

# L'écriture juridique autochtone : manifestation et gestion du pluralisme juridique

Vicky Sabourin and Ghislain Otis

Volume 52, Special Issue, 2022

Hommage posthume au professeur émérite Alain-François Bisson

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1111028ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1111028ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Sabourin, V. & Otis, G. (2022). L'écriture juridique autochtone : manifestation et gestion du pluralisme juridique. *Revue générale de droit*, 52, 155–194.  
<https://doi.org/10.7202/1111028ar>

Article abstract

*Based on three case studies made with Indigenous partners, this article illustrates that the choice made by an Indigenous People to use legal writing can be understood both as a strong manifestation of legal pluralism and as a way to manage such pluralism, i.e. as a means to acknowledge the concurring coexistence of Indigenous and State legal systems and to draw consequences for Indigenous normativity.*

*The uniqueness of the cases studied resides in the fact that they display a form of legal writing by and for an Indigenous People, parallel to the official legal system, which strongly expresses the reality of legal pluralism. Examining those cases through legal pluralism management theory sheds light on the fact that operators of Indigenous legal systems request, during the Indigenous legal writing process, a variety of legal pluralism management processes, based on strategies that they themselves have defined, as well as on their own assessment of the existing power struggles between the legal systems at play. Therefore, the more the Indigenous legal system reinforces its legitimacy and efficiency, in the way it deals with legal pluralism, the more the State legal system is likely to take it into account. However Indigenous legal writing has proven to be of great interest to the State as this paper will show.*

---

## L'écriture juridique autochtone : manifestation et gestion du pluralisme juridique

*Je suis de cette tradition de paroles...\**

---

VICKY SABOURIN\*\* ET GHISLAIN OTIS\*\*\*

### RÉSUMÉ

*S'appuyant sur trois études de cas réalisées avec des partenaires autochtones, cet article montre que le choix par un peuple autochtone de recourir à l'écriture juridique peut constituer à la fois une manifestation forte du pluralisme juridique et une démarche de gestion de ce pluralisme, c'est-à-dire un moyen de prendre acte de la coexistence concurrentielle des systèmes juridiques autochtone et étatique et d'en tirer des conséquences aux fins de la normativité autochtone.*

*L'originalité des cas étudiés réside dans le fait qu'ils donnent à voir une écriture juridique par et pour un peuple autochtone, en marge du droit officiel, ce qui exprime fortement la réalité du pluralisme juridique. L'examen des cas à l'étude par l'entremise de la théorie de la gestion du pluralisme juridique fera notamment ressortir le fait que les opérateurs des systèmes juridiques autochtones mobilisent, lors de la mise à l'écrit du droit autochtone, une gamme de procédés de gestion du pluralisme juridique à partir de stratégies qu'ils ont eux-mêmes définies et en tenant compte de l'évaluation qu'ils font des rapports de force entre les systèmes juridiques en présence. Ainsi, plus le système juridique autochtone, par la façon dont il gère le pluralisme juridique, renforce sa légitimité et son effectivité, plus le droit étatique sera susceptible d'en prendre acte. Or il sera montré que l'écriture juridique autochtone ne laisse pas l'État indifférent.*

---

\* Joséphine Bacon, *Uiesh Quelque part*, Montréal, Mémoire d'encrier, 2018, à la p 64.

\*\* LL. B., LL. M., avocate.

\*\*\* Ph. D., avocat, professeur à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa et directeur du Laboratoire sur la diversité juridique et les peuples autochtones.

Cet article est tiré en grande partie du mémoire de maîtrise de M<sup>e</sup> Vicky Sabourin, fruit d'une recherche réalisée au sein de la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones, sous la direction du professeur Ghislain Otis. Les auteurs tiennent à reconnaître la contribution des partenaires autochtones qui ont participé aux entretiens et partagé leur expérience ainsi que leurs connaissances. Ils sont plus particulièrement redevables aux personnes ayant coordonné les rencontres et les échanges au sein des communautés, à savoir M<sup>me</sup> Hélène Boivin, M Christian Cocoo et M Raphaël Mapou. Sans eux, cette recherche n'aurait pas été possible.

**MOTS-CLÉS :**

*Peuples autochtones, écriture juridique, pluralisme juridique, procédés de gestion.*

**ABSTRACT**

*Based on three case studies made with Indigenous partners, this article illustrates that the choice made by an Indigenous People to use legal writing can be understood both as a strong manifestation of legal pluralism and as a way to manage such pluralism, i.e. as a means to acknowledge the concurring coexistence of Indigenous and State legal systems and to draw consequences for Indigenous normativity.*

*The uniqueness of the cases studied resides in the fact that they display a form of legal writing by and for an Indigenous People, parallel to the official legal system, which strongly expresses the reality of legal pluralism. Examining those cases through legal pluralism management theory sheds light on the fact that operators of Indigenous legal systems request, during the Indigenous legal writing process, a variety of legal pluralism management processes, based on strategies that they themselves have defined, as well as on their own assessment of the existing power struggles between the legal systems at play. Therefore, the more the Indigenous legal system reinforces its legitimacy and efficiency, in the way it deals with legal pluralism, the more the State legal system is likely to take it into account. However Indigenous legal writing has proven to be of great interest to the State as this paper will show.*

**KEYWORDS:**

*Indigenous Peoples, legal writing, legal pluralism, management processes.*

**SOMMAIRE**

Introduction .....	157
I. Les cas d'écriture autochtone étudiés .....	161
A. La <i>Charte du peuple Kanak</i> .....	162
B. Les codes des <i>Pekuakamiulnuatsh</i> .....	165
C. Le projet de code <i>Atikamekw Nehirowisiw</i> .....	168
II. L'écriture et la gestion du pluralisme par l'articulation des systèmes juridiques .....	170
A. L'articulation par réception .....	171
B. L'articulation par retrait .....	176
III. L'écriture comme moyen de gérer le pluralisme « par adaptation » .....	178
A. L'écriture autochtone : démarche exemplaire de gestion par imitation .....	178
1. La langue .....	181
2. Le style et le vocabulaire .....	182
3. La structure .....	183

4.	La substance . . . . .	184
5.	La question de la codification . . . . .	187
B.	La modulation endogène . . . . .	189
	Conclusion . . . . .	193

## INTRODUCTION

L'objectif de cet article est de montrer, à partir de trois études de cas réalisées avec des partenaires autochtones<sup>1</sup>, en quoi le recours à l'écriture juridique par les peuples autochtones constitue à la fois une puissante manifestation du pluralisme juridique et une démarche autochtone de gestion de ce pluralisme, c'est-à-dire un moyen de prendre acte de la coexistence concurrentielle des systèmes juridiques autochtone et étatique et d'en tirer des conséquences à des fins de normativité autochtone<sup>2</sup>.

La mise par écrit de principes et de règles issus des ordres normatifs autochtones d'origine exoétatique n'est pas en soi un phénomène inédit. L'histoire coloniale et la pratique postcoloniale au Canada, et ailleurs dans le monde, fournissent en effet de nombreux exemples de situations où l'État, lorsqu'il ne prétend pas écrire lui-même le droit dit coutumier des populations colonisées<sup>3</sup>, exige ou encourage l'élaboration de textes juridiques par les Autochtones eux-mêmes au service du droit étatique<sup>4</sup>. L'écriture intervient alors *par* ou *pour* l'État. C'est ce qui se produit, par exemple, lorsqu'encore aujourd'hui les autorités

1. Ces études de cas seront exposées de manière détaillée dans la section II.

2. Voir Ghislain Otis, Jean Leclair et Sophie Thériault, *La vie du pluralisme juridique*, Paris, LGDJ, 2022 à la p 19.

3. Pour un survol des activités de rédaction de coutumes africaines par les autorités coloniales françaises, voir Jean Poirier, « La rédaction des coutumes juridiques françaises en Afrique d'expression française » dans John Gilissen, dir, *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1962, 275 aux pp 275–78.

4. La législation confie parfois aux autorités traditionnelles reconnues par la loi la tâche de contribuer à la rédaction du droit coutumier. Pour l'étude du cas, particulièrement intéressant, de la Namibie, voir Manfred O Hinz et JW Kwenani, « The Ascertainment of Customary Law » dans Manfred O Hinz et Helgar K Patemann, dir, *The Shade of New Leaves: Governance in Traditional Authority. A Southern African Perspective*, Afrikanische Studien 29, Münster, LIT, 2006, 203 aux pp 204–05; Manfred O Hinz, « Traditionnal 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 à la p 153.

fédérales canadiennes soumettent la délégation aux peuples autochtones de pouvoirs normatifs à une condition de production par ces derniers de règles écrites<sup>5</sup> rassemblées dans des codes ou des textes législatifs<sup>6</sup>, ou encore lorsque la loi fédérale tient la production de tels textes comme la modalité exemplaire et privilégiée de l'exercice d'un droit ancestral autochtone à l'autonomie gouvernementale<sup>7</sup>.

L'originalité des cas étudiés ici réside dans le fait qu'ils donnent à voir des initiatives unilatérales de la part de peuples autochtones n'agissant pas sous la dictée de l'État, mais de manière indépendante et au sein de systèmes non étatiques tenus pour autonomes. Cette écriture juridique *par et pour* un peuple autochtone, en marge du droit officiel, exprime de manière saillante la réalité du pluralisme juridique que nous définissons comme l'application simultanée et autonome, dans un même espace, d'ordres juridiques étatiques et non étatiques à l'égard des mêmes personnes et pour les mêmes matières<sup>8</sup>.

La notion de pluralisme juridique est certes très diversement problématisée dans le champ des études sociojuridiques<sup>9</sup>. Elle soulève notamment la question de la juridicité dont la définition échappe toujours au consensus scientifique en dépit d'une somme phénoménale

---

5. Comme l'écrit Grammond, « L'adoption de lois autochtones selon le modèle de la délégation doit respecter les exigences formelles du droit occidental. Ainsi, dans le cadre de ce modèle, les lois autochtones doivent généralement être écrites et rendues accessibles au public ». Voir Sébastien Grammond, « Un cadre conceptuel pour la reconnaissance du droit autochtone » (2022) 52 RGD 181 à la p 194.

6. Ainsi, lorsqu'une bande indienne souhaite, aux fins de la *Loi sur les Indiens*, passer à un régime électoral dit « coutumier », elle doit élaborer un code électoral conforme à certaines exigences du gouvernement fédéral. Voir Ghislain Otis, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada » (2004) 49 McGill LJ 393 aux pp 401–02; Grammond, *supra* note 5, aux pp 205–06. De même, aux termes de l'art 10(1) de la *Loi sur les Indiens*, une bande pourra décider de l'appartenance de ses effectifs « si elle en fixe les règles par écrit ». Voir aussi *Loi sur la gestion financière des premières nations*, LC 2005, c 9, arts 5 et 9; *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*, LC 2013, c 20, art 7; *Loi sur les élections au sein des premières nations*, LC 2014, c 5, art 42.

7. *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis [Loi concernant les enfants]*, LC 2019, c 24, arts 18–23.

8. Voir Otis, Leclair et Thériault, *supra* note 2 à la p 8.

9. La diversité et l'éclectisme des travaux savants consacrés au pluralisme juridique font que d'aucuns évoquent « les pluralismes juridiques ». C'est d'ailleurs le titre de l'édition de 2003 des *Cahiers d'anthropologie du droit*. De même, une auteure parle de « pluralités plurielles du droit ». Voir Margaret Davies, « Plural Pluralities of Law » dans Nicole Roughan and Andrew Halpin, dir, *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 239.

de travaux théoriques<sup>10</sup>. À l'instar de Tamanaha, nous privilégions une approche selon laquelle :

[L]e droit est ce que les membres d'un groupe social conviennent de désigner et de traiter comme tel dans leurs pratiques sociales (le droit est un concept populaire). Ceci est une méthode conventionnaliste pour identifier le droit plutôt qu'une définition de celui-ci<sup>11</sup>.

En outre, la conception du pluralisme juridique privilégiée dans la présente étude est descriptive en ce qu'elle appréhende la pluralité juridique comme un fait sociojuridique, une approche qui se distingue de la posture prescriptive des auteurs qui prônent la pluralité comme une voie privilégiée de réflexion et d'action en vue du changement social<sup>12</sup>.

Les juristes, formés à l'école du monisme étatique, tendent le plus souvent à porter leur attention sur la posture de l'État face aux normativités exoétatiques, et donc à faire peu de cas du positionnement des opérateurs non étatiques face à l'État. L'étude attentive de la production de textes juridiques par les Autochtones se démarque de cette orthodoxie statocentriste. Parce que nous nous intéressons à la perspective juridique autochtone indépendamment du droit officiel, il ne sera pas question dans cet article d'un important contentieux dont la Cour suprême du Canada est saisie et qui concerne plutôt la place que le droit étatique canadien fera ou non aux ordres juridiques autochtones<sup>13</sup>.

