

Ghislain Otis (dir.), *La rencontre des systèmes juridiques autochtones et étatiques. Confrontation ou coopération ?*

Charles Gauthier

Volume 53, Number 2, 2024

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1114916ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1114916ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Gauthier, C. (2024). Review of [Ghislain Otis (dir.), *La rencontre des systèmes juridiques autochtones et étatiques. Confrontation ou coopération ?*]. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 53(2), 375–382.

<https://doi.org/10.7202/1114916ar>

Recension bibliographique

Ghislain Otis (dir.), *La rencontre des systèmes juridiques autochtones et étatiques. Confrontation ou coopération?**

par Charles GAUTHIER**

Le professeur Ghislain Otis de l'Université d'Ottawa propose dans l'ouvrage intitulé *La rencontre des systèmes juridiques autochtones et étatiques. Confrontation ou coopération?*, publié sous sa direction, non seulement d'explorer, par dix études de cas, l'aménagement des interactions entre systèmes de droit étatiques et autochtones ou coutumiers, mais également de s'interroger sur les pratiques susceptibles d'accroître la légitimité et l'effectivité de telles situations de pluralisme juridique. Cet ouvrage aborde les deux volets en question à travers trois thèmes, soit le traitement des conflits, le territoire et la famille, et un appendice dans lesquels sont répartis dix chapitres. Si cette classification est forcément imparfaite par rapport à l'holisme juridique autochtone, le lectorat sera heureux de voir, en l'absence d'index, la consultation de l'ouvrage – de 454 pages – facilitée par cette tripartition.

Comment aborder un tel ouvrage? Comme clé de lecture, le professeur Otis suggère, dans ses réflexions liminaires, d'inscrire chaque cas dans son historicité. C'est ainsi reconnaître que des constructions juridiques ne peuvent,

* Ghislain OTIS (dir.), *La rencontre des systèmes juridiques autochtones et étatiques. Confrontation ou coopération?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019. Les références à cet ouvrage sont mentionnées directement dans le texte, entre parenthèses.

** Avocat et doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Il est également étudiant-chercheur au Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG) et membre du Groupe de recherche sur les stratégies et les acteurs de la gouvernance environnementale (SAGE).

à elles seules, expliquer la légitimité perçue d'un système, son effectivité par rapport à d'autres de même que sa posture à l'égard du pluralisme juridique, ces constructions étant plutôt tributaires d'échelles temporelles et de rapports de force malléables dépassant l'individu et ses groupes d'appartenance. Cette clé, tel un leitmotiv, rappelle au fil des chapitres la complexité d'aménager la coexistence sur un même territoire de différentes normativités.

Le traitement des conflits

La première partie de l'ouvrage s'ouvre sur un texte intitulé «Le pluralisme juridique en contexte atikamekw nehirowisiw dans le secteur pénal et la protection de la jeunesse» (p. 11), qui témoigne de la façon dont le droit, québécois et canadien, impose au système juridique atikamekw ses structures et ses normes, sous réserve d'accommodements favorisant davantage l'expression, en matière tant de protection de la jeunesse que pénale, de normativités autochtones. Si les motifs étayant cette différenciation ne sont qu'esquissés, les auteurs, Mylène Jaccoud, Marie-Ève Sylvestre, Anne Fournier, Christian Cocoo, Marie-Andrée Denis-Boileau et Marie-Claude Barbeau-Le Duc, réussissent toutefois le tour de force dans le premier chapitre d'exposer le «système juridique repérable en contexte atikamekw» (p. 16) en dépassant ses principes centralisateurs et les instances d'incorporation d'éléments du système dominant. S'ensuit une discussion sur l'autonomisation croissante du droit atikamekw. De façon fort intéressante, le chapitre se conclut, alors que se redéfinissent les relations entre cette nation et l'État canadien, sur une ambivalence parmi les Atikamekw interrogés : si le pluralisme juridique est un constat dont les paramètres influenceront la culture atikamekw et ses traditions juridiques, la séparation des systèmes est-elle préférable à la concertation?

