous Law Research Unit de l'Université de Victoria : voir Jessica Asch *et al.*, *Secwépemc. Lands and Resources Law Research Project*, Shuswap Nation Tribal Council et Indigenous Law Research Unit (University of Victoria), 2017, en ligne : <<http://shuswapnation.org/wordpress/wp-content/uploads/2017/04/Secwepemc-Land-Laws-1.pdf>>. Nous y référons afin d'actualiser ou de compléter les données présentées dans le premier rapport de recherche.

20. Pour une description complète de cette méthodologie, voir Friedland et Napoleon, « Gathering the Threads », *supra* note 10. Pour l'application spécifique de cette méthodologie dans le contexte de ce cas d'étude, voir Asch *et al.*, *supra* note 19 aux pp. 1-8.

do people within the Secwépemc tradition respond to disputes or conflicts concerning lands or resources? Where there aren't clear disputes or conflicts concerning lands or resources, what relationships, responsibilities, and rights do people within the Secwépemc legal tradition have to land, water, animals used and plants²¹ ? » Les réponses à ces questions sont ensuite analysées à partir d'une grille permettant de décrire et d'organiser le droit autochtone de manière spécifique et accessible²². Au total, 30 récits oraux secwépemc ont été analysés dans le cadre de ce projet, et 23 entretiens ont été menés avec des membres de la nation secwépemc durant l'été 2015 et le printemps 2016.

En ce qui concerne le droit étatique en lien avec le territoire, les auteures se sont attachées à décrire les principales caractéristiques des régimes forestier²³ et minier²⁴, du droit de l'eau²⁵ et du processus d'évaluation environnementale²⁶ en Colombie-Britannique.

1.3 Le foncier dans la région de la Nawa en Côte d'Ivoire

Le rapport intitulé *Le pluralisme juridique en matière foncière en Afrique de l'Ouest: le cas de la Côte d'Ivoire*, fait état du droit coutumier – particulièrement dans les localités bété de Soubré et de Grand Zatry – et du droit étatique en Côte d'Ivoire portant sur la gestion des terres en zone rurale. Il est important de noter que bien que ce rapport fasse état de valeurs et de principes exprimant les rapports singuliers qui unissent les Bété à la terre, il s'attache plus particulièrement à l'étude des normes qui encadrent les rapports sociaux en lien avec le foncier, ce qui s'explique aisément par la

21. Voir Asch *et al*, *supra* note 19 à la p. 3.

22. Comme l'expliquent les auteurs du rapport: « The logical first step to achieving more specific research outcomes from our engagement with Indigenous laws is to ask more specific research questions of indigenous laws. This is both practical and in keeping with our commitment to approaching [...] Indigenous laws as *laws*. [...] All law has to be capable of being specific, responsive, and applied to the real and messy life of human communities » (Friedland et Napoleon, « Gathering the Threads », *supra* note 10 à la p. 20).

23. *Ministry of Forests and Range Act*, RSBC 1996, c. 300.

24. *Mines Act*, RSBC 1996, c. 293.

25. *Water Sustainability Act*, SBC 2014, c. 15.

26. *Environmental Assessment Act*, SBC 2002, c. 43.

problématique de recherche axée sur les conflits fonciers intercommunautaires²⁷.

Les données se rapportant au droit étatique ivoirien ont principalement été tirées de la *Loi de 1998 relative au domaine du foncier rural*, de même que de la doctrine et de la jurisprudence pertinentes. Les données sur le droit autochtone proviennent pour leur part de la littérature secondaire et des entretiens individuels et de groupes qui ont été menés en Côte d'Ivoire en 2014 et en 2016 auprès de divers acteurs impliqués dans des conflits fonciers ou dans leur résolution, dont le chef central de terre de Soubré, le vice-président du tribunal de Soubré, les sous-préfets des localités de Soubré et de Grand Zatory et une quarantaine de ressortissants d'États membres de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), dont une trentaine de personnes provenant de la communauté burkinabé, laquelle est particulièrement impliquée dans les conflits fonciers dans la région de la Nawa²⁸.

2. ANALYSE TRANSVERSALE DES ÉTUDES DE CAS PORTANT SUR LE TERRITOIRE

2.1 Les liens au territoire et les modalités d'accès aux terres et aux ressources

Les ordres juridiques à l'étude véhiculent une conception singulière du territoire et des liens que les êtres humains entretiennent avec lui. Tel qu'il ressort des rapports, chez les Innus, les Secwépemc et les Bété, le territoire n'est pas assimilé à « un simple réservoir de ressources » par essence destiné à la seule satisfaction des besoins et des désirs immédiats des êtres humains²⁹. Les liens particuliers qui

27. Voir les explications et les références à la note 12.

28. Seynabou Samb, Djibril Ouedraogo et Sylvia Soro, *Le pluralisme juridique en matière foncière en Afrique de l'Ouest: le cas de la Côte d'Ivoire*, Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015 aux pp. 8-9, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1934>> [*Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*].

29. Les conceptions autochtones de la terre se distingueraient ainsi de celles qui dominent la modernité occidentale, telles que décrites par François Ost dans *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995 aux pp. 7-12.

unissent les peuples autochtones à leurs territoires, qui émanent à l'origine d'un ordre sacré, sont établis et maintenus par l'utilisation, l'aménagement et la connaissance du territoire³⁰, la toponymie³¹, de même que par les chants, les récits, les prières et les cérémonies³². Se déclinant le plus souvent à l'échelle de la communauté ou de la famille, les liens se manifestent notamment au travers de la connaissance de principes et de règles qui régissent l'accès au territoire et à ses ressources.

Les Innus disent être « les premiers dépositaires d'un territoire qu'ils connaissent d'un bout à l'autre et qu'ils ont aménagé »³³, territoire dont ils connaissent bien les limites et qu'ils ont à l'origine reçu en partage d'« un ordre naturel des choses »³⁴. Ainsi, en plus de leurs fondements sacrés, les liens entre les Innus et le territoire et leur autorité sur ce dernier reposeraient sur le fait qu'ils ont été les premiers à le parcourir, à le nommer, à l'aménager, à le gérer et à le

30. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique, supra* note 7 à la p. 9. Voir également *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire, supra* note 28 aux pp. 36-37.

31. Par exemple, le pouvoir de nommer sa terre constituerait une manifestation significative du lien des Innus au territoire (Suzanne H. Foy, *Droit innu d'appartenance à la terre et droit de propriété : deux modes de penser l'univers et l'existence*, Thèse de maîtrise en droit, Université d'Ottawa, 1994 à la p. 55).

32. *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources, supra* note 7 à la p. 6. À ce sujet, voir Nina Reuther, « Chant et territorialité chez les Secwepemc (Shushwap) ou comment tracer des frontières par la portée du chant » (2007) 20 *Cahiers d'ethnomusicologie* 147.

33. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique, supra* note 7 à la p. 10. À propos du droit innu relatif au territoire, voir l'ouvrage de Jean-Paul Lacasse, *Les Innus et le territoire. Innu Tipenitamun*, Montréal, Septentrion, 2004.

34. José Mailhot et Sylvie Vincent, *Le discours montagnais sur le territoire*, Québec, Conseil Attikamek-Montagnais, 1980 aux pp. 18-20 [*Le discours montagnais sur le territoire*]. Tel que l'exprime Suzanne H. Foy, en s'appuyant sur les travaux de J. Mailhot et S. Vincent : « Selon la théorie innue, chaque peuple appartient à une terre donnée; par exemple, les Africains au continent nommé Afrique, les Anglais au territoire de l'Angleterre, et les Français à la France. Le nom des différents pays ou continents est dérivé de celui du groupe humain auquel Dieu aurait attribué le territoire. » (Foy, *supra* note 31 à la p. 37). Il est intéressant de souligner que l'ordre sacré aurait également réparti les animaux entre les peuples : suivant la taxonomie innue de la faune, il y aurait des animaux « innus » (p. ex. : les caribous, les ours, les porcs-épics), et les animaux des Blancs (p. ex. : les vaches, les poulets, les cochons...) (*ibid* aux pp. 39-40).

connaître³⁵. En langue innue, le lien à la terre est d'ailleurs désigné par le verbe « *tipenitam* » qui, selon le contexte dans lequel il est utilisé, peut signifier « gérer, administrer, être responsable de, avoir du pouvoir sur, contrôler, diriger, être le maître ou le patron de »³⁶. De l'avis de José Mailhot et Sylvie Vincent, cette notion se rapprocherait davantage du concept occidental de « souveraineté » que de celui de « propriété » : les Innus se reconnaissent le pouvoir de faire respecter leurs règles sur leur territoire (« *Nitassinan* »)³⁷. Aussi, on dit de l'« *Utshimau* », soit de celui qui détient un territoire de chasse, qu'il a « le contrôle sur celui-ci », qu'il « en est le maître »³⁸.

Les liens entre les Innus et le territoire s'expriment notamment au travers des modalités qui encadrent l'accès aux terres et aux ressources par les communautés ou les familles voisines, ou encore par les autres nations³⁹. Ces principes et ces règles, bien que suscep-

35. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique, supra* note 7 aux pp. 9-10; Mailhot et Vincent, *Le discours montagnais sur le territoire, supra* note 34 aux pp. 70-90. Tel que l'expriment les auteurs du rapport *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique, supra* note 7 à la p. 9 : « Pour affirmer que l'on détient un lien avec un territoire, il faut l'avoir vu de ses propres yeux, l'avoir parcouru, en connaître la topographie et les ressources ainsi que l'histoire. Il faut y avoir investi du travail et y avoir laissé des traces. Or les Innus sont seuls à pouvoir dire qu'ils ont été les premiers à connaître et à aménager leur territoire. » Suzanne Foy, pour sa part, affirme que chez les Innus, « [l]a notion de connaissance, quand elle s'applique à un individu ou à un lieu, est rendue par le verbe « voir ». Celle-ci implique donc une expérience directe. C'est pourquoi un territoire que l'on n'a jamais vu et que l'on ne connaît pas n'est pas un territoire que l'on peut revendiquer comme le sien. » (Foy, *supra* note 31 à la p. 55).

36. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique, supra* note 7 à la p. 10, citant José Mailhot et Sylvie Vincent, « Le droit foncier Montagnais », (1980) *Interculture XV* (2-3), cahiers 75-76, 1982 à la p. 67 [Le droit foncier Montagnais]. Les Atikamekw Nehirowisiwok utilisent un terme fondé sur la même racine pour désigner leur lien à la terre, c'est-à-dire « *tiperitamowin* », qui réfère « à l'influence, [au] contrôle ou [à] la maîtrise qu'exerce une personne ». (Éthier, « Pluralisme juridique », *supra* note 6 à la p. 182).

37. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique, supra* note 7 à la p. 5; Lacasse, *supra* note 33 aux pp. 37-41; Jean-Paul Lacasse et Valérie Cabanes, « Les fondements de l'ordre juridique innu : la parole des aînés comme source de connaissance », dans Mathieu D'Avignon et Camil Girard (dir.), *A-t-on oublié que jadis nous étions « frères » ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 153. Mailhot et Vincent, *Le discours montagnais sur le territoire, supra* note 34 à la p. 124.

38. Mailhot et Vincent, *supra* note 34 aux pp. 122-123.

39. *Ibid.* aux pp. 142-151.

tibles de varier de manière significative en fonction de l'emplacement géographique, de l'environnement et de la trajectoire historique des différentes communautés innues⁴⁰, peuvent être articulés en fonction des deux énoncés suivants : d'une part, nul ne peut circuler dans un territoire autre que le sien et y récolter des ressources sans demander l'autorisation à celui qui en est responsable⁴¹ ; d'autre part, nul ne

40. Il convient en particulier de souligner que la notion de territoire familial ne s'applique pas avec la même force au sein de toutes les communautés innues. Elle aurait notamment moins de prégnance au sein des bandes innues dont l'économie reposait davantage sur la chasse au caribou, une espèce migratoire qui exigeait que l'on se déplace sur le territoire. Au sein de ces groupes, les chasseurs et les familles bénéficieraient toujours aujourd'hui d'une grande mobilité territoriale, du moins en ce qui concerne la chasse au gros gibier (voir José Mailhot, *Au pays des Innus : les gens de Sheshashit*, Recherches amérindiennes au Québec, Montréal, 1993 à la p. 138). En ce qui concerne les distinctions entre les types de chasse et les pratiques normatives s'y rattachant chez les Atikamekw Nehirowisiwok, voir Benoît Éthier, *Orocowewin notcimik itatchihowin. Ontologie politique et contemporanéité des responsabilités et des droits territoriaux chez les Atikamekw Nehirowisiwok (Haute-Mauricie, Québec) dans le contexte des revendications territoriales globales*, Thèse de doctorat, Université Laval, 2017 aux pp. 195-198 [Orocowewin notcimik itatchihowin]. Sur les débats en anthropologie concernant l'origine de l'institution des territoires de chasse au sein des peuples algonquiens, en rapport notamment avec un mode communal de gestion des activités de prélèvement à l'échelle de la bande ou du groupe de chasse, voir Jacques Leroux, Roland Chamberland, Edmond Brazeau et al., *Au pays des peaux de chagrin. Occupation et exploitation territoriales à Kitchisakik (Grand-Lac-Victoria) au XX^e siècle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004 aux pp. 13-40 (régimes fonciers des peuples algonquiens) ; Adrian Tanner, « The New Hunting Territory Debate: an Introduction to Some Unresolved Issues », (1986) 28(1-2) *Anthropologica* 19.

41. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, supra note 7 à la p. 16. Chez les Innus, le système qui régit la circulation entre les territoires de chasse serait « construit à partir d'un dosage équilibré de fermeté et de souplesse » (Mailhot et Vincent, *Le discours montagnais sur le territoire*, supra note 34 à la p. 147). Chaque territoire, y compris les territoires familiaux, comporte des limites qui sont connues et respectées par les groupes voisins. Ces limites correspondent le plus souvent en des marqueurs naturels (par exemple, une rivière, un lac, une élévation du sol, etc.). Afin de franchir les limites du territoire d'un autre, notamment pour y chasser, il est en principe impératif d'obtenir l'autorisation du responsable du territoire concerné : voir Foy, supra note 31 à la p. 70 ; Mailhot et Vincent, *Le discours montagnais sur le territoire*, supra note 34 aux pp. 155-156. Tel que l'expriment ces deux dernières auteures : « Le discours montagnais [innu] est clair : le chasseur qui, une année, avait décidé de ne pas se rendre à son territoire ne pouvait s'en aller au hasard et exploiter n'importe quelle terre. » À cet égard, « [l]a demande d'autorisation constitue en fait la reconnaissance du titre d'un autre sur tel ou tel territoire et l'obligation que

peut nier le droit de l'autre à la vie⁴². Il découle de ce dernier principe que lorsqu'une demande d'accès lui a été présentée, « [i]l est rare, sinon impensable [que le maître d'un territoire] n'accepte pas d'offrir l'hospitalité sur son territoire »⁴³. Bien que la règle de l'autorisation préalable soit en principe impérative, et sa violation susceptible d'engendrer de sévères conséquences⁴⁴, le principe du respect de la vie de l'autre, et les obligations de partage et d'entraide qui y sont liées, permettraient néanmoins de l'écartier dans certaines circonstances. Il en serait ainsi en temps de famine⁴⁵.

Chez les Secwépemc, les liens avec le territoire et les ressources sont notamment affirmés et reproduits par l'acquisition et la transmission des savoirs qui y sont liés⁴⁶. Le chant, en particulier, joue un rôle central dans l'ordre juridique secwépemc afin non seulement d'actualiser et de transmettre l'identité, la culture et l'histoire, mais aussi d'affirmer les responsabilités et l'accès des familles à des secteurs délimités du territoire secwépemc⁴⁷. Les chants « territoriaux », qui se rattachent à un lieu particulier et qui permettent de communiquer avec ses esprits, « appartiennent généralement à une famille ou à un groupe familial, c'est-à-dire que toute personne consanguine a le

l'on fait à chacun d'obtenir la permission du maître des lieux avant de les exploiter indique assez l'importance que l'on accorde au titre sur le territoire » (*ibid*).

42. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 17. Voir également Foy, *supra* note 31 à la p. 79 et Mailhot et Vincent, *Le discours montagnais sur le territoire*, *supra* note 34 aux pp. 157-158.

43. *Ibid.* aux pp. 157-158.

44. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 aux pp. 16-17. Tel que le soulignent les auteurs, les Innus n'hésitaient pas à repousser les intrus, si nécessaire par la force, ou à user de persuasion et tenter d'en arriver à des ententes « de façon à ce qu'une fois rentrés chez eux, ces intrus convainquent les leurs de ne plus faire irruption en territoire innu. » (*Ibid.* à la p. 16.)

45. Foy, *supra* note 31 à la p. 71, citant Eleonor Leacock, « The Montagnais « Hunting Territory » and the Fur Trade » (1954) *Memorandum no. 78*, American Anthropological Association 1 à la p. 5 ; Mailhot et Vincent, *Le discours montagnais sur le territoire*, *supra* note 34 à la p. 158. Par ailleurs, tel que le rapporte Lacasse, le fait de « prendre » la viande de l'autre afin de satisfaire ses besoins alimentaires ne constitue pas une infraction dans l'ordre innu (Lacasse, *supra* note 33 à la p. 87. Voir également Pierre Loiseau, « Introduction furtive au droit civil innu », (2010) 62(4) *Revue internationale de droit comparé* 1009).

46. *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 6-9.

47. Voir à ce sujet Reuther, *supra* note 32.

droit de les produire devant d'autres»⁴⁸. Les relations de parenté constituent ainsi un rouage essentiel des règles encadrant l'accès au territoire et aux ressources chez les Secwépemc⁴⁹. Le droit de produire un chant particulier est révélateur d'une relation et d'une connaissance particulières du lieu auquel il se rattache, et permet aux personnes unies au sein d'un réseau de parenté d'opposer son droit d'accès et ses responsabilités aux autres familles et communautés⁵⁰. Ainsi, tel que l'affirme Reuther, « [...] un chant territorial ne symbolise pas seulement le territoire auquel il est associé, mais aussi le droit de contrôle sur l'accès à ce territoire⁵¹ ». Il en résulte qu'en principe, il est impératif d'obtenir la permission avant de s'introduire sur le territoire d'un autre « groupe territorial »⁵². En revanche, lorsque la permission a été demandée de manière conforme aux protocoles et aux pratiques secwépemc (par exemple au moyen d'une offrande et par les cérémonies indiquées)⁵³, ou lorsqu'elle est justifiée au regard des besoins ou de l'équité, les principes d'hospitalité et de partage font en sorte qu'elle devrait en principe être accordée⁵⁴.

Chez les Bété, la terre, qui appartient aux « génies et dieux de la brousse »⁵⁵, constitue un patrimoine communautaire sur lequel veille le chef de village, autorité morale et gardien des us et coutumes

48. *Ibid.* à la p. 150. Tel que l'explique l'auteure, « Une famille, définie par des termes de consanguinité, est répartie sur plusieurs communautés et une communauté regroupe plusieurs familles alliées par le mariage. »

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*

51. *Ibid.* Le non-respect des règles en matière de transmission et l'appropriation illicite d'un chant est d'ailleurs susceptible d'entraîner de sévères conséquences, pouvant aller jusqu'à l'exclusion sociale : *ibid* à la p. 151. La transmission d'un chant doit par ailleurs suivre un protocole particulier : *ibid.*

52. Les chercheurs utilisent l'expression « other territorial groups » afin de discuter des relations entre les Secwépemc et les groupes qui occupent des territoires adjacents ou chevauchant le leur : Asch *et al.*, *supra* note 19 à la p. 48. Sur les protocoles encadrant la demande d'autorisation qui doit en principe être faite avant d'accéder au territoire secwépemc, voir cette même étude à la p. 54.

53. Tel que l'expriment Asch *et al.*, *supra* note 19 à la p. 19 : « People build and maintain respectful relationships through a range of protocols that acknowledge one another. Gifting, in particular, acknowledges the importance and legitimacy of other territorial groups and bridges differences. »

54. Asch *et al.*, *supra* note 19 aux pp. 54-55.

55. *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, *supra* note 28 à la p. 20.

de la communauté⁵⁶. Il n'en demeure pas moins que la famille est l'unité de base du système de tenure foncière chez les Bété⁵⁷. Le lien des familles à la terre repose sur l'antériorité : le premier Bété à avoir défriché une terre s'est vu reconnaître le droit de l'exploiter, qui a ensuite été transmis de génération en génération à ses héritiers⁵⁸. La famille qui détient la terre en droit coutumier bénéficie d'une grande maîtrise foncière, permettant à ses membres d'occuper et d'exploiter la terre, ou de la céder à des tiers à qui il incombera de la mettre en valeur dans le cadre de relations régulées par l'institution du « tutorat »⁵⁹.

Toujours est-il que si l'ordre coutumier reconnaît une grande marge de manœuvre aux familles bété dans l'utilisation des terres

56. *Ibid.* aux pp. 13 et 21. Selon le rapport, dans les régions étudiées, le Chef de village se confond au Chef de terre ; il exerce un rôle central dans la résolution des conflits fonciers au sein de la communauté, et donc dans la pacification des rapports sociaux (*ibid.* aux pp. 34 et 40).

57. Tel que l'exprime le conseiller spécial du Chef de terre de Soubré : « [...] c'est vrai que nous sommes dans un village mais les terres n'appartiennent pas à tout le monde. La terre s'est individualisée par famille. Elle n'appartient pas à l'ensemble de la communauté. Si votre famille n'a pas de terre, vous n'avez rien » (propos reproduits dans Sylvia Soro, Daniel Lopes et Seynabou Samb, *Le pluralisme juridique en matière foncière en Afrique de l'Ouest : le cas de la Côte d'Ivoire*, Rapport d'intégration 2 : Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone?, 2016 à la page 15, en ligne : <<https://www.legitimus.ca/blog?id=2929>> [*Interactions entre ordres juridiques en matière foncière en Côte d'Ivoire*]). Sur l'importance du système de parenté dans le régime foncier précolonial bété (dans la région de Gagnoa plus particulièrement), voir Dozon, « Économie marchande et structures sociales », *supra* note 13 aux pp. 466-70.

58. *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, *supra* note 28 à la p. 36.

59. Cette institution est décrite par Jean-Pierre Chauveau de la manière suivante : « [...] tout bénéficiaire d'une délégation de droits fonciers, ou même d'une « vente » de terre, contracte un devoir permanent de reconnaissance vis-à-vis de son « tuteur », qui devient son « père » ou son « patron » [...]. Cette reconnaissance se manifeste par une contre-prestation, généralement symbolique, au moment de la cession du droit d'usage sur la terre, par le reversement au tuteur d'une partie, généralement faible, de la production annuelle, ou encore par la participation aux dépenses du tuteur lorsque celui-ci est confronté à des événements sociaux particuliers (décès, funérailles) ou à des problèmes financiers occasionnels. L'institutionnalisation de la « reconnaissance » due au tuteur, qui se transmet au travers des générations, est généralement admise par les migrants dès lors que les exigences du tuteur restent limitées. » (Chauveau, « Question foncière et construction nationale en Côte d'Ivoire », *supra* note 12 aux pp. 105-106).

qui leur appartiennent, celles-ci comportent une valeur extrapatrimoniale qu'il n'est pas possible de traduire en termes pécuniaires⁶⁰. Dès lors, tel qu'il ressort sans ambages de l'entretien mené avec le chef de terre de Soubré, « la terre ne se vend pas »⁶¹. Ainsi, suivant le rapport de recherche, le fait pour un Bété de permettre à un allochtone ou à un étranger⁶² d'exploiter, à titre onéreux ou gratuit, une parcelle de terre, ne conférerait à l'exploitant qu'un droit d'usufruit. La parcelle de terre visée reviendrait d'ailleurs dans le patrimoine de la famille concernée dès lors que l'exploitant cesse de la mettre en valeur⁶³.

Il faut toutefois savoir que les « transactions foncières » effectuées sous le couvert du droit coutumier sont depuis quelques décennies largement monétarisées, ce qui n'est pas sans générer de grandes incertitudes quant à la nature et à la portée des droits cédés. Tel que l'exprime d'ailleurs un participant à la recherche d'origine bété : « Avec l'évolution, au départ, on cédait. Mais de nos jours, on vend

60. *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, supra note 28 à la p. 13. Voir également *Interactions entre ordres juridiques en matière foncière en Côte d'Ivoire*, supra note 57 à la p. 10 : « Les sommes d'argent versées entre parties à une transaction foncière sur la base du droit coutumier le sont de façon symbolique car aucun montant n'exprime véritablement la valeur de la terre. »

61. *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, supra note 28 à la p. 13.

62. Les notions d'« allochtones » et d'« étrangers » doivent être comprises à l'aune des contextes historique et économique de l'ouest de la Côte d'Ivoire, ainsi qu'à la lumière de la notion nationaliste d'« ivoirité » qui a été intégrée durant les années 1990 dans le droit ivoirien, notamment dans la *Loi de 1998 relative au domaine du foncier rural* (pour des explications additionnelles sur ce contexte, voir note 12). Le terme « allochtone » sert ici à désigner les personnes de nationalité ivoirienne qui ont migré dans la région ouest de la Côte d'Ivoire afin d'y mettre en valeur des parcelles de terre. Le terme « étranger » désigne plutôt les personnes de nationalité autres qu'ivoirienne – particulièrement malienne, guinéenne ou burkinabé – qui, directement ou par succession, ont acquis, depuis les années 1920 mais surtout sous la présidence d'Houphouët-Boigny, des droits d'exploitation en vertu du droit coutumier.

63. *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, supra note 28 aux pp. 13 et 37. Il nous semble important de souligner que cette représentation du droit bété doit être envisagée en tenant compte du contexte des conflits fonciers qui opposent les Bété aux allochtones et surtout aux étrangers qui ont obtenu, eux-mêmes ou par succession, un droit de mettre en valeur une parcelle de terre en vertu du droit coutumier : au sujet de ce contexte, voir notamment les références mentionnées à la note 12.

et les prix varient d'une région à une autre selon les besoins de l'individu [...]»⁶⁴. Ces propos tendent à confirmer les résultats des travaux de chercheurs, dont Chauveau et Colin, qui ont également observé une multiplication des transactions foncières monétarisées dans la zone forestière durant les dernières décennies⁶⁵. À leur avis, ce phénomène pourrait notamment s'expliquer par « la tentation, plus forte que jamais, des jeunes ruraux de monnayer la cession de terres familiales dans cette période de contraction sévère des sources de revenus, tant en milieu urbain que rural »⁶⁶. En revanche, selon ces mêmes auteurs, la monétarisation accrue de la relation de tutorat n'aurait pas entraîné, du moins du point de vue des Autochtones, la disparition des obligations sociales qui incombent aux migrants allochtones à l'égard du tuteur (ou de leurs descendants), en lien notamment au devoir d'assistance durant les périodes difficiles⁶⁷. Suivant ces données, bien que les recherches menées dans le cadre de ce projet ne nous permettent pas de le confirmer, la monétarisa-

64. Extrait d'un entretien avec la communauté bété reproduit dans *Interactions entre ordres juridiques en matière foncière en Côte d'Ivoire*, *supra* note 57 aux p. 18-19. Cette information a été confirmée par des participants de la communauté burkinabé et par le sous-préfet de Grand Zatry. Dans les mots d'un participant de la communauté burkinabé: « petit à petit les gens ont glissé vers la vente ».

65. Jean-Pierre Chauveau et Jean-Philippe Colin, « Customary Transfers and Land Sales in Côte d'Ivoire: Revisiting the Embeddedness Issue », (2010) 1 *Africa* 81 aux pp. 91-92 [Customary Transfers and Land Sales in Côte d'Ivoire]; Chauveau et Colin, *La question foncière à l'épreuve de la reconstruction en Côte d'Ivoire*, *supra* note 12.

66. Chauveau et Colin, *La question foncière à l'épreuve de la reconstruction en Côte d'Ivoire*, *supra* note 12 à la p. 9. Les auteurs soulignent que ces transactions sont accompagnées de certaines incertitudes, notamment quant « au droit du cédant de céder la parcelle indépendamment de l'accord de tous les ayants-droit familiaux. » (p. 9).

67. Chauveau et Colin, « Customary Transfers and Land Sales in Côte d'Ivoire » *supra* note 65 à la p. 88. Tel que l'expriment ces auteurs: « However, the monetarization of the *tutorat* relationship does not erase the social obligation stemming from 'gratitude' that the migrant (or his heirs) owes to his *tuteur* (or to the latter's heirs) and, more generally, to the indigenous community where he and his offsprings live. [...] The settlers or their heirs are always able to designate the autochthonous individual or family who granted initial access to land, even in the case of subsequent land sales among strangers. When the original *tuteur* dies, his heir takes over the deceased *tuteur's* role. In the event that the stranger-guest dies first, the *tuteur* re-actualizes the relation by ceremonially installing the former's heir (who must then 'go' [introduce himself] to the *tuteur* if he did not previously live on that land. »

tion des transactions foncières entre les Bété et les autochtones pourrait attester de l'adaptation du droit coutumier au contexte du libéralisme et de l'économie de marché⁶⁸.

Nous verrons maintenant que dans les ordres juridiques autochtones, aux liens à la terre et aux ressources se rattachent des faisceaux de responsabilités, tantôt à l'égard de la terre elle-même et des êtres non humains qui y habitent, tantôt à l'égard des membres de la communauté ou d'autres communautés humaines.

2.2 La responsabilité, pierre angulaire des ordres juridiques autochtones en matière foncière

Les ordres juridiques autochtones relatifs au territoire, tel qu'il ressort des rapports de recherche, s'inscrivent dans une logique relationnelle fondée sur les notions d'interdépendance, de réciprocité et de responsabilité⁶⁹ : le territoire, lieu d'enracinement de la langue et de la culture, est source de vie et de santé pour les êtres humains, qui en retour ont le devoir de le respecter et de le protéger au bénéfice des générations à venir⁷⁰.