---

10. Pour des synthèses particulièrement éclairantes, voir notamment Edwige Rude-Antoine et Geneviève Chrétien-Vernicos, dir, *Anthropologies et droits, état des savoirs et orientations contemporaines*, Paris, Dalloz, 2009, aux pp 25–103, et Emmanuel Melissaris, *Ubiquitous Law*, Farnham, Ashgate, 2009, aux pp 7–43.

11. Brian Z Tamanaha, « The Promise and Conundrums of Pluralist Jurisprudence », (2019) 82(1) *MLR* 159 à la p 178 : « [...] law is whatever people in social groups conventionally identify and treat through their social practices as law (law is a folk concept). Not itself a concept or definition of law, this is a conventionalist method for identifying law. » Voir aussi entre autres Brian Z Tamanaha, *Legal Pluralism Explained. History, Theory, Consequences*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p 200.

12. Nicole Roughan et Andrew Halpin, « The Promises and Pursuits of Pluralist Jurisprudence » dans Roughan et Halpin, *supra*, note 9, 326 aux pp 341–51. Ces auteurs estiment en effet que pour être authentiquement pluraliste, une démarche doit fournir « un fondement normatif ou porteur d'aspirations au pluralisme » (*a normative or aspirational basis for pluralism*).

13. Voir les pourvois actuellement en délibéré en appel des décisions *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, 2022 QCCA 185, et *Dickson v Vuntut Gwitchin First Nation*, 2021 YKCA 5.

L'écriture juridique autochtone surgit dans un écosystème normatif traditionnellement dominé par la gestuelle et l'oralité. Elle pose alors inéluctablement la question du rapport du texte au droit non écrit. Lorsque la finalité de la mise par écrit n'est pas de supplanter le droit préexistant, mais d'en proposer une formulation, le document autochtone servira de guide ou d'enseignement complémentaire aux vecteurs traditionnels de circulation des savoirs normatifs<sup>14</sup>. Le but de l'itération scripturale est alors non pas de capter de manière exhaustive le foisonnement des pratiques coutumières<sup>15</sup>, mais de consolider la transmission des éléments fondamentaux du droit au sein de la communauté tout en induisant une potentielle dialectique entre le message écrit et la pratique normative spontanée. Il se peut toutefois que l'on veuille investir l'écrit d'une valeur exécutoire intrinsèque et exclusive, qui pourrait, apparemment, se substituer au droit non écrit. Cette voie est particulièrement idoine lorsque l'entreprise vise l'engendrement d'un droit nouveau dans le but, peut-être, d'adapter le système juridique autochtone pour qu'il soit à même de répondre aux besoins et aux réalités d'aujourd'hui. Encore faudra-t-il, bien sûr, que les prétentions monopolistiques du droit porté par le texte puissent s'imposer, dans les faits, aux pratiques normatives informelles<sup>16</sup>. Le choix de la valeur normative accordée au document revient ultimement au peuple autochtone lui-même à qui il est totalement loisible de ne pas tenir le droit non écrit pour le parangon de l'authenticité juridique autochtone.

De même, parce que le droit écrit a été, dans le contexte de la rencontre des univers juridiques autochtone et européen, un apport occidental, l'écriture autochtone met en évidence le problème que pose son rôle dans l'interaction des traditions et des systèmes juridiques. Dans quelle mesure la pratique autochtone de l'écriture met-elle en branle des stratégies et des procédés de prise en charge par les Autochtones du fait sociojuridique de la pluralité? C'est la réponse à cette question spécifique que nous tenterons de formuler dans les pages qui suivent.

---

14. Ghislain Otis, «La production autochtone du droit: comportement, commandement, enseignement» (2018) 48 RGD 67 aux pp 80–81.

15. Leca a fort pertinemment souligné «le fait que la coutume est usage, que les usages ne peuvent être ni fixes ni uniformes et que leur souplesse est inhérente au phénomène coutumier, qu'on ne peut enfermer dans un texte écrit, univoque et définitif». Voir Antoine Leca, «La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie» (2018) 75:1 Dr et Cult 229 au para 21.

16. Voir Otis, Leclair et Thériault, *supra* note 2 aux pp 75–77.

L'examen des cas à l'étude par l'entremise de la théorie de la gestion du pluralisme juridique fera notamment ressortir le fait que les opérateurs des systèmes juridiques autochtones font figure de protagonistes autonomes, stratégiques et sophistiqués de la vie du pluralisme juridique. Nous verrons qu'ils mobilisent une gamme de procédés de gestion du pluralisme juridique à partir de stratégies qu'ils ont eux-mêmes définies en tenant compte de l'évaluation qu'ils font des rapports de force entre les systèmes juridiques en présence.

Dans la première partie de l'article, nous décrivons sommairement les travaux d'écriture réalisés par trois communautés ou peuples autochtones au Québec et en Nouvelle-Calédonie. Les deux parties suivantes seront consacrées à un examen plus approfondi des documents étudiés en vue de mettre au jour les manières par lesquelles l'écrit permet aux opérateurs des systèmes juridiques autochtones de prendre en charge les conséquences de la coexistence du droit autochtone et du droit non autochtone. Ainsi, la deuxième partie mettra en lumière comment, à la faveur de l'écriture, les Autochtones entreprennent de gérer le pluralisme juridique en déployant des procédés d'articulation des systèmes en présence, c'est-à-dire en déterminant l'effet juridique direct du droit étatique aux fins du droit autochtone. La troisième et dernière partie montrera comment l'écriture constitue aussi un lieu de gestion du pluralisme juridique par adaptation du droit autochtone face au contact du droit étatique.

## I. LES CAS D'ÉCRITURE AUTOCHTONE ÉTUDIÉS

Cet article rend compte d'une étude menée en collaboration avec trois peuples autochtones qui ont réalisé ou qui poursuivent des travaux de rédaction de leurs principes et de leurs règles juridiques. Il s'agit de peuples dont la langue européenne reçue de la colonisation est le français et qui vivent dans un cadre juridique étatique marqué par la tradition civiliste. Il a paru particulièrement idoine de déterminer dans quelle mesure les enjeux, les modalités et les techniques de l'écriture juridique autochtone sont tributaires de cette relation commune à la francophonie juridique internationale<sup>17</sup>. Il importe par ailleurs de

---

17. L'écriture juridique est aussi, bien sûr, un phénomène de plus en plus observable dans les provinces et les territoires canadiens où s'applique la common law. Pour un exemple de recueil de lois autochtones relatives à la terre et aux ressources, voir *Secwépemc, Lands and Resources Law Research Project*, Shuswap Nation Tribal Council et Indigenous Law Research Unit, en ligne: <[www.shuswapnation.org](http://www.shuswapnation.org)>.

réitérer que la recherche a voulu examiner des démarches d'écriture autonomes et non des processus visant à satisfaire une demande étatique, comme c'est le cas par exemple du « texte législatif » de la communauté atikamekw nehirowisiw de Wemotaci s'inscrivant dans le régime de la *Loi concernant les enfants*<sup>18</sup>.

Les cas étudiés illustrent des stratégies, des approches et des méthodes qui, bien qu'elles diffèrent à plus d'un égard, procèdent d'une commune volonté d'autodétermination des peuples concernés et d'un désir partagé de se faire un acteur de la vie et de la gestion du pluralisme juridique tout en composant avec un rapport de force asymétrique avec l'ordre juridique dominant issu de la colonisation.

### A. La *Charte du peuple Kanak*

Le peuple kanak occupe depuis des millénaires un territoire situé dans l'océan Pacifique Sud, qui est rattaché à la République française et qui se nomme la Nouvelle-Calédonie. Au moment de la prise de possession du territoire par la France, en 1853, la Nouvelle-Calédonie était déjà habitée par ce peuple mélanésien. Encore aujourd'hui, les Kanaks sont régis par le droit coutumier pour les matières relevant du droit civil<sup>19</sup>. Ainsi, les chefs de clan occupent toujours une place importante dans la création et l'application du droit kanak.

Quant aux habitants calédoniens qui ne relèvent pas d'un statut coutumier, ils sont régis par le droit commun, à savoir le droit civil. L'organe étatique ayant le pouvoir d'édicter des lois pour la Nouvelle-Calédonie est le Congrès<sup>20</sup>. Celui-ci a été mis en place en 1988, à la suite de la signature des *Accords de Matignon-Oudinot*<sup>21</sup>. En conséquence, et en ce qui concerne la juridiction civile, il y a aujourd'hui deux systèmes juridiques reconnus en fonction du statut d'une personne, soit le droit coutumier et le droit commun.

---

18. *Supra* note 7. Voir aussi Radio-Canada, « Protection de la jeunesse : Wemotaci choisit l'autonomie, sans consultation », *Radio-Canada* (8 mars 2022), en ligne : <[www.ici.radio-canada.ca/nouvelle/1864974/protection-jeunesse-atikamekw-consultation-c92-nation-neashit-awashish](http://www.ici.radio-canada.ca/nouvelle/1864974/protection-jeunesse-atikamekw-consultation-c92-nation-neashit-awashish)>.

19. *Loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie*, art 7 [*Loi organique de 1999*].

20. *Ibid*, art 99.

21. *Accords de Matignon-Oudinot du 26 juin 1988 relatif à la Nouvelle-Calédonie*, en ligne (pdf) : <[www.mncparis.fr/uploads/accords-de-matignon\\_1.pdf](http://www.mncparis.fr/uploads/accords-de-matignon_1.pdf)>.

En 1998, un Sénat coutumier, composé uniquement de Kanaks, a été créé à la suite de la signature de l'*Accord de Nouméa*<sup>22</sup>. Les sénateurs doivent obligatoirement être informés de toute décision gouvernementale relevant des affaires coutumières<sup>23</sup>. De plus, le Sénat a notamment le pouvoir de saisir le gouvernement et le Congrès de toute proposition législative relative au droit coutumier<sup>24</sup>.

La décision de rédiger un document juridique kanak naît d'un sentiment partagé par tous les sénateurs. En effet, vers l'an 2000, les membres du Sénat désirent saisir le Congrès d'un projet de loi qui consacrerait une valeur légale aux décisions prises par les chefs de clan, les « palabres »<sup>25</sup>. Sur une période d'environ 10 ans, les 16 sénateurs issus des différentes aires coutumières du pays se rendent compte qu'ils ne sont pas en mesure de « raisonner sur de mêmes pages, sur de mêmes références »<sup>26</sup>. Ils le ressentent tous, il leur faut un guide, un socle commun des valeurs et des principes coutumiers kanaks<sup>27</sup>.

Dès lors, en octobre 2012, deux équipes sont créées avec pour mission de recueillir et de consigner la tradition orale porteuse des valeurs et des principes fondamentaux de l'ordre social et coutumier du peuple kanak. Le premier groupe, le comité de pilotage, devait être composé en partie d'élus kanaks du Congrès et serait responsable de valider les étapes<sup>28</sup>. Le deuxième groupe, appelé groupe d'animation et composé de coutumiers, se chargerait de mettre en œuvre les différentes étapes<sup>29</sup>. Le comité d'animation a d'abord mené des consultations nommées « la parole au pied du sapin et du cocotier », où la femme représente le cocotier et l'homme, le sapin<sup>30</sup>. Prenant la forme de cercles de partage, ces rencontres avaient comme objectif de faire ressortir les traditions orales, les « goubas »<sup>31</sup>.

---

22. *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998*, en ligne : <[www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000555817](http://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000555817)>.

23. *Ibid*, art 1.2.5.

24. *Loi organique de 1999*, *supra* note 19 art 145.

25. *Entrevue avec un Kanak ayant participé à l'élaboration de la Charte du peuple Kanak*, 2019 aux pp 4–5 [Entrevue Kanak].

26. *Ibid* à la p 6.

27. *Ibid* à la p 7.

28. *Ibid* aux pp 7 et 16.

29. *Ibid* aux pp 11 et 16.

30. *Ibid* à la p 7.

31. *Ibid*.

Par la suite, trois rencontres des coutumiers tenues dans chacune des grandes régions ont permis d'échanger au sujet des données recueillies, puis de déterminer l'orientation des travaux futurs<sup>32</sup>. En décembre 2013, des états généraux de synthèse regroupant des Autochtones et des allochtones du pays ont été organisés, dans le but de mettre en commun l'information retenue et d'en faire la synthèse<sup>33</sup>. C'est à ce moment que s'est posée la question de la forme : devaient-ils transformer les résultats obtenus en chanson ou en poésie? Non! Ils devaient en tirer un document écrit de facture juridique<sup>34</sup>.

