

Le Droit, l'exclusion et les Autochtones

Mylène Jaccoud

École de criminologie
Université de Montréal

Résumé — *L'exclusion sociale des autochtones est définie comme une condition de non-citoyenneté qui résulte d'une rupture entre un peuple et son «historicité.» Ce processus de rupture implique que certains individus et certains groupes ont perdu l'accès à des droits sociaux, civils et politiques. Historiquement, la marginalisation des autochtones s'inscrit dans le cursus d'une incorporation à l'État-nation qui s'est traduite par une politique de réduction et de ségrégation internes ayant contribué à l'appropriation des terres auxquelles les autochtones étaient liés matériellement et symboliquement. Cet article tente de comprendre le rôle joué par le droit dans ce processus de rupture, en examinant plus particulièrement les effets de la Loi sur les Indiens. L'auteure conçoit que l'imposition du droit aux premières nations, consécutive à leur incorporation à l'État-nation, a été producteur d'exclusions en amorçant puis en renforçant des ruptures matérielles et identitaires. En guise de conclusion, l'auteure propose six principes théoriques permettant d'analyser la complexité des rapports entre le droit et l'exclusion.*

Abstract — *The social exclusion of aboriginals is defined as a condition of non-citizenship that results from a rupture between a Nation and its "history". This break-up process implies that certain individuals and groups have lost access to social, civil and political rights. Historically, the marginalization of aboriginals registered in the cursus of the incorporation to the Nation-State that was translated by an internal policy of reduction and segregation that contributed to the appropriation of lands that were materially and symbolically linked to them. This article intends to understand the role played by law, in such a rupture process, by examining more specifically the effects of the Indians Act. The author conceives that the imposition of law to the First Nations, has been the producer of exclusions by starting and then reinforcing the material and identity break-ups. In conclusion, the author proposes six theoretical principles permitting analysis of the complexity of relations between law and exclusion.*

Introduction

La complexité des rapports entre le droit et l'exclusion sociale est abordée en prenant le cas type des autochtones au Québec et au Canada. La première section de cet article est consacrée à un débroussaillage de la problématique théorique de l'exclusion sociale. Après avoir rapidement situé les autochtones dans le cadre de cette problématique, nous explorons les rapports qu'entretient le droit avec les processus d'exclusion sociale dans le cadre des relations entre les premières nations et l'État.

Exclusion sociale et citoyenneté

Depuis une dizaine d'année, et de façon plus marquée depuis la fin des années 1980, les préoccupations pour les phénomènes d'exclusion sociale sont croissantes en Europe et en Amérique du Nord. Ces préoccupations découlent de profondes transformations dans les structures politiques, sociales et économiques de ce que Castel¹ nomme la "civilisation du travail". Quelle que soit la source de ces transformations (mondialisation des marchés et des échanges, mobilité des capitaux, crise de l'État-providence, innovations technologiques, changements démographiques, bouleversements des structures de l'organisation du travail, de la famille, de l'éducation), on constate que les rapports sociaux dans les sociétés postindustrielles se sont fragilisés en raison d'une intensification des inégalités sociales et d'une massification de la pauvreté. Dans ce contexte, l'exclusion sociale est devenue une "cible", un enjeu et un défi politique et sociologique incontournable.

La thématique de l'exclusion sociale a surtout été abordée par la sociologie française au début des années 1970. Dans un contexte de développement économique, elle désignait la frange des individus qui ne bénéficiaient pas de la croissance économique et du progrès. À cette époque, la notion d'exclusion (on parlait davantage d'exclus que d'exclusion) s'apparentait à une condition de non-intégration sociale². Depuis une décennie, dans un contexte où le travail est devenu la norme d'intégration par excellence, la notion d'exclusion est appliquée aux situations dans lesquelles les groupes sociaux ne sont pas ou ne sont plus insérés dans le monde du travail. Même si la dimension économique domine l'analyse des processus d'exclusion, d'autres dimensions peuvent s'y greffer.

1. Robert Castel, *Les Métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard, 1995 [ci-après *Métamorphoses*].
2. Robert Castel, «Les Pièges de l'exclusion» (1995) 34 *Lien social et politiques* 13; Jean-Noël Chopart, «Évolution des travaux et des problématiques concernant la pauvreté et l'exclusion en France» (1995) 34 *Lien social et politiques* 157; Madeleine Gauthier, «L'exclusion, une notion récurrente au Québec mais peu utilisée ailleurs en Amérique du Nord», (1995) 34 *Lien social et politiques* 151.

Gaujelas et Taboada Léonetti³ proposent un modèle basé sur trois types de facteurs : économiques, sociaux et symboliques. Le pôle économique implique principalement les situations de précarité de l'emploi et de chômage. Le pôle social réfère aux possibles ruptures, aux dislocations des relations sociales et à la désintégration du tissu relationnel, c'est-à-dire des liens sociaux et des réseaux de proximité. Enfin, le pôle symbolique comprend le système de normes et de représentations collectives à partir desquelles les identités individuelles et collectives sont forgées. L'exclusion symbolique renvoie par conséquent à la perte d'estime de soi, à la perte d'identité et au sentiment de dévalorisation vécu par un individu dont l'utilité sociale est remise en question. Gaujelac et Taboada Léonetti ajoutent que l'exclusion et l'intégration sont deux pôles opposés mais inséparables d'un même espace dimensionnel. La compréhension de l'un dépend inéluctablement de la compréhension de l'autre.

Malgré ces tentatives de modélisation, les sociologues ont amorcé une critique serrée d'une notion décrite comme étant éclatée et saturée de sens⁴. En effet, la notion d'exclusion s'applique à une multiplicité de situations sociales et de groupes sociaux. Aussi, on la retrouve associée aux conditions de la délinquance, à celles de la maladie mentale, du chômage, de la pauvreté, des toxicomanies, de la vieillesse, du décrochage scolaire, de l'itinérance, de l'immigration, de l'ethnicité, pour ne citer que celles-ci. Castel⁵ estime d'ailleurs que l'hétérogénéité de ses usages atténue sa pertinence analytique et conceptuelle.