68. Tel que l'affirme Chauveau et Colin dans « Customary Transfers and Land Sales in Côte d'Ivoire », *supra* note 65 à la p. 89 : « [...] the *tuteurat*' claim for land fees can be seen as an adaptation of the *tutorat* relationship to a context of commoditization. »

69. Il ne s'agit pas d'affirmer que les ordres juridiques autochtones ne véhiculent aucun droit. Par exemple, dans leur rapport final sur le territoire dans l'ordre juridique secwépemc, Asch *et al.*, *supra* note 19, font découler certains droits des responsabilités qui s'imposent à l'égard de la terre, des autres membres de la communauté et des autres communautés, tels que le droit de la terre d'être protégée (p. 47), le droit des ressources de ne pas être surexploitées (p. 47) et le droit des membres de la communauté à un accès égal aux ressources (p. 67). Il reste toutefois que la notion de responsabilité constitue l'une des pierres angulaires de ces ordres juridiques. Tel que l'exprime Leroux, *supra* note 6 à la p. 90, au sujet des ordres juridiques des peuples algonquiens : « Si j'ai mis le mot « responsabilité » dans le titre de cet article, c'est justement parce que les notions que ce concept recouvre me paraissent au cœur de la tradition juridique des peuples algonquiens en matière de coexistence territoriale. »

70. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 aux pp. 9-10 et 14 ; *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 6 et 8. Tel que le formulent les auteurs de ce dernier rapport : « Secwépemc lands must be protected and respected by all Secwépemc people as it is the guardian and source of Secwépemc people's health. This is a reciprocal relationship between people and the land, not simply one of extraction of resources. » L'impératif

En lien avec le territoire, les responsabilités qui s'imposent aux individus, aux familles, ou encore aux communautés, s'exercent tantôt directement à l'égard de la terre et des êtres non humains (2.2.1), tantôt à l'égard des individus ou des groupes humains qui coexistent sur le territoire (2.2.2). Aussi, dans les ordres juridiques étudiés, certains acteurs exercent des responsabilités distinctives au sein des collectivités en raison de leurs savoirs et de leur expérience ; leur rôle particulier, comme nous le verrons, se manifeste notamment au travers des processus décisionnels et de résolution des conflits liés à la terre et aux ressources (2.2.3).

2.2.1 Les responsabilités à l'égard de la terre et des êtres non humains

Tel que nous l'avons déjà souligné, plusieurs peuples autochtones, dont les Innus et les Secwépemc, se conçoivent comme les « gardiens » des terres et des ressources avec lesquelles ils entretiennent des relations fondées sur la réciprocité⁷¹. Ces relations imposent aux êtres humains un ensemble de responsabilités à l'égard de la terre et des êtres non humains, notamment des animaux, des plantes et des

de maintenir des relations respectueuses avec la terre et les êtres et les esprits qui y cohabitent ressort à la fois des cas d'étude sur le territoire chez les Innus et chez les Secwépemc: *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, supra note 7 à la p. 14, et Asch et al., supra note 19 à la p. 17 : « Respect routinely emerges as a theme for many of the witnesses. Whether it is learning about or living out the law, respect emerged as central to the understanding of legal relationships between people and other groups, the communities and the land. » Sur le caractère intertemporel des ordres juridiques autochtones, qui se manifeste tant chez les Innus, les Secwépemc et les Bété, voir Val Napoleon et Richard Overstall, *Indigenous Laws: Some Issues, Considerations and Experiences*, Aboriginal Policy Research Consortium International (APRCi), Paper 281, 2007 à la p. 6, en ligne : <<http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=aprci>> : « Both ancestors and descendants were and are experienced as part of the present and their wellbeing incorporated into the day-to-day legal order. » Voir également *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, supra note 7 à la p. 7 ; *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, supra note 7 aux pp. 9-10 et 14 ; et *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, supra note 28 aux pp. 20-21.

71. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, supra note 7 à la p. 14 ; *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, supra note 7 aux pp. 8-10. Voir également, en ce qui concerne les Atikamekw : Éthier, « Pluralisme juridique », supra note 6 à la p. 182, et les peuples algonquiens plus généralement, Leroux, supra note 6 à la p. 90.

fruits prélevés à des fins de subsistance ou médicinales. Le défaut pour les êtres humains de satisfaire à leurs responsabilités à l'égard de la terre et des ressources est d'ailleurs susceptible d'entraîner de graves conséquences, humaines et mystiques⁷².

Chez les Innus, le maintien de bonnes relations avec la terre et les êtres vivants et non vivants qui l'habitent repose notamment sur les notions de respect (« *ishpitenitamun* ») et de responsabilité (« *tipe-nitamun* »)⁷³. La façon dont cette dernière s'exerce s'exprime par le terme « *kanauenitam* », lequel désigne le fait de « s'occuper de, veiller sur, prendre soin de, avoir la garde de, garder, conserver »⁷⁴. À titre de gardiens (« *kakanuenititshet* ») du territoire, les Innus, notamment les responsables de territoires familiaux ou les chefs de chasse (« *Utshimau* »), assument la responsabilité de le protéger et de valoriser sa conservation, son intégrité et sa pérennité⁷⁵.

Ces notions ne sont pas sans rappeler la locution « *ni tiperiten aski* » qui, dans la langue des Atikamekw Nehirowisiwok, peut être traduite comme suit : « je suis garant de ce territoire », « j'ai une responsabilité envers ce territoire »⁷⁶. Tel que l'explique Éthier, « l'influence ou la maîtrise de la personne sur une chose ou dans un domaine particulier » serait intimement liée « à ses pouvoirs, son

72. Asch et al., *supra* note 19 à la p. 70; *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 aux pp. 17-19; *Interactions entre ordres juridiques en matière foncière en Côte d'Ivoire*, *supra* note 57 à la p. 21. Tel que l'exprime Loiseau au sujet des Innus : « Préserver la terre est un devoir mais peut-être aussi l'économie d'une malédiction : l'épuisement des ressources, ou plus précocement les affres de l'inquiétude... » (*supra* note 45 à la p. 1015).

73. Mailhot et Vincent, *Le discours montagnais sur le territoire*, *supra* note 34 à la p. 94. Voir également Lacasse, *supra* note 33 aux pp. 37-41; Lacasse et Cabane, *supra* note 37 à la p. 153.

74. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 14, citant Mailhot et Vincent, « Le droit foncier Montagnais », *supra* note 36. Voir également Lacasse, *supra* note 33 à la p. 54 et Loiseau, *supra* note 45 à la p. 1015.

75. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 14. Dans le sens entendu ici, le terme « *Utshimau* » désigne « le chef de chasse, celui qui dirige, le premier d'entre nous. » (Lacasse, *supra* note 33 à la p. 250), ou encore, selon le contexte, le responsable d'un territoire familial. Sur la notion de territoire familial et sa prégnance relative au sein des différentes communautés innues, voir *supra* note 40.

76. Éthier, « Pluralisme juridique », *supra* note 6 à la p. 182.

autorité, ses droits et ses responsabilités»⁷⁷. Ainsi, le responsable de territoire (« *ka nikaniwitcik* ») est celui qui connaît « le mieux l'état d'un territoire de chasse », et qui de ce fait exerce certains droits et responsabilités⁷⁸.

L'ordre juridique *secwépemc* véhicule également une vaste gamme de responsabilités à l'égard du territoire, lesquelles se rattachent à l'idée d'interdépendance entre les humains, les êtres vivants non humains et l'environnement, ainsi qu'à l'éthique de réciprocité qui en découle : la terre est la gardienne et la source de la santé des *Secwépemc*; ces derniers ont, en retour, le devoir de la protéger et de la respecter⁷⁹. Ce principe fondamental de l'ordre juridique *secwépemc* doit être complété par celui qui, s'exprimant en *Secwepemctsín* par le terme « *Qwenqwent* », englobe les notions d'humilité et de modestie dont doivent faire preuve les êtres humains au regard de la force et de la grandeur de la terre et des êtres non humains⁸⁰. « *Qwenqwent* » est donc porteur d'indications quant à la manière pour les êtres humains d'entretenir des relations respec-

77. *Ibid.*

78. *Ibid.*

79. *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources, supra* note 7 aux pp. 6 et 9. Tel que le formulent les auteures : « *Secwépemc* lands must be protected and respected by all *Secwépemc* people as it is the guardian and source of *Secwépemc* people's health. This is a reciprocal relationship between people and the land, not simply one of extraction of resources » (p. 6). Voir également Asch *et al.*, *supra* note 19 à la p. 40.

80. Val Napoleon, Jessica Asch, Georgia Lloyd-White et Grace Novak. *Secwépemc Laws Governing Land and Resources*, Second Integration Report: What are the Interactions between Indigenous and State Legal Systems and how are Such Interactions Managed?, 2016 à la page 4, en ligne : <<https://www.legitimus.ca/blog?id=2927>> [*Interactions entre ordres juridiques concernant les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*] et Asch *et al.*, *supra* note 19 à la p. 38 : « *Qwenqwent*, then, is about modesty or humility. In the context of lands and resources, *qwenqwent* includes recognizing the significance and power of land, resources and non-human beings in relationship with people. » Les auteurs insistent sur l'importance de distinguer le principe d'interconnexion et d'interdépendance de celui de « *Qwenqwent* » : alors que le premier s'appuie sur le fait que les actions humaines exercent un impact sur un monde naturel toujours changeant, le deuxième est axé sur l'humilité et la dépendance des êtres humains aux êtres non humains et à l'environnement. Sur les rapports entre les *Secwépemc* et le territoire, voir Ignace et Ignace, *supra* note 2 aux pp. 145-219.

tueuses avec la terre et les ressources⁸¹. Entre autres responsabilités, il s'impose aux Secwépemc de connaître et de transmettre le savoir lié au territoire, aux animaux et aux autres ressources, ce qui serait nécessaire afin de les utiliser et de les gérer de manière responsable, de les protéger de manière proactive et d'en assurer la pérennité⁸². Ils assument également la responsabilité de respecter les principes et les règles qui leur ont été enseignés ou dont ils ont connaissance en raison de leurs propres expériences⁸³.

Par ailleurs, les ordres juridiques autochtones véhiculent de nombreuses règles précises qui encadrent les relations entre les êtres humains et les animaux, les plantes et les fruits qu'ils prélèvent. Suivant l'ordre innu, les êtres humains doivent traiter les animaux avec respect et dignité⁸⁴, et ne doivent donc pas les faire souffrir inutilement⁸⁵. Il est de plus interdit de prélever plus de ressources qu'il est nécessaire pour satisfaire aux besoins du groupe⁸⁶, ou encore

-
81. Asch *et al.*, *supra* note 19 à la p. 40. Chez les Secwépemc, ces principes ne se traduiraient toutefois pas invariablement dans une règle générale qui interdirait d'aliéner la terre: la décision d'aliéner des terres devrait être prise au cas par cas, à la lumière des circonstances, et par l'ensemble des personnes concernées. Voir à cet égard la section 2.2.3.
82. *Ibid.* aux pp. 42 et 46. En Secwépemctsin, ces responsabilités sont exprimées par la notion de «*tknémentem*», qui désigne la préservation des ressources naturelles de la terre, et par celle de «*yucuminte re tmicw*», qui signifie «prendre soin de la terre.»
83. *Ibid.* à la p. 44: «Once people have learned the laws of the land either from people or through experiential learning, they have a responsibility to follow what they have learned.»
84. *Accès à la terre et gestion des ressources: perspectives innu et étatique, supra* note 7 à la p. 18.
85. *Ibid.* Cette règle ne s'appliquerait pas seulement aux animaux, mais à l'ensemble des êtres animés et inanimés avec qui les Innus partagent le territoire. Par exemple, selon la tradition orale innue, il ne faut pas «insulter ou s'en prendre à la neige».
86. Par exemple, comme l'indique un récit de Kapeshe (1979) à propos d'un grand-père: «Quand il trouve des œufs de goélands, il ne prend que ce qu'il peut manger, il n'en ramasse pas inutilement. Il connaît bien tout ce dont il dépend pour sa subsistance», mentionné dans *Accès à la terre et gestion des ressources: perspectives innu et étatique, supra* note 7 aux pp. 43-44. Voir également *Interactions entre ordres juridiques concernant les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources, supra* note 80 à la p. 9. Dans les mots d'un participant à cette étude, par exemple: «[If you see some berries for example], you don't take every berry off that bush. You leave some for the bears and some for the animals that are there... you're taught which medicines and you don't over harvest» (*ibid.*).

de gaspiller : les animaux tués doivent être entièrement utilisés⁸⁷. Aussi, les Innus ne doivent pas chasser durant les périodes de reproduction, soit au moment de la mise bas ou de la ponte, ou prélever des animaux atteints de maladie⁸⁸. Enfin, des règles spécifiques s'appliquent au traitement de certains animaux après qu'ils eurent été chassés, dont l'obligation d'accrocher aux arbres les restes des caribous et des ours afin de les mettre à l'abri d'éventuels prédateurs, ou de jeter à l'eau les parties non utilisées des castors et des poissons⁸⁹.

De telles responsabilités s'imposent également dans l'ordre juridique d'autres peuples algonquiens, dont les Atikamekw, les Anicinabek et les Cris⁹⁰. Par exemple, les Atikamekw conçoivent leurs relations avec les entités autres que les êtres humains par une logique de réciprocité⁹¹. Cette perspective relationnelle se traduit par un ensemble de principes et de règles qui encadrent entre autres les obligations des chasseurs à l'égard des animaux tués⁹². À titre d'illustration, déposer le corps d'un orignal tué directement sur le métal dans une boîte de camion constitue un manque de respect envers l'animal. C'est ce qui explique que les Atikamekw tapissent le fond de la boîte du camion à l'aide de sapinage « pour faire un lit au corps de l'animal »⁹³. Aussi, il est disposé des ossements des animaux tués de manière respectueuse afin de ne pas offenser l'esprit-maître de l'animal, « ce qui implique de les mettre dans le feu, de les accrocher dans les arbres, de les enterrer ou de les retourner dans la rivière (dans le cas du castor) »⁹⁴.

87. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 aux pp. 17-18. Voir aussi Lacasse, *supra* note 33 aux pp. 51-53 ; Lacasse et Cabane, *supra* note 37 à la p. 154.

88. *Ibid.* à la p. 18.

89. *Ibid.*

90. À ce sujet, voir Leroux, *supra* note 6.

91. Éthier, « Pluralisme juridique », *supra* note 6 à la p. 183. L'auteur réfère à la locution « orocowewin notcimik itatchowin », qui est utilisée afin de désigner les « règles du bien vivre ensemble au sein de leur univers forestier, au sein du notcimik. » Il s'agit également de la locution qui désigne depuis 2015 le code de pratiques nehirowiswiw (*ibid.*).

92. *Ibid.* aux pp. 185-186.

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

Dans une veine similaire, toujours liées aux notions d'interdépendance et de « *Qwenqwent* », les relations entre les Secwépemc et les ressources seraient maintenues au moyen d'un ensemble de protocoles et de pratiques. Par exemple, lorsque des ressources sont prélevées, faire une offrande au Créateur (par exemple de tabac), ou encore prononcer une prière, témoigne de gratitude et participe au maintien de bonnes relations⁹⁵. Des protocoles particuliers peuvent s'appliquer au prélèvement de certaines ressources, dont les plantes médicinales⁹⁶ et certaines espèces d'animaux⁹⁷. Aussi, comme chez les Innus et les Atikamekw, les Secwépemc ne doivent pas prélever plus de ressources qu'ils en ont besoin, en plus de devoir traiter les animaux avec respect⁹⁸.

-
95. Asch *et al.*, *supra* note 19 à la p. 21 : « *Several witnesses highlight the importance of showing gratitude when taking gifts from the land. In its simplest way, showing gratitude recognizes what the earth provides and is a means of reciprocating what it gives you.* » Tel que l'a affirmé l'un des participants à la recherche, dans les cas où une personne n'a que peu à offrir, elle devrait prélever moins de ressources (*ibid* à la p. 22). Voir également Ignace et Ignace, *supra* note 2 aux pp. 145, 172-173, 203-207 : « *To demonstrate the respect that all living resources thus deserve, the harvesting of all things in nature is connected to prayer that both thanks the Tqelt Kúkwi7 ("Chief Above" or Creator) for providing the animals or plants that feed people and thanks the resources for giving themselves to people. By communicating with the spiritual world through tobacco that is scattered on the ground, the prayer also involves a gift to both the animal and plant, as well as to the Creator. Besides tobacco, Secwépemc people nowadays leave behind coins, or they will leave other tokens, like some grains for the squirrel who gives humans some hazelnuts or pine nuts from its cache.* » (p. 205).
96. Tel que l'exprime un participant, Richard LeBourdais, au sujet du prélèvement des plantes médicinales : « *You know, there's lots of prayers involved and when you're picking medicine plants because that medicine plant has to work for you... A lot of people can pick them and use them, but they're not going to do you any good. You have to have that, you know, that connection. And you have to be, you know, humble and grateful for what they've got to offer you. So you have to offer something. It's really important.* » (Asch *et al.*, *supra* note 19). Voir Ignace et Ignace, *supra* note 2 aux pp. 188-193.
97. Par exemple, l'ours et le porc-épic, à l'endroit desquels les êtres humains entretiennent des relations particulières (Asch *et al.*, *supra* note 19), ou l'ours Grizzly (Ignace et Ignace, *supra* note 2 aux pp. 172-173).
98. *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 à la p. 8 : « *Food sources have to be protected. Animals have to be respected and not abused when taken for food. People will suffer when care is not taken while harvesting, travelling, hunting and living on the land.* » Voir également Asch *et al.*, *supra* note 19 à la p. 45.

Cela dit, faisant ainsi écho à une mise en garde formulée par les auteures du rapport sur le droit secwépemc, il importe de ne pas romancer les ordres juridiques autochtones et leur effectivité dans l'agir des individus au quotidien. De fait, la manière dont les humains interagissent entre eux et avec les êtres non humains est influencée par de nombreux facteurs, tels le colonialisme et les besoins matériels⁹⁹. Tel que l'exprime un participant secwépemc :

Because we're witnessing a change in how we harvest... Like, for fish, even the fish, we're always supposed to only take what we need, not hoarding it, selling it, doing all those... we're doing it for all the wrong reasons, but at the same time we're doing it because we have to survive and because we're forced to, because... we want to live this certain life... have to pay higher – pay your gas, and your phone and, you know, all that other stuffs. It's like you're forced to do these things¹⁰⁰.

Au-delà des répercussions du colonialisme sur les sociétés autochtones et leurs ordres juridiques, cette apparente contradiction entre les aspirations du droit secwépemc et les pratiques des individus – que l'on retrouve par ailleurs dans les autres ordres juridiques (autochtones et étatiques) ici étudiés – peut également attester du caractère vivant et dynamique des ordres juridiques autochtones, ainsi que de la nature même du droit comme espace de continuelles négociations¹⁰¹.

2.2.2 Les responsabilités à l'égard des êtres humains

Les responsabilités à l'égard des êtres humains, à l'instar des responsabilités à l'égard du territoire et des ressources, jouent un rôle important dans l'architecture des rapports sociaux liés au territoire. Ces responsabilités reposent tantôt sur les valeurs de

99. *Interactions entre ordres juridiques concernant les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources, supra note 80 à la p. 10* : « [...] it is critical not to advance a romantic vision of how Secwépemc law operates in practice when not directly engaging with state law. Further, it is unhelpful to suggest that these rules have operated without any intervention from colonial law and colonialism. That interaction has impacted everyday life and the operation of legal rules. For example, the needs of individuals in a community impact how people relate to each other and non-human life forms. »

100. *Ibid.* Voir aussi Éthier, « Pluralisme juridique », *supra* note 6 à la p. 186.

101. Jeremy Webber, « Legal Pluralism and Human Agency », (2006) 44(1) *Osgoode Hall Law Journal* 167 aux pp. 170, 175 et 192.

réciprocité, d'entraide et de respect de l'autre, tantôt sur celles de solidarité et d'hospitalité.

Chez les Bété, les valeurs de solidarité et d'hospitalité, ainsi que les responsabilités qui en découlent, se manifestent particulièrement dans les rapports entre les « propriétaires fonciers »¹⁰² (ou « tuteurs ») et les exploitants qu'ils ont accueillis sur leurs terres. La valeur de solidarité, que les auteurs du rapport sur le foncier en Côte d'Ivoire associent à un « devoir moral », « peut se définir comme un sentiment d'entraide », suscité par « une prise de conscience de l'interdépendance sociale étroite existant entre les hommes ou dans les groupes humains, et qui incite les hommes à s'unir, à se prêter entraide et assistance réciproque et à coopérer entre eux, en tant que membre d'un même corps social »¹⁰³. Étant par ailleurs intimement liée à la valeur d'hospitalité¹⁰⁴, la solidarité pousserait les propriétaires fonciers à céder à ceux qu'ils accueillent sur leurs terres des parcelles cultivables afin qu'ils puissent subvenir à leurs besoins¹⁰⁵. En retour, la solidarité peut également expliquer que les exploitants assistent les propriétaires fonciers en cas de besoin, soit par le versement mensuel d'une somme d'argent ou le don d'une partie des récoltes¹⁰⁶. Dans tous les cas, il s'impose aux occupants des terres de les utiliser

102. Cette expression est utilisée dans le cadre de cette étude afin de désigner le premier [Bété] à être arrivé sur une parcelle de terre et à l'avoir défrichée, de même que ses héritiers.

103. *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, *supra* note 28 à la p. 11.

104. *Ibid.* à la p. 12.

105. *Ibid.* L'accueil de l'étranger serait chez les Bété un vecteur important de reconnaissance sociale : *Interactions entre ordres juridiques en matière foncière en Côte d'Ivoire*, *supra* note 57 à la p. 20. Il importe toutefois de comprendre ces valeurs et leurs représentations contemporaines à la lumière des facteurs historiques, socioéconomiques et politiques à l'origine de la migration massive d'allochtones dans les zones forestières du pays aux fins de l'exploitation des plantations de cacao et de café. Sous la présidence de Félix Houphouët-Boigny, en particulier, de fortes pressions furent exercées sur les Autochtones pour qu'ils cèdent leurs terres dans l'optique de favoriser la croissance économique du pays. Aussi, rappelons que si autrefois les Autochtones cédaient leurs terres pour une contrepartie symbolique, l'accroissement des revenus générés par les plantations a entraîné une monétarisation accrue des transactions foncières dans les zones forestières. Voir Berry, *supra* note 12 ; Chauveau et Colin « Customary Transfers and Land Sales in Côte d'Ivoire », *supra* note 65 et Dozon, « Les Bété : une création coloniale », *supra* note 3 aux pp. 68-70.

106. *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, *supra* note 28 à la p. 12.

de manière paisible et à long terme, et avec le souci de préserver l'harmonie au sein de la collectivité¹⁰⁷.

L'ordre juridique secwépemc reconnaît également un vaste éventail de responsabilités à l'égard des autres « groupes territoriaux »¹⁰⁸, de même qu'entre les individus au sein de la communauté. Ces responsabilités découlent notamment du principe suivant lequel les groupes et les individus qui utilisent les mêmes ressources sont liés par des relations d'interdépendance, voire de dépendance en ce qui concerne notamment les personnes en situation de vulnérabilité¹⁰⁹. Ces responsabilités s'exercent par une éthique de réciprocité qui serait au fondement des relations sociales chez les Secwépemc. Dans les mots de l'un des participants à la recherche, « [...] *the elders would always remind you... founded on reciprocity – that you have a duty to look after each other and help each other. That's embedded...* »¹¹⁰

En ce qui concerne plus particulièrement les responsabilités à l'égard des autres groupes territoriaux, avec qui les Secwépemc entretiennent des relations fondées sur le principe de la reconnais-

107. *Ibid.* à la p. 18. Notons que l'article 8 de la *Loi de 1998 relative au domaine foncier rural*, *supra* note 11, subordonne la délivrance du certificat foncier au « constat d'existence continue et paisible de droits coutumiers ». Le rapport de recherche ne nous permet toutefois pas de déterminer dans quelle mesure la norme étatique puise (ou non) à l'ordre coutumier, ou vice versa.

108. Sur la notion de « groupes territoriaux », voir *supra* note 52.

109. Asch *et al.*, *supra* note 19 aux pp. 50 et 58-59.

110. Propos du D^r Ron Ignace, reproduits dans *ibid.* à la p. 60. La réciprocité doit être entendue au sens du don et du contre-don : il s'agit pour une personne de contribuer en fonction de ses capacités, et non de rembourser une dette de manière intégrale. Par exemple, une participante à la recherche a rapporté qu'en retour pour le partage de ses savoirs juridiques afin d'aider un membre de la communauté, celui-ci lui a offert du flétan et du saumon, non pas dans la logique du remboursement d'une dette, mais dans la perspective de maintenir la relation (p. 61). La responsabilité de prendre soin de l'autre ne serait toutefois pas absolue. Par exemple, il ressort du récit de la sauterelle (p. 166) que le refus de cette dernière de contribuer à la récolte du saumon a amené la communauté à ne pas partager avec elle le fruit de la récolte lorsqu'elle eut faim (p. 61). Par ailleurs, des participants à la recherche ont souligné que les changements économiques, soit la place accrue de l'économie marchande au sein de la communauté, exerce une pression sur cette responsabilité, en ce que des personnes évalueraient aujourd'hui leur récolte en termes financiers. Toutefois, il ressort des entretiens qu'en dépit de la monétarisation de certains échanges, les principes fondamentaux sur lesquels reposeraient les relations sociales seraient toujours les mêmes (voir à la p. 64).

sance mutuelle¹¹¹, nous avons déjà souligné l'existence d'un devoir de partager les ressources ou encore les savoirs qui s'y rapportent lorsqu'une demande en ce sens a été formulée en bonne et due forme par le groupe qui requiert l'accès, ou lorsque le refus d'autoriser l'accès générerait une iniquité¹¹². Il s'impose de plus aux Secwépemc de faire connaître leur ordre juridique aux autres groupes lorsque ces derniers désirent accéder aux ressources qui se trouvent sur leur territoire; il en est de même lorsque les Secwépemc entendent accéder aux ressources qui se trouvent sur un territoire voisin¹¹³. Dans de telles circonstances, il est en outre impératif d'agir avec humilité, ce qui implique de reconnaître son statut de visiteur et de comprendre et de respecter l'ordre juridique du groupe qui offre son hospitalité¹¹⁴. En retour, suivant l'ordre secwépemc, les visiteurs, qui se trouvent en situation de vulnérabilité, doivent être protégés et accueillis lorsqu'ils se trouvent en territoire secwépemc. Ils jouissent alors du droit à l'hospitalité, de même que du droit de le traverser de manière sécuritaire¹¹⁵.

À l'échelle de la communauté, les relations de dépendance et d'interdépendance, qui rendent indispensable l'assistance mutuelle, sont au fondement des responsabilités des uns envers les autres, en particulier au sein de la famille élargie, entre les leaders et la communauté, et entre ceux qui sont capables et ceux qui sont vulnérables¹¹⁶.

111. *Ibid.* à la p. 48: « *Mutual recognition is foundational to the relationship between the Secwépemc and their neighbours, and Secwépemc law recognizes other territorial groups as being self-governing people, with their own law and interests.* »

112. Voir à ce sujet la sous-section 2.1 portant sur les liens au territoire. Cette responsabilité est énoncée dans Asch *et al.*, *supra* note 19 à la p. 54.

113. *Ibid.* aux pp. 51-52. Les auteurs offrent l'exemple des guides qui ont été élaborés par les Secwépemc en lien avec la chasse et la pêche sur leur territoire. Tel que l'exprime un participant à la recherche, Pat Matthew: « *I think [the guidelines are] more important when other nations come in to fish and hunt and stuff because, they don't know or understand what we're trying to do, right? But we've never really sent it out to say "here are our principles or our guidelines."* »

114. *Ibid.* aux pp. 52-53. Cette responsabilité requiert de se mettre en position d'écoute à l'égard de ses hôtes: « *[t]his underscores the importance of respectfully listening while a visitor in another's community and acknowledges that the knowledge of a host is embedded in their history* » (p. 53).

115. *Ibid.* à la p. 56.

116. *Ibid.* à la p. 58.

De manière plus spécifique, chaque membre de la communauté se doit d'agir en tenant compte des besoins de l'ensemble de la communauté, en plus de contribuer à cette dernière dans la mesure de leur capacité¹¹⁷.

Les membres de la communauté, en particulier les aînés, assument de plus la responsabilité d'enseigner l'ordre secwépemc, et de partager leurs savoirs en lien avec le territoire et les ressources¹¹⁸. Enfin, l'ordre juridique secwépemc impose l'équité dans la distribution des richesses, en tenant compte particulièrement des besoins des personnes les plus vulnérables¹¹⁹. Ce principe se traduit dans la règle suivant laquelle tous les Secwépemc doivent bénéficier d'un accès équitable aux ressources afin de subvenir à leurs besoins¹²⁰. En revanche, il s'impose à chacun de savoir ce qui est à soi, et de demander la permission avant de prendre ce qui appartient à autrui¹²¹.

Dans la tradition orale innue, les rapports sociaux en lien avec la terre et les ressources naturelles s'articulent principalement autour de l'institution du partage, qui se rattacherait aux valeurs « du respect pour le droit de l'autre à la vie¹²² ». En langue innue, le partage réfère surtout « à la distribution concrète de parts de quelque chose (« *matinueu* »)¹²³ ». Les devoirs d'assistance mutuelle et de partage doivent être appréhendés à l'aune des impératifs de survie et des dynamiques

117. *Ibid.* à la p. 60. Voir aussi Ignace et Ignace, *supra* note 2 à la p. 208.

118. *Ibid.* à la p. 65.

119. *Ibid.* à la p. 63. Le congélateur communautaire de la communauté de Simpcw, dans lequel du poisson est mis à la disposition des aînés, des familles monoparentales et des autres personnes dans le besoin, constitue un exemple contemporain de mise en œuvre de ce principe.

120. « *Community members in need should be able to expect that others in the community will share to alleviate hardship and natural resources inequities.* » *Ibid.* à la p. 69.

