

**SUR LES TRACES DES WAMPUMS DEVANT LES TRIBUNAUX CANADIENS :
RÉFLEXION SUR L'ÉTAT DU DIALOGUE INTERNORMATIF ENTRE
TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES ET ÉTATIQUE**

Jacynthe Ledoux

Faculté de droit
Université McGill, Montréal
Avril 2016

Mémoire présenté dans le cadre de la complétion des exigences
du programme de maîtrise en droit de l'université McGill.

@Jacynthe Ledoux, 2016

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	8
Chapitre I – Wampums et droits : Le wampum à deux voies et la reconnaissance des traditions juridiques autochtones	27
A. De la reconnaissance sous le sceau de la distorsion	28
B. Du refus de la reconnaissance mutuelle ou du dialogue de sourds	45
C. Conclusion	60
Chapitre II - Wampums et faits : La tradition orale confrontée aux archives historiques	62
A. L' <i>absence</i> de wampum au soutien de la tradition orale : L'affaire <i>Ochapowace</i>	63
B. La <i>présence</i> de wampum sans potentiel normatif intersociétal : L'affaire <i>Marshall</i>	68
C. Conclusion	82
Chapitre III - Wampums et constitution : La reconnaissance constitutionnelle du wampum de la chaîne d'alliance ?	84
A. Exploration des voies de caractérisation juridique des wampums en droit canadien	85
B. Application au wampum de la chaîne d'alliance	93
C. Exploration des effets potentiels d'une reconnaissance constitutionnelle du wampum de la chaîne d'alliance sur le droit canadien relatif aux Autochtones	101
D. Conclusion	110
Conclusion	112
Bibliographie	115

Résumé

Constitués d'un assemblage de perles blanches et pourpres tissées sous formes de branches ou de colliers, les wampums servent notamment de supports mnémoniques à un contenu normatif dont l'interprétation continue de dynamiser les cultures juridiques des premières nations qui les conservent. Depuis le début des années 1980, poussés par l'impulsion d'une renaissance juridique et culturelle, des parties autochtones ont invoqué différents wampums en appui à leurs allégations de droit ou de fait dans plus d'une trentaine de causes touchant aux domaines de droit les plus variés. L'analyse de l'ensemble de cette jurisprudence permet de dresser un portrait de la qualité des interactions entre les ordres juridiques autochtones et étatique afin de nourrir une réflexion plus fondamentale sur les limites de la politique de reconnaissance dans le contexte du multijuridisme canadien.

Abstract

Made from white and purple beads assembled as strings or belts, wampums are, amongst their other functions, mnemonic devices supporting normative principles within First Nations' legal orders. Since the beginning of the 1980s, and pushed by a movement of cultural and judicial renaissance, indigenous peoples have filed wampum belts in support of their legal or factual claims in more than thirty Canadian cases touching various areas of law. An analysis of this case law allows for an examination of the quality of interactions between indigenous and state legal orders, which entails a more fundamental reflection on the limits of the politics of recognition in the context of Canadian multijuridism.

Aux hommes de ma vie
Olivier, Étienne et Antoine

REMERCIEMENTS

L'idée de ce mémoire est née dans une classe de *Droit des Autochtones* que j'enseignais à titre de chargée de cours à l'Université de Montréal au semestre d'hiver 2014. Dès les premières séances, alors que nous nous intéressions à l'histoire des confédérations du nord-est américain et aux relations fondées sur les traités aux XVII^e et XVIII^e siècles, les wampums se sont posés en énigmes. Que signifient ces wampums échangés à Niagara ? Comment les interpréter ? Les représentants européens qui participaient à l'échange étaient-ils conscients de la symbolique qu'incarnaient les wampums chez leurs partenaires autochtones ? Accepter l'échange d'un wampum pourrait-il être considéré comme l'équivalent d'une signature ? Les wampums ont-ils toujours une valeur normative aujourd'hui ? Mes premiers remerciements vont donc à la précieuse curiosité des étudiants de cette classe qui a mené cette discussion là où davantage de recherche est nécessaire. Je remercie aussi l'Université McGill d'avoir fourni l'occasion de concrétiser cette recherche et de m'avoir octroyé une bourse d'excellence des études supérieures. Kirsten Anker, ma superviseure, a su me guider à travers cette aventure intellectuelle en mobilisant sa fine compréhension de la littérature pour exercer sa volonté de m'amener plus loin. Pour sa flexibilité, son dévouement, sa perspicacité, sa rigueur intellectuelle et son intérêt pour ce sujet de recherche, je la remercie. Le minutieux et généreux rapport d'examineur externe rédigé par le professeur Mark Walters, de l'Université Queens, m'a aussi permis d'approfondir et de préciser certaines idées tout en jetant les bases de nouvelles pistes de réflexion. Sa fine analyse de la relation constitutionnelle représentée par la chaîne d'alliance (*covenant chain*) demeure une source d'inspiration. D'autres personnes ont joué un rôle crucial en acceptant de partager sources, idées, réflexions, conversations ou même en relisant certaines sections de ce mémoire. En tête de liste, merci à Jonathan Lainey en qui j'ai trouvé un interlocuteur enthousiaste qui m'a permis de mieux comprendre la diversité des fonctions des wampums. Nos échanges épistolaires auront aussi semé la graine d'une pensée inachevée sur les relations complexes entre le droit et l'histoire. Je remercie également Aaron Mills, Alan Ojiig Corbiere, Darren Bonaparte et Brian Charles qui ont accepté de partager avec moi leurs connaissances sur les wampums et qui ont permis de m'ouvrir à une perspective qui les replace dans leur contexte culturel. Tous mes collègues de chez Dionne Schulze méritent aussi des remerciements pour le perfectionnisme inspirant qui imprègne leur manière de pratiquer le droit. Au fil du travail et des conversations de

café qui ont marqué cette dernière année ensemble, mon regard sur les enjeux juridiques auxquels sont confrontées les premières nations a acquis à la fois de la perspective et de la précision. Ma reconnaissance la plus chaleureuse va à Jean Leclair qui incarne à mes yeux un savant et rare mélange d'érudition, de passion et de raison. Sa générosité sans bornes et son attachement profond à la recherche d'une vérité conçue en horizon mouvant a déjà inspiré chez moi plusieurs effets dominos qui continuent de me mener au-delà de moi-même. Enfin, cette thèse n'aurait peut-être pas vu de fin sans l'apport inestimable de ma famille (surtout la belle) qui a investi cœur, tête et temps dans l'aboutissement de ce projet de recherche.

« As wampum is to the Redman, so to the Poet are his songs; chiselled alike from that which is the purest of his possessions, woven alike with the corresponding message of peace, the breathing of tradition, the value of more than coin, and the seal of ownership. »

Pauline Johnson, *The White Wampum*, 1895

« Enfin la harangue des Sauvages n'a pour base que des fables de leur génie, et un prétendu collier qu'ils avouent avoir fait eux-mêmes. »

Conseil exécutif, 1789

INTRODUCTION

Ce qui fascine lorsque l'on s'intéresse aux wampums, ces objets formés d'un assemblage de perles blanches et pourpres tissées sous forme de colliers ou de branches, c'est l'ampleur de leur plurivocité. À l'image des rencontres interculturelles qui marquent l'histoire du nord-est américain, le sens et la forme des wampums muent sous l'influence des peuples qui s'approprient leurs symboliques. Le wampum est parfois décrit comme un bijou aux fonctions essentiellement ornementales, un objet d'art dont les perles de coquillage se comparent aux perles précieuses¹. Rapidement, les Européens saisissent que l'importance cruciale des wampums dans les transactions avec les Autochtones va au-delà d'un simple souci esthétique. Alors que les relations commerciales se consolident, les perles de wampum deviennent une monnaie d'échange² qui donnera d'ailleurs lieu à la première crise fiscale de l'actuel New York³. Les observateurs étrangers mettront plus de temps à percevoir la profondeur des fonctions sacrées et mythologiques qu'occupent certains wampums pour les Premières nations. Pour les *Haudenosaunee* [confédération iroquoise], par exemple, les wampums incarnent la mémoire mythologique aux sources de leur association confédérale⁴. Ils occupent des fonctions rituelles⁵ qui transpirent les protocoles diplomatiques entre Européens et Premières nations aux XVII^e et au XVIII^e siècles⁶. Loin de ne constituer que des artefacts muséifiés⁷, certains des wampums

¹ Voir par exemple Paul A Baxter et Allison Bird-Romero, *Encyclopedia of Native American Jewelry: a guide to history, people, and terms*, Phoenix, Oryx Press, 2000 ; Marshall J Becker et Jonathan C Lainey, *The white-dog sacrifice: a post-1800 rite with an ornamental use of wampum*, vol 103, pt 3, Philadelphia, American Philosophical Society, 2013 [Transactions of the American Philosophical Society series].

² Voir par exemple Elizabeth Pena, « Making 'Money' the Old-Fashioned Way : Eighteenth-Century Wampum Production in Albany » dans Charles L Fisher, *People, Places, and Material Things : Historical Archaeology of Albany*, Albany, New York State Museum, 2003 [Museum Bulletin 499] ; Hervey Allen, *Wampum and old gold*, New York, AMS Press, 1971 [1921] ; William M Beauchamp, « Wampum used in Council and as currency » (1898) 20 *Am Antiquarian* 1 ; Mary W Herman, « Wampum as a money in Northeastern North America » (1956) 3:1 *Ethnohistory* 21.

³ Voir Lynn Ceci, « The First Fiscal Crisis in New York » (1980) 28:4 *Economic Development and Cultural Change* 839.

⁴ Voir par exemple William N Fenton, « The Hiawatha wampum belt of the Iroquois League of Peace: A Symbol for the International Congress of Anthropology » dans Anthony FC Wallace, dir, *Men and Cultures: selected papers of the Fifth International Congress of Anthropological and Ethnological Sciences, Philadelphia, September 1-9, 1956*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1960, 3.

⁵ Voir par exemple Michael K Foster, « Another look at the function of Wampum in Iroquois-White councils » (1985) 99:114 *The History and Culture of Iroquois Diplomacy* 105 ; Lewis H Morgan, *League of the Iroquois*, New York, Corinth Books, 1962 ; George S Snyderman, « The functions of wampum » (1954) 98 *Proc Am Phil Soc* 469.

⁶ Voir par exemple Francis Jennings, *The history and culture of Iroquois diplomacy: an interdisciplinary guide to treaties of the Six Nations and their league*, D'Arcy McNickle Center for the History of the American Indian,

échangés sont aujourd'hui considérés comme des symboles constitutionnels ayant une portée juridique⁸. Ce nouvel éclairage qui insiste sur les dimensions normatives des wampums est d'autant plus pertinent que, depuis les années 1980, des wampums ont été invoqués devant les tribunaux canadiens dans plus d'une trentaine de causes touchant aux domaines de droit les plus variés⁹. Jusqu'ici, personne n'a disséqué l'ensemble de cette jurisprudence pour comprendre comment les wampums s'insèrent dans une dynamique juridique impliquant une interaction entre, d'une part, les ordres juridiques autochtones, et, d'autre part, le droit étatique canadien. C'est ce que cette étude propose d'entreprendre.

Plus précisément, nous tenterons de cerner pourquoi et par qui les wampums sont invoqués devant les tribunaux canadiens. Certains wampums auraient-ils une portée juridique ? Incarnent-ils des obligations contraignantes susceptibles de lier la Couronne ? Dans l'affirmative, quel impact la prise en considération de la dimension normative des wampums pourrait-il avoir sur l'ordre constitutionnel canadien ? Cette recherche examine la jurisprudence qui met en scène les wampums au soutien des revendications autochtones au Canada. À l'instar des océanographes qui traquent le mouvement d'une goutte d'eau pour mieux comprendre les grands courants marins, nous proposons de suivre le cheminement des wampums dans la jurisprudence canadienne pour nourrir une réflexion plus fondamentale sur la manière dont les ordres juridiques autochtones sont reconnus ou marginalisés par le droit étatique.

Cet exercice inédit documente un usage contemporain et dynamique des wampums et opère du même coup une rupture avec toute vision statique qui les considère avant tout comme

Syracuse, Syracuse University Press, 1985; Marshall J Becker, « Lenape Land Sales, Treaties, and Wampum Belts » (1984) 108:3 *Pennsylvania Magazine of History and Biography* 351 ; Hezekiah Butterworth, *The wampum belt or, 'The fairest page of history': a tale of William Penn's treaty with the Indians*, New York, Appleton and Co, 1896.

⁷ Voir par exemple George HJ Abrams, « The case for wampum: repatriation from the Museum of the American Indian to the six Nations Confederacy, Brandford, Ontario, Canada » (1994) *Museums and the Making of 'Ourselves': The Role of Objects in National Identity*, 351 ; Noah T Clarke, *The Thacher Wampum Belts of the New York State Museum*, New York, University of the State of New York, 1929; William N Fenton, « The New York State wampum collection: The case for the integrity of cultural treasures » (1971) *Proceedings of the American Philosophical Society* 437.

⁸ Voir par exemple John Borrows, « Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government » dans Michael Asch dir, *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*, Vancouver, UBC Press, 1997; Robert A Williams, « Linking Arms Together: Multicultural Constitutionalism in a North American Indigenous Vision of Law and Peace » (1994) 82 *Cal L Rev* 981.

⁹ Les wampums ont été invoqués en matière de droit fiscal, familial, criminel, pénal, constitutionnel et en droit de la personne.

des artefacts historiques. Pour les juristes, cette étude de cas s'ajoute à un courant de littérature de plus en plus imposant qui cherche à documenter la manière dont le multijuridisme canadien se pense et s'articule en pratique. Isoler le wampum en tant qu'objet issu des traditions juridiques autochtones et suivre son cheminement à travers la jurisprudence nous permet de jeter un éclairage sur la qualité des interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtones¹⁰.

La reconnaissance du pluralisme juridique ou la mise en lumière du dialogue internormatif

En mettant de l'avant l'aspect normatif des wampums, ce travail admet d'emblée l'existence d'un pluralisme juridique extra-étatique composé d'ordres juridiques autochtones qui entrent en relation avec l'ordre juridique étatique¹¹. En porte-à-faux d'une posture moniste qui ne reconnaît l'existence que d'un seul ordre juridique opérant en vase clos, insensible à la présence d'ordres juridiques concurrents, cette perspective s'ouvre à la présence d'ordres juridiques multiples qui se chevauchent et interagissent. En particulier, le pluralisme juridique auquel nous adhérons ici s'est développé à partir des années 1960 au moment où des anthropologues s'intéressent à la portée effective du droit imposé par les empires en contexte colonial. L'idée que les sociétés colonisées étaient dépourvues de tout système juridique ne coïncidait pas avec leurs observations ethnographiques de terrain¹². Leurs travaux qui définissent le droit à partir de sa *fonction* de régulateur d'ordre social – par opposition à sa *forme* institutionnelle telle que notamment décrite par Austin¹³ et Hart¹⁴ – font ressortir l'existence d'un enchevêtrement d'ordres juridiques préexistants auquel le droit étatique ne s'ajoute qu'en nouvelle strate normative parmi d'autres¹⁵. Du coup, le masque du monisme juridique étatique¹⁶ craque et de

¹⁰ Il est intéressant de noter que le corpus jurisprudentiel retenu met uniquement en relation les traditions juridiques de la *common law* et de premières nations du nord-est américain. Depuis les années 1980, il semble que les wampums n'aient pas été invoqués devant les tribunaux de droit civil au Québec.

¹¹ Le professeur Ghislain Otis identifie deux grands types de pluralisme juridique extra-étatique, soit le pluralisme de subordination et le pluralisme de coordination. Alors que le premier se caractérise par une relation hiérarchique ou hégémonique, le second se manifeste lorsque le dialogue entre les différentes cultures juridiques s'incarne dans une relation de coopération plutôt que d'hégémonie. Ghislain Otis, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel » dans Ghislain Otis et al, dir, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Éditions des archives contemporaines et Agence universitaire de la francophonie, 2010, 3.

¹² Voir notamment Bronislaw Malinowski, *Crime and custom in a savage society*, Patterson, NJ, Littlefield, Adams, 1926 cité par Sally Engle Merry, « Legal Pluralism » (1988) 22:5 *Law & Society Review* 869 à la p 869.

¹³ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, New York, Noonday Press, 1954.

¹⁴ Herbert LA Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

¹⁵ Voir notamment Clifford Geertz, *Local knowledge : Further essays in interpretive anthropology*, New York, Basic Books, 1983; Terence O Ranger, « The Invention of Traditional Colonial Africa » dans Eric J Hobsbawm and

cette fissure jaillit la possibilité d'un pluralisme où l'individu baigne dans une multiplicité d'ordres juridiques¹⁷.

Si les sociologues du droit étendent le concept d'ordre juridique à une multitude d'associations collectives¹⁸, un pluralisme juridique plus classique qui oppose le droit étatique au droit issu des peuples¹⁹ suffit pour les fins de notre propos. D'ailleurs, cette forme de pluralisme trouve une certaine résonnance dans la jurisprudence canadienne. Par exemple, dans l'arrêt *Van der Peet*, le juge en chef Lamer pour la majorité approuve l'idée que les droits ancestraux sont conçus comme « des droits particuliers à la rencontre de deux cultures juridiques extrêmement dissemblables »²⁰. Dans la même veine, la jurisprudence de la Cour suprême reconnaît que le titre ancestral provient « du rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants »²¹. Le caractère intersociétal de ces droits *sui generis* qui tirent leurs sources tant du droit issu des Autochtones que du droit étatique ouvre une approche dialogique apte à mettre en relation les traditions juridiques autochtones et étatique²².

Terence O Ranger, dir, *The invention of tradition*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1983 ; Martin Chanock, *Law, Custom, and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge, Cambridge University, 1985 cités dans Merry, *supra* note 12 à la p 870.

¹⁶ Le monisme juridique n'est pas exclusivement l'apanage du droit étatique. D'autres ordres juridiques peuvent s'ignorer mutuellement et s'autoproclamer uniques détenteurs de puissance normative. Cependant, là où c'est le droit étatique qui se définit comme l'unique source de droit, on parlera de monisme juridique étatique.

¹⁷ Voir John Griffiths, « What is Legal Pluralism? » (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* 1 et Sally Falk Moore, *Social Facts and Fabrications: Customary Law on Kilimanjaro, 1880-1980*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

¹⁸ Telles que les associations religieuses, les associations syndicales et patronales, les groupes communautaires et autres institutions. Voir notamment Richard L Abel, *The Politics of Informal Justice*, vol 2, New York, Academic Press, 1982 ; David M Engel, « Law, Time, and Community » (1987) 21 *Law & Society Review* 605 ; Moore, *supra* note 17 cités dans Merry, *supra* note 12 à la p 874. Voir aussi Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques » (1988) 29:1 *Les Cahiers de droit* 91 ; Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) 18:1 *Sociologie et sociétés* 11.

¹⁹ En ce sens, notre étude s'inscrit dans ce que John Griffiths qualifie de « perspective juridique » du pluralisme juridique (par opposition à la perspective des « sciences sociales » qui conçoit les ordres juridiques comme une réalité empirique). Sur cette distinction, voir Griffiths, *supra* note 17 aux pp 5, 8.

²⁰ *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507 au para 42 [*Van der Peet*] citant Mark Walters, « British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights : A Comment on *Delgamuukw v British Columbia* » (1992) 17 *Queen's LJ* 350 à la p 412 [je souligne].

²¹ *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 au para 114 [*Delgamuukw*] cité dans *R c Marshall ; R c Bernard*, [2005] 2 RCS 220 au para 129 [*Marshall ; Bernard*], opinion concordante du juge LeBel [je souligne].

²² Pourtant, au moment de résumer l'objet de l'article 35 reconnaissant et confirmant les droits ancestraux et issus de traités, le vocabulaire qualifiant le recours aux systèmes juridiques autochtones préexistants est atténué et l'emploi de termes tels que les « point de vue » ou les « perspectives autochtones », ou encore leur « occupation » ou leur « possession antérieure » du territoire, ignorent la *juridicité* de la perspective autochtone à prendre en considération. Voir notamment *Marshall ; Bernard*, *supra* note 21 au para 129, opinion concordante du juge LeBel ; *Van der Peet*, *supra* note 20 au para 43.

Ce dialogue entre traditions juridiques invite à concevoir le droit comme un langage qui ne fait sens qu'à travers un exercice d'interprétation indissociable de la sensibilité culturelle de chacun²³. Le droit perd ici son statut de règle neutre objectivable pour investir un espace symbolique et linguistique plus fluide qui se définit et se redéfinit dans un constant processus d'interprétation et de réinterprétation²⁴. Les différents ordres juridiques qui se chevauchent n'évoluent ni en vases clos ni en concurrence, mais s'influencent et empruntent constamment les uns aux autres au fil d'un dialogue permanent²⁵. Cette approche qui conçoit le droit comme un langage dynamique plutôt que comme une réalité statique sied particulièrement bien à l'étude des wampums devant les tribunaux canadiens. Tant les wampums que la lettre du droit étatique incarnent une symbolique culturellement chargée mise en dialogue sur la scène des institutions juridiques canadiennes. Cette conception interprétative du pluralisme juridique permet d'envisager les tribunaux comme le théâtre d'une communication interculturelle où le sens du droit tant autochtone qu'étatique se construit.

En concentrant notre attention sur l'espace d'interaction entre les ordres juridiques autochtones et étatique, cette étude s'inscrit aussi dans ce que Tully décrit comme un nouveau champ d'étude qui examine les luttes pour la reconnaissance et leur réconciliation par le dialogue²⁶. Ces luttes émergent généralement là où les termes de la reconnaissance mutuelle sont définis dans le cadre d'une structure hiérarchique asymétrique et où l'expérience vécue par les individus ou groupes qui cherchent à être reconnus est insoutenable²⁷. L'une des pistes de solution à explorer consiste à se dégager d'une approche monologique où une réponse préfabriquée est imposée par l'autorité et à s'engager dans une aventure dialogique qui prend en

²³ Voir Geertz, *supra* note 15.

²⁴ Voir notamment Lon Fuller, « Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart » (1957/58) 71:4 Harvard Law Review 630 ; Donald Dworkin, *Law's Empire*, London, UK, Belknap Press, 1986 ; Robert Cover, « The Supreme Court 1982 term foreword: nomos and narrative » (1983) 97:1 Harvard Law Review 4.

²⁵ Moore, *supra* note 17.

²⁶ James Tully, « Recognition and dialogue: The emergence of a new field » (2004) 7:3 Critical Review of International Social and Political Philosophy 84 (« This is an orientation towards the *dialogical civic freedom* of the agents engaged in and affected by *struggles over intersubjective norms of mutual recognition*. It constitutes a new field that combines struggles over recognition and their reconciliation through dialogue in conjunction with other means. » à la p 85)

²⁷ *Ibid* (les causes de cette expérience insoutenable peuvent être multiples : l'absence totale de reconnaissance, la méconnaissance vue comme une tentative d'assimilation, l'aliénation, l'exploitation, le manque de légitimité démocratique, etc. à la p 89).

considération la multiplicité des points de vues. D'après Taylor, comme l'horizon de signification dans laquelle s'inscrit l'identité individuelle et culturelle de chacun se construit au fil d'un dialogue avec les autres, les termes de la reconnaissance ne doivent pas être préconçus de manière à s'exprimer uniquement dans le langage de celui qui reconnaît, mais doivent plutôt s'élaborer dans un engagement mutuel à définir ensemble les modalités de la reconnaissance réciproque. Une reconnaissance unilatéralement définie risque de s'embourber dans une méconnaissance de l'autre qui ferait ultimement violence à sa dignité humaine et aux fondements de son identité²⁸.

Le recours à ce cadre théorique permet d'envisager le dépôt des wampums devant les tribunaux canadiens comme une forme de dialogue internormatif où les parties autochtones utilisent le système de justice comme une plateforme de revendication pour la reconnaissance de leurs propres ordres juridiques par le droit étatique. Examiner la manière dont les tribunaux réagissent au dépôt en preuve des wampums nous permet de tester les limites de l'espace de reconnaissance dont bénéficient les Autochtones au sein des institutions juridiques et de vérifier s'ils tendent vers le respect des principes de réconciliation décrits par la Commission Vérité et Réconciliation [CVR]²⁹. La définition de la réconciliation élaborée par la CVR est la plus récente et la plus étoffée des définitions offertes au Canada jusqu'à maintenant. Le rapport bénéficie aujourd'hui d'une volonté politique d'en accomplir les recommandations et comme le principe 8 de la réconciliation³⁰ traite particulièrement de « l'intégration » du droit issu des Autochtones, sa mise en œuvre appelle une réflexion critique sur le rôle des tribunaux dans ce processus. Nous faisons ici valoir que plus le système juridique canadien s'inspire d'un pluralisme de coordination qui favorise la coopération plutôt que la domination, plus il tend vers les idéaux de réconciliation auxquels nous invite le mouvement vers une ontologie postcoloniale³¹.

²⁸ Charles Taylor, « The Politics of Recognition » dans Amy Gutman, dir, *Multiculturalism : Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994 aux pp 66-73. Voir aussi Will Kymlicka, *Politics in the Vernacular : Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford, New York University Press, 2001. Pour une discussion plus étoffée du rôle de la reconnaissance sur la construction de l'identité en contexte autochtone, voir le chapitre I-B ci-dessous.

²⁹ Voir Commission vérité et réconciliation du Canada, *Ce que nous avons retenu : Les principes de la vérité et de la réconciliation*, Ottawa, Bibliothèque et Archives Canada, 2015 (« Principe 8 – Appuyer la revitalisation culturelle des peuples autochtones et intégrer les systèmes de savoir, les histoires orales, les lois, les protocoles et les liens avec la terre des Autochtones sont des éléments essentiels au processus de réconciliation. » à la p 4).

³⁰ *Ibid.*

³¹ James Tully, *Strange multiplicity: Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995 (« The politics of cultural recognition constitutes a third movement of anti-imperialism and

Dimensions normatives des wampums

Tous les wampums ne sont pas investis d'un potentiel normatif et il est donc nécessaire de préciser le type de wampums auquel cette étude s'intéresse. Bien que le second chapitre traite exceptionnellement d'un wampum ecclésiastique, ce sont les wampums diplomatiques, c'est-à-dire les wampums ayant été échangés dans le cadre de la conclusion d'ententes ou de traités, qui font particulièrement l'objet de notre propos³². Parmi ces wampums diplomatiques, il faut à mon avis distinguer les wampums qui font exclusivement partie des ordres juridiques autochtones, des wampums que j'appelle « intersociétaux ». La première catégorie comprend les wampums confédéraux qui incarnent notamment la constitution de la confédération haudenosaunee [iroquoise]³³ ou encore les lois confédérales waban-aki³⁴. Elle comprend aussi tous les wampums qui ont été échangés lors de négociations d'ententes entre premières nations, sans l'implication de la Couronne ou d'autres autorités européennes. Les wampums diplomatiques intersociétaux réfèrent quant à eux à tous les wampums échangés entre premières nations et européens dans le cadre de négociations menant au développement de relations issues de traités.

