

La gouvernance des collectivités et la (re)construction des nations :
La centralisation de l'apprentissage et de la recherche autochtones

©2004, Patricia A. Monture¹

SOMMAIRE

Dans le présent document, la professeure Monture examine les besoins des collectivités des Premières Nations en matière de recherche en droit. Son analyse est fondée sur une méthode qui respecte les traditions du savoir et les méthodes de recherche des Premières Nations. Les sujets abordés comprennent la tradition narrative, les stratégies de résolution de conflits, les préoccupations et les précautions au sujet des schémas de pensée actuellement observés à la Cour suprême du Canada, l'objet du paragraphe 35(1) et les difficultés liées à la structure dans laquelle on plaide pour les droits ancestraux. Elle aborde aussi la question des droits issus de traités et des droits des femmes dans un contexte d'autonomie gouvernementale. L'argument principal de l'auteure est qu'il est nécessaire de procéder à une analyse du pouvoir, dont l'une des formes est le colonialisme, pour élaborer une stratégie efficace en matière de recherche en droit.

¹ La rédaction du présent document a été facilitée par les commentaires de Kent McNeil, Micha Menczer, Maria Morellato et Chris Robertson dans le cadre du processus de révision par les pairs du CGPN. Je tiens à souligner leur engagement à travailler à un avenir meilleur pour les Premières Nations par le biais des tribunaux et je les remercie de leurs remarques utiles.

Au moment d'écrire le présent document sur les façons de renforcer les capacités des collectivités des Premières Nations ² en vue de l'autonomie gouvernementale, il me revient à l'esprit une bonne histoire – une expérience qui a profondément influencé ma conception de la gouvernance des Premières Nations. Un bureau de la protection de l'enfance des Premières Nations m'avait demandé de l'aider à rédiger certaines lois. À cette réunion, un aîné³ a partagé ses réflexions sur l'époque où il était Chef de sa collectivité. Il nous a expliqué comment il était toujours disponible pour son peuple. Il disait, par exemple, qu'il allait résoudre des chicanes de ménage à toutes heures de la nuit. Il nous a dit qu'il y a plusieurs années, quand il était Chef, il était toujours dans la collectivité, qu'il n'était pas constamment parti pour assister à des réunions. Il était disponible pour son peuple. J'ai compris qu'il formulait un commentaire sur la nécessité de reconnaître les changements subis par nos collectivités. Son histoire m'a frappée car ce n'était pas l'exemple habituel de l'impact du colonialisme sur nous, en l'occurrence ici des structures et des pratiques de gouvernance imposées. Les pratiques de gouvernance imposées ont modifié et remis en question l'exercice de l'autorité et les attentes des collectivités.

Après avoir écouté cet aîné, j'ai commencé à comprendre que l'incidence de l'imposition d'une forme de gouvernement était sur nous beaucoup plus profonde et étendue que je ne l'avais toujours pensé. Il y a un écart non reconnu entre les attentes des « Indiens » en matière de gouvernance et les exigences qui nous sont imposées en vertu de

² Ce sont les nations originales du territoire – les nations Anishnabe, Crie, Malécite, Sauteaux, Salish, Wet'suwet'en, Dénée, Inuite, Haudenosaunee, pour n'en nommer que quelques-unes. Plusieurs nations se sont vues imposer un système d'appartenance étranger. Les citoyens d'une Première Nation sont ceux appartenant à cette nation *et reconnus par la collectivité*. Cet usage n'a rien à voir avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, notamment en ce qui a trait à la distinction sur la résidence dans les réserves et hors de celles-ci. Cette distinction (la réserve) doit être comprise pour ce qu'elle est : une imposition du régime colonial. Le fait de vivre dans une réserve n'est pas le seul critère « d'authenticité » ni d'autorité autochtones.

³ Je tiens à remercier feu Sandy Beardy de la collectivité crie de Cross Lake.

la *Loi sur les Indiens*. Il ne s'agit pas uniquement d'un conflit entre deux systèmes, mais plutôt d'un manque de sensibilisation et de possibilités qui permettraient aux Premières Nations de comprendre ces deux systèmes. Il en résulte un manque de connaissances communes des collectivités sur lesquelles les gouvernements locaux fondent leurs opinions quant à leurs capacités de répondre à leurs besoins. Peu de choses ont été écrites qui reflètent un besoin de comprendre les conflits possibles⁴ et les contradictions dans les attentes en ce qui a trait à la signification de l'exercice de l'autonomie gouvernementale. Par conséquent, l'éducation constitue la première étape de la (re)construction d'une compréhension commune des collectivités sur la façon de gouverner.

Selon moi, au moins trois facteurs internes importants⁵ expliquent la difficulté des collectivités à exercer leur pleine autonomie gouvernementale. Le premier est précisé dans l'histoire relatée plus haut. Il y a souvent conflit entre ce qu'on attend d'un citoyen des Premières Nations agissant en fonction d'un système de valeurs traditionnel, et ce qu'on attend de lui en vertu du système imposé. J'ai le sentiment qu'une grande partie des critiques adressées à nos dirigeants à l'échelle des collectivités provient de ce problème de conflit et de contradiction dans les systèmes de valeurs. Les attentes ne sont pas claires en matière de gouvernance et souvent les gens ne reconnaissent pas l'existence de deux systèmes concurrentiels d'attentes et de comportements. Je crois que le fait que les gouvernements traditionnels soient ou non toujours actifs dans les collectivités constitue

⁴ De différentes façons, les conflits étaient souvent le fruit des contacts initiaux entre les Premières Nations et les nouveaux arrivants. Les manifestations varient selon la géographie nationale comme le firent les pratiques de peuplement et avec le temps, les conflits sont devenus plus complexes. Dans certains cas, le conflit est incrusté dans les collectivités comme si les citoyens de ces collectivités l'avaient créé, et le passé colonial est alors oublié.

⁵ Dans le présent document, je ne mets pas l'accent sur le manque de volonté politique des gouvernements canadiens. Il constitue aussi un obstacle majeur sur lequel les Premières Nations n'ont pratiquement aucun contrôle. Je m'intéresse d'abord aux collectivités des Premières Nations et à ce que nous pouvons faire... maintenant.

un facteur. Avec le temps, la démarcation entre les deux systèmes s'est embrouillée. Cela ne veut pas dire que les Premières Nations ont perdu quelque chose ou qu'elles sont devenues moins « indiennes ». Cela signifie souvent que les systèmes imposés se mélangent aux systèmes autochtones, et que ce mélange n'est pas toujours conscient. Le problème survient précisément parce que ce mélange se fait avec le temps et que la collectivité ne prend pas expressément acte des changements, des remises en question et des réalisations⁶. Cela se complique par le fait que ce qui se passe dans la collectivité, au bureau du conseil de bande, est déterminé par la pauvreté et la dépendance⁷, et se traduit par une vie de crise en crise dans un trop grand nombre de collectivités.

Le deuxième facteur est relié à mon expérience de travail auprès de nombreuses, mais certainement pas de toutes les collectivités des Premières Nations. Et il s'agit d'une incompréhension commune des généralités et des particularités de fonctionnement du système imposé, incluant notamment le cadre juridique occidental. L'exemple le plus fréquent est celui de l'élévation de l'état de politique à celui de loi (fermement ancrée et finalement décisive). La politique⁸ est alors perçue comme un ensemble rigide de règles plutôt que comme un ensemble de lignes directrices guidant les décideurs dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, les conseils de bande se réfèrent souvent aux politiques comme à des règles strictes pour appuyer leurs décisions, et l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne saurait être envisagé. À mon avis, c'est là un phénomène

⁶ Toutes les cultures évoluent avec le temps. Cette évolution naturelle a souvent été refusée aux Premières Nations et on parle souvent de leurs cultures en termes de pratiques « pré-européennes ».

⁷ J'emploie ce terme au sens large pour désigner non seulement la toxicomanie, mais aussi toute la gamme des comportements destructeurs que nous nous infligeons.

⁸ Ici je ne parle que des cadres stratégiques élaborés par les Premières Nations. Un examen tout aussi important des politiques doit être entrepris comme par exemple celui des politiques de la Couronne. Actuellement, on perçoit les politiques de la Couronne comme une chose imposée de

intéressant qui, selon moi, s'appuie sur le fait que les Premières Nations ont souvent exercé un certain contrôle dans le domaine des politiques, rédigé des « règles » après consultation et ont un sens de la propriété bien ancré en ce qui les concerne. Par conséquent, on ne les considère pas comme des énoncés devant servir de guide. On leur attribue une plus grande autorité en raison de l'aliénation que subissent les Premières Nations en vertu des lois et des cadres de gouvernance qui leur sont imposés. Les autres lois (souvent celles qui leur sont imposées) sont donc en toute logique ignorées, car elles n'appartiennent pas à la collectivité et fonctionnent à distance de la vie locale.

Il arrive parfois que les problèmes attribués à un manque de responsabilisation découlent, en fait, d'un manque de clarté des attentes en vertu des structures de gouvernance et des lois imposées. Un exemple évident de l'expérience de conflit et de contradiction concurrents est la préoccupation qu'on entend souvent au sujet du népotisme. Dans un système social fondé sur l'objectivité et la distance des décideurs par rapport à l'objet de leurs décisions, il est inapproprié d'embaucher les membres de sa famille uniquement parce qu'ils font partie de la famille. Les recrutements de ce type sont pour le moins suspects sinon incorrects. Par contre, dans un système social fondé sur la famille, et souvent sur le clan comme cellule élémentaire de la société, les décisions motivées par l'obligation ou la responsabilité de la famille ou du clan prennent la caractéristique de ce qu'elles ne sont pas, du népotisme⁹. C'est souvent le cas parce que les raisons de la décision des Autochtones ne sont souvent pas exprimées dans le processus

loin et qui ne sert souvent qu'à diminuer plutôt qu'à promouvoir les droits des Premières Nations.

⁹ Je n'affirme pas que des cas de népotisme (embauche d'un membre de la famille pour de mauvaises raisons) n'aient pas eu lieu.

d'embauche. Ce n'est pas une justification du népotisme, mais une démonstration de l'influence des divergences « culturelles » sur l'analyse de la bonne gouvernance.

L'ensemble du cadre stratégique et la manière dont les Premières Nations s'y fient (deux conditions de la forme de gouvernement imposée) sont aussi troublants, car l'application de règles strictes entraîne souvent de l'injustice parce qu'on ne peut mesurer l'égalité de la même façon. Il en résulte souvent des difficultés (et le mécontentement des membres de la collectivité). La critique du leadership et du processus décisionnel de la gouvernance est souvent la norme. Un système d'éducation permettrait d'inverser le rapport actuel où les Premières Nations exercent un certain contrôle sur les décisions émanant de politiques mais non de lois¹⁰.

Le troisième facteur concerne la compréhension du colonialisme. Le colonialisme est le pouvoir de déposséder. Mais il n'est pas uniquement le pouvoir de s'approprier les terres et les ressources. Il a aussi servi à déposséder les Premières Nations de leurs familles, de leurs collectivités, de leurs identités, de leurs cérémonies, de leurs traditions et de leurs langues. Dans une telle « culture » de la dépossession, les gens perdent le sens de la confiance et du respect. Certaines personnes de la collectivité se voient placées en position d'autorité et investies des pouvoirs que leur confère la *Loi sur les Indiens*. Paulo Friere a écrit ce qui suit au sujet de ce processus :

Dans cette situation, l'opprimé ne voit pas le « nouvel homme » comme la personne née de la résolution de cette contradiction, car l'oppression ouvre la voie à la libération. Pour lui, le nouvel homme ou la nouvelle femme devient l'opresseur. Sa vision du nouvel homme ou de la nouvelle femme est individualiste, en raison de leur identification à l'opresseur, ils ne sont pas conscients d'eux-mêmes en tant que personnes ou que

¹⁰ Je ne dis pas que les Premières Nations devraient calquer leurs structures et leurs méthodes de gouvernance communautaires sur celles qui leur sont imposées. Au contraire, selon moi, les méthodes et les lois des Premières Nations sont plus valables pour les Premières Nations que celles qui leur sont imposées.

membres d'une classe opprimée. Ils ne veulent pas de réforme agraire pour se libérer, mais pour acquérir des terres et donc devenir propriétaires terriens – ou, plus précisément, devenir les patrons des travailleurs. Il est rare que le paysan fraîchement « promu » comme superviseur ne devienne pas plus tyrannique envers ses anciens camarades que le propriétaire lui-même. C'est que la situation du paysan, l'oppression, demeure inchangée. *Dans cet exemple, le superviseur doit être autant sinon plus dur que le propriétaire pour être certain de s'acquitter de sa tâche.* Notre énoncé précédent illustre que pendant la phase initiale de sa lutte, l'opprimé voit en l'opresseur le modèle de « virilité »¹¹ [trad.].

Il en résulte souvent que l'adhérence au pouvoir conféré par la *Loi sur les Indiens* est perçue comme une solution.

La reconnaissance de ces trois facteurs précise pour moi deux besoins élémentaires pour un institut¹² qui vise à favoriser la conception, la réclamation et l'amélioration de systèmes et de pratiques de gouvernance des Premières Nations. Il faut non seulement se réapproprier la connaissance des pratiques et des systèmes de gouvernance des Premières Nations, mais aussi éduquer les personnes sur ces pratiques et ces systèmes afin de les exercer à nouveau. On constate souvent un écart entre la connaissance d'une collectivité sur ce qu'elle est et comment elle prend soin d'elle et sa capacité de mettre ces traditions en pratique. Selon moi, c'est là le premier besoin, le besoin de reconnaître que les traditions culturelles sont des réalités qui ne sont ni exprimées ni analysées¹³. Le deuxième besoin nécessite que les collectivités soient au fait du système de gouvernance

¹¹ FRIERE, Paulo, *Pedagogy of the Oppressed* (New York : Continuum Publishing, 1996), 28.