121. *Ibid.* à la p. 64: « One of the legal principles that comes through in the analysis of Secwépemc stories is that, even when territory and resources may be held in common, people must know what is properly theirs, and what cannot be taken without permission. On the other hand, people are also responsible for protecting what belongs to them. »

122. Mailhot et Vincent, *Le discours montagnais sur le territoire*, *supra* note 34 à la p. 158. Voir également Lacasse, *supra* note 33 à la p. 78.

123. *Accès à la terre et gestion des ressources: perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 62.

propres à l'économie traditionnelle des Innus, essentiellement fondée sur les activités de chasse, de pêche et de cueillette dans le cadre d'un mode de vie semi-nomade¹²⁴. Ainsi, « lors d'une chasse fructueuse, les familles des territoires voisins étaient invitées à participer à la consommation du gibier » (rituel du « festin tout à manger »)¹²⁵. Aussi, dans l'ordre innu, il s'impose d'inviter sur son territoire ceux qui sont dans le besoin, par exemple une famille qui, chassant sur un territoire voisin, n'y aurait pas trouvé suffisamment de nourriture, ou dont le territoire aurait été détruit ou partiellement détruit par des projets d'exploitation de ressources naturelles¹²⁶. Les règles du partage chez les Innus s'appliquent également en faveur des étrangers qui, ayant obtenu l'autorisation de circuler en territoire innu, doivent être accueillis par eux¹²⁷. Comme chez les Secwépemc, le partage chez les Innus s'inscrit dans le contexte de rapports sociaux fondés sur la réciprocité, ce que permet d'illustrer l'extrait suivant du témoignage d'A.P. (Pessamit) :

Il arrivait parfois qu'un chasseur avait eu moins de chance qu'un autre. Alors, celui qui chassait dans les alentours aidait celui qui n'avait pas eu de chance. [...] Plus tard, si celui qui n'avait pas eu de chance retrouvait sa chance, il traiterait son voisin de la même façon. Il pouvait arriver aussi qu'il aide un autre malchanceux qui n'était pas nécessairement celui qui l'avait secouru¹²⁸.

124. Sur le mode de vie traditionnel des Innus, voir Lacasse, *supra* note 33 aux pp. 27-45.

125. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 18. Au sujet de ce rituel, voir Leroux, *supra* note 6 à la p. 89.

126. *Ibid.* L'exemple de l'application de la règle de partage dans un cas où le territoire d'un chasseur fut inondé ressort d'un entretien mené par Mailhot et Vincent auprès d'un chasseur de Pessamit, et qui atteste de la contemporanéité des règles du partage. Tel que l'a exprimé le chasseur : « ... il est sur le terrain où je chasse... Il n'a pas d'endroit où chasser, celui où il chasse est inondé... je ne peux pas le déplacer de là, lui aussi veut vivre. » (Mailhot et Vincent, *Le discours montagnais sur le territoire*, *supra* note 34 à la p. 158).

127. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 aux pp. 16-17. Sur le partage et l'entraide chez les Innus, voir Lacasse, *supra* note 33 aux pp. 56-57.

128. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 48, citant A.P. (Pessamit), 2009, collection Sylvie Vincent. Voir aussi Lacasse, *supra* note 33 aux pp. 78-79.

Par ailleurs, le partage des ressources se doit d'être équitable. Tel qu'il ressort d'un entretien avec l'aîné Georges Gabriel de Matimekush, reproduit dans l'ouvrage de Jean-Paul Lacasse sur l'ordre innu, « si l'on tuait dix caribous et qu'il y avait dix familles dans le groupe de chasse, ... elles auront chacun un caribou parce qu'il y a dix familles »¹²⁹. Le défaut de respecter les règles du partage peut être sévèrement sanctionné par les maîtres des animaux ; ceux-ci, par exemple, pourraient provoquer la malchance à la chasse, de manière à priver celui qui a enfreint les règles – ainsi que son groupe – de gibier¹³⁰.

Des travaux de recherche récents ont également affirmé l'importance du partage dans l'ordre juridique des Atikamekw Nehirowisiwok. Celui-ci se manifesterait notamment par le principe d'invitation (traduit en langue atikamekw par le terme « *wicakemowin* »), suivant lequel le responsable de territoire doit dans certaines circonstances inviter d'autres familles à chasser sur son territoire afin d'assurer qu'elles puissent combler leurs besoins « en viande sauvage, plantes médicinales, bois de chauffage et matériaux d'artisanat »¹³¹. Aussi, la viande provenant de la chasse au gros gibier – tel l'orignal ou l'ours – « doit être distribuée équitablement entre les membres du groupe de chasse et leur famille »¹³². En droit atika-

129. Lacasse, *supra* note 33 à la p. 78.

130. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 aux pp. 17 et 49 : « A number of informants in Sheshatshit told me that failure to share would result in no future success at hunting because the offended animal master would no longer allocate game to the individual who had violated the rules of sharing. » (Extrait d'entretien tiré de Peter Armitage, « Religious Ideology among the Innu of Eastern Quebec and Labrador » (1992) *Religiologiques*, en ligne : <<http://www.religiologiques.uqam.ca/no6/armit.pdf>>).

131. Ce qui entraîne, en retour, la responsabilité des invités « de suivre les recommandations de leur hôte [et] de lui indiquer [leurs] prises et d'en partager la moitié avec lui (*tetawinamatowin*). » Aussi, l'invité a la responsabilité d'inviter l'hôte sur son territoire : voir Éthier, « Orocowewin notcimik itatcihowin », *supra* note 40 ; Éthier, « Pluralisme juridique », *supra* note 6 à la p. 183, référant à Sylvie Poirier et Jean-Marc Niquay, *Le droit coutumier atikamekw : pistes de réflexion*, La Tuque, Conseil de la Nation Atikamekw Nehirowisiw, 1999.

132. *Ibid.*

mekw, le partage serait essentiel « au maintien du tissu social », en plus de témoigner de respect pour l'animal chassé¹³³.

2.2.3 Les processus décisionnels et l'exercice des responsabilités

Dans les ordres juridiques autochtones à l'étude, hormis peut-être celui des Bété¹³⁴, la prise de décisions en lien avec la terre, de même que le règlement des conflits fonciers, n'empruntent pas des formes rigides et prédéterminées. Flexibles et pragmatiques, les processus décisionnels en matière foncière, y compris les acteurs appelés à intervenir, sont définis au cas par cas, en fonction notamment de la nature et de l'ampleur des enjeux et des problèmes concernés¹³⁵.

Chez les Innus, les chefs de territoires ou groupes de chasse (« *Utshimau* »)¹³⁶ jouent un rôle important dans la gestion du terri-

133. *Ibid.*

134. Nous verrons que suivant le rapport sur la Côte d'Ivoire, chez les Bété, la résolution des conflits fonciers, bien que ne reposant pas sur l'application de règles prédéterminées, suit une forme plus fixe qu'au sein des autres ordres juridiques autochtones étudiés, en ce qu'elle serait centrée autour du Chef de terre et de ses notables.

135. Sur ces caractéristiques des systèmes juridiques autochtones, voir la partie 4 du présent ouvrage, portant sur la justice et le traitement des conflits.

136. Sur la notion d'« *Utshimau* », voir note 75. Les données contenues dans le rapport d'intégration soumis par cette équipe de recherche ne nous permettent pas de décrire le rôle contemporain des *Utshimau* dans la gouvernance foncière. Il ressort toutefois du deuxième rapport d'intégration produit par cette équipe que d'autres acteurs, en particulier les Conseils de bande établis en vertu de la *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c I-5, exercent aujourd'hui des pouvoirs considérables liés à la gestion des terres et des ressources naturelles. Tel que l'expriment les auteurs du deuxième rapport d'intégration sur l'ordre juridique innu : « Pour ce qui est des acteurs exerçant leurs traditions juridiques sur le territoire, les interactions hiérarchiques et la déformation des institutions autochtones fait en sorte de forcer les acteurs (gardiens de territoire, familles, chasseurs) à s'effacer et à s'autocensurer au sein de leur communauté afin d'éviter la confrontation avec leurs propres conseils de bande ou sur le territoire [...] », *Manifestations et interactions entre les ordres juridiques étatiques et innu*, *supra* note 8 à la p. 9. Voir aussi Lacasse et Cabane, *supra* note 37 à la p. 152. Dans une étape ultérieure de la recherche, il serait intéressant de recueillir des données sur l'intégration par les conseils de bande des acteurs traditionnels – notamment les *Utshimau* – aux processus décisionnels concernant le territoire, de même que sur l'exercice contemporain par les *Utshimau* de leurs responsabilités à l'égard de leur territoire. Sur le rôle contemporain des responsables de territoires familiaux

toire et le règlement des conflits fonciers¹³⁷. L'*Utshimau*, suivant la tradition orale, est choisi en raison de ses habiletés de chasseur; il s'agit souvent du chasseur le plus âgé, bien que ce ne soit pas invariablement le cas¹³⁸. Si l'*Utshimau* exerce une autorité particulière dans le domaine de la chasse¹³⁹, il faut savoir que le leadership chez les Innus n'était pas traditionnellement concentré entre les mains d'une même personne, mais plutôt distribué en fonction de la situation ou des connaissances que possèdent les individus par rapport à un enjeu particulier¹⁴⁰. Ainsi, « dans ce contexte, les femmes algonquiennes détenaient une grande autonomie individuelle et participaient aux prises des décisions sur les enjeux qui les concernaient ou qui touchaient les activités économiques auxquelles elles prenaient part »¹⁴¹. Aussi, selon leurs connaissances d'un enjeu particulier, plusieurs acteurs peuvent prendre part à la prise de décision, notamment les aînés, qui sont responsables du maintien de l'ordre

(*ka nikaniwitcik*) chez les Atikamekw Nehirowisiwok, voir Éthier, « Orowewin notcimik itatcihowin », *supra* note 40 à la p. 199.

137. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 17.
138. Lacasse, *supra* note 33 à la p. 73; Leroux, *supra* note 6 à la p. 91. Sur les règles relatives à la transmission de la responsabilité sur un territoire familial, le rapport sur le territoire chez les Innus indique ce qui suit : « [...] le chef de famille indiquait avant de mourir à qui il transmettait la responsabilité de son territoire. Il s'agissait généralement de l'un ou de plusieurs de ses fils. En l'absence d'un descendant direct apte à se charger des obligations dues à ce territoire, il pouvait le transmettre à l'un de ses gendres. [...] Il choisissait celui qui, ayant chassé avec lui pendant plusieurs années, connaissait son territoire et serait en mesure d'en prendre soin. » (*Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 20).
139. Tel que l'exprime Lacasse, *supra* note 33 à la p. 74 : « S'il est vrai que l'*Utshimau* n'a pas nécessairement d'autorité, son expérience le place souvent dans une certaine position d'autorité. L'*Utshimau*, c'est celui qui prend l'initiative de préparer et de diriger l'expédition de chasse, de choisir le lieu de campement principal, de voir à ce que les ressources alimentaires soient réparties de façon équitable entre les familles. »
140. Voir Pierrot Ross-Tremblay, « La souveraineté comme responsabilité », *Revue Liberté*, 2016, en ligne : <<http://revueliberte.ca/content/pierrot-ross-tremblay-la-souverainete-comme-responsabilite>>.
141. Catherine Delisle L'Heureux, *De l'engagement communautaire à la défense du territoire : les voix politiques des femmes innues face à l'exploitation minière*, Mémoire de maîtrise en anthropologie, Université de Montréal, 2015 à la p. 153, référant à Eleanor Leacock, « Women's Status in Egalitarian Society: Implications for Social Evolution » (1978) 19:2 *Current Anthropology* 247 à la p. 249 [Women's Status in Egalitarian Society].

social et de la transmission « aux générations suivantes [d]es règles de comportement dictées par la tradition orale »¹⁴², ainsi que les chamans, Mishtapeu et les Maîtres des animaux, lesquels sont susceptibles d'intervenir afin d'assurer le respect des valeurs, des principes et des règles liés au respect de la vie et à la protection du territoire¹⁴³.

Enfin, il est important de saisir que le leadership chez les Innus s'exerce davantage par la persuasion que par la coercition, et ce, dans l'optique de la recherche du consensus et du principe de non-ingérence dans la vie des autres¹⁴⁴. Ce principe serait lié au rôle essentiel de chaque individu dans le fonctionnement – voire la survie – du groupe, et en retour, à la dépendance de chaque individu à la collectivité¹⁴⁵. Dans un tel contexte, la place des individus au sein du groupe se définit par la nature et l'importance de leur contribution à la collectivité, ce qui explique notamment le respect et le prestige dont jouissent les aînés et les bons chasseurs au sein de la société innue¹⁴⁶, comme des sociétés algonquiennes plus généralement¹⁴⁷. L'interdépendance de la valeur de l'autonomie individuelle et du bien-être du groupe est clairement articulée dans l'extrait suivant de l'étude d'Emma Anderson :

L'éthique innue de réciprocité et de respect envers l'autonomie individuelle et ses traditions de leadership non coercitif rendaient toutefois le prestige de ces individus subordonné au déploiement socialement responsable de leurs habiletés. C'était la distribution équitable de son butin par le chasseur doué, le déploiement bienveillant de son pouvoir par le chaman, la générosité de l'artisan avec

142. Lacasse, *supra* note 33 à la p. 74. Voir *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 63.

143. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 aux pp. 15-19. Voir également Armitage, *supra* note 130; Lacasse, *supra* note 33 aux pp. 51-53, et Delisle L'Heureux, *supra* note 141 aux pp. 153-154.

144. Lacasse, *supra* note 33 aux pp. 58-60.

145. Leacock, « Women's Status in Egalitarian Society », *supra* note 141 à la p. 249.

146. Delisle L'Heureux, *supra* note 141 à la p. 154.

147. Leroux, *supra* note 6 aux pp. 90-91.

ses réalisations qui leur conféraient à chacun un droit à l'admiration collective¹⁴⁸.

Dans l'ordre *secwépemc*, comme chez les Innus, l'autorité est distribuée de manière horizontale, en ce sens que les acteurs susceptibles d'intervenir dans chaque cas particulier sont identifiés à la lumière d'une analyse préalable de la nature et de la portée du problème ou de l'enjeu concerné¹⁴⁹. Le résultat de cette analyse permet de déterminer si la décision relève de l'ensemble de la communauté ou d'un groupe particulier, et si d'autres acteurs, dont les chefs, les « experts » et les aînés devraient participer au processus décisionnel¹⁵⁰. Dans tous les cas, le droit *secwépemc* poursuit l'idéal d'assurer la participation de tous les membres de la communauté – ou du moins certainement des personnes ou des groupes de personnes affectés par l'enjeu dont il est question – aux processus décisionnels concernant le territoire, et prévoit que les mésententes devraient être résolues au sein de la communauté¹⁵¹. Par ailleurs, les manquements aux valeurs, aux principes et aux règles liés au respect et à la préservation des ressources sont susceptibles d'engendrer des conséquences spirituelles et naturelles néfastes, en plus d'être sujets

148. Emma Anderson, *La trahison de la foi. Le parcours tragique d'un converti autochtone à l'époque coloniale*, Québec, PUL, 2009 à la p. 49. Voir également Delisle L'Heureux, *supra* note 141 à la p. 154 et Lacasse, *supra* note 33 à la p. 58.

149. Asch *et al.*, *supra* note 19 à la p. 27.

150. *Ibid.* Dans les mots d'un participant à la recherche, D' Ron Ignace : « *[I]t depends on the issue that you're going to be dealing with... it may be a member within the family. It may be the whole family. It may be the whole community. It depends on how big the issue is and who is affected.* » Dans tous les cas, l'ordre juridique *secwépemc* reconnaît l'importance de la représentation des familles dans les processus décisionnels à l'échelle de la communauté (*ibid.* à la p. 28). Les aînés, pour leur part, servent de guides dans la prise de décisions, dans la distribution des rôles et dans la résolution des conflits au sein de la communauté.

151. *Ibid.* à la p. 27. Le processus d'évaluation récemment mené par l'association Stk'emlupsemc te Secwépemc – un groupe constitué en 2007 et représentant les intérêts communs des Premières nations de Skeetchestn et Tk'emlups te Secwépemc – en lien avec le projet minier KGHM Ajax constitue une illustration contemporaine de la mise en œuvre des valeurs, principes, règles et processus *secwépemc* concernant la prise de décisions relatives au territoire ; voir en ligne : <<http://stkemlups.ca/process/>>.

à la force dissuasive de l'opinion publique¹⁵². Enfin, soulignons qu'à l'instar des Innus, les Secwépemc reconnaissent une grande valeur à l'autonomie et à l'agentivité des individus¹⁵³, ceux-ci étant notamment responsables des ressources qu'ils ont prélevées¹⁵⁴ et des conséquences de leurs choix individuels¹⁵⁵.

Il ressort du rapport de recherche que la flexibilité et l'ouverture des processus décisionnels chez les Secwépemc et les Innus sont moins présentes en Côte d'Ivoire, où la résolution des conflits fonciers suivrait un processus davantage centralisé. Le Chef de terre, qui est « le gardien des règles et des valeurs ancestrales dont il doit veiller au respect¹⁵⁶ », assisté de ses notables, soit de personnes « reconnues pour leur sagesse et pour l'exemplarité et la respectabilité de leur vie sociale »¹⁵⁷, seraient principalement responsables de l'application de la coutume en cas de conflit foncier. Dans les cas où la coutume ne peut dicter la solution à un conflit donné, le Chef de terre, « après que chaque membre de l'instance délibérative [ses notables] ait fait valoir son point de vue », « prend la décision qui lui semble la plus acceptable pour tous »¹⁵⁸. Dans sa prise de décision, le chef serait guidé par la recherche de l'« équilibre social »¹⁵⁹. Dans les cas les plus graves, lorsqu'une personne est coupable « d'un acte manifestement incompatible avec les valeurs et les règles cardinales de la société », les autorités coutumières, après consultation du chef

152. Voir notamment *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, supra note 7 aux pp. 6, 8 et 10.

153. Il s'agirait en fait d'un principe général sous-jacent de l'ordre juridique secwépemc : Asch *et al.*, supra note 19 aux pp. 12 et 16 : « [...] *although individuals understand the importance of the collective as fundamental in Secwépemc society, individuals have the ability to act independently and make their own free choices in the Secwépemc legal traditions.* »

154. *Ibid.* à la p. 34.

155. *Ibid.* à la p. 17 : « *For example, in Story of Grasshopper, Grasshopper refuses to help during the salmon harvest, deciding to play instead. When grasshopper is hungry later in the story, the community refuses to share with him.* »

156. *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, supra note 28 à la p. 21.

157. *Ibid.* à la p. 41.

158. Suivant le rapport, le consensus dont il est question ici concerne l'instance (le chef de terre et les notables) et non les membres de la communauté concernée ou des groupes concernés par un enjeu.

159. *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, supra note 28 à la p. 22.

de famille, peuvent décider de l'expulsion du territoire ou du bannissement du clan du contrevenant, ce « qui correspond à la mort civile »¹⁶⁰.

Enfin, les « génies ou dieux de la brousse », à qui appartiennent les terres, jouent un rôle important dans l'ordre normatif bété. Le Chef de terre tient en effet son autorité de ces derniers : le pacte qu'il a conclu avec eux est renouvelé de manière régulière par le truchement de rites, dont les offrandes et l'immolation de bêtes¹⁶¹. Comme chez les Innus et les Secwépemc, les conséquences mystiques pouvant résulter des manquements aux normes relatives au foncier, de même que la pression sociale, jouent un rôle important dans le respect par les populations du droit coutumier¹⁶².

2.3 Les droits étatiques entre capitalisme extractiviste et développement durable : quelle place pour un dialogue internormatif avec les peuples autochtones ?

L'idée suivant laquelle les ordres juridiques occidentaux et autochtones s'opposeraient de manière radicale quant à la conception des rapports entre les sociétés humaines et l'environnement naturel est largement répandue¹⁶³. Si les études de cas que nous avons comparées aux fins du présent chapitre tendent à confirmer que l'ontologie dominante des rapports entre les êtres humains, la terre et les ressources naturelles véhiculée par les droits occidentaux se distingue de manière fondamentale des conceptions autochtones du territoire (2.3.1), il n'en demeure pas moins que la prégnance de la notion de « développement durable » dans les discours occidentaux sur l'environnement soulève la question d'un potentiel de rapprochement entre les ordres juridiques étatiques et autochtones en lien avec le territoire et les ressources naturelles (2.3.2).

160. *Ibid.* aux pp. 21 et 40.

161. *Ibid.* à la p. 21.

162. *Ibid.*

163. Voir notamment Jessica Clogg *et al.*, « Indigenous Legal Traditions and the Future of Environmental Governance in Canada » (2016) 29 *J. Env. L. & Prac.* 227; Napoleon et Overstall, *supra* note 70.

2.3.1 Une gouvernance environnementale d'abord structurée par une éthique anthropocentrique et utilitariste

En Côte d'Ivoire comme au Canada – notamment dans les provinces du Québec et de la Colombie-Britannique – le substrat du droit étatique concernant la gestion des terres et des ressources naturelles serait principalement constitué des valeurs et des principes découlant du libéralisme et du néolibéralisme, tels que la priorité à la marchandisation, la croissance économique et la liberté contractuelle¹⁶⁴. Ces valeurs et principes, autorisés par une conception foncièrement anthropocentrique et utilitariste des rapports entre les êtres humains et l'environnement naturel¹⁶⁵, auraient notamment permis le développement du capitalisme extractiviste, un modèle économique largement associé aux problèmes environnementaux contemporains, en plus de constituer l'un des vecteurs de la dépossession territoriale des peuples autochtones¹⁶⁶.

Cette ontologie dominante des rapports des êtres humains à la nature s'inscrit au fondement même de l'architecture des régimes juridiques qui régissent l'accès et l'utilisation du territoire et des ressources naturelles, lesquels reposent primordialement sur le principe cardinal de la souveraineté territoriale des États et sur les institutions – telle la propriété privée – qui encadrent la distribution des droits d'accès à la terre¹⁶⁷.

164. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, supra note 7 à la p. 15; *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, supra note 7 aux pp. 38 et 44; *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, supra note 28 aux pp. 14, 18-19.

165. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, supra note 7 à la p. 15; *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, supra note 7 aux pp. 38-39, 42, 44 et 49-50; *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, supra note 28 aux pp. 14, 18-19. Au sujet de ces éthiques environnementales dominantes au sein des sociétés occidentales, voir Joseph R. DesJardins, *Environmental Ethics. An Introduction to Environmental Philosophy*, 4^e éd, Toronto, Thomson Wadsworth, 2006 aux ch 2 et 3.

166. Lawrence D. Berg, « Banal Naming, Neoliberalism, and landscapes of dispossession » (2011) 10:1 ACME 13; David Harvey, « The "New" Imperialism: Accumulation by Dispossession » (2004) 40 Socialist Register 63.

167. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, supra note 7 à la p. 11. Sur la notion de souveraineté territoriale de l'État, bien établie en droit international public, voir la Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des

Si, tel que nous l'avons souligné, la notion de « *tipenitam* » en droit innu véhicule également la notion de pouvoir à l'égard du territoire¹⁶⁸, il est remarquable qu'en droit étatique, la souveraineté puisse être affirmée à l'égard de territoires avec lesquels l'État n'entretient aucun rapport effectif¹⁶⁹, alors que l'utilisation et la connaissance intime du territoire s'inscrivent au fondement des liens qui unissent les Innus, les Secwépemc et les Bété à la terre¹⁷⁰.

Le contrôle et la gestion par les États de la terre et des ressources naturelles s'exercent au moyen de différentes techniques de régulation de l'espace, y compris le découpage ou le cloisonnement de l'« espace en soi » (p. ex. : délimitation de frontières géographiques fixes afin de définir les espaces juridictionnels ou ceux grevés de différents titres de propriété), ou encore de l'« ordre conceptuel » (p. ex. : humains/environnement ; vivant/non-vivant ; faune/plantes ; ressources halieu-

Nations Unies du 14 décembre 1962 et l'article premier du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, 6 ILM 368, et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, 6 ILM 368. Pour un exemple de l'affirmation de ce principe en droit interne, plus spécifiquement en droit québécois, voir l'article premier de la *Loi sur les terres du domaine de l'État*, LRQ 1999, c T-8.1.

168. Voir *supra*, p. 89.

169. En vertu notamment du principe de la découverte : *Johnson v McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823) ; *Worcester v Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). Voir également l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 à la p. 1103 : « Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à sa Majesté. » Sur l'actualité de cette logique de dépossession en droit canadien, voir notamment John Borrows, « The Durability of *Terra Nullius*: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* » (2015) 48 :3 UBC Law Review 701.

170. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 9 (principe du « territoire connu et aménagé ») ; *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 à la p. 6 (« Both authority and collective safety derives from knowledge. People have a responsibility to learn about the land and all the beings on the land, in the air, and in the water »). Chez les Bété, le chef de terre a pu s'établir avec la bénédiction des « génies ou dieux de la brousse », à qui appartiennent les terres. La pratique régulière de rites lui permet de renouveler le pacte conclu entre ses ancêtres et les esprits, et de maintenir son autorité sur le territoire : *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, *supra* note 28 aux pp. 20-21.

tiques/ressources cynégétiques ; minéraux/forêts/eau, surface/tréfonds ; public/privé ; individuel/collectif, etc.)¹⁷¹.

Les modalités d'accès, d'utilisation et de gestion du territoire varient en fonction de ces typologies. En dépit de certaines réformes législatives récentes motivées par les évolutions des savoirs écologiques et par l'approche du « développement durable », dont il sera question plus loin, le droit étatique est compartimenté en fonction d'une vaste gamme de régimes juridiques destinés à régir de manière distincte et autonome les terres et les différentes composantes de l'environnement naturel¹⁷². Au Québec et en Colombie-Britannique, par exemple, les terres, les minéraux, les forêts, l'eau et les animaux font l'objet d'autant de régimes juridiques, essentiellement constitués de règles et de pouvoirs discrétionnaires attribués à des acteurs spécialisés, entraînant de ce fait la centralisation décisionnelle au sein de l'appareil étatique¹⁷³. Plus encore, à l'intérieur même de ces régimes sectoriels se déploie une arborescence normative structurée en fonction de distinctions conceptuelles telle que celle opérée entre

171. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique, supra* note 7 aux pp. 10-11. Tel que l'expriment les auteurs, « Ce morcellement de l'espace par le droit se répercute jusqu'aux plus hautes sphères de l'ordonnancement normatif canadien », tel qu'il ressort notamment du partage des compétences législatives opéré par les articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lesquels attribuent au Parlement la compétence exclusive pour légiférer sur les pêcheries et les oiseaux migrateurs, et aux provinces la compétence législative exclusive sur les terres, la propriété, les forêts et les ressources naturelles non renouvelables situées à l'intérieur de leurs frontières. » En Côte d'Ivoire, la *Loi de 1998 relative au domaine du foncier rural* opère un découpage de l'espace foncier par l'individualisation et l'immatriculation de la terre (art 4).

172. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique, supra* note 7 aux pp. 10-11 ; *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources, supra* note 7 à la p. 36 et aux annexes F et G.

173. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique, supra* note 7 aux pp. 31-34 ; *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources, supra* note 7 aux pp. 33-34, 41-42 et 47. La centralisation du pouvoir décisionnel est néanmoins atténuée par la multiplication des mécanismes de participation des citoyens aux processus décisionnels, par exemple les processus d'évaluation environnementale et de consultation des peuples autochtones, dont il sera question plus loin. De manière générale toutefois, le pouvoir décisionnel ultime appartient exclusivement aux autorités compétentes de l'État.

les forêts publiques et privées¹⁷⁴, ou encore entre les minéraux et les hydrocarbures¹⁷⁵. Il en résulte un morcellement de la gestion du territoire et des ressources qui s'accommode difficilement des approches de gestion écosystémiques préconisées par les savoirs scientifiques actuels, et comme nous le verrons par l'approche du développement durable. Cette compartimentalisation est par ailleurs une des multiples formes de colonisation du territoire et de toutes les formes du vivant telles qu'appréhendées par les Premiers peuples¹⁷⁶.

Les ordres juridiques autochtones distinguent aussi certaines catégories, en appliquant par exemple des normes spécifiques au traitement des espèces qui jouissent d'un statut particulier¹⁷⁷, ou encore en aménageant l'exercice des responsabilités à l'égard des terres en fonction de différentes entités sociales, comme les groupes familiaux¹⁷⁸. Il n'en demeure pas moins que les techniques de gouver-

174. *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*, LRQ 2010, c A-18.1, art 15-126 (territoire forestier du domaine public); art 127-180 (forêts du domaine privé); *Forest Act*, RSBC 1996, c 157, sec. 5; *Forest and Range Practices Act*, RSBC 2002, c 69.

175. Voir notamment les législations suivantes: *Loi sur les mines*, LRQ c. M-13.1 (distingue les substances minérales souterraines, art. 1 à 126; les substances minérales de surface, art. 140-155; et le pétrole et le gaz naturel, art. 157-216.1); *Loi limitant les activités pétrolières et gazières*, L.R.Q., c. C-13; *Mines Act*, RSBC 1996, c 293; *Oil and Gas Activities Act*, SBC 2008, ch. 36; *Petroleum and Natural Gas Act*, RSBC 1996, c 361.

176. D'aucuns associent ces techniques de conceptualisation de l'espace à une forme de violence ontologique à l'égard des peuples autochtones: le contrôle du territoire passe par «une délégitimation complète des modes relationnels et de la compréhension du monde autochtones.» (Delisle L'Heureux, *supra* note 141 à la p. 12). Voir aussi Jacinta Ruru, *Making Our Place. Exploring Land Use Tensions in Aotearoa New Zealand*, Dunedin, Otago University Press, 2011; Eve Tuck et K. Wang Yang, «Decolonization is not a Metaphor» (2012) 1:1 *Decolonization: Indigeneity, Education & Society* 1 à la p. 5.

