

La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement

Ghislain Otis, Ph.D., MSRC

Volume 48, Number 1, 2018

État et cultures juridiques autochtones : un droit en quête de légitimité

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1049314ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1049314ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Otis, G. (2018). La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement. *Revue générale de droit*, 48(1), 67–89.
<https://doi.org/10.7202/1049314ar>

Article abstract

This paper offers some basic thoughts on how non-state indigenous law is produced, transformed, ascertained and transmitted. Indigenous legal systems have often been marginalized or rendered invisible by colonial policies. They also have experienced major upheavals as a result of cultural and economic changes that have marked the life of indigenous societies. Thus, it can be difficult today, especially for the non-indigenous, to understand the sources of indigenous legal systems and how they evolve. The author first shows that several indigenous legal cultures are still grounded in the inherent and original jurisdiction of the collective so that law is not derived from political, judicial or doctrinal authority. He also explains, however, that the indigenous legal world is increasingly confronted with the issue of hierarchical authority, power relationships and command as sources of legal norms which also introduces the need to think about the role of written law and about its relationship—constructive or conflictual—with non-written law. In the last section, the author shows how the need for a contemporary understanding of indigenous legal traditions, the will to restore their central role in the daily regulation of communities and the hope to make them more legible for non-indigenous society have given rise to a new scholarly indigenous movement. This movement mobilizes indigenous stories and oral tradition as a source of legal teaching or doctrine capable of providing strong foundations for more legitimate and effective self-determination initiatives.

La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement

GHISLAIN OTIS*

RÉSUMÉ

Ce texte présente quelques réflexions sur les modes de production, de détermination, de transformation et de transmission du droit autochtone en marge de l'État. Les systèmes juridiques autochtones ont souvent été refoulés et occultés par les politiques coloniales. Ils ont aussi subi des bouleversements en raison des transformations culturelles et économiques qui ont marqué la vie des sociétés autochtones. En conséquence, il peut être difficile aujourd'hui, surtout pour la société non autochtone, de saisir les processus par lesquels se forment et se transforment les systèmes juridiques autochtones. L'auteur montre d'abord que les cultures juridiques autochtones restent encore aujourd'hui fortement ancrées dans le droit spontané, c'est-à-dire un droit inhérent à la compétence originelle du groupe et donc créé sans l'intervention de l'autorité politique, du juge ou du juriste savant. Il souligne toutefois aussi que l'univers juridique autochtone se trouve de plus en plus confronté à la question de l'autorité et du commandement comme foyers de normes, ce qui pose la question des rapports de pouvoir et de la place du droit écrit ainsi que de sa relation, de tension ou de coopération, avec le droit non écrit. Enfin, l'auteur montre comment la quête de connaissance des traditions juridiques autochtones, la volonté de les revitaliser dans la régulation quotidienne des communautés et le besoin de les rendre plus lisibles pour les non-autochtones, ont induit l'émergence d'une école doctrinale autochtoniste mobilisant les récits et la tradition orale autochtones pour en tirer des enseignements susceptibles d'inspirer des initiatives d'autodétermination plus effectives et légitimes.

MOTS-CLÉS :

Traditions juridiques autochtones, droit spontané, droit écrit, tradition orale et doctrine.

* Ph.D. MSRC. Professeur à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones. Cette recherche a été entreprise grâce, en partie, au soutien financier du Programme des chaires de recherche du Canada. Elle a en outre été réalisée dans le cadre du partenariat de recherche « *État et cultures juridiques autochtones : un droit en quête de légitimité* » financé par l'Agence universitaire de la francophonie et le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada.

ABSTRACT

This paper offers some basic thoughts on how non-state indigenous law is produced, transformed, ascertained and transmitted. Indigenous legal systems have often been marginalized or rendered invisible by colonial policies. They also have experienced major upheavals as a result of cultural and economic changes that have marked the life of indigenous societies. Thus, it can be difficult today, especially for the non-indigenous, to understand the sources of indigenous legal systems and how they evolve. The author first shows that several indigenous legal cultures are still grounded in the inherent and original jurisdiction of the collective so that law is not derived from political, judicial or doctrinal authority. He also explains, however, that the indigenous legal world is increasingly confronted with the issue of hierarchical authority, power relationships and command as sources of legal norms which also introduces the need to think about the role of written law and about its relationship—constructive or conflictual—with non-written law. In the last section, the author shows how the need for a contemporary understanding of indigenous legal traditions, the will to restore their central role in the daily regulation of communities and the hope to make them more legible for non-indigenous society have given rise to a new scholarly indigenous movement. This movement mobilizes indigenous stories and oral tradition as a source of legal teaching or doctrine capable of providing strong foundations for more legitimate and effective self-determination initiatives.