Ces wampums ont la particularité d'être issus d'une ère où les protocoles diplomatiques employés étaient profondément métissés, de sorte que les européens ont aussi adopté la pratique de production et d'échange de wampums avec les premières nations³⁵. Pour Pomedli, une juxtaposition des cultures est évidente – il est clair que les notes manuscrites ne sont pas uniquement des documents froidement juridiques puisque leur forme relève plus de la narration

constitutionalism, this time by the peoples and cultures who have been excluded and suppressed by the first two movements of decolonisation and constitutional state building. » Les deux premiers mouvements de décolonisation étant (1) la définition du constitutionnalisme européen en opposition à l'imperium romain et à l'absolutisme de la société féodale et (2) la libération des anciennes colonies en tant qu'États indépendants des empires européens. Tully poursuit en liant la politique de reconnaissance à une ère post-impériale : « Seen in this light, the politics of cultural recognition is a continuation of the anti-imperialism of modern constitutionalism, and thus the expression of a genuinely post-imperial age » aux pp 16-17).

³² Pour une typologie des wampums, voir Marshall J Becker et Jonathan C Lainey, « Wampum Belts with Initials and/or /Dates as Design Elements : A Preliminary Review of One Subcategory of Political Belts » (2004) 28:2 *American Indian Culture and Research Journal* 25.

³³ Par exemple le collier de wampum Hiawatha ou encore le wampum circulaire. Voir Arthur Caswell Parker, *The Constitution of the Five Nations, or, the Iroquois Book of the Great Law*, Ohswegen, Ont, Irocrafts, 1991.

³⁴ Voir Frank G Speck, « The Eastern Algonkian Wabanaki Confederacy » dans Robert M. Leavitt et David A. Francis, dir, *The Wampum Records – Wabanaki Traditional Laws*, Fredericton, Micmac-Maliseet Institute, 1990, 11.

³⁵ Avec l'arrivée des Européens, la production des wampums s'industrialise. La toute dernière usine de wampum, située au New Jersey et nommée la *Campbell Factory*, ferme ses portes en 1880. Voir Jonathan C Lainey, *La « monnaie » des sauvages : Les colliers de wampum d'hier à aujourd'hui*, Québec, Septentrion, 2004 à la p 19.

que de la codification. En prenant sérieusement en considération la perspective autochtone qui en émane, les notes évoquent surtout un rituel quasi-liturgique axé sur le renforcement des relations humaines³⁶. Par exemple, lors des rencontres diplomatiques avec les Haudenosaunee, la perspective européenne transpire par le recours à leur langue, la présence de traducteurs, la prise de note et l'archivage, alors que la cérémonie s'inspire profondément du rite des condoléances iroquoises³⁷ qui donne lieu à l'échange d'une abondante quantité de wampums.

Les règles protocolaires à respecter lors de rencontres formelles comprennent généralement quatre étapes distinctes, soit (1) les invitations, (2) les rencontres préliminaires à l'orée des bois, (3) le conseil principal et (4) la ratification du traité³⁸. En premier lieu, des messagers procèdent aux invitations formelles pour « ouvrir le chemin » entre les nations. Les wampums qu'ils transportent sont conçus comme l'extension de la main qui se tend pour inviter l'autre³⁹. Ils permettent de mémoriser le lieu et le moment du conseil et officialisent l'invitation. Si la nation invitée accepte de participer au conseil, elle choisit un ambassadeur⁴⁰ qui portera la parole incarnée par les wampums. Chacune des propositions publiques ou secrètes émises par les chefs de la nation sont supportées par une ceinture ou une branche de wampum aux motifs distincts qui portent toutes une signification précise pouvant être « lue » par l'ambassadeur. La portée et les limites de son mandat de négociation sont ainsi circonscrits par l'ensemble des wampums qu'il transporte jusqu'au grand conseil⁴¹. Le message associé à chacun des wampums est répété à plusieurs reprises avant le départ de l'ambassadeur qui transporte par la suite

³⁶ Michael M Pomedli, « Eighteenth-Century Treaties : Amended Iroquois Condolence Rituals » (1995) 19:3 *American Indian Quarterly* 319 aux pp 319 et 334.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Lainey, *supra* note 35 aux pp 40-47.

³⁹ Michael K Foster, « On Who Spoke First at Iroquois-White Councils: An Exercise in the Method of Upstreaming » dans Michael Foster et al, dir, *Extending the Rafters, Interdisciplinary Approaches to Iroquoian Studies*, Albany, NY, SUNY Press, 1984, 183 aux pp 205-206 ; Julian Boyd, dir, *Indian Treaties Printed by Benjamin Franklin*, Philadelphia, The Historical Society of Pennsylvania, 1938 aux pp 194, 283.

⁴⁰ Voir André Vachon, « Colliers et ceintures de porcelaine dans la diplomatie indienne » (1971) 36 *Cahiers des Dix* 179 tel que cité dans Lainey, *supra* note 35 à la p 42 (les chefs participent rarement aux conseils – l'ambassadeur est choisi pour ses qualités d'orateur et son habileté « à être 'la langue', 'la bouche', ou 'la parole' de [son] pays et d'en communiquer fidèlement la pensée » à la p 183).

⁴¹ Joseph François Lafiteau, *Mœurs des sauvages américains, comparées aux mœurs des premiers temps*, vol 2, Paris, Saugrain l'aîné, 1724 tel que cité dans William N Fenton, « Structure, Continuity, and Change in the Process of Iroquois Treaty Making » dans Francis Jennings, dir, *The History and Culture of Iroquois Diplomacy : An Interdisciplinary Guide to the Treaties of the Six Nations and Their League*, New York, Syracuse University Press, 1985, 3 (« 'as if the words were written, they are given instructions by their wampum belts or with little sticks of different designs which have different meanings', so that they might forget nothing and not exceed their instructions » à la p 23).

l'ensemble des wampums supportant sa mémoire jusqu'à l'orée des bois du lieu où se tient le grand conseil.

Arrivés à « l'orée des bois », les ambassadeurs rassemblés sont accueillis par les anciens du village pour procéder au rituel d'accueil. La cérémonie de condoléance requiert au moins trois branches de wampum – la première est destinée à sécher les yeux, la seconde à dénouer la gorge et la troisième à dégager les oreilles des orateurs invités. Cette période de pause permet aux voyageurs un temps de repos et de recueillement pour recentrer leur être, apaiser leurs blessures et permettre à leur parole de retrouver une justesse incarnée. Pour « pleurer les morts » et « essuyer les larmes » des membres des communautés endeuillées par les pertes humaines survenues depuis la tenue du dernier conseil, d'autres ceintures de wampum sont étalées sur le sol afin de métaphoriquement recouvrir les tombes et les corps des défunts.

En troisième lieu, se tient le conseil principal ou grand conseil où les négociations formelles entre les représentants de chacune des nations invitées ont lieu. Les wampums jouent un rôle fondamental au sein des négociations. Chacun des ambassadeurs présents étend les wampums contenant les propositions de son peuple sur une corde tendue au centre de l'assemblée. L'orateur rapporte ensuite les dispositions proposées, chacune étant accompagnée du wampum approprié contenant « la parole de son pays ». L'ensemble des wampums porteurs du contenu substantif des propositions est donc mis en scène à l'assemblée du grand conseil. Cette étape du protocole peut parfois durer des semaines puisque chacune des parties présentes doit être pleinement entendue. Tour à tour, les ambassadeurs de chaque peuple appuient leurs paroles par les wampums transportés qui servent à la fois de support mnémonique et d'instrument solennel ou sacré. Chacune des parties se retire ensuite pour discuter en privé afin de convenir d'une position commune en réponse aux dispositions préalablement présentées au cercle de négociation. Ce temps de délibérations internes permet également de confectionner ou de prévoir les wampums à donner en retour pour signifier l'adhésion à une disposition particulière⁴². Les dispositions refusées n'obtiennent pas de wampum en échange. Parfois, le wampum qui contient la parole rejetée est repoussé ou jeté sur le sol en signe de désapprobation.

⁴² En l'absence des wampums appropriés pour les réponses, la suite du grand conseil est ajournée jusqu'à ce qu'à chaque ceinture ou branche de wampum reçue corresponde une ceinture ou une branche de wampum équivalente donnée. Lainey, *supra* note 35 aux pp 45-46.

Enfin arrive l'étape ultime, celle de la ratification de l'entente finale. Lorsque les ambassadeurs ont reçu un mandat qui leur confère l'autorité nécessaire pour conclure l'entente, il arrive que l'entente soit ratifiée sur place. Dans le cas contraire, les messagers doivent retourner auprès de leur peuple avec les wampums échangés lors des négociations pour présenter à leurs communautés les paroles prononcées au grand conseil. Suite à ces délibérations internes, les parties se retrouvent pour échanger des wampums de ratification. Il s'agit des wampums qui scellent l'entente conclue entre les parties. Ce sont ces wampums finaux qui contiennent la mémoire des traités et dont le contenu est par la suite transmis par la tradition orale des peuples qui les conservent. Les wampums échangés pour sceller une entente diffèrent des autres wampums échangés au cours des négociations en ce qu'ils contiennent un contenu normatif qui va au-delà des obligations rituelles et sacrées remplies par les wampums échangés au cours des invitations, de la cérémonie de condoléances ou dans la période de négociations. Voilà pourquoi ce sont ces wampums que les parties autochtones invoquent aujourd'hui devant les tribunaux canadiens en tant qu'instruments de droit.

Cette juxtaposition des cultures invite à penser les wampums échangés lors de cette période de métissage⁴³ comme des objets interculturels⁴⁴ qui n'appartiennent ni exclusivement au droit issu des Autochtones ni exclusivement au droit étatique. Ces wampums font partie, comme les traités, de ce que Brian Slattery appelle le droit intersociétal⁴⁵. Ni issus exclusivement du droit étatique ni exclusivement du droit autochtone, le droit intersociétal auquel ces wampums échangés avec la Couronne appartiennent donne lieu à une forme de « co-ordre » juridique où l'internormativité a pour effet de refondre une partie des deux ordres juridiques en un seul tout cohérent. Ce sont ces wampums qui ont le potentiel de lier la Couronne et c'est pourquoi leur invocation devant les tribunaux mérite notre attention particulière. Le fait que ces wampums soient intersociétaux a aussi l'avantage d'attribuer une légitimité aux interprétations développées par les tribunaux qui s'expriment sur des instruments de droit qui ne sont, en théorie, pas étrangers au système juridique étatique. Bref, dans le cadre de cette recherche, nous nous

⁴³ Qui débute vers le 16^e siècle et se termine vers le début du 19^e siècle.

⁴⁴ Laurier Turgeon, « Les ceintures de wampum en Amérique » (2005) 77 Communications 17.

⁴⁵ *Van der Peet*, *supra* note 20 au para 42 citant Brian Slattery, « The Legal Basis of Aboriginal Title » dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia : Delgamuukw v. The Queen*, Lantzville, BC, Institute for Research on Public policy, 1992, 113 aux pp 120-121.

intéressons exclusivement aux wampums ayant un potentiel intersociétal ou à ceux qui ont été explicitement invoqués devant les tribunaux⁴⁶. L'interprétation des wampums diplomatiques appartenant exclusivement aux ordres juridiques autochtones concerne d'abord et avant tout les membres des communautés concernées, dont je ne suis pas.

La pertinence d'observer le cheminement des wampums et de leurs aspects normatifs devant les tribunaux tient aussi au type de droit auquel ils pourraient appartenir. D'après la classification des sources de droits issus des traditions juridiques autochtones proposée par John Borrows, la reconnaissance de l'autorité accordée aux wampums les rapproche de la tradition juridique positiviste dans laquelle baigne le droit étatique⁴⁷, ce qui les rend plus aisément compréhensibles pour les juristes non autochtones⁴⁸. Borrows appuie cette conclusion sur la définition du positivisme juridique offerte par John Austin qui considère que le droit positif s'exprime lorsque ceux qui détiennent une autorité juridique contraignante sont « des personnes ou des institutions rationnelles déterminées auxquelles d'autres personnes rationnelles ont l'habitude d'obéir »⁴⁹. En contexte autochtone, les principes qu'incarnent les wampums sont effectivement rappelés à la mémoire collective par une ou plusieurs personnes rationnelles déterminées auxquelles la communauté reconnaît l'autorité de les interpréter⁵⁰, ce qui rappelle également la règle de la reconnaissance au cœur de la définition du droit positif élaborée par Hart⁵¹.

⁴⁶ Le wampum du Vatican invoqué dans l'affaire *Marshall* est le seul à ne pas potentiellement appartenir à un corpus de droit intersociétal susceptible de lier la Couronne : *R v Marshall*, 2001 NSPC 2 (CanLII), [2001] 2 CNLR 256 ; conf par *R v Marshall*, 2002 NSSC 57, [2002] 3 CNLR 176 ; conf par *R c Marshall* ; *R c Bernard*, [2005] 2 RCS 220 [*Marshall*]. Pour une analyse du traitement jurisprudentiel du wampum du Vatican, voir le chapitre II-B ci-dessous.

⁴⁷ John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010 (« [i]n an Indigenous context, positivistic laws may be formally proclaimed in feast halls, council houses, wampum readings, band council chambers, and other such public settings. » à la p 47 [je souligne]).

⁴⁸ *Ibid* à la p 49.

⁴⁹ *Ibid* à la p 47 citant John Austin, *Lectures on Jurisprudence and the Philosophy of Positive Law*, St Clair Shores, MI, Scholarly Press, 1977 à la p 88 [ma traduction].

⁵⁰ En effet, les wampums ne peuvent pas être simplement « lus » par quiconque. Comme ils constituent des outils mnémoniques visant à commémorer les termes d'une entente, il faut pour les interpréter avec justesse retrouver le sens des paroles qui ont accompagné l'échange, ce qui suppose la confiance en des personnes qui détiennent cette connaissance. En ce sens, l'interprétation des wampums est intimement liée à la tradition orale autochtone. La recherche en archives des notes ayant accompagné l'échange des wampums peut aussi s'avérer utile, dans la mesure où les notes manuscrites permettent de lier le wampum échangé aux paroles prononcées.

⁵¹ Hart, *supra* note 14.

D'après Hart, le premier pas vers l'avènement d'un système juridique consiste à rendre explicite – à mettre par écrit ou à inscrire – les règles qui étaient préalablement implicites – non-écrites⁵². Si le wampum diplomatique n'est pas à proprement parler une forme d'écriture, il constitue néanmoins un visuel mnémonique qui permet aux communautés qui s'en réclament d'explicitier les normes. En ce sens, le wampum remplit une fonction similaire à celle de l'écriture, c'est-à-dire qu'il permet d'objectiver un système de connaissances en s'appuyant sur un support matériel extérieur⁵³. Une seconde étape, cruciale, permet selon Hart le passage de sociétés « pré-légales » à des sociétés fondées sur le droit. Il s'agit de reconnaître à ce support matériel (« writing or inscription ») la valeur d'*autorité* permettant de démontrer l'existence de la règle. Au sein des premières nations qui en font usage, les wampums et ceux qui sont aptes à les interpréter se voient effectivement attribuer une autorité. Le cas d'une pétition adressée au Roi George V et signée par des mères de clan haudenosaunee en 1917 est particulièrement révélateur. Pour réclamer le retour de soldats haudenosaunee volontairement enrôlés, les mères de clans s'appuient sur deux wampums échangés avec les britanniques. En ces mots, les wampums sont introduits comme sources d'autorité à l'appui de leur demande de rapatriement :

« And our ground for asking Your Majesty to discharge our Sons is this, as Your Majesty see in this letter engraved and inserted a “Wampum belt Treaty”, between Us the Five Nations (now Six) and Your's British Nation's Government. And the Wampum belt Treaty is inserted here. »⁵⁴

À la manière d'un juriste issu de la tradition positiviste étatique qui cite un instrument législatif ou un arrêt jurisprudentiel pour appuyer ses conclusions, les illustrations du wampum à deux voies et d'un wampum de la chaîne d'alliance sont ici reproduites en tant qu'autorités démontrant l'existence et le contenu des règles applicables en temps de guerre. Ainsi non seulement les

⁵² *Ibid.*

⁵³ Angela M Haas, « Wampum as Hypertext : An American Indian Intellectual Tradition of Multimedia Theory and Practice » (2007) 9:4 *Studies in American Indian Literatures* (2^e) 77 (dresse un parallèle entre le langage des wampums et celui de l'hypertexte : « a wampum hypertext constructs an architectural mnemonic system of knowledge making and memory recollection through bead placement, proximity, balance, and color. Like colors are employed in Western visual design to signify certain moods for readers, the color usage of wampum reminds its “reader” how to organize and read the story woven into the material rhetoric. » à la p 86).

⁵⁴ The petition of the Six Nations Clanmothers to King George V (1917) Archives nationales du Canada, (RG 10, vol 6767, file 452-15, pt 1), en ligne : <<http://www.cmp-cpm.forces.gc.ca/dhh-dhp/pub/boo-bro/abo-aut/chapter-chapitre-05-eng.asp>>. Voir aussi Genevieve R Painter, « Drawing Jurisdiction: Six Nations Soldiers, the British Crown, and the Archive of International Law » dans *The First World War Interrupted: Artefacts as International Law's Archive* (16 décembre 2014), en ligne: Critical Legal Thinking <<http://criticallegalthinking.com/2014/12/16/interruption-five-artefacts-international-law/>>.

wampums permettent-ils d'expliciter des règles par le biais d'illustrations matérielles auxquelles une autorité est reconnue pour prouver l'existence de la règle, mais les personnes habilitées à les interpréter se voient aussi reconnaître une forme d'autorité juridique relativement contraignante au sein des communautés. Tous ces éléments militent en faveur d'une inscription des wampums au sein de la tradition juridique positiviste qui n'est pas l'apanage du droit étatique.

L'appartenance des wampums au droit positif proposée par Borrowes s'inscrit aussi en harmonie avec les observations des européens ayant été témoins de l'usage des wampums au XVIII^e siècle. Par exemple, en 1705, l'intendant Raudot note :

« Ces coliers de porcelaine servent non seulement pour l'ornement mais aussi pour traiter toutes sortes d'affaires, [...] les nations sauvages ne parlent point entre elles sois pour faire des alliances, et conclure la paix, engager d'autres nations dans des guerres qu'elles veulent entreprendre sans se représenter de ces colier, cest le gage de la parole que lon dit avec qui luy donne de la force, une parole sans colier nest point écoutée et quand nous parlons d'affaires à ces messieurs nous accompagnons toujours notre parole d'un colier, Ces peuples les gardent précieusement et ils se souviennent parfaitement 30. et 40. ans après des paroles qui leurs ont été dites en les leurs donnant. »⁵⁵

En 1754, le Chevalier de Raymond remarque comme chaque première nation s'appuie sur la connaissance et la mémoire de quelques individus chargés de maintenir vivante la parole associée au wampum échangé, d'où la référence de Borrowes à la notion d'autorité :

« Chez chaque nation ces colliers font leurs archives et sont gardés en dépôt par l'un d'entre eux qui est choisi et nommé pour cela seulement et lorsqu'ils viennent parler d'affaires qui ont rapport avec à ce qu'ils ont traité par le passé, ils rapportent les colliers et répètent ce qui a été convenu par ces colliers et demandent qu'on leur rapporte leurs paroles qui est le collier qu'ils ont donné par lequel ils ont parlé. »⁵⁶

⁵⁵ Mémoires sur le Canada attribués à M. Raudot (1705-1725), Archives nationales du Canada, (C11A, vol 122, fol 198v-199) tel que cité dans Lainey, *supra* note 35 à la p 50.

⁵⁶ Aegidius Fauteux, *Mémoire sur les postes du Canada par Le chevalier de Raymond*, Québec, publié par l'auteur, 1929 à la p 12 et « Mémoire sur les postes du Canada adressé à M de Surlaville, en 1754, par le Chevalier de Raymond », *Rapport de l'archiviste de la province de Québec pour 1927-1928*, 1928, 323 à la p 326 tel que cité dans Lainey, *supra* note 35 à la p 55.

D'autres observateurs, tels que Lafitau (1724), Bacqueville de La Potherie (1722) ou encore Lahontan (1684), qualifient les wampums de contrats, d'actes publics, d'archives :

« [les wampums] tiennent lieu [...], de contrats, d'actes publics, & en quelque sorte de fastes & d'annales, ou de registres. Car les Sauvages n'ayant pas l'usage de l'écriture & des lettres [...] ils supplient à ce défaut en se faisant une mémoire locale par des paroles qu'ils attachent à ces Colliers, dont chacun signifie une affaire, dont chacun signifie une affaire particulière, ou une circonstance d'affaire qu'il représente tandis qu'il subsiste. »⁵⁷

Si leur interprétation est juste, c'est dire que les Européens de l'époque qui entraient en négociations avec les premières nations comprenaient tout à fait que les wampums qu'ils employaient avaient une portée normative. La référence à des catégories juridiques positivistes qui leurs sont plus familières, telles que le droit contractuel ou le droit administratif [*acte public*], témoigne du point de vue des européens qui sont conscients de la nature juridique des échanges diplomatiques auxquels ils prennent part en échangeant les wampums.

Les travaux de Marianne Constable sur l'évolution du jury mixte en Angleterre et sur les effets de la conquête des Anglo-saxons par les Normands documentent l'avènement du droit positif comme étant le produit de rencontres interculturelles en contexte de domination qui font naître le besoin d'une unification des ordres juridiques en présence : « The story of the unification of the "separate" law of the new society will be the history of the emergence of a legal system and will point to a situation in which the two groups acknowledging one another's law stand in a relation, not of reciprocal respect, but of governor and governed »⁵⁸. C'est ce processus de rencontre et d'unification des ordres juridiques qui pousse chacune des sociétés impliquées à articuler les normes jusqu'ici implicites dans le langage propositionnel du droit positif afin de les rendre visibles, puis imposables ou recevables par l'autre⁵⁹. Appliqué aux wampums diplomatiques, ce cadre d'analyse fait ressortir les contextes de rencontres interculturelles qui leur ont donné naissance. Tant les wampums confédéraux propres aux ordres juridiques autochtones que les wampums intersociétaux échangés entre autochtones et européens sont issus

⁵⁷ Joseph-François Lafitau, *Mœurs des sauvages américains, comparées aux mœurs des premiers temps*, t 2, Paris, Saugrain l'aîné, 1724 aux pp 202-203 tel que cité dans Lainey, *supra* note 35 à la p 55.

⁵⁸ Marianne Constable, *The law of the other: the mixed jury and changing conceptions of citizenship, law, and knowledge*, Chicago, London, University of Chicago Press, 1994 à la p 82.

⁵⁹ *Ibid* à la p 83.

de la nécessité d'articuler les termes de la coexistence entre peuples différents. Ce qui les distingue du contexte de conquête décrit par Constable, c'est que les wampums incarnent un processus d'unification des ordres juridiques par la création d'un droit intersociétal qui est fondé sur le respect réciproque plutôt que sur la domination. En ce sens, les wampums échangés illustrent la possibilité d'un droit positif divorcé du contexte de l'émergence du droit étatique officiel nourri à l'opposition dichotomique entre gouvernant et gouverné. Le cas des wampums ouvre la porte à une forme de droit positif qui émerge non pas de rapports de force asymétriques qui mènent à la conquête et à l'imposition par la force, mais qui est plutôt généré par une ère de métissage entre partenaires reconnaissant la nécessité de s'unir sous des règles communes⁶⁰.

Il est toutefois fort possible que d'ainsi encapsuler les wampums dans une définition étroite du droit positif soit inexact. Partant d'une perspective constitutionnelle anishinaabe, Aaron Mills considère plutôt les wampums comme une représentation matérielle des relations issues de traités où les traités ne sont qualifiés ni de contrats ni d'instruments juridiques. Les wampums sont donc conçus non pas comme porteurs de droits et d'obligations, mais plutôt comme une incarnation des relations⁶¹ qui nous lient dans une communauté politique commune fondée sur la reconnaissance de notre interdépendance et la recherche de l'harmonie :

« Devout contractarians may try to torture reciprocal rights and duties out of them, but for those of us willing to situate them within their own cultural logic [...] I think we'll find tremendous resonance with the view from harmony as interdependence. [...]

Like the relations they represent, wampum belts are never static; they change and grow old with time; they need ongoing care and renewal or else strands can break, beads can be lost, sections might warp, stretch or stain, and the images woven, if not frequently enough reinvigorated with new life can be covered in dust, unrecognizable. In the worst scenario, a relationship might go untended altogether and the bonds which constituted it simply dissolve. »⁶²

⁶⁰ Sur cette ère de métissage juridique, voir Jeremy Webber, « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés » dans Jean-Guy Belley, dir, *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996.

⁶¹ S'opposent ici, d'une part, le droit étatique fondé sur une épistémologie déontologique qui s'exprime en termes de droits et d'obligations et, d'autre part, le constitutionnalisme anishinaabe où le droit s'exprime comme une manière de vivre et d'être. Voir Aaron Mills, « The Treaty of Niagara 1764, Political Community and Non-Domination : A Perspective from Anishinaabe Constitutionalism on Being Well Together », 4th Annual Indigenous Awareness Week, présentée à la Faculté de droit de McGill, 15 septembre 2014 à la p 4 [non publiée].

⁶² *Ibid* à la p 8.

La perspective anishinaabe mise de l'avant par Mills fait ressortir que de cataloguer les wampums comme des sources de droit positif constitue un enfermement conceptuel imparfait. La métaphore des relations qu'incarnent les wampums relève peut-être plutôt d'une normativité semblable à celle des histoires dont les images s'impriment en chacun de nous pour s'exprimer dans une manière de vivre plutôt que dans une manière d'obéir. Dans les mots de Desmond Manderson, « [s]tories do not prescribe behaviour : they do not lay down laws for us. Instead, they inscribe behaviour: they lay down ways of being in us »⁶³. En ce sens, la normativité qu'incarnent les wampums correspondrait plutôt au langage de la coutume qui s'articule et se réarticule grâce à la flexibilité de la mémoire orale chargée d'en actualiser la trame narrative⁶⁴. D'ailleurs, il n'est pas clair que les wampums symbolisent des *principes* exprimés dans le langage propositionnel propre au droit positif qui se formule en règles généralisables, extirpées de tout contexte factuel, affublées d'une sanction⁶⁵. Il semble au contraire que l'autorité dont jouissent les wampums se fonde sur la puissance des narrations⁶⁶ qu'ils incarnent, ce qui les rapprocherait plutôt d'une forme de droit plus implicite que ce qu'appelle le droit positif.

Il n'est pas nécessaire de trancher définitivement cette question qui mérite par ailleurs d'être approfondie. Dans le cadre de cette étude, ce qu'il faut retenir, c'est que les wampums ont un potentiel normatif dans la mesure où c'est en raison de cette normativité qu'ils sont déposés devant les tribunaux.

Note terminologique

Afin d'éviter toute confusion, clarifions l'usage des expressions « wampum », « collier de wampum » et « branches de wampum ». En effet, les wampums peuvent être tissés soit sous forme de branches, soit sous forme de colliers. Alors que la confection des *branches* de wampum exige que les perles soient enfilées sur un fil ou une corde, les *colliers* sont plus larges et impliquent l'assemblage de plusieurs rangées de perles. Tant les branches que les colliers

⁶³ Desmond Manderson, « From Hunger to Love: Myths of the source, interpretation, and constitution of law in children's literature » (2003) 15 Law & Literature 87 à la p 90.