En dépit de ces critiques, et en l'absence d'une définition précise et rigoureuse, nous retiendrons que l'exclusion est un processus dynamique et non statique qui implique une *mise à distance* dont le mouvement suggère une *rupture* avec un centre ou un espace d'intégration vers une ou des périphéries⁶. Elle est le produit de pratiques de domination, au sens défini par Weber, et c'est ce qui permet de la dissocier des formes de différenciations sociales inhérentes à toute formation sociale. Dès lors, la dynamique de rupture est un repère théorique insuffisant si l'on n'intègre pas une perspective de pouvoir et de domination dans l'analyse du processus d'exclusion.

-
3. Vincent de Gaujelac et I. Taboada Leonetti, *La Lutte des places*, Paris, Épi, 1994.
 4. Martine Xiberras, *Les Théories de l'exclusion : Pour une construction de l'imaginaire de la déviance*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1993; Gaujelac et Taboada Leonetti, *ibid.*; Shirley Roy, «L'itinérance : forme exemplaire d'exclusion sociale?» (1995) 34 *Lien social et politiques* 73.
 5. Castel, *supra* note 2.
 6. Robert Castel, «La Dynamique des processus de marginalisation : De la vulnérabilité à la désaffiliation» (1994) 22 *Cahiers de recherche sociologique* 11; Gaujelac et Taboada Léonetti, *supra* note 3; Danielle Laberge et Shirley Roy, «Présentation. Marginalité et exclusion sociales : Des lieux et des formes» *Cahiers de recherche sociologique*, (1994) 22 5.

Le terme d'exclusion a moins investi le champ de la sociologie anglo-saxonne. Aux États-Unis, l'exclusion s'insinue implicitement sous les expressions de «social isolation», de «social deprivation», d'«underclass» ou encore d'«inner cities»⁷. La thématique de l'exclusion tend davantage ici à rendre compte de processus et de conditions de marginalisation, de pauvreté extrême et persistante ou encore de «ghettoisation» des espaces urbains.

En Angleterre, c'est sous le terme de citoyenneté que s'est construite l'analyse des rapports sociaux s'apparentant à la thématique de l'exclusion sociale telle que «conceptualisée» en France. La notion de citoyenneté est directement issue de la nation moderne dont le principe repose sur la participation de tous les gouvernés à l'État⁸. La théorie de la citoyenneté a été élaborée vers la fin des années 1940 par le sociologue britannique T. H. Marshall⁹. Selon Marshall, le concept de citoyenneté moderne recouvre trois éléments : civil, politique et social. L'élément civil est rattaché à la règle de droit et implique les libertés individuelles (liberté d'opinion, de religion ...). L'élément politique réfère aux droits de participer à l'exercice du pouvoir (droit de vote, droit d'être élu). L'élément social implique le droit de partager l'héritage social et de vivre en fonction des standards de vie qui prévalent dans la société¹⁰. La théorie de la citoyenneté est intéressante, car elle permet d'identifier des zones d'exclusion qui nous incitent à sortir du cadre strict des rapports de l'individu avec le salariat ou avec les conditions économiques (pauvreté) en identifiant au moins trois espaces possibles d'exclusion ou de non-citoyenneté : civil, politique et social. De telle sorte que l'exclusion sociale ne signifie pas uniquement que des individus ont des revenus insuffisants et qu'ils sont économiquement marginalisés; elle implique que des individus et des groupes ne participent pas entièrement à la communauté et aux institutions de la société puisqu'ils n'ont pas d'accès ou n'ont qu'un accès restreint aux biens sociaux tels que l'éducation, le logement, la santé, l'emploi, la justice. La théorie de la citoyenneté a l'avantage de mettre l'accent sur les rapports complexes et paradoxaux qui s'établissent entre la citoyenneté juridique et la citoyenneté sociologique. Des individus et des groupes peuvent être des citoyens sur le plan juridique mais ne pas l'être sur le plan social et sur le plan politique, ce qui est le cas des minorités telles que les femmes ou les groupes racialisés. Il existe ainsi des degrés divers de citoyenneté. Cette stratification de la citoyenneté met à jour la diversité des pratiques de discrimination sociale et institutionnelle que la

7. Gauthier, *supra* note 2.

8. Dominique Schnapper, *La communauté des citoyens : Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994.

9. Thomas Marshall, *Citizenship and Social Class and Other Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950.

10. Maurice Roche, *Rethinking Citizenship. Welfare, Ideology and Change in Modern Society*, Cambridge, Polity, 1992.

citoyenneté juridique peut masquer¹¹. Un autre intérêt de la théorie de la citoyenneté est qu'elle incite nécessairement à dépasser la stigmatisation des exclus pour attirer l'attention sur le rôle de l'État dans la rupture de son contrat social originel avec le citoyen qui voit ses droits bafoués et annihilés. Elle implique la mise en place d'une politique d'égalité des droits sociaux dont l'objectif est d'assurer une redistribution du pouvoir et une cohésion sociale tout en condamnant la discrimination systémique qui est en contradiction avec le principe d'un État démocratique censé répondre aux besoins de tous les citoyens¹².

Un survol des principaux travaux portant sur les phénomènes d'exclusion sociale en Europe et en Amérique du Nord nous amène à constater que la notion d'exclusion a connu des changements de sens, qu'elle est inégalement intégrée aux concepts de la sociologie des sociétés occidentales et qu'elle fait l'objet depuis plusieurs années d'une remise en question importante. Pour les fins de notre discussion sur les rapports entre l'exclusion sociale, les autochtones et le droit, je retiendrai que le phénomène de l'exclusion sociale désigne une situation par laquelle un groupe ou des individus sont mis à l'écart ou sont en rupture par rapport à des droits sociaux, civils et politiques, ce qui leur confère un statut de non-citoyenneté. Le statut de non-citoyen est le produit d'un rapport de pouvoir entre les groupes sociaux et l'État.