C'est que la cohabitation de normativités n'est pas dénuée d'effets, comme Grégori Puydebois le constate au deuxième chapitre, ayant pour titre «Le dialogue entre les cultures juridiques au Burundi. L'exemple des *bashingantahe*» (p. 47), où il se penche sur les interactions entre le système de justice burundais et les *bashingantahe*, une institution précoloniale de justice de proximité dont l'État a – officiellement – atrophié les compétences. À l'aide d'entretiens, cet auteur explore la permanence du rôle social majeur joué, en dépit de politiques étatiques, par les *bashingantahe*, d'abord, pour des

raisons pratiques et par des justiciables qui « ne perçoivent pas [c]es acteurs comme appartenant à des ordres juridiques distincts » (p. 64), mais aussi par des acteurs étatiques qui exigent la consultation de *bashingantahe*, notamment comme condition à leur saisine, ou adoptent des pratiques conciliatoires au-delà ou à l'encontre de ce que prévoit la loi. Relevant les inefficiences de cette coordination non organisée, Puydebois souligne en terminant son texte qu'un droit non uniforme pourrait enfreindre le principe d'égalité devant la justice. Or, contre l'universalisme apparent de cette référence, l'auteur sous-entend plutôt, avec grand intérêt, que la gestion du pluralisme doit passer par le particularisme, soit « par l'intégration des principes découlant des valeurs du *bushingantahe* par l'ensemble des acteurs » (p. 69).

La multiplication des mécanismes de règlement des conflits est aussi traitée dans le troisième chapitre, intitulé « An Embarrassment of Riches: Assessing the Merits of Plural Dispute Resolution Options in Solomon Islands » (p. 73). Ce texte décrit les tensions, notamment en matière de droits de la personne, résultant du régime constitutionnel des îles Salomon, lequel pose la coexistence de tribunaux de droit étatique et des instances coutumières ou spécialisées en droit coutumier. Outre qu'elle partage le constat de Puydebois quant aux difficultés d'accès au système étatique comme facteur de promotion de la justice traditionnelle, Jennifer Corrin y aborde de front les ambivalences d'un État qui, s'il reconnaît sa posture pluraliste, ne sait plus jusqu'où céder ses prérogatives aux instances traditionnelles ou s'il doit inclure ces dernières en son sein. Discutant de l'effacement de voix féminines par des systèmes traditionnels patriarcaux, l'auteure souligne la facticité, voire les dangers, de vouloir modifier des pratiques sans explorer les croyances les motivant. Pour finir, tout en promouvant une approche communautaire et particularisée du pluralisme juridique, Corrin livre, dans son texte d'une grande qualité, un vibrant plaidoyer pour une revitalisation de la justice traditionnelle, éclairant du fait même les enjeux de plusieurs États postcoloniaux.

Pour sa part, le quatrième et dernier chapitre de la première partie, intitulé « *De facto, non de jure* ou *De facto, hoc de jure?* Incursions dans la pratique de l'interaction entre le droit étatique et le droit coutumier rom en Roumanie » (p. 125), de Sergiu Mișcoiu et Laura Maria Herța, éclaire le parallélisme entre systèmes juridiques marginalisés – autochtones ou coutumiers – en abordant

la perméabilité des droits roumain et rom, dont l'opposition de valeurs soutient un discours d'exclusion de tout pluralisme juridique. Or, les auteurs constatent plutôt, par des entretiens, des interactions variées dont ils offrent une typologie de cas. Outre l'ignorance mutuelle, qualifiée de « non-coplanarité officielle », les systèmes peuvent, dans certaines situations, se reconnaître officieusement à l'occasion d'une *intersection marginale*. Cette hypothèse survient lorsque, en raison de son importance culturelle, les autorités roumaines favorisent l'adéquation au droit étatique du mariage rom entre mineurs en tentant d'atténuer ou de redéfinir la pratique. Dans d'autres contextes, par *subordination exceptionnelle*, les instances roms vont se plier, *de facto*, aux décisions étatiques. Par-delà la classification, les instances d'application de chaque cas révèlent la richesse de l'analyse qui se garde d'émettre une règle pour prédire l'arrangement des interactions qui, en réalité, « résulte d'une négociation concrète et contextuelle » (p. 158).

Le territoire

La deuxième partie de l'ouvrage, consacrée au territoire, commence par un texte intitulé « Porcupine and Other Stories: Legal Relations in Secwépemcúlecw » (p. 165), dans lequel Hadley Friedland, Bonnie Leonard, Jessica Asch et Kelly Mortimer exposent les fruits d'une collaboration entre le Secwépemc Nation Tribal Council de Colombie-Britannique et l'Université de Victoria pour synthétiser le droit foncier secwépemc à partir de récits traditionnels. Dépassant la description – fort intéressante – de ce droit coutumier, les auteures du cinquième chapitre critiquent la manière dont, dans la continuité de plus de cent cinquante années de politiques coloniales, le droit canadien réduit, notamment par l'obligation constitutionnelle de consultation, le recours aux tribunaux et les procédures d'évaluation environnementale, le droit secwépemc à un fait ou encore à une simple perspective sur un enjeu. Pour remédier à cet effacement, les auteures présentent, à la fin de leur texte, un récit traditionnel secwépemc. Outre qu'elle permet au lectorat de constater de première main la richesse et l'importance de la narration pour plusieurs cultures autochtones, cette histoire, racontant la réunion de groupes d'animaux que tout oppose, souligne l'importance, pour un système étatique en quête d'un pluralisme empreint de respect, d'exposer les postulats tendant à effacer

l'altérité, tout en veillant à la création d'un espace axé sur la reconnaissance de l'autre et de son droit.