¹² Pour bien répondre aux besoins des collectivités des Premières Nations, il serait préférable qu'un tel institut ne soit pas établi dans une seule localité ni sous un modèle ou une structure unique. La créativité sera l'exigence essentielle pour répondre aux besoins, diversités et expériences nombreuses des Premières Nations. Il est souvent plus facile de reconnaître les normes et les valeurs lorsqu'elles sont remises en question à la suite d'un conflit avec les normes et les valeurs d'une autre culture.

¹³ Cela signifie que les membres des Premières Nations ne s'assoient pas chaque semaine avec leurs enfants pour recevoir des leçons de « culture ». La culture et les traditions sont les « présomptions » autour desquelles nos vies s'articulent. Les valeurs et les croyances sur lesquelles se fondent ces traditions ne sont pas visibles dans la vie de tous les jours comme le sont les pratiques qui en découlent.

canadien, notamment la *Loi sur les Indiens*, car c'est par le biais de cette connaissance que les collectivités peuvent faire des choix éclairés quant à la façon de se défaire de la *Loi sur les Indiens* et assumer leur avenir. Il y a plusieurs décisions cruciales à prendre; même la décision de codifier les lois autochtones soulève la controverse.

Le présent article n'a intentionnellement pas été écrit selon les barèmes de la tradition juridique occidentale ni de la rédaction universitaire standard. Il constitue plutôt une analyse du degré selon lequel les décisions juridiques répondent aux attentes des Premières Nations et de leurs collectivités. Dans mon esprit, le but ultime consiste à mesurer le potentiel de gouvernance des Premières Nations réalisé (et aussi combien a été nié) dans les décisions des tribunaux supérieurs du Canada. Le niveau de respect et de prospérité mutuels des Premières Nations constitue une mesure de ce potentiel de gouvernance. Cette norme a pour effet de changer le type de questions à poser sur la recherche en droit. Pour trouver des solutions, il faut un processus orienté vers l'avenir, et non un processus de précédents¹⁴ tourné vers le passé. Je suis professeure et j'ai une formation juridique; cet article traite de sujets dont j'ai l'expérience (et donc le savoir-faire), soit le droit et les établissements d'enseignement.

Une grande partie du projet de recherche en droit qui nous attend concerne la question de l'identité des citoyens des Premières Nations et la capacité d'affirmer clairement qui nous sommes. C'est le travail d'universitaires critiques sur les questions raciales qui a renforcé ma capacité, mon intelligence et mon courage, de telle sorte que je suis capable de réfléchir sur ce qu'on impose aux Premières Nations dans les

¹⁴ Un précédent est une décision rendue par un tribunal qui fait autorité dans la résolution future de questions juridiques similaires.

tribunaux canadiens à partir des procès au criminel, des auditions sur sentence, aux arrêts de la Cour suprême sur ce qu'est un droit ancestral. Margaret Montoya écrit :

Les histoires d'étrangers et sur les étrangers résistent aux messages de subordination véhiculés par la culture dominante en remettant en question les stéréotypes et en présentant et représentant les personnes de couleur comme étant complexes et hétérogènes. Une des principales caractéristiques de la suprématie blanche est la reconnaissance d'attributs positifs – vertu, intelligence, beauté, sobriété, créativité – chez les personnes de race blanche. Les non-Blancs, qui sont leurs faire-valoir, sont apparentés à l'irrationalité, à la saleté, au vice, à la laideur, à la lascivité et à la toxicomanie. Même de nos jours, les pratiques policières, le folklore, le grand art, la culture populaire et le marketing travaillent en synergie pour créer et entretenir des images racistes des non-Blancs.

Les histoires d'étrangers examinent aussi la façon dont les limites et les frontières sont contrôlées, parfois officiellement par le système juridique, parfois officieusement par la culture populaire. Les relations entre les indigènes et les étrangers sont fonction d'un niveau élevé de sensibilisation sur la façon dont les marqueurs reliés à la race et les comportements sont codés et décodés...

Les histoires autobiographiques dans le discours juridique montrent comment les forces de domination sont vécues sur le plan individuel : comment elles sont perçues selon un point de vue donné et l'émotion qu'elles suscitent chez une personne donnée. Jerome Culp raconte qu'il a dévoilé à ses étudiants qu'il détient des diplômes d'études supérieures de la faculté de droit de Harvard et de l'Université de Chicago et le fait qu'il est le fils d'un houilleur. Son histoire fonctionne, car il raconte comment on se sent en étant à la fois l'initié avec des références impeccables et l'étranger non assimilable en raison de sa couleur et de son phénotype. Ces histoires permettent d'accroître la compréhension des interpénétrations des identités reliées à la race, à la couleur, au sexe, à l'orientation sexuelle, à la nationalité et au handicap, et les interpénétrations de ces identités dans la pratique juridique. Elles permettent aussi d'accroître la compréhension de la façon dont les identités s'entrelacent avec le discours dans la pratique juridique¹⁵.

Selon moi, la capacité de coder et de décoder les observations des tribunaux supérieurs du Canada en ce qui a trait aux droits ancestraux et issus de traités est le projet juridique

¹⁵ « Celebrating Racialized Legal Narratives » dans *Crossroads, Directions, and a New Critical Race Theory* (Philadelphie : Temple University Press, 2002), 243 à 244-245.

essentiel qu'il faut réaliser pour le moment. Il nécessite que nous racontions nos histoires à notre façon.

LES BESOINS DES COLLECTIVITÉS DES PREMIÈRES NATIONS EN MATIÈRE DE RECHERCHE EN DROIT

L'étude du droit a longtemps été pour moi une source de frustration. Peut-être était-ce à cause des objectifs que je m'étais fixés en entrant à la faculté. En raison de mes origines, j'étais consciente depuis le début de mon adolescence de la surreprésentation des Autochtones dans le système pénal canadien (et des exclusions correspondantes dans les autres secteurs de la société, notamment dans les couloirs de mon école secondaire). En entrant à la faculté de droit, je nourrissais l'espoir de réduire le nombre d'Autochtones confrontés au système pénal canadien. Bien avant la fin de ma première année, et principalement en raison de mon expérience à la fois avec le contenu et le professeur de mon cours de droit criminel canadien¹⁶, j'ai su que des changements en profondeur du système de justice criminelle canadien ne se trouveraient pas dans les tribunaux criminels reconnus du pays¹⁷. J'ai terminé mes études à la faculté parce que je les avais commencées, et non parce que je caressais toujours mon rêve, que j'avais une vision ou que j'étais engagée dans un plan précis. C'était tout le contraire de la façon dont j'avais été élevée. Comme bien des « Indiens », on m'avait élevée dans la croyance que le Créateur nous donne à la fois des dons et un sentier à suivre. Et que ce sentier comprend un ensemble de responsabilités à assumer.

Au fil des ans, le fait de rester en contact avec le monde du droit canadien a été pour moi une lutte constante, car l'expérience me rappelait toujours mon statut

¹⁶ Une version complète de cette histoire se trouve dans MONTURE, Patricia A., « Ka-nin-geh-heh-gah-e-sa-nonh-yah-gah » dans *Thunder in My Soul: A Mohawk Woman Speaks* (Halifax : Fernwood Publishing, 1995), 11-25 à 16-17.

¹⁷ Les applications de l'alinéa 718(2)(e) du Code criminel du Canada telles que commentées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 L.R.C. 668 (C.S.C.). Voir aussi TURPEL-LAFOND, Mary Ellen, « Sentencing within a Restorative Justice Framework », 2000 *Criminal Law Quarterly*.

« d'étrangère », une étrangère ayant complètement perdu confiance en ce système (je reconnais bien l'ironie dans le fait de perdre confiance en un système qui nous est imposé). Même en sachant qu'il s'agit là d'un problème d'exclusion, il est parfois difficile de ne pas penser que la difficulté d'être une « initiée » est un problème individuel. Ce doit être mon incapacité à m'adapter. Et je crois que c'est un effet particulier du colonialisme dans ma vie, le fait de sentir qu'en dépit de ma formation et de mes publications, mon travail est moins valable, car ce n'est pas un travail conventionnel de juriste. Je ne rêve pas d'être reconnue comme une autorité canadienne en matière de « droit autochtone »¹⁸.

Les histoires et les enseignements de mon peuple ont été des façons de me renforcer. Je ne me souviens pas qui a partagé cet enseignement avec moi pour la première fois. Je me souviens par contre du contexte. C'était au cours d'une réunion où nous avons tous convenu de procéder par consensus et c'est là que ça devint infernal! Ce fut une leçon sur les formes de gouvernement. Comme bien d'autres, j'ai alors compris que la forme de gouvernement consensuel nécessite une entente totale, l'unanimité. Dans mon esprit, c'était un objectif irréaliste dans la plupart des situations, mais principalement dans le contexte de la gouvernance. Puis on m'a expliqué que le système de gouvernance des Haudenosaunee comprenait trois positions : je suis d'accord; je ne suis pas d'accord, mais je ne m'oppose pas; je m'oppose¹⁹. Et ceux qui s'opposaient étaient très respectés car les gens reconnaissaient « l'opposition » fondée sur des principes. Peut-être que ceux qui s'opposaient se rappelaient ou savaient

¹⁸ Cela dit en pensant au droit tel qu'enseigné aux Autochtones dans le contexte du droit canadien. Il n'y a en fait rien de vraiment autochtone dans ces lois.

¹⁹ Je tiens à remercier une autre femme mohawk, Sylvia Maracle, qui transmet cet enseignement et le partage avec plusieurs personnes.

quelque chose que les autres avaient oublié ou ignoraient. Lorsque quelqu'un s'opposait, il incombait à chacun d'entre nous de revoir sa position. Et ce devoir de réflexion incombait particulièrement aux dirigeants. Le fait de comprendre cette position « d'opposante »²⁰ au droit canadien dans laquelle je me suis si souvent trouvée m'a aidé à m'opposer avec plus de fermeté.

Au cours du processus indigénisé de révision par les pairs, où les articles émanant du CGPN étaient scrutés à la loupe, je me suis rendu compte que mon approche du sujet sur le besoin en matière de recherche en droit était très différente de celle de mes collègues, surtout de celle des deux avocats « non autochtones » qui faisaient partie du groupe. Chacun de mes collègues démontrait un optimisme juridique que je ne partageais pas et que je ne pouvais pas concevoir. J'ai alors compris à quel point on sait peu de choses sur les effets de l'étude du droit canadien sur les citoyens des Premières Nations. Non seulement mon « opposition » au droit canadien documente l'analyse qui se trouve dans la prochaine partie du présent document, mais elle met en lumière une autre lacune de nos connaissances. Peut-on présumer que l'obtention d'un diplôme en droit puisse garantir aux Autochtones un accès égal à l'emploi et à la satisfaction dans la vie?

Mon objectif dans la présente partie, qui est consacrée à l'examen des besoins de recherche en droit des Premières Nations, n'est pas de créer la recherche nécessaire à l'élaboration d'un argumentaire juridique qui permettra de bien défendre ou d'affirmer les droits ancestraux devant les tribunaux. Non que je croie que cette tâche n'en vaut pas la peine, au contraire. J'écris plutôt dans le but de formuler une mise en garde. La

²⁰ Voir MONTURE, Patricia A., « Standing Against Canadian Law: Naming Omissions of Race, Culture and Gender », dans COMACK, Elizabeth (éd.), *Locating Law* (Halifax : Fernwood Publishing, 1999), 76-97.

procédure peut être un jeu dangereux. L'arrêt *R. c Pamajewon*²¹ n'est qu'un des exemples qui me viennent immédiatement à l'esprit. Dans le but de se protéger contre l'accusation d'avoir tenu une maison de jeu en infraction au code criminel canadien, les membres de la bande ont invoqué dans leur défense le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. Pour certains d'entre nous, l'idée d'invoquer en défense un droit ancestral spécifique protégé par la Constitution constitue dans ce cas-ci un mauvais choix. Et cela démontre bien que chaque collectivité exerce très peu de contrôle, premièrement sur la façon de choisir les questions à soulever en droit pénal, deuxièmement sur la façon dont les tribunaux établissent les droits ancestraux et issus de traités. Et le résultat dans l'arrêt *Pamajewon* est néfaste pour toutes les Premières Nations, car le tribunal a statué que le droit à l'autonomie gouvernementale n'est pas un droit général mais plutôt un droit discrétionnaire limité²². Comme je constate que le recours aux tribunaux canadiens peut avoir pour résultat une perte de droits, ou une perte de confiance en ce que nous sommes, j'écris d'un autre point de vue. Ce point de vue est celui de l'engagement envers mon peuple et celui où la norme est la protection des façons de faire que le Créateur nous a léguées. Et de ce point de vue, le droit canadien est responsable des normes et des principes de ce que les aînés m'ont enseigné comme étant la « loi des Indiens »²³.

Le litige comme choix stratégique :

Depuis que la protection des droits ancestraux et issus de traités a été enchâssée dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, un grand nombre de collectivités des Premières

²¹ *R. c. Pamajewon*, [1996] 4 C.N.L.R. 164.

