

Documentation et mobilisation des traditions juridiques autochtones comme fondements normatifs d'ordres juridiques contemporains : de quelques approches méthodologiques possibles

Doris Farget and Nicolas Houde

Volume 53, Number 1, 2023

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1102327ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1102327ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

This article presents the process that preceded the implementation of the research project Tan tshe eishi nashekanitsh ka ui pukuhutishuanuatsh Pekuakamiulnuatsh — vers une constitution des Pekuakamiulnuatsh. This research project has been co-constructed with the Innu community of Mashteuiatsh as a result of its desire to document its own legal traditions. As a starting point, this process was driven by the question of how others before us had gone about documenting indigenous legal traditions within the territory that is now Canada. The article therefore outlines the main methodological and theoretical approaches that currently guide the work of legal scholars and communities with indigenous legal traditions within this territory. Through this review of the literature crossing several disciplinary fields, we sought to identify tools and perspectives that could inspire the documentation of Indigenous legal traditions in Quebec. This article aims to bring together in a single document the main tools and perspectives that can be mobilised in the context of research on Indigenous legal orders.

Cite this article

Farget, D. & Houde, N. (2023). Documentation et mobilisation des traditions juridiques autochtones comme fondements normatifs d'ordres juridiques contemporains : de quelques approches méthodologiques possibles. *Revue générale de droit*, 53(1), 49–81. <https://doi.org/10.7202/1102327ar>

Documentation et mobilisation des traditions juridiques autochtones comme fondements normatifs d'ordres juridiques contemporains : de quelques approches méthodologiques possibles

DORIS FARGET* ET NICOLAS HOUDE**

RÉSUMÉ

Cet article présente la démarche qui a précédé la mise en œuvre du projet de recherche Tan tshe eishi nashekanitsh ka ui pukuhutishuanuatsh Pekuakamiulnuatsh — vers une constitution des Pekuakamiulnuatsh. Ce projet a été coconstruit avec la communauté ilnue de Mashteuiatsh, en raison de l'intérêt que cette dernière a manifesté à l'égard de l'importance de documenter ses propres traditions juridiques. Comme trame de départ, cette démarche a été animée par la question de savoir comment d'autres avant nous avaient procédé pour entreprendre la documentation de traditions juridiques autochtones au sein du territoire qu'est aujourd'hui le Canada. Cet article fait donc état des principales approches méthodologiques et théoriques qui balisent actuellement le travail mené par les juristes et les communautés quant aux traditions juridiques autochtones en ce territoire. Par cette revue de la littérature croisant plusieurs champs disciplinaires, nous avons cherché à identifier des outils et des perspectives qui pouvaient inspirer les démarches de documentation des traditions juridiques autochtones au Québec. Cet article vise ainsi à rassembler en un même document les principaux outils et les perspectives théoriques utiles pour la recherche sur les ordres juridiques autochtones.

* Ph. D., professeure, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal, directrice du Groupe de recherche interdisciplinaire sur les affirmations autochtones contemporaines (GRIAAC) / Centre interuniversitaire d'études et de recherches autochtones (CIÉRA)-Montréal.

** Ph. D., professeur, Département de science politique, Université du Québec à Montréal, membre régulier du Groupe de recherche interdisciplinaire sur les affirmations autochtones contemporaines (GRIAAC) / Centre interuniversitaire d'études et de recherches autochtones (CIÉRA)-Montréal. Les auteurs remercient Gabrielle Paul, étudiante au baccalauréat en science politique à l'Université de Montréal et auxiliaire de recherche dans le cadre du projet de recherche *Tan tshe eishi nashekanitsh ka ui pukuhutishuanuatsh Pekuakamiulnuatsh — vers une constitution des Pekuakamiulnuatsh* jusqu'en septembre 2021, pour le travail de recherche de la littérature qu'elle a effectué et qui a été fort utile à la rédaction de cet article.

MOTS-CLÉS :

Traditions juridiques autochtones, documentation, approches méthodologiques et théoriques.

ABSTRACT

This article presents the process that preceded the implementation of the research project Tan tshe eishi nashekanitsh ka ui pukuhutishuanuatsh Pekuakamiulnuatsh — vers une constitution des Pekuakamiulnuatsh. This research project has been co-constructed with the Ilnu community of Mashteuiatsh as a result of its desire to document its own legal traditions. As a starting point, this process was driven by the question of how others before us had gone about documenting indigenous legal traditions within the territory that is now Canada. The article therefore outlines the main methodological and theoretical approaches that currently guide the work of legal scholars and communities with indigenous legal traditions within this territory. Through this review of the literature crossing several disciplinary fields, we sought to identify tools and perspectives that could inspire the documentation of Indigenous legal traditions in Quebec. This article aims to bring together in a single document the main tools and perspectives that can be mobilised in the context of research on Indigenous legal orders.

KEYWORDS :

Indigenous legal traditions, documentation work, methodological and theoretical approaches.

SOMMAIRE

Introduction.....	51
I. L'effacement des traditions juridiques autochtones : l'impérialisme constitutionnel.....	56
II. Mise en question de l'impérialisme constitutionnel.....	59
A. Résurgence et enracinement des traditions juridiques dans les contextes autochtones.....	60
B. Interaction entre traditions juridiques.....	62
III. Les approches méthodologiques relatives à la revitalisation des traditions juridiques autochtones.....	64
A. L'importance de la recherche collaborative.....	66
B. L'importance des fondements et du contexte de la normativité autochtone.....	68
C. Les véhicules de la normativité autochtone déjà documentés..	70
1. La documentation par les récits issus de la tradition orale..	70
2. La documentation par les pratiques en territoire.....	73
3. La documentation par les cérémonies.....	76
Conclusion.....	80

INTRODUCTION

Plusieurs nations autochtones au Québec sont engagées dans des dynamiques de résurgence de leurs propres normativités basées sur leurs traditions juridiques et politiques, que celles-ci aient trait, par exemple, à l'adoption coutumière¹ ou à l'utilisation et à l'occupation du territoire². Plusieurs nations visent également l'adoption de constitutions qui sont enracinées dans des formes de juridicité qui leur sont propres. Par exemple, la Nation Atikamekw a rédigé une première version de projet de constitution en 1999–2000, qui demeure l'un des dossiers majeurs pour le Conseil de la Nation Atikamekw³. Un processus similaire est à l'œuvre également depuis 2013 au sein de la Nation Mi'gmaq de Gespe'gewa'gi⁴. En 2019, la Première Nation des Innus de Pessamit s'est engagée dans la formulation d'un projet de déclaration conduisant à l'élaboration d'une constitution fondée sur ses propres valeurs⁵. La même année, un groupe de travail sur la constitution du Nunavik a également été mis sur pied par la Société Makivik, avec le mandat d'élaborer la constitution du Nunavik en consultation avec les Inuits de ce territoire⁶. Quant à eux, les Cris d'Eeyou Istchee ont adopté leur propre constitution en 2017⁷. Ces démarches sont conduites dans

1. Ghislain Otis, « Connaître/reconnaître l'altérité juridique autochtone » dans Ghislain Otis, dir, *L'adoption coutumière autochtone : les défis du pluralisme juridique*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2013, 1 ; Anne Fournier, « L'adoption coutumière autochtone au Québec : quête de reconnaissance et dépassement du monisme juridique » (2011) 41(2) RGD 703 ; Sébastien Grammond et Christiane Guay, « Comprendre la normativité innue en matière d'adoption et de garde coutumière » (2016) 61 :4 McGill LJ 885.

2. Jean-Paul Lacasse, *Les Innus et le territoire : Innu tipenitamun*, Sillery (Qc), Septentrion, 2004 ; Pierrot Ross-Tremblay, *Thou Shalt Forget : Indigenous Sovereignty, Resistance and the Production of Cultural Oblivion in Canada*, Londres, University of London Press, 2019 ; Geneviève Motard, « Regards croisés entre le droit innu et le droit québécois : territorialités en conflit » (2020) 65 RD McGill 421.

3. Atikamekw Sipi, Dossiers majeurs, en ligne : *Mi'gmawei Mawio'mi Secretariat* <www.atikamekwsipi.com/fr/grand-chef/bureau-du-grand-chef/dossiers-majeurs>.

4. Mi'gmaq Constitution Commission, en ligne : <www.migmawei.ca/fr/commission-de-la-constitution-migmaq/>.

5. Conseil des Innus de Pessamit, « Une constitution pour Pessamit : projet de déclaration des membres de la Première Nation des Innus de Pessamit », en ligne (pdf) : <www.pessamit.org/wp-content/uploads/2019/02/2019-02-27-PROJET-DE-DÉCLARATION.pdf>.

6. Société Makivik, « Makivik Corporation Announces Members of Nunavik Inuit Constitutional Task Force », 2019, en ligne : <www.makivik.org/nunavik-inuit-pass-significant-self-determination-resolution/> et <www.makivik.org/makivik-corporation-announces-members-of-nunavik-inuit-constitutional-task-force/>.

7. Cree Nation Government, « Constitution of the Cree Nation of Eeyoultstchee » (2017), en ligne (pdf) : <www.cngov.ca/wp-content/uploads/2018/03/07_-_constitution_of_the_cree_nation_of_

un processus plus large d'affirmation politique et d'autodétermination. Selon Zuni Cruz :

[I]aw is a dynamic force. [...] [L]aw contains values, beliefs, and precepts that dictate thinking, behaviour and approach to justice. Once law is adopted, it begins its work. If any law must be written, and applied to us, it should be law we fashion and create based on our own understanding of law, with knowledge of the importance of the relationships critical to our communities. It should also be based on what we know motivates and influences our social structure, with an understanding of our social reality and our separate consciousness as Indigenous peoples⁸.

Au printemps 2019, après deux tentatives qui n'ont pas abouti en 2000 et 2005, les Pekuakamiulnuatsh de Mashteuiatsh, communauté située sur les bords du Pekuakami (le lac Saint-Jean, au Québec), se sont engagés dans une démarche visant à se doter de leur propre ordre constitutionnel sur la base de leur droit à l'autodétermination et en vue d'exercer ce droit enchâssé dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* à son article 3 et renforcé, notamment, par les articles 5, 11 et 34 de ce texte⁹, aujourd'hui incorporé au droit interne fédéral¹⁰. Cette démarche a été amorcée par la création d'une commission constitutionnelle, la Commission Tipelimitishun, qui signifie « se gouverner soi-même », composée de membres, soit désignés par Katakuhimatsheta (le Conseil des élus de Pekuakamiulnuatsh Takuhikan), soit élus par la communauté le 25 mai 2019, et dont la composition a été partiellement renouvelée à l'été 2021. La Commission a notamment pour mandat de consulter les Pekuakamiulnuatsh, dans un esprit de participation citoyenne, selon une approche de coconstruction des cadres de gouvernance locaux. Elle a aussi pour mandat de rédiger un projet de constitution et de superviser un référendum sur cette question. Une telle démarche en est une d'affirmation, qui peut servir de base à la concrétisation de l'autonomie politique et permettre

eeyou_istchee.pdf>. Voir aussi le lien suivant pour la mise en contexte produite par le Grand Conseil des Cris : <www.cngov.ca/fr/gouvernance-et-structure/legislation/ententes-et-conventions/>.

