

# Pour la reconnaissance des traditions juridiques autochtones

Hadley Friedland

Number 801, March–April 2019

Justice alternative : quand punir ne suffit pas

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/90300ac>

[See table of contents](#)

---

## Publisher(s)

Centre justice et foi

## ISSN

0034-3781 (print)

1929-3097 (digital)

[Explore this journal](#)

---

## Cite this article

Friedland, H. (2019). Pour la reconnaissance des traditions juridiques autochtones. *Relations*, (801), 26–29.

# POUR LA RECONNAISSANCE DES TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES

*Les lois autochtones devraient être reconnues officiellement aux côtés du droit civil québécois et du droit coutumier anglais, et non comme des alternatives au système de justice canadien.*

## Hadley Friedland\*

L'auteure est spécialiste des traditions juridiques autochtones et professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université d'Alberta

**B**ien que ce dossier se consacre au thème de la justice alternative, il serait trompeur, voire insultant de concevoir les lois autochtones seulement comme des alternatives au système de justice actuel, comme si ces lois étaient dans la même catégorie que les programmes de justice réparatrice, par exemple. Cela équivaldrait à décrire le droit civil du Québec, hérité de France, comme une approche alternative au droit coutumier anglais (common law) prévalant dans le reste du Canada. Or, comme l'affirme le juriste d'origine anichinabée John Borrows, le Canada est dans les faits un pays multijuridique, mais qui tarde à reconnaître officiellement les lois autochtones en tant qu'instruments juridiques légitimes, malgré le fait que ces lois millénaires y sont toujours en application et demeurent une source importante d'ordre social dans plusieurs communautés autochtones<sup>1</sup>. Elles sont soit profondément enracinées dans des histoires et des cultures distinctes, soit liées à des règles, des principes et des processus nouvellement développés par les peuples autochtones pour gérer les relations humaines, résoudre des conflits et maintenir la sécurité, la paix et l'ordre à l'intérieur des communautés et entre elles.

La répression et le rejet des lois autochtones par l'État depuis 300 ans a causé et cause toujours des dommages au sein des communautés autochtones, ainsi qu'un déficit d'éducation et de connaissance dans l'ensemble de la population canadienne et québécoise. Beaucoup de personnes non autochtones peinent à considérer ces lois comme de vrais systèmes de droit. Très peu d'aspects de ces traditions sont reconnus et acceptés, ou le sont de façon très limitée et imposée par l'État, au moyen des programmes de justice alternative. Il faut y remédier.

### Les appels de la Commission de vérité et réconciliation

Le rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada (CVR) va dans ce sens, confirmant qu'il y a une crise de légitimité et d'efficacité du système de justice actuel en ce qui concerne le traitement des Autochtones au Canada. Les conséquences dévastatrices de cette crise sont évidentes lorsqu'on examine les taux stupéfiants de souffrance sociale et de victimisation des plus vulnérables au sein des communautés autochtones. La violence atroce perpétrée contre les femmes autochtones atteste clairement que les lois actuellement en vigueur ne réussissent pas à garantir les droits les plus élémen-

taires à la sécurité et à la préservation de la vie humaine. De plus, la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes, toujours croissante, de même que celle des enfants autochtones pris en charge par l'État, démontrent depuis très longtemps que quelque chose ne fonctionne vraiment pas. Le rapport final de la CVR affirme ainsi fermement que la réconciliation –la construction et le développement de relations respectueuses avec les Autochtones au Canada– dépend de la reconnaissance et de la revitalisation du droit autochtone. Parmi ses appels à l'action à cet égard, l'appel n° 42, en particulier, demande la reconnaissance et la mise en œuvre d'un *système* de justice autochtone, pas seulement de programmes.