²² *Pamajewon* (1996), page 171-172, paragraphes 24-26.

²³ Merci à l'aîné Jimmy Myo (Cri).

Nations en ont profité pour porter leurs revendications devant les tribunaux. Le paragraphe 35(1) a permis l'instauration d'un processus de règlement des litiges qui n'existait pas auparavant²⁴. Bien que plusieurs de ces arrêts, principalement les arrêts *Sparrow*,²⁵ *Badger*,²⁶ *Delgamuukw*²⁷ et *Marshall*,²⁸ aient été salués comme des victoires éclatantes, le litige demeure onéreux et chronophage. Il est souvent perçu par les Premières Nations comme un choix obligé pour la protection des terres ou des droits du peuple (ce qui peut trahir le sentiment d'impuissance des gens et des collectivités dans leurs rapports avec l'État). La nature et la portée de ces victoires, en termes concrets pour la collectivité plutôt qu'au strict plan juridique, doivent être définies. Dans le cas de la Première Nation de Musqueam, par exemple, l'affaire *Sparrow* et l'activisme communautaire qu'elle a suscité ont ranimé l'intérêt de la collectivité pour la pêche, une activité traditionnelle essentielle à cette collectivité. Comme l'a souligné un membre de la famille Sparrow, aujourd'hui presque toutes les familles de la collectivité possèdent un bateau²⁹. C'est là une réussite importante qui ne serait peut-être pas visible si elle n'était évaluée que sur le plan juridique. Aucune étude formelle n'a été menée dans les collectivités ayant porté leur cause en Cour suprême afin de déterminer les effets positifs et négatifs de cette démarche. Par conséquent, notre base de connaissances comporte une grande lacune.

²⁴ La protection constitutionnelle prévue au paragraphe 35(1) reconnaît et affirme les droits ancestraux et issus de traités des « peuples autochtones du Canada ». Les peuples autochtones détenteurs de ces droits sont les « Indiens, Inuits et Métis », tel que définis au paragraphe 35(2). Malgré le caractère élargi de cette définition, le présent article (tout comme la jurisprudence) met l'accent sur les Premières Nations.

²⁵ *R. c. Sparrow*, [1990] 3 C.N.L.R. 160 (C.S.C.)

²⁶ *R. c. Badger*, [1996] 2 C.N.L.R. 77 (C.S.C.)

²⁷ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1998] 1 C.N.L.R. 21 (C.S.C.)

²⁸ *R. c. Marshall*, [1999] 4 C.N.L.R. 161 (C.S.C.)

²⁹ Conversation avec Leona Sparrow, mai 1999.

La principale question dont il faut tenir compte consiste à savoir si l'investissement dans les procédures judiciaires fait avancer les aspirations des Premières Nations à « l'autonomie gouvernementale »³⁰. Cette question, qui est effectivement une question de recherche en dépit du fait que les universitaires n'y ont pas encore porté attention, comporte deux volets et elle est importante pour chaque collectivité. C'est aussi une question de comparaison devant tenir compte de ce que l'ensemble des Premières Nations y ont gagné. Son examen nécessite un lien étroit avec la collectivité et une bonne compréhension à la fois des objectifs définis par la collectivité et des traditions propres à celle-ci. Il est plus facile d'y répondre dans un contexte où on reconnaît et respecte les traditions et les systèmes de connaissance des Premières Nations.

Les premières décisions de la Cour suprême du Canada concernaient ce que les tribunaux considéraient comme des droits (ou activités) discrétionnaires³¹, notamment ceux concernant les restrictions sur la chasse et la pêche. Ce n'est qu'avec l'arrêt *Delgamuukw*, en 1997, que la Cour suprême a dû se pencher sur la question plus vaste du titre autochtone et de l'autonomie gouvernementale (dont on disait au départ qu'il s'agissait de propriété et de compétence)³². La complexité d'une telle étude est manifeste dans l'arrêt *Delgamuukw* de la Cour suprême. Pour comprendre cette complexité, il faut d'abord reconnaître que les peuples des Premières Nations avaient (et ont toujours) des traditions juridiques et des lois. Dans le cas *Delgamuukw*, le tribunal a reconnu ces

³⁰ Une fois de plus, on ne retrouve pas la définition de ce terme dans la politique fédérale ni dans d'autres lois administratives.

³¹ *Van der Peet* (1996), page 201, paragraphe 46.

³² *Delgamuukw* (1997), page 45, paragraphe 74. Dans *R. c. Pamajewon* (1996), on a invoqué l'autonomie gouvernementale de façon spécifique en soutenant qu'elle permettait de réglementer le jeu de fortes sommes dans la réserve. Cette cause a été rejetée (page 171-172, paragraphes 24 à 27).

antécédents en matière de droit et de gouvernance³³. Le problème réside dans le fait que ces systèmes juridiques ne sont pas des systèmes de règlement de conflits. Ce ne sont pas des systèmes accusatoires. Ils visent le maintien de la paix et sont donc de nature plus préventive. Il y avait bien des méthodes pour régler des différends, mais elles n'étaient pas au cœur des traditions juridiques³⁴. Cette complexité ne se reflète pas dans la plaidoirie sur les droits reliés au titre autochtone, même si on reconnaît que le but visé est la conciliation de deux systèmes juridiques différents³⁵.

L'analyse de l'arrêt *Delgamuukw* du point de vue de la tradition juridique canadienne met en lumière un certain nombre de secteurs où l'instruction des revendications autochtones peut avoir des conséquences collatérales pour les Premières Nations. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer rapproche en coupant la poire en deux les positions des Premières Nations et de la Couronne en ce qui a trait au sens

³³ *Delgamuukw* (1997), page 74-75, paragraphe 159.

³⁴ Voir LeRESCHÉ, Diane (directrice scientifique invitée), *Mediation Quarterly: Native American Perspectives on Peacemaking*, volume 10, numéro 4, été 1993 (numéro spécial) et ROSS, Rupert, *Returning to the Teachings: Exploring Aboriginal Justice* (Toronto : Penguin Books, 1996).

³⁵ La cour considère l'autonomie gouvernementale en vertu de la protection accordée par le paragraphe 35(1) comme un droit discrétionnaire limité. Le juge en chef Lamer souligne dans l'arrêt *Delgamuukw* :

En raison des erreurs de fait commises par le juge de première instance, et de la nécessité de tenir un nouveau procès qui en a découlé, il est impossible pour notre Cour de décider si le bien-fondé de la revendication de l'autonomie gouvernementale a été établi. De plus, il ne s'agit pas d'un cas qui se prête à la formulation par la Cour des principes juridiques devant guider l'instruction d'autres affaires. Les parties semblent avoir reconnu ce point, peut-être implicitement, en accordant beaucoup moins d'importance en appel aux arguments relatifs à l'autonomie gouvernementale. L'arrêt *Pamajewon* de notre Cour est une raison pour laquelle une moins grande importance a été attachée au droit à l'autonomie gouvernementale en appel. Dans cet arrêt, j'ai conclu que les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, s'ils existent, ne peuvent pas être exprimés en termes excessivement généraux. Au moment du procès, les appelants n'avaient évidemment pas pris connaissance de mon jugement dans cet arrêt rendu ultérieurement. Il n'est donc pas étonnant, comme l'admet explicitement l'avocat des Wet'suwet'en, que les appelants aient plaidé le droit à l'autonomie gouvernementale en termes très généraux et, *par conséquent, d'une manière incompatible avec le par. 35(1)* (page 80, paragraphe 170, [c'est nous qui soulignons]).

juridique du titre autochtone³⁶. En d'autres termes, il y a eu compromis. La création de possibilités de conciliation nécessitera des discussions entre le Canada et les Premières Nations (des négociations, si vous préférez) mais une solution imposée, qu'elle soit judiciaire ou autre, n'est pas un compromis dans les faits. La résolution judiciaire comporte une structure particulière et ne constitue pas un premier pas vers l'atteinte d'une solution satisfaisante pour toutes les parties.

La raison de l'examen minutieux de la Cour suprême par les Premières Nations³⁷ devient évidente lorsqu'on constate la détermination de la Cour quant au titre autochtone³⁸. Bien que la reconnaissance de la nature juridique³⁹ du titre autochtone par le système canadien constitue en tant que tel une réalisation, les détails de cette définition mènent à des conclusions troublantes. Comme le souligne le juge en chef Lamer :

Le titre aborigène est un droit foncier et, en tant que tel, il est quelque chose de plus que le droit d'exercer certaines activités précises, qui peuvent elles-mêmes être des droits ancestraux. Il confère plutôt le droit d'utiliser des terres pour y exercer différentes activités qui ne doivent pas nécessairement toutes être des aspects de coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures distinctives des sociétés autochtones. Ces activités ne constituent pas le droit en soi; elles sont plutôt des parasites du titre sous-jacent. Toutefois, ces différents usages

Voir aussi les commentaires dans l'arrêt *Pamajewon* (1996), où le juge en chef Lamer rend jugement :

Dans la mesure où elles peuvent être présentées en vertu du par. 35(1), les revendications d'autonomie gouvernementale ne diffèrent pas des autres prétentions à la jouissance de droits ancestraux, et elles doivent, de ce fait, être appréciées au regard de la même norme (page 171, paragraphe 24).

Il s'en remet ensuite à l'arrêt *Van der Peet* qui enchâsse à nouveau l'idée selon laquelle les droits ancestraux sont des « activités ».

³⁶ *Delgamuukw* (1997), page 57, paragraphe 111.

³⁷ Cet examen minutieux se fait de façon sporadique, car il s'agit d'une analyse ne jouissant d'aucun appui institutionnel autre que celui d'universitaires indépendants, et le nombre d'universitaires autochtones demeure limité dans ce pays.

³⁸ La jurisprudence canadienne sur le titre autochtone est plus progressive que celle d'autres pays. L'examen de la jurisprudence australienne, par exemple, devrait mettre en évidence d'autres préoccupations pour les Premières Nations portant leurs causes devant les tribunaux.

³⁹ Dans sa décision, le tribunal utilise une terminologie traditionnelle de la common law, comme « droit foncier ». *Delgamuukw* (1997), page 57, paragraphe 111.

sont subordonnés à la restriction suivante : ils ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour le territoire visé et qui constitue le fondement de son titre aborigène sur ce territoire. Cette limite intrinsèque, qui sera expliquée plus longuement ci-après, découle du fait que le titre aborigène est défini comme un droit foncier *sui generis*, et elle est un aspect qui différencie le titre aborigène du fief simple⁴⁰.

Le titre autochtone devient essentiellement un droit de pratiquer des activités sur le territoire.

Malgré l'existence d'un droit foncier, ces usages ne peuvent violer l'attachement des personnes au territoire (p. ex., en transformant un territoire de chasse en parc de stationnement)⁴¹. Cet aspect du jugement est profondément troublant car une nouvelle forme de contrôle externe, exercé par le pouvoir judiciaire, est imposée aux collectivités des Premières Nations et à leurs instances décisionnelles internes. La Cour a fixé une « limite intrinsèque » et placé cette limite dans la nature exclusive du titre autochtone, sa nature *sui generis*. Le fait de plaider les droits ancestraux devant les tribunaux a souvent cet effet pervers. Cette citation fait aussi ressortir un autre exemple. Comme le souligne la Cour, le titre autochtone confère un « droit foncier »⁴². C'est là la terminologie classique de la common law en matière de propriété. Le fait de se réjouir de « l'élévation » du rapport des Premières Nations avec le territoire longtemps reconnu

⁴⁰ *Delgamuukw* (1997), page 57, paragraphe 111.

⁴¹ *Delgamuukw* (1997), page 63-64, paragraphe 128.

C'est un exemple que fournit le juge Lamer dans sa décision. Il est offensant de laisser entendre que les Premières Nations pourraient décider de ne pas respecter leurs traditions, ce qui obligerait par conséquent le tribunal à créer de nouvelles règles externes sur l'utilisation des terres dans les collectivités des Premières Nations. À mon sens, c'est là une violation du rapport de gouvernance que les collectivités entretiennent déjà en vertu de la *Loi sur les Indiens* – offensant à l'extrême car les avantages que procure la *Loi sur les Indiens* ne représentent qu'un pouvoir minimal des Premières Nations sur l'utilisation des terres. Cela démontre à quel point les réactions coloniales (c.-à-d. que les Premières Nations ne sont pas capables de gérer leurs propres affaires) font toujours partie de la réalité d'aujourd'hui.

⁴² *Delgamuukw* (1997), page 57, paragraphe 111.

comme n'étant pas un rapport de « propriété » soulève des questions⁴³. Cela est contraire à la façon dont le rapport au territoire se caractérise dans les traditions des Premières Nations. Il faut analyser le type de « compromis » implicite dans le choix du tribunal, en ce qui a trait à la définition et à la forme du titre autochtone. Dans cette analyse, il faut voir dans quelle mesure la définition que donne le tribunal au titre autochtone confère aux Premières Nations à la fois espace et respect.