⁶⁴ Constable, *supra* note 58 (décrit la coutume comme une forme de droit implicite qui ne voit pas le besoin de s'exprimer pas dans le langage propositionnel d'une règle objectivable aux pp 90-91).

⁶⁵ Austin, *supra* note 13.

⁶⁶ Julie Cruikshank, *Do glaciers listen?: Local Knowledge, Colonial Encounters, & Social Imagination*, Vancouver, UBC Press ; Seattle, University of Washington Press, 2005 (sur la puissance des narrations).

arborent généralement des motifs variés composés d'une alternance de perles blanches et pourpres. À l'origine, le mot wampum est issu des appellations algonquiennes *wampumpeague* ou *wampumpeake*⁶⁷. La troncature anglaise *wampum* s'étend au cours du XVIIe siècle⁶⁸ jusqu'à devenir dominante encore à ce jour. En langue française, toutefois, l'expression est traduite de diverses manières, soit : wampum, wampoum ou porcelaine⁶⁹. Ici, nous conserverons la graphie *wampum* par souci de référence à la racine lexicographique algonquienne. Aussi, le mot wampum seul désignera à la fois les colliers de wampum et les branches de wampum. Notez enfin que nous préférons l'expression colliers de wampum [inspiré des archives françaises⁷⁰] aux termes ceintures de wampum [traduction littérale de *wampum belts*] qui n'ont aucune assise dans les archives françaises.

Limites méthodologiques

Les approches méthodologiques doctrinales⁷¹, théoriques⁷², critiques⁷³ et interdisciplinaires⁷⁴ déployées sont toutes basées sur une revue de la documentation écrite. Le discours oral n'est examiné que dans la mesure où il a été transmis lors d'une conférence ou consigné par écrit. Considérant que l'interprétation des wampums au sein des ordres juridiques autochtones est intimement liée à la tradition orale, c'est là une importante limite à l'analyse qui

⁶⁷ L'analyse lexicographique laisse entendre que ces expressions signifient « enfilade de coquillages blancs ». Voir JNB Hewitt, « Wampum » : *Manuel des Indiens du Canada* [traduit de l'anglais], Ottawa, J de L Taché, 1915 [1913] à la p 619 tel que cité dans Lainey, *supra* note 35 à la p 11.

⁶⁸ George R Hamell, « Wampum: Light, White and Bright Things Are Good to Think » dans Alexandra Van Dongen, dir, *One Man's Trash is another Man's Treasure*, Rotterdam, Museum Boymansvan Beuningen, 1996, 41 à la p 42.

⁶⁹ Lainey, *supra* note 35 à la p 29.

⁷⁰ Les documents d'archives françaises traitent systématiquement de « colliers de porcelaine », ce qui laisse entendre que certains wampums auraient été portés autour du cou. Voir Lainey, *supra* note 35 à la p 29.

⁷¹ Nous fournirons un exposé de la jurisprudence où les wampums sont invoqués devant les tribunaux et font l'objet d'une analyse.

⁷² En nous référant aux travaux de Tully, *supra* note 31; Charles Taylor et Amy Gutmann, *Multiculturalism and 'The Politics of Recognition' : an essay*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1992 ; Kymlicka, *supra* note 28 et Glen S Coulthard, *Red Skins, White Masks: Rejecting the colonial politics of recognition*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2014 ; Otis, *supra* note 11.

⁷³ La revue jurisprudentielle permettra d'identifier les mécanismes qui reçoivent, marginalisent ou ignorent les perspectives autochtones.

⁷⁴ Afin de mieux comprendre le contexte dans lequel s'inscrit le recours aux wampums devant les tribunaux canadiens, il nous faut minimalement recourir à l'histoire, à l'anthropologie et à la science politique. La perspective juridique, seule, ne suffit pas à rendre compte de la complexité du phénomène qui nous intéresse.

suit. Nous accordons toutefois une attention particulière à la littérature qui émane des Autochtones eux-mêmes.

Tous passages qui discutent les diverses interprétations possibles d'un collier de wampum donné ne doivent pas être considérés comme une énumération exhaustive des courants d'interprétation existants au sein des communautés autochtones. Seule une étude de terrain permettrait de mieux saisir la diversité des interprétations possibles et encore faudrait-il qu'une telle étude soit désirée et utile à la communauté elle-même. Ma démarche n'est ni une tentative de figer le sens des wampums, ni une prise de parole au nom des peuples autochtones qui les invoquent. En tant que juriste non-autochtone, mon objectif consiste plus humblement à cerner la manière dont les tribunaux reçoivent, ignorent, marginalisent ou interprètent les wampums lorsqu'ils sont présentés par des parties autochtones devant les tribunaux canadiens. En ce sens, mon regard s'intéresse surtout aux raisonnements déployés par l'ordre juridique étatique lorsqu'il entre en interaction avec des instruments issus du droit des Autochtones. Je ne me prononce pas sur la nature ou la validité des interprétations données aux wampums au sein des ordres juridiques autochtones.

La professeure Margaret Kovach propose aux chercheurs non-autochtones qui s'intéressent aux enjeux autochtones de systématiquement se poser la question suivante : « Am I creating space *or* taking space? »⁷⁵ L'objectif des deux premiers chapitres consiste à d'abord *prendre la mesure* de l'espace de reconnaissance que les tribunaux accordent aux ordres juridiques autochtones au sein de l'état canadien. L'examen des raisonnements des juges permettra d'identifier les divers obstacles à la reconnaissance des perspectives juridiques autochtones. En ce sens, cette étude ne cherche ni à créer de l'espace pour les perspectives autochtones ni à en prendre en parlant en leur nom. Il s'agit au contraire d'un portrait de la qualité du dialogue entre cultures juridiques autochtones et étatique. Ensuite, le troisième chapitre propose un cadre juridique qui pourrait éventuellement permettre d'*ouvrir un espace* de dialogue plus étendu afin de faciliter la reconnaissance des aspects normatifs des wampums par le système juridique étatique.

⁷⁵ Margaret Kovach, « Emerging from the Margins: Indigenous Methodologies » dans Leslie A. Brown et Susan Strega, *Research As Resistance: Critical, Indigenous and Anti-Oppressive Approaches*, Toronto, Canadian Scholars' Press/Women's Press, 2005, 19 à la p 26.

Plus précisément, le premier chapitre s'intéresse à l'invocation du wampum à deux voies à l'appui de revendications d'autodétermination autochtone. Le collier de wampum à deux voies est présenté devant les tribunaux en tant qu'instrument de droit porteur d'obligations constitutionnelles qui devraient lier la Couronne. En s'appuyant sur cette source de droit intersociétal, les parties autochtones d'origine haudenosaunee réclament notamment le respect de leur propre ordre juridique, soit la *Keyanerekowa* [Grande Loi de la Paix]. Ce premier chapitre met donc en scène le wampum invoqué comme source de droit constitutionnel. Le frottement entre les ordres juridiques autochtones et étatique qui en résulte permet d'observer la manière dont la Cour oscille entre une *distorsion* de la perspective autochtone relative au wampum et un *refus* de s'engager dans un dialogue internormatif susceptible de générer une remise en question de la notion de souveraineté étatique. Le second chapitre s'intéresse plutôt aux wampums invoqués en preuve pour appuyer des faits. Plus particulièrement, ce chapitre s'intéresse à l'impact des wampums sur la force probante des récits oraux et offre une exploration des liens entre la tradition orale autochtone et les wampums qui l'incarnent. Enfin, au terme de cette revue jurisprudentielle, le troisième chapitre propose un cadre juridique qui pourrait éventuellement permettre aux tribunaux de reconnaître les dimensions normatives des wampums et ainsi, d'ouvrir plus largement un espace de dialogue internormatif qui demeure pour le moment ignoré. Ce cadre juridique est ensuite appliqué au wampum de la chaîne d'alliance échangé lors de la Conférence de Niagara en 1764. Une exploration des effets d'une telle reconnaissance sur l'ordre constitutionnel canadien fait ressortir la profonde difficulté de concilier les instruments de droit étatique à l'égard des Autochtones avec le principe de réciprocité au cœur du wampum de la chaîne d'alliance. Au terme de cet exercice s'ouvre une nouvelle voie de réflexion sur les modalités institutionnelles de la coexistence des ordres juridiques autochtones et étatique.

CHAPITRE I

Wampums et droits :

Le wampum à deux voies et la reconnaissance des traditions juridiques autochtones :

L'analyse jurisprudentielle révèle une tendance majoritaire à invoquer le wampum à deux voies [*two row wampum*] devant les tribunaux canadiens en tant qu'instrument de droit. En effet, onze jugements identifiés font intervenir des parties autochtones d'appartenance haudenosaunee⁷⁶ [iroquoise] qui réclament, au nom de ce wampum, plus d'autonomie au sein de la fédération canadienne ou qui remettent carrément en cause la juridiction des tribunaux à l'égard de leurs peuples⁷⁷. Si le wampum à deux voies est particulièrement présent, c'est qu'il incarne un principe d'autonomie qui pourrait potentiellement lier la Couronne⁷⁸. Composé de trois rangées de perles blanches entrecoupées par deux rangs parallèles de perles pourpres qui s'étirent d'un bout à l'autre du collier, plusieurs courants d'interprétation se côtoient pour insuffler sens à la symbolique de ce wampum. Bien que plusieurs interprétations de ce wampum coexistent, d'une manière générale, les perspectives haudenosaunee et anishinaabe s'entendent pour conclure qu'une rangée pourpre représente l'embarcation de la Couronne alors que l'autre symbolise celle des peuples autochtones. Les deux embarcations naviguent côte à côte sur la rivière de la vie représentée par le wampum, mais ni l'une ni l'autre n'entrave la route de l'autre. Chacun

⁷⁶ La représentation de la nation Mohawk domine largement. Une seule décision concerne la nation Oneida [*R v Nicholas*, [1988] OJ No 2430 [*Nicholas*]] et une autre mentionne l'appartenance haudenosaunee de l'accusée, sans préciser sa nation d'origine [*R v Jamieson*, 2013 ONCJ 662 [*Jamieson*]]. Une seule affaire sur onze fait intervenir des membres de la nation Aseniwuche Winewak qui n'appartiennent pas aux haudenosaunee : *R v Hallock*, [1996] AR 397; 32 WCB (2d) 392 (ABPC) [*Hallock*].

⁷⁷ Voir *Boots v Mohawk Council of Akwesasne*, 1999 CanLII 7500 (CF), [1999] FCJ No 202 [*Boots*] ; *Jacobs c Mohawk Council of Kahnawake*, [1998] 3 CNLR 68 (TCDP) [*Jacobs*] ; *Kelly c Conseil des Mohawks de Kahnawake*, 2008 CanLII 42 (TCDP) [*Kelly*] ; *Mitchell c Canada (Ministre du revenu national)*, [2001] 1 RCS 911 [*Mitchell*] ; *MM (Re)*, 2013 CanLII 59 (ABPC) [*MM (Re)*] ; *Oakville Motor Sales & Leasing Inc v Canada*, [1996] 4 GTC 3198 (CCI) [*Oakville*] ; *R v David*, [2000] 45 WCB (2d) 471 (ONSC) [*David*] ; *Hallock*, *supra* note 76 ; *Jamieson*, *supra* note 76 ; *Nicholas*, *supra* note 76 ; *Re Stacey and Montour and the Queen*, [1982] 3 CNLR 158 (QCCA) [*Stacey*].

⁷⁸ Le wampum aurait été notamment échangé lors de la conclusion du traité de Niagara en 1764. Il semble toutefois que l'état actuel de la recherche historique remet en doute l'existence de l'échange de ce wampum avec des représentants de la Couronne. Davantage de recherche serait nécessaire pour faire la preuve de l'existence (ou de l'inexistence) de l'échange du wampum à deux voies. Voir notamment Darren Bonaparte, « The Disputed Myth, Metaphor and Reality of Two Row Wampum », en ligne : (8 septembre 2013) Indian Country <<http://indiancountrytodaymedianetwork.com/2013/08/09/disputed-myth-metaphor-and-reality-two-row-wampum>>. Voir aussi ci-dessous, note 300.

demeure maître de sa propre voie, d'où le principe d'autonomie. Les trois rangs de perles blanches qui les entourent réfèrent quant à eux aux principes d'amitié, de paix et de respect mutuel sensés guider les relations d'interdépendance entre Autochtones et Allochtones⁷⁹.

Confrontés à l'invocation de ce wampum à l'appui de revendications d'autodétermination, la réponse des tribunaux oscille entre une *distorsion* des interprétations autochtones et un *refus* systématique de le considérer comme une entrave à la juridiction canadienne. Dans un premier temps, lorsque le wampum à deux voies appuie un désir de maximiser l'autonomie autochtone au sein de la fédération, la jurisprudence soumet l'interprétation proposée à un langage conceptuel autre et, par cet acte de traduction, en transforme le sens jusqu'à dissoudre les traces de la perspective autochtone⁸⁰. Dans un second temps, lorsque le wampum à deux voies s'inscrit comme instrument d'une contestation de la juridiction des tribunaux canadiens à l'égard des peuples autochtones, un courant jurisprudentiel unanime rejette systématiquement toute remise en question des attributs de la souveraineté étatique canadienne. Le système de justice devient alors le lieu d'un dialogue de sourds où tant les parties autochtones que les tribunaux s'enferment dans une dynamique de refus de l'autre.

A. De la reconnaissance sous le sceau de la distorsion

La prochaine section tente de cerner les mécanismes d'argumentation qui mènent à la reconnaissance ou à la marginalisation de la dimension normative du wampum à deux voies par les tribunaux canadiens. L'opinion concurrente signée par le juge Binnie dans l'affaire *Mitchell c Canada (MRN)*⁸¹ servira de canevas à notre analyse puisqu'elle offre l'interprétation jurisprudentielle du wampum à deux voies la plus achevée à ce jour. Nous verrons que la prise en considération de la perspective constitutionnelle autochtone est pondérée (a) par une interprétation restrictive du principe de continuité qui limite la portée de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ainsi que (b) par une interprétation réductionniste de la diversité des

⁷⁹ Voir par exemple Paul Williams, « Reading Wampum Belts as living Symbols » (1990) 7:1 Northeast Indian Quarterly 31 ; John Borrows, *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002 aux pp 148-149.

⁸⁰ Gordon Christie, « The Court's Exercise of Plenary Power: Rewriting the Two-Row Wampum » (2002) 16:2 SCLR 285.

⁸¹ *Supra* note 77.

perspectives normatives autochtones qui sont (c) ultimement soumises à un processus de traduction (ou de distorsion) vers un langage jugé « moderne ».

(a) Les effets de l'interprétation restrictive du principe de continuité

Dans l'affaire *Mitchell*, le wampum à deux voies est introduit en preuve en tant qu'instrument de l'ordre juridique haudenosaunee qui fonde le droit ancestral revendiqué. Pour bien saisir l'enjeu, il faut comprendre que le territoire d'Akwesasne se situe à l'épicentre des frontières américaine, canadienne, ontarienne et québécoise. Pour circuler à Akwesasne, les Mohawks doivent donc systématiquement, souvent plusieurs fois par jour, se rapporter aux postes douaniers canadiens et américains afin de payer les taxes prévues par la *Loi sur les Douanes*⁸². En tant que citoyens de haudenosaunee, l'intimé conteste l'application de cette Loi aux Mohawks d'Akwesasne lorsqu'il s'agit de biens destinés à leur usage personnel, à des échanges commerciaux sur le territoire d'Akwesasne ou à des échanges avec d'autres Premières nations de l'Ontario ou du Québec. Pour trancher les questions relatives aux droits ancestraux protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour est tenue de prendre en considération le point de vue autochtone⁸³ qui est en partie à la source de la définition même des droits ancestraux⁸⁴. Pour se conformer à ces exigences, les intimés présentent leur perspective constitutionnelle qui conçoit le droit ancestral revendiqué comme un attribut de la souveraineté mohawk qui s'exprime en cohérence avec les principes d'autonomie et de respect issus du wampum à deux voies⁸⁵. Le wampum à deux voies est donc introduit en preuve en tant que symbole de l'autonomie mohawk à la source du droit ancestral de commercer librement à la frontière canado-américaine. De manière intéressante, alors que le wampum à deux voies pourrait être considéré comme un instrument de droit intersociétal qui n'est pas entièrement étranger à l'ordre juridique étatique, il est ici présenté uniquement comme un symbole issu de « la tradition mohawk »⁸⁶.

⁸² LRC 1985, c 1 (2^e supp).

⁸³ *Mitchell*, *supra* note 77 au para 117 citant *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 à la p 1112 [*Sparrow*] et *Van der Peet*, *supra* note 20 au para 49.

⁸⁴ *Van der Peet*, *supra* note 20 au para 47 ; *Delgamuukw*, *supra* note 21 au para 114; *Marshall* ; *Bernard*, *supra* note 21 au para 129, opinion concordante du juge LeBel.

⁸⁵ *Mitchell*, *supra* note 77 aux paras 117 et 127, opinion concurrente du juge Binnie.

⁸⁶ *Mitchell*, *supra* note 77 au para 127, opinion concurrente du juge Binnie. Les questions de l'échange du wampum avec la Couronne et, le cas échéant, des paroles qui ont été prononcées au moment de l'échange (ce qui pourrait instruire la Cour sur le contenu normatif du wampum) ne sont pas abordées. Pour une discussion plus élaborée des conditions dans lesquelles un wampum est à mon avis susceptible de lier la Couronne, voir le chapitre III ci-dessous.

À l'encontre de la revendication du droit ancestral de traverser le fleuve St-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales⁸⁷, la Couronne s'appuie sur le principe de succession des pouvoirs souverains⁸⁸ pour faire valoir que puisque le droit ancestral revendiqué est incompatible avec l'affirmation de sa souveraineté territoriale, il n'a pas survécu à l'absorption des lois et coutumes autochtones dans la common law⁸⁹. Cet argument ajoute un fardeau additionnel aux critères développés dans la jurisprudence relative aux droits ancestraux. Jusqu'ici, les conflits entre droits ancestraux et revendications fondées sur la souveraineté étaient tranchés en vertu des principes d'extinction, d'atteinte et de justification⁹⁰ élaborés sous le cadre de l'article 35. Or, la Couronne fait maintenant valoir que l'exception relative à l'incompatibilité avec la souveraineté, issue de la common law, fait implicitement partie des critères à prendre en considération dans la caractérisation des droits ancestraux développés sous l'article 35⁹¹.

Cette question de l'impact de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur la souveraineté pré-existante des mohawks d'Akwesasne se trouve au cœur des préoccupations de

⁸⁷ C'est ainsi que le droit ancestral revendiqué est caractérisé par la juge en chef McLachlin, pour la majorité. Voir *Mitchell*, *supra* note 77 au para 25.

⁸⁸ D'après ce principe, les intérêts et les lois coutumières des peuples conquis sont présumés survivre à l'affirmation de souveraineté, sous réserve (a) de leur incompatibilité avec l'affirmation de souveraineté de la Couronne ; (b) de leur cession volontaire par traité ou (c) de l'extinction claire et expresse par le gouvernement. Voir *Calder c Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] RCS 313 [*Calder*] ; *Mabo and others v Queensland (No 2)* [1992] HCA 23 aux pp 57, 81-82 et 182-183 [*Mabo*]. Notez que les intimés n'ont jamais été conquis. Dans l'arrêt *Calder* à la p 389, le juge Hall considère que le principe de continuité applicable en cas de conquête, s'applique *a fortiori* au contexte canadien pourtant marqué par une absence de conquête. Au Canada, la souveraineté de la Couronne est plutôt fondée sur la découverte, la déclaration ou la conclusion de traités. Que la reconnaissance des ordres juridiques autochtones soit reconnue *a fortiori* par la common law en l'absence de conquête n'est pas surprenant. Par contre, considérant l'absence de conquête, l'exception relative à l'incompatibilité avec la souveraineté de la Couronne ne devrait-elle pas recevoir une interprétation restrictive ? Voir aussi Christie, *supra* note 80 à la p 291.

⁸⁹ « En effet, l'incorporation des lois et coutumes locales dans la common law était assujettie à une exception visant les droits incompatibles avec la souveraineté du nouveau régime. » *Mitchell*, *supra* note 77 au para 62, opinion de la juge en chef McLachlin pour la majorité citant Brian Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987) 66 R du B can 727 à la p 738 ; *Delgamuukw c British Columbia*, [1993] 5 WWR 97 (CACB) aux paras 1021-1024, le juge Lambert ; *Mabo supra* note 88 à la p 61, le juge Brennan ; *Inasa c Oshodi*, [1934] AC 99 (PC) et *R c Jacobs*, [1999] 3 CNLR 239 (CSCB).

⁹⁰ *Mitchell*, *supra* note 77 au para 63 citant *Van der Peet*, *supra* note 20 au para 46 ; *R c Pamajewon*, [1996] 2 RCS 821 aux paras 23-25 [*Pamajewon*] ; *R c Adams*, [1996] 3 RCS 101 au para 33 ; *R c Côté*, [1996] 3 RCS 139 au para 54. Voir aussi *Delgamuukw*, *supra* note 21 au para 165 repris dans *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, [2014] 2 RCS 256 au para 83 [*Tsilhqot'in*].

⁹¹ *Mitchell*, *supra* note 77 au para 64.

l'opinion concurrente des juges Binnie et Major⁹². Ils décrivent d'ailleurs le droit ancestral en cause comme une tentative d'« élargir au maximum l'autonomie mohawk au sein de la Constitution canadienne »⁹³. Ils remarquent également que l'intimé revendique le droit ancestral de traverser la frontière internationale « en sa qualité de *citoyen de la nation Mohawk* »⁹⁴. Il s'affiche devant la Cour en tant que *citoyen de Haudenosaunee* (la confédération iroquoise) et revendique un droit qui découlerait d'une liberté de circulation *antérieure* à l'imposition des frontières étatiques par les régimes français, britannique, puis canadien⁹⁵. De plus, la preuve relative à l'utilisation du passeport haudenosaunee pour traverser la frontière se rapporterait au « *fondement* des droits que l'[intimé] revendique »⁹⁶. Toutes ces indications laissent entendre que le droit ancestral revendiqué trouve notamment sa source dans l'ordre juridique *kanienkeha:ka* [mohawk]⁹⁷. En invoquant l'ordre juridique haudenosaunee comme une source de son droit ancestral⁹⁸, l'intimé tente de trouver un espace de reconnaissance du multijuridisme canadien au sein de l'architecture constitutionnelle qui l'encadre.

Le raisonnement qui mène à la marginalisation des dimensions normatives du wampum à deux voies s'articule comme suit. Il s'agit pour la Cour de déterminer si le principe de succession des pouvoirs souverains a une incidence sur la qualification des droits protégés par l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹⁹. Le juge Binnie considère que si le libellé de l'article 35(1) reconnaît et confirme « les droits existants », il faut donc chercher parmi les droits *existants* en common law pour déterminer lesquels sont couverts par la protection constitutionnelle¹⁰⁰. Comme « la notion de droits ancestraux est fondée sur le principe de succession de pouvoirs souverains en droit colonial britannique » et que leur reconnaissance est donc soumise à

⁹² La juge en chef McLachlin, pour la majorité, s'abstient de traiter de la question de la souveraineté. Voir *Mitchell*, *supra* note 77 au para 64.

⁹³ *Ibid* au para 125, opinion concurrente du juge Binnie.

⁹⁴ *Ibid* aux paras 67 et 69, opinion concurrente du juge Binnie citant *Mitchell c Canada (Ministre du Revenu National)*, [1999] 1 RCF 375 au para 18 [mon emphase].

⁹⁵ *Ibid* au para 109, opinion concurrente du juge Binnie [mon emphase].

⁹⁶ *Ibid* au para 116, opinion concurrente du juge Binnie [mes italiques].

⁹⁷ *Ibid* au para 119, opinion concurrente du juge Binnie.

⁹⁸ Ce qui est conforme aux enseignements de la jurisprudence antérieure qui considère les droits ancestraux comme des droits intersociétaux qui trouvent leur source dans l'ordre juridique étatique autant que dans les ordres juridiques autochtones. Voir par exemple *Van der Peet*, *supra* note 20 au para 42.

⁹⁹ La juge en chef McLachlin, pour la majorité, laisse ouverte la question de la pertinence du principe de continuité. Elle rappelle toutefois que « les principes de l'extinction, de l'atteinte et de la justification constituaient le cadre d'analyse approprié pour résoudre les conflits entre des droits ancestraux et des revendications opposées, y compris des revendications fondées sur la souveraineté de la Couronne ». *Mitchell*, *supra* note 77 aux paras 63-64.

¹⁰⁰ *Ibid* au para 115, opinion concurrente du juge Binnie.

l'exception d'incompatibilité avec la souveraineté, il affirme sans le démontrer que les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'attendaient donc « indubitablement » à ce que ce principe issu de la common law soit pris en considération dans l'analyse des droits protégés par l'article 35(1)¹⁰¹. Tous les éléments des traditions juridiques autochtones préexistantes jugés incompatibles avec les attributs de la souveraineté étatique auraient donc été automatiquement « éteints » par la simple affirmation souveraine de la Couronne. Il est établi que l'extinction des droits ancestraux avant 1982 doit faire l'objet d'une intention claire et expresse de la part du législateur¹⁰². Cette nouvelle interprétation implique qu'il n'est plus nécessaire de prouver que le droit revendiqué fait obstacle à l'exercice des pouvoirs souverains de la Couronne. Pour reprendre l'expression de Gordon Christie, tous les droits des autochtones incompatibles avec la souveraineté de la Couronne seraient ainsi éteints avant même d'être nés, sans qu'aucune action de la Couronne ne soit nécessaire sinon l'affirmation de son existence souveraine¹⁰³. Cette doctrine semble s'inscrire en cohérence avec le principe de la découverte. D'abord le principe de la découverte justifie la création spontanée du titre sous-jacent de la Couronne¹⁰⁴, puis le principe de continuité permet d'éteindre tous les éléments des ordres juridiques existants qui s'inscrivent en porte-à-faux avec les attributs du pouvoir souverain autoproclamé. Dans les deux cas, la domination de la Couronne est affirmée comme un postulat indiscutable écrasant toutes requêtes, légitimes ou non, susceptibles d'entraver les attributs de sa souveraineté. En d'autres mots, les ordres juridiques autochtones préexistants ne sont considérés que s'ils s'inscrivent en harmonie avec la souveraineté étatique canadienne. Or, bien que le wampum à deux voies puisse être interprété de manière à appuyer une revendication autonomiste autochtone *au sein* de la fédération canadienne, le droit à la liberté de circulation qu'il soutient en l'espèce est a priori considéré comme une entrave à l'exercice des attributs de la souveraineté canadienne.

¹⁰¹ *Ibid* au para 114, opinion concurrente du juge Binnie. Voir aussi *Campbell c. Hall* (1774) 1 Cowp 204, 98 ER 1045 (KB) aux p. 1047-1048 ; *Delgamuukw v British-Columbia* [1993] 5 WWR 97 (CAC-B) aux paras 1021-1024, juge Lambert; Slatery, *supra* note 45 à la p 738.