KEY-WORDS:

Indigenous legal traditions, non-written law, written law, oral tradition and legal doctrine.

SOMMAIRE

Introduction	69
I. Le comportement : un droit spontané	70
II. Le commandement : autorité et écriture	73
III. L'enseignement : transmission ou revitalisation	79
Conclusion	89

INTRODUCTION

Mettre au jour les voies par lesquelles apparaît le droit autochtone en marge de l'État 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. 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 passe donc utilement par un retour sur certaines conditions et modalités premières du phénomène juridique.

Nous nous intéressons dans cette étude 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

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 RD McGill 725 à la p 740.

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 la production ou de la 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.

I. LE COMPORTEMENT : UN DROIT SPONTANÉ

Le droit autochtone peut être et sera souvent 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.

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

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

Émanation de la « compétence originelle »⁶ de la communauté, l'ordre juridique spontané est endogène au groupe, car « il provient de la société dans laquelle il est respecté »⁷. Il peut se rattacher généalogiquement à une tradition juridique issue de l'expérience précoloniale, mais elle 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 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 travaux 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, une 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

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 [Sacco, « 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.

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

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 au sein du groupe. 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. Ainsi, les auteurs d'une étude sur la justice coutumière au Burundi expliquent que la solution à un 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 où l'intervention d'une 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

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 et 317–18.

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 Bashingantahe 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-Ève 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*,

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

II. LE COMMANDEMENT : AUTORITÉ ET ÉCRITURE

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.

À cet égard, il convient de considérer 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'aïdants 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 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 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

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 c P-34.1.

17. Pour une présentation détaillée de ces instances, voir Fournier, *supra* note 15 aux para 52–57. Voir aussi Sylvestre et al, *Renforcer la gouvernance atikamekw*, *supra* note 14 à la p 41 et Marie-Ève 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 à la p 5, en ligne : <<http://www.legitimus/blog?id=2897>>. [Sylvestre et al, *Interactions entre ordres juridiques concernant la gouvernance atikamekw*].

18. Voir Fournier, *supra* note 15 aux para 68–74.

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 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 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

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

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

coutume factuelle par une coutume livresque, marionnette sans âme, sans souplesse, sclérotique et caricaturale²¹.

L'avènement de la norme juridique écrite 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 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 catastrophes de certains analystes font peu de cas de la capacité de résistance des communautés aux vellétés 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 en est le substrat vital. La posture ou l'intention

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

22. Cornut reconnaît cela lorsqu'il écrit que «La 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 Étienne 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.

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 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'édiction 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.

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.

24. Chief George Waitotora, *Are-Are Customary Law*, Solomon Islands, 1981 [trad. Rt Hon Peter Kenioloroa]; 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>>.

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, *supra* note 24 aux pp 1–2).

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 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 pré-existant. 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 importantes

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.

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.

III. L'ENSEIGNEMENT : TRANSMISSION OU REVITALISATION

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 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. 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

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 et 144–45.

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

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.

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.

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 morale »³⁸. 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

35. Ainsi, le rôle de l'enseignement des aînés dans la tradition juridique innue est souligné par des auteurs qui écrivent que « La 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 « frères »?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, 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.

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 *ibid* aux pp 148-49.

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

Des initiatives autochtones permettent de mieux saisir la différence et la relation entre le commandement et l'enseignement. Ainsi, aux Îles Salomon, les chefs traditionnels de Kwara'ae ont donné leur accord à la publication d'un recueil intitulé *The Tradition of Land in Kwara'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.

Un autre exemple est offert par la proclamation de la *Charte du peuple kanak* en Nouvelle-Calédonie. Cette charte a été adoptée le

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.

41. Ben Burt et Michael Kwaiioloa, *The Tradition of Land in Kwara'ae*, Institute of Pacific Studies, USP, 1992, tel que cité dans Jennifer Corrin, *supra* note 24 à la p 18.

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

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 par les autorités des pays coutumiers de prérogatives immédiates et effectives pour la représentation du peuple kanak ainsi fédéré dans l'exercice de sa souveraineté⁴³. Cela est corroboré par le texte de la proclamation de la Charte qui la qualifie sur ce point « d'acte décisionnel »⁴⁴. 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 coloniale⁴⁵. Plusieurs contiennent une proposition de politique publique kanak⁴⁶, 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 coopératif⁴⁷. Le texte de la proclamation met fortement en relief la finalité de la Charte

43. Voir *Charte du peuple kanak, socle commun des valeurs et des principes fondamentaux de la civilisation kanak*, Nouville, Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, juin 2014, art 36 [*Charte du peuple kanak*]. 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.