Un projet de texte a été présenté dans les chefferies par des équipes de travail nommées des « pirogues ». Celles-ci ont tenu plus de 40 réunions à travers le pays, du 10 au 21 mars 2014<sup>35</sup>. À la suite des présentations de la synthèse, une analyse en a été faite, lors d'un colloque présenté les 4 et 5 avril 2014, par des juristes autochtones et allochtones afin que ces derniers puissent répondre à certaines préoccupations d'ordre juridique<sup>36</sup>. La finalisation du document s'est réalisée en 15 jours<sup>37</sup>. En plus des consultations, les rédacteurs ont notamment pris en considération la jurisprudence civile coutumière émanant des tribunaux avec assesseurs coutumiers, ainsi que certaines lois, dont la *Loi organique de 1999*, et la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*<sup>38</sup>.

Les scripteurs avaient pour défi de donner au document, qui s'intitulera la *Charte du peuple Kanak*, un style juridique courant tout en préservant l'essence du message coutumier<sup>39</sup>. Avant de procéder à la proclamation de la *Charte* le 26 avril 2014 par la grande majorité des chefferies, certains membres du Sénat ont vérifié la fidélité coutumière du message<sup>40</sup>.

---

32. *Ibid.*

33. *Ibid* aux pp 7 et 11.

34. *Ibid* à la p 8.

35. Jérôme Bouquet-Elkaïm, « Comment s'est écrite la Charte du peuple Kanak? Ou comment partir de soi pour aller vers l'autre » dans Ghislain Otis, dir, *La rencontre des systèmes juridiques autochtones et étatiques : coopération ou confrontation*, Québec, Presse de l'Université de Laval, 2019 aux pp 425 et 427; *Entrevue Kanak*, supra note 25 à la p 8.

36. Bouquet-Elkaïm, supra note 35 à la p 427; *Entrevue Kanak*, supra note 25 aux pp 8–9.

37. Bouquet-Elkaïm, supra note 35 à la p 436.

38. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Doc off AG NU, 33<sup>e</sup> sess, Doc NU A/RES//61/295 (2007). À propos des documents consultés, voir Bouquet-Elkaïm, supra note 35 à la p 436 et *Entrevue Kanak*, supra note 25 à la p 14.

39. Bouquet-Elkaïm, supra note 35 à la p 428.

40. *Ibid* aux pp 425 et 431.

D'abord écrit en français, le document a été traduit dans les nombreuses langues traditionnelles kanakes et en anglais<sup>41</sup>. La *Charte du peuple Kanak*<sup>42</sup> reprend très largement la coutume. Ainsi, le texte énonce les valeurs fondamentales et les principes généraux qui touchent l'organisation sociale, le cycle de vie d'une personne et la gestion des terres et des ressources. De plus, le document énonce des règles concernant la culture et l'éducation, les conflits et les juridictions. Finalement, les derniers articles affirment l'exercice du droit à l'autodétermination du peuple kanak.

La *Charte du peuple Kanak* constitue le socle commun des valeurs et des principes de l'ensemble du peuple. Elle n'a pas en soi de valeur juridiquement contraignante autonome. Elle est un guide pour toutes les décisions, qu'elles soient étatiques ou coutumières, qui concernent l'identité kanake<sup>43</sup>. Conséquemment, cette *Charte* a été publiée à plus de 25 000 exemplaires et distribuée partout à travers le pays<sup>44</sup>. Toutefois, les études démontrent à ce jour une faible utilisation de la *Charte* par les coutumiers, à l'inverse des tribunaux étatiques avec assesseurs coutumiers qui y ont abondamment recours<sup>45</sup>.

## B. Les codes des *Pekuakamiulnuatsh*

Les *Pekuakamiulnuatsh* sont des Autochtones faisant partie de la Première Nation Innu. Leur communauté vit à Mashteuiatsh, sur les bords du lac Saint-Jean, au Québec. L'institution politique et administrative de la communauté se nomme *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan*. Cette institution, responsable de l'administration et de la gestion du territoire et des ressources, exerce notamment des pouvoirs prévus par la *Loi sur les Indiens*<sup>46</sup>. Celle-ci est entièrement composée d'Autochtones membres de la communauté.

Dans les années 1980, un conflit survient entre les usagers du territoire. En effet, la population de *ouananiches* dans le lac Saint-Jean a considérablement diminué, et certains jettent le blâme sur les

---

41. *Entrevue Kanak, supra* note 25 à la p 19.

42. Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, *Charte du peuple Kanak : socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation Kanak*, 2014, art 100 [Charte Kanak ou Charte du peuple Kanak].

43. *Entrevue Kanak, supra* note 25 aux pp 15 et 20.

44. *Ibid* aux pp 19–20.

45. *Ibid* aux pp 24–26 et 33.

46. LRC 1985, C-5.

*Pekuakamiulnuatsh*. Notamment afin d'entrer en dialogue avec les autorités gouvernementales, les membres du *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* décident d'entreprendre l'écriture d'un document qui encadrerait la gestion de ce saumon d'eau douce et établirait clairement l'usage responsable et durable des ressources<sup>47</sup>. Satisfaits de l'incidence du document sur leur relation avec les institutions étatiques, les membres du *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* ont par la suite procédé à l'écriture d'autres documents juridiques, dont un concernant la chasse à l'original.

Une trentaine d'années plus tard, soit en 2016, certains membres du *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* recommandent aux *Katakuhimatsheta*<sup>48</sup> d'effectuer une révision majeure des documents. En effet, les textes ne permettent plus de répondre aux besoins sans cesse grandissants des membres ni à l'évolution des revendications territoriales et des droits ancestraux de la communauté. C'est ainsi que débute le chantier de la rédaction du *Code de pratiques sur les prélèvements fauniques*<sup>49</sup> et du *Code d'occupation et d'utilisation de Tshitassinu*<sup>50</sup>.

Le processus de rédaction s'est échelonné sur environ une année<sup>51</sup>. Le personnel du *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* chargé du projet avait une connaissance et des compétences variées au sujet des prélèvements fauniques et de l'occupation et de l'utilisation du territoire<sup>52</sup>.

Les codes expriment des normes qui ont principalement été inspirées des règles traditionnelles de gouvernance du territoire, répertoriées auprès d'acteurs de la communauté, notamment les agents territoriaux, normes qui ont toutefois été adaptées à la vie moderne<sup>53</sup>. De plus, différents documents autochtones, comme la

---

47. *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh ayant participé à l'élaboration du Code d'occupation et d'utilisation de Tshitassinu et le Code de pratique sur les prélèvements fauniques*, 2019 à la p 3 [*Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*].

48. Désigne spécifiquement les élus de *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* et fait référence à l'entité ou l'institution qu'ils représentent. Ce terme identifie aussi le bureau des élus, l'endroit où ils se trouvent et où on peut les joindre dans le cadre de leurs fonctions.

*Code de pratique sur les prélèvements fauniques*, n° 2017-03 à la p 3 [*Code de pratique*].

49. *Ibid.*

50. *Code d'occupation et d'utilisation de Tshitassinu*, n° 2017-01 [*Code d'occupation*]; *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, supra note 47 aux pp 5, 7 et 57.

51. *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, supra note 47 aux pp 43–44.

52. *Ibid* aux pp 35–36.

53. *Ibid* à la p 35.

*Stratégie d'occupation et d'utilisation de Tshitassinu*<sup>54</sup>, la *Politique d'affirmation culturelle des Pekuakamiulnuatsh*<sup>55</sup> et la grande recherche menée par le Conseil Atikamekw-Montagnais ont aussi été consultés<sup>56</sup>. Des documents allochtones ont également été pris en compte. Parmi eux, les recherches scientifiques d'un anthropologue, des jugements et des lois étatiques<sup>57</sup>. Une fois ces étapes du processus terminées, les ébauches ont été révisées par un avocat du *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan*, mais aussi par des avocats d'un cabinet indépendant<sup>58</sup>. La consultation de documents étatiques et la révision des documents ont servi à prévenir les conflits normatifs, mais aussi, l'écriture de règles trop sévères<sup>59</sup>.

D'août 2016 à janvier 2017, les textes ont fait l'objet de plusieurs présentations et consultations auprès des *Katipelitaka* et des groupes ciblés, tels les aînés, les femmes et les jeunes<sup>60</sup>. Ensuite, deux consultations publiques ont eu lieu afin de permettre à tous les membres de la communauté de prendre connaissance des textes et de les commenter<sup>61</sup>. Par la suite, un rapport faisant un bilan-synthèse des consultations a été élaboré, puis des modifications ont été apportées aux projets de codes<sup>62</sup>. S'ensuivit une deuxième ronde de consultations publiques<sup>63</sup>.

Un avis public a annoncé l'adoption des codes en février 2017<sup>64</sup>. Ils ont alors été communiqués à différents ministères<sup>65</sup> et publiés sur le site du *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan*. Les membres de la communauté peuvent aussi se procurer un exemplaire écrit<sup>66</sup>.

---

54. *Stratégie d'occupation et d'utilisation de Tshitassinu*, 2017, en ligne (pdf): <[www.mashteuiatsh.ca/images/stories/avispublic/Strategie\\_Occupation-et-Utilisation\\_2e-phase-de-consultation.pdf](http://www.mashteuiatsh.ca/images/stories/avispublic/Strategie_Occupation-et-Utilisation_2e-phase-de-consultation.pdf)>.

55. *Politique d'affirmation culturelle des Pekuakamiulnuatsh*, 2005, en ligne (pdf): <[www.mashteuiatsh.ca/stories/pdf/PAC/fra.pdf](http://www.mashteuiatsh.ca/stories/pdf/PAC/fra.pdf)>.

56. *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, *supra* note 47 aux pp 36–37.

57. *Ibid* à la p 38.

58. *Ibid* aux pp 39–40.

59. *Ibid* aux pp 38–39.

60. *Ibid* aux pp 41–42.

61. *Ibid* à la p 42.

62. *Ibid*.

63. *Ibid* aux pp 42–43.

64. *Ibid* à la p 43.

65. *Ibid* à la p 44.

66. *Ibid*.

Les codes contiennent, entre autres, des valeurs, des principes, des règles de prélèvements fauniques, d'utilisation et d'occupation du territoire, des mesures de suivi et des sanctions<sup>67</sup>. Les documents s'adressent aux membres de la communauté et ont une valeur juridique semblable à celle d'un règlement étatique, sans être aussi contraignants<sup>68</sup>. Les règles contenues dans les documents sont donc obligatoires, mais leur application demeure souple<sup>69</sup>.

### C. Le projet de code *Atikamekw Nehirowisiw*

Les *Atikamekw Nehirowisiwok* sont des Autochtones qui vivent sur un territoire qu'ils nomment le *Nitaskinan* et qui se situe dans la Haute-Mauricie, au Québec. Les membres qui composent la nation sont répartis en trois communautés : Manawan, Obedjiwan et Wemotaci. Dans leur relation avec les gouvernements, chacune des communautés est représentée par un chef. La nation atikamekw est en certaines matières représentée par un Grand Chef en vertu du *Protocole d'entente politique*<sup>70</sup>. Les leaders atikamekw nehirowisiw ont d'ailleurs proclamé en 2014 une *Déclaration de souveraineté*<sup>71</sup>.

Depuis des dizaines d'années, les *Atikamekw Nehirowisiwok* sont en négociation territoriale avec le gouvernement en vue de la signature d'un traité. Du côté autochtone, l'institution responsable de ces négociations se nomme *Atikamekw Sipi*. Incorporée en tant qu'organisme à but non lucratif, celle-ci est composée uniquement de membres de la communauté.

C'est notamment dans ce contexte d'affirmation et d'autodétermination de leurs droits, mais aussi dans l'objectif d'assurer la transmission des savoirs et des règles traditionnelles concernant l'usage et la gestion du territoire traditionnel, que les aînés atikamekw nehirowisiw proposèrent de les mettre par écrit<sup>72</sup>.

---

67. *Ibid* à la p 45.

68. *Ibid* à la p 40.

69. *Ibid* aux pp 40–41.

70. Atikamekw Sipi, « Protocole d'entente politique concernant l'élection d'un(e) Grand(e) Chef » (30 août 2002), en ligne (pdf) : *Atikamekw Sipi* <[www.atikamekwsipi.com/public/images/wbr/uploads/office/protocole\\_enten.pdf](http://www.atikamekwsipi.com/public/images/wbr/uploads/office/protocole_enten.pdf)>.

71. Conseil de la Nation Atikamekw, « Déclaration de souveraineté d'Atikamekw Nehirowisiw » (8 septembre 2014), en ligne : *Atikamekw Sipi* <[www.atikamekwsipi.com/public/images/wbr/uploads/publication/IMG\\_6175.JPG](http://www.atikamekwsipi.com/public/images/wbr/uploads/publication/IMG_6175.JPG)>.

