



Les systèmes de justice autochtones : existence, vitalité et efforts de revitalisation

Marie-Eve Sylvestre et Julie Perreault

Introduction

Les appels à l'action 27, 28 et 42 et 50 à 52 présentés en 2015 par la Commission de Vérité et Réconciliation (CVR) reconnaissent l'existence des systèmes de justice et du *droit autochtone*, qu'il faut distinguer du droit canadien applicable aux Autochtones (CVR, 2015 : vol. 6, p. 51). La CVR recommande la protection et la revitalisation du droit autochtone par de multiples avenues, afin de redynamiser ces traditions attaquées et mises à l'écart par des siècles de colonisation. Par exemple, l'appel à l'action 28 prescrit aux facultés de droit canadiennes l'enseignement de l'histoire et du droit autochtone à tous les étudiants et étudiantes, et ce dès la première année de la licence. L'appel à l'action 50, quant à lui, somme le gouvernement fédéral de financer, « en collaboration avec les organisations autochtones, la création d'instituts du droit autochtone pour l'élaboration, la mise en application et la compréhension des lois autochtones ainsi que l'accès à la justice en conformité avec les cultures uniques des peuples autochtones du Canada » (CRV, 2015 : 358)¹.

Par leur langage même, ces appels à l'action évoquent l'existence d'un **pluralisme juridique** au Canada. Ils reconnaissent donc la coexistence des systèmes juridiques autochtones et étatique sur un même territoire, contrairement à la doctrine du monisme juridique, qui n'admet l'autorité que du seul droit étatique. Cette vision de la justice invite à reconnaître la présence d'ordres juridiques multiples au Canada et à favoriser le développement de systèmes de justice autochtones en parallèle ou simultanément avec ceux de l'État. Elle s'inscrit ainsi dans le respect du droit à l'autonomie des peuples autochtones reconnu par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA), et en accord avec les mesures recommandant l'autonomie et la gouvernance

autochtone en matière de justice mises de l'avant par plusieurs commissions d'enquête canadiennes dans les années 1990, dont la Commission Hamilton et Sinclair sur l'administration de la justice au Manitoba (1991), le rapport Coutu au Québec (1995) et la Commission royale d'enquête de 1996.

La reconnaissance du droit et des traditions juridiques autochtones ne va cependant pas de soi et rencontre plusieurs obstacles. Si de nombreux juristes et anthropologues du droit, autochtones et non autochtones, se sont penchés sur ces questions dans les dernières années (par ex. : Val Napoleon et Hadley Friedland, 2014; John Borrows, 2010; Aimée Craft, 2015; Ghislain Otis, 2012), ils et elles ont eu à s'attaquer aux effets des mythes et des politiques coloniales, qui ont contribué à rendre invisibles et inaudibles, les systèmes juridiques autochtones. Un travail de reconstruction historique et juridique est ainsi à faire afin de revitaliser les systèmes de justice autochtones.

Considérations historiques

L'historique des relations entre les Autochtones et les services de justice est caractérisé par le développement et l'imposition d'un système de justice pénal étatique unique aux nations autochtones et par la neutralisation des systèmes régulateurs et juridiques propres au territoire (Jaccoud, 1995; 2014). Comme le reconnaît encore une fois le rapport de la CVR, les politiques coloniales telles la *Loi sur les Indiens*, la criminalisation des pratiques et des cérémonies coutumières (porteuses des règles sociales du vivre ensemble), ou la politique des pensionnats, ont contribué chacune à leur façon à la perpétration d'un « génocide culturel », c'est-à-dire à la « destruction des structures et des pratiques qui permettent au groupe de

¹ Le financement du premier institut du droit autochtone à l'Université de Victoria a été annoncé dans le budget fédéral 2019.

continuer à vivre en tant que groupe » (CVR, 2015 : 1), entraînant des effets dévastateurs et à long terme sur l'organisation interne des communautés. Sur le plan juridique, ces politiques ont créé une rupture importante dans la transmission du droit autochtone, rendant invisible ou niant l'existence des systèmes juridiques autochtones, ce qui a eu pour effet de réduire les capacités autorégulatrices des sociétés autochtones d'une part, et d'accroître leur dépendance aux systèmes de justice étatique d'autre part (Jaccoud, 2002; 2014; CSSSPNQL, 2013). Plusieurs des problématiques les plus criantes en matière de relations entre les Autochtones et le système de justice reposent aujourd'hui sur cet état de fait (Commission du droit, 2006).