À la lecture de l'arrêt *Delgamuukw*, et en particulier de l'extrait cité ci-dessus, j'ai été profondément troublée, en tant que personne qui respecte, pratique et enseigne les coutumes et les valeurs traditionnelles, de constater que la Cour considère le titre autochtone comme un ensemble d'activités (ou d'usages) exercées sur le territoire, activités « parasites »⁴⁴ du titre autochtone. La difficulté sous-jacente à la définition que donne la Cour au concept de titre autochtone repose dans le positionnement de ce concept uniquement dans le paradigme du droit occidental comme s'il s'agissait d'une « amélioration » des définitions autochtones du titre. Même les secteurs du droit canadien où les érudits de cette tradition reconnaissent les résultats positifs dans les observations judiciaires, les avantages pour les peuples autochtones sont souvent obscurs ou contradictoires⁴⁵. Cela est particulièrement vrai si le cadre d'analyse est l'autonomie gouvernementale.

Dans la tradition juridique occidentale, la propriété foncière constitue un rapport prépondérant, un rapport hiérarchique. Le propriétaire a le contrôle du territoire de telle

⁴³ Voir CARDINAL, Harold et Walter Hildebrandt, *Treaty Elders of Saskatchewan: Our Dream is that Our People will One Day be Clearly Recognized as Nations* (Calgary : presses de l'Université de Calgary, 2000).

sorte que le territoire n'est qu'un objet. Cela n'a rien à voir avec la structure des rapports que les Premières Nations entretiennent avec le territoire. La « Terre mère » est devenue un symbole commun à bon nombre de Premières Nations. L'étude de ce symbolisme fait ressortir des traditions dans lesquelles on reconnaît que la terre est à la base de tous les aspects de nos vies. Elle nous fournit nos moyens de subsistance (nourriture et eau). Elle nous fournit les matériaux pour nous réchauffer, nous loger et nous vêtir. De la terre nous tirons les remèdes nécessaires au maintien de notre santé globale – physique, mentale et spirituelle. La connaissance des systèmes naturels de la terre est le fondement à la fois des systèmes de droit et de gouvernance. Les quatre saisons et la conception des cycles, ainsi que les systèmes de clans, enracinent ces traditions. Ces clans sont souvent représentés par des animaux et par toutes formes de vie prédominantes dans les systèmes d'apprentissage autochtones. Dans ma compréhension de qui je suis et de ma place dans la tradition haudenosaunee, la terre ne peut être séparée de la connaissance et de la pratique de la gouvernance ou du droit. Le lien entre l'humain et le monde naturel constitue la relation suprême à la base de notre maintien.

La formulation de la définition du titre autochtone par le tribunal fait aussi ressortir le problème que constitue le recours à des mécanismes de règlement de conflits élaborés à partir de conceptions différentes du monde, comme celles relatives à la propriété foncière et à la responsabilité envers la terre. Non seulement elle nie davantage les compréhensions autochtones, mais elle nous éloigne encore plus des méthodes de règlement de conflits qui partagent les mêmes prémisses culturelles. La difficulté ici, tant au sein des collectivités qu'à l'extérieur, est que peu d'efforts ont été

⁴⁵ Pour une analyse similaire du rôle des tribunaux dans les cas relatifs aux droits ancestraux, voir aussi Gordon Christie, *Justifying the Principles of Treaty Interpretation*, (2000) 26

déployés envers la reconnaissance officielle de ces systèmes autochtones de règlement de conflits. À titre d'exemple, le potlach est une cérémonie qui, entre autres choses, permet de reconnaître les rapports avec la terre et donc de prévenir les conflits. La séparation des institutions et des activités, tout comme la séparation des fonctions de l'État et de l'Église et le règlement de conflits ne sont pas les valeurs sur lesquelles reposent les systèmes autochtones. Ils reposent plutôt sur la connexion.

Si on revient à la capacité des tribunaux de comprendre les croyances autochtones, notamment le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, le long jugement rendu dans l'affaire *Delgamuukw* démontre la nécessité de se poser des questions sur la capacité des tribunaux canadiens de penser plus loin que leurs propres cadres de références culturelles. La Cour suprême a caractérisé l'interprétation du juge en chef McEachern – quant à la revendication de compétence – comme étant la revendication du pouvoir de gouverner le territoire; le résumé du jugement du tribunal supérieur se lit comme suit :

[...] notamment le droit d'appliquer les règles de droit autochtones existantes ainsi que le droit d'en adopter de nouvelles et de les faire respecter, selon ce qui est requis pour la gouverne des individus et leur territoire. De façon plus particulière, cela emporterait le droit d'écarter l'application des lois de la Colombie-Britannique en cas de conflit. Le juge en chef a rejeté la revendication par les appelants du droit à l'autonomie gouvernementale, fondant sa décision à la fois sur la souveraineté de la Couronne en common law et *sur la rareté relative, selon lui, de preuves de l'existence d'une structure gouvernementale établie*. Il a d'abord affirmé que, lorsque la Colombie-Britannique a été unie au Canada, « toutes les compétences législatives ont été réparties entre le Canada et la province, *et il n'y avait aucune place pour quelque compétence ou souveraineté autochtone* qui serait reconnue par le droit ou les tribunaux ». Deuxièmement, il a qualifié le système juridique des Gitksan et des Wet'suwet'en « *d'ensemble de coutumes des plus incertaines et*

extrêmement souples qui, fréquemment, ne sont pas suivies par les Indiens eux-mêmes » [c'est nous qui soulignons]⁴⁶.

Si cet exemple n'est pas le plus subtil, le point de vue du juge McEachern illustre à quel point les tribunaux sont plus à l'aise lorsque les questions qui leur sont soumises ne les obligent pas à sortir du cadre auquel ils sont habitués. Cela ne tient pas compte du fait que le paragraphe 35(1) fait partie de la Constitution canadienne (et par conséquent de ce même cadre). C'est la loi suprême. Il est clair que la Cour (ou du moins le juge McEachern) se sent jusqu'à un certain point menacée par quelque revendication qui touche à la position de souveraineté du Canada⁴⁷. Malheureusement, un des points de vue exprimés dans les décisions sur les droits ancestraux rendues par la Cour suprême met l'accent sur le potentiel du paragraphe 35(1) qui a été perdu.

Il est aussi troublant de constater que le juge McEachern ait profité de l'occasion pour porter un jugement de valeur sur les traditions juridiques autochtones (une tâche à laquelle les personnes ayant une formation en droit canadien n'excellent pas). Les paroles du juge en chef McEachern dans l'arrêt sont plus précises :

⁴⁶ *Delgamuuk* (1997), page 27, paragraphe 20.

⁴⁷ La décision rendue dans l'affaire *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 3 C.N.L.R. 122 illustre aussi la nécessité de tenir compte du potentiel perdu. Au moment du procès, le juge McKeown s'est rendu aux arguments du Grand Chef Mike Mitchell et a statué que le peuple Mohawk avait le droit de faire passer des biens par la frontière canado-américaine sans avoir à payer de droits de douane (paragraphe 128). La Cour suprême du Canada (dans un jugement rédigé par le juge en chef au nom de la majorité) a renversé la décision du tribunal de première instance en déclarant qu'une erreur claire et manifeste avait été commise par le juge de première instance en ce qui trait à la suffisance des preuves sur les antécédents historiques de commerce transfrontalier par les Mohawks (paragraphe 51). Selon moi, le tribunal supérieur a réagi à la menace à l'égard de la souveraineté du Canada qu'il a perçue dans le premier jugement (présumant que la souveraineté mohawk et la souveraineté canadienne sont deux concepts concurrentiels) (paragraphe 61 à 64). L'idée selon laquelle le terme souveraineté ne signifie qu'une seule chose (et que la définition canadienne est la bonne) entraîne une diminution du potentiel du paragraphe 35(1). L'arrêt *Mitchell* fait l'objet d'un développement plus approfondi dans la suite de cet article.

On m'a fait état de nombreux cas où des chefs en vue ne se sont pas conformés à ces règles, par exemple en faisant du piégeage ou en coupant du bois sur le territoire d'un autre chef, quoiqu'il semblait toujours y avoir une exception autochtone⁴⁸ qui rendait licite presque toute dérogation aux règles autochtones. Selon moi, ces règles sont si souples et incertaines qu'elles ne peuvent être qualifiées de règles de droit⁴⁹.

La formulation d'un jugement, comme celui du juge McEachern, sans comprendre entièrement l'objet de ce jugement (ici les règlements, les lois et les traditions autochtones), entraîne la certitude que ces systèmes seront jugés défaillants car ils reposent sur des structures juridiques qui ne sont pas facilement reconnaissables par les tribunaux canadiens (c'.-à-d. que ce ne sont pas des systèmes de pénalités et de droits; ce ne sont pas des systèmes accusatoires). Cette probabilité, qui ressemble beaucoup à un préjugé dans le processus judiciaire, en est une qui nécessite qu'on s'interroge sur la façon dont les observations judiciaires sont faites et si les revendications en matière d'autonomie gouvernementale progresseront si on continue de les porter devant les tribunaux. Un examen des possibilités d'offrir un accès suffisant aux façons de faire autochtones pour laisser les tribunaux exercer leur pouvoir décisionnel est aussi un sujet de recherche pressant. Les tribunaux doivent savoir quand le droit de décider d'une question touche les relations internes des collectivités des Premières Nations.

Cette analyse met en lumière une autre stratégie de recherche nécessaire. Dans quelle mesure les capacités des Premières Nations de mettre en pratique leurs traditions sont-elles touchées par la transformation par la Cour de relations complexes d'interrelations en rapports linéaires simples, par exemple, le fief simple ou le titre

⁴⁸ L'étude des exceptions aux règles est ironique pour ceux qui ont étudié le « droit sur les biens réels » dans la tradition eurocanadienne. Ce domaine du droit est en fait l'étude des exceptions aux règlements.

⁴⁹ Citation tirée de l'arrêt *Delgamuukw* (1997), page 27, paragraphe 20. Imaginez un instant que ces commentaires auraient pu être reçus et ressentis par les citoyens des nations Gitksan et Wet'suwet'en.

autochtone? C'est là une question centrale car les tribunaux ont le pouvoir, peut-être à leur insu, de nuire encore plus aux chances des Premières Nations de remettre en vigueur ces traditions. L'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale est à mon avis au cœur de la majorité des causes portées devant les tribunaux par les Premières Nations. La capacité d'adapter une structure de recherche qui reflète la complexité des interrelations entre le territoire, le droit et la gouvernance dans les diverses traditions des Premières Nations est donc essentielle au programme de recherche ou à un institut comme le Centre de la gouvernance des Premières Nations.

Le point de vue des tribunaux sur l'objet du paragraphe 35(1) : Réconciliation

En 1982, avec l'adoption de la deuxième partie de la Constitution canadienne, bon nombre d'universitaires spécialisés en droit et en politique ont écrit sur le potentiel que revêtait cette reconnaissance constitutionnelle des droits des peuples autochtones. Noel Lyon était l'un de ces universitaires et les juges Dickson et LaForest se sont appuyés sur ces paroles dans leur jugement de l'affaire *Sparrow* :

L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines⁵⁰.

Sous l'angle privilégié des Premières Nations, il semble clair que les anciennes règles peuvent en partie être considérées comme du colonialisme. La question qui devient alors de la toute première importance est de savoir dans quelle mesure le système judiciaire du pays peut effectivement voir plus loin que le colonialisme et participer à l'instauration d'un nouvel ordre constitutionnel dans lequel seraient intégrés les Premières Nations et leurs systèmes politiques, sociaux et juridiques. Autrement dit,

⁵⁰ *Sparrow* (1990), page 178.

est-il raisonnable de demander aux juges de participer et de s'engager dans la décolonisation? Il faut aussi reconnaître que la décolonisation n'est pas une réponse complète ni finale. Il reste cependant que ce sont les Premières Nations qui doivent construire leur propre avenir. Le fait d'aborder cette question de n'importe quel autre point de vue nous fait courir le risque très réel de réinventer les rapports coloniaux.

L'examen des jugements rendus en vertu de la protection constitutionnelle des droits ancestraux et issus de traités met en lumière la nécessité de comprendre dans quelle mesure les Premières Nations ont réellement bénéficié des révisions constitutionnelles⁵¹. La mesure dans laquelle les protections constitutionnelles et les litiges émergeant de ces dispositions offrent l'occasion d'avancer vers le règlement des causes en suspens, ou la réconciliation, est d'une importance capitale. La portée de la capacité de la Cour à accomplir la réconciliation constitue un autre aspect du programme de recherche nécessaire.

Dans le premier cas où la Cour suprême du Canada a considéré le sens du paragraphe 35(1), la réconciliation était un nouveau thème introduit dans le discours sur les droits ancestraux. Dans cette décision unanime, l'arrêt *Sparrow*, Dickson et LaForest écrivent :

Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris évidemment le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, ces pouvoirs doivent maintenant être rapprochés du par. 35(1). En d'autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux [c'est nous qui soulignons]⁵².

⁵¹ Pour une analyse détaillée, voir MONTURE-ANGUS, Patricia A., *Journey Forward: Dreaming First Nations Independence* (Halifax : Fernwood Publishing, 1999).

⁵² *Sparrow* (1990), page 181. Dans l'arrêt *Badger*, la Cour remarque qu'un deuxième type de réconciliation pourrait être nécessaire lorsque les clauses d'un traité entrent en conflit avec les lois provinciales (page 85, paragraphe 14).

La conciliation dont parle ici la Cour n'est pas avec les Premières Nations. C'est la conciliation des pouvoirs et des devoirs du gouvernement fédéral. Il s'agit de « l'honneur de Sa Majesté ». De plus, c'est la reconnaissance d'un devoir de fiduciaire⁵³ de la Couronne envers les Premières Nations⁵⁴.