8. Christine Zuni Cruz, « Law of the Land — Recognition and Resurgence in Indigenous Law and Justice Systems » dans Benjamin Richardson, Shin Imai et Kent McNeil, *Indigenous Peoples and The Law: Comparative and Critical Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2009, 315 à la p 335.

9. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG, Doc off AG NU, 61^e sess, Doc NU A/RES/61/295 (2007), en ligne (pdf) : <www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_F_web.pdf>.

10. *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, LC 2021, c 14.

l'élaboration d'instruments de gouvernance et de structures décisionnelles, tout en autochtonisant¹¹ les institutions juridiques et politiques internes sur la base des traditions juridiques des Pekuakamiulnuatsh.

C'est dans ce contexte et à la suite de plusieurs rencontres tenues en présentiel et par vidéoconférence de l'automne 2019 à l'automne 2020 et réunissant des chercheuses et des chercheurs de l'Université du Québec à Montréal (UQAM) et des Pekuakamiulnuatsh, en particulier la Direction Soutien à la gouvernance de Pekuakamiulnuatsh Takuhikan, qu'est né le projet de recherche *Tan tshe eishi nashekanitsh ka ui pukuhutishuanuatsh Pekuakamiulnuatsh — vers une constitution des Pekuakamiulnuatsh*. Ce projet vise à recenser des récits oraux et écrits de la communauté en vue d'enraciner la mise en œuvre de la constitution en rédaction dans les traditions juridiques véhiculées par ces récits. Ce projet a été autorisé par Pekuakamiulnuatsh Takuhikan en novembre 2020.

La création d'une constitution et d'un système juridique adaptés à cette loi fondamentale et aux valeurs des Pekuakamiulnuatsh est une démarche audacieuse, qui démontre la vitalité des ordres juridiques autochtones, une vitalité qui devrait servir de fondement à la décolonisation du droit et des structures politiques et qui nécessite la résurgence des traditions juridiques et politiques autochtones¹². Or, le colonialisme à l'œuvre au sein des institutions politiques et juridiques autochtones a créé plusieurs ruptures, en particulier en matière d'accès aux traditions juridiques autochtones sur le territoire qu'est aujourd'hui le Canada¹³, incluant la province de Québec¹⁴. Outre ces ruptures, le projet colonial est aussi reconduit toutes les fois que le droit enferme les peuples autochtones ou le concept de tradition dans le passé ou dans une perspective figée et essentialiste. Dès à présent et vu les

11. Joyce Green, « Autodétermination, citoyenneté et fédéralisme : pour une lecture autochtone du palimpseste canadien » (2004) 23:1 Politique et société 9.

12. Val Napoleon et Hadley Friedland, « Indigenous Legal Traditions: Roots to Renaissance » dans Markus D Dubber et Tatjana Hörnle, dir, *Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 225.

13. Hadley Friedland et Val Napoleon, « Gathering the Threads: Indigenous Legal Methodology » (2015) 1:1 Lakehead Law Journal 33; Hadley Friedland et Val Napoleon, « An Inside Job: Engaging With Indigenous Legal Traditions Through Stories » (2016) 61:4 McGill LJ 725; Ghislain Otis, dir, *Contributions à l'étude des systèmes juridiques autochtones et coutumiers*, Québec, Presses de l'Université Laval/Hermann, 2018 à la p 18.

14. Gouvernement du Québec, Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics : écoute, réconciliation et progrès, Rapport final, 2019 à la p 230, en ligne : <www.cerp.gouv.qc.ca/index.php?id=2>.

dérives existantes en droit liées à l'utilisation de ce concept, il paraît important de rappeler ce qui suit :

[...] une tradition juridique constitue une dimension de la culture générale ; elle peut être différenciée du régime juridique d'un État si celui-ci ne reconnaît pas explicitement sa validité. Les traditions juridiques sont des phénomènes culturels ; elles fournissent des catégories dans lesquelles cette « entreprise désordonnée qu'est la vie » peut être organisée et par lesquelles les différends peuvent être résolus¹⁵.

Les traditions juridiques constituent des objets vivants « toujours en train de se reconstituer et de se redéfinir en tant que tradition »¹⁶ et permettent d'élargir et d' étoffer le concept de droit, qui ne s'arrête pas au droit de l'État, mais s'étend aussi aux traditions juridiques autochtones¹⁷. Dans cette perspective, les traditions juridiques et le droit de l'État ne sont pas non plus incompatibles et la notion de traditions juridiques permet de considérer le dialogue entre les traditions juridiques du monde, dans une logique multivalente¹⁸. Avoir recours à cette notion suppose enfin, d'une part, de considérer le contexte et les fondements du droit et, d'autre part, de se détacher de la notion de système juridique, insuffisante pour penser le droit et les phénomènes normatifs. En effet, selon Patrick Glenn, la notion de système juridique est intimement liée au système juridique bâti par les États et, en valorisant le processus de codification, elle fait référence à une normativité cadrée, technique, systématique et délimitée. Par ailleurs, rappelons que cette notion mise sur les principes d'autonomie, d'exclusivité, de séparation ou d'incompatibilité des systèmes les uns avec les autres, n'envisageant les relations entre ceux-ci que sous l'angle de l'indépendance, du conflit ou de la subordination¹⁹. Or, la notion de tradition juridique est plus significative que celle de système juridique, puisque

15. John Borrows, *La constitution autochtone du Canada*, Québec, coll Politeia, Presses de l'Université du Québec, 2020 à la p 13 [Borrows, *La constitution autochtone du Canada*].

16. Patrick Glenn, « La tradition juridique nationale » (2003) 55:2 RIDC 263 à la p 273 [Glenn, « La tradition juridique nationale »].

17. Patrick Glenn, « A Concept of Legal Tradition » (2008–2009) 34 Queen's LJ 438 [Glenn, « A Concept of Legal Tradition »].

18. *Ibid* à la p 443. La perspective du dialogue entretenue par Glenn n'est pas sans rappeler ce que propose Borrows à propos de la solidarité entre traditions juridiques : « Les relations peuvent être renforcées lorsque nous affirmons la nature imbriquée, interactive et négociée de nos traditions à travers le temps », Borrows, *La constitution autochtone du Canada*, *supra* note 15 à la p 31.

19. Glenn, « La tradition juridique nationale », *supra* note 16 aux pp 264–68.

sous son égide, le droit signifie à la fois le contenu normatif, ses fondements et son contexte de production, y compris les traditions, les valeurs, l'histoire et les ontologies²⁰. C'est pourquoi c'est cette notion que nous privilégions dans cet article.

En vue de nourrir un projet de décolonisation du droit qui soit non essentialiste et qui s'écarte des processus de réification à l'œuvre au sein de cette discipline, et de manière à faciliter la réalisation des projets futurs en la matière, cet article présente la démarche qui a précédé la mise en œuvre de notre projet de recherche. Comme trame de départ, cette démarche a été animée par la question de savoir comment d'autres avant nous avaient procédé pour entreprendre la documentation de traditions juridiques autochtones. L'article fait donc état des principales approches méthodologiques et théoriques qui balisent actuellement le travail mené par les juristes et les communautés quant aux traditions juridiques autochtones. Par cette revue de la littérature croisant plusieurs champs disciplinaires, nous avons cherché à identifier des outils et des perspectives qui pouvaient inspirer les démarches de documentation des traditions juridiques autochtones au Québec. Autrement dit, nous souhaitons évaluer les apports et les limites des travaux d'auteurs et d'autrices produits surtout en anglais et dans d'autres contextes géographiques en ce qui a trait à leur applicabilité au Québec. Nous souhaitons aussi nous appuyer sur des perspectives disciplinaires et des savoirs croisés en vue d'une saisie plus complexe de la situation. C'est pourquoi, comme le suggère Anna Tsing pour ce qui est de l'étude d'un monde en ruines, « *it requires moving beyond the disciplinary prejudices into which each scholar is trained, to instead take a generous view of what varied knowledge practices might offer* »²¹. Cet article vise ainsi à rassembler en un même document les principaux outils et perspectives théoriques et à le faire en français, vu la sous-documentation de ces outils et de ces réflexions dans cette langue.

De manière à présenter les approches méthodologiques qui structurent les processus de revitalisation des traditions juridiques autochtones, de même que les outils qui en résultent (III), nous reviendrons d'abord, sous

20. John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction of the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2^e éd, Stanford, Stanford University Presse, 1985, cité dans Borrows, *La constitution autochtone du Canada*, *supra* note 15 à la p 13; Glenn, « A Concept of Legal Tradition », *supra* note 17 à la p 438.

21. Elaine Gan et al, « Introduction: Haunted Landscapes of the Anthropocene » dans Anna Tsing et al, dir, *Arts of Living on a Damaged Planet*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2017, G1 à la p G2.

un angle théorique, sur l'effacement des traditions juridiques autochtones par l'impérialisme constitutionnel (I) et sur sa mise en question par différentes approches, notamment celles de la résurgence et des enchevêtrements (II).