Fort heureusement pour les groupes concernés, toutefois, la domination des peuples autochtones par l'imposition du système étatique n'a jamais été absolue, étant tantôt tempérée par des pratiques de résistance de la part des peuples autochtones, qui ont maintenu et développé leurs systèmes régulateurs dans le contexte colonial (par exemple en continuant à pratiquer leurs rituels et à protéger certaines structures de gouvernance malgré les interdits) (Jaccoud, 1999; 2014; Commission du droit, 2006; Friedland, 2013; Napoleon et Friedland, 2014), et tantôt par un certain nombre de concessions ou d'accommodements de la part de l'État, soit en adaptant la pratique du droit pénal étatique ou encore en tentant d'incorporer certains éléments de la justice autochtone dans le système de justice pénale (Denis-Boileau et Sylvestre, 2016). Ces pratiques et ces accommodements ont ainsi permis le maintien du droit et des modèles relationnels autochtones, également ancrés dans le quotidien du territoire, de la langue et des traditions orales. En dépit des effets déstructurants réels dont il est porteur, le mythe des « sociétés sans droit » contenu dans la doctrine de la *terra nullius* n'a donc jamais été réalisé en terre d'Amérique.

Pluralisme juridique et persistance du droit autochtone

Les anthropologues du droit ont démontré de façon convaincante que les différentes nations autochtones du Canada disposaient, avant l'arrivée des Européens, de systèmes de contrôle et de régulation sociale dynamiques et efficaces reflétant leurs valeurs et leurs traditions juridiques (Rouland, 1979; Jaccoud, 2014).

Par exemple, avant l'installation permanente des Européens sur le territoire, les différentes nations autochtones disposaient de règles concernant le territoire, le mariage et la vie familiale (y compris la filiation et l'adoption des enfants) et en matière de commerce (Commission du droit du Canada, 2006). En outre, les peuples autochtones s'appuyaient sur une certaine organisation politique et juridique. Par exemple, ils étaient regroupés en confédérations (par ex. la confédération iroquoise : Fenton, 1998), transigeaient entre eux et avaient développé un système de droit international complexe et sophistiqué (Borrows, 2005, référant à la Grande Loi de la Paix « the Great Law of Peace »).

L'existence de ces systèmes juridiques historiques a été reconnue à maintes reprises par divers organismes gouvernementaux et commissions d'enquête, et s'avère donc rarement remise en question aujourd'hui (Commission royale, 1996; Commission du droit du Canada, 2006; Galarneau et al., 2008 ; Commission vérité et réconciliation, 2015). Dans un deuxième temps, cependant, l'argument du pluralisme juridique exige que soient reconnues au même titre la persistance et la **contemporanéité** des ordres juridiques autochtones. Nous entendons ici par contemporanéité l'actualité du droit autochtone dans le contexte contemporain et sa capacité à entrer en dialogue avec le droit étatique:

« La notion de « contemporanéité », empruntée à l'anthropologue Sylvie Poirier (2000), est appropriée ici dans le but de reconnaître les dynamismes des ordres juridiques autochtones dans leurs interactions et négociations avec la modernité et les institutions étatiques. » (Éthier, 2016 : 178).

Plusieurs juristes autochtones se font critiques à cet égard de la tendance à présenter le droit autochtone comme un droit passéiste (Napoleon et Friedland, 2014; Craft, 2015). Comme on le souligne, au contraire, les systèmes juridiques autochtones se vivent et s'incarnent tous les jours dans les interactions sociales, la langue, les modes de gouvernance implicites et les sources d'autorité reconnues par les communautés. Le droit ainsi défini s'éloigne de la conception restreinte d'un « système de règles », pour inclure les principes et les visions du monde qui lui donnent forme, marquant à travers eux la différence entre les systèmes de droit

étatique et autochtones. Selon la définition donnée par Napoleon et Friedland : « Les traditions juridiques englobent plus que de simples règles de conduite. Elles comprennent des lois formelles et des lois informelles, des visions du monde, des aspirations, des pédagogies, des processus et des pratiques » (2014, p. 230, notre traduction). Comme tout système de droit, les systèmes de *droit autochtone* visent le règlement des conflits et la gestion de la violence et des vulnérabilités.

Décalage entre les conceptions de la justice autochtones et occidentales

De nombreux juristes et anthropologues du droit reconnaissent l'existence d'un décalage important entre les conceptions de la justice autochtones (qui sont multiples, différant selon les nations) et occidentale. Cependant, il n'en va pas toujours de même des acteurs judiciaires. Si ceux-ci constatent l'existence de différences culturelles entre les Autochtones et les Allochtones, la plupart ne connaissent encore que très peu de choses sur le droit autochtone.