⁵³ Pour des définitions et des analyses sur la portée du devoir de fiduciaire, voir COMMISSION DU DROIT DU CANADA et Association of Iroquois and Allied Indians, *In Whom We Trust: A Forum on Fiduciary Relationships* (Toronto : Irwin Law, 2002), ainsi que ROTMAN, Leonard, *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada* (Toronto : presses de l'Université de Toronto, 1996) et *Guerin c. La Reine*, [1985] 1 C.N.L.R. 120 (C.S.C.).

On a demandé plus régulièrement aux tribunaux de prendre en considération le rapport de fiduciaire et, dans certains cas, ils ont limité le potentiel juridique de ce concept. Il est intéressant de souligner que la conciliation et le devoir de fiduciaire figurent tous deux dans le même paragraphe de l'arrêt *Sparrow*.

Pour les considérations juridiques du devoir de fiduciaire, voir *Société des femmes autochtones de la C.-B. c. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 4 (Section de première instance); *Bear Island Foundation c. Ontario*, [2000] 2 C.N.L.R. (Cour d'appel de l'Ont.); *Bonaparate c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 C.N.L.R. 43 (Cour d'appel de l'Ont.); *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne d'Okanagan*, [2002] 1 C.N.L.R. 57 (Cour d'appel de la C.-B.); *Buffalo c. Canada (ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2003] 1 C.N.L.R. 1 (Section de première instance); *Canada (Ministre du Revenu national) c. Ochapowace Ski Resort Inc.*, [2002] 4 C.N.L.R. 76 (Cour provinciale de la Sask.); *Chingee c. Colombie-Britannique*, [2003] 1 C.N.L.R. 24 (Cour supérieure de la C.-B.); *Première Nation Chipewyan Prairie (Re)*, [2003] 2 C.N.L.R. 61 (Commission d'appel du ministère de l'Environnement de l'Alberta); *Première Nation Chippewas de Nawash c. Canada (ministre des Pêches et des Océans)*, [2001] 1 C.N.L.R. 20 (Section de première instance), [2003] 2 C.N.L.R. 78 (F.C.A.); *Première Nation Gitksan c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*, [2003] 2 C.N.L.R. 142 (Cour supérieure de la C.-B.); *Nation Haida c. Colombie-Britannique*, [2001] 2 C.N.L.R. 83 (Cour supérieure de la C.-B.), [2002] 2 C.N.L.R. 121, (Cour d'appel de la C.-B.), [2002] 4 C.N.L.R. 117 (Cour d'appel de la C.-B.); *Première nation Klahoose c. Cortes Ecoforestry Society*, [2003] 3 C.N.L.R. 130 (Cour supérieure de la C.-B.); *Bande indienne du Lac La Ronge c. Canada*, [2000] 1 C.N.L.R. 245 (C.B.R. Sask.), [2001] 4 C.N.L.R. 120 (Cour d'appel de la Sask.); *Première Nation de Liidlii Kue c. Canada*, [2000] 4 C.N.L.R. 123 (Section de première instance); *Première Nation crie de Mikisew c. Canada (ministre du Patrimoine)*, [2002] 1 C.N.L.R. 169 (Section de première instance); *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver Town*, [2002] 1 C.N.L.R. 271 (S.C.C.); *R. c. Bernard*, [2000] 2 C.N.L.R. 97 (Cour provinciale de la N.-É.); *R. c. Seward*, [2001] 4 C.N.L.R. 274 (Cour provinciale de la C.-B.); *Roberts c. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. (Cour d'appel fédérale); *Raine c. Conseil de bande de Louis Bull*, [2000] 1 C.N.L.R. 205 (Section de première instance); *Bande indienne de Sumas c. Ned*, [2002] 4 C.N.L.R. 280 (Cour supérieure de la C.-B.); *Première Nation Taku River Tlingit c. Colombie-Britannique (directeur de l'évaluation des projets)*, [2002] 2 C.N.L.R. 312 (Cour d'appel de la C.-B.); *Premières Nations signataires du Traité n° 8 c. Canada*, [2003] 4 C.N.L.R. 349 (F.C.T.C.); *Première Nation de Westbank c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*, [2001] 1 C.N.L.R. 361 (Cour supérieure de la C.-B.); *Bande indienne de Wewaykum c. Canada*, [2003] 1 C.N.L.R.

Dans l'arrêt *Van der Peet*, la Cour redéfinit la conciliation en soulignant que le but visé par l'article 35 est « d'équilibrer » la « préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de la Couronne »⁵⁵. La Cour stipule :

... la meilleure façon de décrire les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) est de dire qu'ils sont, premièrement, le moyen par lequel la Constitution reconnaît le fait qu'avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord le territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et, deuxièmement, le moyen de concilier cette occupation antérieure avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien. Le contenu des droits ancestraux doit viser la réalisation de ces deux objets...⁵⁶

C'est là une forme de conciliation très différente de celle dont on parle dans l'arrêt *Sparrow*. On y met l'accent sur les Premières Nations et on se détache de « l'honneur de Sa Majesté ». Les cas subséquents confirment cette affirmation⁵⁷. C'est la forme de conciliation à laquelle il faut prêter une attention particulière, car le discours antérieur s'y trouve inversé. On y constate un changement de l'attention minutieuse portée à l'honneur de Sa Majesté vers une volonté de définir l'essence des us et coutumes des peuples autochtones, et ce changement mérite une analyse plus approfondie. Ce changement

341 (C.S.C.); *Williams c. Bande indienne de Squamish*, [2003] 2 C.N.L.R. 390 (Section de première instance); *Première Nation Xeni Gwet'in c. Colombie-Britannique*, [2004] 2 C.N.L.R. 391 (Cour d'appel de la C.-B.).

⁵⁴ C'est aussi un secteur dans lequel on recommande des recherches plus approfondies. Comme je l'ai déjà souligné :

Peu importe à quel point l'idée de « tutelle », ou la notion évoluée et moderne de « dépendance », est offensante à mes yeux, le fait est qu'il existe un rapport de dépendance entre les Premières Nations et la Couronne. C'est la réalité et le fruit du colonialisme. Comme la capacité de nous distancier de ces rapports de dépendance d'inspiration coloniale ne nous sera pas donnée du jour au lendemain, le devoir de fiduciaire demeure un concept juridique intéressant qui pourrait s'avérer avantageux dans les efforts des Premières Nations vers des rapports réels d'indépendance et d'autodétermination au Canada.

Supra, *Journeying*, 44-45.

Malgré l'importance de ce sujet, il n'entre pas dans la portée du présent article qui est consacré aux besoins juridiques des collectivités des Premières Nations vus de l'intérieur.

⁵⁵ *R. c. Van der Peet*, [1996] 4 C.N.L.R. 177 à 192, paragraphe 31.

⁵⁶ *Van der Peet*, (1996) page 200, paragraphe 43.

⁵⁷ *Mitchell c. M.R.N.*, [2000] 3 C.N.L.R., page 131, paragraphe 12.

porte en lui le potentiel de créer davantage d'impositions sur les identités des Premières Nations (et perpétue de ce fait le schéma du colonialisme instauré il y a des siècles).

Les décisions des tribunaux soulèvent des préoccupations quant à l'augmentation des impositions aux sociétés et citoyens des Premières Nations, et ce pour plusieurs raisons. L'arrêt *Van der Peet* comporte aussi une deuxième cause de préoccupation. La Cour déclare ce qui suit :

Pour réaliser l'objet qui sous-tend le par. 35(1) -- c'est-à-dire la protection et la conciliation des intérêts découlant du fait que, avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les peuples autochtones vivaient en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions --, le critère d'identification des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) *doit viser à reconnaître les éléments fondamentaux de ces sociétés distinctives préexistantes*. Autrement dit, ce critère doit tendre à identifier les coutumes, pratiques et traditions fondamentales des sociétés autochtones qui existaient en Amérique du Nord avant le contact avec les Européens [c'est nous qui soulignons]⁵⁸.

Cette démarche suppose qu'il appartient aux tribunaux de définir les peuples autochtones et ce qui importe pour eux. Il s'agit d'un processus comparatif dont la date de référence est celle du contact avec les Européens. Ainsi, c'est la vision du monde du colonisateur qui se trouve au centre du processus de définition des droits ancestraux plutôt que la reconnaissance des connaissances autochtones et de leurs cadres temporels historiques. Elle risque donc de nous éloigner plus que de nous rapprocher de la conciliation.

Cela ne veut pas dire que la Cour ne reconnaît pas le fait que les peuples autochtones ont leur propre « point de vue »⁵⁹. Le juge en chef Lamer écrit :

Dans son appréciation d'une revendication invoquant l'existence d'un droit ancestral, le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit. Dans *Sparrow*, précité, le juge en

⁵⁸ *Van der Peet* (1996), page 200, paragraphe 44.

⁵⁹ Le terme « point de vue » doit être utilisé avec précaution. Il ne doit pas désigner les systèmes de connaissance autochtones, car le fait d'utiliser ce terme pour décrire ces systèmes a pour effet d'en diminuer à la fois le statut et la légitimité.

chef Dickson et le juge La Forest ont décidé, à la p. 1112, qu'il est «crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause». *Toutefois, il faut également reconnaître que ce point de vue doit être exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada.* Comme il a déjà été signalé, un des objets fondamentaux du par. 35(1) est la conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté. *Les tribunaux appelés à statuer sur des revendications de droits ancestraux doivent donc se montrer ouverts au point de vue des autochtones, tout en étant conscients que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien*⁶⁰ [c'est nous qui soulignons].

Un point de vue n'est pas une reconnaissance des modes de connaissance des Autochtones (c'.-à-d. des systèmes de connaissance autochtones). Le fait de vouloir insérer de force le savoir autochtone dans le système juridique « général » plutôt que d'accepter que le système juridique « général » du Canada puisse aussi s'adapter constitue aussi, dans le cas présent, un aspect problématique de la démarche des tribunaux.

Comme on peut le constater à la lecture de la dernière citation tirée de l'arrêt *Van der Peet*, ce qu'il y a de très important dans la détermination d'une revendication de droits ancestraux (et probablement de droits issus de traités), c'est une expression des droits dans la culture « dominante » d'une façon qui ne perturbe ni les schémas constitutionnels ni les structures de gouvernance existants. Comme il est facile de le prévoir, les tribunaux sont très à l'aise avec leur façon de voir les choses et ne sentent pas la nécessité de changer. On pourrait mener des recherches pour déterminer comment les Premières Nations pourraient formuler leurs revendications de manière compréhensible et recevable par les tribunaux. Cela aiderait les Premières Nations à obtenir une conciliation qui leur convient et à reconnaître les revendications à ne pas porter devant les tribunaux.

⁶⁰ *Van der Peet* (1996), page 201-202, paragraphe 49.

La conciliation n'est pas le seul concept ou résultat qu'il faille étudier avec soin. Un bref examen des arrêts de la Cour suprême du Canada soulève d'autres préoccupations lorsqu'on les envisage du point de vue des aspirations des Premières Nations. Toutes ces préoccupations sont fondées sur une évaluation du degré auquel les Premières Nations peuvent atteindre l'objectif maintes fois défini qu'est l'autonomie gouvernementale. Les tribunaux n'ont pas réussi à préciser que le colonialisme n'est pas une réalité du passé mais une réalité que vivent encore de nos jours les Premières Nations. La majorité des litiges ont été abordés sur la base de droits ancestraux discrétionnaires en matière de chasse et de pêche. Les droits ancestraux discrétionnaires pourraient en fait constituer une façon de limiter la portée du paragraphe 35(1), car des revendications plus vastes en matière de compétence et de souveraineté semblent défier l'imagination des tribunaux. Le fait d'invoquer les droits ancestraux devant les tribunaux a eu pour conséquence une augmentation du contrôle externe dans des secteurs où on reconnaissait auparavant le pouvoir décisionnel des Premières Nations en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, le tribunal est d'accord sur le fait que les territoires de chasse traditionnels ne peuvent être convertis en parcs de stationnement. Le paragraphe 35(1) comporte peut-être toujours le potentiel de faire avancer des revendications en matière d'autonomie gouvernementale, mais il faut en priorité reconnaître les obstacles érigés par les tribunaux sur le chemin menant à cette autonomie.

Les tribunaux canadiens : questions de procédure et de structure

La Cour suprême du Canada statue maintenant fermement que l'objet du paragraphe 35(1) est la conciliation. La conciliation nécessite la prise en compte des différences entre les cultures. Voilà un domaine où les tribunaux canadiens peuvent

éprouver des difficultés. La formation sur les traditions juridiques autochtones est au mieux partielle dans la profession juridique (que ce soit dans les facultés de droit ou dans les programmes d'agrément professionnel)⁶¹. Comme le dit le professeur Walters (selon l'affirmation de la Cour suprême) :

La difficulté que pose la définition des droits ancestraux tient au fait que ce sont des droits particuliers à la rencontre de deux cultures juridiques extrêmement dissemblables; par conséquent, il faudra toujours se demander à partir de laquelle de ces cultures les droits doivent être définis [. . .] une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera ces deux points de vue juridiques⁶².

Le problème avec cette position est l'objet de la conciliation. Selon M. Walters, le défi consiste à concilier les *droits* de deux cultures. Ce n'est pas les deux cultures qu'il faut concilier, mais plutôt le rapport (y compris le droit et la gouvernance) entre les parties. Cela peut se faire par le biais d'un paradigme des droits, mais ce paradigme n'est pas nécessairement le meilleur moyen de parvenir à la réconciliation. Les droits enchâssés dans la constitution d'un pays véhiculent un ensemble de présuppositions qui ne sont souvent pas articulées par les personnes formées dans cette tradition.