L'exclusion sociale et les autochtones¹³

L'exclusion sociale est une condition de non-citoyenneté qui résulte d'un rapport de pouvoir que connaissent des individus et des groupes qui n'ont pas ou n'ont plus accès à des droits sociaux, civils et politiques. Les autochtones sont-ils, à cet égard, des non-citoyens? La question est complexe compte tenu du statut particulier des premières nations au sein de l'État et compte tenu de leurs revendications en matière d'autonomie gouvernementale. Car si le statut de non-citoyenneté est défini à partir du constat que certains groupes sociaux ont un accès limité aux droits sociaux, politiques et civils garantis par l'État-nation ou en sont exclus, comment alors concevoir le statut des autochtones qui revendiquent le droit à une forme ou à un degré de sécession? En d'autres

-
11. Christopher McAll, «Les Murs de la cité : Territoires d'exclusion et espaces de citoyenneté», (1995) 34 *Lien social et Politiques* 81.
 12. Arnon Bar-On, «Citizenship, Social Rights, and the Ethnic State : The Case of Structural Discrimination against Arab Children in Israel» (1994) 23 *Journal of Social Policy* 1.
 13. Pour une analyse du rapport entre l'exclusion sociale et les autochtones, voir Mylène Jaccoud, «La problématique de l'exclusion sociale et les Autochtones» (1995) 34 *Lien social et Politiques* 93 [ci-après *La Problématique*].

termes, les autochtones ne réclament-ils pas justement leur droit à la non-citoyenneté?

J'ai déjà indiqué que l'analyse de la situation des autochtones par rapport à la problématique de l'exclusion sociale permet de retracer un mécanisme non seulement inverse mais encore dialectique¹⁴. Car la marginalisation des autochtones ne procède pas d'une mise à l'écart par rapport à un centre, mais au contraire d'une incorporation à l'Etat-nation. Cette incorporation résulte d'une politique de réduction et de ségrégation internes qui a rendu possible l'appropriation des terres auxquelles les autochtones étaient liés matériellement et symboliquement. L'exclusion des peuples autochtones n'implique donc pas la rupture d'un lien à un centre, mais plutôt celle d'un lien à l'historicité et aux processus de production et de reproduction sociale de la société autochtone. À la différence des groupes minoritaires (immigrants), les autochtones n'ont pas été intégrés et exploités comme force de travail dans le système capitaliste. Il s'agit principalement d'une intégration qui s'est traduite par une réduction spatiale dont les conséquences et les enjeux ont été l'accès limité aux ressources du territoire, voire la rupture avec celles-ci. La marginalité des autochtones est produite historiquement dans un contexte de domination et de colonisation et se traduit par un standard de vie nettement au-dessous de la moyenne nationale en termes de revenus, de santé psychosociale, de sécurité, d'éducation et ce, tant dans les réserves que dans les centres urbains¹⁵.

-
14. Mylène Jaccoud, «Processus pénal et identitaire : Le cas des Inuit au Nouveau-Québec» (1992) 24:2 *Sociologie et sociétés* 25 [ci-après *Processus pénal*; Jaccoud, *La problématique*, *ibid.*]
 15. En 1991, le taux de chômage chez les autochtones atteignait 25% contre 10% dans la population en général. Dans les réserves, ce taux peut atteindre 90%. Le revenu moyen demeure inférieur. Les conditions de santé et de logement restent précaires. L'espérance de vie des autochtones est encore largement inférieure à celle des allochtones. Les taux de mortalité infantile demeurent deux fois plus élevés. Les logements sont surpeuplés. Le taux de suicide est trois fois plus élevé chez les autochtones. Les taux de mort violente, de victimisation, de criminalisation et d'incarcération sont proportionnellement plus élevés chez les autochtones que chez les allochtones. Voir R. A. Silverman et M. O. Nielsen, *Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Justice*, Toronto, Butterworth, 1992. Statistique Canada, *Langues, traditions, santé, habitudes de vie et préoccupations sociales*, cat. 89-533, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1993; Statistique Canada, *Scolarité, travail et activités connexes, revenu, dépenses et mobilité*, cat. 89-534, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1993; Statistique Canada, *Incapacité et logement*, cat. 89-535, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1993.

Le droit étatique et la non-citoyenneté des autochtones

La non-citoyenneté des autochtones résulte d'une rupture avec leur historicité. Cette rupture a inévitablement débouché sur l'aliénation des premières nations qui ont perdu le libre accès aux ressources de leur territoire. Dans ce sens, sans reprendre les distinctions de Marshall qui s'appliquent davantage à la nation moderne, dont les structures sociales et politiques sont divisées, on peut constater que les autochtones ont été exclus des droits collectifs au cours du processus de colonisation, droits que généraient leur propre organisation sociale et qui leur garantissaient l'autonomie et le pouvoir de se reproduire socialement. Comment faut-il envisager la place et le rôle du droit étatique dans cette mise à l'écart et cette rupture. Existe-t-il un rapport entre le droit et l'exclusion? Quelle est l'essence de ce rapport?

Le Canada en tant que nation ne résulte ni de la volonté d'un peuple de fonder une communauté politique ni d'un consensus. L'État-nation s'est forgé historiquement dans la force et la contrainte. La nation repose sur des fondements conflictuels qui procèdent d'un double mouvement : un mouvement de rupture avec la terre d'origine des colonisateurs et un mouvement de conquête des terres occupées par les autochtones¹⁶. La conquête consiste en—ou a pour effet de provoquer—une rupture entre le peuple conquis et son historicité (notre définition de l'exclusion). Le lien le plus évident entre le droit et ce processus de rupture est sans aucun doute le rôle joué par le droit étatique dans le processus de conquête par le biais des traités. Certains travaux dans le secteur de l'anthropologie juridique montrent d'ailleurs l'importance du droit dans la concrétisation de l'appropriation territoriale inhérente à tout projet de colonisation¹⁷. Car l'appareil juridique permet à la fois de concrétiser l'appropriation territoriale nécessaire à la colonie, de la rendre légitime et surtout de la perpétuer. Il concourt au projet de centralisation politique intrinsèque au projet de construction nationale en promulguant et en imposant un droit unique, qui émane d'un appareil politique centralisé et qui vise à réduire les pluralismes normatifs (juridiques) et identitaires. Rouland¹⁸ rappelle du reste que le mythe