Par la suite, dans leur texte titré «Pluralisme réel ou simulé? Perspectives critiques sur les interactions entre l'ordre juridique innu et celui de l'État au Canada» (p. 217), Pierrot Ross-Tremblay et Nawel Hamidi dissèquent, à l'aide d'entretiens menés dans des communautés innues de la Côte-Nord, les interactions entre les ordres juridiques étatique et innu en matière d'accès au territoire traditionnel et de gestion des ressources pour poser que le pluralisme canadien n'est qu'un système de façade, car «[l]e pluralisme fondamental suppose une rencontre interculturelle où chacun exprime ce qu'il est, et où les différences qui émergent de la rencontre sont valorisées» (p. 256). Le sixième chapitre révèle ainsi les difficultés, pour des acteurs de justice en position hégémonique, de comprendre et de valoriser les sources de droit autochtone et leurs ontologies avec, pour conséquences, l'altération, l'effacement ou l'invalidation des traditions juridiques innues. Au-delà de ce constat, Ross-Tremblay et Hamidi arguent avec minutie une transformation du colonialisme canadien qui délaisse l'assimilation ouverte pour «des modes de contrôle indirects, modelés et façonnés avec des résidus de normes innues, souvent réifiées par l'élite autochtone investie de modes de gouvernance largement imposés par cette même administration coloniale» (p. 291). L'ouverture étatique aux traditions juridiques innues ne serait pas tant finalement une reconnaissance de l'altérité qu'un stratagème de gestion de l'indigénéité.

Le septième chapitre, signé par Sylvia Soro et intitulé «Pratiques foncières locales et interactions normatives en zone rurale : le cas de la région de la Nawa en Côte d'Ivoire» (p. 303), examine les déficiences d'application d'une loi ivoirienne de 1998 sur le domaine foncier en vue de sécuriser les titres coutumiers par leur conversion, à terme, en titres étatiques. Cette résistance à la loi, révèlent des entretiens, proviendrait d'un fossé entre la coutume et le droit étatique quant aux droits et aux obligations des détenteurs terriens ainsi que d'une conception opposée de la patrimonialité foncière. Bien que l'argument central du texte, qui mentionne souhaiter – à l'aune d'un idéal de justice et de pacification sociale – l'harmonisation du droit étatique avec la coutume, eût mérité quelques précisions pour se garder de n'y voir que la

crystallisation d'une situation de force en faveur du fait coutumier, les lecteurs apprécieront la discussion, quelque peu implicite, sur la lutte pour l'effectivité de systèmes juridiques menée au fil d'exemples relatifs à des rébellions de populations autochtones dépossédées de leurs terres ou à des manifestations de chefs coutumiers freinant l'application de normes étatiques. Les rapports de pouvoir et leurs composantes sociohistoriques sont bel et bien inhérents tant à la création de conflits de droits qu'à leur résolution.

La famille

Amorçant la troisième et dernière partie de l'ouvrage, qui porte sur le thème de la famille, Sébastien Grammond et Christiane Guay étudient ces rapports de pouvoir dans leur texte ayant pour titre «L'interaction entre le droit innu et le droit québécois de l'adoption» (p. 341). Le huitième chapitre illustre ainsi en détail la manière dont le droit québécois est mobilisé par des acteurs québécois et innus de la communauté d'Uashat mak Mani-Utenam dans l'objectif de superposer les conséquences, factuelles suivant le droit étatique, de l'adoption coutumière et celles de l'adoption civile afin notamment d'accommoder la rigidité administrative de l'État (non-reconnaissance de l'adoption coutumière, refus de certains soins sans le consentement des parents biologiques, suivis scolaires uniquement auprès des titulaires de l'autorité parentale, etc.) ou de paralyser des particularités du droit innu (prise en charge généralement temporaire de l'enfant, non-rupture du lien de filiation d'origine, etc.). Ainsi, alors que ces ordres juridiques récuse ouvertement toute interaction, l'hégémonie du droit québécois sur le droit innu se manifeste par une superposition fréquente, voire recherchée, des ordres juridiques qui n'est pas sans conséquences. En effet, une telle subordination ne risquerait pas tant de transformer involontairement le droit innu que d'entraîner une perte de son effectivité en raison d'un emploi moindre comme droit de référence. Certaines personnes regretteront peut-être que ce chapitre ne fasse qu'effleurer les articles 199.10 et 543.1 du *Code civil du Québec*¹, entrés en vigueur en 2018; cependant, le texte invite à percevoir dans cet aménagement législatif de l'adoption coutumière une valorisation des systèmes juridiques autochtones

¹ RLRQ, c. CCQ-1991.

susceptible, en matière familiale, d'en faire des schèmes de référence reconnus par l'État pour leurs communautés respectives.