I. L'EFFACEMENT DES TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES : L'IMPÉRIALISME CONSTITUTIONNEL

James Tully fait la démonstration que les constitutions modernes sont le fruit de l'impérialisme européen, utilisant le langage de celui-ci, ses concepts et ses façons de penser et de faire. Pour Tully, les « institutions constitutionnelles » et les traditions d'interprétation ont été définies par des hommes eurodescendants, à l'exclusion des femmes, des minorités culturelles et des peuples colonisés²². Cela s'applique notamment à la constitution canadienne. Aaron Mills soutient d'ailleurs que cette constitution s'enracine dans trois composantes du libéralisme : l'autonomie individuelle, la liberté et l'égalité²³. Cette lunette d'interprétation a conduit les États à se construire autour de constitutions « à l'européenne », croyant en la légitimité de leur stade de développement politique et constitutionnel plus avancé (selon leur perspective) et se sentant justifiés d'intervenir et d'imposer un ordre juridique et politique aux sociétés « moins avancées », non étatiques (dites « dans un état de nature »), ou simplement dont l'organisation politique et juridique est différente de celle des États européens²⁴. Cette position est notamment énoncée et défendue dans les travaux d'Emmanuel Kant²⁵. Elle conduit à l'usurpation de la souveraineté autochtone au sein des Amériques, y compris au Canada et au Québec²⁶. Cet impérialisme constitutionnel ne laisse que peu de place à la diversité des traditions juridiques et politiques. Au Canada, par exemple, l'ordre constitutionnel qui s'établit a laissé très peu de place aux traditions juridiques autochtones. La *Loi constitutionnelle de 1867*²⁷

22. James Tully, *Une étrange multiplicité : le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999 [Tully, *Une étrange multiplicité*].

23. Aaron Mills, *Miinigowiziwin : All That Has Been Given for Living Well Together One Vision of Anishinaabe Constitutionalism*, Thèse de doctorat, Université Victoria, 2019 à la p 57 [Mills, *Miinigowiziwin*].

24. James Tully, *Public Philosophy in a New Key*, vol 2, Imperialism and Civic Freedom, New York, Cambridge University Press, 2008 à la p 145 [Tully, *Public Philosophy in a New Key*].

25. Emmanuel Kant cité dans Tully, *ibid.*

26. Michel Morin, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997.

27. (R-U), 30 & 31 Vict, c 3.

a, en effet, organisé le partage des compétences au sein de la fédération entre les ordres fédéral et provincial de gouvernance, laissant une place limitée à une sphère décisionnelle autochtone. Quant à lui, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁸ permet une certaine forme d'autonomie gouvernementale pour les Autochtones, soit par la négociation d'une entente d'autonomie gouvernementale, soit par un traité, soit par une interprétation renouvelée des droits ancestraux comme véhicule d'un droit général à l'autonomie gouvernementale. Bien que cette dernière interprétation ne soit pas encore retenue par les tribunaux, elle est actuellement en discussion devant ceux-ci. Elle sera prochainement étudiée par la Cour suprême, à la suite du jugement de la Cour d'appel du Québec dans le *Renvoi relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*²⁹, rendu le 10 février 2022 et qui a été porté en appel devant le plus haut tribunal du pays. Or, à ce jour, bien qu'au fil des ans, l'article 35 ait été un levier dans la négociation de traités et d'ententes d'autonomie gouvernementale, il est permis de se demander si les institutions et mécanismes chargés du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois ont les outils et les ressources appropriés pour permettre une reconnaissance des institutions et des traditions juridiques autochtones qui soit pleinement satisfaisante pour ces peuples. Après tout, « [ce que les peuples minoritaires ont en commun], c'est un désir d'autonomie : se diriger eux-mêmes »³⁰.

Malgré ce rouleau compresseur colonial, les résistances autochtones ont fait en sorte que les traditions juridiques et les institutions politiques traditionnelles autochtones ont souvent persisté jusqu'à aujourd'hui³¹, même si elles ne sont pas nécessairement visibles aux yeux de la majorité. Il existe donc une diversité d'ordres juridiques au Canada, une « étrange multiplicité », comme le souligne Tully³², même si celle-ci est le plus souvent ignorée. Pour James Tully, la réflexion

28. Art 35 constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

29. 2022 QCCA 185

30. Tully, *Une étrange multiplicité*, *supra* note 22 à la p 4.

31. Nicolas Houde, « La gouvernance territoriale contemporaine du Nitaskinan : tradition, adaptation et flexibilité » (2014) 44:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 23; Anny Morissette, « Composer avec un système imposé : la tradition et le conseil de bande à Manawan » (2007) 37:2-3 *Recherches amérindiennes au Québec* 127.

32. Tully, *Une étrange multiplicité*, *supra* note 22; Tully, *Public Philosophy in a New Key*, *supra* note 24.

pertinente à engager vise à savoir comment une constitution moderne peut « reconnaître la diversité culturelle et lui faire une place »³³:

[...] la question de notre époque [est] de savoir si une constitution peut accorder une reconnaissance aux demandes légitimes des membres de diverses cultures d'une manière qui rendrait justice à chacun, de telle sorte que tous accepteraient librement de consentir à cette forme d'association constitutionnelle. Nous allons nommer « reconnaissance mutuelle » cette première étape vers une solution³⁴.

La constitution canadienne a été rédigée selon la vision du monde et dans la langue de la majorité, ce qui a occulté de façon efficace la diversité sous-jacente des traditions juridiques et politiques sur ce territoire³⁵. Afin, aujourd'hui, de répondre aux revendications politiques des Autochtones au Canada, il est essentiel de prendre acte de cette diversité en créant les conditions juridiques et politiques la permettant. Pour Tully, « [l]a souveraineté du peuple, dans les sociétés culturellement diverses, paraît exiger que les gens arrivent à un accord sur une constitution par un dialogue interculturel dans lequel leurs habitudes culturellement distinctes de parler et d'agir sont reconnues mutuellement »³⁶.

Ce dialogue interculturel n'est possible qu'en suspendant ses *a priori* (*assumptions*) à propos des autres cultures juridiques et il doit être « profond » (*deep*), en réinventant la langue et les concepts avec lesquels travailler³⁷.

*We in the West have yet to enter into the difficult kind of dialogue with the others of the world that brings this horizon of persisting languages and practices into the space of questions and opens the interlocutor of non-imperial relationship of dialogue and mutual understanding. This would be the beginning to an alternative to imperialism*³⁸.

C'est un dialogue qui doit perdurer afin de permettre aux traditions juridiques mises en minorité d'évoluer dans le temps en fonction du

33. Tully, *Public Philosophy in a New Key*, *supra* note 24 à la p 1.

34. *Ibid* à la p 6.

35. Geneviève Motard et Mathieu-Joffre Lainé, « Prendre le droit autochtone au sérieux : entretien avec Hadley Friedland » (2016) 40:2 *Anthropologie et Sociétés* 195.

36. Tully, *Public Philosophy in a New Key*, *supra* note 24 à la p 27.

37. Sur le dialogue, voir les travaux de David Bohm, *On Dialogue*, New York, Routledge, 1996. Sur l'importance pour les peuples autochtones de s'approprier des concepts coloniaux pour les redéfinir, voir Dale Turner, *This Is Not a Peace Pipe: Towards a Critical Indigenous Philosophy*, Toronto, University of Toronto Press, 2006.

38. Tully, *Public Philosophy in a New Key*, *supra* note 24 aux pp 164–65.

contexte et des intérêts changeants, puisqu'elles sont vivantes et dynamiques. La Nation Atikamekw l'a d'ailleurs fait au Québec dans un secteur particulier, en élaborant un « système d'intervention d'autorité atikamekw » de protection de la jeunesse ancré dans des pratiques juridiques proprement atikamekw, utilisant ses instances propres, tout en l'arrimant aux ordres juridiques québécois et canadien³⁹. Ce faisant, il est important de ne pas simplement étudier une tradition juridique à un moment précis dans le temps afin de l'accommoder à la majorité, mais de créer un espace de dialogue permettant une évolution des pratiques. C'est l'essence de l'autonomie, fondamentale dans un contexte où les traditions politiques et juridiques ne sont pas figées et sont plutôt constamment remises en question et transformées de l'intérieur.

II. MISE EN QUESTION DE L'IMPÉRIALISME CONSTITUTIONNEL

La mise en question de l'impérialisme constitutionnel se fait notamment à l'intérieur de deux *corpus* principaux, distincts et complémentaires. Le premier s'intéresse aux traditions juridiques elles-mêmes, à leur création, à leur persistance et à leur trajectoire à l'extérieur de toute forme d'interaction avec le droit de l'État. Ce *corpus* a d'abord été pensé en anthropologie, champ au sein duquel la documentation des coutumes et pratiques normatives locales et autochtones a été un élément central dans l'histoire et la pratique de la discipline⁴⁰. Ce *corpus*, qui aujourd'hui dépasse le domaine de l'anthropologie, contient des travaux qui se sont centrés sur la cohérence interne des traditions juridiques, leur cohésion avec les ontologies au sein desquelles elles émergent, ainsi que sur leur utilisation à des fins de décolonisation des institutions politiques et juridiques autochtones⁴¹. De manière plus contemporaine, ce *corpus* s'intéresse à ce que plusieurs auteurs et

39. Anne Fournier, « De la *Loi sur la protection de la jeunesse* au Système d'intervention d'autorité atikamekw (SIAA). La prise en charge d'une nation pour assurer le bien-être de ses enfants » (2016) 25 *Enfances, Familles, Générations*, en ligne : <www.journals.openedition.org/efg/1152>. Un système de protection de la jeunesse propre aux Innus de Uashat mak Mani-Utenam est également à l'œuvre, Sébastien Grammond et Christiane Guay, « Comprendre et reconnaître le droit innu du nekupaniem/ne kupanishkuem » (2021) 6 : 2 C de D 467.

40. Sally Falk Moore, « Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949–1999 » (2001) 7 : 1 *Journal of the Royal Anthropological Institute* 95.

41. À propos de la résurgence des ordres juridiques autochtones à des fins de réappropriation et de décolonisation, voir, entre autres, les travaux de Gerald Taiaiake Alfred, Aaron Mills, Aimée Craft et John Borrows.

autrices appellent la résurgence des traditions juridiques autochtones, mais il ne met pas au cœur de sa réflexion l'examen des interactions entre traditions juridiques autochtones et droit produit par l'État. Le second *corpus* envisage quant à lui ces interactions. Il est alors question de la porosité entre les différentes traditions juridiques à l'œuvre sur un même territoire et de leur enchevêtrement.

A. Résurgence et enracinement des traditions juridiques dans les contextes autochtones

Pour Leanne Betasamosake Simpson, « *resurgence must be concerned with the reattachment of our minds, bodies and spirits to the network of relationships and ethical practices and generated grounded normativity* »⁴². Dans la résurgence, la décolonisation est faite de l'intérieur, en ancrant l'établissement d'institutions, de cadres et de pratiques juridiques dans la philosophie du lieu au sein duquel elle s'enracine :

*Resurgence is about the ways we perpetuate nationhood, community, and family through Indigenous governance with stories, experiences, languages, and place-based relationships. Ultimately, the foundations for change, renewal, and resilience can be found in everyday, resurgent actions that promote the health and well-being of plant nations, such as Ihiya (river cane, Arundinaria gigantea, Cherokee) and qwlháal (edible camas, camassia spp.; Songhees Straits Salish), as well as Indigenous nations*⁴³.