### Qu'est-ce que le droit autochtone ?

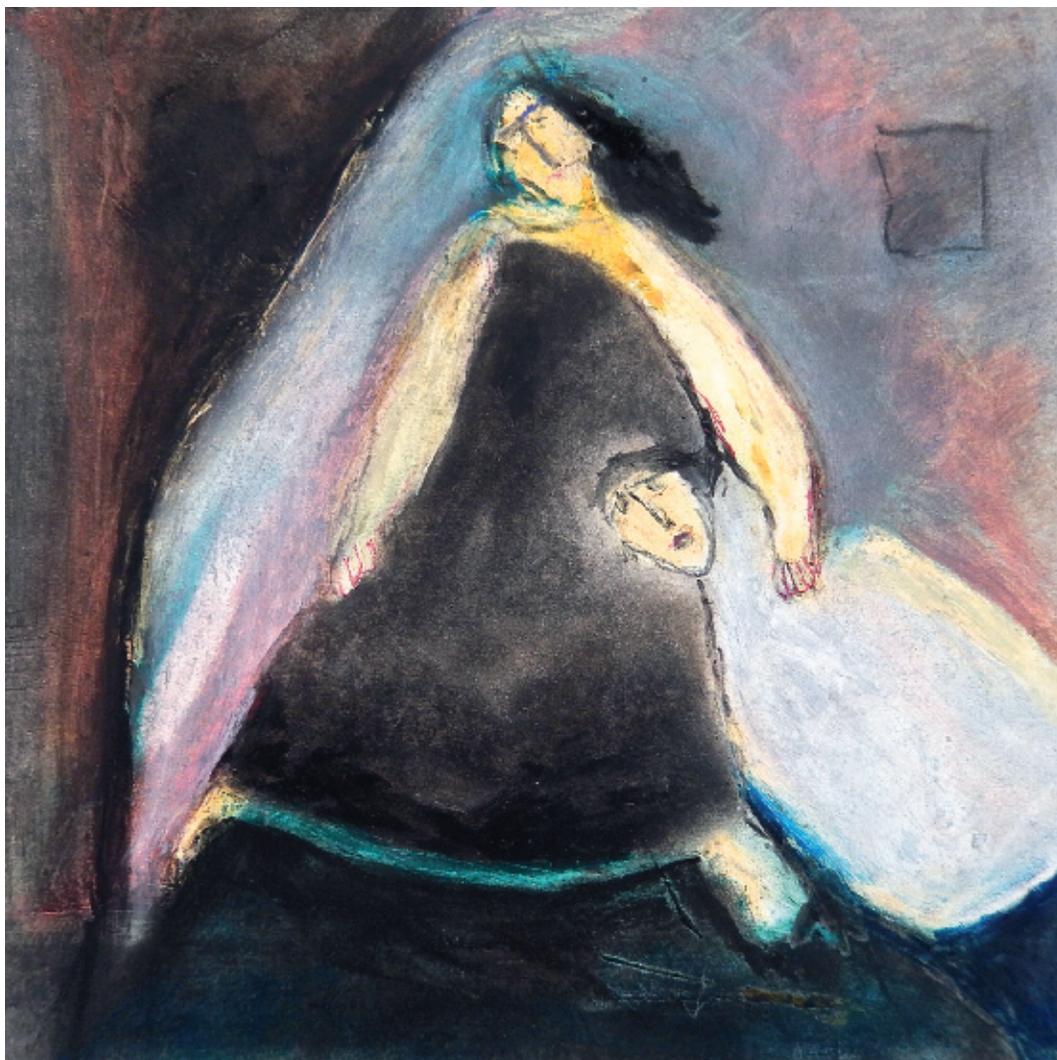
Le droit autochtone est donc différent de ce qu'on désigne habituellement sous le terme de « justice applicable aux Autochtones » (« *Aboriginal justice* ») ou des programmes de justice réparatrice, lesquels ménagent, à l'intérieur d'un système étatique de justice, un petit espace à des processus réparateurs dans les cas de crimes mineurs, principalement. Ces pro-

**Les lois autochtones sont spécifiques à chaque société autochtone et proposent un large spectre de réponses à une multitude de préoccupations humaines et sociales au sein des communautés.**

grammes restent habituellement entre les mains de professionnels, ils sont très limités dans leur portée, même lorsqu'ils s'inscrivent dans le prolongement de processus autochtones structurés tels les cercles de parole et les conférences communautaires (familiales). Ils sont développés à l'intérieur ou en réponse au système de justice, mais ils ne le précèdent pas ou n'existent pas en dehors de lui.

À l'opposé, les lois autochtones sont spécifiques à chaque société autochtone et proposent un large spectre de réponses à une multitude de préoccupations humaines et sociales au sein des communautés –la sécurité, l'équité et la responsabilité notamment– que le droit doit encadrer. Elles offrent de plus des processus et des procédures juridiques considérés comme légitimes pour un groupe autochtone donné.