72. *Entrevue avec des Atikamekw Nehirowisiwok participant au projet de rédaction du Code de pratique Atikamekw Nehirowisiw*, 2019 à la p 79 [*Entrevue Atikamekw Nehirowisiwok*].

L'idée a fait son chemin au sein de la nation de sorte que des travaux de cueillette et de compilation des savoirs et des règles traditionnels furent mis en branle. Les personnes ayant la mission de récolter les données ont été choisies par les chefs de territoire<sup>73</sup> en raison de leurs connaissances et de leurs compétences particulières en ce qui concerne les matières destinées à faire l'objet du travail d'écriture. Ces personnes qui jouissent d'un grand respect dans la communauté sont en outre connues pour leur rôle dans la transmission des savoirs normatifs coutumiers<sup>74</sup>.

Des consultations ont d'abord été menées auprès des aînés<sup>75</sup>. Les résultats de cette démarche ont été présentés à la communauté à l'occasion de deux colloques qui ont permis à tous de s'exprimer sur divers sujets, notamment les caractéristiques fauniques des ressources du *Nitaskinan* et les principes territoriaux<sup>76</sup>.

Par la suite, des entrevues avec des groupes ciblés tels les jeunes et les femmes, prenant la forme de cercles de partage, ont eu lieu<sup>77</sup>. Certains documents autochtones, tels des documents provenant des archives de la communauté, et des sources non autochtones, comme des documents anthropologiques, ont aussi été consultés par les rédacteurs<sup>78</sup>. Une fois ces étapes terminées et les premiers brouillons de texte esquissés, les membres de l'équipe de rédaction ont approché des personnes pratiquant la chasse et la pêche afin que celles-ci comparent les pratiques traditionnelles décrites dans le projet de code avec les pratiques actuelles, les commentent et les reformulent pour les rendre plus conformes aux réalités contemporaines<sup>79</sup>.

À ce jour, les travaux préparatoires n'ont pas été parachevés. Il est toutefois acquis que la rédaction d'un *Code de pratique Atikamekw Nehirowisiw* a pour objectif principal d'assurer la pérennité des connaissances et des normes *atikamekw nehirowisiw* concernant l'usage du territoire et des ressources<sup>80</sup>. Il est donc envisagé qu'un document écrit en *atikamekw nehiromowin* dans un langage familier soit élaboré

---

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*

75. *Ibid* à la p 80.

76. *Ibid.*

77. *Ibid* à la p 82.

78. *Ibid.*

79. *Ibid* aux pp 82–83.

80. *Ibid* aux pp 77–78.

en vue de transmettre ces connaissances et ces normes aux générations futures<sup>81</sup>. Toutefois, une autre version rédigée en français et dans un style juridique deviendrait obligatoire pour les membres de la communauté à qui le code s'adresse<sup>82</sup>. Elle servirait également à communiquer les normes autochtones aux instances étatiques et aux non-Autochtones en général<sup>83</sup>. Afin de rendre le document conforme au droit étatique et international, cette version juridique sera révisée par un avocat et sera aussi ajustée<sup>84</sup>.

Lorsque leur écriture sera terminée, les documents seront validés par les aînés de la communauté<sup>85</sup>. Au moment des entretiens, il restait aux rédacteurs à effectuer certaines consultations, à rédiger le document final et à le présenter aux membres de la communauté<sup>86</sup>. De plus, la relation entre les documents et le droit non écrit restait également à être déterminée<sup>87</sup>. Les participants étaient cependant portés à conclure que la rédaction des coutumes n'écarterait pas totalement l'application du droit oral, lui laissant plutôt un rôle supplétif<sup>88</sup>.

## II. L'ÉCRITURE ET LA GESTION DU PLURALISME PAR L'ARTICULATION DES SYSTÈMES JURIDIQUES

Des travaux réalisés au sein du projet *Legitimus*<sup>89</sup> ont, à partir de données empiriques prélevées dans différentes régions du monde, théorisé le phénomène de la gestion du pluralisme juridique par les différents systèmes protagonistes de ce pluralisme<sup>90</sup>. Les chercheurs définissent la gestion du pluralisme juridique comme la mise en place de mesures par un système en vue de prendre acte de l'existence d'un autre système et d'en tirer des conséquences à ses propres fins<sup>91</sup>.

---

81. *Ibid* aux pp 84–85.

82. *Ibid*.

83. *Ibid* aux pp 85–86.

84. *Ibid*.

85. *Ibid* aux pp 82–83.

86. *Ibid* aux pp 86–88.

87. *Ibid* à la p 90.

88. *Ibid* à la p 91.

89. Pour en savoir plus sur ce grand partenariat international de recherche, voir en ligne : <[www.legitimus.ca](http://www.legitimus.ca)>.

90. Voir Otis, Leclair et Thériault, *supra* note 2.

91. Ghislain Otis et Sophie Thériault, « Les procédés de gestion du pluralisme juridique » dans Otis, Leclair et Thériault, *supra* note 2, aux pp 31–32.

Ils qualifient les systèmes concernés par la gestion du pluralisme juridique de « système gestionnaire » et de « système de référence » :

On appellera « système gestionnaire » le système déployant les actions et adoptant les mesures de prise en charge, pour ses propres fins, des conséquences de l'existence d'un ou d'autres systèmes juridiques. Le « système de référence » est celui auquel se réfère le système gestionnaire pour en déterminer les conséquences et les prendre en charge pour ses propres fins<sup>92</sup>.

Le premier procédé de gestion du pluralisme juridique répertorié est la gestion par *articulation* des systèmes :

Articuler un système à un autre implique généralement de la part du système articulateur la prise en considération — formelle ou informelle, générale ou sectorielle — du système de référence de manière à conférer ou reconnaître à ce dernier un effet *de jure* direct et contraignant aux fins du système gestionnaire<sup>93</sup>.

Cette articulation s'effectue soit par l'intégration dans le droit du système gestionnaire du droit issu du système de référence (la réception), soit en cédant la place à l'autre système pour le traitement d'une situation donnée (le retrait)<sup>94</sup>. Nous nous pencherons d'abord sur la réception.

## A. L'articulation par réception

La réception procure aux éléments du système de référence reçus la même valeur dans le système gestionnaire que le droit que ce dernier génère lui-même, et ce, selon sa propre hiérarchie des normes. Tout en reconnaissant l'existence de règles et de principes exogènes au système gestionnaire, ce dernier déploiera ses propres ressources pour les interpréter, les acclimater et assurer la mise en œuvre du droit reçu<sup>95</sup>. Conséquemment, le justiciable pourra se tourner vers les instances reconnues par le système gestionnaire pour la prise en charge des situations de conflits.

---

92. *Ibid* à la p 32.

93. *Ibid* à la p 33.

94. *Ibid* à la p 34.

95. *Ibid* aux pp 34–35.

L'État a fréquemment, tant à l'époque coloniale que postcoloniale, mobilisé ce procédé de manière à rendre opposables en droit étatique, sous réserve de conditions ou de contraintes diverses, des actes, des statuts ou des normes originellement non étatiques. En revanche, si la pratique étatique en matière d'articulation par réception a été abondamment documentée et analysée, il en va autrement de la pratique des opérateurs des systèmes non étatiques, y compris les systèmes autochtones auxquels peu de travaux ont été à ce jour consacrés.

Or la démarche d'écriture offre aux acteurs autochtones l'occasion de jauger l'opportunité d'opérer la réception dans leur texte de principes, de normes ou d'autres éléments du droit étatique. Et, de fait, il arrive que la réception autochtone du droit non autochtone se produise comme en attestent les données de la recherche menée dans le cadre de ce projet. En effet, certains articles du *Code de pratique sur les prélèvements fauniques*, rédigés par les *Pekuakamiulnuatsh*, effectuent un renvoi à des lois provinciales ou fédérales canadiennes. L'un des interlocuteurs explique pourquoi :

[Dans le] code faunique, c'est tous les aspects de sécurité par rapport, [par exemple] à la sécurité nautique, on réfère aux lois actuellement en place. Avec les armes à feu aussi. Peut-être même par rapport aux espèces en péril. [...] Sur ces sujets-là, on n'a pas inventé une loi<sup>96</sup>.

Ainsi, l'article 9.1.1 de ce code soumet les *Pekuakamiulnuatsh* aux lois applicables en matière d'armes à feu dont, notamment, la *Loi sur les armes à feu*<sup>97</sup> et le *Règlement d'adaptation visant les armes à feu des peuples autochtones du Canada*<sup>98</sup>. Selon les interlocuteurs, l'objectif de ce renvoi est d'assurer la sécurité des membres de la communauté sur *Tshitassinu*<sup>99</sup>. De plus, l'article 2.1.7 du même code concernant les espèces en voie d'extinction renvoie à la définition qui en est faite dans la *Loi sur les espèces menacées ou vulnérables*<sup>100</sup> ou dans la *Loi sur les espèces en péril*<sup>101</sup>. Finalement, les articles 4.2.17 et 4.3.10 renvoient à la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*<sup>102</sup>. De plus, le

96. Entrevue avec des *Pekuakamiulnuatsh*, supra note 47 à la p 27.

97. LC 1995, c 39.

98. DORS/98-205.

99. Entrevue avec des *Pekuakamiulnuatsh*, supra note 47 à la p 27.

100. RLRQ c E-1201.

101. LC 2002, c 29.

102. RLRQ c C-611.

*Code de pratique sur les prélèvements fauniques* prévoit l'incorporation immédiate des modifications subséquentes au droit étatique enchâssé dans le système juridique des *Pekuakamiulnuatsh* :

Lorsque le présent code incorpore par référence une loi ou un encadrement fédéral ou provincial, il incorpore par la même occasion tout amendement ou remplacement de cette même loi ou encadrement postérieurement à la date d'adoption du présent encadrement<sup>103</sup>.

En intégrant par renvoi ces lois étatiques, ou une partie de celles-ci, dans le *Code de pratique sur les prélèvements fauniques*, ces règles acquièrent ainsi la même valeur juridique que celles contenues dans le système juridique des *Pekuakamiulnuatsh*. Conséquemment, *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* utilise ses ressources monétaires et humaines, dont les agents territoriaux, pour assurer le respect de règles exogènes devenues des règles innues.

En intégrant des normes étatiques dans le code, *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* cherche-t-il à renforcer la légitimité et l'effectivité de son système juridique à l'égard de l'État? Les entrevues démontrent qu'effectivement, l'un des objectifs poursuivis est d'éviter un conflit normatif avec l'État et conséquemment, de protéger ses membres contre des poursuites judiciaires :

[...] [I] ne faut pas oublier [...] le principe de base de protection par rapport aux droits. [...] [O]n ne peut pas garantir une protection [si les membres] se mettent à risque par rapport à une disposition environnementale. Ça deviendrait complètement illogique. [...] Par exemple, si] tu engages quelqu'un qui a une pelle mécanique, [et qu'il l'utilise] dans le lac ou dans la rivière, ça ne marche pas. [...] Ainsi], on s'assure que nos gens ne soient pas dans une situation fragile, parce qu'ils savent à quoi s'en tenir [...] si, par exemple], ils font des aménagements<sup>104</sup>.

Cependant, les entrevues démontrent aussi que la protection de l'environnement, la sécurité publique et la protection des espèces menacées et en péril sont des enjeux qui convergent avec les valeurs des *Pekuakamiulnuatsh* et que donc, ils y adhèrent<sup>105</sup>.

---

103. *Code de pratique*, supra note 48, art 1.4.

104. *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, supra note 47 aux pp 28–29.

105. *Ibid.*

L'articulation par réception peut produire différents effets sur le droit du système gestionnaire. L'effet le plus clairement établi par les travaux de recherche est l'*hybridation* du droit récepteur lorsqu'il s'agit du droit étatique. En effet, l'État tend à filtrer le droit non étatique et à l'assujettir à certaines de ses propres normes de sorte que le droit exogène validé se trouve invariablement combiné aux principes, aux règles et aux processus du droit étatique de manière à engendrer un droit composite<sup>106</sup>.

L'intégration de la *Loi sur les armes à feu* et du *Règlement d'adaptation visant les armes à feu des peuples autochtones du Canada* dans les codes des *Pekuakamiulnuatsh* a eu comme effet l'hybridation générale du droit qui en découle. Concrètement, même s'il n'y a qu'une source formelle de droit, savoir les codes, ceux-ci renvoient à d'autres normes auxquelles les *Pekuakamiulnuatsh* doivent se soumettre et qui proviennent du système de référence, dans ce cas-ci des normes de droit étatique. Il y a ainsi une combinaison de normes d'origine autochtone et de normes d'origine étatique. Toutefois, lors de l'intégration de ces lois, *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* n'a pas jugé bon d'en limiter ou d'en encadrer la réception en les combinant à des règles innues. En effet, le *Code de pratique sur les prélèvements fauniques* prévoit seulement que « les *Pekuakamiulnuatsh* sont soumis aux lois applicables en matière d'armes à feu »<sup>107</sup>. Aucune autre mention n'est faite dans le code quant à une modification de l'application de la *Loi sur les armes à feu* et de son règlement. Ce choix est logique lorsque l'on prend en considération que l'utilisation des armes à feu pour la chasse n'est pas un moyen traditionnel de pratique des prélèvements fauniques. Il s'agit d'un emprunt aux méthodes occidentales de chasse.