Afin de se défaire de ses attaches coloniales, les institutions et les pratiques autochtones doivent, dans cette perspective, déconstruire les hiérarchies, les catégories, en particulier les catégories hétéro-normatives, et les structures oppressives en mobilisant les récits et les savoirs de la nation même, ainsi que les personnes qui portent ces récits et ces savoirs, le tout en faisant abstraction de l'État colonial. Dans cette approche, on tente de se réinventer à l'intérieur de cadres philosophiques autochtones. « *Restorying is an important dimension of resurgence that emphasizes community ways of sharing knowledge, acts of remembering, land-centred literacies, and the intimacy of everyday*

42. Leanne Betasamosake Simpson, *As We Have Always Done: Indigenous Freedom Through Radical Resistance*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2017 à la p 44.

43. Jeff Corntassel, « Restorying Indigenous Landscapes: Community Regeneration and Resurgence » dans Nancy Turner, dir, *Plants, People, and Places: The Roles of Ethnobotany and Ethnoecology in Indigenous Peoples' Land Rights in Canada and Beyond*, Montréal, McGill/Queen's University Press, 2020, 350 à la p 352.

action»⁴⁴. Dans cette optique, la langue et le territoire sont d'importantes dimensions contribuant à la résurgence.

Pour Taiaiake Alfred, la vision autochtone de la justice est radicalement différente de celle qui a été imposée par l'État colonial. Pour lui, il est donc impératif que les nations autochtones se centrent sur cette vision de la justice pour redéployer dans le concret leurs ordres juridiques et politiques. Pour Alfred, la décolonisation est un processus qui est à la fois personnel et public, et qui exige de rejeter « toute prémisse coloniale au profit d'un traditionalisme conscient »⁴⁵.

S'appuyant sur les travaux d'Alfred et de Simpson, Glenn Coulthard définit la résurgence comme un mouvement « visant la libération nationale autour de la revitalisation des valeurs et des pratiques politiques "traditionnelles", ces valeurs et pratiques étant entendues de manière dynamique »⁴⁶. Selon lui, « il s'agit [...] d'un mouvement intellectuel, social, politique et artistique orienté vers la revitalisation introspective

des valeurs, [...] principes et [...] autres éléments culturels mieux adaptés à la vaste réalité politique et économique contemporaine. La résurgence s'inspire donc du passé de façon critique, dans le but de transformer radicalement les relations de pouvoir coloniales qui dominent notre présent »⁴⁷.

La résurgence contient donc cinq composantes (ou thèses selon Coulthard) : l'action directe, la fin du capitalisme, la souveraineté autochtone dans les villes, une souveraineté basée sur « un rapport de solidarité et d'entraide [entre] [...] les Autochtones des villes et des réserves »⁴⁸, la justice pour les femmes, ainsi que la construction de « structures juridiques et souveraines alternatives, décoloniales, non discriminatoires et non fondées sur l'exploitation économique, structures

44. *Ibid.* À cet égard et dans le contexte propre à la communauté de Mashteuiash, voir Laurence Prud'homme, *Les processus d'élaboration des constitutions autochtones écrites : le cas de la démarche constitutionnelle de la Première nation des Pekuakamiulnuatsh*, Mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université McGill, 2021 [non publié].

45. Taiaiake Alfred, *Paix, pouvoir et droiture : un manifeste autochtone*, 2^e éd, Wendake (Qc), Hannenorak, 2014 à la p 65.

46. Glen Sean Coulthard, *Peau rouge, masques blancs. Contre la politique coloniale de la reconnaissance*, Montréal, Lux Éditeur, 2018 aux pp 256 et 260.

47. *Ibid* à la p 260.

48. *Ibid* à la p 293.

inspirées du renouvellement critique de nos meilleures traditions juridiques et politiques»⁴⁹.

C'est pourquoi, pour Zuni Cruz et les autres auteurs et autrices de la résurgence, l'affirmation d'une autodétermination autochtone passe par cette résurgence des traditions juridiques ancrées dans le territoire et les ontologies autochtones :

*It is through our legal traditions that we, as Indigenous peoples, know that we have the right to self-determination. It is the chthonic legal tradition that gives us our identity as peoples separate and distinct from other peoples in the world. [...] Our chthonic legal tradition — our journey narratives, our origin stories provide the legal basis for our legitimate claim to self-determination*⁵⁰.

Cette tradition intellectuelle de la résurgence s'intéresse donc moins à l'ordre juridique de l'État colonial qu'à la structure, la force et la cohérence interne des traditions juridiques autochtones. C'est cette reconstruction par l'intérieur qui mènera, ultimement, les nations autochtones sur le chemin de la décolonisation et de la souveraineté. À cette première perspective s'en ajoute une seconde, qui s'intéresse aussi aux phénomènes d'interaction et d'enchevêtrement entre traditions juridiques.

B. Interaction entre traditions juridiques

Comme le soulignent Sylvie Poirier et Françoise Dussart, les cultures et les pratiques culturelles sont hautement complexes, en constante mutabilité et varient en fonction des contextes autochtones et non autochtones qui se rencontrent⁵¹. Certains juristes affirment également que « *[s]ituations of legal pluralism nevertheless raise the problem of articulation in a unique way because of the relational dynamics caused by the often daily interaction of systems, which involve varying degrees of rivalry and power imbalances* »⁵².

Norbert Rouland décrivait déjà ce qu'il qualifiait d'« acculturation juridique » comme étant

49. *Ibid* à la p 298.

50. Zuni Cruz, *supra* note 8 à la p 328.

51. Sylvie Poirier et Françoise Dussart, *Entangled Territorialities: Negotiating Indigenous Lands in Australia and Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2017 aux pp 4, 10–11.

52. Ghislain Otis, Jean Leclair et Sophie Thériault, *Applied Legal Pluralism. Processes, Driving Forces and Effects*, New York, Routledge, 2022 à la p 26.

[...] un phénomène de transfert [...]. On peut la définir comme la transformation globale que subit un système juridique au contact d'un autre, processus impliquant la mise en œuvre de moyens de contrainte de nature et de degrés divers et pouvant répondre à certains besoins de la société qui la subit. Cette transformation peut être unilatérale [...] ou réciproque [...]»⁵³.

Or, bien que ces phénomènes fassent partie de la vie quotidienne des systèmes juridiques, que «l'acculturation même forcée ou planifiée, ne se réduit jamais à une simple déculturation et n'entraîne pas nécessairement l'assimilation»⁵⁴, pour ce qui est de la rencontre coloniale «l'acculturation juridique côtoie souvent la déculturation», complexifiant les rapports entre le droit autochtone et le droit du colonisateur⁵⁵. En se basant sur les travaux de Bradford W Morse, Rouland propose la typologie suivante afin de catégoriser les formes de transfert ou d'articulation possibles, formes qui ne sont jamais figées dans le temps et qui dépendent du contexte social, économique et politique relatif à chaque période et à chaque État⁵⁶ : la séparation ou ce que Morse appelle «*the total avoidance approach*»⁵⁷ ; la coopération ; l'incorporation, très présente dans la pratique de l'Empire britannique en Afrique et en Asie, mais aussi en droit canadien relativement au champ du droit de la famille⁵⁸ ; et les phénomènes de rejet, particulièrement présents selon Morse, par exemple, devant les tribunaux en Australie pour ce qui est des traditions juridiques autochtones⁵⁹.

Plus récemment, Ghislain Otis, Jean Leclair et Sophie Thériault ont mis en lumière deux catégories principales pour expliquer les relations dynamiques que les systèmes juridiques entretiennent les uns avec les autres, en particulier, celles de l'articulation (par réception et par retrait) et de l'adaptation (par imitation et par modulation endogène), qu'ils définissent ainsi :

53. Norbert Rouland, *L'anthropologie juridique*, 2^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 1995, à la p 88.

54. Denys Cuche, *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2004 à la p 58.

55. Rouland, *supra* note 53 aux pp 89 et 91.

56. Bradford W Morse, «Indigenous Law and State Legal System : Conflict and Compatibility» dans Bradford W Morse et Gordon R Woodman, dir, *Indigenous Law and State Legal System*, Dordrecht, The Netherlands Foris Publ, 1988 aux pp 107 et 114.

57. *Ibid* à la p 103.

58. *Ibid* à la p 106.

59. *Ibid* aux pp 106–107.

*Articulation takes place when the managing system acknowledges the existence of another system (the system of reference) and gives that other system some measure of direct legal effect. Adaptation takes place when the managing system, as a result of its proximity with another system, adapts and transforms yet does not recognize the reference system as a binding legal source of principles, rules, or processes*⁶⁰.

Bien que les liens entre les systèmes juridiques et les mondes autochtones et non autochtones demeurent « partiels », notamment parce que les pratiques et les postures ontologiques (les façons d'être et d'agir dans le monde, façonnées par des savoirs propres) qui les animent ne sont pas semblables⁶¹, il demeure fondamental de considérer les phénomènes d'articulation entre ces systèmes juridiques eux-mêmes comme étant enracinés dans « des mondes ontologiques », puisqu'ils comportent « *varying degrees of rivalry and power imbalances* »⁶². La mise en question de l'impérialisme constitutionnel suppose donc aussi de veiller de manière réflexive et critique aux différentes formes d'interaction / d'enchevêtrement / d'articulation entre les systèmes et les traditions juridiques afin de court-circuiter la reproduction des rapports de pouvoir.

À ce stade-ci de l'article, il est plus facile de comprendre, d'un point de vue théorique, la trajectoire des traditions juridiques autochtones en contexte canadien, passant d'une situation d'effacement à une situation de résurgence et d'enchevêtrement avec le droit étatique. Cela étant dit, quels outils méthodologiques permettent aujourd'hui de travailler avec les traditions juridiques autochtones afin qu'elles constituent les fondements normatifs d'ordres juridiques contemporains ?