Quelques exemples aident à comprendre ce qui est en jeu et ce qui nous éloigne –ou au contraire nous rapproche– des



Charles Lemay, 2014,  
pastel, 18 x 18 cm

recommandations de la CVR. Dans mon témoignage à la Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics au Québec (commission Viens), en décembre 2017, j'ai donné l'exemple de l'adoption d'une enfant crie à Montréal, faite en vertu de la loi québécoise et en dépit du fait que sa communauté s'y objectait. Après d'intenses délibérations avec la famille et la communauté, les Cris ont en effet demandé que des processus de justice alternative, comme la médiation ou les conférences communautaires (familiales), soient utilisés pour discuter des alternatives à l'adoption. De tels processus, basés sur la collaboration et la participation de plusieurs personnes, sont plus compatibles avec les traditions juridiques crient, lesquelles nécessitent l'avis d'une multitude de décideurs pouvant aller, selon les cas, des aînés aux soignants, en incluant bien sûr les membres de la famille immédiate et élargie. Des étapes de consultation incluant, selon l'enjeu, l'avis d'experts et la délibération publique, en font aussi partie.

Il faut savoir que lorsque des processus de justice alternative existent, leur utilisation est à la discrétion des décideurs publics : dans ce cas-ci, ces derniers ont tout simplement rejeté les demandes des chefs et des leaders crient – en fait, ils leur ont carrément opposé une fin de non-recevoir. Une audience en

cour a ensuite eu lieu, sans que les premiers concernés ne soient informés ou représentés, avec comme résultat l'effacement juridique immédiat de toutes les relations familiales et culturelles de la fillette. Comment une telle adoption pourra-t-elle jamais être considérée comme légitime aux yeux de l'enfant et des personnes de sa communauté ?

Cette histoire n'est pas unique. Elle se répète encore et encore, depuis des générations. Dans l'affaire *Brown c. Canada* (le cas de la « rafle des années 1960 »), la cour de l'Ontario a pourtant statué qu'il existe une expertise unanime à l'effet qu'un grand préjudice est causé lorsqu'on laisse des enfants autochtones être adoptés par des parents non autochtones, loin de leur fratrie, de leur famille, de leur communauté et de leur territoire. La recherche démontre qu'un pourcentage élevé d'adoptions de ce type finissent en catastrophe au moment de l'adolescence ou même avant (certains estiment que le taux d'échec s'élève jusqu'à 95%). De plus, les enfants autochtones adoptés sont surreprésentés dans les cas de suicides à l'adolescence, de maladie mentale, d'itinérance et les cas sévères de dépendance. La méthode « effacer et remplacer » inhérente au modèle d'adoption ou de filiation importé d'Europe ne réussit clairement pas à assurer le bien-être des enfants autochtones. Certes, des processus de justice alternative existent, mais s'il

n'y a pas d'obligation de les utiliser, ou une prise de conscience que d'autres modèles d'adoption existent, on court à l'échec.

Pourtant, les traditions juridiques autochtones offrent des alternatives. Reconnue dans les législations de la Colombie-Britannique, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut, l'adoption en vertu du droit coutumier autochtone est sans doute la plus connue au Canada. Elle se fait en créant de nouvelles relations, sans rompre celles que l'enfant a déjà, ce qui est une caractéristique de la plupart des modèles autochtones, sinon tous. Dans les traditions crie, cela semble refléter une conception importante du rôle continu et des responsabilités de la famille élargie dans la vie de l'enfant, la portée de ces relations étant vue comme un principe de gouvernance central. Le regretté chef et avocat cri Harold Cardinal l'a décrit sous le terme *wahkhotwin* («la loi gouvernant toutes les relations»)<sup>2</sup>.



Charles Lemay, 1993, pastel, 20 x 18 cm

### Des innovations au Québec

Dans une perspective inspirante et constructive, deux récentes innovations juridiques faites au Québec sont exemplaires et montrent comment le droit autochtone peut commencer à être reconnu et appliqué par des acteurs juridiques étatiques, aux côtés du droit civil et de la common law.