¹⁰² Voir notamment *Calder supra* note 88 à la p 404 et *Sparrow, supra* note 83.

¹⁰³ Christie, *supra* note 80 (« This failure to survive past that point [the point of sovereign succession] most naturally would not be seen as the result of some Crown action, but as the result simply of the Crown “coming to be” sovereign in this new region. In a sense there would be no “right” to be extinguished – one might think of this as extinguishment before birth. » à la p 291).

¹⁰⁴ *St Catherines Milling and Lumber Company v The Queen*, [1888] UKPC 70, [1888] 14 AC 46 (12 décembre 1888) [*St Catherines Milling*]; *Guerin c La Reine*, [1984] 2 SCR 335 à la p 378 [*Guerin*].

D'ailleurs, nulle force inhérente n'est reconnue aujourd'hui aux ordres juridiques haudenosaunee duquel le wampum à deux voies émane. Pour reprendre les mots du juge Binnie, seuls les droits « reconnu[s] par la loi »¹⁰⁵ [il faut ici comprendre par la common law] sont considérés protégés par l'article 35(1) :

« Il est certain que cette autonomie revendiquée ne découle pas aujourd'hui de l'ancien ordre juridique iroquois qui, dit-on, l'a créée, mais de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1), adopté par les représentants élus des Canadiens, reconnaît et confirme les droits existants ancestraux ou issus de traités. Si le droit ancestral que revendique l'intimé doit prévaloir, ce n'est pas en raison de sa force inhérente, mais parce que la *Loi constitutionnelle de 1982* entraîne ce résultat. »¹⁰⁶

Paradoxalement, bien que les droits ancestraux soient généralement considérés par la Cour comme « des droits particuliers à la rencontre de deux cultures juridiques extrêmement dissemblables »¹⁰⁷, soit des droits intersociétaux « ni d'origine anglaise, ni d'origine autochtone »¹⁰⁸, leur reconnaissance contemporaine passe nécessairement par le goulot de la common law et de l'article 35¹⁰⁹. Ainsi l'ordre juridique iroquois est qualifié d'*ancien*, lui niant toute pertinence contemporaine. Tout l'espace du droit applicable *aujourd'hui* aux Autochtones est considéré issu du droit étatique, niant toute réalité au pluralisme juridique dans lequel baigne le Canada. Ce résultat émane d'une interprétation restrictive du principe de continuité qui implique que les traditions juridiques autochtones ont été incorporées en common law au moment de la succession des pouvoirs souverains. Suivant cette logique, seuls les principes juridiques issus des traditions

¹⁰⁵ *Mitchell*, *supra* note 77 au para 73, opinion concurrente du juge Binnie : « Dans le contexte du droit autochtone traditionnel, la question en litige, à mon sens, est de savoir si les activités de commerce et de circulation revendiquées par l'intimé non pas en tant que citoyen canadien, mais en tant qu'héritier du régime mohawk qui existait avant l'arrivée des Européens, ont créé un *droit reconnu par la loi* de traverser les frontières internationales sous les souverains qui y ont succédé. »

¹⁰⁶ *Ibid* au para 70, opinion concurrente du juge Binnie.

¹⁰⁷ *Van der Peet*, *supra* note 20 au para 42 citant Mark Walters, « British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights : A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia* » (1992) 17 *Queen's LJ* 350 aux pp 412-413 [mes italiques].

¹⁰⁸ *Ibid* au para 42 citant Brian Slattery, « The Legal Basis of Aboriginal Title » dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia : Delgamuukw v. The Queen* (1992) aux pp 120-121 [mes italiques].

¹⁰⁹ Voir l'opinion dissidente de la juge McLachlin dans *Ibid* (« depuis les tous débuts jusqu'à nos jours, [l'histoire des rapports entre les Européens et les peuples autochtones] est illuminée par un fil d'or – la reconnaissance par la common law des lois et coutumes ancestrales des peuples autochtones qui occupaient le territoire avant la colonisation européenne » au para 263).

autochtones tels qu'ils étaient avant la proclamation de souveraineté par la Couronne ne sont susceptibles d'être incorporés en common law.

Plusieurs écueils découlent de cette voie d'interprétation. En fossilisant ainsi les principes juridiques autochtones, toutes les évolutions doctrinales contemporaines internes à leurs ordres juridiques respectifs sont reléguées au rang de l'impertinence. Ce qui importe, c'est leur interprétation *historique* qu'il faudra par la suite soumettre au langage conceptuel de la common law pour les rendre applicable *aujourd'hui*. Le droit issu des autochtones devient alors perçu comme une réalité statique figée dans le linceul de l'histoire. Seule une négation du caractère fondamentalement dynamique du droit peut supporter une telle posture qui justifie que nulle force inhérente ne soit reconnue aux ordres juridiques autochtones *actuels*. Comme nous venons de le démontrer, cette première voie d'interprétation transpire l'opinion du juge Binnie dans l'affaire *Mitchell* et le conduit à considérer la perspective constitutionnelle haudenosaunee symbolisée par le wampum à deux voies comme une relique d'un ordre juridique désuet.

Des interprétations plus libérales du principe de continuité pourraient mieux accommoder la nature fondamentalement dynamique du droit et, peut-être, fournir l'espace nécessaire pour faire de la prise en considération de la perspective autochtone un véritable espace de reconnaissance. Appliqué à d'autres contextes coloniaux¹¹⁰, le principe de continuité des ordres juridiques locaux reconnu dans l'affaire *Campbell v. Hall*¹¹¹ a par exemple donné lieu à un maintien de l'applicabilité de la *lex loci* pour les indigènes¹¹². En effet, là où le principe de succession des pouvoirs souverains est interprété de manière à reconnaître la continuité des ordres juridiques autochtones au-delà de la proclamation de souveraineté de la Couronne, rien ne s'oppose à ce que les traditions juridiques autochtones *contemporaines* soient reçues par la common law¹¹³. Le problème de la réception se pose alors en termes de méthode plutôt que de

¹¹⁰ Quoique dans certains cas, même au Canada, le droit issu des Autochtones a continué de s'appliquer et d'être reconnu après l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Voir l'affaire *Connolly v Woolrich* (1867) 17 RJRQ 75 (CSQC).

¹¹¹ (1774) 1 Cowp 204, 98 ER 848 (KB). Voir aussi *Calvin's Case* (1608) 77 ER 377 (KB); *Case of Tanistry* (1608) 80 ER 516; *Craw v Ramsey* (1669) 86 ER 273; *Witrong v Blany* (1674) 84 ER 789; *Dawes v Painter* (1674) 89 ER 126; *Dutton v Howell* (1693) 1 ER 17 (HL); *Blankard v Galdy* (1693) 91 ER 356 (KB).

¹¹² Otis, *supra* note 11 à la p 802.

¹¹³ Voir Mark D Walters, « The "Golden Thread" of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 » (1998-1999) 44 McGill LJ 711.

fins. Il ne s'agit pas tant d'une question de reconnaissance *telle quelle* des principes émanant des instruments de droits autochtones, mais plutôt de déterminer qui a l'autorité de se prononcer sur l'interprétation de ces instruments de droit. Cette perspective implique de s'intéresser à la structure institutionnelle des tribunaux et à admettre leur participation à un dialogue internormatif entre les systèmes de droit étatique et autochtones.

De nouvelles questions se posent alors. Dans la mesure où les principes issus des ordres juridiques autochtones trouvent une pertinence aux yeux des tribunaux, est-il suffisant d'entendre les parties autochtones plaider leurs propres instruments juridiques ? Faudrait-il au contraire aller plus loin en reconnaissant, par exemple, l'autorité aux autochtones eux-mêmes de se prononcer sur l'interprétation à donner aux instruments de droit issus de leurs propres ordres juridiques ? Le recours au droit comparé pourrait fournir des exemples plus étoffés d'articulation des ordres juridiques autochtones et étatiques dont le Canada pourrait éventuellement s'inspirer¹¹⁴. Pour le moment, il faut surtout retenir que les interprétations contemporaines du wampum à deux voies pourraient trouver un espace de reconnaissance au sein du droit étatique par une interprétation plus large du principe de continuité, ce qui aurait le potentiel d'élargir la portée des droits protégés par l'article 35.

(b) Le dynamisme des traditions juridiques autochtones éludé

¹¹⁴ Par exemple, sur la Cour tribale Hopi, voir Justin Richland, *Arguing With Tradition: The Language of Law in Hopi Tribal Court*, Chicago, University of Chicago Press, 2008 et Kirsten Anker, « Law, Culture and Fact in Indigenous claims: Legal Pluralism as a Problem of Recognition » dans René Provost, dir, *Culture in the Domains of Law*, Cambridge University Press [à paraître 2016]. Sur l'expérience néo-calédonienne, voir Régis Lafargue, *La Coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, Paris, LGDJ, coll « Droit et Société », 2010. Sur le tribunal de Waitangi qui offre un cadre institutionnel métissé où tant les autorités maories que les juges étatiques participent à l'interprétation du traité, voir Roger C.A. Maaka, « The Waitangi Tribunal : A treaty relationship at work » dans Richard Potz et Rene Kuppe, dir, *International Yearbook for Legal Anthropology : Indigenous Peoples, Constitutional States and Treaties or Other Constructive Arrangements Between Indigenous Peoples and States*, 12 Law & Anthropology, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 140.

Le processus contradictoire propre au litige limite également la capacité des tribunaux à prendre pleinement en considération la diversité des perspectives juridiques autochtones¹¹⁵. Même lorsque le cadre juridique relatif aux droits ancestraux exige que les tribunaux s'intéressent au « point de vue des autochtones eux-mêmes »¹¹⁶, le contexte institutionnel dans lequel le dialogue prend place mène à une réification des points de vue autochtones. L'exemple de la prise en considération du wampum à deux voies est révélateur :

« [127] Dans le cadre constitutionnel qu'envisage l'intimé, le droit ancestral revendiqué est simplement une manifestation de la relation plus fondamentale entre les autochtones et les non autochtones. Dans la tradition mohawk, cette relation est symbolisée par le wampum à « deux rangs » [...] qui est décrit comme suit dans l'exposé des Haudenosaunee au Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens en 1983 :

Lorsque les Haudenosaunee sont entrés en contact avec les Européens, ils ont conclu avec eux des traités de paix et d'amitié. Chacun était symbolisé par la Gus-Wen-Tah ou ceinture de wampum à deux rangs. Il y a un lit de wampum blanc, qui est censé symboliser la pureté de l'entente. Il y a deux rangées en pourpre et ces deux rangées sont conformes à l'esprit de vos ancêtres et des miens. Il y a trois perles de wampum qui séparent les deux rangées. Elles symbolisent, ces trois perles, la paix, l'amitié et le respect.

Les deux rangs représentent deux voies parallèles, deux embarcations naviguant ensemble sur le même cours d'eau. L'une, un canot d'écorce, représente les Indiens, leurs lois, leurs coutumes et leurs traditions, tandis que l'autre, un navire, désigne les Blancs, leurs lois, leurs coutumes et leurs traditions. Les deux peuples voyagent côte à côte, chacun dans son embarcation, sans que ni l'un ni l'autre n'essaie de diriger l'embarcation de son voisin.

[128] Le wampum « à deux rangs » comporte deux courants parallèles. Le canot autochtone se déplace dans l'un d'eux et le navire européen dans l'autre. Les deux embarcations coexistent, mais ne se touchent jamais. Chacun d'eux est maître de sa propre destinée. »¹¹⁷

D'entrée de jeu, soulignons qu'en s'intéressant à l'interprétation de ce collier de wampum dans la tradition mohawk, les juges Binnie et Major font un pas vers la prise en considération des

¹¹⁵ Voir Bruce G Miller, *Oral History on Trial: Recognizing Aboriginal Narratives in the Courts*, Vancouver, UBC Press, 2011 aux pp 7-8; Arthur Ray, « Native History on Trial : Confessions of an Expert Witness » (2003) 84:2 Canadian Historical Review 255.

¹¹⁶ *Sparrow*, *supra* note 83 à la p 1112 et *Van der Peet*, *supra* note 20 au para 49 cités dans *Mitchell*, *supra* note 77 au para 117, opinion concurrente du juge Binnie.

¹¹⁷ *Mitchell*, *supra* note 77 au para 127 citant *Rapport du Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens au Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1983.

interprétations contemporaines d'un instrument normatif issu des ordres juridiques autochtones. Par contre, lorsque la Cour souligne que les deux embarcations symbolisées par les rangées de perles pourpres ne se touchent jamais, elle privilégie *une* interprétation du wampum à deux voies axée sur la prééminence du principe d'autonomie. Un courant d'interprétation similaire émane d'interprètes haudenosaunee : « These two rows never come together in that belt, and it is easy to see what that means. It means that we have two different paths, two different people. »¹¹⁸ Cette voie d'interprétation insiste sur le respect d'un espace d'autonomie qui s'articule autour d'une stricte séparation entre les sociétés autochtones et non-autochtones. Il s'agit d'un principe de non-interférence politique, culturelle et juridique. Dans sa forme la plus poussée, ce principe d'autonomie s'incarne par la revendication d'une souveraineté autochtone extérieure au fédéralisme canadien. Cette lecture du wampum à deux voies en est une parmi d'autres. La traiter comme une réponse complète, comme un fait à saisir, nie la richesse et la complexité des débats qui entourent la question de l'interprétation du wampum à deux voies. La vivacité des traditions juridiques autochtones d'aujourd'hui exige de comprendre chaque wampum à la lumière des multiples courants d'interprétation qui se sont développés et continuent de faire l'objet de débats au sein des sociétés autochtones¹¹⁹. D'autres interprétations plus compatibles avec la coexistence des sociétés canadiennes et autochtones, laissées dans l'ombre par la Cour, méritent d'être examinées¹²⁰. Un tel examen aurait pu permettre à la Cour de sortir de la logique de confrontation qu'induit les conceptions monolithiques de souveraineté mises de l'avant par chacune des parties¹²¹.

D'abord, Paul Williams, juriste d'appartenance haudenosaunee, propose une interprétation qui tient compte des trois rangées de perles blanches entre les deux voies de perles pourpres. Ces trois rangées de perles blanches représentent les principes de respect, de confiance

¹¹⁸ Confédération Haudenosaunee, allocution, *Minutes and Proceedings and Evidence of the Special Committee on Indian Self-Government*, vol 31, 31 mai- 1^{er} juin, 1983 à la p 13 tel que cité dans Borrows, *supra* note 79 à la p 149.

¹¹⁹ Procéder sur la base d'une seule interprétation donne l'impression que les principes incarnés dans le wampum relèvent de réalités factuelles fixées par l'histoire et, par ricochet, leur refuse le dynamisme de traditions juridiques persistantes, actives et adaptées aux réalités d'aujourd'hui.

¹²⁰ Nous examinerons ici les interprétations offertes par John Borrows et Paul Williams, mais nous ne serions pas surpris de constater que d'autres proposent des interprétations au sein de traditions orales qui ne sont pas accessibles dans le cadre d'une méthodologie axée sur la littérature.

¹²¹ Pour une vision plurielle de la souveraineté, voir Jean Leclair, « Penser le Canada dans un monde désenchanté », Conférence donnée à l'occasion de la série Voir grand 2015 organisée par la Fédération des sciences humaines et par l'Université d'Ottawa, 4 juin 2015 [à paraître dans *Constitutional Forum/Forum Constitutionnel*].

et d'amitié qui doivent lier les peuples Autochtones et non-Autochtones¹²². Il conçoit ces trois rangées de perles blanches comme une zone d'absorption des chocs interculturels ou encore comme un système d'évitement des collisions entre les sociétés autochtones et allochtones¹²³. Surtout, il invite à réfléchir au wampum à deux voies comme à un instrument de droit incarnant les dispositions actives d'un traité. En ce sens, le symbole incarné par le wampum à deux voies ne concerne pas exclusivement « la tradition mohawk » ou « la perspective constitutionnelle de l'intimé »¹²⁴, mais s'inscrit plutôt comme une composante de l'architecture constitutionnelle *canadienne* qui lie tant la Couronne que les Haudenosaunee¹²⁵.

Ensuite, John Borrows, professeur de droit d'origine anishinaabe¹²⁶, fait un pas de plus vers l'articulation de la coexistence. Il propose une interprétation du wampum à deux voies compatible avec une notion de la citoyenneté qui inclut à la fois les Autochtones et les Allochtones. Comme Paul Williams, il rappelle l'existence des perles blanches qui entourent les deux voies de perles pourpres. Ces trois rangées blanches rappellent l'importance de l'interdépendance de nos sociétés. Elles symbolisent la paix, l'amitié et le respect et contrebalancent donc le message de séparation des deux voies pourpres :

« When these principles are read together with those depicted in the purple rows, it becomes clear that the idea of citizenship must also be rooted in notions of mutuality and interconnectedness. »¹²⁷

Borrows continue en faisant valoir que le wampum à deux voies doit être interprété de manière cohérente avec les autres ceintures qui ont été échangées au même moment. Il rappelle que lors de la conférence de Niagara tenue en 1764, une « ceinture de la paix » [*24 Nations Belt*] qui met l'accent sur les relations d'interdépendance entre les Autochtones de la région des Grands Lacs et les nouveaux arrivants a également été échangée. À l'extrême gauche est représentée l'actuelle

¹²² Paul Williams, « The Right to Compensation for Cultural Damages » [communication personnelle] à la p 36.

¹²³ Ce qui est difficilement conciliable avec l'approche large de la Cour Suprême lorsqu'il s'agit de justifier les violations des droits ancestraux. Voir *Ibid.*

¹²⁴ *Mitchell*, *supra* note 77 au para 127.

¹²⁵ L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pourrait servir d'assise pour une telle ouverture. Voir le chapitre III-A ci-dessous.

¹²⁶ Des représentants des communautés anishinaabes étaient activement présents lors de la Conférence de Niagara en 1764, conférence lors de laquelle le wampum à deux voies aurait été échangé entre Sir William Johnson et les Premières Nations présentes.

¹²⁷ Borrows, *supra* note 79 à la p 149.

région de *Michilimackinac*¹²⁸ alors qu'à l'extrême droite se trouve un navire britannique. Vingt-quatre personnages se tenant par la main se dressent entre ces deux extrémités. Alors que le personnage de gauche pose un pied sur les terres; celui de droite tient la corde liée au navire. D'après Borrows, les vingt-quatre personnages représentent les vingt-quatre premières nations présentes lors de la Conférence et symbolise la volonté d'amitié ainsi que le souhait d'union des sociétés parties à l'accord.¹²⁹ En fait, si conformément à l'interprétation de Borrows les wampums échangés lors d'une même conférence doivent être interprétés à la lumière les uns des autres, alors s'ouvre devant nous un champ d'interprétation juridique encore largement inexploré. Dans le cas de la conférence de Niagara où le wampum à deux voies aurait été échangé, il faudrait minimalement prendre en considération l'articulation des principes symbolisés par le wampum à deux voies avec ceux de « la ceinture de la paix » ainsi qu'avec le wampum de la chaîne d'alliance. Plus encore, si l'ensemble des wampums échangés avec les européens doivent être interprétés comme un tout cohérent, un approfondissement de la recherche historique¹³⁰ et juridique s'impose.

Ce très bref exposé des différentes perspectives autochtones n'a rien d'exhaustif et constitue lui-même une réduction de la diversité des perspectives qui insufflent sens à la symbolique du wampum à deux voies. D'autres voix autochtones auxquelles le cadre trop limité de ce mémoire ne permet pas de rendre justice participent à enrichir la discussion. Retenons surtout que le contexte du litige où le wampum est examiné par la Cour pour en extraire *une* interprétation représentative de *la* perspective autochtone élude le dynamisme des traditions juridiques autochtones où les principes normatifs ne sont pas *finis*, mais continuent de se

¹²⁸ Région située entre le Lac Huron et le Lac Michigan.

¹²⁹ Borrows, *supra* note 79 aux pp 149-150 (« This belt portrays the connection between Aboriginal and non-Aboriginal peoples and the lands they occupied. In fact, in this belt the Indians are holding on to the ship, pulling it towards them so that they can receive and participate in the benefits from the non-Indigenous population. » à la p 150). Voir aussi les pp 126-127 pour une autre description des circonstances de l'échange de ce collier.

¹³⁰ Il faudra toutefois faire preuve de prudence dans l'analyse de la preuve historique et veiller à ne pas confondre les finalités de l'histoire avec celles du droit. Le piège à éviter consiste à figer la signification des instruments de droit en fonction du contexte historique dont ils émanent. Si le contexte historique sert d'outil interprétatif, il ne doit pas entraver la possibilité du droit d'évoluer tel un « arbre vivant ». La métaphore de l'arbre vivant en droit constitutionnel canadien (voir notamment *R c Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 295 ou encore le *Renvois relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 [*Renvois relatif à la sécession*]) trouve également un écho au sein des traditions normatives autochtones (voir notamment le symbole de l'arbre au centre du wampum de la confédération haudenosaunee).

construire au fil d'un dialogue dynamique interne aux premières nations¹³¹. En particulier, dans le cas de l'affaire *Mitchell*, fixer l'interprétation du wampum à deux voies à celle exprimée en 1983 devant le Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens a pour effet de figer la symbolique de ce collier en privilégiant une signification qui ne fait pas nécessairement consensus. Une fois l'interprétation du wampum ainsi réduite et saisie, un processus de traduction vers le langage de la « modernité » finit de dénaturer la perspective autochtone.

(c) *L'impératif de modernité au service de la distorsion*

D'un côté, la modernité étatique; de l'autre, la tradition autochtone. Entre les deux, la Cour Suprême a élaboré un processus de traduction qui permet de faire le pont entre l'*ancienneté* attribuée aux instruments juridiques autochtones et le contexte étatique *contemporain*. Ce même processus de traduction est appliqué à la symbolique du wampum à deux voies mise de l'avant par les intimés dans l'affaire *Mitchell*. En s'appuyant sur l'exemple du sort subi par l'interprétation autochtone du wampum à deux voies, les prochains paragraphes font valoir que le processus de traduction mis en place au nom de ce que j'appelle un impératif de modernité, c'est-à-dire la nécessité de réactualiser le propos autochtone jugé désuet pour qu'il s'arrime au monde actuel, ancre le raisonnement de la Cour dans la logique du pluralisme de subordination.

Voyons d'abord en quels termes la Cour suprême décrit la mécanique de traduction qui s'impose à la perspective autochtone. Dans l'affaire *Marshall Bernard*¹³², la Cour Suprême doit notamment se prononcer sur les conditions d'existence du titre aborigène dans le cas des peuples traditionnellement nomades ou semi-nomades. La Cour, contrairement à l'approche de la minorité dans l'affaire *Mitchell* sur laquelle nous reviendrons, ne considère pas le « cadre constitutionnel » qu'envisagent les demandeurs autochtones¹³³, mais plutôt la « pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté »¹³⁴ dans le but de la « transposer en un

¹³¹ Jeremy Webber, « Legal Pluralism and Human Agency » (2006) 44 Osgoode Hall LJ 167 (sur la méfiance envers l'usage de langage descriptif pour décrire les normes et la nécessité de mettre l'accent sur les désaccords et les mécanismes de résolution de conflits pour identifier les ordres juridiques).

¹³² *Marshall; Bernard*, *supra* note 21.

¹³³ Voir *Mitchell*, *supra* note 77 au para 127.

¹³⁴ *Marshall; Bernard*, *supra* note 21 au para 51.

droit moderne »¹³⁵. C'est dire que les règles issues des régimes juridiques autochtones en question, même antérieurs à l'affirmation de la souveraineté, sont relégués à une importance secondaire où ils ne peuvent servir que d'appui à la démonstration d'une pratique ou d'une occupation traditionnelle du territoire revendiqué. S'en suit une démarche de traduction où la common law appose à la perspective autochtone le sceau de la modernité :

« Le processus commence par l'examen de la nature et de l'étendue de la pratique autochtone en question et se poursuit par la recherche du droit qui lui correspond en common law. Ainsi, le processus permet d'établir la nature et l'étendue du droit moderne et concilie les perspectives autochtone et européenne. »¹³⁶

Ainsi, la Cour ignore complètement les *principes* qui émanent des ordres juridiques autochtones pour ne s'intéresser qu'aux *pratiques* pré-contact qui en découlent¹³⁷. Seul le langage de la common law est considéré porteur de droits. C'est ce que le professeur Gordon Christie qualifie d'*ugly colonialism*¹³⁸. En réduisant la perspective autochtone aux seules *pratiques* antérieures à l'affirmation de la souveraineté, la Cour élude l'examen des perspectives juridiques autochtones et surtout, évite d'avoir à protéger des *droits*, de nature plus flexibles, qui chapeauteraient une série de pratiques ou d'activités¹³⁹.

L'arrêt *Tsilhqot'in*¹⁴⁰ apporte un éclairage additionnel au processus de traduction de la perspective autochtone vers le langage du droit canadien. Sous la plume de la juge en chef McLachlin, la Cour explicite la manière dont les tribunaux doivent prendre en considération les points de vue autochtones lorsqu'il s'agit d'aborder la question de leur titre ancestral :

¹³⁵ *Ibid* au para 51.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Le professeur Brian Slattery soulève ce problème qui émane d'un retour à une conception du titre aborigène fondé exclusivement sur la common law : « The translation theory [...] has difficulty explaining the survival of Indigenous legal systems and their relationship to English property law. Either the theory assumes that Indigenous laws have been largely superseded by English law in this sphere, or it envisages that such laws survive some sort of "local custom," whose interaction with English law is unclear and problematic. In effect, the theory must either discount the existence of Indigenous law or try to squeeze it into the cracks in the edifice of English law. » Brian Slattery, « The Metamorphosis of Aboriginal Title » (2006) 85 Canadian Bar Review 255 à la p 269.

¹³⁸ Christie, *supra* note 80 à la p 298.

¹³⁹ Une approche similaire a été proposée par la juge L'Heureux Dubé, minoritaire, dans l'affaire *Marshall; Bernard*, *supra* note 21.

¹⁴⁰ *Tsilhqot'in*, *supra* note 90.

« À mon avis, les concepts de suffisance, de continuité et d'exclusivité offrent un angle intéressant pour apprécier la question du titre ancestral. Cela étant dit, le tribunal doit veiller à ne pas perdre de vue la perspective autochtone, ou à ne pas la dénaturer, en assimilant les pratiques ancestrales aux concepts rigides de la common law, ce qui irait à l'encontre de l'objectif qui consiste à traduire fidèlement les droits que possédaient les Autochtones avant l'affirmation de la souveraineté en droits juridiques contemporains équivalents. La suffisance, la continuité et l'exclusivité ne sont pas des fins en soi, mais plutôt des façons de savoir si l'existence du titre ancestral est établie. »¹⁴¹

La Cour est consciente du risque de distorsion qu'une traduction rigide vers le langage de la common law pourrait infliger aux principes pré-contacts issus des ordres juridiques autochtones. C'est d'ailleurs là une distinction par rapport à l'arrêt *Marshall Bernard*. Alors que dans l'arrêt *Marshall Bernard* la Cour s'intéresse exclusivement aux pratiques autochtones pré-contact pour définir les droits ancestraux, l'arrêt *Tsilhqot'in* définit l'objectif de traduction en termes de « droits que possédaient les Autochtones ». Certes, conformément à la jurisprudence antérieure, ces droits sont toujours figés à la période pré-contact et nulle force inhérente contemporaine ne leur est reconnue. Encore une fois, seul le droit étatique est considéré porteur de pertinence dans le monde moderne. Toutefois, les objectifs sous-jacents à la définition du titre ancestral, définis en termes de *droits* plutôt que de *pratiques*, pourraient ouvrir l'espace d'analyse à un examen des ordres juridiques autochtones, quoique les Autochtones et les juristes qui les défendent soient toujours confinés au lourd fardeau de preuve qu'exige la documentation de la période pré-contact.