-
16. En Amérique, l'identité nationale s'est présentée aux fondateurs de la colonie comme le problème central. La construction de la nation a été rendue possible en rompant avec l'Europe et en colonisant des terres "sauvages". Ce problème sera résolu par la contrainte institutionnelle et idéologique. Voir Elise Marienstras, *Les Mythes fondateurs de la nation américaine*, Paris, Maspero, 1976.
 17. Peter Fitzpatrick, «Law, Plurality and Underdevelopment» dans D. Sugarman, dir., *Legality, Ideology and the State*, London, Academic, 1983, 159; Peter Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law*, London, Routledge, 1992; Mark Kennedy, «Law and Capitalist Development : The Colonization of Sub-Saharan Africa» dans T. C. Caputo *et al.*, dir., *Law and Society : A Critical Perspective*, Toronto, Harcourt Bruce Jovanovich, 1989, 30.

de l'unité du droit s'est réalisé dans les sociétés les plus divisées en raison de la nécessité pour l'État de nier les divisions qui font obstacle à son pouvoir. En fait, le concept de légalité confère au droit un statut se voulant l'expression de l'unité dans la nation¹⁹.

Au Canada, le gouvernement va utiliser la politique des traités pour concrétiser et légitimer son droit de conquête²⁰. Ces traités, rappelons-le, découlent directement de l'obligation édictée dans la Proclamation Royale de 1763 d'obtenir l'accord des peuples autochtones pour tout projet de colonisation des terres. Jusqu'en 1850, la cession des terres est compensée par le versement de biens ou d'argent. En 1850, la signature des traités Robinson-Supérieur et Robinson-Huron (les premiers à porter le nom de traité) marque le début d'une nouvelle modalité d'expansion territoriale pour la couronne puisque ces ententes prévoient, pour la première fois et ce de manière explicite, l'attribution d'une superficie de terres réservées proportionnelle au poids démographique de la bande. De 1871 à 1929, la signature de 11 traités (traités numérotés) a permis à la couronne de s'approprier un vaste territoire qui correspond aux Prairies, à une partie de l'Ontario et à une partie des Territoires du-Nord-Ouest²¹. Bien que les autochtones conservent des droits de chasse et de pêche sur le territoire couvert par le traité, la signature des traités consacre indéniablement une réduction de la superficie et une limite à l'accès des autochtones à leurs territoires qui, avant ces ententes, n'étaient ni juridiquement ni politiquement délimités. Le droit joue donc un rôle concret et essentiel dans le processus de rupture. Mais la construction de l'État-nation n'implique pas qu'une rupture concrète avec le sol. La rupture est aussi identitaire²². Et là encore, le droit joue un rôle essentiel dans cette fracture. Car si le droit a servi d'instrument politique pour construire et garantir la souveraineté, il est actif dans la définition et donc la réduction de l'autochtonie (l'inuicité et l'indianité). D'ailleurs, la mise en réserves des

-
18. Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.
 19. C. Sumner, *Reading Ideologies: An Investigation into the Marxist Theory of Ideology and Law*, London, Academic Press, 1979.
 20. L'État-nation canadien s'est édifié au cours de trois conquêtes historiques : la conquête de la Nouvelle-France au XVIII^e siècle, celle du Nord-Ouest au XIX^e et celle du Grand-Nord au XX^e siècle. Voir Jean Morisset, «Miroir indogène, reflet eugène : Essai sur l'américanité et la fabrication de l'identité canadienne» (1980) 9:4 *Recherches amérindiennes au Québec* 285.
 21. Voir Sébastien Grammond, *Les Traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville, Yvon Blais, 1995.
 22. De toute manière, l'appropriation territoriale implique nécessairement une rupture identitaire puisque les autochtones, traditionnellement, établissent un lien symbolique avec la Terre-mère.

autochtones, c'est-à-dire la création de "territoires réservés"²³, représentait dans l'esprit du colonisateur une étape pour préparer les autochtones à devenir des citoyens de la nation. L'acte législatif qui a institué ces frontières intérieures est l'*Acte des Sauvages* de 1876, administrée par le ministère des Affaires indiennes et du Nord-Canada²⁴.

L'*Acte des Sauvages* institue une double rupture identitaire : horizontale et verticale. La rupture horizontale est celle qui résulte du pouvoir que s'est octroyé l'État de définir les critères d'appartenance à l'indianité. En édictant ces critères, l'État a atomisé les autochtones en les catégorisant. La mise en forme juridique de l'identité figure pour la première fois dans l'*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada* de 1850²⁵, repris en termes simplifiés dans l'*Acte des Sauvages* de 1876, l'ancêtre de la *Loi sur les Indiens* (toujours en vigueur actuellement). Ainsi, l'Indien est défini comme étant 1) tout individu de sexe masculin et de sang sauvage, réputé appartenir à une bande particulière, 2) tout enfant de tel individu et 3) toute femme qui est ou a été légalement mariée à tel individu²⁶. La *Loi sur les Indiens*, dont la dernière refonte date de 1985, a tenté d'éluider toute connotation raciale dans sa définition de l'Indien en se contentant de l'identifier comme toute personne inscrite à titre d'Indien ou qui a droit de l'être en vertu de la loi. Ce sont désormais les conseils de bande qui définissent les «règles d'appartenance à [leurs] effectifs»²⁷). Les Inuit ont été officiellement reconnus, c'est-à-dire, mis sous tutelle fédérale, en 1939. La reconnaissance des Métis est inscrite pour la première fois dans la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁸.