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*, art 21–23, 53, 55, 73, 76 et 79, entre autres.

46. *Ibid.*, art 77, 84–85 et 96, par exemple.

47. *Ibid.*, art 55, 76, 85–87, 89–91, 94, 99, 101, 103–04, 113–15, par exemple.

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»⁴⁸. En outre, un important travail de réflexion et de débat a été entamé autour de la question de la reconnaissance par le droit républicain des compétences coutumières affirmées dans la Charte⁴⁹.

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 mutuel⁵⁰.

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

48. *Ibid* à la p 42.

49. 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.

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

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 ».

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 »⁵¹. Les autorités coutumières, par la nouvelle Assemblée du peuple kanak, affirment dans la Charte : « Nous soussignés... invitons instamment nos populations à la respecter et à la promouvoir »⁵². 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 SOCIÉTÉ⁵³.

51. *Ibid.*

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

53. *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 étatique⁵⁴. 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 mobiliserait pour en faire, peut-être, son droit vivant en partie ou en totalité. Elle pourra aussi être captée par une autorité légitime qui la relayerait ou s'en inspirerait 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 »⁵⁵ les traditions juridiques autochtones grâce à l'étude, 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.

54. Voir par exemple les décisions CA Nouméa, 22 mai 2014, no 12/00101, CA Nouméa, 26 mars 2015, no 14/00024, CA Nouméa, 23 avril 2015, no 14/00168.

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

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.

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*⁵⁶.

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 coutumier⁵⁷. Il trouve dans la parole des aînés « une source de connaissance »⁵⁸.

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 autochtone⁵⁹ 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

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

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

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

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

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 communautés⁶⁰.

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 récits⁶¹. 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 transmission⁶². Elles posent donc la question suivante : « *How do Indigenous communities recover, rebuild, and practise their own Indigenous legal traditions?* »⁶³ Un des moyens privilégiés de reconstruction des droits autochtones sera selon elles l'étude et l'analyse des récits fondateurs de chaque communauté⁶⁴. Cet exercice animé par des chercheurs inclut des activités d'échange et de délibération au sein des communautés concernées quant au sens et à la portée actuels des récits. Par un procédé inspiré des méthodes de la common law⁶⁵, 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 critique⁶⁶. L'exercice consistera en un travail rigoureux et rationnel d'analyse et de synthèse juridiques (« *legal analysis and*

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

61. 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 RD McGill 847 aux pp 868–74.

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

63. *Ibid* à la p 733.

64. « *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. Important principles, processes and consequences can taught and learned through them* », *ibid* aux pp 738–39; voir également *ibid* aux pp 725–54.

65. Borrows avait lui-même appliqué cette analogie entre les récits et les précédents jurisprudentiels, voir Borrows, *Recovering Canada*, *supra* note 56 aux pp 16–20.

66. « *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.

synthesis») permettant d'organiser et de communiquer la matière juridique de manière pratique et cohérente aux destinataires que sont notamment les étudiants et les professionnels⁶⁷. 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*⁶⁸.

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 se rapporte au statut des femmes, par exemple⁶⁹. 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 confortée⁷⁰.

Les chercheuses ne s'attardent pas longuement aux mécanismes par lesquels ce corpus sera mis en vigueur dans les communautés, mais

67. 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.

68. *Ibid* à la p 746.

69. Voir Emily Snyder, Val Napoleon et John Borrows, « Gender and Violence: Drawing on Indigenous Legal Resources » (2015) 48:2 UBC L Rev 593; *Gender in Indigenous Law Toolkit et Gender in Indigenous Law Case Book*, ILRU, University of Victoria, 2016.

70. Napoleon et Friedland, *supra* note 2 aux pp 746–48.

elles imaginent sa diffusion informelle dans les pratiques du droit spontané ou encore sa mobilisation plus formelle à l'occasion de projets d'autonomie gouvernementale⁷¹.

CONCLUSION

En définitive, le droit autochtone ne diffère pas fondamentalement, 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 vient toutefois singulariser l'univers autochtone. Ainsi, les modes de production et d'application du droit autochtone 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 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 cultures juridiques qui devra retenir l'attention des chercheurs à l'heure où la reconnaissance mutuelle et le dialogue apparaissent comme des conditions *sine qua non* de la réconciliation.

71. *Ibid* à la p 747.