Il en va de même en ce qui concerne le renvoi, dans le code, à l'article 58 de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*. Cet article prévoit une exception à l'interdiction d'être en possession d'une arme dans le cas où une personne se déplaçant dans un « aéronef, sur un véhicule, y compris un véhicule fonctionnant uniquement sur rails, ou sur une remorque tirée par un véhicule » serait « atteinte d'une déficience physique qui l'empêche de chasser conformément à la présente ». Cependant, le code prévoit qu'une assistance

---

106. Otis, Leclair et Thériault, *supra* note 2 aux pp 185–204.

107. *Code de pratique*, *supra* note 48, art 9.1.1.

pourra être portée à ces personnes afin d'obtenir l'autorisation requise pour se conformer à la loi provinciale<sup>108</sup>.

Toutefois, il y a une modification de la règle de droit du système étatique lorsque le code renvoie aux règles de cette loi, mais relativement à l'obtention d'un permis de pourvoirie. Cette fois-ci, le texte oblige les membres de la communauté qui désirent ouvrir une pourvoirie de chasse ou de pêche à se munir non seulement du permis provincial à cet effet, mais aussi, de l'accord écrit de *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan*<sup>109</sup>.

Outre l'effet d'hybridation, la réception par l'État du droit non étatique donne lieu à une dualisation du droit étatique en y introduisant un régime hybride qui coexistera avec le régime de droit commun par ailleurs applicable à l'ensemble de la population. Ainsi, le régime d'adoption coutumière autochtone aménagé dans le *Code civil du Québec* combine règles étatiques et autochtones au sein d'un régime spécial s'ajoutant à l'adoption légale de droit commun au Québec<sup>110</sup>. Cette dualité de régime se double d'une personnalisation du droit dans l'ordre étatique, étant entendu que le régime dit coutumier ne sera applicable qu'aux seules personnes en mesure d'établir un lien personnel avec une collectivité autochtone.

Or ces effets de dualisation et de personnalisation qui caractérisent la réception étatique ne s'observent pas en présence d'une réception autochtone comme celle opérée par les *Pekuakamiulnuatsh*. En effet, leur ordre juridique n'a pas vocation à être de droit commun sur le territoire québécois et se trouve par nature applicable aux seuls membres de la communauté innue. Il est donc par nature spécifique et personnel, et la réception d'éléments du droit étatique n'y changera rien.

Outre le procédé de réception, l'articulation des systèmes peut aussi résulter du retrait de système gestionnaire face à l'action autonome du système de référence. L'articulation par retrait est donc un autre moyen pour le système gestionnaire de reconnaître l'existence du système de référence et d'admettre son effectivité *de jure*.

---

108. *Ibid*, art 4.3.10.

109. *Ibid*, art 4.2.17.

110. Otis, Leclair et Thériault, *supra* note 2 aux pp 187–91.

## B. L'articulation par retrait

En cas de retrait, le système gestionnaire s'éclipse au profit du système de référence pour permettre à ce dernier de prendre en charge une situation donnée<sup>111</sup>. Conséquemment, le retrait a pour effet de suspendre l'application du système gestionnaire au profit du système de référence dans la mesure du retrait<sup>112</sup>. Le retrait met donc en veilleuse, souvent de manière informelle et circonstancielle, les effets de la pluralité juridique que sont la superposition et la concurrence des ordres normatifs. Par ce procédé de gestion du pluralisme juridique, le système gestionnaire ne prétend pas simplement absorber et métaboliser au sein de son ordonnancement juridique des éléments circonscrits d'un droit exogène; il cède carrément la place à ce droit en tant que système autonome doté de ses ressources et de ses institutions propres<sup>113</sup>. Le retrait peut être avantageux pour le système gestionnaire, car il lui évite de déployer les ressources nécessaires pour la mise en œuvre des principes et des règles provenant de l'autre système. De plus, il lui permet de pallier un possible déficit de légitimité et d'efficacité<sup>114</sup>. Le retrait est en pratique réversible dès lors que le système gestionnaire dispose des ressources symboliques et matérielles lui permettant de réinvestir l'espace normatif qu'il avait provisoirement abandonné au système de référence.

Les démarches d'écriture étudiées donnent à voir différentes manifestations de l'articulation par retrait. Ainsi, les *Pekuakamiulnuatsh* utilisent ce procédé de gestion d'au moins deux manières. D'abord, le *Code de pratique sur les prélèvements fauniques* dispose explicitement que, si les aspects culturels, sociaux et communautaires des activités de prélèvement des membres de la communauté sont régis par le droit innu, « les aspects commerciaux en sont toutefois régis par les lois canadiennes et québécoises »<sup>115</sup>. Le droit autochtone laisse ainsi un champ normatif au droit étatique dont il admet l'effectivité *de jure*.

En outre, lorsqu'un *Pekuakamiulnu* ne se conforme pas au *Code de pratique sur les prélèvements fauniques* et au *Code d'occupation et d'utilisation du Tshitassinu*, et du même coup à certaines lois

---

111. Otis et Thériault, *supra* note 91 à la p 51.

112. Ghislain Otis, « Les effets de la gestion du pluralisme juridique », dans Otis, Leclair et Thériault, *supra* note 2, 169 à la p 209.

113. *Ibid.*

114. *Ibid* aux pp 210–11.

115. *Code de pratique*, art 9.3.

provinciales, il arrive que les mandataires du *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* se retirent et s'en remettent aux instances étatiques concernées<sup>116</sup>. Cependant, si l'analyse du dossier par les procureurs de *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* permet de conclure que le membre s'est conformé aux codes, *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* pourra : 1° soit assumer la défense de la personne visée et payer le montant total des amendes; 2° soit recommander à la personne visée d'enregistrer un plaidoyer de culpabilité, auquel cas *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* s'engage à payer le montant total des amendes imposées<sup>117</sup>. En d'autres termes, lorsqu'il y a un conflit de normes préjudiciable au membre respectueux du droit innu, la communauté prend à sa charge les conséquences de ce conflit.

De leur côté, les rédacteurs *atikamekw nehirowisiwok* envisagent d'utiliser la même stratégie de retrait en faveur du droit étatique si les membres de leur nation persistaient à ne pas vouloir se conformer au *Code de pratique Nehirowisiw*<sup>118</sup>. Mais pour l'instant, puisque le code n'est pas encore finalisé et mis en œuvre, ce n'est qu'une possibilité.

Le retrait est aussi un procédé observable chez les Kanaks. La *Charte du peuple Kanak* énonce en effet que :

La gestion des conflits entre Autochtones ou concernant les terres coutumières relève d'abord de la compétence des autorités coutumières qui doivent instaurer des outils de médiation coutumière au niveau du clan et au niveau de la chefferie avant que ne soit saisies les juridictions civiles coutumières ou de droit commun<sup>119</sup>.

Le Sénat coutumier a de son côté réaffirmé l'importance de mettre en place des mécanismes coutumiers de traitement des conflits « avant que les acteurs directs ne sortent le conflit de son périmètre et ne gagnent le terrain judiciaire ou pénal »<sup>120</sup>.

Ainsi, alors qu'elles affirment la priorité de principe de la justice traditionnelle administrée par les autorités coutumières, les organisations

116. *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, supra note 47 à la p 52; *Code de pratique*, supra note 50, art 10.1.1; *Code d'occupation*, supra note 50, art 9.1.

117. *Code d'occupation*, supra note 53, art 9.2; *Code de pratique*, supra note 48, arts 10.1.2 et 10.1.3.

118. *Entrevue Atikamekw Nehirowisiwok*, supra note 72 à la p 31.

119. *Charte Kanak*, supra note 42, art 100.

120. Otis et Thériault, supra note 91 à la p 53.

kanakes admettent que cette justice pourrait devoir céder la place à la justice étatique en cas d'incapacité du droit non étatique à régler une situation.

### III. L'ÉCRITURE COMME MOYEN DE GÉRER LE PLURALISME « PAR ADAPTATION »

La recherche menée au sein du projet *Legitimus* a permis de comprendre que l'articulation n'est pas le seul procédé auquel peuvent recourir les opérateurs d'un système juridique pour prendre acte de la pluralité juridique et en tirer des conséquences aux fins de ce système. Les données empiriques révèlent en effet que, confrontés à un autre système juridique prétendant occuper le même champ territorial, matériel et personnel, les opérateurs d'un système peuvent amener ce dernier à s'adapter et se transformer sans pour autant donner d'effet *de jure* direct au système concurrent. En s'adaptant, le système gestionnaire s'inspire de l'autre système (*imitation*) ou réagit à l'action de ce dernier en puisant dans sa propre tradition pour s'ajuster (*modulation endogène*) afin d'optimiser sa légitimité, son effectivité et sa compétitivité sur le « marché des droits »<sup>121</sup>. Ces stratégies d'adaptation ont en effet principalement pour objectif d'intensifier la logique de compétition en rendant plus attractif le système gestionnaire ou en contrant les effets dommageables pouvant résulter des conflits normatifs en présence d'un autre système fortement concurrentiel<sup>122</sup>.

#### A. L'écriture autochtone : démarche exemplaire de gestion par imitation

Par l'imitation, le système gestionnaire s'inspire des règles, procédés et autres éléments du système de référence, en les adaptant<sup>123</sup>. L'imitation a toujours contribué vigoureusement à la diffusion des modèles juridiques ou des idées sur le droit<sup>124</sup>. De fait, le pluralisme juridique, qui se caractérise par la superposition souvent séculaire de systèmes juridiques étatiques et non étatiques dans un même espace et au sein

---

121. Otis et Thériault, *supra* note 91 à la p 61.

122. Otis, Leclair et Thériault, *supra* note 2 aux pp 211–13.

123. Otis et Thériault, *supra* note 91 à la p 61.

124. Rodolfo Sacco, *Anthropologie juridique, apport à une macro-histoire du droit*, Paris, Dalloz, 2008 aux pp 31–32, 39–40.

d'une même population, induit un voisinage permanent qui peut porter à trouver des solutions chez cet autre si proche.

Il importe d'ailleurs de souligner ici que l'imitation n'est pas à sens unique; elle peut être autant le fait du droit étatique puisant dans le droit autochtone un principe ou une approche<sup>125</sup> que du droit autochtone faisant sienne une technique ou une solution tirée du droit étatique. Ce procédé mimétique a le plus souvent pour objectif d'améliorer et de perfectionner le système gestionnaire sans renvoyer directement et formellement ses opérateurs et ses sujets à l'autre système (réception) ni laisser purement et simplement la place à ce dernier (retrait) dans une situation donnée. Conséquemment, l'imitation favorise une convergence matérielle des systèmes tout en respectant l'autonomie formelle du système gestionnaire.

L'écriture juridique autochtone est l'illustration emblématique de l'usage autochtone du procédé d'imitation comme moyen de prendre en charge la cohabitation des systèmes étatique et autochtone. L'écrit s'est, de longue date, imposé dans les systèmes juridiques étatiques occidentaux où règne le droit positif, tenu pour garant de la sécurité juridique<sup>126</sup>. L'écriture alphabétique que nous connaissons aujourd'hui n'était toutefois pas un mode de production, de formulation ou de transmission du droit utilisé par les peuples autochtones du nord-est de l'Amérique à l'époque précoloniale. Des historiens ont certes signalé les manifestations chez les peuples pré-contact d'une « proto-écriture », c'est-à-dire d'une gamme de techniques expressives graphiques, mais ces dernières « servaient d'aide-mémoire et de support matériel du discours »<sup>127</sup>. Après les Saintes Écritures exaltées par les missionnaires, les Autochtones furent vite exposés aux chartes, proclamations ou édits de la Couronne et de l'administration coloniale; ils ont progressivement fait de la communication scripturale une partie importante de leur mode de vie, sans pour autant refouler irrémédiablement l'oralité.

Les Autochtones qui se tournent vers l'écriture juridique s'inscrivent donc à la fois dans la continuité d'un processus historique d'adaptation et dans la transformation de leurs pratiques normatives. Ainsi,

---

125. Pour des exemples d'imitations étatiques du droit autochtone, voir Otis et Thériault, *supra* note 91 aux pp 63–64.

126. Vincent Forray et Sébastien Pimont, « Transformer le droit en le décrivant : à propos de la "déécriture du droit" » (2019) 49:1 RGD 269 à la p 275.