-
23. Jean-Jacques Simard, *La Révolution congelée : Coopération et développement au Nouveau-Québec*, thèse de doctorat en sciences sociales, Université Laval, 1982.
 24. Canada, *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, Statuts du Canada, 39 Victoria, c. 18, 1876.
 25. Il est édicté que l'Indien est : 1. Tous sauvages pur sang, réputés appartenir à la tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressée dans la dite terre, et leurs descendants; 2. Toutes les personnes mariées à des sauvages, et résidant parmi eux, et les descendants des dites personnes; 3. Toutes personnes résidant parmi les sauvages, dont les parents des deux côtés étaient ou sont des sauvages de telle tribu ou peuplade, ou ont droit d'être considérés comme tels; 4. Toutes personnes adoptées dans leur enfance par des sauvages, et résidant dans le village ou sur les terres de telle tribu ou peuplade de sauvages et leur descendants, Canada, *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, Statuts du Canada, c. 42 (13e et 14e Vict.) 1850, cité dans Christian Couvrette, «La Cité ethnique : L'Institutionnalisation de la différence» (1994) 35:3 *Recherches sociographiques* 455 à la p. 459.
 26. *Supra* note 24.
 27. *Loi sur les Indiens*, 1985, L.R.C. art. 10 al. 2, c. I-5 (avec modifications).
 28. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

La rupture identitaire la plus notable est sans aucun doute celle imposée aux femmes amérindiennes par les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui, jusqu'à leur abrogation en 1985 par l'adoption du *Projet de loi C-31*²⁹, prévoyait qu'une Indienne épousant un non-Indien, perdait son statut et ses droits sur la réserve. En effet, une Indienne qui épousait un non-Indien devait, dans les 30 jours suivant son mariage, rendre ou céder toutes ses possessions sur la réserve et abandonner tout droit à un héritage de parent indien (par contre, un Indien épousant une non-Indienne ne perdait pas son statut, transmettant même son statut à son épouse). Elle devait également signer une renonciation à toutes les rentes ou annuités qui auraient pu lui être versées dans le futur. L'adoption du *Projet de Loi C-31* n'a pas éliminé pour autant la discrimination envers les femmes puisque plusieurs conseils de bande, composés presque exclusivement d'hommes, se sont opposés à son application en revendiquant leur droit et leur pouvoir de définir l'indianité et en invoquant les limites territoriales de la réserve dans leur capacité d'absorber de nouveaux résidents. Certaines Amérindiennes ont dû faire appel à la Commission canadienne des droits de la personne pour obliger les Conseils de bande à appliquer le *Projet de loi C-31*³⁰.

La rupture identitaire verticale est celle qui résulte de l'incorporation des autochtones à l'État-nation. La promulgation de la *Loi sur les Indiens* et l'établissement de territoires réservés contribuent à la production d'une double citoyenneté : canadienne et indienne. Cette citoyenneté hybride n'est toutefois pas entière. La *Loi sur les Indiens* établit une rupture et une distinction entre l'Amérindien et le citoyen majoritaire canadien, faisant du premier un citoyen de seconde zone puisqu'il ne bénéficie pas des mêmes droits que le second³¹. Pas complètement canadien, l'Indien n'est plus totalement et, surtout, plus librement Indien. Il est d'ailleurs intéressant de noter que cette loi servira de modèle pour l'établissement du régime de l'apartheid en Afrique du Sud.

Mais la fracture provoquée par la *Loi sur les Indiens* n'est pas qu'identitaire. Elle est politique et économique. En dépit des modifications qui visaient à épurer les articles discriminatoires, la *Loi sur les Indiens* consacre la tutelle du gouvernement sur les Indiens inscrits. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord-Canada dispose encore de pouvoirs importants. Les réserves sont détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit des bandes (art. 18). En dépit de cet article, certaines formes de propriété sont possibles, mais il faut l'approbation du ministre pour qu'un Indien puisse légalement être en possession d'une terre dans

29. *Loi modifiant la Loi sur les Indiens* L.R.C. 1985, (1^e supp.) c. 32.

30. Au Québec, sur 11 300 hommes, femmes et enfants qui ont pu recouvrer leur statut d'Indiens, 829 ont été admis dans les réserves. Voir Jocelyne Richer, «Le Réveil des femmes autochtones» (1993) 14:5 *La Gazette des femmes* 13.

31. Sur le plan des droits politiques notamment, les autochtones n'ont obtenu le droit de vote qu'en 1960 au Canada et qu'en 1969 au Québec. Sur le plan des droits sociaux, nous avons déjà évoqué les disparités socioéconomiques énormes qui existent entre le citoyen majoritaire et le citoyen autochtone. Voir *supra* note 15.

une réserve (art. 20). La compétence sur les questions testamentaires est attribuée exclusivement au ministre (art. 42). Dans le cadre du système des conseils de bande, le pouvoir de décision appartient principalement au ministre. Les conseils de bande ont peu d'autonomie en matière financière. Toutes les décisions concernant l'affectation des fonds de la bande sont prises par le ministre avec l'assentiment du conseil de bande. L'administration et l'exploitation des ressources relèvent surtout du ministre³².

Comme on le constate, le droit constitue un outil d'intégration et d'assimilation dans le processus de formation identitaire en absorbant les autochtones au sein de la nation. Par le biais de son appareil juridique et des agents chargés de son application, l'État détient le pouvoir de produire et de garantir la légitimité et la légalité et, de ce fait, devient lui-même conditionné par la légitimité qu'il institutionnalise, entre autres, sous forme de règles et de normes juridiques. L'inclusion est garantie par un principe fondamental du droit des sociétés occidentales : le principe d'égalité qui traduit bien un rapport d'assujettissement à l'État. Être égal devant la loi, c'est être sujet de droit et donc sujet de l'État. La nationalité est d'ailleurs, en partie, un lien juridique entre l'individu et l'État³³. Dans ce sens, l'application égalitaire du droit étatique, "vendu" ou "perçu" comme un principe démocratique et d'égalité des peuples, a constitué un moyen pour l'État de s'approprier les ressources territoriales d'une part, et de construire et d'établir sa souveraineté et son identité nationale d'autre part. Car l'imposition univoque du droit étatique implique que les identités originales qui s'expriment, entre autres, dans le champ des valeurs sociojuridiques sont gommées, notamment par la neutralisation, voire la criminalisation, des pratiques coutumières des groupes situés en marge des frontières nationales, ayant pour effet ou pour enjeu de créer et de renforcer une identité légale nationale. Dans ce sens, l'imposition du droit étatique a pour effet et pour enjeu la réduction des pluralismes et elle peut être conçue comme un processus de "nationalisation", c'est-à-dire d'attribution d'une identité ou d'une citoyenneté juridique et civile. Les agents du système pénal ont d'ailleurs mis beaucoup d'énergie à éduquer et à sévir pour neutraliser et criminaliser les pratiques coutumières en matière de résolution de conflits au fil de leur contact avec les communautés autochtones. Cette neutralisation est essentielle à la promotion et au maintien de la souveraineté étatique dans la mesure où le degré de souveraineté d'une nation est souvent évalué à partir de sa capacité de produire et d'appliquer des normes juridiques³⁴. À l'instar de McAll³⁵, on peut affirmer que les autochtones ont une citoyenneté juridique mais non

32. Élane Gardner-O'Toole, *L'Autonomie gouvernementale des autochtones*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1992.