III. LES APPROCHES MÉTHODOLOGIQUES RELATIVES À LA REVITALISATION DES TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES

Plusieurs outils méthodologiques existent afin de travailler avec les traditions juridiques autochtones. Avant de les présenter, revenons sur le dynamisme et la multidimensionnalité de la notion de tradition juridique et leurs répercussions sur la démarche de recherche. En amont de

60. Otis, Leclair et Thériault, *supra* note 52 à la p 25.

61. Poirier et Dussart, *supra* note 51 à la p 8.

62. Otis, Leclair et Thériault, *supra* note 52 à la p 26.

tout processus de revitalisation des traditions juridiques autochtones, il est fondamental de réfléchir aux pièges, aux écueils et aux attentes qui nous animent relativement au concept de tradition, d'autant plus lorsque certaines disciplines comme le droit ont un lourd bagage quant à la manière d'appréhender cette notion dans le droit autochtone. En la matière, rappelons premièrement que :

[d]'une part, les traditions peuvent constituer des forces positives dans nos communautés si elles existent comme des systèmes vivants, contemporains, qui sont revus à mesure que nous en apprenons plus sur la manière dont nous devrions vivre les uns avec les autres. D'autre part, les traditions peuvent être destructrices si elles deviennent statiques et figées dans leur orientation, leur interprétation et leur application. Elles deviennent des forces négatives si elles sont indûment romancées, essentialisées et fossilisées dans un cadre inflexible⁶³.

Le projet colonial est ainsi reconduit toutes les fois où revitalisation signifie reproduction du passé⁶⁴. Or, la revitalisation des traditions juridiques autochtones ne va pas de pair avec la « copie de quelque chose d'ancien »⁶⁵. Pour Aaron Mills, ces traditions étant vivantes et non figées, ce processus signifie plutôt « *the nurturing of new life within an existing logical-structural (and in our case, specifically constitutional) mode* »⁶⁶. La revitalisation des traditions juridiques autochtones est donc un processus qui requiert l'adaptation de la normativité aux besoins et au contexte contemporains des peuples autochtones, mais aussi une adaptation dont les fondements sont enracinés dans les philosophies et les ontologies autochtones⁶⁷. Deuxièmement, il importe de ne pas homogénéiser ce que la tradition juridique a été dans le passé. Tant la période de la rencontre coloniale que la précédente ont vu cette tradition se transformer. Il est donc toujours important de bien situer la période de référence lorsqu'on se rapporte au passé.

63. Borrows, *La constitution autochtone du Canada*, *supra* note 15 à la p 14.

64. Mills, *Miinigowiziwin*, *supra* note 23 à la p 26.

65. *Ibid.*

66. *Ibid* à la p 27.

67. John Borrows, « Indigenous Constitutionalism : Pre-Existing Legal Genealogies in Canada » dans Peter Olivier, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 13 ; Aaron Mills, « The Lifeworlds of Law : On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today » (2016) 61 :4 McGill LJ 847. Borrows souligne également le fait que les traditions juridiques autochtones sont immergées dans un « contexte de sens », John Borrows, *supra* note 17 à la p 230.

Troisièmement, plusieurs sources de droit coexistent au sein des traditions juridiques autochtones. Zuni Cruz indique : « *There are different types of law in the Indigenous legal tradition, and they are related — natural law or the law of nature, law of the land, law of relationships, spiritual law — ultimately shaping, dictating, and setting the law of course of life for all* »⁶⁸.

Borrows, quant à lui, présente ces sources selon les catégories du droit sacré, du droit naturel, du droit délibératif, du droit positif et du droit coutumier⁶⁹.

Le dynamisme et la multidimensionnalité des traditions juridiques autochtones engagent les chercheuses et chercheurs dans un travail réflexif qui consiste notamment à préciser la période sur laquelle ils travaillent, mais également les sources qui ont été priorisées dans leur recherche. Cet éclaircissement étant fait, concentrons-nous maintenant sur les approches méthodologiques relatives à la revitalisation des traditions juridiques autochtones en contexte canadien, en commençant par l'importance de la recherche collaborative (A), la considération des fondements et du contexte de la normativité autochtone (B), et une présentation de quelques véhicules de la normativité autochtone qu'il est possible de documenter (C).

A. L'importance de la recherche collaborative

Comme la production des traditions juridiques autochtones est intimement liée aux ontologies des peuples autochtones, la collaboration fondée sur la délibération⁷⁰ entre les différents porteuses et porteurs de connaissances, c'est-à-dire les personnes aînées les jeunes (portant les aspirations des communautés) et les universitaires constitue un apport important au processus de recherche⁷¹. Outre le fait que cette collaboration permet aux Premières Nations partenaires de se réapproprier leurs traditions juridiques, elle assure aussi l'enracinement de la recherche au sein du territoire, des savoirs, des ontologies et des philosophies propres aux communautés. Pour Black :

68. Zuni Cruz, *supra* note 8 à la p 315.

69. Borrows, *La constitution autochtone du Canada*, *supra* note 15 aux pp 41–97.

70. Napoleon et Friedland, *supra* note 13 à la p 739.

71. Otis, *dir*, *supra* note 13 aux pp 5 et 39–40.

*These narratives provide a legal ordering based on the classical thought of their clan's legal ordering. I shall refer to these elders as Senior Law Men through the honorific acronym of SLM to acknowledge their long and arduous education and training in the jurisprudence of Indigenous Law. It is an education that includes the knowledge of the language, laws, ecology, philosophy, ceremony and songlines of not only their own clans, but also surrounding clans*⁷².

Ce travail collaboratif fait de dialogue, de validation et de revalidation est garant de la prise en compte des fondements et du contexte du droit⁷³. Il permet une compréhension en profondeur du droit et limite les effets d'une compréhension réduite et déformée⁷⁴. Kuokkanen et Kovach suggèrent d'effectuer ce travail selon « *the logic of the gift* » ou « *the learning from the gift* » :

*Contemplated within an indigenous episteme and applied to Indigenous methodologies, collecting data is the gifting of another's story to a researcher: data are more than things; they are living connections animated through the exchange of story. Story within Indigenous oral tradition is about connection and is indispensable to Indigenous cultural sustainability*⁷⁵.

L'importance de la connexion, de la relationnalité et de la réciprocité ne peut se créer seulement qu'en respect de certains protocoles éthiques et culturels :

*Considerations include earning trust, researcher vulnerability, space for the affective dimension, and the trickster element at work [...]. For story to surface, there must be trust [...]. If a pre-existing relationship is not in place, the process to build one must begin. Further, within the research relationship, the research participant must feel that the researcher is willing to listen to the story. [...] [L]istening intently to one another's stories, as a method of knowing, elevates the researcher from an extractive exercise serving the fragmentation of knowledge to a holistic endeavour that situates research firmly within the nest of relationship*⁷⁶.

72. Cf Black, *The Land is the Source of the Law*, New York, Routledge, 2011 à la p 17.

73. *Ibid* à la p 22.

74. *Ibid* à la p 81.

75. Margaret Kovach, *Indigenous Methodologies. Characteristics, Conversations and Contexts*, 2^e éd, Toronto, University of Toronto Press, 2021, à la p 156.

76. *Ibid* aux pp 159–70.

Un tel état d'esprit accompagne toutes les étapes de la recherche⁷⁷. Cela n'est pas sans rappeler les travaux de plusieurs intellectuelles et intellectuels autochtones, dont Taiaiake Alfred, Dale Turner, John Borrows ou Linda Tuhiwai Smith, qui expliquent la nature coloniale de la recherche et l'importance, afin de la décoloniser, qu'elle soit conduite avec, par et pour les peuples autochtones⁷⁸.

B. L'importance des fondements et du contexte de la normativité autochtone

Il est essentiel de tenir compte des fondements et du contexte de la normativité autochtone puisque les interrelations entre les contextes autochtones et non autochtones ne sont que partielles⁷⁹. Comme le mentionnent Black et Borrows, le contexte du droit est fondamental. Il permet au chercheur et à la chercheuse qui s'intéresse au droit « *to see more fully* »⁸⁰, en comprenant la vie quotidienne du droit⁸¹. Aucun système de droit n'est indépendant du contexte social et culturel duquel il a émergé. Ainsi, Aaron Mills utilise l'image de l'arbre de la légalité afin d'illustrer cet enracinement dans un contexte propre. Mills nous invite à imaginer un grand arbre sain composé de quatre parties :

77. *Ibid* aux pp 169–70.

78. Alfred, *supra* note 45 ; Turner, *supra* note 37 ; Linda Tuhiwai Smith, *Decolonizing Methodologies. Research and Indigenous Peoples*, Londres, New York, Zed Books, 1999, et John Borrows, *Law's Indigenous Ethics*, Toronto, University of Toronto Press, 2019 [Borrows, *Law's Indigenous Ethics*]. De plus, la recherche en milieu autochtone est largement encadrée par les organismes subventionnaires de la recherche. Voir notamment le chapitre 9 de l'Énoncé de politique des trois conseils : *Éthique de la recherche avec des êtres humains* — EPTC 2, 2018, en ligne (pdf) : <www.publications.gc.ca/collections/collection_2019/irsc-cihr/RR4-2-2019-fra.pdf>. Les organisations autochtones elles-mêmes se sont dotées de lignes directrices qui affirment les principes PCAP (propriété, contrôle, accès et possession) encadrant les processus de collecte, d'usage et de propriété des données de recherche. Au Québec, voir, par ex, Assemblée des Premières Nations Québec–Labrador, *Protocole de recherche des Premières Nations au Québec et au Labrador*, 2014, en ligne (pdf) : <www.cerpe.uqam.ca/wp-content/uploads/sites/29/2016/08/Protocole-de-recherche-des-Premieres-Nations-au-Quebec-Labrador-2014.pdf> ; Femmes autochtones du Québec, *Lignes directrices en matière de recherche avec les femmes autochtones*, 2012, en ligne (pdf) : <www.faq-qnw.org/wp-content/uploads/2016/11/FAQ-2012-Lignes_directrices_recherche.pdf>. Enfin, voir les travaux de Suzy Basile, Nancy Gros-Louis et Karine Gentelet, *Boîte à outils des principes de la recherche en contexte autochtone : éthique, respect, équité, réciprocité, collaboration, culture*, Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador (CSSSPNQL), 3^e éd, 2021.

79. Poirier et Dussart soulignent très bien les « *partial connections* » entre les ontologies autochtones et non autochtones, ainsi que la limite des « mondes enchevêtrés », Poirier et Dussart, *supra* note 8 aux pp 3–24.