127. Denys Delâge et Jean-Philippe Warren, *Le piège de la liberté*, Montréal, Éditions du Boréal, 2017 à la p 126.

les participants *Pekuakamiulnuatsh* ont mentionné au moment de l'entrevue qu'« [é]crire des lois, des règlements, les êtres humains font ça depuis des milliers d'années. Nous n'avons rien inventé [...]. Nous autres, c'est la première fois que nous le faisons. Donc, on vit un changement »<sup>128</sup>.

Grâce à ce nouveau support d'expression de principes et de règles autochtones, les *Codes des Pekuakamiulnuatsh* ont pu être distribués à l'accueil du bâtiment de l'organisation politique et administrative de la communauté<sup>129</sup>. La transposition récente des documents sur support numérique a permis d'en favoriser l'accessibilité pour les justiciables<sup>130</sup>. En effet, plusieurs d'entre eux vivent à l'extérieur de *Ilhusi* et n'ont pas accès aux documents papier publiés dans les bureaux de *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan*<sup>131</sup>.

L'écriture comme mode de transmission du droit est aussi utilisée pour la première fois chez les Kanaks et chez les *Atikamekw Nehirowisiwok*. En effet, au lieu d'exprimer les principes et les valeurs kanaks dans une chanson, une poésie ou un récit, les rédacteurs de la *Charte du peuple Kanak* le ressentaient : ils se devaient de transposer sur le papier tout ce qui avait été dit durant leurs nombreuses consultations<sup>132</sup>. De cette manière, les membres du comité de pilotage ont été en mesure de publier le document dans le *Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie* et dans les *Nouvelles calédoniennes*, le journal quotidien local<sup>133</sup>. Plus de 25 000 exemplaires ont été distribués un peu partout en Nouvelle-Calédonie<sup>134</sup>. L'écriture a donc permis de transmettre l'information plus rapidement sur un plus grand territoire et de renforcer la lisibilité du droit autochtone pour le plus grand nombre.

Le problème de l'imitation inhérent au choix autochtone d'écrire le droit soulève, en contexte postcolonial, un ensemble de questions qui paraissent inéluctables. Faut-il écrire dans la langue autochtone, et selon une manière qui se veut singulièrement autochtone, ou dans la

---

128. *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, *supra* note 47 à la p 30.

129. *Ibid* à la p 48.

130. *Ibid* à la p 66.

131. *Ibid*.

132. *Entrevue Kanak*, *supra* note 25 à la p 8.

133. Vicky Sabourin, *L'écriture juridique autochtone comme lieu de rencontre des cultures juridiques*, mémoire de maîtrise en droit, Université d'Ottawa, 2022, aux pp 124–25, en ligne (pdf) : <[www.ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/43728/1/Sabourin\\_Vicky\\_2022\\_these.pdf](http://www.ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/43728/1/Sabourin_Vicky_2022_these.pdf)>.

134. *Ibid* aux pp 19 et 32.

langue européenne en empruntant le style des Européens? En outre, convient-il de structurer le texte comme l'État structure ses lois? Dans quelle mesure est-il idoine de calquer la teneur des règles sur celles du droit étatique? Enfin, faut-il s'engager dans une véritable entreprise de « codification » du droit autochtone au sens communément donné à ce terme en droit civil?

## 1. La langue

Dans les cas étudiés, les peuples autochtones ont opté par la langue française qui n'est ni leur langue originelle ni, pour plusieurs, leur principale langue d'usage<sup>135</sup>. Effectivement, la langue traditionnelle des *Pekuakamiulnuatsh* est le *nehluéun*<sup>136</sup>, celle des *Atikamekw Nehirowisiwok* est l'*atikamekw nehiromowin*<sup>137</sup>, alors qu'en Nouvelle-Calédonie, il existe huit grandes familles linguistiques correspondant aux aires coutumières<sup>138</sup>. Seuls les *Pekuakamiulnuatsh* parlent moins couramment leur langue d'origine<sup>139</sup>. Quant aux interlocuteurs *atikamekw nehirowisiw*, ils privilégient leur langue traditionnelle, qu'ils parlaient d'ailleurs entre eux au moment des entrevues. D'ailleurs, 95 % des *Atikamekw Nehirowisiwok* parlent la langue traditionnelle et certains aînés et jeunes enfants ne connaissent que cette langue<sup>140</sup>. En Nouvelle-Calédonie, il y a près d'une trentaine de dialectes kanaks<sup>141</sup> dont les locuteurs sont plus ou moins nombreux, et dont certains semblent toutefois menacés de disparaître<sup>142</sup>.

135. *Ibid* aux pp 18–19; *Entrevue Atikamekw Nehirowisiwok*, *supra* note 72 aux pp 9–10; *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, *supra* note 47 à la p 44.

136. Pekuakamiulnuatsh Takuhikan, « Langue et culture » (2011–2015), en ligne : <[www.mashteuiatsh.ca/membre-de-la-communaute/langue-et-culture.html](http://www.mashteuiatsh.ca/membre-de-la-communaute/langue-et-culture.html)>.

137. Atikamekw Sipi, « Langue » (2021), en ligne : <[www.atikamekwsipi.com/fr/la-nation-atikamekw/fondements/langue](http://www.atikamekwsipi.com/fr/la-nation-atikamekw/fondements/langue)>.

138. *Entrevue Kanak*, *supra* note 25 à la p 19.

139. *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, *supra* note 47 à la p 40.

140. Atikamekw Sipi, « La langue atikamekw » (2021), en ligne : <[www.atikamekwsipi.com/fr/services/services-educatifs-linguistiques-et-culturels/la-langue-atikamekw](http://www.atikamekwsipi.com/fr/services/services-educatifs-linguistiques-et-culturels/la-langue-atikamekw)>.

141. Nouvelle-Calédonie, « Données démolinguistiques » (2017), en ligne : <[www.axl.cefan.ulaval.ca/pacifique/nca2demo.htm](http://www.axl.cefan.ulaval.ca/pacifique/nca2demo.htm)>.

142. Ministère de la Culture de la France, Bulletin de l'Observatoire des pratiques linguistiques, « Langues et cité n° 26 : les langues kanak de Nouvelle-Calédonie » (2014), en ligne : <[www.culture.gouv.fr/Thematiques/Langue-francaise-et-langues-de-France/Nos-missions/Observer-les-pratiques-linguistiques/Langues-et-cite/Langues-et-cite-n-26-les-langues-kanak-de-Nouvelle-Caledonie](http://www.culture.gouv.fr/Thematiques/Langue-francaise-et-langues-de-France/Nos-missions/Observer-les-pratiques-linguistiques/Langues-et-cite/Langues-et-cite-n-26-les-langues-kanak-de-Nouvelle-Caledonie)>.

La *Charte du peuple Kanak* a par la suite été traduite dans la langue vernaculaire de chacune des huit aires coutumières, donc en huit langues traditionnelles<sup>143</sup>. Les *Atikamekw Nehirowisiwok* ont aussi traduit le document dans leur langue traditionnelle à des fins de transmission<sup>144</sup>. Dans la communauté de Mashteuiatsh, aucune traduction complète des codes en *nehlueun* n'a été effectuée à ce jour<sup>145</sup>. Seuls quelques mots qui touchent les *katipelitaka* ont été traduits directement dans le texte<sup>146</sup>. En effet, la traduction s'est avérée impossible, car les mots juridiques utilisés sont inexistant dans la langue traditionnelle<sup>147</sup>. Cela a causé un défi important alors que certains membres de la communauté auraient préféré obtenir le document dans leur langue traditionnelle<sup>148</sup>. Seuls des feuillets explicatifs simplifiés ont été rédigés dans cette langue<sup>149</sup>.

## 2. Le style et le vocabulaire

S'agissant du style et du registre terminologique, les scripteurs autochtones se sont attachés à concilier d'une part un souci d'accessibilité et de pertinence culturelle et, d'autre part, la quête d'efficacité normative, donc de rigueur formelle. Ainsi, au départ, les *Codes de pratique* élaborés par les *katakuhimatsheta* dans les années 1980 étaient aussi écrits en français, mais dans un langage qui se voulait très vulgarisé<sup>150</sup>. L'utilisation du langage familier dans ces documents convient à leur rôle de guides<sup>151</sup>. Lors de l'élaboration des récents codes, en 2017, les rédacteurs ont réitéré leur désir de détacher les textes des modèles occidentaux, mais ils se sont en même temps attachés à leur donner une valeur juridique en utilisant un langage spécialisé<sup>152</sup>. L'un des participants à l'enquête rapporte que « nous voulions que le document soit écrit d'une manière "normée", mais sans

---

143. *Entrevue Kanak*, supra note 25 aux pp 18–19.

144. *Entrevue Atikamekw Nehirowisiwok*, supra note 72 aux pp 9–10.

145. Sabourin, supra note 133 au pp 57–59.

146. *Entrevue avec des Pekuakamiulnatsh*, supra note 47 à la p 45.

147. *Ibid* aux pp 44–45.

148. *Ibid*.

149. *Ibid*.

150. *Entrevue avec un Pekuakamiulnu ayant participé à la rédaction des premiers Codes*, 2019, à la p 3 [*Entrevue avec un Pekuakamiulnu*].

151. *Ibid* aux pp 3–4.

152. *Entrevue avec des Pekuakamiulnatsh*, supra note 47 aux pp 9–10 et 42–44.

utiliser les termes juridiques qui se détachent trop de notre culture »<sup>153</sup>. Aussi, certains mots ont-ils été créés pour exprimer une idée nouvelle tel le mot *katipelitak*<sup>154</sup>.

Il s'est passé sensiblement la même chose du côté de la nation *atikamekw nehirowisiw* et des Kanaks. En effet, les *Atikamekw Nehirowisiwok* désirent libeller le document à valeur éducative en recourant à un style et une terminologie qui se démarqueront des termes juridiques occidentaux. Parallèlement à l'élaboration de la version pédagogique, il était envisagé au moment de l'entrevue de retenir les services d'un avocat pour rédiger un document juridique dans le but de dialoguer plus aisément avec les instances étatiques<sup>155</sup>.

Pour ce qui est des rédacteurs kanaks, ils ont également tenté de transposer par écrit les valeurs et les principes communs à toutes les communautés dans des « termes que les gens utilisent »<sup>156</sup>. Cependant, la finalisation du document a aussi été confiée à des juristes allochtones<sup>157</sup>. Le but de cette procédure était que les désirs des communautés kanakes soient formulés dans un langage juridique universel<sup>158</sup>. Une révision du document par des Autochtones a toutefois été effectuée pour assurer la fidélité du message<sup>159</sup>.

Le procédé d'imitation s'est donc étendu non seulement au médium linguistique, mais aussi, dans une mesure substantielle, au vocabulaire que l'on a voulu rendre généralement conforme à ce qui est communément attendu d'un texte à vocation juridique dans un monde dominé par le modèle occidental d'énonciation de la norme.

### 3. La structure

Le modèle étatique a aussi infléchi la structure même des instruments autochtones étudiés. Les *Codes des Pekuakmiulnuatsh* sont élaborés de manière à faire comprendre aux lecteurs la suite logique

---

153. *Ibid* à la p 44.

154. *Ibid* à la p 43. *Katipelitaka* : gardien ou gardienne d'un territoire, *Code de pratique*, *supra* note 48, art.1.3.

155. *Entrevue Atikamekw Nehirowisiwok*, *supra* note 72 aux pp 3–4, 9–11 et 20.

156. *Entrevue Kanak*, *supra* note 25 à la p 13.

157. *Ibid* aux pp 9–10.

158. Bouquet-Elkaïm, *supra* note 35 à la p 428. *Katipelitaka* : Gardien ou gardienne d'un territoire, *Code de pratique*, *supra* note 48, art 1.3.

159. *Ibid* aux pp 425 et 431.

du droit y étant énoncé. Le texte débute par une page titre, annonçant la teneur générale du document. Par la suite, avant la table des matières, sont énoncés les objectifs, les valeurs fondatrices de la communauté et un avant-propos. Quant aux règles, elles sont soigneusement classées par chapitres, puis par sections. De plus, les codes présentent des annexes, dont des plans, qui viennent préciser certains détails topographiques.

La structure de la *Charte du peuple Kanak* est sensiblement la même que celle des *Codes Pekuakmiulnuatsh*. D'abord un développement préliminaire qui explique l'histoire du peuple Kanak et un préambule. Ensuite se succèdent trois chapitres dont le premier exprime les valeurs et les principes de l'ensemble du monde coutumier kanak, le deuxième, les principes généraux et le troisième, l'exercice d'autodétermination. Ces chapitres sont eux-mêmes divisés en sections et sous-sections. Le tout se termine par une section qui s'intitule « Proclamation de la Charte du peuple Kanak », qui est finalement suivie d'annexes.