33. Schnapper, *supra* note 8.

34. Mylène Jaccoud, *Justice blanche au Nunavik*, Montréal, Méridien, 1995.

35. McAll, *supra* note 11.

sociologique puisqu'ils ne disposent pas des mêmes standards de vie que les autres citoyens canadiens, comme l'attestent les données sur les conditions de vie dans les réserves et les centres urbains³⁶. Cependant, la citoyenneté juridique des autochtones est complexe; elle illustre la rupture identitaire dont nous faisons mention précédemment. En effet, les autochtones sont juridiquement liés à l'État en tant que citoyens de la nation, mais pour des raisons historiques et politiques, ils sont aussi juridiquement liés à leurs ancêtres comme l'attestent la reconnaissance de leurs droits ancestraux dans les traités et à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En fait, la citoyenneté juridique des autochtones est paradoxale; elle consacre à la fois l'égalité, la différence et l'inégalité des statuts : citoyen canadien, l'autochtone est censé être égal devant la loi; citoyen autochtone, sa différence et sa spécificité sont reconnues dans la *Loi constitutionnelle de 1982*; citoyen indien, il est non-citoyen de l'État puisque celui-ci en est le tuteur légal en vertu des pouvoirs que lui confère la *Loi sur les Indiens*.

L'inclusion politique et identitaire des autochtones à l'État-nation s'est institutionnalisée par la promulgation de droits (lois, traités), mais s'est concrétisée par leur application. Dans ce sens, et si l'on considère le droit comme un ensemble de normes qui permet la réalisation d'un système déterminé de production et d'échanges économiques et sociaux³⁷, la simple application du droit euro-canadien constitue une intervention d'inclusion identitaire. Le paradoxe est que cette entreprise, en produisant l'inclusion, produit du même coup l'exclusion puisqu'il s'agit d'inclure les autochtones à l'État-nation, mais ce travail d'inclusion, qui s'apparente à une volonté de domination (la mise en tutelle), s'accompagne d'un acte d'exclusion (la mise en réserve). Ce paradoxe permet de mettre à jour les multiples espaces dont dispose l'État pour situer les groupes sociaux. L'intégration des autochtones à l'État, c'est l'intégration à une marge. La marginalité représente en ce sens, paradoxalement, une forme d'intégration; autrement dit, les autochtones sont marginalisés par leur intégration à l'État³⁸.

J'ai tenté de démontrer que le droit, imposé aux Premières nations, a été producteur d'exclusion en amorçant puis en renforçant des ruptures matérielles et symboliques. Ces ruptures sont horizontales (atomisation des groupes autochtones, que ce soit entre nations ou entre hommes et femmes) et verticales (différenciation raciste entre l'autochtone et le citoyen de la majorité, appropriation des territoires et des ressources, réduction du pluralisme juridique, politique, économique, etc.).

J'aimerais maintenant insister sur les effets et les enjeux du droit dans son pouvoir de reproduction de l'exclusion sociale et, donc, de renforcement de

36. Voir *supra* note 15

37. Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, François Maspero, 1976.

38. *Processus pénal*, *supra* note 14.

celle-ci par l'application de formes institutionnalisées et légitimées d'exclusion. Le droit étatique, on l'a précisé dans notre développement, est un instrument (efficace) de domination, de légitimation du pouvoir, de reproduction de l'ordre social et économique, d'unification politique, d'appropriation territoriale et de nationalisation.

Les conséquences de l'incorporation des autochtones à la nation sont importantes. Les changements ont été rapides et profonds. Les communautés autochtones ont connu un processus d'effritement de leurs mécanismes internes de régulation sociale. L'organisation et le fonctionnement du pouvoir se sont considérablement transformés par l'imposition d'une structure d'autorité, le conseil de bande, qui a déstabilisé les formes traditionnelles de pouvoir. Les sociétés autochtones sont passées d'une économie de subsistance à un système économique centré sur la concurrence. Elles se sont vu déposséder de leur pouvoir de transmettre leurs traditions, leurs valeurs et leur langue à partir du moment où les enfants ont été placés (souvent de force) dans les pensionnats d'État. Elles ont dû se plier à des mécanismes de contrôle social (système de justice étatique) très éloignés de leurs conceptions et de leurs valeurs. La traite des fourrures a favorisé la sédentarisation des peuples autochtones, modifiant considérablement leur mode de vie. En fait, ces transformations sociales rapides et non entièrement maîtrisées par les autochtones ont provoqué des bouleversements qui se traduisent par des «situations problèmes» en grande partie nouvelles et qui, semble-t-il, prennent de l'ampleur. Mais la dépendance des autochtones vis-à-vis de l'État, qui s'est affirmée au fil des ans, notamment dans le domaine de la justice, favorise et traduit la neutralisation et criminalisation des mécanismes internes de régulation sociale de telle sorte que ces situations problèmes sont aussi associées aux conditions et aux conséquences de la politique de conquête et de tutelle.