80. Borrows, *Law's Indigenous Ethics*, *supra* note 78 à la p 151.

81. *Ibid* à la p 153.

des racines, un tronc, des branches et des feuilles⁸². Selon cette analogie, le droit fonctionne de la même manière qu'un arbre : c'est une série de relations entre quatre parties d'une structure commune⁸³. Les quatre parties de l'arbre représentent les quatre parties du droit : les récits de la création (les racines), les constitutions (le tronc), les traditions juridiques (les branches), et les lois (les feuilles). Les racines sont les plus difficiles à modifier, alors que les feuilles constituent la partie la plus changeante. Le but de l'arbre est donc de démontrer comment la structure fonctionne de manière cohérente et comment chaque partie habilite et limite les possibilités des autres parties⁸⁴. Ainsi, toujours selon Mills, il importe de comprendre l'imbrication du droit dans des récits et dans des *lifeworlds* ou des *eco-systems*, qui rendent compte de la logique des structures cosmologiques, ontologiques et épistémologiques propres à chaque système, ou ordre juridique⁸⁵.

Pour Kovach, ces récits qui aident à comprendre le sens des ordres juridiques ne peuvent pas être détachés de leur contexte :

*[p]ersonal stories reflect knowledge gained from individual experience while simultaneously signifying relationships. In oral tradition, personal stories can never be decontextualized from the teller. Knowing the storyteller as an active agent within a relational world, situated in a particular time and context, is pivotal in gaining insight into the story being told*⁸⁶.

Sylvie Vincent nous enseigne, dans ses travaux sur la tradition orale en contexte innu, qu'il existe deux types de récits oraux, soit les *atanukan* (ou *atalukan* en nehlueun, le dialecte de l'Innu aimun propre à la communauté de Mashteuiatsh), qui expliquent la création du monde et « les événements qui eurent lieu à l'époque où les hommes et les animaux n'étaient pas encore différenciés », et les *tipatchimun* (en nehlueun), qui relatent des faits vécus par la locutrice ou le locuteur ou ses ancêtres⁸⁷. Ces deux types de récits sont pertinents à la compréhension, à l'étude et à la revitalisation de l'ordre juridique innu. Jérôme et Veilleux rapportent une typologie similaire chez les Atikamekw

82. Mills, *Miinigowiziwin*, *supra* note 23 à la p 40.

83. *Ibid* à la p 41.

84. *Ibid* à la p 39.

85. *Ibid* à la p 26.

86. Kovach, *supra* note 75 à la p 158.

87. Sylvie Vincent, « La tradition orale montagnaise. Comment l'interroger ? » (1982) 70 Cahiers de Clio 5.

Nehoriwisiwok, les *atisokanak* étant des récits intemporels, alors que les *tipatcimowin* racontent des événements rapportés par des témoins directs ou indirects⁸⁸. Jérôme et Veilleux soulignent par ailleurs, dans le cadre de leurs travaux, que le contexte d'énonciation des récits est particulièrement important dans la transmission des *atisokanak*. Par contexte, on entend le lieu où le récit est narré, la saison, les personnes présentes. De plus, les sorties et la vie sur le territoire sont importantes pour faciliter la transmission. Dans une perspective similaire, Leanne Betasamosake Simpson soutient, dans sa «*land pedagogy*», que les récits sont constamment réactualisés par des pratiques et des relations avec le territoire : «*Stories direct, inspire and affirm ancient code of ethics*»⁸⁹.

C. Les véhicules de la normativité autochtone déjà documentés

Afin de documenter les traditions juridiques autochtones, de les utiliser ou de les faire interagir avec les ordres juridiques étatiques, plusieurs sources ont déjà été documentées. Elles peuvent l'être seules ou articulées les unes aux autres. La documentation des traditions juridiques autochtones par les récits issus de la tradition orale, par les pratiques en territoire et par les cérémonies sera présentée. Cette documentation des traditions juridiques autochtones permet d'opérer une déhiérarchisation des sources de savoir juridique, essentiellement écrites et émanant des textes de loi ou des décisions des juges, que les juristes sont habitués à valoriser⁹⁰.

1. La documentation par les récits issus de la tradition orale

Les juristes Val Napoleon et Hadley Friedland insistent sur l'importance des récits et des mythes fondateurs pour comprendre le droit autochtone lui-même. Elles suggèrent de recenser la normativité autochtone au sein de ces récits en appliquant la méthode de l'analyse

88. Laurent Jérôme et Vicky Veilleux, «*Witamowikok*, "dire" le territoire atikamekw nehirowisiw aujourd'hui : territoires de l'oralité et nouveaux médias autochtones » (2014) 44:1 Recherches amérindiennes au Québec 11.

89. Leanne Betasamosake Simpson, «*Land as Pedagogy: Nishnaabeg Intelligence and Rebelious Transformation* » (2014) 3:3 Decolonization: Indigeneity, Education & Society 1 à la p 8.

90. Pour des mises en garde, voir notamment Aaron Mills, «*How Can Indigenous Law Interact Productively With and Within the Canadian Common Law Tradition? A Reconsideration of Canada's Indigenous Constitution*», Conférence prononcée dans le cadre du colloque du Centre de recherche interuniversitaire sur la diversité et la démocratie (CRIDAQ), *John Borrows: la constitution autochtone du Canada*, avril 2021, en ligne : <www.cridaq.uqam.ca/johnborrows-en/video/> [dernière consultation le 22 juillet 2022] [Mills, «*How Can Indigenous Law Interact* »].

de cas préconisée par les juristes. Celle-ci conduit ainsi à « extraire » des récits les normes propres à chaque nation. Selon Otis :

Par un procédé inspiré des méthodes de la common law, les récits sont utilisés à la manière des « précédents » dont les « faits » sont interprétés par les communautés et les chercheurs en vue de déterminer les principes qui en ressortent, de les communiquer et d'y réfléchir de manière critique⁹¹.

Ces principes seront ensuite pensés en fonction des besoins contemporains⁹². Pour ce faire, Napoleon et Friedland insistent, d'une part, sur l'importance du travail de recherche réalisé de concert avec les communautés, dont les personnes aînées, détenteurs et détentrices des savoirs juridiques et, d'autre part, sur l'usage des récits oraux, dont les récits de la création du monde propre à chaque nation autochtone, dont le contenu est analysé en fonction des besoins contemporains⁹³. Cette démarche n'est pas sans rappeler les propos de Margaret Kovach sur la fonction des récits (*stories*) en contexte autochtone et sur la profondeur de la démarche méthodologique à adopter. Selon cette autrice, les récits constituent le fondement des savoirs intergénérationnels, tels des « *vessels for passing along teachings, medicines, and practices that can assist members of the collective. They promote social cohesion by entertaining and fostering good feeling* »⁹⁴. Kovach mentionne notamment que « *[s]tory weaves together the multifold threads forming the tapestry of Indigenous culture [...]. Story nurtures relationship. Story kindles reciprocity. Story compels responsibility. Story thrives where there is respect. Story is gift* »⁹⁵. Elle ajoute également que ces récits « *suits the fluidity and interpretative nature of ancestral ways of knowing based in holism, and intangible animism, and a tangible relationship with community and place* »⁹⁶. Outre cette fonction, Kovach précise la façon de travailler avec les récits et insiste sur l'importance de dépasser un intérêt factuel basé sur un schéma d'entrevue très dirigé, sachant que « *The more structured the method, the more control and power the*

91. Otis, *supra* note 13 à la p 40.

92. Napoleon et Friedland, *supra* note 13.

93. *Ibid*; Otis, *supra* note 13 aux pp 40–41.

94. Kovach, *supra* note 75 à la p 158.

95. *Ibid* à la p 156.

96. *Ibid* à la p 157.

researcher will be perceived as having»⁹⁷. Elle préconise plutôt l'approche des «*research conversations*» et les «*story-sharing methods*». Selon elle :

*[r]esearch conversations are more elastic and give research participants an opportunity to share their story on a specific topic without the periodic disruptions involved in adhering to a structured interview format [...]. It becomes less about research participants responding to research questions and more about the participants sharing their stories in relation to the question*⁹⁸.

Le rôle du chercheur dans la production des données change ainsi, visant davantage à «*honouring the talk*», grâce au principe d'écoute active. En effet, «*the researcher's responsibility is to ensure voice and representation*»⁹⁹. Cette approche permet ainsi de dépasser le cadre d'une recherche *extractive* ou *exploitive*¹⁰⁰. Enfin, Kovach mentionne qu'à l'intérieur des savoirs autochtones (*Indigenous knowledge creation belief*) et de la tradition orale, les récits sont catégorisés en deux séries, qui ne sont pas sans rappeler les catégories de récits proposées par Vincent, Jérôme et Veilleux, c'est-à-dire, d'une part, ceux qui véhiculent des mythes, notamment les mythes de la création et, d'autre part, ceux qui contiennent les histoires et expériences personnelles transmises par l'entremise de la tradition orale, par les aînées et aînés, à l'intention de la prochaine génération¹⁰¹. À l'aune de la démarche de recherche entamée par les auteurs du présent article en partenariat avec la communauté innue de Mashteuitsh, cette approche comporte un intérêt certain. En effet, des anthropologues comme Rémi Savard et Sylvie Vincent, s'inspirant des travaux de Claude Lévi-Strauss sur la structure des mythes¹⁰², ont mis en lumière l'importance de valoriser la pensée mythique innue souvent disqualifiée par les savoirs scientifiques. Les mythes et les récits sont ici considérés comme étant des outils d'organisation sociale et constituent un patrimoine de connaissances incontournable pour comprendre le monde¹⁰³. Ce faisant, rappelons que Savard et Vincent ont distingué deux types de récits au sein de la nation innue, les *atalukan* et les *tipatshimun*. Les premiers font

97. *Ibid* à la p 169.

98. *Ibid* à la p 165.

99. *Ibid* à la p 166.

100. *Ibid* à la p 170.

101. *Ibid* à la p 157.

102. Claude Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1974, aux pp 237–63.

103. *Ibid* aux pp 239–40.

«coïncider [...] l'ensemble des règles permettant la reproduction de la société [et] [...] la totalité du cosmos», alors que les seconds «relatent des événements dont les Innus sont témoins»¹⁰⁴. Leur analyse nous servira donc de base à la documentation de la normativité ilnue.