En ce qui concerne les *Atikamekw Nehirowisiwok*, la structure de leur document était encore en discussion au moment des entrevues. Mis à part le fait qu'il y aurait un préambule contenant l'historique du système juridique *atikamekw nehirowisiw*, les participants à l'entrevue ne pouvaient en dire plus<sup>160</sup>. Ce préambule a notamment été inspiré d'informations tirées de documents d'archives et d'entrevues, mais aussi de textes anthropologiques<sup>161</sup>.

#### 4. La substance

Outre la structure, la substance normative des documents donne à voir l'introduction dans les instruments autochtones de règles, d'acteurs et de processus trouvés dans les textes étatiques et calqués aux fins du droit autochtone. Cela est plus évident dans les textes innu et *atikamekw nehirowisiw* qui régissent d'emblée des matières qui sont au cœur de la gouvernance traditionnelle autochtone. Les rédacteurs de ces documents n'ignorent nullement la teneur des textes juridiques étatiques<sup>162</sup> et la jurisprudence portant sur la même matière<sup>163</sup> et, bien

---

160. Entrevue *Atikamekw Nehirowisiwok*, supra note 72 à la p 42.

161. *Ibid* aux pp 11 et 42.

162. Entrevue avec des *Pekuakamiulnuatsh*, supra note 47 à la p 41.

163. Sabourin, supra note 133 aux pp 36–38.

qu'ils n'aient à aucun moment cédé au « copier-coller », ils y ont puisé des artéfacts juridiques dès lors que ces emprunts étaient tenus pour compatibles avec l'objectif de modernisation du droit autochtone et d'harmonisation des régimes juridiques, lorsque nécessaire.

Par exemple, certains articles du *Code des Pekuakamiulnuatsh* concernant la protection de l'eau en territoire et de l'environnement en général, ont été écrits par des rédacteurs bien au fait de l'existence de politiques québécoises et canadiennes sur le sujet<sup>164</sup>. De plus, les interdictions concernant la chasse à bord d'un véhicule ou encore la chasse de nuit avec un projecteur sont tirées du droit canadien<sup>165</sup>. De même, en ce qui a trait à l'occupation du territoire et aux prélèvements fauniques, la remise de certificats, la perception de droits destinés au financement du régime et la tenue d'un registre constituent aussi des mesures de suivi tirées du système juridique étatique<sup>166</sup>. Sans oublier que l'idée de créer un poste de gardien de territoire ou d'agents territoriaux qui parcourent le territoire dans le but de soutenir les utilisateurs et d'assurer leur sécurité, de communiquer avec les allochtones et de surveiller les écarts de conduite est elle aussi calquée sur le rôle des agents gouvernementaux de conservation et de mise en valeur de la faune<sup>167</sup>.

Certaines mesures de sanction ont aussi été empruntées au système juridique étatique. Par exemple, en vertu du *Code d'occupation et d'utilisation de Tshitassinu*, si un contrevenant ne se soumet pas à l'avis de correction y étant prévu, *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan* peut « entreprendre les procédures pénales en signifiant un constat d'infraction ou en prenant toutes autres mesures civiles, pénales ou administratives nécessaires au respect du [...] Code »<sup>168</sup>. La ressemblance entre les textes étatiques et les textes autochtones est frappante. En effet, les Autochtones n'utilisaient pas traditionnellement de « procédures pénales, civiles ou administratives » afin de punir les contrevenants. Il s'agit plutôt de méthodes occidentales.

---

164. *Ibid* à la p 28.

165. *Code de pratique*, *supra* note 48, art 4.2; *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, *supra* note 47 à la p 41.

166. *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, *supra* note 47 à la p 54.

167. *Entrevue avec un Pekuakamiulnu*, *supra* note 150 aux pp 1–2; *Code de pratique*, *supra* note 48, art 3.1.3.

168. *Code d'occupation*, *supra* note 50, art 8.2.

Bien que ce recours marqué à l'imitation rende les régimes innu et étatique convergents, on aurait tort de sous-estimer le particularisme autochtone exprimé par les Codes<sup>169</sup>.

Chez les *Atikamekw Nehirowisiwok*, le contenu du *Code de pratique atikamekw nehirowisiw* n'était pas encore définitif au moment des entrevues. En effet, plusieurs aspects étaient toujours en discussion, dont les mesures de sanction, la protection des animaux à fourrure et l'enterrement du placenta<sup>170</sup>. Cependant, beaucoup d'exemples donnés lors des entrevues, telles les périodes et les pratiques de chasse et de pêche, se référaient à des aspects déjà bien encadrés par le Code<sup>171</sup>. En fait, l'analyse du processus de rédaction donne à penser que le document réfère, du moins jusqu'à présent, majoritairement à des normes coutumières. Toutefois, il était clair pour nos interlocuteurs que certaines règles touchant la sécurité, les armes à feu, la navigation et les matières dangereuses allaient être empruntées à la législation canadienne et québécoise<sup>172</sup>. De plus, les bouleversements écosystémiques provoqués par le développement économique ont des répercussions sur les pratiques traditionnelles, dont l'évolution est affectée par la multiplication des espèces vulnérables ou menacées<sup>173</sup>. Et donc, les représentants *atikamekw nehirowisiw* devront ici aussi inévitablement travailler de concert avec les gouvernements pour gérer les conséquences du développement économique<sup>174</sup>. Finalement, l'arrivée de la technologie demande aussi une adaptation des pratiques. Par exemple, l'utilisation des véhicules et des drones pour chasser sera interdite<sup>175</sup>.

En ce qui concerne le processus de règlement des conflits, ce sont traditionnellement les chefs de territoire qui ont le rôle de protéger le territoire et de sensibiliser les membres de leur clan à leur devoir de respect envers la Terre<sup>176</sup>. Et, ce faisant, ils assurent la gestion de la ressource et des lieux de pratique des prélèvements fauniques et

---

169. Parmi ces particularismes, mentionnons le régime des périodes de chasse (*Code d'occupation, supra* note 50, art 5.1 et s; *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh, supra* note 47 aux pp 41 et 59) et la gestion des *peikutenussi* (*Code d'occupation, supra* note 50, arts 5.1 et s; *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh, supra* note 47 aux pp 41 et 59).

170. *Entrevue Atikamekw Nehirowisiwok, supra* note 72 à la p 33.

171. *Ibid* aux pp 4 et 10.

172. *Ibid* à la p 18.

173. *Ibid* à la p 8.

174. *Ibid* à la p 21.

175. *Ibid* à la p 26.

176. *Ibid* à la p 14.

floristiques<sup>177</sup>. Toutefois, selon les participants aux entretiens, les discussions qui ont eu lieu lors des colloques territoriaux de Wemotaci et Obedjiwan permettent de penser que les chefs de territoire seraient prêts à déléguer leurs responsabilités à une autre entité qu'il reste encore à créer : les agents territoriaux<sup>178</sup>.

Tout comme ceux des *katipelitaka*, dont le rôle chez les Innus est calqué sur celui des agents de mise en valeur et de conservation de la faune, le rôle et les responsabilités des agents territoriaux découleront cependant de la « vision atikamekw »<sup>179</sup>. Poussant plus loin leurs réflexions, les participants à l'entrevue ont mentionné un intérêt à créer une autre entité qui, celle-là, regrouperait tous les agents territoriaux : le Conseil des chefs<sup>180</sup>. Ce dernier aurait comme mandat d'entretenir le dialogue avec les gouvernements et de les conseiller sur la planification du développement territorial<sup>181</sup>.

En conclusion, les Innus et les *Atikamekw Nehirowisiwok* ont d'emblée utilisé l'imitation sans pour autant obérer la spécificité de leur tradition et de leurs ordres juridiques.

## 5. La question de la codification

On ne saurait traiter du sujet de l'imitation sans poser la question ultime et fondamentale de savoir si les démarches d'écriture autochtone étudiées relèvent de la codification au sens du droit occidental, et de la tradition civiliste en particulier. Une réponse affirmative viendrait accentuer encore davantage le constat de l'imitation comme procédé prépondérant de gestion autochtone de la pluralité juridique en présence d'une démarche d'écriture.

Selon un dictionnaire de droit privé, un code est un « ensemble de règles constituant un système complet et cohérent de législation relativement à une branche du droit »<sup>182</sup>. Les auteurs civilistes définissent

---

177. *Ibid* à la p 22.

178. *Ibid* aux pp 14–15.

179. *Ibid* à la p 14.

180. *Ibid* à la p 22.

181. *Ibid*.

182. Hubert Reid, *Dictionnaire de droit privé québécois et canadien*, 5<sup>e</sup> éd, Montréal, Wilson & Lafleur, *sub verbo* « code ». Pour une étude de diverses conceptions du code en fonction des époques et des traditions, voir Jacques Vanderlinden, « Qu'est-ce qu'un code? » (2005) 46 C de D 29.

en effet le plus souvent la codification comme étant une circonscription du droit dans un seul document qui prétend à l'exhaustivité et qui instaure ainsi un régime de droit positif<sup>183</sup>. Les principales caractéristiques formelles et matérielles d'un code sont la cohérence, l'organisation et l'unité<sup>184</sup>. Le document ainsi créé peut parfois énoncer un ensemble de nouvelles règles, compiler des normes existantes ou les deux<sup>185</sup>.

Les *Pekuakamiulnuatsh* qui ont rédigé les premiers textes juridiques dans les années 1980 ont décidé d'utiliser le terme « code » dans le sens de « code de pratique » ou de « code d'éthique »<sup>186</sup>. À l'époque, le document définissait les comportements souhaités, mais volontaires<sup>187</sup>. En 2017, le regroupement de règles écrites qui se veulent obligatoires et exécutoires pour les membres à qui elles s'adressent a été effectué dans le but de mieux les cerner et les circonscrire<sup>188</sup>. Cependant, le texte ne prétend pas à l'exhaustivité. En effet, les participants aux entrevues sont conscients qu'en un an il leur était difficile de rédiger des normes qui se perpétuent depuis des milliers d'années<sup>189</sup>. Ainsi, il pourra arriver que le texte comporte des lacunes qui peuvent être comblées et qui seront corrigées avec le droit coutumier<sup>190</sup>.

Puisque le *Code de pratique atikamekw nehirowisiw* est d'abord destiné à transmettre les connaissances traditionnelles, et ensuite à gérer les inconduites et dialoguer avec le système juridique étatique, les rédacteurs *atikamekw nehirowisiw* ne semblent pas encore avoir statué sur la valeur qu'aura leur code au moment de son adoption<sup>191</sup>, mais il y a consensus sur le fait que ce dernier n'aura pas vocation à supplanter la

---

183. Claire Lovisi, *Introduction historique au droit*, 5<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2016 à la p 307; Jean-Marie Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, 6<sup>e</sup> éd, Droit fondamental, Paris, Presses universitaires de France, 2015 à la p 273; Dominique Gaurier, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine » (2001) 31:1 RGD à la p 8 [Gaurier, « La rédaction des normes »].

184. Lovisi, *supra* à la note 183 à la p 307; Carbasse, *supra* à la note 183 à la p 274.

185. Gaurier, « La rédaction des normes », *supra* note 183 à la p 1; Lovisi, *supra* note 183 à la p 307; Carbasse, *supra* note 183 à la p 274.

186. Sabourin, *supra* note 133 à la p 56.

187. *Entrevue Pekuakamiulnu*, *supra* note 150 aux pp 3–4.

188. *Ibid* à la p 7; *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, *supra* note 47 à la p 33.

189. Sabourin, *supra* note 133 à la p 151.

190. *Ibid* aux pp 51–55.

191. *Ibid* aux pp 87–88.

coutume. La hiérarchie juridique entre les deux n'était cependant pas encore clairement établie au moment des entrevues<sup>192</sup>.

Du côté du peuple Kanak, c'est le terme « charte » qui a été retenu pour décrire le document. Dans la perspective occidentale, une « charte » est une « loi fondamentale d'un État énonçant les droits et libertés dont bénéficient ses citoyens »<sup>193</sup>. Cependant pour les coutumiers de la Nouvelle-Calédonie, la *Charte du peuple Kanak* est plutôt un guide qui contient les principes et valeurs communs aux Kanaks<sup>194</sup>. Les rédacteurs voulaient éviter de créer un texte qui figerait la coutume parce que selon eux, « la coutume reste quelque chose de vivant. Il faut que la coutume reste vivante »<sup>195</sup>. Donc, les rédacteurs kanaks ne reconnaissent pas au terme « charte » le sens couramment accolé à ce mot en droit occidental. Ils ne prétendent pas codifier la coutume ni la supplanter.

En définitive, il n'est pas possible d'affirmer que les textes étudiés ont l'ambition d'être des « codes » au sens le plus souvent attribué à ce terme dans la tradition civiliste.