En effet, l'existence même d'un pluralisme juridique au sein de l'État canadien et québécois est souvent remise en question, bien qu'il ait été formellement reconnu par la Cour suprême du Canada (*R. c. Van der Peet*, 1996 ; *Mitchell*, 2001) et certains organismes internationaux. Or, l'incompréhension et le déni de reconnaissance du droit autochtone constituent en soi des facteurs historiques et systémiques de discrimination envers les Autochtones, et contribuent à la perpétuation des mécompréhensions réciproques, d'où l'importance de tenir compte des différences entre les systèmes (Commission Manitoba, 1991; Denis-Boileau et Sylvestre, 2016, ref. à Borrowes).

Sans tomber dans la généralisation et l'essentialisation et en sachant qu'il existe de nombreuses variations, mentionnons que les systèmes de justice autochtone se distinguent du système étatique tant au niveau des **objectifs poursuivis et des valeurs qu'ils promeuvent** (punition, isolement et dans une moindre mesure réhabilitation vs. guérison individuelle et communautaire, restauration des liens sociaux et de l'équilibre, résolution des problèmes et protection) que des **principes** (responsabilité individuelle, droits fondamentaux, égalité formelle vs. responsabilisation individuelle et collective envers les autres personnes et la nature, écoute, non-jugement, non-ingérence), des

acteurs impliqués (accusé, victime, poursuivant et juge neutre et impartial vs. agresseur, victime, famille, communauté, aînés et sages connaissant bien les parties (et donc intéressés), territoire et environnement), des **processus** mis en place (hiérarchiques, adjudicatifs, adversaires et accusatoires, linéaires et compartimentés vs. égalitaires, consensuels, volontaires, circulaires et holistiques) et de la **langue, de l'univers conceptuel et symbolique et des modes de transmission** (occidentale et écrite vs. autochtone et orale) (Commission Manitoba, 1991; Commission royale, 1996, Commission du droit, 2006; Walker, 2004).

Napoleon et Friedland nous mettent toutefois en garde contre la tentation de concevoir ce système d'oppositions sous un mode strictement dichotomique (binaire), ce qui aurait pour effet de réduire la portée du droit autochtone. Il faudrait plutôt chercher à saisir l'interaction de ces différents niveaux d'analyse – *objectifs et valeurs, principes, acteurs, processus* – dans leurs différents contextes, afin d'obtenir un portrait plus juste de la complexité et du dynamisme des ordres juridiques autochtones (Otis, dir., 2018). Une juste compréhension de ceux-ci ne devrait pas non plus évacuer la possibilité de recourir à la force dans les situations où l'application d'un droit consensuel est impossible (Napoleon et Friedland, 2014 : 238-9).

Revitalisation des systèmes de justice autochtone

En raison des pertes et des dommages occasionnés par le colonialisme, la revitalisation du droit et des systèmes de justice autochtones est aujourd'hui jugée nécessaire à la réconciliation. Son importance pour la reconstruction des identités et des communautés autochtones à travers le pays, de même que pour la décolonisation du système de justice étatique, n'est plus à démontrer. Ainsi, le développement de systèmes de justice autochtones autonomes ou semi-autonomes est dorénavant perçu comme une réponse appropriée et réaliste aux difficultés rencontrées par le système judiciaire dans ses relations avec les peuples autochtones (que l'on pense seulement à leur surreprésentation et aux taux d'incarcération, à la judiciarisation des problèmes sociaux et aux nombreux problèmes d'accessibilité à la justice sur les plans linguistique, géographique et culturel). La création du programme de mesures de rechange pour les adultes en milieu autochtone et la promotion des comités de justice autochtones dans les dernières années

constituent un pas dans cette direction. Des bonds supplémentaires restent cependant à faire vers le chemin de la gouvernance par la revitalisation des systèmes juridiques autochtones, là où ils ont été endommagés par les politiques coloniales.

Les juristes, linguistes et anthropologues qui s'emploient à la reconstruction des systèmes de droit autochtones espèrent ainsi ouvrir un espace de reconnaissance des ordres juridiques indépendants, et redéfinir du fait même le dialogue entre l'État et les peuples autochtones sur de nouvelles bases contemporaines et plurielles (Otis, 2018). Ceux-ci mettent toutefois de l'avant certaines difficultés inhérentes à cette entreprise, relatives notamment aux problèmes de traduction des termes juridiques dans les langues et les cultures autochtones (Éthier, 2016), à la distorsion possible des traditions autochtones par les modèles de compréhensions non autochtones (Craft, 2015), aux tentations de magnifier un passé utopique en voulant se réapproprier la tradition perdue (Napoleon et Friedland, 2014), ou encore aux stratégies à déployer afin de retrouver les structures du droit dans des espaces jugés non juridiques du point de vue du droit occidental, comme les récits, le territoire, ou l'enseignement des aînés.