La première est l'adoption de la loi 113 (*Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de*

*communication de renseignements*) par l'Assemblée nationale du Québec en juin 2017, après des années de travail fait par les chefs et leaders autochtones et leurs alliés non autochtones. Celle-ci amende entre autres l'article 543 du Code civil de façon à permettre l'adoption selon les traditions autochtones, si c'est dans l'intérêt de l'enfant, que c'est fait dans le respect de ses droits et que les principales personnes concernées y

## LA JUSTICE NÉGOCIÉE : UNE ALTERNATIVE NÉOLIBÉRALE

Anne-Marie Voisard

L'auteure, doctorante en études sociologiques et politiques à l'École des hautes études en sciences sociales à Paris, a publié *Le droit du plus fort* (Écosociété, 2018)

**A**u Québec, la dernière mouture du Code de procédure civile prévoit que les justiciables ont désormais l'obligation de considérer le recours aux modes « alternatifs » de règlement des différends avant de pouvoir se tourner vers les tribunaux. Cette promotion par l'État du contournement de ses propres institutions judiciaires a de quoi dérouter la critique. Une justice plus « participative » : voilà une idée susceptible de séduire à gauche comme à droite. Or, s'il ne fait nul doute que des critiques conséquentes de la justice d'État, ou que l'horizon utopique d'une justice moins autoritaire fondée sur les besoins des parties et soucieuse du lien social, puissent se trouver au fondement d'initiatives sincères en matière de justice alternative, ce vaste mouvement de « modernisation »

et de privatisation de la justice civile observé à l'échelle de l'Occident obéit à une autre rationalité.

Un « véritable changement de culture judiciaire », clament à l'unisson pouvoirs publics et professionnels du droit. Et pour cause ! Plus qu'une simple innovation procédurale, la justice « participative » est caractéristique de la recomposition néolibérale de la justice, qui fait de la transaction le modèle optimal de régulation des conflits. Dans le cadre de cette justice négociée, le procès n'est plus seulement l'option du dernier recours : présenté comme lourd, incertain et coûteux, il est plus ou moins ouvertement disqualifié et considéré comme étant à éviter autant que possible. Il faut imaginer la consternation du justiciable lorsque le juge lui-même, paraissant douter de la supériorité de son office, entonne le sempiternel refrain : « Le pire des règlements vaut mieux que le meilleur des procès. »

Dans un contexte d'austérité et de *managérialisation* des services publics, les modes privés de règlement représentent une aubaine pour l'État gestionnaire en quête d'« efficacité » : ils lui permettent de désengorger le système en évacuant rapidement, et à moindre coût, les flux de dossiers qui lui sont soumis.

Cette bonification de l'offre sur le « marché des services juridiques » s'accompagne de la promesse partout réitérée d'un meilleur « accès à la justice ». Or, cette rhétorique masque une bien encombrante réalité : une majorité de citoyens n'ont tout

consentent. Un nouvel article (531.1) délègue à une autorité reconnue dans la communauté autochtone le pouvoir de juger si ces conditions sont remplies. La Loi reconnaît aussi que les liens de filiation entre un enfant adopté et sa famille d'origine peuvent continuer d'exister comme c'est la pratique dans la plupart des communautés autochtones, plutôt que d'être rompus par la voie juridique. Qu'un tel modèle fasse partie intégrante du cadre juridique québécois, plutôt qu'en qualité de procédure alternative, nous fait prendre conscience qu'il existe des options viables pour répondre aux besoins immédiats et tout au long de la vie des enfants autochtones.

La seconde innovation est l'Accord historique conclu entre le Québec et le Conseil de la Nation atikamekw, une première permettant à ce dernier de prendre en charge pleinement son propre service de protection de la jeunesse. Les Atikamekws s'occupent de leurs propres programmes avec succès dans ce domaine depuis 18 ans.

Cette avancée est un pas positif vers leur autonomie et leur habileté à fournir des services adaptés à leur culture. D'un point de vue juridique, cela reconnaît que les décideurs atikamekws, qui sont redevables à leur communauté, sont en mesure de déterminer quels sont les meilleurs moyens d'assurer le bien-être des enfants par des processus qui leur appartiennent et qui sont en conformité avec leur culture, leur contexte local et leurs objectifs sociétaux.