2. La documentation par les pratiques en territoire

Cette approche ancrée dans le contexte d'émergence de l'arbre du droit nécessite de porter attention au droit issu du territoire. Plusieurs auteurs et autrices se sont intéressés à cette approche du droit issu du territoire, qui permet notamment une plus grande considération des êtres autres qu'humains¹⁰⁵ dans la production normative. John Borrows, par exemple, insiste sur l'importance d'apprendre, tel un apprenti¹⁰⁶, en observant la terre, dont les éléments animés qui l'entourent¹⁰⁷, humains et autres qu'humains¹⁰⁸. Pour enseigner et apprendre les obligations, les droits, les responsabilités qui lient les personnes, Borrows suggère de se baser sur ce que les aînées et aînés anishnabe appellent «*the gift of wisdom*», qui, dans leur langue, signifie «*to see more fully*»¹⁰⁹. Outre le fait que cette approche de l'apprentissage permet de mieux appréhender le contexte social, culturel, politique, linguistique du droit (*land-based contextual learning*), son déploiement dans la vie quotidienne (*land-based legal situation*) et son ancrage interdisciplinaire, cela requiert aussi de porter attention à la toponymie, à l'histoire des lieux et à la langue et, à titre de juristes, à nouer des relations profondes avec le territoire¹¹⁰.

For example, Professor Doug Harris of the Peter A Allard Law School at the University of British Columbia teaches property law with an outdoor component. I remember seeing early signs of this approach when I

104. Rémi Savard, *La forêt vive. Récits fondateurs du peuple Innu*, Montréal, Boréal, 2004 à la p 22. Voir aussi Sylvie Vincent, «La tradition orale: une autre façon de concevoir le passé» dans Alain Beaulieu, Stéphane Gervais et Martin Papillon, dir, *Les Autochtones et le Québec: des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, 75.

105. La notion d'êtres autres qu'humains en est une qui permet de qualifier d'autres formes d'êtres et de vie, qui contraignent les comportements des humains ou interagissent avec ceux-ci à titre d'acteurs potentiels participant à la vie politique locale. Cette qualification fait débat au sein de la discipline anthropologique où elle cohabite avec d'autres notions, telle celle d'êtres non humains. En la matière, voir notamment Marisol de la Cadena, «Indigenous Cosmopolitics in the Andes: Conceptual Reflections Beyond "Politics"» (2010) 25:2 *Cultural Anthropology* 334.

106. *Ibid* à la p 152.

107. Borrows, *Law's Indigenous Ethics*, *supra* note 78 à la p 150.

108. *Ibid* à la p 160.

109. *Ibid* à la p 151.

110. *Ibid* aux pp 150–54 et 162.

taught at UBC many years ago. Doug was a PhD student at the time. He took his graduate student colleagues and professors on a trip down the Fraser River. He organized the class with Sto:lo scholar and educator Sonny McHalsie (Naxaxalhts'i). Dr McHalsie explained the Coast Salish legal world by reference to the river, mountains, forests, insects, birds, and animals encountered along the way. Sonny showed us historic village sites and explained the community's current relationship with all parts of their territory. We saw transformer figures and embodied ancestors in and amongst the rocks, fields, and forests. Sonny told us what they represented. He recounted their life's experiences. He drew principles from these experiences and illustrated how they are used for regulating conduct and resolving disputes. He helped us see the «cases», that lay on the land before us. Stories formed a large part of his teaching. Dr McHalsie reinforced Sto:lo presence on the land by recounting how these stories continued to communicate specific norms and standards for living well in the world¹¹¹.

Borrows propose, en outre, de «reading the earth through poles, songs, clans and histories»¹¹². Une telle approche relative à la transmission du savoir juridique prend du temps et nécessite l'observation directe du territoire et la considération des récits relatifs à celui-ci¹¹³.

De son côté, Leanne Betasamosake Simpson valorise ce qu'elle appelle *land-based pedagogy*, qui vise à réintroduire les individus dans la relation avec le territoire par l'éducation. Cette approche pédagogique permet aussi de se centrer sur cette relation afin d'enraciner les normativités autochtones et les pratiques qui en résultent au sein du territoire¹¹⁴. Simpson explicite clairement le lien entre territoire, accès au territoire et vitalité des cultures autochtones : «by far the largest attack on Indigenous Knowledge systems right now is land dispossession»¹¹⁵.

Christine Black s'inscrit elle aussi dans cette lignée du droit issu du territoire. Son ouvrage vise à «remembering stories from long ago»¹¹⁶,

111. *Ibid* à la p 155.

112. *Ibid* à la p 161.

113. *Ibid* à la p 163.

114. Voir, par ex, le projet d'Aimée Craft, *Decolonizing Water*, qui, en s'appuyant sur la *land-based pedagogy*, vise à mettre en place une gestion des eaux qui s'enracine dans le droit autochtone lui-même, en ligne : Decolonizing Water | Building Resilient Water Futures . <www.decolonizingwater.ca>

115. Simpson, *supra* note 89 à la p 21.

116. Black, *supra* note 72 à la p 7.

« *a web of law stories* »¹¹⁷. Pour ce faire, l'autrice récolte des récits issus des *senior law men* (SLM), qui sont des personnes qui ont le savoir de la langue, du droit, de l'écologie, de la philosophie, des cérémonies et des *songlines*¹¹⁸ et aux côtés desquelles il devient possible de recenser une *Indigenous jurisprudence*. Ce dernier concept est basé sur le savoir juridique issu des relations entre humains et autres qu'humains. Il se définit ainsi : « *A ritual/sacred formula to produce good health in a knowledge system based on being within — in, a system of two — di [two (two laws [...])], based on being within a productive/creative complimentary system of relationships* »¹¹⁹. Concrètement, ce concept s'articule autour du principe des cercles concentriques. Pour l'autrice, il est important, premièrement, de comprendre les cosmologies pour comprendre le droit. Le cercle le plus large constitue donc les cosmologies, c'est-à-dire, l'univers des humains, « *people's cosmological creation story and events* » ou ce qui est estimé, valorisé¹²⁰. Le cercle du centre représente le droit des relations : « *[...] the concept of the Law of Relationship is the most appropriate term to emphasize the centrality of the legal relationship in the edifice of the legal ethos — that is, the Land is the Law* »¹²¹. De plus, Black indique aussi que « *The Law of Relationship, in its human centrality, is about "never being alone", while, metaphysically, it is the balance of the Land's energy* »¹²². Enfin, le cercle le plus petit s'intitule *Responsibilities and Rights*. Il s'agit des droits des humains, qui sont intimement associés à des responsabilités. Ici, le principe de l'interdépendance entre droits et responsabilités s'applique. Ainsi, il n'y a pas de droits sans responsabilités, et inversement¹²³. Les travaux de Borrows et de Black sont à nouveau fondamentaux pour documenter les traditions juridiques autochtones au Québec. En effet, à l'aune de ces travaux, ces données issues de l'observation participante effectuée en territoire deviennent primordiales. De fait, ils signalent explicitement l'impossibilité d'une analyse des récits conduite seule et en vue d'extraire la normativité¹²⁴. Associés à la démarche ILRU (*Indigenous Law Research Unit*, de l'Université Victoria), ces travaux engagent à comprendre,

117. *Ibid* à la p 4.

118. *Ibid* aux pp 16–17.

119. *Ibid* à la p 13.

120. *Ibid* à la p 15.

121. *Ibid*.

122. *Ibid* à la p 16.

123. *Ibid*.

124. Mills, « How Can Indigenous Law Interact », *supra* note 90.

d'une part, les récits de manière enracinée et contextuelle et d'en faire une analyse approfondie, en considérant leurs fondements et les données non écrites provenant du terrain (toponymie, récits d'expériences d'occupation du territoire, entrevues, observation participante, etc.). D'autre part, cette approche permet d'emblée d'ancrer la recherche dans les fondements philosophiques, épistémologiques et cosmologiques propres à une communauté, en partant des récits et des témoignages des aînées et aînés et des SLM pour comprendre les traditions juridiques autochtones, ce qui rend possible une étude plus complète de ce que l'anthropologue Sylvie Poirier appelle « les territorialités autochtones ». Selon cette autrice, l'étude de ces territorialités dépasse celle des systèmes de tenure des terres et des pratiques de gestion des ressources pour inclure également la toponymie, la tradition orale, les savoirs et perspectives des personnes autochtones occupant et utilisant le territoire, parmi lesquelles les chasseuses et les chasseurs, les cueilleuses et les cueilleurs, mais aussi la voix et les intentions des êtres autres qu'humains¹²⁵. Le défi qui se pose néanmoins dans la mise en œuvre de la territorialité autochtone est celui de l'accès au territoire ancestral qui, en fonction des communautés autochtones et en raison des politiques et des pratiques de dépossession territoriale et de sédentarisation, mais aussi des politiques extractives, n'est pas toujours facile. De plus, sans mettre en cause cette approche riche de la documentation des traditions juridiques autochtones, il est important de souligner que cette dernière nécessite un terrain de recherche prolongé et soutenu.

3. La documentation par les cérémonies

Le dernier véhicule visant à documenter les traditions juridiques autochtones dont il est question dans cet article s'intéresse spécifiquement aux cérémonies. Afin d'éviter une « capture constitutionnelle » basée sur une traduction des traditions juridiques autochtones dans un monde de sens libéral, qui se situe hors des ordres épistémologiques, ontologiques et cosmologiques au sein desquels ces cérémonies se fondent, Aaron Mills adopte une méthode au sein de laquelle s'articulent trois pratiques :

125. Poirier, « Nehirowisiw Territoriality: Negotiating and Managing Entanglement and Coexistence » dans Poirier et Dussart, *supra* note 51 à la p 216.

- *Anishinaabe izhichigewin* (une façon anishinaabe de faire les choses);
- *Anishinaabe inendamowin* (une façon anishinaabe de penser);
- *Anishinaabe inaadiziwin* (une façon anishinaabe de vivre)¹²⁶.

Selon cette approche, il convient, d'une part, de penser la recherche sur la base des échanges avec les membres de la communauté partenaire (y compris avec des personnes âgées en tenant compte de leurs enseignements). La démarche s'éloigne, d'autre part, des sentiers habituellement empruntés par les chercheuses et chercheurs, puisqu'elle comporte aussi une dimension physique, contextuelle, relationnelle, spirituelle et enracinée dans le territoire. Elle consiste notamment à apprendre à partir des visions et des rêves, ainsi qu'à pratiquer des cérémonies traditionnelles¹²⁷. La recherche se fonde ainsi sur des sources diversifiées (essais, autobiographies, histoires familiales, légendes, enseignements, archives, récits de voyages, études anthropologiques, dictionnaires, discours, décisions des tribunaux, travaux issus de la théorie du droit, conversations avec des âgées et des aînés, des gardiennes et des gardiens du savoir, etc.) et incite les juristes à incorporer à leurs travaux de recherche une part importante d'enseignements reçus de manière orale¹²⁸. Kiera Ladner, par exemple, parle des narratifs constitutionnels inscrits dans les objets sacrés, tels les vêtements faits de peaux d'opossum (*possum robes*) chez les Aborigènes d'Australie¹²⁹.