La réconciliation est un concept (et un processus) qu'il faut définir, car elle est l'objet de la résolution judiciaire. Pour répondre complètement à la question de savoir ce que signifie la réconciliation, il faut sans doute une formation dans la tradition juridique occidentale et au moins dans une tradition des Premières Nations. La réconciliation doit aller au-delà de la simple reconnaissance des différences. La réconciliation est un bon exemple permettant de mesurer les aptitudes d'un tribunal canadien ordinaire à relever le défi de définir les droits ancestraux. Il faut une articulation précise des attentes des

⁶¹ Par exemple, les cours sur les droits ancestraux offerts dans les facultés de droit mettent toujours l'accent uniquement sur le système juridique canadien et ne profitent pas de l'occasion pour intégrer des notions de droit autochtone.

Premières Nations en ce qui concerne ce terme. Pour y arriver, il faut clarifier l'orientation de la réconciliation du Canada avec les Premières Nations ou des Premières Nations avec le Canada. Un coup d'œil dans le dictionnaire m'apprend que le mot réconciliation signifie « action de rétablir l'amitié » principalement après une brouille⁶³. Cela apporte une précision immédiate.

Du point de vue des Premières Nations, on comprend facilement le concept de « rétablir l'amitié », car il est au cœur de l'organisation sociale des Premières Nations. Il s'agit simplement d'entretenir de bonnes relations. Sur le plan humain, on comprend que lorsqu'une personne subit un préjudice, « rétablir l'amitié » est un processus. La première étape consiste à reconnaître le préjudice et à évaluer les dommages qui en découlent. Il faut ensuite réparer les dommages au mieux de ses capacités. C'est là une vaste proposition si on comprend bien la portée du préjudice commis envers les Premières Nations. Il faut bien comprendre que pour bon nombre de Premières Nations, le préjudice n'est pas seulement historique, il est continu. Parmi les exemples de préjudices, notons l'appropriation des terres, et de ce fait du mode de vie, la violation des clauses des traités nécessitant qu'on entretienne de « bonnes relations »⁶⁴; la prise des enfants par les systèmes de bien-être et de justice, la surreprésentation des peuples autochtones dans le système pénal canadien et l'appropriation de la culture, des biens et même de la douleur. La réparation est une condition préalable à la capacité « d'être amis ».

Les tribunaux canadiens appliquent un processus accusatoire pour résoudre les différends. La réconciliation, telle que nous la définissons, n'est pas le but habituellement

⁶² *Van der Peet* (1996), page 199 paragraphe 42.

⁶³ *Le nouveau Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1993, page 1889.

⁶⁴ Cardinal et Hildebrandt (2000), page 14-17.

recherché dans un processus accusatoire. Bien que la réconciliation soit un objectif admirable, le processus judiciaire n'est peut-être pas le terrain le plus propice pour trouver des voies de réconciliation réelle entre les Premières Nations et la Couronne. Dans l'optique des tribunaux, la réconciliation est un exercice d'équilibre entre deux traditions juridiques et seulement dans la mesure où l'ordre juridique canadien n'est pas perturbé⁶⁵. Mais la réconciliation ne concerne pas seulement le processus. Elle concerne aussi les effets et les résultats. Il est impossible de réparer toutes les pertes et tous les préjudices causés par le colonialisme. Par conséquent, le résultat concerne l'égalité d'accès aux possibilités futures, à la prospérité et à une vie meilleure.

Les Premières Nations n'ont pas tendance à recourir volontairement aux tribunaux. Mais en le faisant, elles acceptent de participer à un processus par lequel leurs traditions risquent de s'en faire imposer, d'être mal interprétées ou simplement ignorées. Car si l'objet du paragraphe 35 (1) est de trouver l'équilibre entre deux traditions juridiques par le compromis, ce sont souvent les Premières Nations qui doivent faire le compromis dans ce processus formel. Cette forme et cette structure particulières de compromis juridique ne nécessitent pas le consentement spécifique des Premières Nations, seulement le consentement général de participer au processus de défense des droits devant les tribunaux. Comme les traditions et les processus juridiques des Premières Nations sont très peu documentés par écrit⁶⁶, il devient impossible de définir le sacrifice précis que constitue l'engagement de procédures judiciaires. Par conséquent, la recherche sur les traditions juridiques des Premières Nations (par région et par nation) et la diffusion des résultats sont essentielles pour faire avancer les choses. Si on n'a pas le

⁶⁵ *Delgamuukw* (1998), page 48, paragraphe 82.

⁶⁶ Il est bien clair qu'une telle exigence constitue une autre imposition.

sentiment de faire des choix éclairés, même la réconciliation peut être affligeante. Et c'est souvent la perception qui donne le sentiment que justice a été rendue.

La documentation des traditions juridiques des Premières Nations est utile à plus d'un titre. Elle offre notamment des possibilités de développer les traditions juridiques qui ne reposent pas sur un processus accusatoire. Ces possibilités comprennent tout ce qu'on peut trouver entre les « cours »⁶⁷ tribales et d'autres systèmes de règlement des différends dans les collectivités, en passant par d'autres accommodements, comme des conseils de détermination de la peine avec le système de justice pénale du Canada. De tels accommodements sont souvent avantageux et pas seulement pour les peuples autochtones. On sait aussi très bien que la prévention est beaucoup moins coûteuse à la fois sur les plans financier et humain. Comme l'expérience nous le démontre, l'élaboration de « possibilités » (remarquez qu'on ne parle pas de solutions de rechange comme on le devrait) pour les Autochtones provoque souvent un mouvement de ressac. Le plus fréquent est celui où on demande « Que faites-vous de la *Charte canadienne des droits et libertés* »? La recherche sur les pratiques juridiques autochtones devrait aussi se pencher sur les « droits » des victimes et les « droits » des « accusés »⁶⁸. Évidemment, un système qui n'impose ni ne punit peut fonctionner à partir d'un ensemble différent de présomptions et de protections. Et un ensemble de droits légaux comme celui qu'on retrouve dans la Charte canadienne peut dans les faits se traduire par des préjudices et un

⁶⁷ Les mots qui ne sont pas réellement appropriés sont entre guillemets. En dépit de l'instauration de la cour tribale aux États-Unis, cette institution n'a rien à voir avec le processus autochtone de règlement des différends.

⁶⁸ Ce sont des termes appropriés dans un système fondé sur une philosophie punitive. Les systèmes juridiques autochtones ne sont pas fondés sur une telle philosophie. L'utilisation de ces termes dans un système juridique des Premières Nations peut avoir l'effet de désaxer la structure et les valeurs sur lesquelles reposent ces pratiques.

renforcement de l'injustice et de l'iniquité s'il est appliqué à un système fonctionnant sur la base d'autres présomptions. Voilà donc un autre secteur où la recherche s'impose.

Les droits issus de traités :

Les rapports fondés sur des traités entre les Premières Nations et la Couronne revêtent plusieurs formes⁶⁹. La nature des rapports fondés sur des traités se définit parfois par la période à laquelle le traité a été conclu. Les traités, qu'on désigne parfois comme traités d'avant la confédération dans la littérature juridique et historique, mettaient l'accent sur la paix et l'amitié. On observe par la suite une évolution des termes écrits qu'on peut retracer sur le plan géographique (d'est en ouest) et qui culmine par les traités numérotés dans l'Ouest canadien. Ceux-ci sont souvent considérés comme des traités visant uniquement la cession de territoires. Et bien sûr, il y a les traités modernes. L'élaboration d'un cadre théorique sur la variété de rapports fondés sur des traités qui existent selon la compréhension qu'en ont les Premières Nations constitue aussi un domaine où il faut pousser les recherches.

La caractérisation des différents types de traités qui sont à l'origine de l'entité maintenant connue sous le nom de Canada ne tient aucunement compte de la compréhension de ces arrangements par les Premières Nations. Par exemple, le fait de caractériser un traité comme étant uniquement un arrangement sur la cession de territoires pour certains usages constitue cependant une violation de la compréhension qu'en ont les Premières Nations vivant sur ce territoire⁷⁰. Selon la compréhension qu'en ont les Premières Nations, tous ces traités ont une chose en commun : ce sont des promesses sacrées. Les parties au traité sont la Couronne, les Premières Nations et le Créateur. Ces rapports fondés sur des traités ne peuvent être compris sans d'abord saisir les lois et les pratiques des Premières Nations ayant participé aux négociations. Feu

⁶⁹ Pour une étude de l'imagination des tribunaux lorsque vient le temps de définir un traité, voir *R. c. Sioui*, [1990] 3 C.N.L.R. 127 (C.S.C.).

⁷⁰ Pour un exposé complet, voir Cardinal et Hildebrandt (2000).

l'aîné Norman Sunchild (Cri) donne l'explication suivante devant le Bureau du commissaire aux traités :

Nos ancêtres ont consacré leurs vies à l'étude, à la médiation et à vivre selon un mode de vie nécessaire pour comprendre ces traditions, ces enseignements et ces lois dans lesquels sont enracinés les traités. Dans leurs études, ils ont enraciné leurs êtres physiques et spirituels directement dans la Terre mère, dans le but d'établir une connectivité avec le Créateur et Sa Création⁷¹. Par cette connectivité, ils ont reçu la connaissance conceptuelle requise et la capacité de verbaliser et de décrire les nombreux bienfaits que le Créateur leur a conférés. Ils ont été méticuleux dans leur observation des disciplines, des procédés et des procédures requises pour mener à bien une telle entreprise [trad.]⁷².

Comme le souligne l'aîné Sunchild, le peuple est toujours connecté à la terre. Les systèmes de gouvernance des Premières Nations (notamment les rapports dont il est question dans les traités) ne peuvent pas non plus être séparés de la terre. Pas plus que les lois des Premières Nations ne peuvent être isolées de la gouvernance, du territoire et du soutien fourni par la Terre mère.

La typologie que nous utilisons pour comprendre les rapports fondés sur des traités influence grandement la signification que nous accordons à ces traités. La documentation écrite qui permettrait aux personnes intéressées de comprendre la signification des traités pour les Premières Nations est peu volumineuse. Le fait d'amorcer un exercice de définition du contenu des traités à partir des textes des traités équivaldrait à commencer le processus définitoire par le milieu. Le texte d'un traité, surtout un traité négocié il y a des décennies, demeure une réflexion unilatérale sur le rapport. Il est important de ne pas l'oublier au moment de l'élaboration d'un programme de recherche sur les rapports fondés sur les traités.

⁷¹ Veuillez prendre note qu'en langue crie il n'y a pas de genre. Par conséquent, les mots il et elle, son ou sa ne peuvent être des traductions justes. Le Créateur est à la fois masculin et féminin car le don de la création est énergie et non un sexe.

L'étude de la jurisprudence sur les droits issus de traités ne peut donc permettre de recenser totalement les connaissances dont les Premières Nations ont besoin pour élaborer avec succès des stratégies et des structures de gouvernance fondées sur les ententes conclues par les traités. L'examen des jugements rendus par les tribunaux est un exercice permettant de voir à quel point il est utile d'aller devant la Cour pour faire en sorte que les Premières Nations aient la possibilité de se gouverner de façon plus complète et plus indépendante.

Dans l'affaire *Badger*, le juge Cory de la Cour suprême du Canada a rendu une décision importante sur les droits issus de traités⁷³. Ce cas concerne les droits de chasse sur le territoire faisant l'objet du Traité numéro huit⁷⁴. Dans cet arrêt, la Cour accepte que le critère permettant de déterminer s'il y a eu violation d'un droit ancestral dans l'affaire *Sparrow* soit aussi applicable dans les cas de droits issus de traités⁷⁵. Un aspect de la décision confirme les observations formulées dans des cas antérieurs⁷⁶, selon lesquelles l'entente sur le transfert des ressources naturelles a modifié les droits issus de traités. L'impact de cette entente pose un problème évident aux Premières Nations de l'Ouest (souvent des Prairies) qui ont signé un traité numéroté. Cette entente élimine le droit de chasser et de pêcher à des fins commerciales sans le consentement des signataires des Premières Nations⁷⁷. La recherche en ce domaine se poursuit.

⁷² Cardinal et Hildebrandt, (2000), page 1.

⁷³ Voir aussi *R. c. Sioui*, [1990] 3 C.N.L.R. 127. Bien qu'il n'y ait pas litige en vertu du paragraphe 35(1), voir *R. c. Simon*, [1986] 1 C.N.L.R. 153.

⁷⁴ La jurisprudence sur les litiges en matière de chasse et de pêche est volumineuse. Cela limite la portée des droits et des responsabilités des Premières Nations. Le rassemblement et la croissance étaient aussi des aspects importants du bien-être de nos nations. Les droits oubliés de se rassembler et de croître sont principalement la responsabilité des femmes.

⁷⁵ *Badger* (1996), page 104, paragraphe 73.

⁷⁶ *Frank c. la Reine*, [1978] 1 S.C.R. 95 (C.S.C.) et *R. c. Horseman*, [1990] 3 C.N.L.R. 95.

⁷⁷ *Badger* (1996), page 90, paragraphe 37.