Le neuvième chapitre, «Interactional Pluralism in Southern Africa: Legal Hybridisation in the Judicial Arenas» (p. 375), coécrit par Fatimata Diallo et Chuma Himonga, examine le rôle joué par les tribunaux sud-africains et zambiens dans l'hybridation des droits étatique et coutumier en matière de mariages traditionnels en relevant la distinction, souvent escamotée, entre le «droit coutumier officiel» de l'État et celui qui régle la vie communautaire. Après avoir discuté des risques d'érosion de la mosaïque culturelle africaine attribuable au défaut généralisé des tribunaux, pour des motifs autant de méconnaissance de l'altérité que de facilités procédurales, de différencier la coutume applicable en fonction des communautés en litige, les auteurs pourfendent les tentatives de conciliation de la coutume avec les droits de la personne dès lors que ces dernières sont déconnectées des modes de production de cette source de droit. Critiquant un arrêt sud-africain soumettant la validité d'un mariage polygame coutumier au concours de la première femme, Diallo et Himonga argumentent ainsi en faveur de l'autonomie des systèmes coutumiers qui devraient évoluer par l'action communautaire, et non étatique, au risque d'isoler la norme acceptée par l'État de celle qui est pratiquée. En sus de l'analyse intéressante en fin de texte sur les tensions entre l'office d'un décideur, ses perspectives sur les normes coutumières lui étant applicables par sa communauté de même que ce droit tel qu'il est vécu par d'autres, la richesse de ce pénultième chapitre doit notamment au rappel, savamment illustré par Diallo et Himonga, de l'interprétation, voire de la nature, plurielle de chaque norme. La coexistence de systèmes s'en trouve d'autant complexifiée.

Appendice

Placé à la fin de l'ouvrage, puisqu'il trace, selon le professeur Otis, «les contours d'un pluralisme coopératif de portée transversale» (p. 2), le texte de Jérôme Bouquet-Elkaïm, intitulé «Comment s'est écrite la Charte du peuple kanak? Ou comment partir de soi pour aller vers l'autre» (p. 419), en constitue le dixième et dernier chapitre. L'auteur présente la genèse de l'adoption en 2014 par les Kanaks de la Nouvelle-Calédonie d'une charte pour promouvoir leur autodétermination devant des facteurs d'assimilation sociaux et institutionnels.

Si la discussion sur le rôle éthique du juriste-rédacteur allochtone réduit à un « passeur d'idées » (p. 429) laisse, à défaut d'exemples, quelque peu perplexe devant cet exercice de rédaction qui, s'il est « en grande partie le fruit d'une culture, ici française » (p. 430), permet toutefois de « conserver toute la force et la substance des concepts développés par les coutumiers » (p. 428), la section sur le passage à l'écrit de la coutume basé sur une échelle implicite de risques s'avère particulièrement éclairante. En effet, l'auteur y distingue l'exposition de règles d'organisation sociale, demandant plus de précautions pour ne pas dénaturer cette source de droit, de celle de la philosophie du système coutumier et d'attributs de puissance publique, pour laquelle l'écrit poserait peu d'enjeux. Ce texte est aussi le témoignage du processus de décolonisation d'un État persistant dans « un mode de pensée colonial et ethnocentriste profondément ancré, mais voilé par l'illusion du jeu politique et démocratique » (p. 436). Ne serait-ce que pour ce seul aspect, ce chapitre vaut la peine de s'y arrêter plus longuement.

Nous croyons que cet ouvrage dirigé par le professeur Otis permettra assurément d'alimenter la réflexion sur les rapports entre les systèmes juridiques autochtones ou coutumiers et ceux qui sont étatiques. Bien que quatre de ses chapitres aient paru précédemment dans un numéro thématique d'une revue spécialisée, cette republication partielle ne saurait toutefois en atténuer les mérites : permettre l'expression de perspectives autochtones sur leurs systèmes juridiques et l'État, et ce, souvent en donnant la parole à des auteurs autochtones ou par des partenariats avec des institutions autochtones ou coutumières. Cette contribution de l'ouvrage est, à elle seule, de taille.