## B. La modulation endogène

Lorsque les opérateurs d'un système adaptent ce dernier par l'imitation, ils s'engagent par la force des choses dans une logique de rapprochement matériel des systèmes juridiques en présence. C'est moins le cas si l'adaptation se fait en puisant dans la tradition juridique propre au système gestionnaire, si, autrement dit, un système recherche dans son propre univers juridique la solution d'adaptation. Cette modulation endogène tendra à préserver la spécificité du système qui s'ajuste au contact d'un autre système<sup>196</sup>.

Chez les *Pekuakamiulnuatsh* les mesures de prise en charge des manquements aux codes donnent à voir une adaptation du droit autochtone relevant substantiellement de l'approche qui caractérise la modulation endogène. Il appert en effet que l'on ait voulu adapter

---

192. *Ibid* à la p 152.

193. Centre d'accès à l'information juridique, « JuriBistro eDICTIONNAIRE – Dictionnaire de droit québécois et canadien » (2016), en ligne : *Espace CAIJ* <[www.dictionnaireid.caij.qc.ca/recherche#q=charte&t=edictionnaire&sort=relevancy&m=search](http://www.dictionnaireid.caij.qc.ca/recherche#q=charte&t=edictionnaire&sort=relevancy&m=search)>.

194. Sabourin, *supra* note 133 à la p 122.

195. *Entrevue Kanak*, *supra* note 25 aux pp 8–9; Sabourin, *supra* note 133 aux pp 130–31.

196. Otis, Leclair et Thériault, *supra* note 2 aux pp 211–12.

la mise en œuvre des normes autochtones aux conditions actuelles tout en recherchant dans les principes et les processus autochtones traditionnels la manière de rendre le droit autochtone effectif et légitime au regard de la communauté et de l'État.

Par exemple, le *Code d'occupation et d'utilisation de Tshitassinu* prévoit qu'un contrevenant peut recevoir un avis de correction l'astreignant à cesser l'objet de la contravention<sup>197</sup>. Traditionnellement, les personnes en cause étaient sensibilisées par leur famille ou le groupe au sujet des règles de conduite à observer. Aujourd'hui, l'individu reçoit un avis écrit parfaitement adapté à la situation contemporaine. Par la suite, un *Pekuakamiulnuatsh* ayant contrevenu au Code sera identifié publiquement par la voie du registre des manquements, ce qui est de la nature de la dénonciation communautaire<sup>198</sup>. La dénonciation publique par la tenue d'un registre est donc une forme de responsabilisation traditionnelle adaptée à la modernité<sup>199</sup>.

La procédure de règlement des conflits est aussi le résultat d'une approche traditionnelle modulée au contact avec le système juridique étatique. En effet, traditionnellement, chez les Autochtones, le processus de traitement des conflits était flexible et appliqué au cas par cas<sup>200</sup>. Les affaires se géraient à l'interne, entre les membres du groupe<sup>201</sup>, et les acteurs impliqués dans le processus étaient notamment choisis en fonction de la nature du conflit et de l'importance des enjeux. De plus, les aptitudes particulières et les qualités personnelles, l'intégrité ou la sagesse étaient prises en considération afin de choisir les opérateurs de la justice autochtone<sup>202</sup>. Ainsi, il n'y avait pas une autorité unique chargée de régler les situations conflictuelles, de sorte que les conflits se réglaient entre les personnes concernées, selon une

---

197. *Code d'occupation*, supra note 50, art 8.2.

198. *Ibid*, art 8.4; *Code de pratique*, supra note 48, art 11.1.5.

199. *Entrevue Pekuakamiulnu*, supra note 150 aux pp 22–23. L'approche fondée sur la responsabilisation est caractéristique des systèmes juridiques autochtones. Voir notamment Ghislain Otis et Séverine Bellina, « Le traitement des conflits » dans Ghislain Otis, dir, *Contributions à l'étude des systèmes juridiques autochtones et coutumiers*, Québec, Presse de l'Université de Laval, 2018, 139 aux pp 159–63.

200. Otis et Bellina, supra note 199 aux pp 144–46.

201. *Ibid* aux pp 146–47.

202. *Ibid* à la p 147.

échelle de gradation pouvant aller du cercle familial au cercle communautaire, voire intercommunautaire<sup>203</sup>.

L'approche traditionnelle privilégie une justice participative et réparatrice — de la nature de la médiation — dont la finalité n'est pas de punir et d'affliger, mais de favoriser la réconciliation et l'harmonie<sup>204</sup>. En effet, le processus de règlement des conflits est principalement orienté vers la recherche d'un consensus, tout en tenant compte de certains principes, par exemple celui de la non-ingérence dans la vie des autres et du droit au respect de chacun chez les *Pekuakamiulnuatsh* et les *Atikamekw Nehirowisiwok*. Il n'existe que rarement des normes prédéterminées à appliquer dans cette matière, l'appréhension de la question à régler et la recherche de solution se faisant plutôt au cas par cas<sup>205</sup>.

C'est ce modèle de traitement des conflits que tendent à instaurer les *Pekuakamiulnuatsh*. Pour l'instant, le travail de conciliation revient au personnel de *Pekuakamiulnuatsh Takuhikan*<sup>206</sup>. Cependant, puisque la légitimité de l'organisation est parfois remise en question par certains membres de la communauté, la création d'une entité complètement coutumière assumant ce rôle de conciliation ou de médiation est envisagée<sup>207</sup>. Pour assumer cette fonction, nos interlocuteurs envisagent l'option du *Katipelitak*, car il est considéré comme une figure traditionnelle ayant une grande légitimité aux yeux des membres<sup>208</sup>. Cette approche est aussi conforme au modèle coutumier de justice autochtone qui repose au premier chef sur la légitimité socioculturelle des acteurs<sup>209</sup>. Au moment des entrevues, ce n'était encore qu'une possibilité<sup>210</sup>. Dans le même ordre d'idées, les membres de l'organisation travaillaient sur l'éventualité d'instaurer un processus d'appel

---

203. *Entrevue Pekuakamiulnu*, *supra* note 150 aux pp 3–4, 16–17; Voir Otis et Bellina, *supra* note 199 aux pp 151–54.

204. Voir Otis et Bellina, *supra* note 199 aux pp 155–59.

205. *Ibid* à la p 145.

206. *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, *supra* note 47 à la p 55.

207. Sabourin, *supra* note 133 aux pp 61–62.

208. *Ibid*.

209. Otis et Bellina, *supra* note 199 aux pp 147–51.

210. *Ibid*.

des décisions<sup>211</sup>. Plus précisément, ils aimeraient mettre sur pied une instance complètement autochtone pour traiter les conflits<sup>212</sup>.

Les travaux effectués par les chercheurs du projet *Legitimus* ont montré que la modulation endogène vise souvent à désamorcer un conflit normatif avec le droit étatique lorsque ce conflit peut s'avérer préjudiciable au droit autochtone. L'exemple le plus clair de ce cas de figure sera l'adaptation consistant à supprimer un élément du droit autochtone que l'État tient pour une infraction criminelle. L'analyse des données recueillies au moment d'effectuer la présente recherche est innovante, car elle permet d'observer la dynamique de modulation endogène sans qu'il y ait de conflit normatif intersystémique potentiellement délétère au droit autochtone. Le droit innu est adapté aux conditions actuelles principalement pour en conforter la légitimité et l'efficacité. Notons tout de même que, plus légitime et plus efficace, le droit autochtone sera davantage à même de faire face à la concurrence du droit étatique. Dès lors, si la modulation endogène ne vise pas ici à désamorcer un conflit de normes entre les systèmes, elle n'est nullement indifférente à la présence du droit de l'État.

Les chefferies de la Nouvelle-Calédonie ont aussi adopté une stratégie qui est de l'ordre de la modulation endogène. Déjà, dans la *Charte du peuple Kanak*, elles ont exprimé leur engagement à instaurer des outils de médiation coutumière au niveau du clan et de la chefferie afin de prioriser la justice coutumière<sup>213</sup>. C'est que les autorités coutumières sont aujourd'hui en butte à une concurrence de plus en plus vive de la part des juridictions étatiques. Cet état de fait a incité les coutumiers à prendre des initiatives pour la mise en place de mécanismes coutumiers plus effectifs pour la médiation des conflits, mais qui se fondent entièrement sur les valeurs et les principes kanaks<sup>214</sup>. Encore ici, l'adaptation s'inscrit dans un contexte de concurrence entre le droit autochtone et le droit étatique.

---

211. *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, *supra* note 47 aux pp 52–53.

212. *Entrevue Pekuakamiulnu*, *supra* note 150 aux pp 21–22; *Entrevue avec des Pekuakamiulnuatsh*, *supra* note 47 à la p 52.

213. *Charte Kanak*, *supra* note 42, art 100.

214. Otis, Leclair et Thériault, *supra* note 2 à la p 63; François Féral et Anne-Lise Madinier, « Le règlement des conflits Kanaks en Nouvelle-Calédonie » (2021) 1:1 Les Cahiers de la Justice 51 aux pp 58–61.

## CONCLUSION

Cette brève étude a permis de constater que la décision de mettre par écrit des éléments de leur système juridique stimule la capacité et la volonté des opérateurs autochtones de tirer des conséquences, au sein de leur ordre juridique, de l'existence du droit de l'État. Ce choix fait des peuples autochtones des gestionnaires actifs et volontaires du pluralisme juridique, et ceux-ci recourent à une riche gamme de procédés.

Lorsque les opérateurs d'un système juridique mettent en place des dispositifs en vue de prendre acte de l'existence d'un autre système prétendant s'appliquer au même territoire, aux mêmes personnes et pour les mêmes matières, ils n'agissent directement que sur leur propre système<sup>215</sup>. Cette réalité échappe souvent à l'État qui, lorsqu'il prétend par exemple recevoir le droit autochtone, s'attache à fixer des conditions et des limites en vue d'infléchir la substance du droit ainsi reçu dans le giron étatique. Or, lorsqu'il a les ressources et la légitimité nécessaires, le droit originellement autochtone continuera de s'appliquer hors de l'État, sans égard aux conditions ou exigences de ce dernier. En d'autres termes, la prétention étatique à vouloir « développer » ou « moderniser » le droit autochtone se heurte dans ce cas à l'autonomie du système non étatique.

Il ne s'ensuit pas, cependant, que l'action du système gestionnaire n'a aucun effet « d'externalité » sur l'autre système. Ce dernier, engagé dans une logique de concurrence, peut réagir aux procédés déployés par l'autre système. Ainsi, plus le système gestionnaire, par la façon dont il gère le pluralisme juridique, renforce sa légitimité et son effectivité, plus les autres systèmes seront susceptibles d'en prendre acte. Or, nous avons vu que, dans les cas étudiés, une des finalités de l'écriture juridique autochtone est justement de favoriser l'accessibilité, la lisibilité ainsi que la conformité du droit autochtone avec les conditions et les attentes actuelles, et ce, afin d'en pérenniser tant la pertinence que la légitimité aux yeux de la communauté, mais aussi au regard de l'État.

De fait, il appert que déjà les écritures juridiques qui sont l'objet du présent article ont amené les opérateurs étatiques à modifier leur manière de prendre en charge la pluralité normative. Par exemple, on

---

215. Il est intéressant toutefois de constater que la *Charte du peuple Kanak* interpelle parfois directement le droit étatique pour en réclamer l'évolution.

constate que, depuis la proclamation de la *Charte du peuple Kanak*, la juridiction civile en formation coutumière de la Nouvelle-Calédonie y puise, à des fins de réception étatique, des éléments de la coutume, donc du droit « coutumier » étatique. Un magistrat français a même écrit qu'« on peut donc considérer qu'elle [la Charte] fait autorité, en ses principes pertinents, pour la juridiction coutumière »<sup>216</sup>. Au Québec, il semble que l'État se soit aussi adapté à l'arrivée des textes juridiques innus en adoptant parfois le procédé du retrait face au droit innu. Il ressort en effet des entretiens avec les *Pekuakamiulnuatsh* que l'existence et la notoriété de leurs codes ont parfois amené les agents de la faune provinciaux à s'abstenir d'appliquer la loi provinciale aux membres de la communauté, dès lors que ceux-ci étaient régis par le droit innu et sous l'autorité des gardiens du territoire innus<sup>217</sup>.

L'écriture juridique autochtone n'est donc pas seulement une manifestation importante du pluralisme juridique, mais aussi un vecteur fécond d'interactions entre le droit autochtone et le droit étatique.

---

216. Daniel Rodriguez, « La juridiction coutumière kanak (Juger en Kanaky) » dans Étienne Cornut et Pascale Deumier, dir, *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, 303 à la p 333. Cette situation crée un enjeu important parce que les décisions prises par la juridiction étatique ne sont pas toujours en parfait accord avec le droit coutumier vivant.

217. Sabourin, *supra* note 133 aux pp 49–50.