Cette approche a plusieurs intérêts convergents avec la démarche du droit issu du territoire. En particulier, elle souligne l'importance de la nature contextuelle de la recherche et s'éloigne d'une compréhension légaliste des traditions juridiques autochtones, basée sur la méthode de la common law. En outre, elle permet de considérer les cérémonies comme étant des espaces générant des pratiques normatives, des droits, des devoirs et des responsabilités. Elle comporte cependant certains défis. Comment documenter les rêves en vue d'un projet de recherche ? Qui est susceptible de pratiquer les cérémonies autochtones ? Quels sont les risques d'appropriation culturelle en la

126. Mills, *Miinigowiziwin*, *supra* note 23 aux pp 9 et 24.

127. *Ibid* aux pp 9–11.

128. *Ibid* aux pp 11–12.

129. Kiera Ladner, « La résurgence constitutionnelle autochtone : sous l'angle des manteaux d'opossum et de bison, ou réflexions sur l'autodétermination, la souveraineté et la territorialité » dans Geneviève Motard et Geneviève Nootens, *Souverainetés et autodéterminations autochtones : tīayoriho'ten'*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019, 19.

matière ? Quelles sont les cérémonies qui font consensus au sein d'une même communauté ? Comment composer avec la sacralité des cérémonies, et toutes se prêtent-elles au processus de recherche ? De telles questions nous laissent entrevoir la complexité de la mise en œuvre de cette approche et la nécessité d'un enracinement important au sein de la communauté partenaire pour être en mesure d'agir.

Les approches méthodologiques relatives au travail des juristes avec les traditions juridiques autochtones en contexte canadien ayant été présentées, nous allons maintenant conclure cette partie avec des éléments explicatifs nous permettant d'exposer comment et pourquoi, au stade de la phase de production des données, nous avons mobilisé certaines de ces approches dans le projet de recherche en cours, *Tan tshe eishi nashekanitsh ka ui pukuhutishuanuatsh Pekuakamiulnuatsh — vers une constitution des Pekuakamiulnuatsh*.

Nous nous sommes arrêtés sur le choix des approches méthodologiques suivantes : celle de la documentation des traditions juridiques ilnues par les récits et par le droit issu du territoire, y compris du nehlueun (le dialecte de l'innu aimun parlé à Mashteuiatsh). Nous avons fait ce choix de concert avec notre partenaire de recherche, parce que la première phase de recherche était financée pour une durée d'une à deux années. Les contingences relatives à ce délai limité nécessitaient donc de faire des choix pour garantir la faisabilité de la recherche. De plus, au moment où ce projet-ci commençait, la documentation des récits issus de la tradition orale et celle des pratiques en territoire avaient été entamées de longue date au sein de la communauté. Il paraissait donc important de s'appuyer sur des recherches déjà conduites, considérant la situation de sur-sollicitation en recherche ; de plus, vu le contexte de la communauté, nous pensions que parmi les approches présentées ci-dessus, celles relatives aux récits et aux pratiques en territoire susciteraient davantage l'intérêt des personnes participantes parce que moins touchées par les ruptures produites par les politiques coloniales. Enfin et bien que travaillant dans le cadre d'une démarche coconstruite avec notre partenaire, notre lien avec la communauté était en construction au moment de bâtir le projet. Étant non-autochtones, il paraissait plus difficile de nous immiscer sur le terrain des cérémonies et des pratiques rituelles.

Ce choix nous a conduits à croiser les données déjà produites dans le cadre de projets de recherche antérieurs avec le contenu de nouvelles données, davantage destinées à faire émerger la signification

normative des récits. Nous avons donc procédé en plusieurs étapes. Premièrement, il a été convenu d'explorer les données déjà produites dans le cadre de projets de recherche antérieurs et conduits de 1978 à 2015 par le Musée amérindien de Mashteuiatsh et par la Société d'histoire et d'archéologie de Mashteuiatsh. À cette étape, nous avons porté particulièrement attention aux projets qui avaient pour objectif la transmission des *atalukan* et des *tipatshimun* aux générations futures, par l'entremise d'entrevues avec des aînées et des aînés. Deuxièmement, pour ce qui est des nouvelles données produites, il a, d'une part, été convenu de mener des entrevues individuelles et de groupe, afin de poursuivre la documentation des récits, particulièrement ceux issus de l'occupation et de l'utilisation du territoire, et de creuser leur signification normative. Ces entrevues, faites de questions ouvertes et d'une durée d'une heure trente à deux heures, ont été systématiquement menées en présence d'une ou d'un membre de la communauté, d'une étudiante ou d'un agent de terrain, afin d'assurer un lien de confiance et de permettre des discussions ultérieures sur le contexte lié au contenu et à l'entrevue elle-même. Elles se sont déroulées soit en présentiel au sein de la communauté, soit, en raison de la pandémie, par vidéoconférence. À cette étape et en fonction des savoirs expérientiels des participantes ou participants, le rôle du nehlueun et celui de certaines cérémonies réalisées en territoire dans la production de la normativité ilnue ont été abordés, sans toutefois que cela ait été basé sur l'observation directe de cérémonies dans le cadre du processus de recherche et sans que cette thématique ait occupé une place systématique et centrale dans les entrevues. D'autre part, un travail de coanalyse et de validation du sens normatif des récits, inspiré de la démarche issue de l'école de Victoria et des travaux pionniers de Val Napoleon et Hadley Friedland, a été réalisé. Ce travail a été effectué dans le cadre d'échanges individuels et d'ateliers de groupe avec des porteuses et porteurs de connaissances de la communauté, ateliers qui se sont déroulés sur une journée complète. En fonction des discussions avec notre partenaire de recherche, des étapes ultérieures pourraient consister à déplacer la production des données à l'extérieur de la communauté par l'intermédiaire de séjours en territoire, mais également et dans un souci d'accessibilité, à appuyer la démarche de transmission aux jeunes générations des récits des aînés et aînées et des porteuses et porteurs de connaissances.

Cela étant précisé, il est essentiel de mentionner deux autres éléments. Premièrement, bien que le choix initial ait porté sur les approches de la documentation des traditions juridiques ilnues par les récits issus

de la tradition orale et par le droit issu du territoire, cela ne veut pas dire que nous avons ignoré ou n'avons porté aucune attention à l'approche fondée sur la documentation des traditions juridiques par les cérémonies. En effet, au cours de la recherche et même si *a priori* cette approche semblait moins porteuse dans le contexte de ce projet, certaines personnes participantes nous ont confié des récits relatifs aux cérémonies. Cela démontre bien que même si les approches présentées ci-dessus ont été saisies en silo, les sources autochtones de normativité (notamment : récits, pratiques, langue, cérémonies), telles qu'elles sont quotidiennement vécues et mises en œuvre par les usagères ou usagers des traditions juridiques ilnues constituent des sources poreuses les unes par rapport aux autres¹³⁰. Deuxièmement, le caractère opérationnel des outils méthodologiques présentés ci-dessus dépend du contexte au sein duquel la recherche prend racine. À ce stade-ci, nous croyons qu'il n'y a pas une approche unique, identique et universelle qu'il est possible de déployer dans toutes les communautés, puisqu'elles ont des dynamiques, un contexte, des aspirations et des ancrages historiques qui, bien que communs, sont aussi propres à chacune.

CONCLUSION

Dans les lignes qui précèdent, nous avons fait un tour d'horizon de la trajectoire des traditions juridiques autochtones à l'époque contemporaine, puis des principaux outils méthodologiques à l'œuvre aujourd'hui, au sein des facultés de droit canadiennes, pour les documenter et ainsi mettre fin à ce que Hadley Friedland, après le sociologue Boaventura de Sousa Santos, appelle « l'absence radicale »¹³¹. Plusieurs approches ont été évoquées, soit celle de la documentation des traditions juridiques autochtones par les récits issus de la tradition orale, celle de la documentation par les pratiques en territoire et par les langues autochtones, et celle de la documentation par les cérémonies. Le projet de recherche *Tan tshe eishi nashekanitsh ka ui pukuhutishuanuatsh Pekuakamiulnuatsh* — vers une constitution des Pekuakamiulnuatsh, en cours au sein de la communauté de Mashteuiatsh, montre bien que ces approches ont chacune leur force et leur limite en fonction de chaque contexte au sein

130. Zoe Todd démontre bien dans son article que droit, art, ontologie, territoire et récits sont en relation : Zoe Todd « Rethinking Aesthetics and Ontology Through Indigenous Law: On the Work of Val Napoleon and Loretta Todd », *C Mag* (31 mai 2015), en ligne : <www.cmagazine.com/articles/rethinking-aesthetics-and-ontology-through-indigenous-law-on-the>.

131. Motard et Lainé, *supra* note 35.

duquel elles s'appliquent et qu'il est difficile d'adopter une démarche unique. Ainsi, au moment d'amorcer un projet de recherche visant à documenter les traditions juridiques d'une communauté autochtone, ressurgit l'importance de tenir compte du contexte de chacune de ces communautés — qu'il soit notamment historique, linguistique ou politique — et au sein duquel le projet s'enracine. En effet, la rencontre coloniale ne s'est pas produite au même moment et avec la même intensité d'un territoire à un autre. La place des langues autochtones est également variable d'un lieu à un autre. Les possibilités d'accéder au territoire ancestral, d'y poursuivre et d'y transmettre des pratiques relatives à l'occupation et à l'utilisation de ce territoire changent d'une communauté à une autre. Cela ne veut pas dire que la documentation et la résurgence des traditions juridiques autochtones sont possibles en certains territoires et impossibles dans d'autres. Nous présumons plutôt que les contextes étant changeants d'une communauté à une autre et d'un territoire à un autre, la démarche de chaque projet doit être ajustée afin de déterminer l'approche ou les approches les plus porteuses. Ainsi, pourront d'une part s'exprimer, comme l'explique Boaventura de Sousa Santos, « des émergences », soit des « alternatives contenues dans l'horizon des possibilités »¹³² et, d'autre part, se produire une résurgence des traditions juridiques autochtones de manière significative pour chaque communauté autochtone.

132. Boaventura de Sousa Santos, « Épistémologies du Sud » (2011) 187 *Études rurales* 21 à la p 37.