Revenons maintenant à l'application de ce processus de traduction au symbole du wampum à deux voies dans l'arrêt *Mitchell*. Une fois traduit pour mieux s'inscrire dans la « réalité » étatique contemporaine, le principe d'autonomie au cœur du wampum à deux rangs se métamorphose pour prendre la forme de la « souveraineté fusionnée ou partagée » telle que développée par la Commission Royale sur les Peuples Autochtones (CRPA)¹⁴² :

¹⁴¹ *Ibid* au para 32 [je souligne].

¹⁴² Par contre, la Cour s'éloigne de la définition de souveraineté partagée que prône le rapport de la Commission Royale sur les Peuples Autochtones (CRPA). Par exemple, contrairement à la jurisprudence canadienne relative aux Autochtones, la CRPA recommande la reconnaissance de la nature *inhérente* des droits autochtones protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et en particulier du droit à l'autonomie gouvernementale, ce qui aurait pour effet de créer un troisième palier de gouvernement au sein de la fédération canadienne. Voir *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Une relation à redéfinir*, vol 2, 1^{ère} partie, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996 aux pp 237, 269 (présidents : René Dussault et Georges Erasmus).

« L'incarnation moderne du wampoum « à deux rangs », modifié pour refléter certaines réalités de l'État moderne, est l'idée de souveraineté « fusionnée » ou « partagée ». Selon la « souveraineté fusionnée », les Premières nations n'ont pas été totalement assujetties à une souveraineté non autochtone mais, avec le temps, sont devenues des parties au fusionnement. »¹⁴³

Du même souffle, la parole que portait originalement le wampum à deux voies est réinterprétée pour y imprimer l'image du nouveau concept qui lui est insufflé :

« Selon ce point de vue, pour reprendre la métaphore nautique du wampoum « à deux rangs », la souveraineté « fusionnée » est envisagée comme une seule embarcation (ou navire de l'État) constitué d'éléments historiques que sont le bois, le fer et la toile. Les éléments constitutifs de l'embarcation forment un tout harmonieux, mais le bois reste du bois, le fer reste du fer et la toile reste de la toile. Des dirigeants non autochtones, dont Sir Wilfrid Laurier, ont utilisé des métaphores semblables. Cela représente en peu de mots un partenariat sans assimilation. »¹⁴⁴

Au terme de cet exercice de traduction, que reste-t-il de la perspective constitutionnelle autochtone qu'il s'agissait initialement de prendre en considération ? Pour la professeure Kirsten Anker, ces passages du jugement *Mitchell* constituent un exemple parmi d'autres où la Cour Suprême fait un usage discursif du droit issu des autochtones pour faire évoluer la jurisprudence, tout en rejetant les interprétations normatives autochtones par l'exercice d'un pouvoir unilatéral de redéfinir la signification de l'instrument juridique invoqué¹⁴⁵. Le poids accordé à la perspective autochtone est ultimement sapé par la suprématie qu'accordent les tribunaux à l'interprétation non autochtone. Dans ce cas-ci, le maquillage de modernité apposé à la perspective autochtone renvoi à deux autorités non-autochtones, soit l'idéal constitutionnel développés par la CRPA et préalablement évoqué par Sir Wilfrid Laurier. Au final, la potentielle portée normative du wampum à deux voies a donc été marginalisée, d'une part, par l'absence de reconnaissance de la force inhérente des régimes juridiques autochtones contemporains et, d'autre part, par l'autorité de sources non-autochtones pour en fixer l'interprétation.

¹⁴³ *Mitchell*, *supra* note 77 au para 129 [je souligne].

¹⁴⁴ *Ibid* au para 130.

¹⁴⁵ Anker, *supra* note 114 à la p 25.

En somme, malgré les exhortations répétées de la Cour Suprême quant à l'importance de prendre en considération la perspective autochtone dans la détermination de leurs droits constitutionnels¹⁴⁶, la reconnaissance de leur point de vue demeure en fin de piste soustrait aux modalités fixées par le droit étatique¹⁴⁷. Ainsi, les termes développés par les tribunaux confinent les instruments juridiques autochtones au carcan de l'histoire où ils atteignent les limites de l'espace de reconnaissance que les tribunaux canadiens sont disposés à leur accorder. Le cas du wampum à deux voies illustre l'effet combiné de trois mécanismes déployés par les tribunaux pour marginaliser la perspective normative autochtone. D'abord, une interprétation restrictive du principe de continuité confine les traditions juridiques autochtones contemporaines à l'impertinence. Ensuite, le forum judiciaire opère une réification de la perspective normative autochtone en privilégiant une interprétation fixe du wampum à deux voies. Cette réduction du point de vue autochtone ignore l'existence de débats au sein des communautés autochtones sur l'interprétation de ce wampum et ainsi donne l'impression d'un principe figé à capter par le droit étatique, niant tout dynamisme à l'évolution des traditions juridiques autochtones. Enfin, l'interprétation du wampum à deux voies subit un effet de distorsion produit par le processus de traduction vers la modernité étatique auquel la perspective autochtone, reléguée à la désuétude, est soumise. L'application de ce processus de traduction est représentatif d'un contexte de pluralisme de subordination où les « droits originels, dits « coutumiers », sont en façade reçus mais se trouvent en réalité captés, déformés et instrumentalisés par l'appareil étatique qui reste entièrement maître du jeu »¹⁴⁸. Sous ces conditions, vivre ensemble au sein du « navire de l'État »¹⁴⁹ signifie au final pour les Autochtones d'accepter de vivre dans la cale où les seuls pouvoirs qui leurs sont attribués relèvent de la délégation et où l'autonomie demeure un idéal bafoué par un capitaine de navire qui refuse de relâcher son emprise constitutionnelle. Parmi ceux qui s'indignent de cette domination qui les confine au passé, les réduit et opère une distorsion de leur point de vue, certains choisissent la voie du refus de reconnaître et d'être reconnu.

¹⁴⁶ Voir notamment *Van der Peet*, *supra* note 20 aux paras 153, 171 et 192 ; *Delgamuukw*, *supra* note 21 au para 82 ; *Tsilhqot'in*, *supra* note 90 au para 32.

¹⁴⁷ Le professeur Ghislain Otis fait un constat similaire au sujet du cadre juridique canadien relatif au titre aborigène : « Les autochtones contemporains sont, sur le plan discursif, réputés tenir leurs droits des ancêtres non pas parce que ces droits donnent lieu à la réception pure et simple de l'ordre juridique ancestral mais selon une logique qui fait penser à une « créance foncière » contractée au moment de l'affirmation de la souveraineté, dont la cause est une situation précoloniale mais dont les modalités sont arrêtées conformément à un régime contemporain de droit étatique *sui generis*. » Otis, *supra* note 11 à la p 807 [références omises].

¹⁴⁸ *Ibid* aux pp 20-21.

¹⁴⁹ *Mitchell*, *supra* note 77 au para 130.

B. Du refus de la reconnaissance mutuelle ou du dialogue de sourds

Dans son interprétation la plus radicale, le wampum à deux voies est invoqué devant les tribunaux en appui à une posture de refus de la juridiction des tribunaux canadiens¹⁵⁰. La prochaine section fait valoir que, inscrit dans un processus d’affirmation de soi, ce refus de la reconnaissance libère le sujet autochtone d’une définition unilatéralement imposée par le portrait déformant que lui renvoie la jurisprudence. En contrecoup, ce premier refus se bute à un second refus, celui de l’État qui, notamment par la voix des tribunaux, impose sa souveraineté monolithique en postulat inébranlable. Une fois chacun enfermé dans sa propre interprétation du réel, un dialogue de sourd prend place. Nous atteignons ici les limites de la politique libérale de la reconnaissance – celles du refus réciproque de reconnaître et d’être reconnu. Dans un contexte d’inégalité des rapports de force, ces postures de l’extrême rejettent la nécessité du dialogue pour mieux se braquer dans un espace de confrontation où s’entrechoquent leurs fictions respectives.

En premier lieu, nous poserons (a) les termes du contexte politique dans lequel la tendance jurisprudentielle du refus semble s’inscrire en nous intéressant au débat entre la politique de la reconnaissance et sa mise en œuvre dans un contexte d’inégalités des rapports de force. Dans un second temps, nous exposerons (b) les arguments qui sous-tendent les positions des parties autochtones refusant de se soumettre à la juridiction des tribunaux canadiens. Nous verrons de quelle manière le wampum à deux voies est invoqué à l’appui d’une revendication d’autodétermination qui frôle le monisme nationaliste¹⁵¹. La troisième partie (c) examine les différents arguments élaborés par les tribunaux en réponse à l’invocation du wampum à deux voies. Aux revendications fondées sur les ordres juridiques autochtones, le système juridique oppose sa propre conception moniste de la souveraineté étatique canadienne.

¹⁵⁰ Ce refus de la juridiction des tribunaux canadiens à l’égard des peuples autochtones est invoqué dans les domaines de droit les plus variés. En droit de la personne : *Jacobs*, *supra* note 77; *Kelly*, *supra* note 77. En droit familial : *MM (Re)*, *supra* note 77. En droit constitutionnel : *Mitchell*, *supra* note 77; *MM (Re)*, *supra* note 77. En droit criminel : *David*, *supra* note 77; *Jamieson*, *supra* note 76 ; *Stacey*, *supra* note 77. En droit pénal : *Hallock*, *supra* note 76; *Nicholas*, *supra* note 76. En droit fiscal : *Oakville*, *supra* note 77.

¹⁵¹ Pour une réflexion sur les limites du nationalisme méthodologique, voir Jean Leclair, « Le fédéralisme comme refus des monismes nationalistes » dans Dimitrios Karmis et François Rocher, dir, *La dynamique confiance-méfiance dans les démocraties multinationales : Le Canada sous l’angle comparatif*, Québec, Presses de l’Université de Montréal, 2012, 209.

(a) *Des limites de la politique de reconnaissance dans un contexte d'inégalité des rapports de force*¹⁵²

Le langage de la reconnaissance transpire la littérature entourant les revendications d'autodétermination autochtone depuis au moins les trente dernières années. Tant le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones rendu en 1996¹⁵³ que les positions défendues par l'Assemblée des Premières Nations, la plus large organisation autochtone du pays, donnent corps aux demandes de reconnaissance d'une relation de nation à nation, à la reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et à l'autodétermination ainsi qu'à la reconnaissance des intérêts fonciers autochtones sur leurs territoires ancestraux. Incarnant ce paradigme de la reconnaissance mutuelle des groupes comme voie d'émancipation individuelle et collective, se trouvent notamment des penseurs comme James Tully¹⁵⁴, Will Kymlicka¹⁵⁵ et Charles Taylor¹⁵⁶. Ils ont en commun de repenser les postulats du libéralisme à l'ère du multiculturalisme. Les « politiques de la reconnaissance » fondées sur un idéal hégélien de réciprocité sont au cœur de leurs pensées politiques respectives.

Glen S. Coulthard, politologue appartenant à la nation Dene située dans les Territoires du Nord-Ouest, fait valoir qu'en contexte canadien où les rapports de force entre la Couronne et les peuples autochtones sont profondément marqués par l'inégalité héritée du contexte colonial, les politiques de reconnaissances aboutissent à une reproduction du *statu quo* à l'avantage du plus fort. En s'appuyant sur la pensée de Frantz Fanon¹⁵⁷, psychiatre anti-colonialiste ayant critiqué l'idéal mutualiste développé par Hegel, Coulthard considère que les formes contemporaines de la politique de reconnaissance sont mal équipées pour faire face aux dimensions psycho-affectives

¹⁵² La prochaine section s'appuie largement sur la pensée de, *supra* note 72 et Glen S Coulthard, « Subjects of Empire : Indigenous Peoples and the 'Politics of Recognition' in Canada » (2007) *Contemporary Political Theory* 6 aux pp 437-460.

¹⁵³ *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, *supra* note 142.

¹⁵⁴ Tully, *supra* note 31.

¹⁵⁵ Voir notamment Kymlicka, *supra* note 28 et Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

¹⁵⁶ Voir notamment Taylor et Gutmann, *supra* note 72.

¹⁵⁷ Frantz Fanon, *Black Skin, White Masks*, London, Pluto, 2008 [@1952] et Frantz Fanon, Jean-Paul Sartre et Constance Farrington, *The Wretched of the Earth*, New York, Grove Press, 1965 [@1963].

et culturelles au service du maintien des hiérarchies coloniales établies par les pouvoirs impériaux¹⁵⁸.

À l'instar de Taylor et Kymlicka, Fanon insiste sur les effets dévastateurs de la méconnaissance [*misrecognition*] sur les horizons de libertés et de possibles qui s'ouvrent à l'individu membre du groupe affecté. Pour Taylor, alors que les identités se forgent à l'issue d'un dialogue constant avec les autres, elles peuvent aussi être négativement affectées par l'indifférence ou par la méconnaissance. Il écrit :

« A person or a group of people can suffer real damage, real distortion, if the people or society around them mirror back to them a confining or demeaning or contemptible picture of themselves. Nonrecognition or misrecognition can inflict harm, can be a form of oppression, imprisoning one in a false, distorted, and reduced mode of being. »¹⁵⁹

Devant cette inacceptable forme de violence passive, Taylor et Kymlicka recommandent l'adoption par les institutions étatiques de politiques de reconnaissance qui prennent la forme notamment de droit à l'autonomie gouvernementale. Les changements qu'ils proposent s'incarnent essentiellement par des réformes institutionnelles ultimement mises en place par l'État.

Coulthard, réactualisant la posture de Fanon, considère ces réformes comme un pas insuffisant dans la bonne direction. Si ces réformes répondent en partie à l'aspect *objectif* des structures institutionnelles de non reconnaissance laissées par l'histoire coloniale, elles ne font rien pour palier ses aspects subjectifs, soit l'internalisation de postulats racistes par les individus qui siègent au sein de ces institutions. Coulthard condamne vigoureusement la manière dont les politiques de reconnaissance sont détournées par les institutions canadiennes au service du maintien du *statu quo* en faveur des intérêts de la majorité. En particulier, selon Coulthard, la mise en œuvre du discours sur la reconnaissance a été limitée et circonscrite par l'État, par les tribunaux, par les intérêts corporatifs et par le législateur qui maintiennent l'étau colonial dès que leurs intérêts sont menacés par le spectre du changement. Bien que la jurisprudence de la Cour

¹⁵⁸ Coulthard, *supra* note 152 à la p 439.

¹⁵⁹ *Ibid* à la p 442 citant Taylor, *supra* note 28 à la p 25.

suprême au cours des trente dernières années ait assuré la protection de certaines pratiques culturelles bien circonscrites, elle a systématiquement refusé de remettre en question les origines racistes de la souveraineté canadienne sur les territoires et les peuples autochtones¹⁶⁰. Pourtant, selon Coulthard, sans une remise en question profonde des sillages laissés par l'inégalité persistante des rapports de force entre peuples autochtones et allochtones, les réformes suggérées par les théoriciens contemporains de la reconnaissance demeurent cosmétiques. La Cour elle-même n'est pas un lieu neutre où les enjeux peuvent être débattus d'égal à égal dans un esprit de reconnaissance mutuelle¹⁶¹.

Pour s'extirper de cette impasse et arriver à construire ensemble un véritable espace de reconnaissance mutuelle, Fanon suggère la voie de l'auto-affirmation de soi, à l'échelle tant individuelle que collective. Plutôt que d'attendre que l'État tende généreusement la main de la réconciliation et établisse lui-même les termes d'une reconnaissance qui ne soit pas trop compromettante pour l'assise de son pouvoir, les Autochtones devraient donc eux-mêmes revaloriser leurs histoires, leurs traditions, leurs cultures et en réaffirmer la valeur au-delà des contraintes que leur impose le « piège identitaire » développé par la Cour Suprême en matière de droits ancestraux¹⁶². Par ce refus de voir son identité construite à travers le regard réducteur de l'autre, se met en place une stratégie de la résistance à même de mener au développement d'épistémologies et d'ontologies postcoloniales. Enracinée dans un processus d'introspection, l'entreprise d'affirmation de soi autochtone permet non seulement une reprise en charge de son propre espace identitaire, mais aussi et surtout la mise en place d'un dialogue qui questionne la fragilité de certains mantras érigés en vérités par l'État. La réappropriation du discours qui les concerne par les Autochtones invite l'État et ses institutions à se remettre en cause. Encore faut-il que ce dernier soit disposé à se prêter à l'exercice...

Le recours au wampum à deux voies décrit dans la section suivante doit être compris comme une manifestation de ce processus d'affirmation de soi par les parties autochtones. Devant l'étroitesse de l'espace de reconnaissance prévu par la structure constitutionnelle

¹⁶⁰ Coulthard, *supra* note 72 aux pp 40-41 [références omises – je souligne].

¹⁶¹ Voir Miller, *supra* note 115 et Ray, *supra* note 115.

¹⁶² Sur les écueils de l'approche culturaliste développée dans la jurisprudence relative aux droits ancestraux, voir Jean Leclair, « "Il faut savoir se méfier des oracles": regards sur le droit et les autochtones » (2011) 41:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 102.

canadienne telle qu'interprétée par les tribunaux, la posture du refus devient une voie d'affirmation de soi qui place le sujet autochtone en dehors des ornières préconçues que lui inflige le regard de l'autre. L'anthropologue d'origine mohawk Audra Simpson, élabore une cartographie du refus et de la résistance des Haudenosaunee. Elle explique sa posture en ces termes :

« In this [in living tacitly and taciturnly in a “settled state”] there is acceptance of the dispossession of your lands, of internalizing and believing the things that have been taught about you to you: that you are a savage, that your language is incoherent, that you are less than white people, not quite up to par, that you are “different”, with a different culture that is defined by others and will be accorded a protected space of legal recognition *if* your group evidences that “difference” in terms that are sufficient to the settlers’ legal eye. To accept these conditions is an impossible project for some Indigenous people, not because it is impossible to achieve, but because it is politically untenable and thus normatively should be refused. »¹⁶³

Il faut comprendre de ce passage que la contorsion nécessaire pour se conformer aux définitions de soi imposées par le cadre juridique étatique vicie l'objet même de la reconnaissance qui consiste à considérer l'autre tel qu'il se présente à soi plutôt qu'à le redéfinir ou le dénaturer pour mieux le saisir. La traversée de frontière canado-américaine pour réaffirmer la conception territoriale haudenosaunee préexistante, la création de passeports haudenosaunee et la régulation des critères d'appartenance sont autant de pratiques, décrites par Audra Simpson comme des manifestations du refus en action, qui assoient une réappropriation identitaire et spatiale en porte-à-faux de la souveraineté étatique canadienne. L'invocation du wampum à deux voies devant les tribunaux canadiens s'inscrit dans le même esprit de refus. Plutôt que d'accepter passivement l'application du droit canadien à leur égard, certains Autochtones revendiquent devant les tribunaux l'application de leur propre système juridique et de leurs propres traditions normatives. Le refus de la juridiction des tribunaux canadiens qu'appuie le wampum à deux voies se dévoile donc ici comme une stratégie de réappropriation de soi et une affirmation de la réalité empirique du pluralisme juridique à l'encontre des vellétés hégémoniques du droit étatique.

¹⁶³ Audra Simpson, *Mohawk Interruptus: Political Life Across the Borders of Settler States*, Durham et London, Duke University Press, 2014 à la p 22.

(b) Refus autochtone de se soumettre à la juridiction des tribunaux

Passons maintenant à une revue jurisprudentielle des revendications autochtones associées au wampum à deux voies et d'abord, à un portrait des parties autochtones qui y ont recours. Dans la plupart des cas répertoriés, la partie autochtone qui invoque le wampum à deux voies se représente seule. Ce constat peut sembler banal devant l'augmentation du nombre de citoyens plaideurs, un phénomène qui touche l'ensemble du système juridique canadien. Toutefois, il serait réducteur d'y voir la simple manifestation d'un manque d'accès à la justice. Le refus d'être représenté par avocat s'inscrit ici en continuité avec la posture de contestation de la juridiction des tribunaux canadiens. Par exemple, dans l'affaire *R v Hallock*, les accusés Merlin Hallock et Lester Howse choisissent en toute conscience de se représenter seuls. La Cour retient quelques-unes des raisons qui motivent leur position :

« [...] Mr. Howse indicated that he would be representing himself and Miss Hallock for a number of reasons. These included the position that all lawyers were officers of the Court and using a lawyer would be attorning to the Court's jurisdiction. »¹⁶⁴

L'avocat étant perçu comme un agent du système de justice, ses services sont sciemment refusés, par souci de cohérence avec une position de rejet des institutions juridiques canadiennes. Dans l'affaire *R v David*, non seulement l'accusé se représente-t-il seul, mais il refuse toute participation à l'instance, se contentant d'être passivement présent :

« Consistent with his “no jurisdiction” argument, he declines to participate in the procedure. When arraigned before jury selection, he entered no plea and I directed that pleas of “not guilty” be recorded. When jurors came to the book to be sworn, he signified neither approval nor did he challenge any one of them. He did not cross-examine any of the witnesses the prosecution called by the prosecutor, Ms. Lahaie. »¹⁶⁵

Ces cas ne sont pas isolés. D'autres leurs font écho¹⁶⁶. Certains citoyens-plaideurs autochtones poussent la réflexion un cran plus loin en demandant d'être représentés par les autorités

¹⁶⁴ *Hallock*, *supra* note 76 au para 5.

¹⁶⁵ *David*, *supra* note 77 au para 3.

¹⁶⁶ *Kelly* *supra* note 77; *MM (Re)*, *supra* note 77 au para 77 (en cohérence avec leur argument de non-juridiction, les mères non-représentées par avocat refusent de témoigner alors que la garde de leurs enfants est en jeu); *Jamieson*, *supra* note 76.

coutumières auxquelles ils reconnaissent une légitimité. Notamment M. Ronnie Boots, sans avocat devant la Cour fédérale, demande à être représenté par un membre du Conseil traditionnel mohawk, sans succès¹⁶⁷. Dans l'affaire *Hallock*, l'accusé Lester Howse agit non seulement à titre de citoyen-plaideur, mais aussi en tant qu'aîné représentant la « Indigenous People of the Rocky Mountains Elders Court »¹⁶⁸. Sous le rejet du recours à l'avocat, se dessine donc une opposition autochtone plus profonde au recours aux instruments du droit canadien pour traiter les questions juridiques soulevées.

Par ailleurs, les parties autochtones en cause appartiennent souvent à la frange traditionnaliste des Haudenosaunee. Ces derniers ne reconnaissent généralement de légitimité qu'aux institutions de gouvernance traditionnelle, à l'exclusion des gouvernements canadiens et de leurs créatures que sont les conseils de bande. Par exemple, Mme Kelly dépose une plainte contre le Conseil de bande Mohawk de Kahnawake [CMK], alléguant discrimination basée sur le statut familial, en contravention de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁶⁹. Elle allègue également la responsabilité du Ministère des affaires indiennes qui a refusé d'intervenir auprès du CMK pour faire cesser la discrimination. Remarquez, dans le passage suivant, son appartenance mohawk traditionnelle et surtout, les sources de droit sur lesquelles elle appuie son argumentation :

« La plaignante, Mme Kelly (Stacey), a présenté l'observation selon laquelle, en tant que membre des Premières nations, elle ne relève pas d'une compétence canadienne. Elle ne reconnaît plutôt que la compétence d'un organisme traditionnel composé du peuple, en conformité avec la Grande loi de la paix et le traité du wampum à deux rangs. Elle croit que toutes les négociations engagées avec le gouvernement du Canada ne s'appliquent pas à elle. »¹⁷⁰

Plutôt que d'élaborer une argumentation strictement basée sur la common law¹⁷¹, la plaignante invoque les sources de droit issues de son propre ordre juridique [la Grande loi de la paix ou

¹⁶⁷ *Boots*, *supra* note 77 au para 10 (la Cour fédérale lui permet de requérir l'assistance de M. Stewart Myiow, représentant du Conseil mohawk traditionnel).

¹⁶⁸ *Hallock*, *supra* note 76 au para 6.

¹⁶⁹ LRC 1985, c H-6.

¹⁷⁰ *Kelly*, *supra* note 77 au para 13 [je souligne].

¹⁷¹ Le débat concerne la validité d'une entente de règlement, signée par Mme Kelly, qui a pour effet de dégager le ministère de toute responsabilité relative à l'octroi de son statut de membre de la bande des Mohawks de Kahnawake. Mme Kelley n'invoque ni la contrainte, ni la capacité, ni la dénégation de signature pour contester la validité de cette renonciation à poursuivre. *Kelly*, *supra* note 77 au para 14.

*Keyanerekowa*¹⁷²] ainsi qu'une potentielle source d'obligations juridiques intersociétales¹⁷³ [le wampum à deux rangs]. Ce faisant, elle oppose à la stricte utilisation du droit étatique la résilience et la persistance des traditions normatives haudenosaunee qui ne sont pourtant pas reconnues par le système judiciaire canadien. Son argumentaire la place en dehors des termes de la reconnaissance telle que définie par le système juridique canadien.

Dans une autre affaire de droit familial mettant en cause la garde légale de sept enfants d'origine mohawks, un témoin tente d'expliquer au juge les croyances traditionnelles mohawks auxquelles les familles en question adhèrent :

« According to Mr. Simon, the traditional faith and belief is in the creator, and the traditional laws are supreme; they are called the 'Great Laws'. Under the traditional view, the Canadian laws are followed out of respect but they are not as important as the Great Laws. »¹⁷⁴

Ici, c'est le droit canadien qui est subordonné aux diktats de la Grande loi de la paix et non pas l'inverse. Le droit canadien n'est respecté par cette famille mohawk que par souci de respect, un principe qui rappelle l'interprétation des trois rangées de perles blanches qui traversent le cœur du wampum à deux rangs.

Une autre affaire, cette fois en droit criminel, est à l'origine d'un important courant jurisprudentiel et mérite une attention particulière. M. David est un mohawk d'Akwesasne accusé de contrebande de cigarette entre les États-Unis et le Canada. Il est également accusé d'avoir violé les conditions de sa libération conditionnelle, en contravention du *Code criminel*¹⁷⁵. Il choisit de se représenter seul, refuse l'assistance d'un avocat et décline toute participation aux aspects procéduraux du procès tels que la sélection du jury ou l'enregistrement de son plaidoyer¹⁷⁶. Il ne contre-interroge aucun des témoins présentés par le procureur de la Couronne. Son abstention s'inscrit en cohérence avec la substance de son argument principal, soit qu'en tant

¹⁷² La constitution des Haudenosaunee. Voir William N Fenton, *The Great Law and the Longhouse: a political history of the Iroquois Confederacy*, vol 223, Norman, University of Oklahoma Press, 1998 [Civilization of the American Indian series].