En fait, ces confrontations et ces dépossessions résultent d'une perte de contrôle et de pouvoir, c'est-à-dire d'une rupture, comme nous en faisons mention au début de cet article, avec la capacité de la société autochtone de s'autotransformer³⁹. Cette perte de contrôle et de pouvoir est, selon nous, à l'origine de deux mouvements parallèles et contraires au sein des communautés : un mouvement de mobilisation et de revendications pour dénoncer la politique de colonisation et pour réclamer des droits et des compensations, et un mouvement de fissuration interne (suicides, chômage endémique, alcoolisme, violence, abus sexuels et physiques, négligence ...). Il est d'ailleurs regrettable que ce double mouvement soit, la plupart du temps, occulté et que l'équation se réduise à un rapport entre la colonisation et les problèmes sociaux des communautés autochtones. Cet état de fait, en plus de masquer les enjeux de la criminalisation des autochtones, renforce les stéréotypes et les préjugés qui sont,

39. Touraine définit l'historicité par l'action de transformation de la société par elle-même. Voir Alain Touraine, *Sociologie de l'action*, Paris, Seuil, 1965.

on le sait, un terrain fertile à la «surcriminalisation» des minorités «racialisées». La surcriminalisation des autochtones a changé de sens au cours du siècle. Elle a d'abord été de type paternaliste (sous le mode de la prise en charge institutionnelle) tant et aussi longtemps que les autochtones ne représentaient pas une menace pour l'ordre national. L'État s'est ainsi immiscé pour gérer les "dangers pour soi" de l'autochtone : le suicide, la perte d'identité, l'alcool, le crime, ces dangers restant des objets de contrôle en tant que symboles de la désorganisation de la société autochtone. À partir de 1970, et de façon plus importante à partir de 1980, la surcriminalisation des autochtones a justifié une prise en charge de type "contrôle et surveillance", le "danger pour soi" étant devenu, en quelque sorte, un "danger pour autrui". Il ne s'agit plus de la prise en charge de l'autochtone victime d'une nature-culture criminelle ou de l'histoire d'un assujettissement désorganisant; il s'agit désormais d'un contrôle de type "surveillance" et "répression" en vue de neutraliser les dangers potentiels que représente l'autochtone dans ses aspirations autonomistes⁴⁰.

En réalité, ce double mouvement montre l'importance de l'application du droit dans la neutralisation politique des premières nations. Cette neutralisation est parfois directe. C'est le cas de la criminalisation des pratiques de chasse et de pêche, celle des jeux et des loteries ou de la vente de tabac dans les réserves, celle d'actions directes menées contre les initiatives de l'État (par exemple, la protestation contre les vols militaires à basse altitude sur la Basse Côte-Nord ou contre les projets de construction de barrages hydroélectriques). La neutralisation politique est toujours indirecte puisque l'application du droit étatique, comme nous l'avons dit, consacre implicitement la non-reconnaissance de l'autonomie juridique (et donc politique) des premières nations.

Parallèlement à la neutralisation politique directe et indirecte, la surcriminalisation des autochtones résulte du fonctionnement et des pratiques même de l'administration de la justice. La non-citoyenneté des autochtones a eu pour effet d'exclure ces derniers de fonctions administratives dans les institutions de l'État. Cette exclusion n'a fait qu'élargir le fossé de classe et de race entre les justiciers eurocanadiens et les justiciables autochtones. De telle sorte que le recours à des formes légitimes et institutionnelles d'exclusion telle que l'incarcération excessive non seulement résulte de la condition de non-citoyenneté de l'autochtone, mais la renforce et la perpétue. Ainsi, l'incarcération est parfois motivée en lieu et place d'une mesure de probation en l'absence de ressources communautaires dans certaines communautés autochtones. L'application égalitaire du droit est également une source de discrimination quand les justiciers ne tiennent pas compte des disparités socioéconomiques dans l'application des peines. Ajoutons que les préjugés des agents de la société

40. Pour un développement sur la construction sociale de l'autochtone comme objet de peur, voir Mylène Jaccoud, «Autochtones et insécurité: essai d'articulation» (1993) 30/70 *Revue internationale d'action communautaire* 79.

dominante contribuent à la mise à l'écart abusive des autochtones et ce, particulièrement dans les villes. Enfin, la surreprésentation est à la fois le reflet de pratiques de contrôle qui sélectionnent plus aisément les comportements visibles et violents. La visibilité des comportements est aussi problématique dans les villes que dans les réserves. Car dans les espaces urbains, les autochtones tendent à commettre des délits de type *street crime* alors que dans les réserves, la taille des communautés rend tout comportement problématique très visible. Quant à la violence, les données semblent indiquer que celle-ci frappe davantage les autochtones; ils seraient, proportionnellement, davantage soupçonnés— mais aussi davantage victimes—d'homicides que les allochtones⁴¹. En fin de compte, la surcriminalisation des autochtones, dont l'analyse est complexe, témoigne de l'existence de pratiques qui visent à sanctionner et à mettre à l'écart un individu en raison d'un comportement problématique qui résulte lui-même d'une condition d'exclu alors que la survictimisation ne fait que confirmer cette dernière.

Ajoutons que les situations problématiques présentes dans les communautés démontrent, selon les justiciers mais aussi selon certains autochtones, d'une «incapacité collective» à contrôler et à reproduire la société autochtone. Cette représentation, fruit du rapport de domination et de dépendance, vient du même coup renforcer la dépendance à l'égard des appareils de contrôle de l'État (du point de vue autochtone) et rendre légitimes l'intervention et l'ingérence de l'État (du point de vue allochtone) en matière d'application du droit comme forme idéale de gestion des désordres et donc comme forme réelle d'exclusion.

Avant de conclure, j'ajouterais que les rapports entre le droit, l'exclusion et les autochtones se complexifient par le simple fait que la non-citoyenneté des autochtones a eu des effets sur la production juridique : des lois ont été adoptées ou modifiées pour aplanir les disparités et les inégalités engendrées par le droit (cas notamment des modifications apportées à la *Loi sur les Indiens*) et pour tenir compte de la spécificité des premières nations au Canada. Désormais, le droit étatique a reconnu des principes (souvent très généraux et peu définis) de protection et de reconnaissance de la différence des autochtones. La Cour suprême a confirmé l'existence des droits ancestraux en reconnaissant l'existence d'un titre indien⁴². La *Loi constitutionnelle de 1982*, à l'article 35, reconnaît et garantit les droits existants (ancestraux et issus de traités) des peuples autochtones, c'est-à-dire des Indiens, des Inuit et des Métis. En fait, l'article 35 réaffirme et garantit le principe que les premières nations forment des entités constitutionnelles distinctes. En 1989, un jugement de la Cour suprême

41. Carole LaPrairie, *La Surreprésentation des autochtones dans les établissements correctionnels et ses répercussions sur la prévention du crime*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1992.