177. Chez les Innus, par exemple, des règles spécifiques s'appliquent au traitement de la dépouille des ours, des caribous, des poissons et des castors. De même, à l'instar du droit étatique, le droit innu accorde une protection particulière aux espèces vulnérables: *Accès à la terre et gestion des ressources: perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 18. En droit étatique, voir notamment la *Loi sur les espèces menacées ou vulnérables*, L.R.Q. c. E-12.01.

178. *Accès à la terre et gestion des ressources: perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 20; Asch *et al.*, *supra* note 19 à la p. 28.

nance du territoire et des ressources naturelles observées en droit étatique ne trouveraient pas leur équivalent dans les ordres juridiques autochtones. En effet, ces ordres juridiques véhiculeraient une conception davantage intégrée et relationnelle du territoire et des êtres humains et non humains qui s'y trouvent, en plus de préconiser, du moins en ce qui concerne les Secwépemc et les Innus, une plus grande diffusion du pouvoir et de l'autorité¹⁷⁹. Qui plus est, se distinguant à cet égard des droits étatiques, les ordres juridiques autochtones en matière foncière s'appuieraient davantage sur les processus et les acteurs que sur des règles préétablies visant à contrôler l'accès, l'utilisation et la protection du territoire¹⁸⁰.

Il reste à voir si les évolutions encore somme toute récentes des droits étatiques en lien avec les préoccupations sociétales grandissantes pour la protection de l'environnement et l'« acceptabilité sociale »¹⁸¹ auront permis une convergence accrue des ordres juridiques autochtones et étatiques.

2.3.2 Le « développement durable », vecteur de rapprochement des ordres juridiques étatiques et autochtones ?

Plusieurs des régimes juridiques étatiques portant sur la gestion des terres et des ressources naturelles reposent principalement sur l'objectif de garantir un accès durable et sécurisé au territoire à des fins premières de marchandisation et de développement économique¹⁸². Il en serait ainsi des législations minières et forestières en

179. Ce qui ressort de la description des ordres juridiques innus et secwépemc, qui ne compartimentent pas les valeurs, les principes, les règles, les processus et les acteurs en fonction de catégories étanches.

180. Cette caractéristique des ordres juridiques autochtones ressort de manière particulièrement claire du rapport sur le territoire chez les Secwépemc.

181. Pour une conception étatique de la notion d'« acceptabilité sociale », voir les *Orientations du ministère de l'Énergie et des Ressources naturelles en matière d'acceptabilité sociale* adoptée en 2017, en ligne : <<http://mern.gouv.qc.ca/ministere/acceptabilite-sociale/>>.

182. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, supra note 7 aux pp. 15 et 34 ; *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, supra note 7 aux pp. 38 et 44-45 ; *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, supra note 28 aux pp. 16-17. Il existe bien entendu des exceptions notables, telle que la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, L.R.C. c.- 6.2, ou encore la *Loi sur les espèces menacées et vulnérables*, supra note 177.

contexte canadien, de même que de la *Loi de 1998 relative au domaine du foncier rural* en Côte d'Ivoire¹⁸³.

Depuis quelques décennies, cet objectif aurait toutefois été tempéré, du moins au niveau formel, par l'adoption de nouvelles normes en matière de protection de l'environnement et de « développement durable », notion largement entendue comme référant à « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs »¹⁸⁴. L'intégration encore somme toute récente des valeurs et des principes du développement durable dans le droit étatique n'est pas sans créer d'ambiguïté dans l'interprétation et l'application des régimes juridiques qui encadrent la gestion et l'exploitation des terres et des ressources naturelles, tel qu'il ressort clairement, à titre d'illustration, du régime minier québécois.

La *Loi sur les mines*¹⁸⁵ du Québec, telle que modifiée en 2013, a en effet pour objet de « favoriser, dans une perspective de développement durable, la prospection, la recherche, l'exploration et

183. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 aux pp. 15 et 32-33 ; *Les lois Secwépém régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 38 et 44-45 ; *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, *supra* note 28 aux pp. 14 et 18. En ce qui concerne les objectifs de la *Loi de 1998 relative au domaine du foncier rural* en Côte d'Ivoire, voir Chauveau, « Une lecture sociologique de la loi ivoirienne de 1998 », *supra* note 11 à la p. 5 : « L'objectif essentiel affiché est d'assurer la transition accélérée (dix ans après la promulgation de la loi) des pratiques locales d'appropriation vers un régime unique de propriété privée « moderne », qui puisse assurer la sécurité foncière, l'accès au crédit et la sécurité des investissements, la réduction des conflits et leur règlement selon des procédures claires, la constitution d'un véritable marché des titres fonciers, l'établissement, enfin, d'un système fiscal incitatif. »

184. Voir notamment la *Loi sur le développement durable*, L.R.Q. ch. D-8.1.1, article 2. À cet énoncé général visant à définir le « développement durable », cette disposition ajoute ce qui suit : « Le développement durable s'appuie sur une vision à long terme qui prend en compte le caractère indissociable des dimensions environnementale, sociale et économique des activités de développement. » Le concept de « développement durable » s'est largement imposé en droit international de même que dans l'ordre juridique de nombreux États dans la foulée du rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, Montréal, Éditions du Fleuve, 1989 (mieux connu sous le titre de « Rapport Brundtland »), et de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement de 1992.

185. *Loi sur les mines*, *supra* note 175.

l'exploitation des substances minérales, et ce, tout en assurant aux citoyens du Québec une juste part de la richesse créée par l'exploitation de ces ressources et en tenant compte des autres possibilités d'utilisation du territoire»¹⁸⁶. Elle vise également «à ce que l'exploitation des ressources non renouvelables se fasse au bénéfice des générations futures»¹⁸⁷. Les objectifs liés à la croissance économique, d'une part, et aux impératifs écologiques et socioculturels, d'autre part, cohabitent également dans le préambule de la loi, lequel affirme notamment «qu'il est nécessaire de favoriser l'utilisation optimale des ressources minérales de manière à créer le maximum de richesse pour la population du Québec», mais également «d'assurer un développement minéral respectueux de l'environnement», et de «favoriser un développement associé aux communautés et intégré au milieu»¹⁸⁸.

Qui plus est, en vertu de la *Loi sur le développement durable*¹⁸⁹, l'administration publique québécoise, dans la gestion du développement minier, devrait tenir compte d'une vaste gamme de principes liés au développement durable, dont plusieurs évoquent des valeurs, des principes, des règles et des processus identifiés par les chercheurs dans les ordres juridiques innu, secwépemc et bété. Parmi ces principes, mentionnons notamment «la santé et la qualité de vie»¹⁹⁰;

186. Article 17. Une analyse similaire aurait pu être faite du régime minier de la Colombie-Britannique et des lois environnementales applicables, qui reposent sur des valeurs, des principes et des processus qui recourent à plusieurs égards ceux applicables au Québec : voir à cet égard *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 à l'annexe G.

187. Article 17 al. 2.

188. Il s'agit respectivement des troisième, quatrième et cinquième «considérant» du préambule. Voir également le document intitulé *Vision stratégique du développement minier au Québec*, Gouvernement du Québec, ministère de l'Énergie et des Ressources naturelles, 2016. La stratégie minérale du Québec est articulée autour de trois grandes orientations : 1) Mettre en valeur les filières minières actuelles et en développer de nouvelles ; 2) Prévenir et atténuer les impacts sur l'environnement ; 3) Promouvoir la participation citoyenne et la transparence.

189. *Loi sur le développement durable*, *supra* note 184.

190. *Ibid.*, art. 6 a) : «Les personnes, la protection de leur santé et l'amélioration de leur qualité de vie sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Les personnes ont droit à une vie saine et productive, en harmonie avec la nature.» Voir notamment *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 6, 8 et 10.

l'«équité et solidarité sociales»¹⁹¹ ; la «protection de l'environnement»¹⁹² ; la «participation et l'engagement»¹⁹³ ; «l'accès au savoir»¹⁹⁴ ; la «subsidiarité»¹⁹⁵ ; la «précaution»¹⁹⁶ ; la «préservation de la biodiversité»¹⁹⁷ et le «respect de la capacité de support des

-
191. *Ibid.*, art. 6 b) : «les actions de développement doivent être entreprises dans un souci d'équité intra et intergénérationnelle ainsi que d'éthique et de solidarité sociales.» Voir notamment *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, *supra* note 28 aux pp. 11-12 et *Les lois Secwépepm régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 8-9.
192. *Ibid.*, art. 6 c) : «pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement.» Voir notamment *Les lois Secwépepm régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 6 et 9 et *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 aux pp. 14, 17-19.
193. *Ibid.*, art. 6 e) : «la participation et l'engagement des citoyens et des groupes qui les représentent sont nécessaires pour définir une vision concertée du développement et assurer sa durabilité sur les plans environnemental, social et économique.» Voir notamment *Les lois Secwépepm régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 11-12.
194. *Ibid.*, art. 6 f) : «les mesures favorisant l'éducation, l'accès à l'information et la recherche doivent être encouragées de manière à stimuler l'innovation ainsi qu'à améliorer la sensibilisation et la participation effective du public à la mise en œuvre du développement durable.» Voir notamment *Les lois Secwépepm régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 6, 8 et 10.
195. *Ibid.*, art. 6 g) : «les pouvoirs et les responsabilités doivent être délégués au niveau approprié d'autorité. Une répartition adéquate des lieux de décision doit être recherchée, en ayant le souci de les rapprocher le plus possible des citoyens et des communautés concernés.» Voir notamment *Les lois Secwépepm régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 11-12.
196. *Ibid.*, art. 6 j) : «lorsqu'il y a un risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique complète ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir une dégradation de l'environnement.» Voir notamment *Les lois Secwépepm régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 7-8 et Napoleon et Overstall, *supra* note 70 : «For indigenous peoples world-wide and, indeed, most peoples until the last millenium, the legal order outlined above operated in a context of avoiding risk.»
197. *Ibid.*, art. 6 l) : «la diversité biologique rend des services inestimables et doit être conservée pour le bénéfice des générations actuelles et futures. Le maintien des espèces, des écosystèmes et des processus naturels qui entretiennent la vie est essentiel pour assurer la qualité de vie des citoyens.» Voir notamment *Les lois Secwépepm régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 6 et 9 et *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 aux pp. 14 et 17-19.

écosystèmes»¹⁹⁸. Ces principes doivent néanmoins s'arrimer à d'autres dont on ne retrouve pas l'expression dans les ordres juridiques autochtones étudiés, en particulier celui d'« efficacité économique »¹⁹⁹.

En droit étatique québécois, les principes du développement durable sont mis en œuvre au moyen notamment des lois et des règlements qui régissent les répercussions environnementales et sociales des projets de développement, en particulier la *Loi sur la qualité de l'environnement*²⁰⁰. Cette loi prévoit, entre autres dispositifs, des processus d'évaluation et d'examen des répercussions des grands projets de développement, qui visent notamment à favoriser la circulation de l'information et la participation du public²⁰¹. Les processus établis par cette loi sont par ailleurs complétés par d'autres institutions ayant pour objet de favoriser une participation élargie aux processus décisionnels concernant le territoire et les ressources naturelles, par exemple l'obligation constitutionnelle qui incombe à l'État de consulter et d'accommoder les peuples autochtones²⁰². Cette obligation a été expressément reconnue par le législateur québécois dans la *Loi sur les mines*²⁰³, son article 2.1 énonçant que « [l]a présente loi doit s'interpréter de manière compatible avec

198. *Ibid.*, art. 6 m) : « les activités humaines doivent être respectueuses de la capacité de support des écosystèmes et en assurer la pérennité. » Voir notamment *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 6 et 9 et *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 aux pp. 14 et 17-19.

199. *Ibid.*, art. 6 d) : « l'économie du Québec et de ses régions doit être performante, porteuse d'innovation et d'une prospérité économique favorable au progrès social et respectueuse de l'environnement. »

200. L.R.Q., c. Q-2. Il en est de même en Colombie-Britannique : voir l'*Environmental Assessment Act*, *supra* note 26.

201. Voir les articles 31.1 à 31.9 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, *ibid.*, de même que les *Règles de procédure relatives au déroulement des audiences publiques*, RLRQ, c. Q-2, r. 45. En ce qui concerne la Colombie-Britannique, où s'applique également une loi en matière d'évaluation des répercussions environnementales des projets de développement, voir les remarques additionnelles au rapport sur le territoire sur les Secwépemc portant sur l'évaluation environnementale.

202. Au sujet de l'obligation de consultation, qui s'applique en Colombie-Britannique comme partout ailleurs au Canada, voir les décisions de la Cour suprême du Canada dans *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, [2014] 2 RCS 256 et *Nation Haida c Colombie-Britannique*, [2004] 3 RCS 511.

203. *Loi sur les mines*, *supra* note 175.

l'obligation de consulter les communautés autochtones. Le gouvernement consulte les communautés autochtones de manière distincte, lorsque les circonstances le requièrent²⁰⁴. » L'obligation de consulter les peuples autochtones affectés par des projets de développement minier pourrait, du moins sur le plan des valeurs et des principes, rappeler à certains égards l'ordre juridique secwépemc en ce qui concerne la participation des individus et des groupes aux processus décisionnels qui les concernent²⁰⁵.

Au premier regard, notre analyse comparative semble donc confirmer l'idée largement répandue suivant laquelle les pratiques et les ordres juridiques autochtones seraient cohérents avec les objec-

204. Voir également les articles 2.1 à 2.3 de la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*, *supra* note 174, et l'article 24.1 de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, L.R.Q. c. C-61.1. La consultation des peuples autochtones peut être rattachée au principe plus général de participation, reconnu au para. 6 e) de la *Loi sur le développement durable*, *supra* note 184. Soulignons que selon des auteurs, la *Loi sur les mines*, *supra* note 175, ou plus spécifiquement son régime encadrant l'acquisition et l'enregistrement des claims miniers, serait structurellement incompatible avec l'obligation constitutionnelle qui incombe à la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones : voir Jean-Paul Lacasse, « Régime minier et droits ancestraux : une conciliation encore difficile » dans Christophe Krolik, dir, *Le droit des ressources naturelles et de l'énergie. Où en sommes-nous? Où allons-nous?*, Montréal, LexisNexis, 2017, à la p. 135 ; Sophie Thériault, « Aboriginal Peoples' Consultations in the Mining Sector : A Critical Appraisal of Recent Mining Reforms in Quebec and Ontario » dans Martin Papillon et André Juneau, dir, *Aboriginal Multilevel Governance, Canada: The State of the Federation 2013*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015.

205. *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 aux pp. 10 et 12. L'analyse de la correspondance entre le droit et les pratiques étatiques en matière de consultation des peuples autochtones, d'une part, et les droits autochtones, d'autre part, exigerait une analyse beaucoup plus fine des ordres juridiques concernés. Notons ici que plusieurs organisations et nations autochtones ont élaboré leurs propres normes en matière de consultation : voir notamment le *Protocole de consultation des Premières nations du Québec et du Labrador*, préparé par l'Institut de développement durable des Premières nations du Québec et du Labrador et publié en 2005 par l'Assemblée des Premières nations du Québec et du Labrador, en ligne : <http://iddpnql.ca/?page_id=39>. Pour un exemple d'incompatibilité entre le droit et les pratiques étatiques en matière de consultation et le droit Anishinaabek, voir Karen Drake, « The Trials and Tribulations of Ontario's *Mining Act*: The Duty to Consult and Anishinaabek Law » (2015) 11 RDPDD 183.

tifs et les principes du développement durable (ou *vice versa*)²⁰⁶. Il faut toutefois convenir que les rapprochements que nous avons ici effectués entre les ordres juridiques étatiques et autochtones s'inscrivent à un niveau très élevé de généralité, posant ainsi le risque de véhiculer une image essentialisée, réductrice, voire déformée tant des ordres juridiques étatiques que des ordres juridiques autochtones en lien avec les terres et les ressources naturelles²⁰⁷.

À ce sujet, tel que l'ont argumenté plusieurs auteurs, les conceptions autochtones de la terre ne doivent pas être assimilées de manière machinale aux notions de « conservation » et de « développement durable », à tout le moins dans le sens où celles-ci sont généralement conçues au sein de la modernité occidentale. En effet, suivant certains auteurs, la notion de « développement durable », dans sa forme orthodoxe, s'inscrirait toujours dans une vision du monde foncièrement anthropocentrique et capitaliste²⁰⁸, laquelle serait peu compatible avec les ordres juridiques autochtones que nous avons comparés. Dans un tout autre ordre d'idées, mentionnons l'existence de débats et controverses dans la littérature quant à savoir si la conservation des ressources dans les sociétés autochtones traditionnelles constituait le résultat d'une stratégie délibérée d'atténuation

206. Voir notamment John Borrows, « Living Between Water and Rocks: First Nations, Environmental Planning and Democracy » dans John Borrows, *Recovering Canada. The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002 à la p. 29; Lynda M. Collins et Meghan Murtha, « Indigenous Environmental Rights in Canada: the Right to Conservation Implicit in Treaty and Aboriginal Rights to Hunt, Fish and Trap » (2010) 47(4) *Alberta Law Review* 959 et Bradford Morse, « Indigenous Rights as a Mechanism to Promote Environmental Sustainability » dans Laura Westra, Klaus Bosselmann et Richard Westra, dir, *Reconciling Human Existence with Ecological Integrity: Science, Ethics, Economics and Law*, London, Earthscan, 2008, 159.

207. Il s'agit d'ailleurs du risque que l'approche méthodologique utilisée par les auteurs du rapport sur le droit Secwépemc cherche justement à éviter: voir Friedland et Napoleon, « Gathering the Threads », *supra* note 10.

208. De nombreux chercheurs critiquent la notion de développement durable, arguant notamment qu'elle s'inscrit toujours dans une vision du monde capitaliste et foncièrement anthropocentrique: voir par exemple Klaus Bosselmann, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, Farnham, Ashgate, 2008; Christian Fuchs, « Critical Social Theory and Sustainable Development: The Role of Class, Capitalism and Domination in a Dialectical Analysis of Un/Sustainability » (2017) 25 *Sustainable Development* 443 aux pp. 449-51.

des répercussions des activités humaines sur l'environnement, plutôt que la conséquence épiphénoménale des modes de vie traditionnels des peuples autochtones axés sur la subsistance²⁰⁹. Soulignons à cet égard que la littérature portant sur les peuples algonquiens et secwépemc semble plutôt confirmer la première hypothèse²¹⁰.

Par ailleurs, l'exercice que nous avons entrepris risque également d'offrir une représentation idéalisée du droit étatique, notamment eu égard au poids relatif des normes environnementales et des principes du développement durable dans la gestion du territoire et des ressources naturelles. En effet, d'aucuns critiquent de manière soutenue les régimes miniers du Québec et de la Colombie-Britannique – parmi d'autres régimes encadrant l'extraction des ressources naturelles – en raison de leur piètre performance sur les

209. Au sujet de ces débats, voir notamment Raymond Hames, « The Ecologically Noble Savage Debate » (2007) 36 *Annual Review of Anthropology* 177 à la p. 180, et Michael R. Dove, « Indigenous People and Environmental Politics » (2006) 35 *Annual Review of Anthropology* 191 à la p. 197.

210. Plusieurs auteurs ont documenté des stratégies volontaires de conservation déployées historiquement par des groupes autochtones : voir par exemple Harvey A. Feith, « Myths of the Ecological Whitemen : histories, science, and rights in north American-Native American relations », dans Michael Harkin et David R. Lewis (dir.), *Native Americans and the Environment : Perspectives on the Ecological Indian*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2007, p. 52 ; Lacasse et Cabane, *supra* note 37 à la p. 154. La pratique largement documentée de rotation des aires d'exploitation au sein des peuples algonquiens, qui selon plusieurs auteurs aurait pour objet de préserver les espèces, tendrait également à contredire la thèse suivant laquelle les Premiers peuples ne se souciaient pas volontairement de la préservation de l'environnement : à ce sujet, voir *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 7 à la p. 18. Voir également Éthier, « Pluralisme juridique », *supra* note 6, pour une association entre certains principes juridiques et pratiques chez les Atikamekw Nehirowisiwok et l'objectif de préservation des « ressources ». Enfin, dans leur ouvrage récemment publié, Ignace et Ignace, *supra* note 2, font état de manière détaillée des pratiques historiques des Secwépemc qui attestent sans conteste d'une éthique de protection des ressources : voir pp. 188-205. Dans leurs mots : « *A growing body of ethnobotanical evidence suggests that Indigenous peoples in British Columbia and elsewhere in North America – people commonly described as “foragers” or “hunter-gatherers” – actively managed their environments to ensure a predictable, abundant source of the plants and animals they relied on, whether for food, implements, or medicines. For the Secwépemc and other Indigenous peoples, such practices combined economic motives of increased and reliable availability of important resources with deeply embedded spiritual beliefs and values about respect for living things and thus about the need to look after resources.* »

plans environnementaux et sociaux, de même qu'eu égard aux relations avec les peuples autochtones²¹¹. Tel que l'expriment les auteures du rapport sur le territoire chez les Secwépemc à propos du régime minier de la Colombie-Britannique :

*The values and principles embedded in the mining laws in British Columbia include such lofty goals as the protection of the environment, transparency, openness, inclusiveness, and efficiency. However, the reality of the mining regime in British Columbia is often in tension with these goals. General critiques of the mining laws include concerns with the free-entry principle, lack of statutory environmental protection, minimal public participation, disregard for Aboriginal rights and title, and considerable uncertainty in the permitting process. [...] As for the goal of public participation, in practice, it is limited to information exchange and is constrained by strict time limits [...]*²¹².

Une comparaison plus féconde – et réaliste – des droits étatiques et autochtones nécessiterait donc de travailler à partir non pas du droit tel qu'énoncé, mais de manière empirique à partir du droit tel qu'il est effectivement appliqué à la résolution de problèmes concrets, par exemple à un projet de développement minier spécifique.

211. Le caractère secondaire des valeurs et des principes environnementaux véhiculés par les régimes minier et forestier de la Colombie-Britannique par rapport aux valeurs et aux principes liés à l'efficacité économique est énoncé sans ambages dans les précisions additionnelles sur le droit étatique soumises par les auteures du rapport sur le territoire chez les Secwépemc. Voir aussi Myriam Laforce, Bonnie Campbell et Bruno Sarrasin (dir.), *Pouvoir et régulation dans le secteur minier. Leçons à partir de l'expérience canadienne*, Québec, PUQ, 2012; Thériault, *supra* note 204 à la p. 143.

212. *Les lois Secwépemc régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 à la p. 49. Une critique similaire est formulée à l'égard du régime forestier.

CONCLUSION

Dans ce chapitre, nous avons comparé les ordres juridiques de trois peuples – à savoir les Secwépemc, les Innus et les Bété – en lien avec le territoire, et ce, à partir des études de cas portant sur cette thématique qui ont été accomplies dans le cadre du projet Legitimus. Si la diversité des problématiques sur lesquelles se fondent ces études de cas nous a contraint à nous situer à un niveau très général d'analyse, il n'en demeure pas moins que l'exercice comparatif auquel nous nous sommes prêtées fait ressortir de grandes convergences entre les ordres juridiques étudiés, lesquelles permettent par ailleurs de saisir dans toute leur complexité les sources profondes des conflits socio-environnementaux qui opposent fréquemment les États aux peuples autochtones²¹³.

En particulier, ces études de cas convergent dans une large mesure quant à la nature et aux fondements des liens sacrés qui unissent les êtres humains et le territoire²¹⁴. Ces liens singuliers génèrent par ailleurs une vaste gamme de responsabilités à charge des communautés, des familles ou des individus, et dont l'exercice est requis aux fins de maintenir et de reproduire de « bonnes relations » avec le territoire et les êtres humains et non humains qui s'y trouvent²¹⁵. Enfin, alors que chez les Bété les processus décisionnels et la résolution des conflits liés au foncier sont centralisés autour de la personne du Chef de terre et ses notables, chez les Innus et les

213. Sur les conflits fonciers impliquant les Bété en Côte d'Ivoire, voir les références à la note 12 du présent chapitre. De nombreux conflits socio-environnementaux opposent les Secwepemc et les Innus aux autorités étatiques. Chez les Secwepemc, voir notamment les conflits concernant le projet minier Ajax sur leur territoire ancestral : Stk'emlupsemc te Secwepemc Nation, « Stk'emlupsemc te Secwepemc Nation (SSN) says No to KGHM Ajax Mine and Yes to Healthy People and Environment », Media Release, Kamloops, 4 mars 2017, en ligne : <https://miningwatch.ca/sites/default/files/2017-03-ssnajaxdecisionrelease_0.pdf>. Les Innus, entre autres, confrontent présentement le Québec et le gouvernement fédéral concernant la réalisation d'activités d'exploration et éventuellement d'exploitation pétrolière sur l'île d'Anticosti : voir notamment Radio-Canada, « Anticosti : les Innus mettent Ottawa en demeure », 10 juillet 2017, en ligne : <<http://beta.radio-canada.ca/nouvelle/1044458/hydrocarbures-anticosti-innus-communaute-ekuanitshit-minganie-mise-demeure-gouvernement-federal-ottawa-prelevement-eau-riviere-saumons>>.

214. Voir la section 2.1.

215. Voir la section 2.2.

Secwépemc, deux peuples de tradition semi-nomade, l'exercice du pouvoir est pragmatique, fonctionnel et diffus, les processus et les acteurs appelés à intervenir étant susceptibles de varier en fonction de la nature et de l'ampleur des enjeux fonciers concernés²¹⁶.

Ainsi décrits, les droits autochtones paraissent d'emblée difficilement conciliables avec les droits étatiques. Ceux-ci en effet reposent primordialement sur une conception anthropocentrique et utilitariste de la terre et des ressources naturelles, de même que sur des valeurs, des principes et des règles qui, puisant au libéralisme, au néolibéralisme et au capitalisme, favorise l'appropriation privée des terres et des ressources dans l'optique de stimuler la croissance et l'efficacité sur le plan économique aux fins de satisfaire les besoins immédiats des êtres humains et l'accumulation de profits²¹⁷. Aussi, dans les ordres juridiques étatiques, les processus décisionnels en matière foncière, hautement formalisés, sont généralement centralisés au sein d'organes étatiques spécialisés²¹⁸.

Depuis quelques décennies, ces caractéristiques des ordres juridiques étatiques subissent toutefois la pression toujours accrue des normes concurrentes véhiculées par les préoccupations sociétales grandissantes pour un développement plus « durable ». Si les valeurs et les principes du « développement durable » semblent à première vue offrir certains vecteurs de convergence entre les ordres juridiques étatiques et autochtones²¹⁹, nous pensons toutefois qu'une description plus dense des droits étatiques et autochtones serait requise afin d'éviter de véhiculer des images essentialisantes tant des ordres juridiques étatiques que des ordres juridiques autochtones.

À cet égard, soulignons d'ailleurs que nos comparaisons entre les ordres juridiques autochtones concernés, de même qu'entre ces derniers et les ordres juridiques étatiques, ne peuvent être que partielles et temporaires. Dans la perspective de travaux de recherche futurs, nous proposons qu'une analyse beaucoup plus fine et nuancée des convergences – et peut-être surtout des tensions – entre les ordres

216. Voir la sous-section 2.2.3.

217. Voir la sous-section 2.3.1.

218. Voir la sous-section 2.3.2.

219. *Ibid.*

juridiques, de même qu'en leur sein, puisse être effectuée dans une étude de cas portant sur un projet spécifique de gestion du territoire ou d'une ressource dans le cadre duquel seraient négociées les valeurs, les principes et les règles appelés à définir le cadre de gestion, de même que les processus décisionnels et le partage de l'autorité liée à l'élaboration du cadre et à sa mise en application²²⁰.

Par ailleurs, si les rapports soumis par les équipes de recherche ne nous ont pas permis d'en traiter dans le cadre de la présente étude, il serait pertinent d'analyser les perspectives des ordres juridiques autochtones sur les activités commerciales en lien avec le territoire. Par exemple, le commerce des fourrures, pratiqué depuis plusieurs siècles par de nombreux Autochtones au Canada, pourrait avoir engendré des transformations significatives des régimes fonciers au sein des collectivités autochtones concernées – y compris chez les Innus – qu'il serait intéressant de cerner et de qualifier au regard du droit autochtone²²¹.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

Environmental Assessment Act, SBC 2002, c. 43.

Forest Act, RSBC 1996, c. 157.

Forest and Range Practices Act, RSBC 2002, c. 69.

Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection, L.R.C. c.- 6.2.

Loi constitutionnelle de 1867 (R-U), 30 & 31 Victoria, c 3.

220. Je remercie Pierrot Ross-Tremblay, qui m'a inspiré cet exemple particulier. Pour une proposition similaire, voir *Les lois Secwepemc régissant les terres et les ressources*, *supra* note 7 à la p. 11.

221. À ce sujet, voir Denis Delâge et Jean-Philippe Warren, *Le piège de la liberté. Les peuples autochtones dans l'engrenage des régimes coloniaux*, Montréal, Boréal, 2017 aux pp. 199-222. L'analyse des interactions entre les réserves à castor créées par le gouvernement du Québec durant la première moitié du 20^e siècle et les régimes fonciers autochtones concernés pourrait s'avérer d'un grand intérêt dans la perspective du pluralisme juridique et de l'internormativité, bien que les données recueillies dans le cadre du projet Legitimus ne nous permettent pas ici d'en traiter. À ce sujet, voir notamment Lacasse, *supra* note 33 aux pp. 41-3.