S'inspirant des travaux de John Borrows (2010), Napoleon et Friedland définissent une approche pragmatique de la question, s'appuyant sur l'identification des principes fondateurs du droit jugés plus aptes à s'adapter aux contextes changeant des sociétés contemporaines que les règles ou interdits spécifiques. En outre, celles-ci insistent sur la nécessité de tenir compte de multiples voix dont celles des femmes dans ce processus.

POUR EN SAVOIR PLUS :

- CERP : www.cerp.gouv.qc.ca
- Indigenous Law Research Unit : <https://www.uvic.ca/law/about/indigenous/indigenouslawresearchunit/index.php>
- Projet Legitimus: <https://www.legitimus.ca/>

RÉFÉRENCES

Borrows, J. (2005). Indigenous Legal Traditions. *Washington University Journal of Law & Policy*, 19, 167.

Borrows, J. (2010). *Canada's Indigenous Constitution*. Toronto, Ontario : Toronto University Press.

Victor, W. (2006). *Règlement extrajudiciaire des différends dans les contextes autochtones : un examen critique*. Ottawa, Ontario : Commission canadienne des droits de la personne.

Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador. (2013). *Racisme et discrimination envers les Premières Nations. Portrait sommaire et recommandations*. Wendake, Québec : Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador.

Commission de vérité et réconciliation du Canada. (2015). *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir. Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*. Montréal, Québec et Kingston, Ontario : Mc-Gill-Queen's University Press.

Denis-Boileau, M.-A. et Sylvestre, M.-E. (2016). Ipeelee et le devoir de résistance. *Revue canadienne de droit pénal*, 21, 73-122.

Éthier, B. (2016). Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok. *Anthropologie et Sociétés*, 40(2), 177-193.

Fenton, W. (1998). *The Great Law and the Longhouse : A Political History of the Iroquois Confederation*. Norman, OK : University of Oklahoma Press.

Friedland, H. (2013). Ghost Dancing with Colonialism. *BC Studies*, 178, 157.

Galarneau, M., Québec. Ministère de la Justice, Québec. Directeur des poursuites criminelles et pénales et Québec. Secrétariat aux affaires autochtones. (2008). *La justice en milieu autochtone, vers une plus grande synergie : rapport groupe de travail*. Québec, Québec : Cour du Québec.

Jaccoud, M. (1995). L'histoire de l'imposition du système de justice pénale au Nunavik (Nouveau-Québec). *Journal of Human Justice*, 6(2), 105-130.

Jaccoud, M. (2002). La justice pénale et les Autochtones : d'une justice imposée au transfert de pouvoirs. *La Revue Canadienne Droit et Société*, 17(2), 107-121.

Jaccoud, M. (2014). Peuples autochtones et pratiques d'accommodements en matière de justice pénale au Canada et au Québec. *Archives de politique criminelle*, 36, 227-239.

Ki'inaakonigewin. Reclaiming Space for Indigenous Law, pièce P-317 (CERP).

Napoleon, V. et Friedland, H. (2014). Indigenous Legal Traditions : Roots to Renaissance. Dans M. B. Dubber et T. Hörnle (dir.), *The Oxford Handbook of Criminal Law* (p. 225-247). Oxford, Grande-Bretagne : Oxford University Press.

Otis, G. (2012). Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique. Dans G. Otis (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique* (p. 9-24). Paris, France : Karthala Éditions.

Otis, G. (dir.). (2018). *Contributions à l'étude des systèmes de justice autochtones et coutumiers*. Québec, Québec : Presses de l'Université Laval.

Porier, S. (2000). Contemporanéités autochtones, territoires et (post)colonialisme. *Anthropologie et Sociétés*, 24(1), 137-153.

Rouland, N. (1979). *Les modes juridiques de résolution des conflits chez les Inuit*. Québec, Québec : Association Inuksiutjiit Katimajit.

Walker, P. (2004). Decolonizing Conflict Resolution – Addressing the Ontological Violence of Westernization. *American Indian Quarterly*, 28(3), 527-549.

Jurisprudence

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507

Mitchell c. Ministre du Revenu National, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911