Dans l'arrêt *Badger*, le territoire où la chasse a eu lieu est de la première importance. Était-ce un territoire occupé ou non⁷⁸? Dans l'arrêt *Sundown*, les droits découlant du droit de chasser, comme celui de construire un chalet, sont protégés en vertu du traité⁷⁹. Dans le cas *Marshall*, les tribunaux ont reconnu le droit de pêcher pour une subsistance raisonnable⁸⁰. Chacun de ces fragments est important pour les Premières Nations, mais ils ne constituent pas l'essence des rapports fondés sur des traités au sens où les conçoivent les Premières Nations. La protection de la nature sacrée des droits issus de traités est d'une importance capitale. La recherche doit se concentrer sur la collecte des compréhensions des traités par les Premières Nations et sur le partage de cette connaissance sous forme écrite. Il s'agit là d'un domaine de recherche prioritaire si on veut protéger d'une plus grande fragmentation l'aspect légal des traités.

La jurisprudence n'a pas encore bien précisé le rapport entre les droits ancestraux et les droits issus de traités. Selon la compréhension des Autochtones, le « droit » de se trouver sur un territoire et d'y vivre en tant que nations (nous gouvernant nous-mêmes) est un droit conféré par le Créateur. C'est le droit qui donne le pouvoir de prendre part à des traités avec d'autres nations (notamment les alliances entre Premières Nations). Si le droit canadien considère les droits conférés par le Créateur comme des droits ancestraux et un titre autochtone, ils sont le fondement sur lequel reposent les droits issus de traités. Cela constitue un autre domaine où la recherche sera un élément essentiel dans le recours aux tribunaux et le règlement des revendications.

⁷⁸ *Badger* (1996), page 102, paragraphe 67.

⁷⁹ *R. c. Sundown*, [1999] 2 C.N.L.R. 289 (C.S.C.) page 299, paragraphe 28 et page 301, paragraphe 35.

⁸⁰ *Marshall* (1999), page 192, paragraphe 59.

Aussi troublant que le schéma puisse sembler dans la détermination des droits ancestraux par les tribunaux canadiens, les droits issus de traités doivent aussi être envisagés avec la même prudence. Dans l'une des décisions les plus troublantes de la Cour suprême du Canada, le juge Binnie rend une décision contraire. Dans son « raisonnement », il amende de façon unilatérale un rapport fondé sur un traité entre plusieurs États et mon peuple, les Haudenosaunee, tout en reconnaissant que l'argument des droits issus de traités n'était pas invoqué dans l'appel⁸¹. Il a déclaré, après avoir cité l'explication qui figure en page couverture du rapport de 1984 du Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens (le rapport Penner) :

Ainsi, dans le concept du wampum à « deux rangs », le canot autochtone navigue dans un rang, et le navire européen navigue dans l'autre. Les deux bateaux coexistent mais n'entre jamais en contact. Chacun est souverain de sa propre destinée.

La symbolique moderne du concept de wampum « à deux rangs », modifié pour refléter certaines des *réalités d'un État moderne, est l'idée d'une souveraineté « fusionnée » ou « partagée »*. L'expression « souveraineté fusionnée » laisse entendre que les Premières Nations n'étaient pas complètement subordonnées à la souveraineté des non-Autochtones, mais sont plutôt devenus avec le temps des partenaires dans une fusion [c'est nous qui soulignons]⁸².

C'est là un amendement unilatéral du rapport fondé sur un traité, un amendement apporté sans le consentement des Haudenosaunee. Il ne semble reposer sur aucune tradition, sauf dans l'esprit du juge Binnie. C'est une transgression grave du rapport sacré. L'arrêt *Mitchell* doit à tout le moins servir d'aide-mémoire du fait que le système judiciaire n'aborde pas le sujet des traités selon la même compréhension qu'en ont les Premières Nations. Cette reconnaissance se complique du fait de la diversité des formes de rapports fondés sur des traités.

⁸¹ *Mitchell* (2001), page 162, paragraphe 120.

⁸² *Mitchell* (2001) page 164, paragraphes 128-129.

En termes généraux, les Premières Nations ne considèrent pas seulement les traités comme de simples rapports juridiques. Ils les voient aussi comme des ententes sacrées. Plusieurs sinon tous les processus ayant mené à la conclusion de traités étaient accompagnés d'une pratique cérémoniale des Premières Nations. Dans cette optique, il y avait trois parties au traité. On reconnaît habituellement la Couronne et les Premières Nations. Mais les promesses étaient faites devant le Créateur et, par conséquent, le Créateur devrait être considéré comme le troisième partenaire du traité. Cela illustre pourquoi les amendements des tribunaux en ce qui a trait à la signification d'un traité sont si affligeants pour les Premières Nations.

La recherche en ce domaine doit aussi comporter un aspect de sensibilisation du public. Les Canadiens ne comprennent pas qu'ils font partie du traité et qu'ils détiennent en fait des droits issus de traités. Ces droits comprennent le droit de partager le territoire, leurs propres pratiques en matière de gouvernance et d'éducation, et leurs propres religions. Il faut étudier plus à fond les droits de toutes les parties à ces ententes, principalement ceux des Canadiens.

DOMAINES DE RECHERCHE SUPPLÉMENTAIRES À PRENDRE EN CONSIDÉRATION

Les femmes et l'autonomie gouvernementale :

Les préoccupations sur les femmes et l'autonomie gouvernementale exprimées ici ne s'inscrivent pas dans une méthode ni une pratique féministes axées sur le droit à l'égalité. La question qui mérite notre attention est celle de savoir dans quelle mesure les idéologies imposées ont perturbé les rapports entre les sexes dans les collectivités des Premières Nations. Il s'agit par conséquent d'un examen spécifique et non général du sujet des femmes et de l'autonomie gouvernementale.

La victimisation des femmes et des enfants des Premières Nations, trop souvent aux mains de nos hommes, est sans contredit un problème très important. Cette violence contre les femmes et les enfants n'est pas un phénomène exclusif aux réserves, et dans les centres urbains la haine raciale est aussi souvent en cause. Dans cet article, nous ne cherchons pas à nier que ce sont des questions pressantes pour les gouvernements des Premières Nations ainsi que pour tous les gouvernements. Cependant, il ne s'agit pas d'un besoin de recherche indépendant, car on a beaucoup écrit sur le sujet⁸³. C'est moins un domaine d'étude qu'un domaine où il faut agir.

⁸³ Par exemple voir ANDERSON, Kim, *A Recognition of Being: Reconstructing Native Womanhood* (Toronto : Second Story Press, 2000); BASKIN, Cynthia, « From Victims to Leaders: Activism against Violence towards Women », dans ANDERSON, Kim et Bonita Lawrence, *Strong Women Stories* (Toronto : Sumach Press, 2003), 213-227; LaROCQUE, Emma, « Re-examining Culturally Appropriate Models in Criminal Justice Applications », dans ASCH, Michael (éd.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equity and Respect for Difference* (Vancouver : presses de l'UCB, 1997); MCGILLVARY, Anne et Brenda Comaskey, *Black Eyes All the Time: Intimate Violence, Aboriginal Women and the Justice System* (Toronto : presses de l'Université de Toronto, 1999); MONTURE-ANGUS, Patricia, *Thunder in My Soul: A Mohawk Woman Speaks* (Halifax : Ferwood Publishing, 1996); RAZACK, Sherene, *Looking White People in the Eye: Gender, Race and Culture in Courtrooms and Classrooms* (Toronto : presses de l'Université de Toronto, 1998). Pour un exposé sur la violence raciale selon le sexe voir ACOOSE, Janice, *Iskwewak. Kah'Ki Yaw Ni Wahko-makanak: Neither Indian Princess nor Easy Squaws* (Toronto : Women's Press, 1995) et

La question prioritaire, qui n'est pas sans lien avec la question de la violence, est la possibilité d'examiner de l'intérieur une tradition spécifique des Premières Nations, soit le rapport entre les sexes sur lequel reposent les structures juridiques et de gouvernance. Les rapports entre les sexes font partie des systèmes sociaux des Premières Nations. Les Haudenosaunee ont les trois cultures sœurs – maïs, haricot et courge – qui fournissent au peuple sa subsistance. Dans bon nombre de tribus agricoles, le rapport et la responsabilité des femmes avec la terre jouaient un rôle central. Ce rapport a souvent été inversé dans les comptes rendus historiques écrits. Un exemple du genre de difficultés (et il y en a bien d'autres) que comportent les comptes rendus historiques est illustré dans l'ouvrage de Martha Harroun Foster sur les femmes iroquoises :

Le traitement que fait Parker de la position et des rôles des femmes est illustré par ses brèves sections sur « l'agriculture des Seneca » et les « droits des femmes seneca ». Dans chacune il énumère les droits et les devoirs. Il souligne que « toute la vie » du peuple seneca reposait sur l'agriculture; par contre, l'importance de cette information demeure nébuleuse jusqu'à ce que plusieurs pages plus loin il révèle que les femmes étaient les maîtresses de l'approvisionnement en légumes. Il ne laisse entendre nulle part que la « vie entière » des Seneca dépendait de la productivité des femmes. Dans un autre passage sur « l'agriculture des Seneca », la façon dont Parker utilise la langue vient occulter l'importance des femmes dans l'horticulture. Il soutenait que les Iroquois cultivaient dans « de vastes champs communaux dans lesquels les femmes des clans *devaient* travailler sous la supervision d'une matrone ». Il ne mentionne pas que les champs appartenaient à ces femmes qui « devaient » y travailler. Et on observe que même si les femmes sont les jardinières exclusives et exercent le plein contrôle sur le jardin, « tout individu peut avoir *son* propre jardin et en réserver les fruits à *son* usage, toujours dans la mesure où un *membre du clan* pouvaient prendre ce dont *il* avait besoin [italiques des auteurs]⁸⁴.

TURPEL, Mary Ellen, « Patriarchy and Paternalism: The Legacy of the Canadian State for First Nations Women » dans 6 *Canadian Journal of Women and the Law*, 1993, 174-192.

⁸⁴ « Lost Women of the Matriarchy: Iroquois Women and the Historical Literature » 19:3 *American Indian Culture and Research Journal* (1995), 121 à 125-126. Voir aussi PEERS, Laura, « Subsistence, Secondary Literature, and Gender Bias: The Sauteaux », dans MILLER,

Les études ne se sont pas attardées à documenter les responsabilités traditionnelles en matière de gouvernance et de droit des femmes des Premières Nations. Les responsabilités varient selon les différentes cultures.

D'autres exemples de responsabilités spécifiques au sexe se manifestent aussi dans l'éducation des enfants⁸⁵, les structures de gouvernance⁸⁶, la cellule familiale⁸⁷, les façons d'enseigner la culture et les systèmes juridiques des Premières Nations. Dans les traditions haudenosaunee, par exemple, la responsabilité de nommer un Chef incombe aux mères du clan.

Une des préoccupations entourant la tournure prise par les recours devant les tribunaux concerne directement le rapport des femmes avec la terre. Bon nombre de cas litigieux en matière de droits ancestraux portent, comme on l'a déjà mentionné, sur les droits de chasse et de pêche. On oublie ainsi la place des femmes dans les pratiques traditionnelles, pratiques qui consistaient à nourrir le peuple. Les femmes avaient la responsabilité de la cueillette et de la culture, et cet aspect a été écarté complètement des dossiers juridiques du Canada. Cet aspect est aussi absent des versions écrites des traités numérotés, ce qui explique en partie la disparition des femmes.

Les dossiers historiques écrits ajoutent aux difficultés de discerner les responsabilités traditionnelles des femmes. Gunlog Fog écrit :

Christine et Patricia Cuchryk, *Women of the First Nations: Power, Wisdom and Strength* (Winnipeg : presses de l'Université du Manitoba, 1996), 39-50.

⁸⁵ Voir FISKE, Joanne, « Child of the State, Mother of the Nation: Aboriginal Women and the Ideology of Motherhood », dans 12(1) *Culture*, 1993, 17-35.

⁸⁶ Voir, p. ex., ALBERS, Patricia et Beatrice Medicine (éd.), *The Hidden Half: Studies of Plains Indian Women* (New York : University Press of America 1983; BRODRIBB, Somer, « Traditional Roles of Native Women in Canada and the Impact of Colonization », dans 4(1) *Canadian Journal of Native Studies*, 1984, 85-103; KLEIN, Laura F. et Lillian A. Ackerman (éd.), *Women and Power in Native North America* (Norman and London : presses de l'Université d'Oklahoma, 1995); SPITTAL, W.G., *Iroquois Women: An Anthology* (Ohsweken : Irocrafts, 1990).

Dans « l'histoire indienne », on dépeint très souvent des forêts peuplées uniquement d'hommes, des conseils très importants auxquels ne participent que des hommes à la peau blanche ou rouge, ou des scènes de combat illustrant le courage des guerriers. Cela est à peine plus justifiable sur le plan historique qu'une tradition plus ancienne de « l'histoire indienne » dans laquelle un Européen ou un Blanc américain était à l'origine de chaque événement. Nous savons maintenant que les sources sont unilatérales et fonction du point de vue patriarcal des Européens, et la principale raison expliquant l'invisibilité des femmes. Mais il ne suffit pas de le souligner. La question théorique, et quelque peu désinvolte, doit être : que faisaient les femmes pendant que les hommes faisaient l'histoire? Les femmes étaient bien quelque part et elles étaient actives : elles ne vivaient pas en suspension dans un vide intemporel en attendant que les hommes reviennent avec la viande et un traité⁸⁸...