- Loi limitant les activités pétrolières et gazières*, L.R.Q., c. C-13.
- Loi N° 98-750 du 23 décembre 1998 relative au Domaine du Foncier rural*, en ligne : <<http://www.foncierural.ci/reglementation-foncier-rurale/12-la-loi>>.
- Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, L.R.Q. c. C-61.1.
- Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2.
- Loi sur le développement durable*, L.R.Q. ch. D-8.1.1.
- Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*, L.R.Q. c. A-18.1.
- Loi sur les espèces menacées ou vulnérables*, L.R.Q. c. E-12.01.
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985) c. I-5.
- Loi sur les mines*, L.R.Q. c. M-13.1.
- Loi sur les terres du domaine de l'État*, L.R.Q., c. T-8.1.
- Mines Act*, RSBC 1996, c. 293.
- Ministry of Forests and Range Act*, RSBC 1996, c. 300.
- Oil and Gas Activities Act*, SBC 2008, ch. 36.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, 6 I.L.M. 368.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, 6 I.I.M. 368.
- Petroleum and Natural Gas Act*, RSBC 1996, ch. 361.
- Règles de procédure relatives au déroulement des audiences publiques*, RLRQ, c. Q-2, r. 45.
- Water Sustainability Act*, SBC 2014, c. 15.

2. Doctrine

- Aka, Aline. « Analyse de la nouvelle loi de 1998 au regard de la réalité foncière et de la crise sociopolitique en Côte d'Ivoire » (2001) *Cahiers d'anthropologie du droit* 115.
- Altamirano-Jiménez, Isabel. *Indigenous Encounters with Neoliberalism: Place, Women, and the Environment in Canada and Mexico*, Vancouver, UBC Press, 2013; 267.
- Anderson, Emma. *La trahison de la foi. Le parcours tragique d'un converti autochtone à l'époque coloniale*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, 336.

- Armitage, Peter. « Religious Ideology among the Innu of Eastern Quebec and Labrador » (1992) *Religiologiques*, en ligne : <<http://www.religiologiques.uqam.ca/no6/armit.pdf>>.
- Asch, Jessica, Kirsty Broadhead, Georgia Lloyd-Smith *et al.* *Secwépemc. Lands and Resources Law Research Project*, Shuswap Nation Tribal Council et Indigenous Law Research Unit (University of Victoria), 2017, en ligne : <<http://shuswapnation.org/wordpress/wp-content/uploads/2017/04/Secwepemc-Land-Laws-1.pdf>>.
- Berg, Lawrence D. « Banal Naming, Neoliberalism, and landscapes of dispossession » (2011) 10:1 *ACME* 13.
- Berry, Sara. « Property, Authority and Citizenship: Land Claims, Politics and the Dynamics of Social Division in West Africa » (2009) 40:1 *Development and Change* 23.
- Borrows, John. « The Durability of *Terra Nullius*: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* » (2015) 48:3 *UBC Law Review* 701.
- Borrows, John. « Living Between Water and Rocks: First Nations, Environmental Planning and Democracy », dans John Borrows, *Recovering Canada. The Resurgence of Indigenous Law*, University of Toronto Press, Toronto, 2002, p. 29.
- Bosselmann, Klaus. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, Farnham, Ashgate, 2008.
- Ceuppens, Bambi et Peter Geschiere. « Autochtony: Local or Global? New Modes in the Struggle over Citizenship and Belonging in Africa and Europe » (2005) 34 *Annual Review of Anthropology* 385.
- Chauveau, Jean-Pierre. « Question foncière et construction nationale en Côte d'Ivoire : les enjeux silencieux d'un coup d'État » (2000) 78 *Politiques africaines* 94.
- Chauveau, Jean-Pierre. « Une lecture sociologique de la loi ivoirienne de 1998 sur le domaine foncier », Montpellier, Institut de recherche pour le développement (IRD), 2002, en ligne : <<http://www.documentation.ird.fr/hor/fdi:010029492>>.
- Chauveau, Jean-Pierre. « Question foncière et construction nationale en Côte d'Ivoire : les enjeux silencieux d'un coup d'État » (2000) 78 *Politiques africaines* 94.
- Chauveau, Jean-Pierre et Jean-Philippe Colin. *La question foncière à l'épreuve de la reconstruction en Côte d'Ivoire. Promouvoir la propriété privée ou stabiliser la reconnaissance sociale des droits*, Montpellier, Les Cahiers du Pôle Foncier n°6, 2014, en ligne : <<http://horizon.docu>

- mentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/divers16-06/010067479.pdf>.
- Chauveau, Jean-Pierre et Jean-Philippe Colin. « Customary Transfers and Land Sales in Côte d'Ivoire: Revisiting the Embeddedness Issue » (2010) 1 Africa 81.
- Clogg, Jessica, Hannah Askew, Eugene Kung *et al.* « Indigenous Legal Traditions and the Future of Environmental Governance in Canada » (2016) 29 J. Env. L. & Prac. 227.
- Collins, Lynda M. et Meghan Murtha. « Indigenous Environmental Rights in Canada : the Right to Conservation Implicit in Treaty and Aboriginal Rights to Hunt, Fish and Trap » (2010) 47(4) Alberta Law Review 959.
- Coulthard, Glen Sean. *Red Skin White Masks. Rejecting the Colonial Politics of Recognition*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2014, 229.
- Delâge, Denis et Jean-Philippe Warren. *Le piège de la liberté. Les peuples autochtones dans l'engrenage des régimes coloniaux*, Montréal, Boréal, 2017.
- Delisle L'Heureux, Catherine. *De l'engagement communautaire à la défense du territoire : les voix politiques des femmes innues face à l'exploitation minière*, Mémoire de maîtrise en anthropologie, Université de Montréal, 2015, 219.
- DesJardins, Joseph R. *Environmental Ethics. An Introduction to Environmental Philosophy*, 4^e éd., Toronto, Thomson Wadsworth, 286.
- Dove, Michael R. « Indigenous People and Environmental Politics » (2006) 35 Annual Review of Anthropology 191.
- Dozon, Jean-Pierre. « Économie marchande et structures sociales : le cas des Bété de Côte d'Ivoire » (1977) 17 :68 Cahiers d'études africaines 463.
- Dozon, Jean-Pierre. « Les Bété : une création coloniale », dans Jean-Loup Amselle et Elikia M'Bokolo (dir.), *Au cœur de l'ethnie : ethnies, tribalisme et état en Afrique*, Paris, La Découverte, 1985, 49.
- Drake, Karen. « The Trials and Tribulations of Ontario's *Mining Act*: The Duty to Consult and Anishinaabek Law » (2015) 11 RDPDD 183.
- Éthier, Benoît. *Orocowewin notcimik itatcihowin. Ontologie politique et contemporanéité des responsabilités et des droits territoriaux chez les Atikamekw Nehirowosiwok (Haute-Mauricie, Québec) dans le contexte*

- des revendications territoriales globales*, Thèse de doctorat, Université Laval, 2017.
- Éthier, Benoit. « Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok » (2016) 40:2 *Anthropologie et Sociétés* 177.
- Éthier, Benoit. « Nehirowisiw Kiskeritamowina : acquisition, utilisation et transmission de savoir-faire et de savoir-être dans un monde de chasseurs » (2014) 44:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 49.
- Feith, Harvey A. « Myths of the Ecological Whitemen : histories, science, and rights in north American-Native American relations », dans Michael Harkin et David R. Lewis (dir.), *Native Americans and the Environment: Perspectives on the Ecological Indian*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2007, 52.
- Foy, Suzanne H. *Droit innu d'appartenance à la terre et droit de propriété : deux modes de penser l'univers et l'existence*, Thèse de maîtrise en droit, Université d'Ottawa, 1994, 224.
- Friedland, Hadley et Val Napoleon. « Gathering the Threads : Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions » (2015-2016) 1:1 *Lakehead Law Journal* 16.
- Fuchs, Christian. « Critical Social Theory and Sustainable Development : The Role of Class, Capitalism and Domination in a Dialectical Analysis of Un/Sustainability », (2017) 25 *Sustainable Development* 443.
- Hames, Raymond. « The Ecologically Noble Savage Debate » (2007) 36 *Annual Review of Anthropology* 177.
- Harvey, David. « The "New" Imperialism : Accumulation by Dispossession » (2004) 40 *Socialist Register* 63.
- Ignace, Marianne et Ignace, Ronald E. *Secwépemc People, Land, and Laws : Yeri7 Re Stsq'ey's-kucw*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2017.
- Lacasse, Jean-Paul. « Régime minier et droits ancestraux : une conciliation encore difficile », dans Christophe Krolik (dir.), *Le droit des ressources naturelles et de l'énergie. Où en sommes-nous ? Où allons-nous ?*, Montréal, LexisNexis, 2017.
- Lacasse, Jean-Paul. *Les Innus et le territoire. Innu Tipenitamun*, Montréal, Septentrion, 2004, 280.

- Lacasse, Jean-Paul et Cabanes, Valérie. « Les fondements de l'ordre juridique innu : la parole des aînés comme source de connaissance », dans Mathieu D'Avignon et Camil Girard (dir.), *A-t-on oublié que jadis nous étions « frères » ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 153.
- Laforce, Myriam, Bonnie Campbell et Bruno Sarrasin (dir.). *Pouvoir et régulation dans le secteur minier. Leçons à partir de l'expérience canadienne*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2012, 294.
- Leacock, Eleanor. « Women's Status in Egalitarian Society: Implications for Social Evolution » (1978) 19:2 *Current Anthropology* 247.
- Leroux, Jacques. « Éthique et symbolique de la responsabilité territoriale chez les peuples algonquins du Québec » (2009) 39:1-2 *Recherches amérindiennes au Québec* 85.
- Leroux, Jacques, Roland Chamberland, Edmond Brazeau *et al.* *Au pays des peaux de chagrin. Occupation et exploitation territoriales à Kitchisakik (Grand-Lac-Victoria) au XX^e siècle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, 255.
- Loiseau, Pierre. « Introduction furtive au droit civil innu », (2010) 62(4) *Revue internationale de droit comparé* 1009.
- Mailhot, José. *Au pays des Innus : les gens de Sheshashit*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 1993, 214.
- Mailhot, José et Sylvie Vincent. *Le discours montagnais sur le territoire*, Québec, Conseil Attikamek-Montagnais, 1980, 438.
- Morse, Bradford. « Indigenous Rights as a Mechanism to Promote Environmental Sustainability », dans Laura Westra, Klaus Bosselmann et Richard Westra (dir.), *Reconciling Human Existence with Ecological Integrity: Science, Ethics, Economics and Law*, Earthscan, London, 2008, 159.
- Napoleon, Val et Hadley Friedland. « An Inside Job : Engaging with Indigenous Legal Traditions through Stories », (2016) 61 :4 *RD McGill* 725.
- Napoleon, Val et Richard Overstall. *Indigenous Laws: Some Issues, Considerations and Experiences*, Aboriginal Policy Research Consortium International (APRCi), Paper 281, 2007, en ligne : <<http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=aprci>>.
- Ost, François. *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995, 346.

- Reuther, Nina. « Chant et territorialité chez les Secwepemc (Shushwap) ou comment tracer des frontières par la portée du chant » (2007) 20 Cahiers d'ethnomusicologie 147.
- Ross-Tremblay, Pierrot, « La souveraineté comme responsabilité », Revue Liberté, 2016, en ligne: <<http://revueliberte.ca/content/pierrot-ross-tremblay-la-souverainete-comme-responsabilite>>.
- Ruru, Jacinta. *Making Our Place. Exploring Land Use Tensions in Aotearoa New Zealand*, Dunedin, Otago University Press, 2011, 243.
- Tanner, Adrian. « The New Hunting Territory Debate: an Introduction to Some Unresolved Issues », (1986) 28(1-2) *Anthropologica* 19.
- Thériault, Sophie. « Aboriginal Peoples' Consultations in the Mining Sector: A Critical Appraisal of Recent Mining Reforms in Quebec and Ontario », dans Martin Papillon et André Juneau (dir.), *Aboriginal Multilevel Governance, Canada: The State of the Federation 2013*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015, 143.
- Tuck, Eve et K. Wang Yang. « Decolonization is not a Metaphor » (2012) 1:1 *Decolonization: Indigeneity, Education & Society* 1.
- Vincent, Sylvie. « L'histoire montagnaise jusqu'au 15 novembre: quatre siècles de dépossession » (1977) 1:3-4 *Possibles* 13.
- Webber, Jeremy, « Legal Pluralism and Human Agency », (2006) 44(1) *Osgoode Hall Law Journal* 167.

3. Jurisprudence

- Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).
- Nation Haida c. Colombie-Britannique*, [2004] 3 R.C.S. 511.
- Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256.
- R c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.
- Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

4. Autres sources

- Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 1803 (XVII), 14 décembre 1962.
- Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, Montréal, Éditions du Fleuve, 1989.

- Commission de vérité et de réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada: l'histoire, partie 1. Des origines à 1939*, Rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada, Volume 1, 2016.
- Gouvernement du Québec, *Orientations du ministère de l'Énergie et des Ressources naturelles en matière d'acceptabilité sociale* adoptée en 2017, en ligne : <<http://mern.gouv.qc.ca/ministere/acceptabilite-sociale/>>.
- Gouvernement du Québec, *Vision stratégique du développement minier au Québec*, Ministère de l'Énergie et des Ressources naturelles, 2016.
- Protocole de consultation des Premières nations du Québec et du Labrador*, préparé par l'Institut de développement durable des Premières nations du Québec et du Labrador et publié en 2005 par l'Assemblée des Premières nations du Québec et du Labrador : <http://iddpnql.ca/?page_id=39>.
- Radio-Canada, « Anticosti: les Innus mettent Ottawa en demeure », 10 juillet 2017, en ligne : <<http://beta.radio-canada.ca/nouvelle/1044458/hydrocarbures-anticosti-innus-communautaire-ekuanitshit-minganie-mise-demeure-gouvernement-federal-ottawa-prelevement-eau-riviere-saumons>>.
- Stk'emlupsemc te Secwepemc Nation, « Stk'emlupsemc te Secwepemc Nation (SSN) says No to KGHM Ajax Mine and Yes to Healthy People and Environment », Media Release, Kamloops, 4 mars 2017, en ligne : <https://miningwatch.ca/sites/default/files/2017-03-ssna-jaxdecisionrelease_0.pdf>.

PARTIE 4

Le traitement des conflits

GHISLAIN OTIS ET SÉVERINE BELLINA¹

INTRODUCTION

Cinq équipes travaillant dans toutes les régions représentées² au sein du projet *État et cultures juridiques autochtones: un droit en quête de légitimité*, ont conduit des recherches sur le traitement des conflits ou sur la « justice » dans les systèmes juridiques autochtones et rom. Le terme « justice » ne renvoie pas ici à l'archétype institutionnel de l'univers juridique occidental, mais plutôt à l'idée du traitement bon ou approprié d'un conflit ou d'une allégation de transgression de normes de comportement au sein d'une collectivité donnée³. Des ouvrages importants étudient de manière très approfondie le problème de la coexistence des systèmes juridiques non occidentaux et de l'institution étatique de la justice⁴. Les travaux

1. Avec la précieuse collaboration de Josée Daris.
2. C'est-à-dire l'Afrique, le Canada, l'Europe orientale et le Pacifique Sud.
3. Pour une définition semblable, voir Étienne Le Roy, *Les Africains et l'institution de la justice, entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz, 2004 à la p. 84.
4. Parmi les travaux francophones, il faut tout particulièrement porter attention à l'important ouvrage d'Étienne Le Roy, *ibid.* En langue anglaise, Milward constitue la référence au Canada pour ce qui concerne le défi de concilier les traditions juridiques des peuples autochtones et l'approche occidentale en matière de justice. Voir notamment David Milward, *Aboriginal Justice and the Charter: Realizing a Culturally Sensitive Interpretation of Legal Rights*, Vancouver, UBC Press, 2012. Pour un ouvrage de référence traitant de la justice tribale aux États-Unis, voir Mathew L.M. Fletcher, *American Indian Tribal Law*, New York, Aspen Publishers, 2011.

dont ce chapitre rend compte visent un objectif à la fois plus modeste et plus ambitieux que ces ouvrages. Plus modeste car nous nous attachons simplement, pour le moment, à décrire et à expliquer des éléments fondamentaux de systèmes juridiques autochtones et rom ; plus ambitieux en raison de la diversité des zones et des systèmes soumis à la comparaison.

Notre objectif n'est pas de produire une monographie exhaustive, mais plutôt de rendre compte des grands axes de convergence ou de divergence entre les systèmes étudiés, de sorte que le lecteur désireux de parfaire ses connaissances sur un système en particulier pourra lire le rapport thématique qui lui est spécifiquement consacré⁵. Par ailleurs, ce chapitre n'aborde pas de manière substantielle l'enjeu crucial, qui fera l'objet de recherches ultérieures, de la relation formelle ou informelle qui s'est nouée entre le droit étatique et les droits non étatiques. Il ne s'attarde pas non plus à la description et à l'analyse détaillées des systèmes étatiques dans les différents pays étudiés. Ces systèmes étant déjà l'objet d'une attention soutenue de la part des juristes et des chercheurs en sciences sociales, nous ne nous pencherons que sur certains de leurs aspects pour mettre en saillie la singularité des univers juridiques non étatiques.

Dans la première partie, nous décrivons sommairement les cinq rapports dont sont tirées les données analysées alors que dans la seconde partie, nous exposons de manière synthétique les résultats de la recherche.

1. PRÉSENTATION DES RAPPORTS

1.1 Le rapport sur la justice atikamekw

Le rapport sur la justice atikamekw a pour titre: *Renforcer la gouvernance Atikamekw : vers un modèle Atikamekw de prise en charge des conflits et des problèmes liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse*. Les Atikamekw vivent dans la province de Québec, au Canada. Ce rapport porte sur la famille et les jeunes, plus précisément sur les violences conjugales et familiales. Le rapport « vise à

5. Les rapports peuvent être consultés au <www.legitimus.ca>.

renforcer la gouvernance atikamekw en soutenant le développement d'un modèle de justice qui valorise et revitalise les traditions juridiques atikamekw dans le domaine de la prise en charge des conflits de violence conjugale et familiale et des problèmes liés à la protection de la jeunesse⁶». Le rapport montre que le droit atikamekw repose sur une vision holistique de la famille où les valeurs d'entraide et de réconciliation priment⁷. Il permet de voir comment la tradition juridique atikamekw aborde les conflits en lien avec la violence conjugale et familiale ainsi que les situations relatives à la protection de la jeunesse. Le groupe de recherche a travaillé sur deux sources principales de données. Premièrement, les chercheurs ont réalisé une analyse documentaire du droit étatique à partir : 1) des sources constitutionnelles et législatives canadiennes et québécoises ; 2) des ententes entre l'État et la nation atikamekw ; 3) des politiques provinciales concernant les programmes de mesure de rechange ; 4) des documents d'instances communautaires atikamekw⁸. Deuxièmement, pour l'étude du droit atikamekw, ils ont recueilli des données primaires empiriques en effectuant des entretiens semi-dirigés sur le terrain. Au total, ils ont conduit 42 entretiens individuels et 2 entretiens de groupe durant l'été et l'automne 2014⁹.

Il est important de noter que la présente partie ne porte pas sur les données relatives à la protection des enfants qui ont été étudiées dans la partie 2, consacrée à la famille.

1.2 Le rapport sur la justice traditionnelle au Burundi

Le rapport s'intitulant *Les Bashingantabe au Burundi* porte sur la justice traditionnelle du Burundi (Afrique de l'Est) administrée par des notables locaux coutumiers. Le rapport traite des conflits

6. Marie-Eve Sylvestre et al. , *Renforcer la gouvernance atikamekw: vers un modèle atikamekw de prise en charge des conflits et problèmes liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse*, Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2017 à la p. 2, en ligne: <http://www.legitimus.ca/blog?id=2899> [Renforcer la gouvernance atikamekw].

7. *Ibid.* à la p. 9.

8. *Ibid.* aux pp. 5-6.

9. *Ibid.* à la p. 6.

familiaux et de voisinage¹⁰. L'objectif de recherche est ici de « comprendre la façon dont est organisé – ou inorganisé – le pluralisme juridique qui caractérise la société burundaise »¹¹. Les *Bashingantahe* jouaient traditionnellement, et jouent encore, un rôle de médiation et de conciliation au sein de la communauté, surtout en milieu rural¹². La résolution des conflits se réalise par des procédures décisionnelles consensuelles ou, en dernier recours, selon un processus d'arbitrage¹³. Le groupe de recherche a travaillé sur une vaste gamme de sources documentaires, telle que de la doctrine, des textes de lois, des rapports d'organisations internationales et locales ainsi que des travaux universitaires¹⁴. Ils ont également recueilli des données primaires empiriques constituées de comptes rendus à partir d'entretiens individuels semi-dirigés avec différents acteurs¹⁵. Le projet de collecte de données empiriques plus exhaustives dans les régions collinaires a été entravé par une détérioration de la situation sécuritaire causée par des tensions politiques qui perdurent dans le pays.

1.3 Le rapport sur la justice traditionnelle aux Îles Salomon

Les Îles Salomon se situent au sud-ouest de l'océan Pacifique. Le projet de recherche a pour titre *Resolution of Customary Disputes in Solomon Islands*. L'objectif de la recherche conduite est d'explorer

10. Léa Havard, Mohamed Omar Youssouf Ali, Clément Cadinot et Grégori Puydebois. *Les Bashingantahe au Burundi*, Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015 à la p. 5, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1964>> [Les Bashingantahe au Burundi].

11. *Ibid.* à la p. 6.

12. *Ibid.* aux pp. 5 et 33.

13. *Ibid.* aux pp. 15-16.

14. *Ibid.* à la p. 8.

15. *Ibid.* Il convient cependant de souligner les limites des données issues de ces entretiens individuels semi-dirigés. Pour des raisons matérielles, ces derniers n'ont en effet pu être menés que dans la capitale burundaise, Bujumbura, alors même que l'institution des *Bashingantahe* est la plus vivace en milieu rural, c'est-à-dire dans les collines. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle une seconde mission de terrain consistera à mener des entretiens individuels dans les collines afin d'affiner les données d'ores et déjà collectées.

comment se pratique la justice autochtone aux Îles Salomon¹⁶. Les données montrent que la coutume occupe encore une grande place dans la résolution des conflits¹⁷. Toutefois, on aperçoit une forte influence de la colonisation dans ce droit autochtone post-indépendance¹⁸. Les règles sont de plus en plus écrites¹⁹ et il y a présence d'acteurs externes, comme les autorités religieuses²⁰. En ce qui concerne les sources utilisées, les auteurs se sont basés sur des études empiriques réalisées par d'autres chercheurs ou organisations et sur des sources documentaires telles que la législation, la jurisprudence et des recherches universitaires²¹.

1.4 Le rapport sur la justice chez les Coast Salish

La communauté Coast Salish vit sur la côte du Pacifique en Colombie-Britannique, au Canada. L'objectif de recherche de l'équipe est d'analyser quelles sont les structures et les pratiques qui sont en place à l'intérieur de la communauté de Coast Salish qui facilitent l'application du droit²². Le rapport *How Does Legal Pluralism Manifest Itself* montre que les Coast Salish ont des liens forts avec les ancêtres et la terre, et que ce lien irrigue leur tradition juridique, y compris pour ce qui concerne le règlement des conflits²³. Cette équipe travaille principalement à partir des récits et des légendes autochtones recueillis dans des sources existantes (documentaires, sonores, etc.) et soumis ensuite à une démarche d'interprétation et de validation empirique au sein des communautés²⁴.

16. Jennifer Corrin, *Resolution of Customary Disputes in Solomon Islands*, First Integration Report: How does Legal Pluralism manifest Itself?, 2015 à la p. 6, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1877>> [Le règlement de conflits aux Îles Salomon].

17. *Ibid.* à la p. 29.

18. *Ibid.* aux pp. 12-13.

19. *Ibid.* aux pp. 12-13 et 21.

20. *Ibid.* aux pp. 14-15.

21. *Ibid.* à la p. 8.

22. Val Napoleon, Hadley Friedland, Hannah Askew et Elizabeth Zarpa, *Coast Salish Laws Governing Administration of Justice (Civil Procedure)*, First Integration Report: How does Legal Pluralism manifest Itself?, 2015 à la p. 4, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1936>> [L'administration de la justice par les Coast Salish].

23. *Ibid.* à la p. 6.

24. *Ibid.* aux pp. 4-5.

1.5 Le rapport sur la justice coutumière des Roms en Roumanie

Les Roms, un groupe ethnique originaire de l'Inde, représentent environ 3,25% de la population de la Roumanie selon les statistiques officielles, mais pourraient dans les faits constituer jusqu'à 12% selon certaines estimations²⁵. Le rapport de recherche, *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, a pour objectif de décrire les formes et les processus d'organisation ainsi que les pratiques juridiques rom en matière de traitement des conflits²⁶. Le rapport porte sur les communautés suivantes : communauté du village de Ciopeia, située dans la commune de Santamaria Orlea, dans le département de Hunedoara ; communauté de Tandarei, située dans la ville de Tandarei, dans le département de Ialomita ; communauté du village de Craciunesti, située dans la commune de Craciunesti, dans le département de Mures ; communauté de Chiliteni, située dans la commune de Chiliteni, dans le département de Suceava. La méthodologie privilégiée par le groupe de recherche comporte deux volets : 1) théorique et documentaire, par la rédaction de fiches de lecture ainsi que de grilles d'interprétation ; 2) empirique, par des entretiens, des groupes de discussion et l'observation participative²⁷.

2. ANALYSE DES RAPPORTS

2.1 La juridicité autochtone et rom : une normativité souple et ouverte

Il faut relever d'entrée de jeu le constat fait par la plupart des chercheurs selon lequel la juridicité autochtone s'exprime plus volontiers au niveau des valeurs, des principes et des processus que des règles dictant une solution prédéterminée, même si le droit autochtone et rom n'ignore cependant pas complètement la règle dans son opération concrète. En effet, les rapports donnent plusieurs

25. Sergiu Mişcoiu et Laura Herta. *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1845>> [La justice coutumière des Roms en Roumanie].

26. *Ibid.* à la p. 7.

27. *Ibid.* à la p. 12.

exemples de règles, comme la non-ingérence dans la vie personnelle d'autrui et le droit au respect de chacun chez les Atikamekw²⁸, le devoir d'impartialité du Mushingantahe sous peine de récusation au Burundi²⁹ et le droit d'être entendu chez les Coast Salish³⁰, les Atikamekw³¹ ou les Roms³².

Néanmoins, l'étude des données permet d'avancer l'hypothèse que dans les systèmes juridiques étudiés, l'articulation entre les valeurs, les principes et les règles est plutôt horizontale afin que la distance à la valeur fondatrice de l'harmonie du groupe soit toujours minimale et qu'il y ait constamment un lien direct entre cette valeur et les autres éléments (acteurs, processus, principes, règles)³³. Même si dans certains cas, comme chez les Coast Salish³⁴, les Roms³⁵ et au Burundi³⁶, on note le souci du respect d'une certaine procédure, il existe rarement une disposition normative formalisée que les acteurs autochtones de la justice doivent appliquer ou à laquelle ils doivent se référer en matière de règlement des litiges³⁷. L'argumentaire de la décision est plus pragmatique, car il est très adapté au cas³⁸.

Dès lors, la technicité du droit, qui se manifeste souvent dans les systèmes occidentaux par la multiplication des règles complexes

28. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 6 aux pp. 12-13 et 29.

29. *Les Bashigantaha au Burundi*, supra note 10 aux pp. 60-61.

30. *L'administration de la justice par les Coast Salish*, supra note 22 aux pp. 41-42.

31. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 6 à la p. 32.

32. Par exemple, dans les communautés roms étudiées, il peut y avoir ajournement si une des parties impliquées est dans l'impossibilité de se présenter pour cause de maladie; *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, supra note 25 à la p. 18.

33. Ce qui peut se schématiser de la sorte : valeur/principes ; valeur/autorités ; valeurs/processus décisionnels.

34. *L'administration de la justice par les Coast Salish*, supra note 22 aux pp. 10-11.

35. *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, supra note 25 aux pp. 19-20.

36. *Les Bashigantaha au Burundi*, supra note 10 aux pp. 28-29.

37. *Ibid.* à la p. 18. Voir cependant *Le règlement de conflits aux Îles Salomon*, supra note 16 à la p. 21 sur les peines préétablies.

38. Par exemple, le rapport sur la justice coutumière des Roms de la Roumanie fait état de ce pragmatisme, car le droit coutumier est basé sur le «spontanisme des règles et des processus décisionnels». Voir *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, supra note 25 à la p. 23. De même, le rapport relatif au droit atikamekw évoque la «flexibilité» dans l'application des principes, voir *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 6 à la p. 28.

et fixes nécessitant la professionnalisation de la gestion des conflits, est moindre dans les systèmes autochtones et rom. Le droit autochtone et rom répond à une logique fonctionnelle, il prend corps pour assurer l'harmonie sociale.

2.2 Le groupe au cœur de la justice autochtone et rom

2.2.1 *Les acteurs de la justice appartiennent au groupe*

Dans le droit étatique, l'institutionnalisation et l'autonomisation de la justice en font une puissance à la fois extérieure et supérieure au groupe. L'État revendique le monopole de la contrainte légitime ; il affirme dès lors détenir seul l'autorité d'imposer son droit et ses peines à tous indépendamment de toute appartenance communautaire. Sa supériorité souveraine s'exprime dans l'écrin solennel de la justice, souvent appelé « palais de justice », où le rituel judiciaire débouche sur un verdict déclamé par le magistrat officiant au nom de l'État, incarnation démocratique de l'universalité des citoyens (Sa Majesté, la République, le Peuple, etc.). Les acteurs de la justice sont des experts assermentés réputés neutres et qui ne doivent pas entretenir de liens personnels avec les parties ou l'accusé. Ainsi, la justice étatique relève d'une logique universaliste, légaliste, positiviste impersonnelle, formelle et écrite.

Dans les univers juridiques autochtones et rom, les acteurs habilités à prendre en charge une situation de conflit ou de transgression des normes de comportement le sont à la faveur d'une logique qui ne repose pas sur une légitimité institutionnelle et formelle, mais plutôt sur une légitimité d'abord socioculturelle. Ayant étudié certaines conceptions originellement africaines de la justice, Étienne Le Roy en dégage un principe d'« internalisation du conflit », c'est-à-dire la consécration du groupe de proximité comme l'instance compétente pour connaître d'un conflit survenu en son sein, une idée exprimée en langue wolof par l'image du conflit réglé « dans le ventre du village », du lignage ou de la famille³⁹. Nos recherches menées dans les communautés autochtones et rom corroborent cette thèse de l'internalisation de la fonction de justice, de

39. Le Roy, *supra* note 3 aux pp. 9 et 57.

sorte que loin d'être extérieure et supérieure au groupe, la justice autochtone et rom lui est organiquement immanente.