42. *Calder c. P.G. Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

reconnaissait l'application de la common law aux droits ancestraux⁴³. Ainsi, on se retrouve dans la situation paradoxale où le même gouvernement (l'État) produit des normes juridiques pour contrer les effets néfastes de sa propre production législative. Sans compter que les autochtones recourent aux tribunaux pour faire valoir leurs droits collectifs et individuels, de sorte que l'institution de tutelle fait également office d'institution protectrice et libératrice.

Conclusion

Cette discussion sur les rapports entre le droit et l'exclusion sociale en étudiant le cas des autochtones m'amène à concevoir *six principes* permettant de conceptualiser ces rapports.

Premier principe : Le rapport entre le droit et l'exclusion sociale n'est pas direct. Le droit produit ou, à tout le moins, vise aussi l'inclusion. C'est l'inclusion par le droit qui a pour effet de produire l'exclusion. Cette proposition souligne que les rapports entre le droit et l'exclusion peuvent être dialectiques et qu'il importe tout autant d'établir un rapport entre le droit et l'intégration pour comprendre le phénomène de l'exclusion.

Deuxième principe : l'exclusion sociale est une «mise à distance» ou une rupture qui peut être antérieure à la norme juridique. Le droit ne fait que reproduire des conditions et des rapports sociaux qui précèdent celui-ci. Cependant, cette action de reproduire des rapports sociaux structurellement inégaux amplifie ces disparités en fixant et en renforçant l'exclusion sociale. (Nous avons vu, par exemple, que l'application égalitaire du droit renforçait les inégalités entre les autochtones et les allochtones.)

Troisième principe : l'exclusion sociale est une «mise à distance» ou une rupture qui est produite directement par le droit. Deux situations doivent être distinguées :

1) Le cas où c'est la *norme juridique* qui produit *sui generis* l'exclusion en édictant des principes discriminants (cas de la *Loi sur les Indiens*). Ici, le droit institutionnalise la rupture. Sans même parler du caractère discriminant de certaines normes juridiques, on peut même présumer que la norme juridique est, par essence, exclusive

43. Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993.

dans la mesure où elle établit des frontières et des catégories nécessairement réductrices, c'est-à-dire des perceptions organisées entre Soi et les Autres qui contribuent à la différenciation et, ce faisant, encouragent ou institutionnalisent la discrimination⁴⁴.

2) Le cas où c'est l'*application* de la norme qui produit l'exclusion. L'application de la norme est source d'exclusion dans deux circonstances : a) *par la simple mise en oeuvre des sanctions* (peines privatives de liberté ou peines pécuniaires qui réduisent l'accès aux biens sociaux); b) *par l'application différentielle et discriminante* de la norme (sélection de groupes cibles dans le processus de criminalisation et pratiques policières, judiciaires et correctionnelles discriminatoires). Ainsi, l'application de la norme juridique peut être une source d'exclusion par le biais de la sanction, de la stigmatisation et de la discrimination.

Quatrième principe : L'exclusion sociale est une «mise à distance» ou une rupture qui est renforcée par la *non-application* de la norme juridique. Cette situation se produit dans les cas de non-application de lois et de règlements visant la protection des groupes minoritaires. (Nous avons cité le cas où certains conseils de bande ont refusé d'appliquer le *Projet de loi C-31*, projet de loi qui avait pour objectif de redresser les torts causés aux femmes.)

Cinquième principe : Le principe précédent invite inversement à «déconstruire» les rapports de causalité unilatérale entre le droit et l'exclusion pour concevoir que la non-citoyenneté peut aussi avoir un effet sur le droit, en ce sens qu'elle exerce une pression pour que le droit devienne non pas épuré de normes discriminantes mais un véritable outil de promotion des droits collectifs et individuels servant à lutter contre les formes de discrimination et d'exclusion.

Sixième principe : L'abrogation d'une disposition discriminatoire contenue dans une norme juridique n'annonce pas *ipso facto* la fin d'une pratique d'exclusion. L'empreinte sociale laissée par les effets du droit peut maintenir et perpétuer l'exclusion sociale. Autrement dit, l'extinction d'une non-citoyenneté juridique n'entraîne pas nécessairement celle de la non-citoyenneté sociologique.

Les rapports entre le droit et l'exclusion ou entre le droit et ce que nous avons préféré appeler la citoyenneté sont complexes. Cette complexité tient autant du caractère du droit, de son statut, de son rôle, de ses effets et de ses

44. Martha Minow, *Making All the Difference*, Ithaca, Cornell University Press, 1990.

liens avec d'autres institutions étatiques que du phénomène même de l'exclusion qui, comme on l'a mentionné, n'est pas aisé à circonscrire. Cette complexité est amplifiée par le cas que nous avons adopté dans le cadre de cet article. En effet, les rapports des autochtones avec l'exclusion sont difficiles à cerner car ils sont dialectiques et obligent l'analyste à sortir du *continuum* unilatéral «intégration-désintégration» ou «centre et périphérie».

Au terme de cet essai, j'aimerais insister sur l'importance de «déconstruire» les rapports de causalité entre le droit et la non-citoyenneté. Car la non-citoyenneté peut être autant antérieure à l'effet exclusif du droit qu'elle peut résulter directement, mais aussi indirectement, d'une norme ou de son application, voire même de sa non-application. Les effets du droit sont paradoxaux : le droit peut être une source d'exclusion autant quand il institue l'égalité (l'inclusion dans l'État-nation) que quand il institue la différence (l'exclusion au sein de la nation). Dans ce sens, les six principes que nous avons identifiés peuvent être considérés comme des pistes qui permettraient de raffiner l'analyse du rôle et des enjeux du droit dans la production et la reproduction de non-citoyenneté des individus et des groupes sociaux.