¹⁷³ Voir le chapitre III, ci-dessous, pour une discussion des conditions dans lesquelles un wampum a le potentiel de lier la Couronne.

¹⁷⁴ *MM (Re)*, *supra* note 77 au para 60.

¹⁷⁵ LRC 1985, c C-46.

¹⁷⁶ Par défaut, le juge Rutherford enregistre un plaidoyer de non-culpabilité. *David*, *supra* note 77 au para 3.

que membre de la nation mohawk, les tribunaux n'ont pas juridiction sur sa personne. Il fait valoir que les lois canadiennes ne s'appliquent pas à la nation souveraine haudenosaunee. Il réclame donc l'extradition vers la communauté d'Akwesasne pour être jugé sous les termes de son propre ordre juridique régi par la *Keyanerekowa*. Le juge résume ainsi la position de M. David :

« His contention is that he and his forebears were neither subjugated nor did they submit to being governed by Great Britain or by Canadian authority and that this Court lacks jurisdiction to enforce the laws of Canada invoked here, against him. The regulation of his behaviour, he says, flows from the authority of Mohawk law and custom. He asserts that relations between Great Britain and subsequently Canada on the one hand, and the Mohawk nation and its confederational affiliates on the other, had always been worked out on the basis of entente between "sovereign and sovereign" and that irritants such as the contraband problem, of which this case is but a small example, must be resolved in a similar fashion. »¹⁷⁷

À l'appui de sa position, David invoque le traité d'Albany qui aurait été le lieu d'un échange du wampum à deux voies et du wampum de la chaîne d'alliance ainsi que la *Proclamation Royale de 1763* telle que confirmée dans la jurisprudence subséquente et la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷⁸ :

« The lives of the people of the Longhouse are governed in all matters of law, policy and spirit by their traditional law, Keyanerekowa. I make a motion to the court to be tried by the Kanienkeha:ka Nation. I believe this is a matter of sovereignty and jurisdiction. There are provisions and protocols that are established in the Albany Treaty of 1664, otherwise referred to as the Two Row Wampum and the Silver Covenant Chain Treaties. The Royal Proclamation of 1763, as further defined in the Northwest Territories Act of 1982, and subsequent legislation and common law. »¹⁷⁹

Concernant la juridiction de la Cour, David explique sa position et élabore sur les institutions normatives auxquelles il confie son allégeance :

« I understand that this court has jurisdiction to try indictable offences such as the charges brought before this court today. I also understand that the court has jurisdiction to convict and sentence persons who are found guilty of committing offences such as these, but I would like the court to understand that I as a

¹⁷⁷ *Ibid* au para 12.

¹⁷⁸ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

¹⁷⁹ *David, supra* note 77 au para 10.

Kanienkaha:ka or Mohawk have laws, the Keyanerekowa. The common English equivalent of Keyanerekowa is The Great Law and Path of Peace. It is the constitution and fundamental law of the Kanienkeha:ka and other Onkwehonwe or Turtle Island aboriginal peoples. [...] I am under the Keyanerekowa, The Great Law and Path of Peace which explicitly forbids our submission to any type of foreign law or authority. [...] With all due respect to your Honour and the Court I am prepared and willing to resolve these issues under Keyanerekowa. »¹⁸⁰

La *Keyanerekowa* est ici décrite comme ayant valeur constitutionnelle pour les Haudenosaunee, soit une loi fondamentale qui s'applique à tous les Mohawks [*Kanienkeha:ka*]. Les termes du traité d'Albany où le wampum à deux voies aurait été échangé une première fois sont interprétés en insistant sur la division entre les deux rangées de perles pourpres. Cette séparation entre les deux voies qui ne se touchent jamais incarne un principe d'autonomie qui implique entre autres que les Mohawks ne sont pas des sujets de la Couronne canadienne, mais des partenaires alliés par traités. Le droit canadien serait donc, pour l'ensemble des Haudenosaunee, subordonné à la Grande Loi de la Paix. Voilà pourquoi M. David requiert l'extradition vers sa communauté où il pourra être jugé conformément à la *Keyanerekowa*, seul système juridique dont il reconnaisse l'autorité à son égard.

Les principes incarnés par les perles blanches du wampum à deux voies sont les grands absents de l'argumentaire défendu par M. David. Les notions de respect, d'amitié et de coexistence paisible qui émanent d'autres interprétations du wampum à deux voies pourraient valablement fonder sa participation aux audiences et sa considération pour les principes du droit canadien. Or, ces principes sont ignorés au profit d'une conception moniste de la souveraineté haudenosaunee¹⁸¹ qui nie la profonde interdépendance et l'acculturation des sociétés autochtones et non-autochtones qui s'est opérée au fil des siècles. Sa demande d'être jugé en vertu de l'ordre juridique haudenosaunee, seul qu'il considère légitime et par lequel il se sent lié, pourrait-elle être accommodée sans remettre en question les attributs de la souveraineté canadienne ? Oui, mais il faudrait alors entamer des modifications institutionnelles profondes en reconnaissant, par exemple, une juridiction à des tribunaux de droits inhérents tels que la Cour Mohawk d'Akwesasne qui s'inspire à la fois du droit civil, de la common law et de la *Keyanerekowa* pour

¹⁸⁰ *Ibid* au para 10 [je souligne].

¹⁸¹ Pour une réflexion sur les limites du nationalisme méthodologique, voir Leclair, *supra* note 151.

trancher les litiges qui lui sont soumis¹⁸². La réflexion qu'une telle entreprise suppose dépasse le cadre plus limité de cette recherche, mais la question de la juridiction reconnue (ou non) à une telle cour mérite certainement d'être approfondie. Pour le moment, il ressort de notre analyse qu'à la fiction d'une souveraineté autochtone étanche à l'application du droit canadien, se confronte le concept tout aussi fictif d'une souveraineté étatique canadienne totalisante.

(c) Refus canadien de remettre en question les assises de la souveraineté étatique

En réponse aux revendications d'autodétermination autochtone et au refus de se soumettre à la juridiction des tribunaux, le droit impose la *réalité* de la souveraineté étatique canadienne. Pour illustrer le courant jurisprudentiel dominant, nous nous intéresserons particulièrement à la décision du juge Rutherford dans l'affaire *R v David*¹⁸³ puisque ces motifs ont été repris à maintes reprises par la jurisprudence subséquente¹⁸⁴. Le paragraphe suivant esquisse brièvement les fictions de souveraineté dans lesquelles tant les parties autochtones en cause que l'État s'enferment :

« Mr David's claim, essentially a claim for full aboriginal Mohawk sovereignty, is not a novel one. It is a proposition that has been considered by Canadian courts on numerous occasions. It has never been accepted and I am certainly bound to reject it as well. Canadian sovereignty is a legal reality recognized by the "law of nations". Claims such as has been advanced in this case by Mr. David do not make that reality less real. »¹⁸⁵

En quelques mots, la souveraineté étatique canadienne acquiert une existence empiriquement indéniable qui la libère de la précarité du *concept* d'État. C'est-à-dire que le recours au vocabulaire de la *réalité* assoit l'existence de l'État canadien au-delà de la construction sociale dont il émane pourtant¹⁸⁶. La distinction, établie dans les arrêts *Haïda et Taku River*, entre la

¹⁸² Gilbert Terrance, Justice Hall et Justice Francis, « Inherent Right Courts », *Reconciliation: The Grounding of Law*, 27th Annual Indigenous Bar Association Fall Conference, October 16, 2015.

¹⁸³ *David*, *supra* note 77.

¹⁸⁴ Voir *Jamieson*, *supra* note 76; *MM (Re)*, *supra* note 77; *R v Cook*, 2010 ONSC 675; *R v Francis*, [2007] 3 CNLR 294 (ONSC); *R v Yellowhorn*, 2006 ABQB 307; *R v Crow Shoe*, 2004 ABPC 174; *Canada (Minister of National Revenue) v Ochapowace Ski Resort Inc.*, 2002 SKPC 84 [*Ochapowace*]; *R v Gibson*, [2007] OJ No 3948 (ONSC).

¹⁸⁵ *David*, *supra* note 77 au para 14.

¹⁸⁶ À l'instar du concept de souveraineté, Mariana Valverde montre comment la doctrine de l'Honneur de la Couronne construit la Couronne comme une réalité intemporelle à la fois transcendante et immanente, insensible aux

souveraineté *de facto* de la Couronne et sa souveraineté *de jure*, échappe ici à l'analyse¹⁸⁷. Il est exact que le Canada répond à toutes les caractéristiques qu'exige le droit international pour être qualifié d'État. Une population permanente, un territoire déterminé, un gouvernement et la capacité d'entrer en relations avec les autres États – tous les attributs requis en vertu de la *Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des États*¹⁸⁸ sont réunis. Aux yeux du droit international et donc d'un point de vue externe, l'État Canadien peut certainement se qualifier d'État et jouir de tous les attributs de la souveraineté étatique. Par contre, d'un point de vue interne, la souveraineté étatique qui découle d'une simple affirmation de la Couronne, s'avère plus bancal. Faute de conquête ou de traités signés avec les Premières Nations, la détermination de la souveraineté territoriale demeure incertaine sur de larges étendues¹⁸⁹. La portée de l'affirmation unilatérale de souveraineté de la Couronne en droit britannique¹⁹⁰ suffit péniblement à assurer les prétentions de souveraineté étatique sur les Autochtones n'ayant pas consenti à participer au projet canadien, ce qui fait dire à plusieurs auteurs que la souveraineté étatique canadienne sur les territoires autochtones constitue une *fiction juridique*¹⁹¹.

Comme un tabou, la fragilité de la souveraineté étatique canadienne interne échappe complètement à l'analyse proposée par les tribunaux. La jurisprudence répète tel un mantra rassurant le processus par lequel l'État canadien a finalement acquis l'autorité nécessaire à l'exercice de ses fonctions souveraines lors du rapatriement constitutionnel de 1982 :

aléas du temps et de l'espace. Mariana Valverde, *Chronotopes of Law: Jurisdiction, Scale and Governance*, Abingdon, Oxon, New York, Routledge, 2015 aux pp 125-153 (chapitre 5: « The non-modern chronotope of 'the honour of the Crown' in contemporary Canadian law »).

¹⁸⁷ *Nation haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511 (« [l]es traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne » au para 20) [*Nation haida*] et *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 RCS 550 (« la souveraineté de fait de la Couronne » au para 42) [*Taku River*].

¹⁸⁸ 26 décembre 1933, 1936 RTSN n° 3802 art 1 [adoptée par la septième Conférence internationale américaine, signée à Montevideo].

¹⁸⁹ Voir notamment Henri Dorion et Jean-Paul Lacasse, *Le Québec : territoire incertain*, Québec, Septentrion, 2011. Une situation similaire existe en Colombie-Britannique.

¹⁹⁰ Voir *Sahara occidental*, Avis consultatif, [1975] CIJ rec 12.

¹⁹¹ Voir notamment Patrick Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001 aux pp 91 et ss; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989; Michael Asch, « Aboriginal Self-Government and the Construction of Canadian Constitutional Identity » (1992) 30:2 *Alta L Rev* 465; Delia Opekokew, *The First Nations: Indian Government and the Canadian Confederation*, Saskatoon, Federation of Saskatchewan Indians, 1980.

« Cornwall Island is part of Canada. Whether any part of Canada came under British control by conquest, was ceded by treaty, or was simply annexed in a peaceful fashion, the whole country became a “settled colony” and through a constitutional metamorphosis capped by the enactment of the Canada Act, 1982 in the U.K. Parliament and The Constitution Act, 1982 in Canada’s Parliament, Canada became a sovereign nation with plenary authority to exercise its legislative jurisdiction under its constitution and govern throughout its territory. »¹⁹²

Trois moyens de mettre les territoires autochtones et leurs populations respectives sous contrôle britannique sont ici citées : a) la conquête, b) la conclusion d’un traité de cession territoriale ou c) l’annexion pacifique. Dans le cas des Mohawks d’Akwasasne, il n’y a jamais eu conquête. Les Britanniques ont au contraire promis la protection territoriale en échange de leur neutralité militaire dans la vallée du St-Laurent à l’issue de la guerre qui opposait la France et les Britanniques à la fin du XVIIIe siècle¹⁹³. Lors du Traité de Niagara où un large convoi de chefs de plusieurs Premières Nations ratifiaient les termes de la *Proclamation Royale* de 1763, le maintien de l’intégrité et de la libre possession de leurs territoires était garantie et, si l’on en croit l’existence d’un échange de la ceinture de wampum à deux voies¹⁹⁴, l’intégrité de leur autonomie politique, culturelle et juridique aurait aussi été promise. Les deux premières sources de prise de contrôle britannique sont donc écartées. Ne reste que l’hypothèse de l’annexion pacifique pour justifier la suprématie étatique canadienne sur le territoire en question. Certaines interprétations du droit international public applicable à l’époque permettent effectivement, sur la base d’une totale négation d’un quelconque statut juridique ou de droits territoriaux autochtones, d’asseoir l’autorité britannique. En vertu de ce courant doctrinal, l’occupation effective du territoire et la reconnaissance d’une telle occupation par la communauté des Nations suffisaient à justifier la suprématie de l’État. Le règlement des revendications territoriales autochtones relevait dès lors des affaires domestiques de l’État, à l’exclusion de toute juridiction des instances internationales. Cette négation des droits et du statut juridique des peuples autochtones présents avant l’arrivée des Européens est profondément ancrée dans une vision ethnocentrique basée sur la supériorité

¹⁹² David, *supra* note 77 au para 16.

¹⁹³ Jean-Pierre Sawaya, *Alliance et dépendance : Comment la couronne britannique a obtenu la collaboration des Indiens de la vallée du Saint-Laurent entre 1760 et 1774*, Sillery, Éditions du Septentrion, 2002.

¹⁹⁴ La preuve de l’échange de la ceinture de wampum à deux voies entre les Premières Nations et la Couronne pourrait s’avérer ardue. Voir Kathryn Muller, *Holding Hands With Wampum: Haudenosaunee Council Fires from the Great Law of Peace to Contemporary Relationships with the Canadian State*, thèse de doctorat en histoire, Université de Queen’s, 2008 [non publiée].

européenne et l'infériorité autochtone qui a par la suite justifié les missions de « civilisations ». Pour reprendre les termes de James Anaya :

« Thus, whether through the doctrine of trusteeship or the positivistic legal construction that denied sovereign status to indigenous peoples, international legal discourse and related decision processes developed historically to support the forces of colonization and empire that have trampled the capacity of indigenous peoples to determine their own course under conditions of equality. Early affirmations of indigenous peoples' rights succumbed to a state-centered Eurocentric system that could not accommodate indigenous peoples and their cultures as equals. »¹⁹⁵

Or, si ce principe était vraisemblablement toujours dominant en droit international public au début du XXe siècle¹⁹⁶, les développements récents en droit international de la personne en ont entamé la validité¹⁹⁷. Bref, aucune des sources citées par le juge Rutherford ne permet de conclure à la légitimité du contrôle britannique sur le territoire des Mohawks d'Akwesasne. S'il est vrai que l'État canadien est effectivement reconnu par la loi des nations, la portée de son emprise territoriale est moins claire, en particulier sur les territoires autochtones non cédés par voie de traités. En somme, l'argument de l'indiscutable *réalité* de l'existence juridique du Canada paraît plus faible à la lumière de ses assises bancales sur les territoires autochtones non cédés.

Un autre argument permet aux tribunaux d'écarter l'examen de la portée de la souveraineté territoriale canadienne. Dans l'affaire *David*, le juge Rutherford affirme que même si la revendication de souveraineté des Mohawks d'Akwesasne était soutenue par quels que fondements valides, les tribunaux domestiques n'auraient pas la compétence nécessaire pour remettre en question la souveraineté canadienne : « the claim of the executive as a matter of territorial sovereignty, is binding and conclusive ».¹⁹⁸ Suivant cette logique, la Cour n'a pas la juridiction de déterminer la portée territoriale de son propre ordre juridique, une compétence totalement déferée à la branche exécutive de l'État canadien. En conséquence, faut-il comprendre

¹⁹⁵ James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2^e ed, Oxford, Oxford University Press, 2004 à la p 34.

¹⁹⁶ *Cayuga Indians (Great Britain) v United States* (1926), VI RSA 173; *Island of Palmas case (Netherlands, USA)* (1928), II R RSA 829 ; *Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v Norway)* (1933) PCIJ (sér A/B) n° 53.

¹⁹⁷ Anaya, *supra* note 195 aux pp 49 et ss ; *Convention (n° 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, 28 juin 1989, 1650 RTNU 383, 28 ILM 1382 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991); *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG, Doc off AG NU, 61^e sess, Doc NU A/RES/61/295 (2007).

¹⁹⁸ *David*, *supra* note 77 au para 17 citant *Delgamuukw v British Columbia* (1993), 104 DLR (4th) 470 et *Post Office v Estuary Radio Ltd.*, [1967] 3 All ER 680.

que seuls les tribunaux internationaux auraient compétence pour trancher les questions d'intégrité territoriale ? La déférence dont font montre les tribunaux à l'égard des prétentions de l'exécutif est révélatrice des limites de l'analyse judiciaire. Les tribunaux sont des institutions canadiennes dont l'étendue de la juridiction dépend intimement de la portée des frontières territoriales étatiques. En laissant à l'exécutif le soin de trancher ces questions, sans égards pour la légalité des fondements juridiques qui appuient ses prétentions de souveraineté, la Cour participe à l'entreprise de consolidation de l'État canadien sur le territoire revendiqué par l'exécutif. En ce sens, les tribunaux se font les instruments du *nation building* canadien.

En somme, selon les tribunaux, l'existence de l'État canadien est une réalité juridique reconnue en droit international et le territoire d'Akwesasne fait partie intégrante de l'intégrité territoriale canadienne. Sous le droit canadien, même si des intérêts fonciers autochtones ont été reconnus, ils sont néanmoins soumis à la souveraineté, à la compétence législative et au titre sous-jacent de la Couronne. Comme d'autres cas jurisprudentiels similaires n'ont reconnu aucun droit issu de traité ou autre droit ancestral qui minerait l'application du droit canadien au territoire des mohawks d'Akwesasne, la cour a juridiction pour appliquer les dispositions du droit criminel à l'accusé.

La réaffirmation par la Cour de l'intégrité territoriale canadienne sur la réserve d'Akwesasne n'a rien de surprenant. Il est de jurisprudence constante que la portée du titre aborigène et des droits ancestraux n'affecte pas l'existence du titre sous-jacent de la Couronne¹⁹⁹. Ce qui demeure toutefois constamment dans l'angle mort de l'analyse des tribunaux canadiens, c'est la source légale qui a donné naissance à ce titre sous-jacent de la Couronne. Lorsque le Conseil Privé, dans l'affaire *St Catherines Milling*²⁰⁰, donne corps à l'affirmation de la souveraineté de l'exécutif en concluant à l'existence du titre sous-jacent de la Couronne sur les territoires potentiellement couverts par un titre aborigène, elle inscrit l'ensemble du système judiciaire comme un agent au service de l'assise de l'État. Pour les peuples autochtones, cette création spontanée du titre sous-jacent resserre l'étau de la colonisation territoriale. Plus d'un siècle plus tard, le droit canadien à l'égard des peuples autochtones continue d'opérer sur la base d'un oxymoron, à la recherche d'un compromis entre la *real politik* qui fonde la proclamation de

¹⁹⁹ Voir notamment *St Catherines Milling*, *supra* note 104; *Calder*, *supra* note 88; *Guerin*, *supra* note 104.

²⁰⁰ *St Catherines Milling*, *supra* note 104.

souveraineté de la Couronne et l'antériorité autochtone qui fonde leurs droits territoriaux²⁰¹. La difficulté de trouver des arguments juridiquement convaincants pour asseoir ce qui relève surtout d'un rapport de force inégal et d'une politique de puissance étatique explique peut-être la réticence de la Cour à remettre en question les assises de sa propre juridiction.

C. Conclusion

Cette brève analyse jurisprudentielle révèle qu'il est exact, comme l'avance Glen Coulthard, que la Cour refuse avec persistance de remettre en question les assises d'une souveraineté étatique fondée sur la domination coloniale. Bien que des avancées majeures aient été réalisées pour protéger des pratiques autochtones et, tout récemment, le titre aborigène sur certaines portions de territoire²⁰², reste que les tribunaux sont des institutions canadiennes dont le pouvoir, la juridiction et la légitimité dépendent intimement de la portée de la souveraineté territoriale canadienne. En ce sens, les tribunaux canadiens ne sont pas un forum neutre lorsqu'il s'agit de débattre et de trancher la question des revendications autochtones. Ce sont somme toute des institutions gérées par des humains, perméables aux dimensions psycho-affectives et culturelles du lourd héritage colonial canadien. Si les juges refusent de scier la branche de la souveraineté étatique sur laquelle est assise leur propre juridiction, c'est que les tribunaux participent activement à la construction [*nation building*] de l'État canadien²⁰³. Cependant le rejet de la politique de reconnaissance exprimé par Coulthard apparaît précipité. L'apparente opposition entre son point de vue et ceux de Tully, Kymlicka et Taylor est moins drastique qu'elle n'y paraît. En effet, les réformes institutionnelles qu'appelle la mise en œuvre des politiques de reconnaissance ne sont toujours pas en place et il est donc prématuré de juger de leur efficacité. Par exemple, le droit à l'autonomie gouvernementale ne jouit à l'heure actuelle d'aucune protection constitutionnelle et la juridiction des conseils de bande demeure encore à ce jour le fruit d'une délégation de pouvoir²⁰⁴ circonscrite par la *Loi sur les Indiens*²⁰⁵. D'une

²⁰¹ Felix Hoehn, *Reconciling sovereignties: aboriginal nations and Canada*, Saskatoon, Native Law Centre, University of Saskatchewan, 2012 (démontre que les tribunaux rejettent la doctrine de la découverte et de la *terra nullius* et invitent la Couronne et les Premières nations à négocier le partage de leurs souverainetés).

²⁰² *Tsilhqot'in*, *supra* note 90.

²⁰³ Notons toutefois que la Cour élabore, au moins à deux occasions, une version plus nuancée du *Nation-Building* canadien où la souveraineté étatique est envisagée comme une proclamation *de facto* dont la justification *de jure* demeure à construire. Voir *Nation haida*, *supra* note 187 au para 20 et *Taku River*, *supra* note 187 au para 42.

²⁰⁴ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5, art 91(24).

certaine manière, nous sommes en mouvement entre ce que James Tully nomme « l'empire de l'uniformité » vers un âge où la constitution embrasse ouvertement la diversité culturelle²⁰⁶. Or, la marche vers cette ère post-impériale exige un dialogue constitutionnel qui déborde les limites étroites de la reconnaissance actuellement offerte par le forum judiciaire où réduction et distorsion minent l'objectif premier de prise en considération du point de vue de l'autre. L'invocation du wampum à deux voies par les parties autochtones s'inscrit comme une tentative d'élargir les termes du dialogue internormatif afin d'amener les tribunaux à questionner les limites de leur propre juridiction. Ce n'est là que la manifestation d'un front de révolte parmi d'autres qui inscrit la résurgence autochtone comme un moteur du constitutionnalisme post-moderne qu'appellent Tully, Taylor et Kymlicka²⁰⁷. Seule cette résurgence autochtone est capable de susciter un réel dialogue apte à remettre en cause les postulats construits par le droit étatique. La mobilisation autochtone qu'appelle Coulthard se manifeste donc comme une dénonciation et un rejet de l'*application* d'une politique de reconnaissance « coloniale »²⁰⁸ qui ne reflète pas les idéaux d'un constitutionnalisme « postcolonial » où chacun écoute les voix des autres dans un esprit de collaboration plutôt que de subordination.

²⁰⁵ *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c I-5. Certains Conseils de bande ont des pouvoirs plus étendus, notamment ceux qui sont chargés de mettre en œuvre des droits issus de traités ou autres ententes *ad hoc*.

²⁰⁶ L'expression « empire de l'uniformité » est employée pour qualifier la tendance à l'uniformité culturelle dans le langage du constitutionnalisme moderne. Voir Tully, *supra* note 31.

²⁰⁷ Pour reprendre la métaphore hégélienne, c'est la révolte de l'esclave qui amène le maître à se remettre en question pour mieux se reconnaître et reconnaître.

²⁰⁸ Le titre de l'ouvrage de Coulthard l'énonce explicitement : « Rejecting the *Colonial* Politics of Recognition » [mes italiques]. Coulthard, *supra* note 72.

CHAPITRE II

Wampums et faits : La tradition orale confrontée aux archives historiques

Alors que le précédent chapitre mettait en lumière la manière dont le wampum à deux voies est employé en tant qu'instrument juridique pour appuyer les revendications d'autodétermination autochtones, le prochain chapitre propose une exploration des liens ténus entre tradition orale et wampums. En plus du wampum diplomatique, un tout autre type de wampum s'invite cette fois dans le processus judiciaire : le wampum ecclésiastique²⁰⁹. Tant le wampum diplomatique que le wampum ecclésiastique sont ici déposés en preuve non pas pour illustrer un principe normatif applicable aux relations entre l'État et les peuples autochtones, mais plutôt pour soutenir le témoignage autochtone relatif à la tradition orale. Or, s'il est bien établi que la preuve par tradition orale est admise devant les tribunaux, l'effet des wampums sur la force probante accordée aux récits oraux n'a jamais été spécifiquement examiné. Le recours aux wampums est-il susceptible d'améliorer la crédibilité des témoignages autochtones relatifs à la tradition orale ? Quel rôle joue le wampum dans la détermination de la fiabilité des récits oraux ? Plus intéressant, dans leur examen de la fiabilité et de la crédibilité des témoignages en matière de tradition orale, comment les tribunaux se prononcent-ils sur l'efficacité de pratiques de transmission de la mémoire issues de cultures juridiques qui leurs sont étrangères ? Ces questions sont d'autant plus pertinentes qu'elles permettent d'ébaucher une réflexion sur la difficulté du dialogue internormatif en contexte interculturel. Bien que la jurisprudence à cet égard soit peu abondante, l'analyse des affaires *Ochapowace*²¹⁰ et *Marshall*²¹¹ permet d'esquisser des pistes de réflexion.

Deux types de raisonnements sont déployés par les tribunaux. D'une part, dans l'affaire *Ochapowace*, l'*absence* de wampums au soutien de la mémoire orale est invoquée pour affaiblir la crédibilité du témoignage autochtone. Dans ce cas-ci, comme il s'agit de prouver des droits issus de traités, c'est l'absence de wampum diplomatique au soutien des récits oraux qui est en

²⁰⁹ Alors que le wampum diplomatique – dont le wampum à deux voies – a un potentiel internormatif susceptible de lier la Couronne, le wampum ecclésiastique – dont le wampum du Vatican – symbolise plutôt les liens qui unissent certains peuples autochtones à une tradition religieuse.

²¹⁰ *Ochapowace*, *supra* note 184.