La qualité des opérateurs de la justice autochtone est établie soit par l'hérédité, le lien familial, la cooptation ou l'initiation plus ou moins formalisée selon les cas étudiés et toujours sur la base de l'aptitude de ladite personne à faire respecter les valeurs assurant la cohésion de la communauté ou du groupe. Pour cela, elle doit réunir ou incarner des qualités relevant du champ socioculturel, comme l'intégrité, le statut social, l'autorité traditionnelle, la sagesse et l'exemplarité pour assurer la préservation du groupe. Les professions spécialisées dans la formulation et l'application du droit n'existent pas comme telles dans cet environnement juridique.

Pour ce qui concerne les peuples autochtones du Canada qui ont été étudiés, il a été difficile de documenter des cas concrets et vérifiables de mobilisation actuelle des institutions, des acteurs et des processus autochtones traditionnels en vue d'appliquer efficacement et de faire respecter au quotidien les principes ou les règles du droit autochtone. La recherche concernant les Atikamekw fait néanmoins état des activités d'instances autochtones qui traiteraient un certain nombre de cas de violence conjugale sans aucune intervention étatique et en conformité avec les principes et les processus autochtones⁴⁰. Les travaux livrent toutefois des données fort pertinentes quant aux acteurs que ces peuples estiment devoir être partie prenante à la justice dans leurs communautés. Ces acteurs sont légitimés par leur savoir et leur respect de la culture du groupe. Ils participent donc d'une logique normative proprement autochtone.

Les acteurs endogènes de la justice Atikamekw et Coast Salish seront ceux qui seront les plus susceptibles de comprendre les causes et les conséquences de la situation, de jouir de la confiance et du respect des intéressés, et qui seront donc plus à même d'aider à rétablir l'équilibre qui a été rompu, ce qui peut se faire par la recon-

40. Marie-Eve Sylvestre *et al.*, *Renforcer la gouvernance atikamekw: vers un modèle atikamekw de prise en charge des conflits et problèmes liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse*, Rapport d'intégration 2: Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone?, 2016 aux pp. 12, 22, en ligne : <http://www.legitimus.ca/blog?id=2897> [Interactions entre ordres juridiques concernant la gouvernance atikamekw].

ciliation, mais aussi par la séparation lorsque c'est nécessaire. Ces acteurs privilégiés seront les membres de la famille élargie ou les membres de la communauté reconnus pour leur sagesse et leur esprit de justice⁴¹. Le lien personnel entre les acteurs fait que l'on s'éloigne du modèle étatique dans lequel on retrouve plusieurs éléments qui favorisent une relation hiérarchique et autoritaire, notamment « le pouvoir discrétionnaire du procureur de la poursuite, l'impartialité du juge-arbitre et le principe de la représentation par opposition à une participation plus directe qui permettrait de parler de soi et en son nom propre, ainsi que la question de l'expertise »⁴². Du côté autochtone, les parties impliquées ont tendance à chercher à s'entendre directement entre elles, sans avoir recours à un processus hautement formalisé⁴³. Même lorsqu'il est fait appel à une figure d'autorité, comme celle des Aînés, celle-ci exerce habituellement son influence de manière beaucoup plus souple et flexible, d'autant plus qu'il y a connaissance directe des parties impliquées⁴⁴.

Aux Îles Salomon, l'autorité ultime de la justice repose coutumièrement entre les mains des chefs ou des « *big men* »⁴⁵. Les chefs sont héréditaires et les « *big men* » accèdent au pouvoir par leur mérite personnel⁴⁶. Le mot « chef » est un terme générique qui désigne

41. *L'administration de la justice par les Coast Salish*, supra note 22 à la p. 12 et *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 6 aux pp. 42-48.

42. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *ibid* à la p. 52.

43. *Ibid.* Il semble que le droit innu traditionnel ait été fort semblable, à tout le moins dans le cas d'infractions jugées moins graves. Ainsi, Lacasse écrit que dans ce genre de situation, « le tout était réglé entre les parties, parfois avec l'aide du groupe ». Voir Jean-Paul Lacasse, *Les Innus et le territoire, Innu Tipentamun*, Québec, Septentrion, 2004 à la p. 86.

44. *Ibid.*, p. 42-44. Benoit Éthier, qui a également étudié le droit coutumier atikamekw, écrit que : « Au sein de la socialité nehirowisiw, les aînés (mocomonok) jouent un rôle essentiel à la fois dans la transmission des savoirs normatifs et dans le renforcement des pratiques normatives. Ces rôles et pouvoirs des aînés leur sont conférés par leur statut au sein du système d'autorité local. ». Voir *Orocowewin notcimik itatcihowin, ontologie politique et contemporanéité des responsabilités et des droits territoriaux chez les Atikamekw Nehirowisinok (Haute-Mauricie, Québec) dans le contexte des négociations territoriales globales*, Thèse de doctorat, Université Laval, 2017 à la p. 116.

45. *Le règlement de conflits aux Îles Salomon*, supra note 16 à la p. 24.

46. *Ibid.*

plusieurs types de dirigeants traditionnels selon les régions du pays⁴⁷. La transmission de la qualité de chef tribal habilité à connaître des litiges coutumiers obéit aux impératifs complexes de l'hérédité qui n'écartent cependant pas le besoin d'une connaissance approfondie des généalogies foncières indispensables au règlement des conflits en la matière⁴⁸. Il reste que le chef héréditaire ne sera écarté qu'en cas d'incapacité claire⁴⁹. Il importe toutefois de noter qu'avec le temps, le rôle des autorités religieuses locales s'est accru dans certaines zones culturelles de sorte qu'elles seront souvent mobilisées dans le règlement des différends au niveau local, notamment en matière familiale⁵⁰.

Chez les Roms de Roumanie, le kriss ou le stabor, instances coutumières, sont des institutions essentiellement communautaires. La position de Krissnitor, c'est-à-dire de membre du kriss, est souvent transmise de père en fils, mais elle peut aussi résulter d'une cooptation soit de membres du kriss d'une communauté voisine, soit de membres de la communauté dont l'intégrité, la sagesse et la fortune sont reconnues⁵¹. Les membres du kriss ou de stabor sont en effet les membres les plus respectés et nantis de leur communauté⁵². Ils tirent leur autorité du fait qu'ils sont à même d'appréhender, d'une manière culturellement adaptée, la nature et les enjeux d'un litige et qu'on leur reconnaît la sagesse et l'expérience nécessaires à la médiation du conflit⁵³. Dans certaines communautés le Bulibasa, chef de la communauté issu de la famille la plus riche et la plus puissante de celle-ci, sera membre d'office du stabor ou du kriss et dans d'autres non⁵⁴. Les membres du stabor ou du kriss doivent essentiellement leur légitimité au fait qu'ils sont reconnus pour leur sens développé de ce qui est juste et la confiance qu'ils inspirent⁵⁵.

47. *Ibid.*

48. *Ibid.* à la p. 30.

49. *Ibid.* à la p. 52.

50. *Ibid.*

51. *La justice coutumière des Roms en Roumanie, supra* note 25 à la p. 39.

52. *Ibid.* à la p. 18.

53. *Ibid.* aux pp. 21-22.

54. *Ibid.* aux pp. 40-41.

55. *Ibid.* à la p. 18.

Mais, comme les autres justices non étatiques étudiées, l'effectivité de la justice rom repose sur plusieurs acteurs, dont le Bulibasa, qui sera le plus souvent celui à qui il reviendra de faire appliquer les décisions de l'instance rom⁵⁶.

Par ailleurs, la désignation et le maintien en place de certains acteurs peuvent faire l'objet d'un encadrement systématisé et ritualisé. Le cas le plus clair étant celui des Bashingantahe du Burundi, qui sont des notables locaux respectés dont l'intronisation est soumise à des conditions et à des rites précis et qui peuvent également être formellement démis par leurs pairs en cas de manquement grave aux exigences de leur fonction⁵⁷.

Il ne faudrait pas conclure, à la lumière de ce qui précède, que des porteurs d'un savoir ou d'une conscience juridique singuliers sont inexistantes dans les systèmes non étatiques. Bien au contraire, puisque le Mushingantahe burundais⁵⁸, l'aîné atikamekw⁵⁹, le «*speaker*»⁶⁰ et l'expert Coast Salish⁶¹, le chef héréditaire des Îles Salomon⁶² et le Krissnitori ou Bulibasa rom⁶³ sont des exemples de sages ou de sachants. Leur connaissance des normes de référence n'est toutefois pas nécessairement leur qualité exclusive ou même principale aux fins de leur travail de traitement des conflits.

En définitive, l'étude des traditions juridiques autochtones canadiennes et des systèmes de justice non étatiques encore effectifs permet de conclure que les personnes engagées dans le traitement d'un conflit doivent, sauf exception, entretenir avec la communauté un rapport de proximité. La langue de la justice est d'ailleurs généré-

56. *Ibid.* à la p. 41.

57. *Les Bashingantahe au Burundi*, *supra* note 10 à la p. 55.

58. *Ibid.* aux pp. 12-13.

59. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 6 aux pp. 9 et 43-44.

60. Le rôle du *Speaker* ressemble à celui d'un avocat. On lui demande sa collaboration pour ses connaissances sur les procédures. Voir *L'administration de la justice par les Coast Salish*, *supra* note 22 à la p. 10.

61. L'*Expert* joue un rôle de preneur de décisions. Voir *ibid* à la p. 12.

62. *Le règlement de conflits aux Îles Salomon*, *supra* note 16 à la p. 24.

63. *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, *supra* note 25 aux pp. 17 et 21-22.

ralement la langue autochtone⁶⁴ et rom et le droit non étatique est appliqué au cœur de la communauté plutôt que dans un lieu éloigné ou un centre urbain⁶⁵ où les possibilités d'interaction avec d'autres systèmes juridiques ou normatifs sont plus importantes et où les communautés d'appartenance sont diverses (profession, genre, etc.).

2.2.2 Les échelles et les formes de la justice autochtone et rom : de la famille au village

Le lieu, le temps et les formes de la justice au sein des communautés autochtones et rom sont largement tributaires de leur structure sociale, donc de l'importance et du rôle respectifs du groupe familial, du principe du lignage, du clan ou de la communauté locale (bande, village, colline, etc.). Dans la plupart des cas faisant l'objet des rapports, la justice non étatique présente une logique multiscale, c'est-à-dire qu'elle connaît une pluralité d'échelles qui ne vont toutefois pas en général au-delà du giron communautaire, sauf si les protagonistes proviennent eux-mêmes de communautés différentes. Il n'y a donc pas, le plus souvent, d'instance supérieure à la communauté villageoise ou à la bande. Seule la justice rom se déploie depuis peu à un niveau supra-communautaire dans certains cas, tel que nous le verrons. Une telle logique fait en sorte que les acteurs et les processus de la justice sont mobilisés pour résoudre un conflit en cercles concentriques, le premier se situant à l'échelle de la famille et le dernier, à l'échelle de la communauté.

Au Burundi, les familles, le voisinage et la collectivité villageoise sont des acteurs privilégiés de la justice des Bashingantahe⁶⁶. Les échelons supérieurs à l'échelle collinaire qui existaient traditionnellement ne sont plus actifs⁶⁷. Les processus se déploient forcément

64. Le rapport sur le droit atikamekw fait état du « droit » à un processus dans la langue atikamekw, voir *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 6 aux pp. 60-63.

65. Le rapport sur le droit atikamekw relève l'existence d'un droit à un processus sur le territoire, *ibid* aux pp. 56-60.

66. *Les Bashingantahe au Burundi*, *supra* note 10 aux pp. 28-29. Les Bashingantahe apparaissent comme l'une des institutions essentielles de la justice de proximité parmi d'autres institutions informelles (Conseil de famille, organisations de la société civile).

67. *Ibid.* aux pp. 62-63. Pour sa part, le Conseil national des Bashingantahe qui existe aujourd'hui avait vocation à devenir au niveau national l'échelon supérieur des

sur les mêmes échelles que les acteurs. Ainsi, la médiation, la conciliation et l'arbitrage du Mushingantahe interviennent selon une gradation qui va des familles ou des voisins concernés évoluant dans un cadre restreint et privé (médiation, conciliation) à l'ensemble de la communauté villageoise ou collinaire dans le cadre d'un débat ouvert et public (arbitrage)⁶⁸. Cela dit, les demandes des justiciables entraînent une mise en œuvre variable de cette échelle des rapports entre les deux systèmes. En effet, il arrive que les justiciables se tournent en premier lieu vers les juges étatiques, sans passer au préalable par la justice coutumière. Ainsi, la gradation multi-scalaire demeure une grille d'analyse viable mais sa mise en œuvre concrète est fonction des choix opérés par les justiciables qui en sautent parfois des échelons.

Dans le cas des Roms, il existe trois méthodes de règlement des conflits. Lorsqu'il s'agit d'une affaire mineure, la solution résulte d'une discussion informelle, nommée *Diwano*. Le plus souvent, les Roms ont recours à une institution désignée, selon les régions, par le nom de *kriss* ou de *stabor*. Cette institution est composée d'au moins 3 et d'au plus 20 juges (*Krisnitori*) – selon la complexité du cas. Lorsqu'un membre du *kriss* ou du *stabor* est récusé, il sera parfois remplacé par un représentant d'un tribunal d'une autre région du pays⁶⁹. En raison de la spécificité « transnationale » et nomade de la communauté rom, il est intéressant de noter que la justice rom privilégie la notion de communauté ethnique à celle de communauté géographique, ce qui induit un régime de personnalité des lois. Ainsi, la compétence du tribunal s'étend à tout membre de la communauté, même si la personne est à l'étranger, mais ne s'appliquera pas à un non-membre présent dans la communauté⁷⁰.

La gradation des processus rom paraît s'imposer plus particulièrement dans le cas de litiges impliquant les femmes qu'il faudra d'abord tenter de régler par une discussion informelle au sein de la

Bashingantahe. Toutefois, de ce point de vue, il peut lui aussi être considéré comme inactif. *Ibid.* aux pp. 24-25.

68. *Ibid.* aux pp. 61-62.

69. *La justice coutumière des Roms en Roumanie, supra* note 25 aux pp. 17-18.

70. *Ibid.* à la p. 24.

famille ou d'une médiation⁷¹. Cette gradation est aussi observable plus généralement, puisque le stabor ou le kriss (le plus souvent le krissnitor principal) tenteront de trouver, par la médiation, une solution consensuelle. Sinon, les décisions seront d'abord prises par le stabor ou le kriss local⁷².

Depuis peu, il est parfois possible de porter la décision du stabor local en appel devant une instance supra-communautaire. En effet, la grande diversité et la mobilité des communautés rom entraînent de plus en plus de litiges intercommunautaires. Pour traiter ce contentieux, certaines communautés ont depuis peu (2011) recours à une institution appelée « grand stabor », qui peut aussi statuer en appel de décisions des stabors locaux. Le grand stabor réunit neuf grands krissnitori chevronnés déjà membres de stabors locaux et dispose d'infrastructures conséquentes⁷³. Nouvelle, cette institution doit encore renforcer sa légitimité auprès des communautés⁷⁴.

Dans la tradition juridique atikamekw, les conflits ont vocation à être traités d'abord au sein du groupe familial, dont les grands-mères sont des membres clés⁷⁵. Ils pourront en cas de besoin aussi être confiés à des acteurs communautaires, comme les aînés ou les porteurs de calumet⁷⁶. La démarche de justice peut donc être graduée selon les circonstances, mais il ne semble pas y avoir de variation importante de processus selon les niveaux d'intervention. Ainsi, l'écoute des personnes directement impliquées, le dialogue, la délibération informelle et la recherche d'une issue consensuelle⁷⁷ sont les processus privilégiés sans égard à l'échelle des acteurs impliqués⁷⁸.

71. *Ibid.* aux pp. 24-25.

72. *Ibid.* aux pp. 39-40.

73. *Ibid.* aux pp. 27-28.

74. *Ibid.* à la p. 41.

75. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 6 à la p. 46.

76. *Ibid.* aux pp. 45-48.

77. *Ibid.* aux pp. 41, 52-56 et 83.

78. Il semble que le droit coutumier innu appliquait également différentes échelles d'intervention en fonction notamment de la gravité de l'infraction. Ainsi, on s'en remettait principalement aux parties et à leurs familles pour résoudre des conflits mineurs, mais les infractions plus graves pouvaient mobiliser le chef accompagné des aînés de la communauté. Voir Lacasse, *supra* note 43 aux pp. 85-90.

Le droit traditionnel des Coast Salish conférait également un rôle très important aux chefs de famille et aux aînés dans la quête de décisions consensuelles⁷⁹. Si toutefois un enjeu était tel qu'il requérait une mobilisation à l'échelle de la communauté, c'était à ce niveau que la décision était prise⁸⁰. Il semble aussi ressortir des données relatives au droit traditionnel des Coast Salish que tous les paliers misaient essentiellement sur la conciliation et la recherche d'une solution négociée⁸¹.

Tant les Atikamekw que les Coast Salish ont toutefois vu leurs systèmes particuliers de traitement des conflits marginalisés par l'arrivée des acteurs étatiques et l'imposition progressive du droit pénal officiel⁸².

Aux Îles Salomon, la priorité sera le plus souvent de régler un conflit par les acteurs du niveau auquel il survient. Au sein de la famille, on s'attachera à en arriver à une solution entre les individus ou les groupes concernés, par la médiation lorsque cela est approprié⁸³. À défaut de pouvoir réconcilier les parties à cette étape, un chef traditionnel pourra être saisi et devoir imposer une solution en référence à l'histoire des familles et des principes assurant l'équilibre du groupe, principes contenus dans les récits et mythes ou l'éthique⁸⁴.

En définitive, le Mushingantahe du Burundi et le chef tribal des Îles Salomon et le membre du stabor ou du kriss rom évoquent une certaine figure d'arbitre, et peut-être même de juge habilité à trancher d'une manière qui s'impose à tous. Plus précisément, la décision du Mushingantahe n'est pas revêtue de la force de chose jugée ni n'est associée à celle du juge étatique. Mais elle doit emporter une autorité reconnue par le plus grand nombre. En revanche, les traditions juridiques des Atikamekw et des Coast Salish semblent être nettement plus rétives à ce type d'autorité.

79. *L'administration de la justice par les Coast Salish*, supra note 22 à la p. 12.

80. *Ibid.*

81. *Ibid.* aux pp. 9-10.

82. *Ibid.* à la p. 41 et *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 6 à la p. 2.

83. *Le règlement de conflits aux Îles Salomon*, supra note 16 à la p. 29.

84. *Ibid.*

2.3 Les conceptions de la justice autochtones et rom : la réconciliation d'abord

2.3.1 Une justice à dominante réparatrice

La préoccupation pour la réconciliation et le rétablissement de l'harmonie dans les univers juridiques autochtones et rom transpire de l'ensemble des rapports. Dans le cas de la justice coutumière rom, toutefois, la persistance des valeurs patriarcales fait que le rétablissement de l'harmonie pourra se faire au détriment des femmes qui n'ont pas, tel qu'il sera expliqué plus loin, les mêmes droits que les hommes lorsqu'il s'agit de mobiliser les institutions communautaires pour régler un conflit. Ce cas montre bien que le droit peut définir de manière culturellement différenciée les notions de justice, de réparation et de réconciliation.

Au Burundi, la justice des Bashingantahe procède au premier degré d'une logique de réconciliation et de rétablissement de l'harmonie sociale et tend donc à éviter le binôme gagnant/perdant dans son travail de gestion des conflits familiaux, fonciers ou de voisinage⁸⁵. Conformément à la logique de gradation des approches, la médiation sera en premier lieu déployée, car elle permet une simple intermédiation pour nouer et accompagner le dialogue. Il s'agit, autrement dit, de mettre de l'avant l'horizontalité des rapports et la capacitation des protagonistes eux-mêmes ainsi que leur pouvoir créateur dans l'élaboration d'une solution.

À défaut d'une médiation réussie, la phase de la conciliation pourra s'enclencher où le Mushingantahe applique encore un principe d'apaisement et de compromis en contribuant activement cette fois à la conception de solutions ayant vocation à être consensuelles. Comme il a été indiqué précédemment, les travaux de médiation et de conciliation restent dans la sphère privée et ne mobiliseront donc que les parties les plus directement impliquées dans une affaire⁸⁶.

Si, au final, on en arrive à l'arbitrage public, la préoccupation centrale reste la recherche d'une solution équilibrée qui rétablira l'harmonie dans la communauté plutôt que la stigmatisation et

85. *Les Bashingantahe au Burundi*, supra note 10 à la p. 20.

86. *Ibid.* à la p. 61.

l'exclusion des personnes. Certes, les sages vont publiquement mettre à l'épreuve de la vérité les prétentions respectives des parties, particulièrement celles de la personne contre qui un manquement est allégué, ils ne le feront toutefois pas dans l'esprit « accusatoire » au sens pénal du terme, mais avec le souci de rechercher une solution de compromis qu'ils prendront le temps d'expliquer aux parties avec un souci pédagogique de nature à pacifier les rapports entre des personnes qui vont fatalement vivre ensemble au sein de la communauté⁸⁷.

La tradition juridique atikamekw affirme de manière tout aussi forte son aspiration réparatrice et réconciliatrice⁸⁸. La procédure accusatoire et contradictoire étatique s'oppose donc directement à la tradition atikamekw, dont l'objectif « est la réconciliation des parties à l'aide d'un mode de résolution de conflit plus pacifique et orienté vers l'harmonie collective⁸⁹ ». La méthode étatique de détermination de la peine donne l'impression aux Atikamekw que « la loi est appliquée de façon stricte, sévère, voire exagérée, plutôt que souple et flexible »⁹⁰.

Le rapport des chercheurs révèle que les valeurs et les principes atikamekw relatifs à la gestion des conflits prônent l'égalité et le non-jugement de la personne, la reconnaissance de sa dignité et de son potentiel, l'écoute, le dialogue, la réconciliation, la responsabilisation individuelle et collective, la guérison des individus et du groupe ainsi que la prise en considération des causes sociales ou

87. *Ibid.* aux pp. 55-58.

88. Des travaux indiquent que l'approche accusatoire et répressive propre au droit occidental était aussi étrangère à la tradition juridique innu ; voir notamment Jean-Paul Lacasse et Valérie Cabanes, « Les fondements de l'ordre juridique innu : la parole des aînés comme source de connaissance », dans Mathieu D'Avignon et Camil Girard, *A-t-on oublié que jadis nous étions « frères » ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, 143 aux pp. 158-159. Lacasse écrit que chez les Innus « on ne cherche pas à punir mais, plutôt, à réconcilier l'auteur de l'infraction avec la victime (et la société) au moyen de compensations ». Il ajoute que « dans la culture innue, l'idée de la culpabilité n'existe pas, avec la conséquence qu'on ne peut avoir d'intention coupable au sens du droit pénal de la société majoritaire. On a tout simplement fait la chose ou on l'a pas faite ». Voir Lacasse, *supra* note 43 aux pp. 115 et 116. Voir également les illustrations de l'approche réparatrice innue fournies par l'auteur, pp. 86-88.

89. *Renforcer la gouvernance atikamekw, supra* note 6 à la p. 71.

90. *Ibid.* à la p. 72.

autres des situations problématiques. Les participants font ressortir les valeurs et les principes de pardon, de solidarité, de soutien du groupe dans la correction des comportements et de restauration des liens personnels, familiaux et communautaires⁹¹. L'approche mise de l'avant en est une de justice visant une réparation intégrale⁹² qui passe par la participation inclusive des différents cercles d'acteurs allant de l'agresseur à la victime en passant par le groupe familial et les acteurs communautaires, dont le rôle clé est d'aider et non au premier chef de juger.

L'individu agresseur devient en outre un acteur clé du processus⁹³. Par conséquent, le cercle de parole est le processus générique et optimal pour la résolution des conflits. On pourra en outre s'inspirer de la spiritualité atikamekw par le recours à des rites de sudation, de purification à la sauge, la roue de médecine, les légendes, le contact avec le territoire et les prières⁹⁴.

La tradition juridique des Coast Salish privilégie aussi des solutions axées sur la guérison, l'entraide, la restauration de l'équilibre social et la conscientisation⁹⁵.

Ce sont évidemment des idéaux affirmés qui, aujourd'hui, sont plutôt de l'ordre de l'aspiration en raison du monopole que l'État revendique et applique largement en matière pénale au Canada. Ils indiquent tout de même l'orientation que voudront prendre les Atikamekw et les Coast Salish s'ils recouvrent une marge de manœuvre réelle dans la prise en charge d'au moins certains conflits survenant dans leurs communautés.

Le droit coutumier aux Îles Salomon présente aussi de forts éléments caractéristiques d'une justice qui vise l'harmonie, la réconciliation et la réparation du tissu communautaire. Dans un grand nombre de cas, la justice ne vise pas à établir la culpabilité individuelle, mais à réconcilier les parties et les familles et rétablir

91. *Ibid.* à la p. 9.

92. Le principe de réparation est un des principes clés du droit atikamekw; *ibid* à la p. 21.

93. *Ibid.* aux pp. 41-42.

94. *Ibid.* aux pp. 64-67.

95. *L'administration de la justice par les Coast Salish*, *supra* note 22 aux pp. 9-10 et 41.

l'harmonie dans la communauté⁹⁶. Les litiges matrimoniaux, en particulier, sont souvent réglés par la médiation qui implique souvent une intervention des organisations religieuses⁹⁷.

Que le forum soit familial ou villageois, les mesures appliquées tendent habituellement à favoriser l'objectif de réconciliation, même si des mesures punitives sont aussi possibles. Des cérémonies peuvent se tenir à l'occasion desquelles des excuses publiques seront faites et les parties se serreront la main⁹⁸. Les mesures les plus communes sont par ailleurs de nature compensatoire, tant dans le cadre de processus de médiation ou à l'occasion de décisions de chefs qui tranchent le litige⁹⁹.

Le droit rom a également une vocation fortement réparatrice. Les litiges concernent généralement les affaires civiles ou les disputes familiales (p. ex. : entre conjoints, entre deux familles, entre belle-mère et belle-fille, ou pour des créances impayées, etc.). La décision du stabor ou du kriss intervient à la faveur d'une procédure similaire à la médiation. Cette procédure vise le règlement à l'amiable entre les parties et l'atteinte d'une solution de compromis qui permettra la réconciliation. Lorsque se tient un « procès », la solution au litige exige la présence et l'audition des parties et des témoins. La procédure du stabor et du kriss est publique et les membres prennent leur décision sur la base du consensus¹⁰⁰. La réparation exigée sera généralement de nature pécuniaire et évaluée en tenant compte de la situation financière des personnes concernées. Des infractions plus graves, comme le viol, seront cependant assorties de sanctions plus sévères qui pourront prendre la forme d'interdictions pour l'avenir, voire l'expulsion du condamné de la communauté¹⁰¹.

96. *Le règlement de conflits aux Îles Salomon*, *supra* note 16 à la p. 17.

97. *Ibid.* à la p. 34.

98. *Ibid.* à la p. 30.

99. *Ibid.* aux pp. 30-31.

100. *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, *supra* note 25 aux pp. 17-18.

101. *Ibid.* aux pp. 18-19 et 40.

2.3.2 Une justice fondée sur la responsabilisation de l'individu et du groupe

Le droit occidental repose essentiellement sur la culpabilité individuelle et donc sur l'individualisation de la peine conformément à la logique libérale et individualiste qui postule la rationalité et le libre arbitre des personnes¹⁰². Dans tous les rapports, l'idée de responsabilisation¹⁰³, comme vecteur de la guérison, semble l'emporter dans les droits non étatiques sur celle de faute individuelle et d'intention subjective coupable comme justification d'une sanction¹⁰⁴. La responsabilisation consiste à faire de chacun un « acteur du projet de reproduction de la société »¹⁰⁵. La tension, voire l'opposition, entre la responsabilisation et la punition est fort bien exprimée par le professeur Lacasse lorsqu'il écrit, au sujet de la justice coutumière innue, que l'on « ne peut restaurer l'harmonie en forçant l'agresseur à purger une peine d'emprisonnement ou à payer une amende... On le faisait en prévoyant des compensations pour la victime, en convainquant l'auteur à mieux se conduire, en tentant de réparer le mal qui a été fait »¹⁰⁶.

Les droits autochtones et rom dépassent aussi l'horizon purement individuel de la justice et reconnaissent au groupe un rôle important non seulement dans la résolution d'un conflit, mais aussi dans la prise en charge des conséquences d'une transgression des normes de conduite. La collectivité (famille, communauté, groupe, avec dans certains cas une conception transgénérationnelle de ceux-ci en référence aux ancêtres, aux consanguins ou aux générations futures – cas des Roms) est tenue pour responsable de l'acte de l'un de ses membres, du moins dans le sens où il lui incombe d'assumer la gestion des effets de cet acte sur le groupe et le rétablissement des

102. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 6 aux pp. 9-11.

103. On peut sans doute distinguer la « responsabilisation » comme processus de la « responsabilité » en tant que résultat. La responsabilisation concerne alors la question des procédés qui permettent aux acteurs impliqués de prendre leur part de responsabilité face à l'acte commis. Quant à la responsabilité, elle est liée aux faits et à la réparation ou à la réhabilitation. Elle va au-delà de la culpabilité individuelle.

104. L'imposition de peines individualisées est possible dans certaines situations aux Îles Salomon ; voir *Le règlement de conflits aux Îles Salomon*, *supra* note 16 aux pp. 21-22.