Bien sûr, ni la Loi 113 ni l'Accord avec les Atikamekws ne sont une panacée pour régler tous les problèmes liés à la protection de la jeunesse ou supprimer les besoins en intervention. Mais ils contribuent à résoudre une crise de légitimité et d'efficacité du système de justice qui a eu des conséquences néga-

simplement pas les moyens d'assumer les coûts que suppose le fait de défendre leurs droits devant les tribunaux. Repoussés dans les marges de la justice officielle, ils n'ont souvent d'autre choix que de se résoudre à signer une entente hors cour, leur fût-elle défavorable.

Car contrairement à ce que laissent croire les discours léniants sur la « justice participative », le dispositif « hors cour » n'est pas exempt de rapports de force. Les parties plus fortunées ont tout le loisir de confier leurs intérêts aux négociateurs les plus aguerris, de faire traîner les pourparlers jusqu'à épuiser financièrement ou psychologiquement leurs adversaires, ou de faire pression sur une partie plus vulnérable économiquement pour qu'elle abandonne une partie de ses droits. Mais qu'à cela ne tienne. « Ici, on défend non plus des droits, mais des intérêts », annoncent d'entrée de jeu et tout sourire les juges qui président les conférences de règlement à l'amiable.

Cette disqualification par l'État de ses propres institutions judiciaires poursuit par ailleurs un autre objectif, celui-là soigneusement passé sous silence: celui de renforcer son attractivité comme territoire d'investissement auprès des entreprises. Sous l'impulsion de la mondialisation, les gouvernements sont encouragés par les institutions financières internationales à opérer des « réformes structurelles » de leur droit et de leur appareil judiciaire de manière à satisfaire les attentes des investisseurs. Or, l'intégra-

tives sur les enfants, les jeunes et les familles autochtones au Québec depuis des générations.

Voilà à quoi ressemble le multijuridisme canadien dans la pratique. Il s'agit de cesser de concevoir le droit autochtone comme une justice alternative et de reconnaître plutôt que nous coexistons dans un espace multijuridique et que l'établissement formel de relations respectueuses entre les diverses traditions juridiques est essentiel au développement d'un processus de réconciliation durable et efficace entre les peuples autochtones et les peuples et gouvernements du Québec et du Canada. ☺

\* Traduit de l'anglais par Catherine Caron.

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

2. Harold Cardinal, « *Nation-Building: Reflections of a Nihiyow (Cree)* » in Paul DePasquale (dir.), *Natives & Settlers, Now & Then: Historical Issues and Current Perspectives on Treaties and Land Claims in Canada*, Edmonton, University of Alberta Press, 2007, p. 74.

## POUR PROLONGER LA RÉFLEXION

Consultez nos suggestions de lectures, de films, de vidéos et de sites Web en lien avec le dossier au [www.revuerelations.qc.ca](http://www.revuerelations.qc.ca)

tion de mécanismes privés de résolution des litiges, tout comme l'existence de mesures incitant les parties à y recourir, sont au nombre des indicateurs qui permettent aux États d'obtenir un meilleur classement sur le marché des ordres juridiques<sup>1</sup>.

Il faut dire que cette justice sans audience présente un avantage considérable pour qui n'a pas intérêt à publiciser le litige ou d'éventuels éléments de preuve. Impossible de savoir ce que réservent les tractations secrètes qui se déroulent derrière des portes closes, même lorsque le contentieux soulève des questions d'intérêt public. Soustraits à la vigilance démocratique, les conflits ainsi dépolitisés sont livrés au libre jeu des intérêts égoïstes, abandonnés à leur mutuelle concurrence. Quant à l'institution judiciaire, elle se voit confier le rôle d'entériner cette multitude de contrats confidentiels privés, c'est-à-dire de consigner la loi que les parties se donnent à elles-mêmes.

Si la refonte néolibérale de l'institution judiciaire à laquelle nous assistons répond à des impératifs d'optimisation économique, il y a lieu de craindre qu'elle conduise surtout à faire l'économie de la justice elle-même, en purgeant le droit de tout idéal déterminé de société, comme de toute prétention à défendre l'intérêt général.

1. Banque mondiale, « Méthodologie. Exécution des contrats », *Doing Business*, 2017.