²¹¹ *Marshall*, *supra* note 46.

cause. L'analyse de crédibilité s'appuie en partie, quoique l'effet soit somme toute marginal, sur l'efficacité des moyens mis en œuvre par la communauté pour maintenir la vivacité de leur tradition orale. Nous verrons que l'absence de supports matériels pour soutenir la mémoire des aînés a somme toute un effet marginal sur la force probante accordée à leurs témoignages. D'autre part, dans l'affaire *Marshall*, la *présence* d'un wampum ecclésiastique mène à une confrontation entre les données historiques issues de la tradition orale et celles issues de la documentation écrite. Un décalage entre ces deux sources d'information discrédite le témoin autochtone et mine la force probante de l'ensemble de son témoignage. Ce cas d'espèce qui met en scène le « wampum du Vatican » nous invite également à réfléchir aux limites du dialogue internormatif lorsqu'il s'agit pour les juges d'interpréter des principes exclusivement issus d'ordres juridiques extra-étatiques. Bien que les conditions d'admissibilité de la tradition orale autochtone soient maintenant clairement établies en droit canadien, les parties autochtones encourent des risques lorsqu'elles choisissent de présenter leurs récits oraux à l'aune du cadre juridique étatique. Le prochain chapitre ne nie pas le potentiel normatif du wampum du Vatican au sein des ordres juridiques autochtones, mais fait valoir que les wampums ecclésiastiques qui ne sont pas susceptibles de lier la Couronne n'ont pas leur place devant les tribunaux canadiens. Non seulement les tribunaux n'ont-ils aucune légitimité pour se prononcer sur l'interprétation d'instruments issus d'ordres juridiques extra-étatiques, mais l'application du cadre juridique canadien risque de nuire aux processus de revitalisation culturelle autochtone en confondant la rigidité de l'étude historique avec la flexibilité dynamique du droit.

A. L'absence de wampum au soutien de la tradition orale : L'affaire *Ochapowace*

À partir du début du 19^e siècle, le recours aux wampums dans les transactions diplomatiques s'érode. Les parties impliquées dans la conclusion des traités, incluant les premières nations réputées faire l'usage des wampums, adoptent progressivement l'écriture comme support mnémonique servant à consigner les termes de l'entente. Chez les premières nations en transit vers l'écriture, la tradition orale subsiste, mais a de moins en moins recours aux supports mnémoniques tels que les wampums. Les effets de cette transition continuent de résonner dans la jurisprudence actuelle. Comment cette absence de support matériel affecte-t-elle la crédibilité accordée aux récits oraux autochtones ? La perspective orale des premières nations

ayant adopté d'autres modes de mémorisation du traité, dont l'écrit, a-t-elle encore du poids devant les tribunaux ou ces premières nations deviennent-elles au contraire uniquement liées par les termes de l'écrit qu'elles ont adopté ? Plus largement, cette section permet d'entrevoir les raisonnements énoncés dans la jurisprudence pour jauger la force probante de la tradition orale. Certains mécanismes de transmission de la tradition orale sont-ils jugés plus fiables que d'autres ? Dans l'affirmative, où se situe le recours à des supports matériels, tels que les colliers de wampums, sur le continuum de la fiabilité ? La présente section, sans offrir de réponses définitives, ouvre quelques pistes de réflexion et de discussions sur les liens étroits entre la fiabilité de la tradition orale et les wampums qui la supporte.

L'affaire *Canada (Minister of National Revenue) v Ochapowace Ski Resort inc*²¹² est le seul cas jurisprudentiel où l'absence de wampums pour consigner les termes d'un traité est examinée. Il est question d'un centre de ski situé sur réserve qui refuse de payer des taxes au ministère du revenu canadien. Ochapowace Ski Resort Inc²¹³ est administrée par le conseil de bande et tous les actionnaires de l'entreprise sont des membres de la bande d'Ochapowace. La défense fait valoir que les peuples autochtones conservent une souveraineté inhérente qui n'a jamais été éteinte, mais a au contraire été reconnue par les termes du traité n° 4. Sur la base de cette souveraineté politique, le conseil de bande refuse de se considérer comme un agent de l'État fédéral responsable de collecter les taxes au nom du ministère du revenu canadien. La bande revendique quant à elle le droit, inhérent et reconnu par traité, de commercer librement sans interférence du gouvernement canadien. L'enjeu, pour le juge, est de déterminer si les négociations ayant mené à la signature de ce traité prévoient une exemption de taxation et, plus largement, quel degré d'autonomie politique a été promis par la Couronne. C'est dans ce contexte que plusieurs aînés sont invités à exposer en preuve les enseignements de leur tradition orale quant aux négociations ayant donné naissance au traité n°4. Les récits oraux présentés sont jugés utiles et raisonnablement fiables²¹⁴, ce qui leur permet de franchir avec succès la première étape du test de recevabilité. Reste pour le juge de première instance à déterminer la force probante de

²¹² *Supra* note 184.

²¹³ Subséquemment devenue 594265 Saskatchewan Ltd.

²¹⁴ Notons qu'au moment de déterminer si la preuve par tradition orale est fiable et pertinente, le juge Rathgeber cherche une convergence d'interprétations entre les différentes versions des récits oraux présentées par les cinq aînés.

la preuve présentée par tradition orale. Lors de cette seconde étape, le cadre juridique applicable est plus souple et le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire étendu.

Le rôle des wampums dans l'évaluation de la force probante accordée aux récits oraux

Le juge Rathgeber souligne d'emblée plusieurs difficultés qui altèrent sa capacité à évaluer la crédibilité des témoins autochtones et, par conséquent, à évaluer la force probante de leurs témoignages. Certaines étapes du cheminement analytique employé permettent d'entrevoir sa méfiance à l'égard de la fiabilité des récits oraux qui lui sont présentés²¹⁵. Une difficulté particulièrement importante pour les fins de notre propos vient miner la capacité du juge à jauger la crédibilité des témoins : il se frotte à une tradition juridique où le rapport à la mémoire est basé sur l'oralité, tradition à laquelle il n'appartient pas. Il devra notamment trancher la question de la fiabilité en se penchant sur la qualité des mécanismes de transmission de la mémoire d'une communauté qui entretient un rapport à l'histoire différent du sien. Dans ce cas-ci, c'est l'absence de support matériel pour appuyer la mémoire des événements relatés par les aînés qui attire l'attention du juge. L'absence de colliers de wampums est soulevée en ces termes :

« The elders indicated that no memory aids were used in their recollection other than the context of the story and sometimes, use of collective recollection. Comparing notes though is not an indication of or a check on accuracy. It can also mean that errors become self reinforcing. Written history indicates that the Saulteaux Indians previously used memory aids such as wampum belts to record treaties. »²¹⁶

D'une part, il y a reconnaissance implicite de la fonction mnémonique des wampums pour consigner le contenu substantif des ententes conclues avec la Couronne et d'autre part, de leur apport dans la transmission de la tradition orale. Il y a là un degré de reconnaissance plus généreux que dans d'autres décisions judiciaires où les wampums échangés lors de rapports

²¹⁵ Par exemple, la première difficulté soulevée concerne l'évaluation de la crédibilité d'un témoin autochtone qui choisi d'avoir recours aux services d'un traducteur malgré son bilinguisme. Les traductions nécessairement imparfaites amputent sa possibilité d'appuyer son analyse sur la *manière* dont les témoins s'expriment et le cantonnent aux *contenus factuels* platement extraits de leur texture humaine par le processus de traduction. Déjà, le contexte interculturel impose ses ornières. Voir *Ochapowace*, *supra* note 184 au para 19.

²¹⁶ *Ibid* au para 20.

diplomatiques sont considérés exclusivement comme des éléments procéduraux sans apport quant au contenu de l'entente²¹⁷.

Par contre, en l'absence de wampums, le juge tire une inférence défavorable pour la crédibilité des aînés qui relatent les termes de l'entente en vertu d'une tradition orale dépouillée de tous supports matériels remplissant des fonctions mnémoniques. Il semble que le wampum se voit ici octroyer un degré de fiabilité supérieur aux autres méthodes de commémoration de la tradition orale mises en place au sein de la communauté autochtone. Pourtant, l'usage des wampums à des fins diplomatiques avait décliné, sinon disparu, à l'époque où le traité n° 4 est conclu en 1874²¹⁸. Les communautés autochtones ont donc nécessairement transité vers d'autres modes de transmission de la mémoire orale.

La méfiance du juge quant à la force probante d'une tradition orale sans support matériel est aussi révélatrice de distinctions plus profondes entre la culture orale qu'il est appelé à évaluer et sa propre culture écrite. Le cadre juridique applicable, à l'instar de la culture littéraire dont il est le produit, invite le juge à rechercher *des faits* là où les cultures fondées sur l'oralité mémorisent *des principes*²¹⁹. Dans son classique ouvrage sur l'impact de l'oralité et de la littérature sur les consciences humaines, Walter Ong fait remarquer que les traditions orales n'ayant jamais connu l'écriture accumulent peu de connaissances factuelles ou statistiques divorcées de leur contexte humain²²⁰. En contraste, l'arrivée de l'écriture et de l'impression a permis à l'esprit humain d'accumuler des listes de faits et de définitions qui appellent une

²¹⁷ *R c Sioui*, [1990] 1 RCS 1025 [*Sioui*] (l'échange de wampums sert ici de preuve que l'échange était solennel, ce qui milite en faveur de l'existence d'un traité : « Bien que la présence de solennités ne soit pas d'une importance cruciale pour l'existence d'un traité je crois, de toute façon, qu'il est raisonnable de voir dans la présentation des ceintures [...] une ratification solennelle de l'accord de paix » au para 87). Voir aussi *R c Côté*, [1994] 3 CNLR 98 (QCCA); infirmé par [1996] 3 RCS 139 [*Côté*].

²¹⁸ Aucun wampum à usage diplomatique n'a été retracé en Amérique du Nord après 1807. D'ailleurs, le chef Kamooses, présent aux négociations ayant mené à la conclusion du traité, aurait demandé copies de la version écrite. Voir Marshall Joseph Becker, « The Vatican Wampum Belt: An Important American Indian Artifact and its Cultural Origins and Meaning within the Category of 'Religious' or 'Ecclesiastical-Convert' Belts » (2001) 21 *Bolletino, Monumenti Musei E Galerie Pontificie* 363 à la p 365 ; *Ochapowace*, *supra* note 184 au para 20.

²¹⁹ Cette distinction grossière entre « faits » et « principes » mérite d'être nuancée. Voir par exemple Robert Paine, « Chief Justice McEachern's Shoes: Anthropology's Ineffectiveness in Court » (1996) 19:2 *PolAR : Political and Legal Anthropology Review* 59 (« There are different denotations of *literal* here; for the Gitksan and Wet'suwet'en, their myths are "literally true" in the sense that they carry an "*ipso facto* truth"; but for McEachern, "literally true" means *factually true* in a proven sense (in written documents preferably). » à la p 61) [références omises].

²²⁰ Walter J Ong, *Orality and Literacy: The Technologizing of the World*, New York, Routledge, 2012 [@1982] à la p 43.

réflexion abstraite décontextualisée²²¹. Le juge qui cherche l'exactitude factuelle dans le discours des aînés part donc d'une prémisse qui désavantage la tradition orale autochtone.

Par ailleurs, l'importance accordée à l'usage du wampum en tant qu'outil mnémonique favorisant la fiabilité du processus de transmission de la mémoire orale pourrait émaner de la recherche d'un élément matériel extérieur, à l'instar de l'écriture, permettant l'objectivation des faits par rapport au sujet :

« By removing words from the world of sound where they had first had their origin in active human interchange and relegating them definitively to visual surface, and by otherwise exploiting visual space for the management of knowledge, print encouraged human beings to think of their own interior conscious and unconscious resources as more and more thing-like, impersonal and religiously neutral. Print encouraged the mind to sense that its possessions were held in some sort of inert mental space. »²²²

Partant de cette perspective où il y a à la fois recherche de faits et d'objectivité, il n'est pas surprenant que le juge soit conduit à considérer l'existence d'un support matériel extérieur aux sujets comme un facteur en faveur de l'exactitude de la mémoire. L'individuation de la conscience humaine et du rapport aux connaissances qu'a produit l'usage de l'écriture le conduit, probablement involontairement, à nier le caractère fondamentalement communautaire et situationnel des connaissances issues des cultures fondées sur l'oralité²²³.

Somme toute, une lecture de l'ensemble des motifs du jugement révèle que les effets de l'absence du wampum sur la crédibilité des témoins autochtones relatant la tradition orale sont marginaux. Le témoignage offert par l'aîné Danny Musqua, le témoin le plus crédible selon le juge de première instance²²⁴, perd l'essentiel de sa crédibilité lorsque ses propos sont confrontés aux archives et aux données issues de la littérature. Bien que des similitudes existent entre la

²²¹ *Ibid* aux pp 131-132 (« With print came the catechism and the 'textbook', less discursive and less disputatious than most previous presentations of a given academic subject. Catechism and textbooks presented 'facts' or their equivalents: memorizable, flat statements that told straightforwardly and inclusively how matters stood in a given field. By contrast, the memorable statements of oral cultures and of residually oral manuscript cultures tended to be of a proverbial sort, presenting not 'facts' but rather reflections, often of a gnostic kind, inviting further reflection by the paradoxes they involved. »).

²²² *Ibid* à la p 129.

²²³ *Ibid* aux pp 45-46.

²²⁴ *Ochapowace*, *supra* note 184 au para 23.

tradition orale rapportée et les archives documentaires²²⁵, les récits oraux sont jugés incomplets ou inexacts en ce qui concerne le contexte historique entourant la signature du traité n° 4²²⁶, la connaissance des autres traités précédemment signés dans la région²²⁷ et l'histoire du Canada précédant la signature du traité en 1874²²⁸. La tradition orale relative aux négociations en matière de taxation est aussi jugée peu crédible par le juge qui soulève les contradictions entre les différentes versions des aînés pour miner la crédibilité de l'ensemble de leurs témoignages²²⁹. Ultimement, les récits oraux sont donc surtout discrédités par la confrontation avec la littérature documentaire et par les contradictions émanant des différentes versions de la tradition orale exposée par les aînés. L'affaire *Ochapowace* fait donc surtout ressortir les similitudes entre le traitement réservé à la force probante des récits oraux et du wampum qui les incarnent. Dans les deux cas, c'est la confrontation avec la documentation historique qui va ultimement miner la crédibilité de la perspective autochtone. L'affaire *Marshall* et le traitement réservé au wampum du Vatican étoffe cette conclusion préliminaire.

B. La présence de wampum sans potentiel normatif intersociétal : L'affaire *Marshall*

Au soutien de la tradition orale, il arrive que des wampums n'ayant aucun potentiel normatif intersociétal soient déposés en preuve afin de soutenir la mémoire d'événements passés transmis oralement. Destinés à asseoir la tradition orale autochtone sur des sources mnémoniques matérielles, le recours à ce type de wampums peut toutefois avoir un effet dévastateur sur la crédibilité du témoin autochtone. Les jugements des cours provinciale et suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Marshall*²³⁰ offrent la discussion la plus étoffée de la jurisprudence actuelle relativement aux effets d'un collier de wampum ecclésiastique sur la force probante du témoignage autochtone. Dans cette affaire, trente-cinq (35) personnes d'origine Mi'kmaq sont accusées d'avoir coupé et prélevé du bois sur des terres de la Couronne, contrairement au *Crown*

²²⁵ *Ibid* aux paras 26, 48.

²²⁶ *Ibid* aux paras 24-25, 27.

²²⁷ *Ibid* aux paras 27 et 32.

²²⁸ *Ibid* au para 28.

²²⁹ Par exemple, l'aîné Danny Musqua fait valoir que son peuple n'avait pas de notion d'argent, alors que deux autres aînés mentionnent que le non-paiement des taxes faisait partie de l'entente conclue avec la Couronne en 1874. *Ibid* au para 33.

²³⁰ *Marshall*, *supra* note 46.

*Lands Act*²³¹. En défense, les accusés reconnaissent tous les faits à l'origine du litige. Par contre, ils allèguent que leurs actes ne constituent pas une violation du droit étatique puisqu'ils détiennent un titre aborigène sur l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Écosse²³², ainsi que des droits issus de traités comprenant des droits d'exploitation forestière à des fins commerciales. Le wampum du Vatican est déposé en preuve par la défense pour appuyer le témoignage du chef héréditaire Stephen Augustine quant à l'ancienneté des liens qui unissent les mi'kmaq à leurs territoires ancestraux. Rapidement, l'analyse de la force probante du témoignage du chef Augustine se concentre sur les données contradictoires entourant les origines de ce wampum.

Les prochains paragraphes font valoir que la caractérisation réductrice du wampum ecclésiastique pour satisfaire aux exigences du test relatif au titre aborigène mène à une confrontation entre les archives historiques et les récits oraux qui s'avère fatale à la crédibilité de l'ensemble du témoignage du chef Augustine et provoque la marginalisation de la seule source de « perspective autochtone » à laquelle la cour avait accès. En examinant ce jugement à travers le prisme du pluralisme juridique, un élément suscite la curiosité : bien que la discussion entourant le wampum du Vatican accapare l'essentiel de l'analyse relative aux récits oraux, nul examen approfondi ne concerne son potentiel internormatif et l'utilité de le présenter en preuve.

*Le wampum du Vatican : un wampum ecclésiastique sans portée normative intersociétale*²³³

À aucun moment le wampum du Vatican n'a-t-il été échangé avec des représentants de la Couronne pour consigner les termes d'une entente. Ce constat fait l'unanimité tant au sein des communautés autochtones qui s'en réclament que des experts en histoire et en anthropologie qui ont examiné le wampum à la lumière des archives documentaires²³⁴. D'après la classification proposée par l'anthropologue Marshall J Becker, il s'agirait plutôt du dernier artéfact connu de la sous-catégorie des wampums religieux [ou ecclésiastiques] identifiés par un symbole de croix²³⁵. Tant les interprétations issues des récits oraux autochtones que celles émanant de la recherche

²³¹ RSNC 1987, c 144.

²³² Reconnu par la *Proclamation Royale de 1763*, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 1.

²³³ La prochaine section s'inspire largement des travaux de Becker, *supra* note 218.

²³⁴ Tous les experts reconnus dans l'affaire *Marshall*, soit le Dr Wicken et Stephen Augustine pour la défense ainsi que le Dr Von Gernet pour la Couronne s'entendent sur cette question.

²³⁵ Ce collier de wampum a la particularité d'arborer à la fois le symbole d'une croix et l'inscription du mot séculier « whompom ». Comme le texte en question est séculier, c'est le symbole de la croix qui en fait un wampum ecclésiastique. Voir Becker, *supra* note 218 à la p 390.

historique s'entendent pour affirmer que ce wampum a été conçu puis offert à l'Église catholique pour symboliser la conversion des premières nations concernées au christianisme²³⁶.

Remarquablement large et long²³⁷, le wampum du Vatican dépasse en superficie la plupart des colliers de wampum répertoriés à ce jour. Ses motifs sont constitués de neuf éléments formés de perles blanches sur fond de perles pourpres. Au centre de la ceinture se tient une croix qui divise le wampum en deux sections. Du côté droit de la croix, soit dans la « section autochtone », des blocs rectangulaires représenteraient des maisons longues. Suivent la représentation d'une massue (d'une pipe ou d'une hache), d'une flèche pointant vers le bas (ou d'un pin), d'une figure humaine tenant un arc (représentation d'un Autochtone), puis d'une ligne en zigzag qui unit cette figure humaine à la croix centrale. Au centre du wampum, une figure autochtone et un prêtre touchent la croix d'une main. Sur la partie gauche du wampum, soit la « section religieuse », se trouvent une représentation à l'effigie d'une cathédrale [probablement la basilique Saint-Pierre de Rome] et le texte « WHOMPOM ».

La relation symbolisée par le don de ce wampum unit donc l'Église catholique et les membres des premières nations converties au catholicisme. À mon avis, seules ces parties ont la légitimité d'interpréter les principes, incarnés par le wampum, au fondement du lien qui les unit. Bien que peu de traces écrites relativement au sens de ce wampum soient aisément disponibles, le point de vue romain est partiellement exprimé dans les archives du Vatican. D'après ces textes, le motif du chemin en zigzag qui unit la figure autochtone à la croix centrale représenterait la longue et tortueuse route à parcourir entre la vie « errante » des autochtones avant leur conversion et leur adhésion aux préceptes du christianisme. Il ne s'agit là que d'un courant d'interprétation de ce symbole. Une méthode de recherche incorporant l'étude des récits oraux permettrait probablement de distinguer d'autres courants d'interprétation.

Pour les fins de notre propos, il faut retenir que d'après l'ensemble des données actuellement disponibles, ce wampum n'a aucune portée normative susceptible de lier la Couronne ou de constituer l'instrument d'un « co-ordre » juridique entre premières nations et

²³⁶ Il y a débat sur l'*identité* des premières nations impliquées dans l'échange et sur l'*époque* à laquelle le don du wampum au Vatican a eu lieu.

²³⁷ Il comprend 15 rangées de perles de largeur et 660 rangées de perles de longueur.

État. Si portée normative il y a, son interprétation appartient exclusivement aux autorités reconnues au sein des ordres juridiques autochtones qui se réclament de ce wampum et aux autorités ecclésiastiques concernées. La légitimité du point de vue avancé par les tribunaux canadiens, lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur le sens à donner à un tel wampum, doit donc être questionnée. Un ordre juridique donné a-t-il la légitimité de se prononcer sur les instruments de droit d'un autre ordre juridique ? Un espace d'étanchéité entre les divers ordres juridiques devrait-il être maintenu afin d'en préserver le dynamisme interne, à l'abri des ingérences de l'autre ? S'il est cognitivement délicat de re-connaître ce qui échappe à l'état initial de la connaissance et si la distorsion est une forme de violence pour celui qui la subit, tous les éléments normatifs qui n'appartiennent pas à cet ensemble de normes intersociétales ne devraient-ils pas rester à l'abri du regard réducteur de l'autre ? Surtout si l'opinion de cet autre, comme dans le cas des tribunaux canadiens, se cristallise en décisions judiciaires capables d'influer sur le cours du réel.

Le wampum réduit à son apport factuel et historique

Considérant que le wampum du Vatican n'incarne aucun principe susceptible de lier la Couronne, pourquoi l'avoir déposé en preuve ? Comment ce wampum contribue-t-il à acquitter le fardeau de preuve qui s'impose aux défendeurs ? Un examen du cadre juridique applicable permet de comprendre que le wampum du Vatican n'est pas présenté pour les *principes* qu'il incarne au sein des premières nations qui l'invoquent, mais pour y appuyer la mémoire de *faits* relatifs à l'histoire de la présence mi'kmaque sur les territoires où ils revendiquent un titre aborigène. En ce sens, sa portée normative est ignorée au profit des éléments de contexte historique que la Cour cherche à extraire des récits oraux qu'il incarne.

Très brièvement, le fardeau de preuve qui s'impose aux défendeurs en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²³⁸ se décline comme suit. Afin de prouver l'existence du titre aborigène, ils doivent faire la preuve de leur occupation *régulière et exclusive* du territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne²³⁹. Le test élaboré par les tribunaux

²³⁸ Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

²³⁹ *Delgamuukw*, *supra* note 21 aux paras 143-159.

pour prouver l'existence du titre aborigène en vertu de l'article 35 invite la Cour à débusquer dans le témoignage autochtone les éléments relatifs au *contexte historique* afin de prouver l'occupation exclusive et régulière du territoire revendiqué au moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Dans ce contexte, la défense a recours à la tradition orale pour démontrer l'ancienneté des liens qui existent entre les Mi'kmaq et leurs territoires ancestraux ainsi que l'intensité de leur utilisation territoriale²⁴⁰. Aux yeux de la Cour, l'élément le plus significatif à tirer du wampum du Vatican est donc l'*époque* à laquelle il a été conçu et offert. Si l'authenticité de sa confection par les Mi'kmaq au début du 17^e siècle est confirmée, la preuve relative à la présence des Mi'kmaq sur le territoire de la Nouvelle-Écosse au début des années 1600 se trouve renforcée. Notons toutefois que le recours au wampum du Vatican pour étayer cette preuve paraît, dans les circonstances, superflu. Tous les experts au dossier s'entendent pour confirmer la présence des Mi'kmaq antérieurement à l'arrivée des Européens²⁴¹. La Cour elle-même reconnaît d'emblée que « [f]rom the time of recorded history Mi'kmaq have lived in what we now know as the Bay of Chaleur area, northeastern New Brunswick, Prince Edward Island and Nova Scotia, including Cape Breton »²⁴². Le recours au wampum du Vatican ne semble donc pas crucial pour établir la preuve de l'antériorité territoriale du peuple mi'kmaq ni l'intensité de son occupation territoriale²⁴³. Considérant la nature du wampum du Vatican, l'*utilité* de le déposer en preuve et la conclusion relative à son admissibilité doit être remise en doute. Repousser cette analyse au moment d'examiner la force probante de la tradition orale a pour effet d'affecter la crédibilité de l'ensemble du témoignage et mène la Cour, comme nous le verrons plus tard, à écarter les seuls éléments de preuve sur lesquels repose la perspective autochtone. Le statut accordé au chef Augustine par la Cour témoigne aussi de la compréhension réductrice de la portée de son témoignage et maintient l'aveuglement de la cour quant au dialogue internormatif auquel elle participe pourtant lorsque des aînés autochtones sont appelés à présenter les traditions orales de leurs peuples.

²⁴⁰ *Marshall*, *supra* note 46 au para 58.

²⁴¹ *Ibid* aux paras 9-10.

²⁴² *Ibid* au para 1.

²⁴³ En perspective, les éléments de la tradition orale confirmant l'ancienneté de la pratique qui consiste à diviser le territoire en sept districts partagés par familles a beaucoup plus de poids pour établir l'intensité de l'utilisation territoriale des Mi'kmaq avant l'arrivée des européens. Ce second élément de preuve présenté par tradition orale touche au cœur du débat juridique qui sera plus tard tranché dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, *supra* note 90, soit le degré d'utilisation requis pour établir un titre aborigène.

Le statut de Stephen Augustine : chef héréditaire mi'kmaq ou ethno-historien ?

Le cadre juridique applicable, excluant toute reconnaissance des aspects potentiellement normatifs de la tradition orale mi'kmaque, conduit la Cour à reconnaître au chef héréditaire Stephen Augustine le statut d'expert en ethno-histoire. Si cette qualification du chef Augustine est éloquente en ce qui concerne l'intérêt de la Cour pour les éléments de contexte historique dérivant de son témoignage, elle ignore le rôle que joue le chef héréditaire Augustine au sein des structures traditionnelles de gouvernance mi'kmaques. Son titre de chef héréditaire atteste du statut dont il bénéficie en tant qu'interprète des traditions juridiques de sa communauté. En le reconnaissant en tant qu'ethno-historien apte à témoigner sur le contexte historique, la Cour cantonne la portée de son témoignage au domaine de l'histoire et lui refuse du même souffle la déférence qui lui est due au sein de sa propre communauté. Ce faisant, la Cour est conséquente avec son refus d'accorder toute reconnaissance aux ordres juridiques autochtones contemporains, comme nous l'avons vu au chapitre premier. D'après John Borrows, le chef Augustine aurait dû être perçu par la Cour comme un juge mi'kmaq habilité à interpréter la signification des instruments normatifs de son peuple au moment des premiers contacts avec les européens dans l'actuelle Nouvelle-Écosse²⁴⁴. Au contraire, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse va jusqu'à faire preuve de mépris pour le statut du chef Augustine au sein des traditions juridiques mi'kmaques en le qualifiant de « self-proclaimed interpreter of wampum belts »²⁴⁵. Si la Cour était consciente d'être en dialogue avec le représentant d'un ordre juridique extra-étatique plutôt qu'avec un simple ethno-historien, il faudrait faire preuve d'un plus grand devoir de réserve. Dans un contexte d'inégalité des rapports de force et considérant que la Cour émet des jugements unilatéraux susceptibles d'affecter le développement de la normativité autochtone, un plus grand degré d'humilité épistémologique est de mise²⁴⁶.