105. Le Roy, *supra* note 3 à la p. 83.

106. Lacasse, *supra* note 43 à la p. 88.

rapports sociaux. Cela découle directement des objectifs et des valeurs sous-jacentes de ces justices, à savoir le maintien de la cohésion et de l'harmonie sociale, ainsi que l'importance centrale de la famille dans la structure sociale. L'importance du principe de responsabilisation du groupe dans les systèmes autochtones est aussi parfaitement en phase avec l'internalisation du traitement des conflits qui exclut l'intervention de pouvoirs et de forces extérieures et qui remet donc entre les mains de tous l'impératif d'apaisement et de pacification sociale.

Il s'agit d'une responsabilité partagée ou collective qui apparaît dans tous les rapports. Chez les Roms, la réhabilitation du contrevenant revient à sa famille, et c'est au sein des stabors ou des kriss les plus traditionnels que le principe de la responsabilité collective s'observe davantage¹⁰⁷.

Dans le droit atikamekw, la responsabilisation individuelle et collective est une finalité centrale de la justice¹⁰⁸. Elle détermine donc les règles et les principes applicables, l'identité des acteurs impliqués, la nature des processus déployés ainsi que les solutions à apporter. Ainsi, l'individu à qui un manquement est reproché a le droit à un temps de réflexion afin de prendre la mesure des conséquences de ses gestes¹⁰⁹, il a le droit à de l'aide afin de trouver le chemin de la responsabilisation¹¹⁰, il a le droit de participer à la recherche d'une solution, ce qui le responsabilise¹¹¹, et l'implication étroite de sa famille dans le processus vise entre autres à permettre à celle-ci de favoriser la responsabilisation¹¹². La réparation qui aura été identifiée comme solution au litige résultera du processus de responsabilisation ou y contribuera¹¹³. Par exemple, le retrait temporaire d'un agresseur de la communauté est aussi perçu comme une façon possible de le responsabiliser en forçant la réflexion et la prise

107. *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, supra note 25 à la p. 24.

108. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 6 aux pp. 19-20.

109. *Ibid.* aux pp. 32-33.

110. *Ibid.* aux pp. 30-31.

111. *Ibid.* à la p. 32.

112. *Ibid.* à la p. 46.

113. *Ibid.* à la p. 21.

de conscience¹¹⁴. La responsabilisation concerne aussi les autres acteurs que sont les familles, les victimes ou la communauté, dans le sens où ils sont engagés à participer à la solution¹¹⁵.

Aux Îles Salomon, la dimension familiale et communautaire de la prise en charge des conflits et des manquements est aussi prégnante, puisque la famille et la communauté doivent participer activement au rétablissement de l'harmonie et des bonnes relations et à la réhabilitation des individus¹¹⁶. Ainsi, le groupe familial a la responsabilité d'assurer que l'individu se conformera aux attentes de la communauté.

Dans les systèmes dits modernes, l'approche punitive et la responsabilité pénale individuelle menant à une peine souvent privative de liberté ont pour contrepartie la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu à qui une infraction est reprochée. Dès lors toutefois que la justice s'attache surtout à restaurer le lien social et fait reposer sur l'individu mais aussi sur la famille ou le groupe la responsabilité d'y parvenir, on ne sera guère surpris de constater l'absence, dans les systèmes juridiques autochtones et rom, de la notion de droits de la défense. À cet égard, il vaut la peine de citer ici ce qu'écrivent les chercheurs travaillant sur la justice atikamekw :

[...] le principe de la présomption d'innocence, le droit au silence, le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même et l'exclusion de la preuve obtenue illégalement interfèrent avec le principe de la responsabilisation, du dialogue et de la recherche de la vérité chez les Atikamekw.

Par ailleurs, le droit à la défense pleine et entière, notamment le droit au contre-interrogatoire, dont l'objectif est de tester la crédibilité des témoins, et ce, d'une manière parfois hostile, est susceptible de

114. *Ibid.* aux pp. 23-27.

115. Le rapport sur la justice atikamekw tend donc à confirmer l'affirmation voulant que dans les sociétés algonquiennes le « clan d'une personne accusée devait par conséquent accepter de payer pour ses actes, non pas en subissant une punition comme dans le droit occidental mais en compensant ce qui était perdu, c'est-à-dire en recréant des liens plutôt qu'en reconduisant l'exclusion ». Voir Denys Delâge et Jean-Philippe Warren, *Le piège de la liberté, les peuples autochtones dans l'engrenage des régimes coloniaux*, Montréal, Boréal, 2017 à la p. 48.

116. *Le règlement de conflits aux Îles Salomon*, *supra* note 16 à la p. 17.

provoquer des « faux pas » culturels chez les Atikamekw, qui sont par exemple peu enclins à parler négativement d'une personne en sa présence¹¹⁷.

On ne peut donc que constater un décalage entre la conception autochtone d'un processus juste de traitement des conflits et le modèle occidental du « procès équitable »¹¹⁸. Cependant, même s'il est fait mention dans tous les rapports du devoir de l'individu en cause de participer et de contribuer à la quête d'une résolution optimale d'un conflit – ce qui implique nécessairement qu'il serait en général fautif de sa part de se cantonner dans le silence, le déni de ses torts et la confrontation systématique – il serait erroné d'affirmer que cet individu ne peut prétendre à aucune protection ni à aucune attente subjective légitime à l'égard des acteurs et des processus de gestion des conflits.

Au Burundi, par exemple, les devoirs coutumiers du Mushingantahe ont pour corollaire que les parties s'attendent légitimement au respect d'un certain droit à l'impartialité, à l'honnêteté et à la bonne foi du juge¹¹⁹. Lors de l'arbitrage, on ne peut en principe refuser le droit de parole aux parties immédiates dont les prétentions sont mises en confrontation¹²⁰.

De même, les autres rapports font état d'un droit d'être entendu. Le rapport sur la justice rom met cependant en relief une différence de traitement entre les hommes et les femmes pour ce qui est du droit d'accéder au tribunal et d'y être entendu. La culture juridique rom ne reconnaît en effet pas aux femmes un égal droit d'accès au tribunal, ces dernières ne pouvant souvent même pas s'y présenter à titre de plaignantes et devant donc y être « représentées » par un

117. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 6 à la p. 39.

118. Pour une étude de cas documentant la rencontre difficile de la justice autochtone et de la norme occidentale du procès équitable, voir Giselle Conradi, « Indigenous Justice and the Right to a Fair Trial » dans Giselle Conradi, Eva Brems et Mark Goodale, *Human Rights Encounter Legal Pluralism*, Londres, Hart Publishing, 2017, 97.

119. D'ailleurs, s'il s'avère qu'un Mushingantahe a été corrompu par l'une des parties lui ayant offert en amont du procès des cruches de bière, ledit Mushingantahe peut être exclu, soit seulement de l'affaire en cours, soit définitivement. *Les Bashigantahe au Burundi*, supra note 10 aux pp. 40-41 et 60-61 et à la p. 20.

120. *Ibid* à la p. 28.

homme de leur famille, ce qui dans certains cas peut rendre caducs leurs droits lorsque les hommes en question sont eux-mêmes partie au litige ou y ont un intérêt incompatible avec celui de la femme¹²¹. De plus, elles ne pourront y témoigner que si elles sont impliquées dans l'affaire ou si leur témoignage est essentiel¹²². Selon les chercheurs, ce non-respect de l'égalité homme-femme caractérise en réalité l'ensemble du droit rom. Rares sont ainsi les cas où des plaintes sont déposées par les femmes rom, puisque les valeurs de la communauté rom n'octroient pas aux femmes un rôle actif et égal aux hommes et interdisent en principe les interactions entre les femmes rom et les gadji (non-Rom).

En outre, chez les Atikamekw, les valeurs et les principes font ressortir l'importance cardinale du droit à la dignité, au respect et à la guérison de toutes les personnes concernées. L'être humain est donc investi d'une valeur fondamentale dont la méconnaissance est fortement réprouvée¹²³.

2.3.3 La sanction comme complément à la réparation

Les travaux de chercheurs comme David Milward¹²⁴ montrent bien qu'il faut éviter de réduire l'univers juridique autochtone à un modèle stéréotypé d'une justice intrinsèquement réparatrice qu'il faudrait opposer à l'approche réputée essentiellement punitive du droit occidental. Milward avance que bien souvent la justice autochtone n'est pas davantage purement réparatrice que la justice occidentale n'est strictement punitive.

Cette hypothèse semble en partie confirmée par les rapports que nous avons dépouillés. Bien que la dimension réparatrice paraisse très clairement être la plus accusée, la logique de sanction et de réprobation morale n'est pas inconnue de la majorité des traditions juridiques autochtones et rom considérées.

121. *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, supra note 25 aux pp. 24-25.

122. *Ibid.* à la p. 17.

123. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 6 aux pp. 12-13 et 27.

124. Voir notamment Milward, supra note 4.

L'exemple le plus probant à cet égard nous est donné par le rapport traitant des Îles Salomon, où certaines communautés appliquent des peines préétablies pour des manquements aux règles de conduite. Les peines sont inspirées de la coutume (paiement de cochons, etc.) qui prévoit des sanctions variant selon les circonstances. Les peines coutumières traditionnelles pouvaient aller jusqu'à la mort ou au bannissement¹²⁵. Selon l'auteure de ce rapport, aujourd'hui l'imposition d'une sanction n'est toutefois pas toujours sans lien avec la quête d'apaisement, de réconciliation et de maintien des rapports sociaux¹²⁶.

De même, les Bashingantahe du Burundi pourront, si les circonstances le requièrent, régler une affaire par le recours à des mesures dont un objet important sera de marquer la réprobation collective d'un comportement jugé particulièrement destructeur de l'ordre communautaire, comme le vol ou l'adultère. Une peine infamante pourra alors être tenue pour juste¹²⁷. Encore ici, toutefois, il semble qu'il faille éviter d'opposer radicalement la réconciliation et la punition, puisque cette dernière n'est jamais selon les auteurs la seule finalité de la justice¹²⁸, et que l'imposition d'une sanction pourra être une mesure complémentaire à la réparation et d'apaisement préalable à la restauration du lien entre les parties concernées.

La tradition orale des Coast Salish montre également que des mesures punitives et dissuasives pouvaient traditionnellement être appliquées dans les cas des manquements les plus caractérisés¹²⁹.

En revanche, les données rendues dans le rapport relatif aux Atikamekw font ressortir une conception de la justice qui paraît substantiellement en rupture avec l'idée d'un droit pénal en tant que tel. Certes, les participants font état de mesures traditionnelles aux conséquences importantes pour la personne concernée, telles que le bannissement ou l'isolement. Mais selon les auteurs du rapport, le retrait temporaire de la communauté ne s'inscrirait pas

125. *Le règlement de conflits aux Îles Salomon*, *supra* note 16 aux pp. 21-22.

126. *Ibid.* à la p. 51.

127. *Les Bashingantahe au Burundi*, *supra* note 10 à la p. 63.

128. *Ibid.*

129. *L'administration de la justice par les Coast Salish*, *supra* note 22 à la p. 41.

aujourd'hui d'emblée dans une conception occidentale de punition (infliction d'une souffrance) et devrait plutôt être compris comme un moyen pour cheminer vers la guérison ou la réparation, et aussi pour protéger la communauté¹³⁰, surtout lorsqu'il prend la forme d'une retraite sur le territoire¹³¹.

De même, si les participants atikamekw estiment nécessaire de recourir aux sanctions du droit étatique pour les manquements les plus graves, c'est par défaut en l'absence de solution de rechange réparatrice effective dans la communauté aujourd'hui¹³².

Il reste qu'avant que les institutions étatiques de la justice n'occupent en milieu autochtone le champ du contrôle social par le droit pénal, certaines sociétés algonquiennes, telles que les Anishinabe, appliquaient des mesures radicales allant jusqu'à la mise à mort contre les individus jugés très dangereux pour le groupe, notamment ceux ayant sans motif valable enlevé la vie à autrui¹³³. Ces réactions extrêmes apparaissent toutefois davantage comme des mesures de sûreté de dernier recours visant la protection du groupe que comme des punitions individuelles.

Par ailleurs, la notion de punition n'est pas totalement absente de la justice coutumière des Roms. Bien que les mesures privilégiées pour régler un litige soient de nature pécuniaire, des sanctions sévères seront infligées en présence d'infractions tenues pour graves. Par exemple, dans le cas du viol, la sanction est de nature punitive afin

130. Le droit coutumier innu connaissait également le bannissement des individus dangereux, et il semble que cette mesure visait à protéger la communauté plutôt que de constituer une peine infamante; voir notamment Lacasse et Cabanes, *supra* note 88 à la p. 43. Voir aussi Lacasse, *supra* note 43 à la p. 88. Cet auteur évoque d'ailleurs un cas récent de bannissement chez les Innus; voir Lacasse, *ibid* à la p. 86.

131. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 6 aux pp. 23-27. Pour une discussion de la place traditionnelle et actuelle de l'ostracisme dans le droit coutumier atikamekw, voir également Éthier, *supra* note 44 aux pp. 65-66 et 112-114.

132. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 6 à la p. 83.

133. Voir notamment Leila Inksetter, *Initiatives et adaptations algonquines au XIX^e siècle*, Québec, Septentrion, 2017 aux pp. 214-217. La mise à mort était aussi une mesure appliquée en dernier recours dans l'ordre coutumier inuit; voir Harold Finkler, *Les Inuits et l'administration de la justice*, Ville LaSalle, Hurtubise HMH/Ministre des Approvisionnements et Service Canada, 1980 aux pp. 18-19.

que le responsable assume son geste. Lorsqu'il y a récidive, la sanction est alors plus lourde¹³⁴.

Selon Milward, le fait que le droit autochtone combine parfois la réparation et la punition vise entre autres à pallier les limites et les lacunes de la justice réparatrice dans les cas de pathologies comportementales caractérisées ou de défaut du volontariat des acteurs qui sont traditionnellement parties prenantes à la gestion des conflits, à commencer par la victime et l'agresseur¹³⁵.

Ainsi, les modèles autochtones et rom de gestion des conflits ne sont pas réductibles à une opposition réparation/punition.

CONCLUSION

Au terme de notre analyse des données consignées dans les rapports, nous faisons le constat de la persistance de conceptions spécifiques de la justice chez les peuples autochtones et les Rom, conceptions qui, sur certains points, ne cadrent pas avec le paradigme institutionnel étatique. Il faut en même temps prendre acte du fait que la situation démographique, sociale et économique des peuples autochtones, particulièrement au Canada, n'est plus ce qu'elle était jadis et que le défi de préserver la cohésion et l'ordre social au sein de ces groupes aujourd'hui sédentaires doit se comprendre à la lumière des réalités actuelles marquées par des formes toujours plus déstructurantes de transgressions et un délitement certain des processus traditionnels.

Sur le plan de l'analyse comparative, on constate plusieurs points communs entre les divers systèmes juridiques autochtones et rom, même si la marginalisation des femmes, présente à des degrés divers aux Îles Salomon, apparaît comme un élément fort de différenciation du droit coutumier rom.

Ainsi, sur le plan des valeurs, tous les rapports montrent que la justice autochtone et rom est structurée autour de l'objectif d'harmonie sociale ou de préservation du groupe. Les principes incarnant

134. *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, supra note 25 aux pp. 18-19.

135. Milward, supra note 4 aux pp. 23-25.

au premier chef ces valeurs sont la réconciliation et la réparation qui doivent imprégner les solutions mises de l'avant, solutions qui ne sont pas en général dictées par des règles rigides. Si les règles se manifestent dans le droit autochtone et rom, elles n'en constituent pas un élément central.

La justice est en outre au service d'une communauté humaine précise dont les membres sont directement impliqués dans la gestion ou la résolution du conflit. La justice autochtone et rom vit « dans le ventre » de la collectivité et fait donc très rarement appel à des acteurs extérieurs au groupe ou exclusivement dédiés au droit et à la justice¹³⁶.

Les différences ou les nuances entre les systèmes juridiques étudiés se rapportent notamment aux catégories d'acteurs et d'institutions impliqués dans la pratique de leur justice. Ainsi, la figure du juge n'est pas complètement étrangère au droit coutumier pratiqué parmi les Rom, aux Îles Salomon et au Burundi, alors qu'elle paraît absente des traditions juridiques autochtones du Canada. Dans tous les cas, cependant, la justice est pluriacteurs et l'appréhension juridique des rapports sociaux se fait dans un prisme sociologique qui vise à apaiser les conflits inhérents à toute vie en société.

Dès lors, les systèmes juridiques autochtones et rom laissent sur le fond un ample espace au pragmatisme pour gérer une situation précise. Ce pragmatisme se décline dans certains cas en termes de gradation des processus de la justice allant de l'approche consensuelle informelle à la procédure publique présidée par un notable investi de la capacité de juger seul¹³⁷. La médiation, la conciliation et, dans certains cas, l'arbitrage sont des modalités importantes dans la pratique de la justice autochtone et rom. Ce pragmatisme et cette dimension épistémologiquement ouverte de la justice autochtone

136. Un cas fait référence à un type d'autorité exogène. Dans le rapport sur la justice traditionnelle aux îles Salomon, les autorités religieuses sont parfois présentes dans la résolution des conflits (p. ex. : litiges matrimoniaux) ; voir *Le règlement de conflits aux Îles Salomon*, *supra* note 16 à la p. 34.

137. Cela se reflète dans le rapport sur la justice traditionnelle au Burundi où le Bashigantabe joue un rôle important dans la médiation, la conciliation et l'arbitrage dans la résolution des conflits ; voir *Les Bashigantabe au Burundi*, *supra* note 10 à la p. 15.

et rom confèrent une faible technicité « positiviste » à ces systèmes juridiques.

Il convient en outre de souligner que le degré d'effectivité actuelle des systèmes coutumiers de justice semble varier considérablement selon les régions étudiées. Au Canada, les peuples autochtones ont vu un État hégémonique affirmer et imposer son droit pénal de manière à miner et à refouler les processus et les acteurs coutumiers dont le rôle paraît aujourd'hui plutôt marginal. Dans les autres régions, toutefois, le droit non étatique est parvenu à conserver un rôle bien réel, voire important, dans le traitement quotidien des conflits.

En définitive, il reste que nos travaux mettent en lumière les apories d'une posture qui consisterait pour l'État à perpétuer la prétention hégémoniste de son institution et, par voie de conséquence, à faire l'impasse sur la quête autochtone d'une refondation de la justice.

BIBLIOGRAPHIE

- Conradi, Giselle, « Indigenous Justice and the Right to a Fair Trial », dans Giselle Conradi, Eva Brems et Mark Goodale, *Human Rights Encounter Legal Pluralism*, Londres, Hart Publishing, 2017, 97.
- Delâge, Denys et Jean-Philippe War. *Le piège de la liberté, les peuples autochtones dans l'engrenage des régimes coloniaux*, Montréal, Boréal 2017.
- Éthier, Benoit. *Orocowewin notcimik itatcihowin, ontologie politique et contemporanéité des responsabilités et des droits territoriaux chez les Atikamekw Nehirowisinok (Haute-Mauricie, Québec) dans le contexte des négociations territoriales globales*, Thèse de doctorat, Université Laval, 2017.
- Finkler, Harold. *Les Inuits et l'administration de la justice*, Ville LaSalle, Éditions Hurtubise HMH/Ministre des Approvisionnements et Service Canada, 1980.
- Fletcher, Mathew L.M. *American Indian Tribal Law*, New York, Aspen Publishers, 2011.
- Insketter, Leila. *Initiatives et adaptations algonquines au XIXe siècle*, Québec, Septentrion, 2017.
- Lacasse, Jean-Paul. *Les Innus et le territoire, Innu Tipentamun*, Québec, Septentrion, 2004.
- Lacasse, Jean-Paul et Valérie Cabanes. « Les fondements de l'ordre juridique innu : la parole des aînés comme source de connaissance », dans Mathieu D'Avignon et Camil Girard, *A-t-on oublié que jadis nous étions « frères » ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, 143.
- Le Roy, Etienne. *Les Africains et l'institution de la justice, entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz, 2004.
- Milward, David. *Aboriginal Justice and the Charter: Realizing a Culturally Sensitive Interpretation of Legal Rights*, Vancouver, UBC Press, 2012.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Quelques fondamentaux des systèmes juridiques autochtones

GHISLAIN OTIS, SÉVERINE BELLINA, JEAN LECLAIR
ET SOPHIE THÉRIAULT

Les trois parties précédentes de cet ouvrage portant sur la famille, le territoire et la justice montrent bien que les systèmes juridiques autochtones – et rom pour ce qui concerne la justice – sont différents à certains égards. Les valeurs, les principes, les règles, les acteurs et les processus des uns et des autres varient en fonction notamment de la structure sociale et économique des groupes en présence, de leur histoire et de leurs rapports avec les autres cultures. Les traditions et les systèmes décrits dans les rapports thématiques se rapprochent aussi à plus d'un titre. Il est donc utile de dégager à grands traits les éléments d'une compréhension plus englobante des droits autochtones et de percevoir ainsi leur singularité face aux droits d'origine occidentale qu'ils côtoient parfois depuis des siècles. Cette synthèse comparative aidera nul doute à saisir lors des étapes ultérieures des travaux les enjeux, les promesses et les limites du dialogue des univers juridiques autochtones et non autochtones.

Les fondamentaux des droits autochtones et rom mis en évidence par l'analyse des données empiriques s'expriment dans la centralité du groupe (1) qui pose en corollaire le problème de l'articulation du collectif et de l'individuel (2) et dans la légitimation ethnoculturelle des acteurs et des processus de proximité qui donnent vie à ces systèmes (3).

1. LA CENTRALITÉ DU GROUPE

Le groupe ethnoculturel est au fondement de la juridicité autochtone et rom dont la finalité première est d'assurer, dans une temporalité diachronique (passé, présent et futur), la vitalité du lien familial et la cohésion sociale. La centralité du groupe est incarnée par une éthique communautariste qui irrigue les cultures juridiques autochtones et rom et se manifeste notamment dans des catégories ou des représentations juridiques propres, qu'il s'agisse, par exemple, de la conception de la terre, de la famille et de la prise en charge des conflits.

En matière foncière, la centralité du groupe dans les ordres juridiques secwepemc, innu et bété, s'exprime d'abord par la tenure collective des terres et des ressources qui s'y trouvent. La terre y est d'ailleurs représentée comme étant la source de la vie et le dépositaire de la mémoire, de la culture, de la langue, des savoirs et des traditions juridiques du groupe. En retour, les Autochtones se conçoivent comme les « gardiens » des terres et des ressources, à charge de les protéger et d'en assurer la pérennité au bénéfice des générations actuelles et futures. Ce positionnement relationnel sur le long terme dans une perspective intertemporelle qui insiste sur les liens à tisser entre le passé, le présent et le futur fonde le principe d'inaliénabilité de la terre, ainsi qu'une éthique de prudence et de minimisation des risques¹. La sécurisation durable de la terre et des ressources se trouve

1. Val Napoleon, Hadley Friedland et Renée McBeth, *Secwepemc Laws Governing Land and Resources*, First Integration Report: How does Legal Pluralism manifest Itself?, 2015 aux pp. 6-8, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1939>> [Les lois Secwepemc régissant les terres et les ressources]; Pierrot Ross-Tremblay, Geneviève Motard et Sylvie Vincent, *Accès à la terre et gestion des ressources: perspectives du droit innu et du droit étatique québécois, Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique?*, 2015 à la p. 61, en ligne: <http://www.legitimus.ca/blog?id=2895> [Accès à la terre et gestion des ressources: perspectives innu et étatique] et Seynabou Samb, Djibril Ouedraogo et Sylvia Soro, *Le pluralisme juridique en matière foncière en Afrique de l'Ouest: le cas de la Côte d'Ivoire, Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique?*, 2015 aux pp. 13, 15, 36-37, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1934>> [Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire].

dès lors favorisée plutôt que la maximisation immédiate des bénéfices susceptibles d'être tirés de leur exploitation².

De même, la logique de pérennisation du groupe se trouve inscrite dans la régulation de l'accès à la terre et aux ressources de subsistance qui fait du territoire l'assise d'institutions de partage. Chez les Secwepemc et les Innus, ces institutions mettaient traditionnellement en œuvre les valeurs et les principes de respect de la vie, d'équité et de satisfaction des besoins de tous³. Le groupe d'appartenance n'était toutefois pas l'unique bénéficiaire de ces principes, puisque la valeur accordée au respect de la vie exigeait que tout être humain ait, en cas de nécessité et chaque fois que c'était possible, la faculté de se procurer de quoi assurer sa survie. Bien qu'elles aient été affaiblies par les transformations qu'ont connues les sociétés autochtones au Canada, ces institutions continuent d'inspirer les représentations communautaristes contemporaines. En pays bété, la solidarité se manifeste aussi dans les rapports entre les « propriétaires fonciers » et les exploitants. Ces derniers reçoivent, en vertu d'une morale de l'entraide, des parcelles leur permettant de combler leurs besoins fondamentaux. Ils doivent en retour partager une partie des fruits de la terre avec le groupe qui les a accueillis sur ses terres⁴.

L'éthique communautariste forme également le socle du droit autochtone de la famille. Dans les communautés sud-africaines étudiées, l'« ubuntu » exprime l'impératif de solidarité du groupe⁵, alors que le rapport sur la Zambie parle de la réciprocité comme étant « the glue that binds the group as individual members expect to give to, and to receive from, each other the material, spiritual and emotional goods and resources of life »⁶. Le mariage coutumier au

2. *Les lois Secwepemc régissant les terres et les ressources*, *ibid* à la p. 6.

3. *Les lois Secwepemc régissant les terres et les ressources*, *ibid* aux pp. 8-9 et *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, *supra* note 1 aux pp. 18-19.

4. *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, *supra* note 1 aux pp. 11-12.

5. Fatimata Diallo et Chuma Himonga, *Dissolution of customary marriage in the South African legal pluralism context*, First Integration Report: How does legal pluralism manifest itself?, 2015 aux pp. 5-6, en ligne: <<http://www.legitimous.ca/blog?id=1912>> [La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud].

6. Fatimata Diallo et Chuma Himonga, *Formation and Patterns of Customary Marriage in Zambia: A Socio-Legal Study*, First Integration Report: How does Legal Pluralism

sein de ces communautés est d'ailleurs conçu comme une alliance entre familles ou clans, plutôt qu'une union entre deux individus⁷. On retrouve la même conception du mariage dans le droit coutumier kanak⁸ tel qu'il ressort par exemple de la *Charte du peuple kanak* adoptée par les grandes chefferies⁹. La Charte rappelle en effet que « les clans se perpétuent et assurent leur descendance grâce aux alliances ou mariages qui procèdent d'échanges coutumiers d'un [*sic*] famille/clan à un autre » (art. 67), tout en reconnaissant par ailleurs que cette alliance passe aujourd'hui par « un choix accompli par un homme et une femme » (art. 69). La dissolution d'un tel mariage a donc des impacts qui vont au-delà des époux eux-mêmes¹⁰. À cet égard, le droit kanak tient l'alliance interclanique pour inaltérable, en particulier lorsque des enfants naissent du mariage, et ce, même si la vie conjugale des époux prend fin¹¹.

Les ordres juridiques des peuples autochtones véhiculent dès lors une vision large de la famille qui s'étend la plupart du temps bien au-delà de la famille nucléaire proprement dite et qui consacre des rapports fondateurs d'un réseau de solidarité. Chez les Atikamekw, par exemple, les intérêts de l'enfant sont indissociables de ceux de la famille¹². Le droit innu relatif à la garde coutumière consacre de même la prééminence du groupe familial et de la

manifest Itself?, 2015 à la p. 12, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1917>> [Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie].

7. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, *supra* note 5 à la p. 10.
8. François Féral et Anne-Lise Madinier. *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015 à la p. 12, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1894>> [Étude anthropologique des mariages à Yaté].
9. *Charte du peuple kanak, socle commun des valeurs et des principes fondamentaux de la civilisation kanak*, Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, Nouville, juin 2014, (ci-après [*Charte du peuple kanak*]).
10. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, *supra* note 5 aux pp. 10-11.
11. *Charte du peuple kanak*, *supra* note 9, art. 71.
12. Marie-Eve Sylvestre, Mylène Jaccoud, Anne Fournier, Isabelle Picard, Geneviève Beausoleil-Allard et Christian Coocoo, *Renforcer la gouvernance atikamekw : vers un modèle atikamekw de prise en charge des conflits et problèmes liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2017 aux pp. 10-12, en ligne : <http://www.legitimus.ca/blog?id=2899> [Renforcer la gouvernance atikamekw].

communauté comme point d'ancrage de l'enfant dont les parents biologiques éprouvent des difficultés de divers ordres. Le droit coutumier autochtone s'attache à préserver le lien entre l'enfant et la communauté¹³.

La centralité du lien social se prolonge dans la manière dont sont traités les conflits dans les systèmes juridiques autochtones et rom, l'objectif fondamental de ces systèmes étant le rétablissement de l'harmonie sociale en vue de la préservation du groupe (famille, clan, communauté). La prise en charge d'un différend ou d'un manquement aux normes de la communauté incombe dès lors au groupe, qui en gère les conséquences à l'échelle de la famille, du clan ou du village en privilégiant – mais il y a des exceptions – la réparation et la réconciliation plutôt que l'exclusion du fautif¹⁴. La responsabilité de restaurer la paix transcende donc la sphère individuelle, puisque c'est ultimement le groupe qui en sera garant.

Il faut cependant convenir qu'un ensemble de phénomènes sont venus, et viennent encore, affouiller la préséance traditionnellement accordée au groupe au sein des systèmes juridiques autochtones. Le voisinage séculaire entre les sociétés autochtones et l'univers culturel occidental, et la concurrence des représentations sociales qui en découle, ne manquent pas de produire certains effets. Au premier chef, on note l'affirmation toujours plus grande d'une culture sociétale individualiste.

2. CONJUGUER L'INDIVIDUEL ET LE COLLECTIF

La centralité du groupe dans les systèmes juridiques autochtones et rom n'occulte pas la place et le rôle de l'individu à qui incombent des responsabilités, mais qui peut aussi légitimement revendiquer le respect de principes ou de règles qui seront de nature à sauvegarder

13. Christiane Guay, Sébastien Grammond et Kheira Belhadj-Ziane, *Les pratiques d'adoption coutumière chez les autochtones: la perspective des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015 aux pp. 13-14, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1866>> [Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam].