Il est évident que les femmes étaient actives dans leurs collectivités. Mais en raison de la discrimination selon le sexe dans les dossiers historiques, on a perdu une source de validation de la responsabilité des femmes des Premières Nations en matière de gouvernance qui pourrait servir devant les tribunaux. La recherche en ce domaine ne concernera pas seulement les femmes ayant suivi les traditions, elle devra aussi s'appuyer principalement sur la transmission orale des faits historiques.

Préparer l'avenir : le système d'éducation actuel :

Un centre de formation et de recherche, comme le Centre de la gouvernance des Premières Nations, doit offrir aux citoyens des Premières Nations la possibilité d'acquérir des compétences et se fonder sur le principe de l'équité. La délivrance de titres et de certificats aux citoyens des Premières Nations doit non seulement être reconnue au sein de nos collectivités, mais aussi dans l'ensemble de la société canadienne. Cela soulève un certain nombre de difficultés.

⁸⁷ Voir note 86.

⁸⁸ « Some Women Are Wiser than Some Men: Gender and Native American History » dans SHOEMAKER, Nancy (éd.), *Clearing a Path: Theorizing the Past in Native American Studies* (New York : Routledge, 2002), 75-103 à 76.

On mesure le succès d'un système d'éducation à sa capacité de préparer les étudiants à faire carrière. C'est en cela que l'éducation est significative. Les Premières Nations, surtout au niveau postsecondaire, participent à un système d'éducation qui n'a pas été conçu en fonction de leurs expériences de vie, des besoins de leurs collectivités ni de leurs cultures et traditions. En termes simples, le système d'éducation offre aux étudiants peu d'occasions de comprendre ce que signifie un engagement pour la décolonisation. Les étudiants des universités n'ont pratiquement jamais de réelles occasions de réfléchir concrètement aux questions reliées à l'autonomie gouvernementale.

Un coup d'œil aux programmes d'études autochtones des universités canadiennes révèle plusieurs obstacles structureaux. Premièrement, la compréhension enseignée est souvent historique. C'est là le même piège que celui dans lequel tombent les tribunaux qui, comme on l'a déjà mentionné, définissent le moment d'existence du dernier véritable « Indien » comme étant le premier contact avec les Européens. Dans l'établissement où j'enseigne, au centre du territoire visé par le Traité n° 6, aucun cours régulier sur les traités n'est offert. Dans les cours, les questions actuelles sont présentées comme des « questions contemporaines » ou des « sujets spéciaux ». Plusieurs conceptions erronées sur les membres des Premières Nations se perpétuent dans la discipline. Les peuples autochtones sont perçus comme des entités historiques ou des problèmes courants. Il n'y a aucune réflexion sur qui nous sommes réellement.

Le Centre de la gouvernance des Premières Nations ne peut compter sur aucun établissement d'enseignement postsecondaire comme partenaire. D'abord, les programmes et les départements d'études autochtones de tout le pays sont plutôt généraux. La plupart de ces programmes d'études comprennent des cours d'histoire, de langue, de droit, de développement économique, de littérature, d'art et de politique.

Aucun département d'études autochtones n'a développé une concentration particulière comme la justice, le droit ou la gouvernance. Les cours sur les connaissances scientifiques autochtones sont souvent absents des programmes d'études. Voilà sans contredit un domaine où il faut effectuer des recherches pour définir exactement les ressources disponibles et leur emplacement. De plus, il faut reconnaître les lacunes dans les possibilités de formation et d'éducation et dresser des plans afin de les combler.

Il y a aussi le problème de la formation des chercheurs à la fois dans les méthodes des sciences sociales occidentales et des systèmes de connaissances autochtones⁸⁹. Bien que les cours de méthodologie de certaines universités abordent la question de la transmission orale de l'histoire, la gamme complète des structures de recherche et de connaissances autochtones demeure inexplorée. Par conséquent, les chercheurs sont parfois démunis dans leurs capacités de fournir des résultats de recherche entièrement satisfaisants pour les collectivités des Premières Nations. Il faut en priorité combler cette lacune en matière d'éducation et de formation. On peut en partie y arriver par la création de possibilités d'études de deuxième cycle pour les étudiants des Premières Nations⁹⁰.

Les structures universitaires sont plutôt rigides. Les cours sont offerts sur le campus principal, dans des centres satellites et par la formation à distance. Peu de cours sont dispensés dans les collectivités des Premières Nations. Cela occasionne une perte, car les cours sont généralement donnés loin des détenteurs du savoir des sociétés des Premières Nations. Les réalités nécessitent une analyse structurale des obstacles institutionnels à la création de possibilités de formation significatives pour les citoyens

⁸⁹ Pour une étude de cette question, voir SMITH, Linda Tuhiwai, *Decolonizing Methodologies: Research and Indigenous Peoples* (Londres et New York : Zed Books, 1999).

⁹⁰ Comme beaucoup de collectivités n'ont plus les fonds nécessaires pour aider les étudiants après le premier cycle universitaire, cela est aussi relié à un problème de financement.

des Premières Nations. Aucun des obstacles structureaux n'est insurmontable, mais il ne nécessite qu'une chance de réfléchir de façon créative à ces difficultés et obstacles. Le rassemblement d'un groupe d'universitaires des Premières Nations pour discuter de cette question produira des résultats considérables⁹¹.

Un certain nombre de programmes, de départements et d'établissements ont déjà prévu d'inviter des aînés sur les campus. Mais, en fait, c'est une démarche insuffisante qui risque de nuire aux traditions des Premières Nations. Selon ma propre expérience dans les salles de classe des universités, il est clair que certains étudiants autochtones inscrits à des programmes de deuxième cycle connaissent peu leurs traditions et ont eu peu d'occasions de passer du temps avec des enseignants traditionnels. À titre de professeur, lorsque je me présente devant un aîné et que je lui fais le cadeau approprié de l'inviter en classe, j'enlève en fait une occasion d'apprendre à mes étudiants. La première fois qu'on accepte de bonne grâce de se présenter devant un aîné et de dire « j'ai besoin d'aide », c'est très difficile. Il peut s'écouler des jours, des semaines, voire des mois avant de trouver le courage de faire ce pas pour soi-même. C'est là un enseignement important nécessaire aux pratiques traditionnelles de bien des Premières Nations que la structure universitaire accommode difficilement. L'obligation traditionnelle d'aller vers son enseignant, et non de lui demander de venir à soi, constitue un autre obstacle. Certains des enseignements les plus importants que j'ai reçus m'ont été transmis pendant que j'aidais un aîné à cueillir des herbes médicinales, à fendre du bois ou à faire du bannock. Je les ai reçus alors que je conduisais des aînés de prison en prison. Le milieu universitaire n'a pas encore trouvé le moyen d'inclure des

⁹¹ Le CGPN a tenu une telle réunion les 28 et 29 septembre 2004 à Saskatoon, en Saskatchewan.

milieux d'apprentissage propres aux Premières Nations et des structures qui faciliteraient le respect de protocoles essentiels.

Les structures des cours universitaires sont aussi inutilement rigides. Dans mon établissement, un cours se définit comme 39 heures d'enseignement étalées sur 13 semaines (soit 3 heures par semaine). Cette structure permet à l'étudiant d'accumuler trois crédits. Cette définition d'un cours suppose qu'il est donné régulièrement au même endroit, semaine après semaine. Aucune de ces restrictions n'est vraiment nécessaire. Il y a plusieurs façons de dispenser 39 heures de cours qui pourraient favoriser non seulement la participation des Premières Nations mais aussi celle des collectivités.

Bien que des progrès aient été réalisés au cours des dernières décennies, les peuples autochtones demeurent sous-représentés dans les facultés des universités canadiennes. La reconnaissance d'établissements ayant à leur emploi une masse critique d'universitaires autochtones est un processus qui nous aidera à trouver des solutions innovatrices. Par la même occasion, il est important de se pencher sur les problèmes des compétences, du recrutement et de la rétention des universitaires autochtones. Le fait de posséder un savoir autochtone n'est pas une qualité reconnue par les universités. Cela pose des obstacles importants. Et dans nos efforts pour recruter plus d'universitaires autochtones dans les universités canadiennes, il est très important de créer des structures qui leur permettront d'atteindre leur plein potentiel. Cela nécessitera l'instauration de processus de titularisation et de promotion qui reflètent l'importance des savoirs autochtones⁹².

⁹² Pour un examen personnel de ces questions, voir MONTURE, Patricia, « On Being Homeless: One Aboriginal Woman's "Conquest" of Canadian Universities, 1989-98 », dans VALDES, Francisco, Jerome McCristal Culp et Angela P. Harris (éd.), *Crossroads, Directions, and a New Critical Race Theory* (Philadelphie : presses de l'Université Temple, 2002), 274-287, ainsi que

Le point de départ logique consiste à répertorier les programmes d'enseignement sur les Premières Nations actuellement offerts au pays. Ce répertoire devrait aussi chercher à mettre au jour les efforts innovateurs déployés dans des cellules isolées rattachées à des initiatives de membres de facultés. À partir de là, les universitaires autochtones pourront facilement participer à l'élaboration d'un programme éducatif qui favorisera l'acquisition de compétences et de connaissances, lesquelles aideront nos collectivités à atteindre leurs objectifs de gouvernance.

Conclusion :

Le présent document contient un certain nombre de recommandations pour des recherches plus approfondies. Au moment d'élaborer le programme de recherche dans ce domaine, il sera important de reconnaître que les besoins sont nombreux. Il sera peut-être impossible d'aborder toutes les questions soumises au CGPN. La structure de recherche doit permettre au CGPN d'établir des priorités.

L'élaboration du programme de recherche dans un cadre souple est tout aussi importante que la nécessité de fixer des priorités. La capacité de refléter les besoins des collectivités des Premières Nations en matière de recherche en droit et d'adapter le programme au fur et à mesure de l'acquisition de nouvelles informations est essentielle au succès de cette entreprise. Les Premières Nations et leurs structures de gouvernance traversent une période de transformation rapide et il est essentiel de compter sur une structure qui répond aux besoins à mesure qu'ils évoluent.

Dans la recherche en droit, il est important de veiller à ce que les traditions des peuples des Premières Nations et la tradition juridique occidentale soient représentées.

l'introduction de ce même ouvrage par Margaret E. Montoya, « Celebrating Racialized Legal

Par le passé, les formes acceptées parmi les universitaires en droit occidentaux ont trop souvent constitué les limites reconnues. Ces limites conventionnelles dans la tradition occidentale ne font pas avancer notre capacité d'atteindre l'objectif formulé par la Cour en ce qui a trait à l'équilibre entre deux traditions juridiques distinctes. Il faut reconnaître qu'actuellement il est plus probable que les universitaires en droit des Premières Nations s'y connaissent dans les deux traditions juridiques⁹³. Cela signifie que *seules* les Premières Nations sont en mesure de parler des deux traditions. Il y a donc déséquilibre dans le partage des responsabilités que nécessite la réconciliation des deux traditions juridiques⁹⁴. C'est aussi une reconnaissance de qui détient les pouvoirs juridiques et qui ne les détient pas. Les Premières Nations portent une charge, qui n'est pas souvent reconnue comme telle, que ne portent pas les autres⁹⁵. Comme le présent document traite des besoins des Premières Nations relativement à la recherche en droit, l'écart entre ce que les non-Autochtones comprennent et les remèdes possibles exigés dans les établissements d'enseignement canadiens n'est pas comblé. Ce qui est tout aussi

Narratives », 253-250.

⁹³ Cela peut aussi comprendre la capacité d'écoute. Écouter les Premières Nations dans la préparation d'une cause signifie écouter les faits et les problèmes. Écouter les aînés qui partagent un enseignement est une méthode de formation différente fondée sur le devoir de réflexion et d'autoréflexion.

⁹⁴ Un des réviseurs du présent document a souligné qu'il se lisait comme s'il y avait deux documents en un seul. Je suis d'accord. J'y ai beaucoup pensé au moment de la toute dernière relecture. Je crois que cela tient au fait que j'aborde la question des besoins en matière de recherche en droit à la fois comme citoyenne des Premières Nations et comme une personne ayant une formation en droit occidental. Comme le dit un de mes collègues, Sakej Henderson, c'est un article « à deux têtes ». Malheureusement, je ne peux concilier le fait d'être membre des Premières Nations et celui d'avoir une formation en droit occidental de telle sorte que je sois une juriste des Premières Nations et non une juriste qui est aussi membre des Premières Nations. Je ne considère pas cela comme une lacune personnelle, mais plutôt comme une reconnaissance de la façon dont les traditions juridiques des Premières Nations ont été privées de leur droit de représentation.

⁹⁵ Mes enseignants et ma (mes) collectivité(s) me tiendront responsable en tant que citoyenne des Premières Nations. Je serai tenue responsable de toute brèche à la loi des Indiens. Dans la société canadienne, il n'existe aucun mécanisme qui permette aux Premières Nations de tenir responsables ceux qui ne respectent pas nos coutumes mais qui les jugent.

important, c'est que l'objet de la recherche doit fournir une occasion d'évaluer l'impact du recours aux tribunaux, et des types de recours, sur les collectivités des Premières Nations.

Les besoins des Premières Nations en matière de recherche *tels que nous les définissons*, n'ont jamais été au centre d'un programme de recherche structuré. La réflexion sur les besoins, mais aussi l'exécution dans une perspective et avec espoir, est la clé du succès. Le travail guidé par les aînés est aussi fondamental.