14. L'imposition de sanctions ou de punitions n'est toutefois pas exclue dans les cas de transgression grave.

sa dignité et son libre arbitre. De manière générale, les systèmes juridiques autochtones algonquiens au Canada tendent à minimiser la contrainte exercée sur la volonté d'autrui¹⁵. Ce principe de non-ingérence, de liberté personnelle et de respect est encore très vivace dans les univers normatifs autochtones¹⁶. Ainsi, même si le droit autochtone relatif au traitement des conflits ne proclame pas formellement un catalogue de droits de la défense ou de garanties judiciaires tels que notamment le droit au silence, le droit à l'avocat, le droit d'être jugé par un tribunal impartial, il ne s'ensuit pas que les acteurs et les processus de traitement d'un conflit pouvaient sans raison refuser à l'individu intéressé la possibilité de s'expliquer et d'être entendu de manière respectueuse. La personne visée par une démarche de résolution de conflit se trouve par ailleurs investie de la capacité de contribuer à la recherche d'une solution idoine pour elle-même et pour le groupe. Cela ressort clairement de l'étude de la justice traditionnelle chez les Atikamekw, dont les manifestations actuelles sont toutefois difficiles à documenter.

En matière foncière, l'autonomie individuelle est le plus souvent grandement valorisée par les sociétés autochtones, qui attribuent d'ailleurs d'importantes responsabilités aux individus en lien avec la terre et les ressources naturelles. Dans les sociétés pratiquant une économie de subsistance, le droit autochtone est fortement ancré dans l'idée de l'interdépendance entre le groupe et l'individu : si la survie de l'individu est tributaire de son appartenance au groupe, la pérennité de ce dernier dépend en retour de la contribution de chaque individu à la collectivité. Le droit autochtone établit alors une corrélation étroite entre l'impératif de partage, d'une part, et d'autre part, la capacité de chacun de faire des choix et de prendre des décisions dans l'intérêt fondamental de sa personne, de sa famille et du groupe.

Dans la sphère familiale, la centralité du groupe coexiste souvent avec la liberté des individus de décider de certaines questions revêtant

15. Voir notamment Leila Inksetter, *Initiatives et adaptations algonquines au XIX^e siècle*, Québec, Septentrion, 2017 aux pp. 210-211 ; Jean-Paul Lacasse, *Les Innus et le territoire, Innu Tipenitamun*, Québec, Septentrion, 2004 aux pp. 58-60.

16. Voir par exemple *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 12 à la p. 29.

une grande importance personnelle. Ainsi, l'étude de la garde coutumière encore pratiquée aujourd'hui chez les Innus met en exergue le principe de la liberté individuelle dans l'aménagement des rapports familiaux, liberté qui contraste avec la rigidité du droit civil en la matière¹⁷. Cette étude montre aussi que le droit innu reconnaît un principe de protection de l'intérêt et de l'autonomie de l'enfant dont les choix peuvent être déterminants¹⁸. Les droits cri et atikamekw semblent à cet égard analogues au droit innu¹⁹. Les droits coutumiers ne sont toutefois pas uniformes en la matière, puisque certaines sociétés laissent une moins grande place à ce que l'on pourrait appeler la volonté de l'enfant, notamment le droit coutumier vivant sud-africain²⁰ et le droit kanak.

Le principe autochtone de non-ingérence, bien que relatif, tend à rendre illégitime toute monopolisation individuelle du pouvoir, c'est-à-dire l'instauration de l'autoritarisme ou de l'absolutisme politico-juridique. Au final, il semble que la valorisation de l'individu est un élément fort des traditions juridiques autochtones canadiennes étudiées, de sorte que responsabilité sociale et individualité n'y sont pas par nature antagonistes. Elles sont plutôt appelées à interagir dans la quête d'un équilibre entre l'utilité et l'intérêt personnels d'une part, et l'intérêt du groupe, d'autre part.

Le statut différencié des individus en fonction du genre se présente aussi comme la conséquence de plusieurs principes, règles et processus propres à certains droits coutumiers et au droit rom. En effet, le genre semble ainsi être une variable signifiante constitutive d'une ligne de partage entre les cultures juridiques non occidentales, ligne de partage qui coïncide avec celle séparant des aires culturelles et géographiques distinctes. Par exemple, alors que

17. Voir l'article suivant qui livre au public une partie des résultats de cette étude : Sébastien Grammond et Christiane Guay, « Comprendre la normativité innue en matière d'adoption » et de garde coutumière » (2016) 61 :4 RD McGill 887.

18. *Ibid.* aux pp. 905-908.

19. Val Napoleon, Hadley Friedland, Renée McBeth et Lindsay Borrows, *Cree Laws Regarding Children*, First Integration Report: How does legal pluralism manifest itself?, 2015, document inédit p. 6 et 10 [Normes cries relatives aux enfants] et *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 12 à la p. 12.

20. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, *supra* note 5 à la p. 17.

l'égalité entre la femme et l'homme est reconnue chez les Atikamekw²¹, une culture patriarcale semble bien ancrée dans les sociétés africaines vivant en Zambie²² et en Afrique du Sud, ce qui n'est pas sans incidence sur la situation juridique des femmes et des jeunes filles²³. Le droit coutumier des Rom de Roumanie est aussi marqué par un fort patriarcat qui opère une marginalisation des femmes dans le traitement des différends impliquant celles-ci, en particulier le contentieux de nature conjugale²⁴.

L'enjeu du rapport de l'individu au groupe est un de ceux qui sont fortement travaillés par les mutations sociales et culturelles que vivent les peuples autochtones et plusieurs sociétés non occidentales. En conséquence, les systèmes juridiques coutumiers s'adaptent souvent de manière à intégrer des valeurs plus individualistes. L'illustration la plus claire de l'impact de tels changements se trouve peut-être dans l'évolution des représentations liées au mariage chez les Kanaks de Yaté, en Nouvelle-Calédonie. On constate là le passage d'un système coutumier traditionnel où les décisions sont prises par le clan ou en fonction de ses intérêts à un régime actuel où les autorités claniques admettent que le mariage, tout en restant une alliance entre les groupes familiaux, a pour cause et condition premières le choix d'une femme et d'un homme de faire vie commune, lequel choix procède du sentiment amoureux de ces individus. De même, la désaffection de plusieurs individus kanak à l'égard de l'institution coutumière du mariage, phénomène lourd de danger pour la pérennité des clans, induit l'émergence de nouvelles pratiques coutumières que sont de nature à régulariser le statut des enfants nés hors mariage, de manière à les intégrer au clan paternel conformément à la logique traditionnelle.

La transformation des systèmes juridiques autochtones en vue d'une application des normes occidentales peut aussi constituer une

21. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 12 à la p. 9.

22. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, *supra* note 6 à la p. 13.

23. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, *supra* note 5 aux pp. 13-14.

24. Sergiu Mişcoiu et Laura Herta. *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1845>> aux pp. 24-25 [La justice coutumière des Roms en Roumanie].

politique de l'État dans sa gestion du pluralisme juridique. Cette approche est souvent un avatar du colonialisme, dont l'impact ne s'est pas fait sentir partout avec la même intensité. Là où les ordres juridiques africains et du Pacifique Sud ont réussi tant bien que mal à se maintenir dans les interstices du droit étatique colonial, la vitalité et l'effectivité des ordres juridiques autochtones canadiens, par exemple, semblent avoir été plus entamées, bien que ces ordres manifestent une persistance et une adaptabilité indubitables dans le domaine de la famille.

Les procédés étatiques de prise en charge des relations entre les systèmes juridiques, de même que les stratégies de résistance ou d'adaptation déployées par les autochtones et les Rom, feront l'objet de travaux approfondis lors de la prochaine étape de notre recherche.

3. DES SYSTÈMES DYNAMIQUES ET FONCTIONNELS PORTÉS PAR DES ACTEURS ET DES PROCESSUS DE PROXIMITÉ

Le droit autochtone et rom est enraciné dans le groupe de proximité, et il est souvent spontané. Comme l'écrit Le Roy, dans le monde juridique autochtone, « il faut accepter l'idée que la juridicité est autant comportements et habitus que normes explicites »²⁵, de sorte que la juridicité autochtone est traditionnellement centrée sur l'acteur juridique plutôt que sur la norme posée comme préalable et extérieure à l'action²⁶.

La vie de ce droit exigera dès lors un fort ancrage culturel et personnel des acteurs concernés. Ainsi, la légitimité et l'effectivité des acteurs de ces systèmes juridiques tiendront principalement au fait que ces derniers sont issus de la famille, du clan ou du groupe dont ils connaissent et respectent la spiritualité, la culture et les valeurs. C'est là une différence importante avec les droits étatiques qui font le plus souvent appel à des opérateurs professionnels et des experts (fonctionnaires, avocats, procureurs, directeur de la protec-

25. Étienne Le Roy, « Pourquoi en Afrique « le droit » refuse-t-il toujours le pluralisme que le communautarisme induit ? » (2016) 40: 2 *Anthropologies et sociétés* 25 à la p. 38.

26. *Ibid.*

tion de la jeunesse, etc.) travaillant au sein d'institutions très formalisées (services, cours ou tribunaux). Le fonctionnaire, le juge et le procureur public agissent « de l'extérieur », en ce qu'ils ne doivent pas entretenir de liens personnels avec l'administré ou le justiciable. Ils tiennent en principe leur légitimité et leur autorité de leur compétence technique et de leur capacité d'appliquer de manière à la fois neutre et sensée la règle générale et impersonnelle préalablement édictée par les autorités compétentes. Ces acteurs étatiques se heurtent souvent en contexte autochtone au fait qu'ils sont considérés comme des étrangers sans prise sur le droit vivant du groupe.

La famille joue un rôle clé dans les systèmes juridiques autochtones. Tel qu'il ressort de plusieurs des rapports, surtout ceux concernant les autochtones du Canada, les aînés ont une responsabilité de premier ordre dans le maintien de l'ordre social²⁷. Traditionnellement, ils sont appelés à intervenir dans la résolution de conflits ou à jouer un rôle de conseillers dans les matières familiales²⁸. Leur autorité tient non pas à leur formation technique ou professionnelle, mais à leur entendement des enjeux d'une situation pour les individus, les familles et la collectivité concernés. Ce qui est prisé n'est pas leur supposée impartialité, mais au contraire leurs connaissances et leur engagement personnel à l'égard du bien-être des individus en cause et du groupe dans son ensemble²⁹.

Chez les Innus, les chefs de famille assumaient traditionnellement des responsabilités primordiales à l'égard du territoire et des ressources, y compris dans le règlement des conflits fonciers³⁰. Par ailleurs, compte tenu de la conception communautariste du mariage au sein des ordres juridiques autochtones en Afrique australe et en Nouvelle-Calédonie, la participation des familles élargies ou des clans à la formation de l'union des époux est essentielle, tout comme

27. Voir *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, supra note 1 aux pp. 17 et 63 pour des explications additionnelles, par exemple le rôle des Aînés dans le respect de la règle du non-gaspillage.

28. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 13 à la p. 22.

29. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 12 à la p. 52.

30. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives innu et étatique*, supra note 1 à la p. 62.

elle l'est au moment de régler les différends ayant trait à cette union. De même, la protection de l'enfance, par exemple, est le plus souvent une responsabilité qui incombe tant aux familles qu'à la communauté, aux termes d'une approche « globale et communautaire »³¹. En outre, traditionnellement, la responsabilité du traitement d'un conflit échoyait en premier lieu aux groupes familiaux au sein desquels ou entre lesquels il survenait. Les processus privilégiés étaient informels et consensuels, cercles de parole, palabres, médiation et conciliation étant tenus pour plus conformes à la conception réparatrice qui prédominait. L'imposition du droit pénal étatique au Canada a toutefois eu pour effet de refouler, voire de neutraliser ces processus endogènes.

Si la famille est par conséquent une instance clé des traditions juridiques autochtone ou rom, elle n'est pas la seule ni nécessairement celle qui, au final, jouera un rôle déterminant. Les travaux soulignent une logique de gradation des échelles processuelles allant du cercle familial à des instances agissant pour l'ensemble de la communauté. L'instance compétente dépendra parfois de la nature du problème, de son ampleur et de l'identité des protagonistes. Ce sont par exemple les critères traditionnellement appliqués en droit secwepemc pour déterminer les acteurs ou les instances compétentes dans un cas donné étant entendu que toute affaire d'intérêt général relevait de la communauté³². Chez les Atikamekw, la « communauté » est reconnue comme un lieu privilégié de déploiement des processus juridiques où se meuvent les différents acteurs impliqués dans la protection de la jeunesse. Elle est l'un des quatre réseaux dans lesquels sont identifiés des acteurs-clés du droit autochtone³³. De la même manière, les normes crie relatives aux enfants prescrivent que la quête de toute solution éclairée et consensuelle passe par la consultation du cercle le plus large, ce qui implique une approche communautaire³⁴.

31. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 12 à la p. 10.

32. *Les lois Secwepemc régissant les terres et les ressources*, supra note 1 aux pp. 11-12.

33. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 12 à la p. 41. Les autres réseaux sont le réseau familial, celui des institutions politiques et le réseau issu de l'hybridation des systèmes de droit étatique et autochtone.

34. *Normes crie relatives aux enfants*, supra note 19 à la p. 10.

En Afrique du Sud, un des corollaires de l'« Ubuntu » sera que, « all community members are invited to help in resolution of disputes »³⁵. Au Burundi, la finalité de pacification du groupe fait que tous les membres de la communauté villageoise peuvent assister aux travaux de la justice traditionnelle dispensée par les Bashigantahe et apporter un témoignage sur toute question pertinente³⁶.

Les instances communautaires reconnues pourront être les « *headmen* » ou les chefs, ainsi que leurs conseils³⁷. En Afrique³⁸, dans le Pacifique Sud³⁹ et chez les Rom⁴⁰, un forum présentant des caractéristiques analogues à celles d'un tribunal, et composé de chefs ou de membres éminents de la communauté, pourra être habilité à trancher un différend familial ou foncier en dernier recours et au terme d'une procédure publique prédéterminée.

On ne peut toutefois omettre de noter que les travaux portant sur les systèmes autochtones au Canada ne font pas mention d'une semblable autorité dans le fonctionnement traditionnel de ces systèmes. L'étude du traitement des conflits chez le peuple atikamekw illustre sur ce point une forte différenciation qui tient au fait que certaines traditions juridiques autochtones au Canada faisaient historiquement peu de place à des acteurs dotés d'une autorité formelle les habilitant à la contrainte unilatérale directe à l'égard d'autrui. Le droit étatique favorise une relation hiérarchique, impersonnelle et autoritaire alors que dans l'univers juridique autochtone traditionnel, les acteurs étaient personnellement impliqués, ils parlaient en leur nom propre, et leur action, même celle des aînés,

35. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 5 à la p. 20.

36. Léa Havard, Mohamed Omar Youssouf Ali, Clément Cadinot et Grégori Puydebois. *Les Bashigantahe au Burundi*, Rapport d'intégration 1: Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015 à la p. 28, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1964>> [Les Bashigantahe au Burundi].

37. *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 6 à la p. 18. Chez les Bété, le Chef de terre est responsable de l'application de la coutume en cas de conflit foncier. Il est pour ce faire assisté de ses notables; voir *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, supra note 1 à la p. 19.

38. *La dissolution du mariage coutumier en Afrique du Sud*, supra note 5 à la p. 20; *Étude socio-juridique sur le mariage coutumier en Zambie*, supra note 6 à la p. 18.

39. *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, supra note 8 à la p. 24.

40. *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, supra note 24 à la p. 17.

s'appuyait sur une relation de respect mutuel plutôt que sur une autorité formelle⁴¹. La culture accusatoire et contradictoire du droit occidental paraît étrangère à l'idéal de réconciliation et de pacification des rapports au sein des familles et de la communauté qui irriguait le droit autochtone⁴².

Par contre, le recours à la contrainte, voire à l'exclusion, à l'encontre d'individus est accepté lorsque leur conduite est tenue pour gravement attentatoire à l'ordre social.

Le droit autochtone et rom, par son ancrage dans le groupe et sa vocation à pérenniser celui-ci, est un droit pragmatique et procesuel. Le droit étatique relève en général d'une logique légaliste, formelle, écrite, positiviste, rationnelle et spécialisée. Les règles en sont par conséquent un élément central. Nombreuses et codifiées dans différents textes, c'est à travers leur analyse que les acteurs officiels identifient le droit applicable et sur l'interprétation qu'ils en font qu'ils doivent en principe fonder leur action.

La technicité du droit autochtone et rom est bien moindre, et lorsqu'elle se manifeste, c'est davantage pour régir les procédures que pour imposer des solutions normatives rigides. Il ne s'agit pas de dire que ces droits ne connaissent pas les règles. Par exemple, le fait que le processus coutumier de transfert de la garde d'enfant soit d'abord oral correspond en droit innu à une norme établie d'application générale⁴³. Toutefois, en droit autochtone et rom, la formulation d'une règle, si tant est qu'elle existe, paraît plus spontanée, pragmatique et moins abstraite que ce que donne à voir le modèle occidental. Ainsi, confrontés à la justice étatique dispensatrice de peines largement prédéterminées par les textes, les Atikamekw jugent que cette approche confine parfois à l'oppression.

À l'universalisme du droit étatique, fondé sur l'égalité d'application de règles écrites souvent techniques, les ordres juridiques autochtones opposent donc une application personnalisée de principes (et parfois de règles) qui témoigne de leur ouverture sur la

41. *Renforcer la gouvernance atikamekw*, supra note 12 aux pp. 17-18 et 52.

42. *Ibid.* à la p. 71.

43. *Les pratiques d'adoption coutumière des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, supra note 13 à la p. 20.

dimension socioculturelle de la régulation. Il en résulte une juridicité pouvant être qualifiée d'interdisciplinaire, puisque la frontière entre le droit et les autres savoirs est loin d'être étanche, de sorte que, outre leur connexion familiale, clanique ou communautaire, les acteurs et les processus qu'ils déploient reposent aussi leur légitimité sur un savoir ou des habiletés particulières revêtant une grande importance pour le groupe (par exemple le fait d'être un bon chasseur ou d'avoir une connaissance approfondie du territoire). La transmission de ces savoirs ou de ces habiletés peut donc constituer un enjeu du droit autochtone. Chez les Secwepemc, par exemple, le droit comporte de nombreuses prescriptions concernant l'acquisition et le partage des savoirs⁴⁴, et au Burundi, le Mashigantahe ne sera considéré comme apte à juger qu'au terme d'une longue initiation par les pairs⁴⁵. Dans certains cas, l'instance communautaire peut de surcroît s'autoriser des forces surnaturelles comme, par exemple, le Chef de terre bété qui tient son autorité des « génies ou dieux de la brousse »⁴⁶. Ces forces elles-mêmes seront parfois susceptibles d'agir dans l'univers juridique autochtone⁴⁷.

Il paraît légitime de penser que la forte personnalisation des rapports entre les acteurs peut donner lieu, dans certains cas mettant en jeu des intérêts importants, à des dysfonctionnements ou à des solutions contestables et contestées. Quant aux forces surnaturelles, les recherches des ethnohistoriens montrent que parmi les sociétés algonquiennes du Canada, elles n'étaient pas toujours convoquées à des fins bienveillantes⁴⁸.

Au Canada en particulier, il semble que dans plusieurs cas, la capacité effective des acteurs et des processus originellement autoch-

44. *Les lois Secwepemc régissant les terres et les ressources*, supra note 1 aux pp. 6-8.

45. *Les Mashigantahe au Burundi*, supra note 36 aux pp. 22-23.

46. Voir *Le pluralisme juridique en matière foncière en Côte d'Ivoire*, supra note 1 aux pp. 20-21 pour des précisions additionnelles. Le pacte qu'il a conclu avec eux doit d'ailleurs être renouvelé de manière régulière par le truchement de rites, dont les offrandes et l'immolation de bêtes.

47. Dans l'ordre juridique innu traditionnel, les Chamanes et les Maîtres des animaux contribuent de manière significative à l'effectivité des règles en lien avec la protection du territoire et des ressources naturelles; voir *Accès à la terre et gestion des ressources: perspectives innu et étatique*, supra note 1 aux pp. 16-17.

48. Inksetter, supra note 15 aux pp. 215-216.

tones de se déployer ait été progressivement minée. Par exemple, les rapports sur le traitement des conflits chez les Atikamekw et les Secwepemc soulignent la marginalisation des instances coutumières de règlement des conflits. Il faut, selon les chercheurs, trouver la cause première de ce déclin dans l'incrustation progressive de l'hégémonie du droit étatique, particulièrement en matière de justice. En revanche, les travaux consacrés aux Rom, aux communautés d'Afrique et du Pacifique Sud, font voir un droit non étatique qui paraît plus à même de résister encore aujourd'hui aux prétentions suprématistes de l'État. Alors que la plupart des rapports canadiens traitant du territoire et du règlement des conflits livrent des données se rapportant principalement aux valeurs, aux principes et aux règles dans les traditions observées, les chercheurs des autres régions ont été à même de documenter le fonctionnement actuel des processus et le travail effectif des acteurs donnant encore aujourd'hui vie au droit en marge de l'État.

Peut-on pour autant reléguer les systèmes juridiques autochtones au Canada, surtout pour ce qui concerne le foncier et le traitement des conflits, au domaine de l'ethnohistoire et tenir pour chimérique toute prétention à les inscrire aujourd'hui ou demain dans le droit vivant des communautés? Ce serait faire intempestivement l'impasse sur le fait que, comme l'observe François Ost, «la force d'un dispositif normatif est concentrée dans son noyau culturel, plus que dans ses manifestations extérieures – pour le droit, ses principes fondamentaux, sa grammaire de base, plus que dans le nombre et l'impérativité de ses règles»⁴⁹. Cet auteur invite fort opportunément à la circonspection ceux qui sont tentés par les scénarios de fin ou d'hégémonie des mondes juridiques :

Tout diagnostic de crise, de déclin, de disparition ou, au contraire, de montée en puissance ou de dominance de tel ou tel dispositif au sein de la culture globale, qui n'atteindrait pas ce noyau culturel central, définissable par sa grammaire et repérable à son style, se condamne à des approximations ou des contre-vérités⁵⁰.

49. François Ost, «De l'internormativité à la concurrence des normativités: quels sont le rôle et la place du droit?» (2018) 59:1 C. de D. 7 à la p. 21.

50. *Ibid.*

Cette précaution ne fait pas pour autant disparaître le problème de l'actualisation des droits autochtones et de la relation qu'il convient d'établir de nos jours entre ces droits et l'ordre juridique officiel. Ces questions sont étudiées dans les phases subséquentes de nos travaux.

BIBLIOGRAPHIE

- Éthier, Benoit. *Orowewin notcimik itatcihowin, ontologie politique et contemporanéité des responsabilités et des droits territoriaux chez les Atikamekw Nehirowisinok (Haute-Mauricie, Québec) dans le contexte des négociations territoriales globales*, Thèse de doctorat, Université Laval, 2017..
- Grammond, Sébastien et Christiane Guay. « Comprendre la normativité innue en matière d' « adoption » et de garde coutumière » (2016) 61 :4 RD McGill 887.
- Inksetter, Leila. *Initiatives et adaptations algonquines au XIX^e siècle*, Québec, Septentrion, Québec, 2017. Lacasse, Jean-Paul. *Les Innus et le territoire, Innu Tipenitamun*, Québec, Septentrion, 2004.
- Le Roy, Étienne. « Pourquoi en Afrique « le droit » refuse-t-il toujours le pluralisme que le communautarisme induit ? » (2016) 40 :2 *Anthropologies et sociétés* 25.
- Ost, François. « De l'internormativité à la concurrence des normativités : quels sont le rôle et la place du droit ? » (2018) 59 :1 *C. de D.* 7.

Rapports d'intégration cités

PREMIERS RAPPORTS

Jennifer Corrin. *Resolution of customary disputes in Solomon Islands*, First Integration Report : How does legal pluralism manifest itself?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1877>>.

Fatimata Diallo et Chuma Himonga. *Dissolution of customary marriage in the South African legal pluralism context*, First Integration Report : How does legal pluralism manifest itself?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1912>>.

Fatimata Diallo et Chuma Himonga. *Formation and patterns of customary marriage in Zambia: a socio-legal study*, First Integration Report : How does legal pluralism manifest itself?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1917>>.

François Féral et Anne-Lise Madinier. *Étude anthropologique des mariages à Yaté*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique ?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1894>>.

Christiane Guay, Sébastien Grammond et Kheira Belhadj-Ziane. *Les pratiques d'adoption coutumière chez les autochtones: la perspective des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1866>>.

Léa Havard, Mohamed Omar Youssouf Ali, Clément Cadinot et Grégori Puydebois. *Les Bashigantaha au Burundi*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1964>>.

Sergiu Mișcoiu, Laura Herta, Codrin Taut, Ioana Cristina Rus, Alexandra Sandru, Alexandra Sabou et Claudiu Bolcu. *La justice coutumière des Roms en Roumanie*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1845>>.

- Val Napoleon, Hadley Friedland, Hannah Askew et Elizabeth Zarpa. *Coast Salish Laws Governing Administration of Justice (Civil Procedure)*, First Integration Report : How does legal pluralism manifest itself?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1936>>.
- Val Napoleon, Hadley Friedland et Renée McBeth. *Secwepmec Laws Governing Land and Resources*, First Integration Report : How does legal pluralism manifest itself?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1939>>.
- Val Napoleon, Hadley Friedland, Renée McBeth et Lindsay Borrows. *Cree Laws Regarding Children*, First Integration Report : How does legal pluralism manifest itself?, 2015, document inédit.
- Pierrot Ross-Tremblay, Geneviève Motard et Sylvie Vincent. *Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives du droit innu et du droit étatique québécois*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2895>>.
- Seynabou Samb, Djibril Ouedraogo et Sylvia Soro. *Le pluralisme juridique en matière foncière en Afrique de l'Ouest : le cas de la côte d'Ivoire*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=1934>>.
- Marie-Eve Sylvestre, Mylène Jaccoud, Anne Fournier, Isabelle Picard, Geneviève Beausoleil-Allard et Christian Cocoo. *Renforcer la gouvernance atikamekw : vers un modèle atikamekw de prise en charge des conflits et problèmes liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse*, Rapport d'intégration 1 : Comment se manifeste le pluralisme juridique?, 2015, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2899>>.

DEUXIÈMES RAPPORTS

- Chuma Himonga et Fatimata Diallo. *Dissolution of customary marriage in the South African legal pluralism context*, Second Integration Report : What are the interactions between Indigenous and State legal systems and how are such interactions managed?, 2016, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2925>>.
- Chuma Himonga et Fatimata Diallo. *Formation and patterns of customary marriage in Zambia : a socio-legal study*, Second Integration Report : What are the interactions between Indigenous and State legal systems and how are such interactions managed?, 2016, en ligne : <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2926>>.

- Raphaël Mapou. *Le consentement coutumier et la crise de l'individu dans la société kanak*, Rapport d'intégration 2: Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone?, 2016, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2924>>.
- Val Napoleon, Jessica Asch, Georgia Lloyd-White et Grace Novak. *Secwépmc Laws Governing Land and Resources*, Second Integration Report: What are the interactions between Indigenous and State legal systems and how are such interactions managed?, 2016, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2927>>.
- Grégori Puydebois, Clément Cadinot et Léa Havard. *Les Bashingantaha au Burundi*, Rapport d'intégration 2: Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone?, 2016, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2898>>.
- Pierrot Ross-Tremblay, Geneviève Motard et Nawel Hamadi. *De l'invalidation à l'affirmation: manifestations et interactions entre les ordres juridiques étatiques et innu*, Rapport d'intégration 2: Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone?, 2016, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2928>>.
- Sylvia Soro, Daniel Lopes et Seynabou Samb. *Le pluralisme juridique en matière foncière en Afrique de l'Ouest: le cas de la Côte d'Ivoire*, Rapport d'intégration 2: Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone?, 2016, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2929>>.
- Marie-Eve Sylvestre, Mylène Jaccoud, Anne Fournier, Isabelle Picard, Marie-Andrée Denis-Boileau, Marie-Claude Leduc et Christian Cocoo. *Renforcer la gouvernance atikamekw: vers un modèle atikamekw de prise en charge des conflits et problèmes liés à la violence conjugale et à la protection de la jeunesse*, Rapport d'intégration 2: Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone?, 2016, en ligne: <<http://www.legitimus.ca/blog?id=2897>>.

Cet ouvrage collectif sur les systèmes juridiques autochtones et coutumiers est publié au moment où la connaissance de ces systèmes, restés jusqu'à aujourd'hui largement invisibles aux yeux de la majorité, est plus que jamais nécessaire à ceux qui réfléchissent aux voies d'une nouvelle relation entre autochtones et non-autochtones, qu'ils soient juristes, décideurs ou universitaires. La reconnaissance des traditions juridiques autochtones est en effet devenue un thème central dans la quête d'une « réconciliation ». Les auteurs analysent des données recueillies par des équipes impliquant le plus souvent des collaborateurs ou des partenaires autochtones. Ils expliquent et comparent les aspects fondamentaux de plusieurs ordres juridiques autochtones et coutumiers afin d'éclairer leur spécificité, mais aussi leur degré d'ouverture au dialogue avec les cultures juridiques occidentales. En plus de mieux faire comprendre les modes de production du droit chez les peuples autochtones, cette publication permet au lecteur de découvrir comment ces peuples abordent le droit de la famille, le règlement des conflits et le rapport au territoire.

GHISLAIN OTIS est membre du Barreau du Québec et détient un Ph.D. de l'Université de Cambridge. Professeur à la section de droit civil de l'Université d'Ottawa, il est titulaire de la *Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones* (niveau 1). Le professeur Otis est aussi membre de l'Académie des sciences sociales de la Société royale du Canada. Il dirige un grand partenariat international de recherche sur la gestion du pluralisme juridique en contexte autochtone (voir www.legitimus.ca).

Aussi en version numérique