L'éventuelle reconnaissance du chef Augustine en tant qu'autorité apte à se prononcer sur l'interprétation de principes issus de l'ordre juridique mi'kmaq remettrait en question des éléments fondamentaux de l'approche de la Cour suprême en matière de droits ancestraux, notamment le confinement des droits reconnus aux *pratiques* ancestrales plutôt qu'aux *droits*

²⁴⁴ Borrows, *supra* note 47 à la p 69.

²⁴⁵ *R v Marshall*, 2002 NSSC 57, [2002] 3 CNLR 176 au para 116; affirmé dans *R c Marshall ; R c Bernard*, [2005] 2 RCS 220.

²⁴⁶ Kirsten Anker, *Declarations of Interdependence: A Legal Pluralist Approach to Indigenous Rights*, Aldershot, Hampshire, Ashgate, 2014.

issus des ordres juridiques autochtones ayant survécu à l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. De nouvelles questions émergeraient également d'une telle reconnaissance. Le juge Curran, en première instance, soulève avec justesse et ouverture les limites à sa capacité de saisir le poids et la portée à accorder à l'opinion du chef Augustine : « We don't know whether the traditions [Chief Augustine] relates were influenced by his own literacy or that of his forebears. We don't know whether there are other Mi'kmaq tradition bearers or other traditions about the same topics. »²⁴⁷ Ces interrogations tout à fait légitimes de la Cour invitent à réfléchir sur la position délicate des tribunaux canadiens appelés à interagir avec les ordres juridiques autochtones. Dans la mesure où les témoins autochtones sont reconnus comme des interprètes légitimes au sein de leurs propres ordres juridiques, les tribunaux canadiens devraient-ils s'intéresser à la manière dont ils ont pris connaissance de leurs propres traditions afin de déterminer si leurs sources sont fiables et crédibles ? Les tribunaux devraient-ils au contraire faire preuve de déférence à l'égard de leurs interprétations dès qu'il est démontré que le témoin apte à se prononcer sur sa propre tradition juridique a une autorité reconnue au sein de sa propre communauté²⁴⁸ ? Dans l'éventualité où plusieurs courants d'interprétation émergent de la même tradition juridique autochtone, comment les tribunaux canadiens devraient-ils interpréter les zones de confrontation entre les interprétations issues de différents témoins autochtones²⁴⁹ ? Toutes ces voies de réflexion deviendraient cruciales si le droit étatique relatif aux autochtones invitait les tribunaux canadiens à considérer les récits oraux dans le contexte d'un véritable dialogue internormatif. Ces questions appellent des modifications institutionnelles profondes susceptibles de transformer le processus judiciaire – d'un modèle d'autorité unilatérale postulant l'exclusivité du droit étatique vers un forum dialogique entre ordres juridiques reconnus. Cette réflexion, de plus en plus nécessaire, déborde le cadre plus limité de nos recherches et suppose que les institutions judiciaires ont l'aptitude et la volonté de s'ouvrir à un modèle véritablement pluraliste. Dans l'état actuel du droit étatique où les ordres juridiques autochtones ne sont pas considérés comme tels par les instances judiciaires, ces plus amples voies de réflexion demeurent

²⁴⁷ *Marshall*, *supra* note 46 au para 65.

²⁴⁸ Par exemple, devant la Cour tribale hopi, le juge procède lui-même à l'interrogatoire des aînés habilités à se prononcer sur les traditions hopis. Nul contre-interrogatoire n'est alors permis et la conversation relative au droit est strictement réservée au juge et à son interlocuteur autochtone. Voir Richland, *supra* note 114 aux pp 70 et ss.

²⁴⁹ Dans l'affaire *Ochapowace*, *supra* note 184, plusieurs aînés offrent leurs témoignages relatifs à la tradition orale de la communauté. La Cour confronte leurs différentes versions dans le cadre de l'examen de leur crédibilité.

réduites aux enjeux soulevés par la confrontation des récits oraux autochtones avec la documentation historique.

Les « deux vies » du wampum du Vatican: les récits oraux confrontés aux archives historiques

Une fois le recours au wampum et aux récits oraux qu'il supporte réduits à leur seule dimension historique, l'essentiel de l'argumentation des parties s'articule autour de *l'exactitude des faits* relégués par la tradition orale. Les termes mêmes du débat juridique invitent à la confrontation entre deux sources d'information légitimes, soit la tradition orale autochtone et les documents historiques. En droit canadien relatif aux Autochtones, ces deux sources de connaissances doivent en principe se voir accorder un poids équivalent²⁵⁰. Le cas du wampum du Vatican fait pourtant ressortir les limites du principe d'égalité au cœur de l'appréciation de la preuve historique.

Le débat entre les parties s'articule autour de ce que l'anthropologue Marshall J Becker appelle les « deux vies » du wampum du Vatican²⁵¹. La première remonte à l'année 1831, moment où le wampum aurait été offert au pape Gregory XVI par la communauté de Kanesatake pour symboliser son attachement au catholicisme. Le rapport déposé par l'expert de la Couronne, le Dr Von Gernet²⁵², fait écho à cette première interprétation du wampum qui s'appuie essentiellement sur une recherche dans les archives documentaires du Vatican²⁵³. La seconde « vie » de ce collier de wampum, plus contemporaine, émane de témoignages issus de premières nations originaires de la région des maritimes, y compris les Mi'kmaq, qui réclament leur attachement culturel au wampum du Vatican. Les récits oraux rapportés par le chef Stephen Augustine, qui associent le wampum du Vatican à la conversion de Membertou²⁵⁴ au catholicisme vers le début du 17^e siècle, se rattachent à cette seconde interprétation. L'enjeu est le suivant : les archives documentaires ne supportent aucunement la version de l'histoire rapportée

²⁵⁰ *Van der Peet*, *supra* note 20 aux paras 49-50, 68 cités dans *Delgamuukw*, *supra* note 21 aux paras 81, 87.

²⁵¹ Becker, *supra* note 218.

²⁵² Au sujet du Dr Von Gernet, voir Drew Milton, « A bad connection: First Nations' Oral Evidence and the Listening Ear of the Courts » dans Renée Hulan et Renate Eigenbrod, dir, *Aboriginal oral traditions: theory, practice, ethics*, Halifax, Fernwood Pub, 2008, 90.

²⁵³ *Marshall*, *supra* note 46 au para 60.

²⁵⁴ Membertou, baptisé Henri, est le premier chef mi'kmaq à être baptisé en Amérique du Nord en date du 24 juin 1610.

par la tradition orale mi'kmaque. Toute la documentation examinée par les experts en anthropologie converge vers la conclusion que le wampum du Vatican n'a aucun lien avec l'histoire du peuple mi'kmaq. D'après ces sources écrites, jamais le wampum du Vatican n'a-t-il été confectionné au début du 17^e siècle (sa confection aurait plutôt eu lieu quelques deux cents ans plus tard) et jamais n'a-t-il été offert au pape par la première nation mi'kmaque. D'un point de vue historique, la version rapportée par le chef Augustine est erronée.

Les conséquences de cette erreur factuelle sont fatales à la crédibilité de l'ensemble du témoignage du chef Augustine, qu'il s'agisse de son témoignage relatif au wampum du Vatican ou à l'ancienneté de la division du territoire en sept districts familiaux. Or, si la preuve documentaire entre en contradiction *explicite* avec les récits oraux relatifs au wampum du Vatican, les sources écrites sont simplement *muettes* quant à la division territoriale anciennement pratiquée par les mi'kmaqs. En vertu du principe d'égalité et de complémentarité des sources documentaires et de la tradition orale, il aurait donc été possible pour le juge de première instance de suppléer au mutisme de la documentation écrite relativement aux pratiques de division territoriale mi'kmaques en ayant recours aux informations issues des récits oraux rapportés par le chef Augustine. Il semble que les informations issues des archives historiques ne contredisent pas directement les récits oraux en ce qui concerne les pratiques d'utilisation territoriales – elles se contentent de les ignorer. Pourtant, l'inexactitude factuelle liée au wampum du Vatican va discréditer l'ensemble du témoignage du chef Augustine. En première instance, la Cour adopte une approche quantitative pour jauger la force probante de la tradition orale par rapport aux sources issues de documents historiques : « [t]he court did not say oral tradition was better than documentary evidence or that the smallest amount of oral tradition was to be accepted over a mountain of documentary evidence »²⁵⁵. Une telle approche *quantitative* rend-elle justice aux différences *qualitatives* caractéristiques de la tradition orale ? Les documents écrits ne seront-ils pas systématiquement avantagés par une analyse de la force probante axée sur le *nombre* de sources disponibles ? Il y a de quoi craindre une marginalisation exagérée de la perspective autochtone dans le cas où une telle approche quantitative devenait la norme : la preuve documentaire sera nécessairement généralement plus abondante en quantité que les récits oraux

²⁵⁵ Marshall, *supra* note 46 (« Oral tradition is not any better than documentary evidence and it is not to be blindly accepted over a mountain of documentary evidence. » au para 116).

rapportés par quelques témoins autochtones aptes à les interpréter. Il y aurait aussi lieu de questionner les origines des sources écrites afin de s'enquérir du contexte dans lequel elles ont été confectionnées. Bien que l'écrit offre une assise matérielle aux interprètes d'aujourd'hui, ce médium est aussi perméable à l'erreur humaine.

Le juge Scanlan, de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, poursuit en presumant que la perspective des Mi'kmaq relativement à l'occupation de la Nouvelle-Écosse est aisément compréhensible²⁵⁶. Pourtant toutes sources appuyant le point de vue mi'kmaq sur les droits territoriaux qu'ils réclament viennent d'être mises à l'écart. Le wampum du Vatican, qui n'était au départ pas une pièce cruciale de la preuve soumise par les défendeurs, finit par envahir presque tout l'espace de l'analyse de la crédibilité du seul témoin apte à se prononcer sur la perspective autochtone et a pour effet de marginaliser l'ensemble de la perspective autochtone dont la cour cherche pourtant à s'enquérir.

Bref, les « risques » associés à la prise en considération de la tradition orale autochtone par les tribunaux²⁵⁷ sont exacerbés par le test relatif au titre aborigène développé sous l'article 35 qui conduit la magistrature à réduire la portée des témoignages autochtones à leurs éléments factuels et historiques. De cette réduction découle la confrontation entre les récits oraux et les archives documentaires. La crédibilité des informations émanant de la tradition orale ne survivra à ce duel que si elles sont corroborées par les sources historiques. Le même constat s'applique aux wampums invoqués à l'appui de la tradition orale. Intimement liés aux récits oraux qu'ils accompagnent, leur dépôt en preuve subit un sort similaire – d'abord leur potentiel normatif est ignoré, ensuite la cour cherche à y dénicher des éléments de faits qui sont par la suite confrontés à la documentation historique pour en valider la fiabilité. D'après John Borrows, il s'agit là d'une erreur de qualification de la tradition mi'kmaque. Le wampum du Vatican devrait être examiné non pas en s'interrogeant sur l'exactitude des informations contextuelles historiques qui l'entourent, mais en tant qu'instrument de droit contemporain émanant du constitutionnalisme

²⁵⁶ *Marshall*, *supra* note 245 (« It is easy to understand the Mi'kmaq perspective wherein they feel they occupied Nova Scotia to the exclusion of all others » au para 117).

²⁵⁷ Le juge Scanlan décrit le recours à la tradition orale comme un risque : « The risks associated will [sic] oral history or oral tradition become very apparent when as in the present case it became obvious that the wampum belt was not part of Mi'kmaq history. » Nulle analyse des « risques » associés à la fiabilité des archives documentaires n'est proposée. *Ibid* au para 116.

mi'kmaq²⁵⁸. J'irais plus loin. Lorsque le wampum en question est issu exclusivement de l'ordre juridique autochtone, sans qu'aucun élément intersociétal susceptible de lier la Couronne n'y soit rattaché, il faut à mon avis questionner la pertinence de présenter cet élément de la tradition orale devant les tribunaux canadiens. Enfin, la question du « risque » lié à la présentation de la preuve par tradition orale autochtone doit s'inverser pour nous amener à nous interroger non pas sur les aléas du recours aux récits oraux par les tribunaux, mais plutôt sur les dommages potentiels de décisions rendues en vertu du droit canadien sur la vitalité des traditions juridiques autochtones.

Les tribunaux et la revitalisation des cultures juridiques autochtones

Le cas du wampum du Vatican illustre bien les risques associés à la qualification erronée du wampum sur la vitalité des traditions juridiques autochtones. Une fois cantonné à son seul apport en matière de contexte historique, les récits oraux associés au wampum du Vatican sont décortiqués à l'aune de l'analyse historique. Hors, d'après Becker, bien que certaines communautés autochtones situées dans les provinces maritimes puissent avoir un lien éloigné avec les créateurs du wampum du Vatican en 1831, les mi'kmaqs n'auraient aucune relation de près ou de loin avec le wampum original. Le wampum du Vatican serait plutôt utilisé par ces communautés dans le cadre de processus contemporains de *revitalisation culturelle* caractérisés par un mouvement de renouveau qui cherche à s'émanciper des balises de la continuité historique tout en s'en réclamant. Becker décrit le wampum du Vatican comme un icône de ces processus de revitalisation culturelle générateurs de déformations historiques :

« These claimant groups have “adopted” the Vatican belt; or more specifically the “idea” of the belt, as part of the process of reconstructing their supposedly “lost” cultures. These reconstructions of the past, or cultural reconstructions, invariably are created using logic and data from modern European traditions to synthesize “culture” in various ways. These deliberate attempts to create a more satisfying culture are modes of “revitalization”, as defined by Wallace. »²⁵⁹

Le principe émanant du wampum du Vatican aurait donc été adopté par des communautés mi'kmaqs qui n'ont aucun lien avec le wampum original afin d'appuyer une entreprise de

²⁵⁸ Borrows, *supra* note 47 aux pp 69-70.

²⁵⁹ Becker, *supra* note 218 à la p 5.

renouveau culturel. Si l'inconfort à l'égard de cette réinterprétation du sens à donner au wampum du Vatican se comprend dans le cadre d'une approche axée sur l'exactitude historique, un changement d'angle d'analyse fait ressortir l'importance de ces processus de revitalisation culturelle pour la survie des cultures autochtones et la nécessité de laisser l'espace suffisant pour que cette renaissance autochtone prenne place.

En effet, après plusieurs siècles de répression dans l'étau du colonialisme, les cultures juridiques autochtones ayant survécu dans l'ombre sont maintenant en pleine résurgence²⁶⁰, ce qui paraît coïncider avec le processus de revitalisation culturelle décrits par Anthony Wallace²⁶¹. Or ces processus de revitalisation constituent des mécanismes essentiels à la survie culturelle de groupes humains en situation de stress²⁶². Le contexte de subordination politique, les tentatives d'assimilation, la détresse économique, les épidémies, etc. sont autant de facteurs susceptibles de générer ce que Wallace appelle une « période de distorsion culturelle » caractérisée par l'intégration de nouveaux éléments qui créent de plus en plus de dissonances internes. À terme, la multiplication de ces facteurs de stress affecte la capacité des membres de la société à faire sens du monde qui les entoure. Si rien n'est entrepris pour apporter cohérence et diminuer les tensions internes de plus en plus anxiogènes, cette étape de détérioration culturelle peut mener à l'extinction de la société touchée. C'est alors que la revitalisation culturelle devient une tentative de survie, une véritable bouée de sauvetage permettant aux sociétés de renouveler leurs mythes fondateurs en s'appuyant sur *la continuité des principes sous-jacents*.

²⁶⁰ Voir notamment Borrows, *supra* note 79; Benjamin J Richardson, Shin Imai et Kent McNeil, dir, *Indigenous Peoples and the Law: Comparative and Critical Perspectives*, Oxford, Portland, Hart, 2009; Rapport de la Indigenous Law Research Unit at the University of Victoria, *Revitalizing Indigenous Law and Changing the Lawscape of Canada*, en ligne : <http://www.indigenousbar.ca/indigenouslaw/wp-content/uploads/2013/04/AJR_Brochure.pdf>; Val Napoleon and Hadley Friedland, « Indigenous Legal Traditions: Roots to Renaissance » dans Markus D Dubber et Tatjana Hörnle, dir, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, en ligne : <https://books.google.ca/books?hl=fr&lr=&id=Vg67BQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT267&dq=val+napoleon+indigenous+law+revitalization&ots=Am1X-MFTSj&sig=P9Is_5aBOe6gYkKBZOIWTW1EjW0#v=onepage&q&f=false>; Gordon Christie, « Culture, Self-Determination and Colonialism : Issues Around the Revitalization of Indigenous Legal Traditions » (2007) 6 Indigenous L J 13; Sylvia McAdam (Saysewahum), *Nationhood Interrupted: Revitalizing Nêhiyaw Legal Systems*, Saskatoon, Purich Publishing, 2015.

²⁶¹ Anthony F Wallace, « Revitalization Movements » (1956) 58:2 American Anthropologist 264.

²⁶² D'ailleurs, les processus de revitalisation décrits par Wallace débordent largement le cadre de l'*autochtonie* pour s'inscrire globalement au sein de l'histoire humaine qui regorge d'exemples. *Ibid* (« Revitalization movements are evidently not unusual phenomena, but are recurrent features in human history. Probably few men have lived who have not been involved in an instance of the revitalization process. They are, furthermore, of profound historical importance. » à la p 267).

Si le wampum du Vatican s'inscrit réellement, chez les mi'kmaqs qui s'en revendiquent, dans le cadre d'un tel processus de revitalisation culturelle, les tribunaux devraient faire d'autant plus preuve de réserve lorsqu'ils sont invités à se prononcer sur la force probante des récits oraux qu'il incarne. Sous cette lorgnette, la relecture du wampum que présente le témoignage du chef Augustine a valeur de croyance qui contribue au renouvellement des mythes fondateurs mi'kmaqs. Le wampum ecclésiastique qu'il utilise pour donner corps à la mémoire du baptême de Membertou, bien que le lien ne soit pas historiquement exact selon les sources documentaires, peut demeurer pertinent au sein de l'ordre juridique mi'kmaq qui peut fonctionner selon des règles différentes de celles qui prévalent au sein du système étatique. Ce qui importe, du point de vue *interne* de la communauté, c'est que l'interprétation de ce wampum soit *aujourd'hui* pertinente pour la société mi'kmaque qui s'en réclame et permette d'affirmer, par le recours à un objet considéré sacré, la valeur des liens qui les unissent au catholicisme. Même l'expert choisi par la Couronne, le Dr Von Gernet, établit une distinction entre les *croyances*, qui doivent faire l'objet de respect, et la preuve de *faits historiques*, qui doit faire l'objet d'une analyse critique²⁶³. Or, lorsque le cadre juridique étatique conduit les parties autochtones à mettre de l'avant leurs points de vue, croyances et faits historiques s'entremêlent de sorte que les premières sont traitées comme les secondes, sans égards pour les impacts de cette confusion sur le succès du processus de revitalisation en cours qui, rappelons-le, est crucial pour la survie culturelle du groupe. Dans le cas du wampum du Vatican, l'appropriation par les Mi'kmaqs de ce symbole du catholicisme, peut illustrer non pas la constance de l'usage de la symbolique du wampum, mais bien la persistance de l'attachement mi'kmaq à la religion catholique. Ainsi, c'est cet attachement qui constitue le principe continue sous-jacent et seule la manière de l'exprimer évolue au fil du temps²⁶⁴.

²⁶³ Marshall, *supra* note 46 au para 62 et Marshall, *supra* note 245 au para 115.

²⁶⁴ De manière similaire, Kirsten soulève la différence entre la continuité pratique et la continuité narrative qui s'exprime dans l'affaire australienne Yorta Yorta. Voir Anker, *supra* note 246 (« In the narrative of sacredness pursued by the cross-examining counsel, it is the age of the specific object (the midden) which is brought into focus rather than the continuity of the veneration of ancestors or the belief in the sacred itself. But Yorta Yorta narratives highlight a different locus of continuity. In a play by Yorta Yorta playwright Andrea James that takes over the court decision, there is a mantra that sustains the entire action and narrative of the play: 'we are here'. » à la p 83) [références omises].

À l’instar des cultures autochtones, il est irréaliste de tenter de retrouver les traditions juridiques affectées par les derniers siècles de colonialisme intactes, préservées du passage du temps et imperméables à la répression subie :

« We know that indigenous legal traditions have not gone anywhere but they have been undermined by recent colonial history. The ground is uneven. We cannot assume there are fully functioning Indigenous laws around us that will spring life by mere recognition. Instead what is required is rebuilding Indigenous legal traditions so we need to ask, “What might the terms for this thoughtful rebuilding be?” »²⁶⁵

C’est là une autre difficulté du dialogue internormatif qui prend place. Avant de s’intéresser à la simple reconnaissance des ordres juridiques autochtones, encore faut-il qu’ils aient le temps et l’espace nécessaire pour se reconstruire selon leurs propres approches, ce qui appelle de poser la question du dialogue internormatif en termes de *partage de juridiction* plutôt que de *reconnaissance*. Dans la même veine, pour Gordon Christie, maintenir l’espace nécessaire pour que ces processus de revitalisation culturelle et juridique se déploient est un corolaire du droit à l’autodétermination autochtone²⁶⁶ et, j’ajouterais, une condition *sine qua non* de toute entreprise de réconciliation.

Rappelons toutefois que le défi de la revitalisation juridique autochtone n’est pas mince et qu’il exige toutes les ressources de la rigueur intellectuelle, qu’elle soit Autochtone ou non²⁶⁷. Pour asseoir la crédibilité des discours relatifs à la revitalisation culturelle et juridique sur des bases solides, il faut prendre garde d’avoir recours au révisionnisme historique. Il y a distinction entre renouvellement culturel – qui opère une synthèse cohérente des éléments présents dans la culture contemporaine, incluant les éléments traditionnels et ceux issus de l’acculturation avec les non-autochtones – et révisionnisme historique – qui déforme des faits historiques pour les instrumentaliser dans un discours rassembleur, mais faux. Les communautés autochtones sont les

²⁶⁵ International Council on Human Rights, *When Legal Worlds Overlap: Human Rights, State and Non-State Law*, Genève, Suisse, ATAR Roto Press, 2009, en ligne : <http://www.ichrp.org/files/reports/50/135_report_en.pdf>.

²⁶⁶ Christie, *supra* note 260 à la p 19.

²⁶⁷ Napoleon and Friedland, *supra* note 260 (« Searching to revive past utopia, or waiting for a future day of glorious transcendence will simply not do the job. At this point, we need robust and practical approaches to the pressing realities Indigenous people face on the ground, otherwise our work will be meaningless or, worse still, will inadvertently perpetuate the maintenance of the status quo. »)

premières bénéficiaires de la justesse des assises historiques sur lesquelles repose le renouveau qu'elles réclament.

En somme, malgré le rôle négligeable du wampum du Vatican pour rencontrer le fardeau de preuve qui incombe aux défenseurs, ce dernier a un impact déterminant sur la crédibilité de l'ensemble du témoignage du chef Augustine. Le discrédit jeté sur les récits oraux est attribuable à une caractérisation erronée du wampum du Vatican par le cadre juridique étatique qui réduit son apport à un élément de contexte historique essentiellement factuel. La confrontation avec les archives documentaires et le recours à une approche quantitative pour jauger la force probante de la preuve orale par rapport aux données historiques mène à la marginalisation de toute la perspective autochtone. Pourtant, la signification du wampum ecclésiastique déborde le cadre factuel de l'histoire et fait office de symbole représentant les liens profonds qui unissent les communautés autochtones qui s'en réclament à la religion catholique. Comme les principes qu'il incarne n'ont rien d'internormatif et appartiennent exclusivement aux ordres juridiques autochtones, les tribunaux devraient faire preuve de réserve afin de préserver l'espace nécessaire aux processus de revitalisation des cultures juridiques autochtones.

C. Conclusion

Dans un premier temps, l'affaire *Ochapowace* démontre que le wampum qui brille par son absence se voit reconnaître des vertus mnémoniques qui auraient peut-être, s'il avait été présent, pu renforcer la crédibilité des récits oraux autochtones. Dans le contexte où le juge appelé à trancher la crédibilité des témoins est issu d'une tradition normative basée sur l'écrit, la matérialité du wampum – par analogie au texte – paraît offrir à la mémoire humaine un appui extérieur que les modes de transmission orales plus insaisissables lui refusent. Cette première affaire pourrait laisser croire que le dépôt en preuve du wampum est susceptible de favoriser la crédibilité du témoin autochtone. Le pari est pourtant risqué. L'affaire *Marshall* illustre le péril associé à un tel dépôt en preuve pour appuyer des informations factuelles. L'origine du wampum du Vatican déposé à l'appui du seul récit autochtone disponible a accaparé l'essentiel du débat sur la crédibilité du témoin et mené, à l'issue d'une confrontation avec les archives historiques, au discrédit de l'ensemble de son témoignage.

Ces deux cas mettent en lumière les limites de la mise en œuvre de la politique de reconnaissance dans le cadre de la structure institutionnelle actuelle des tribunaux canadiens. Chaque fois, les juges appelés à se prononcer sont formés à une tradition juridique étrangère qui les invite à chercher, dans le discours qu’incarnent les wampums, l’exactitude factuelle plutôt que des principes. Pour être reconnus, les instruments normatifs autochtones doivent donc invariablement se soumettre à une contorsion qui les dénature. Dans l’idéal, la magistrature entamerait un examen critique de sa propre posture et prendrait ouvertement conscience du dialogue internormatif auquel elle prend part. Une telle réflexivité ferait un pas dans la direction d’une plus grande humilité épistémologique où le droit étatique prend acte qu’il n’occupe pas le monopole de la normativité. Pour aller plus loin, le législateur devrait entamer une exploration des possibilités que pourraient offrir un système de justice pluraliste et examiner les profondes modifications institutionnelles qu’un tel projet implique²⁶⁸. Notre analyse jurisprudentielle révèle que tant que la politique de reconnaissance sera conçue par les tribunaux comme une invitation à saisir ou à capter la perspective autochtone, cette dernière risque d’être marginalisée par les exigences d’un cadre dont elle ne maîtrise pas les termes. Dans les mots de Val Napoleon et de Hadley Friedland, « Law is not fruit: it is not something waiting to be plucked from branches »²⁶⁹. Le droit n’atteint donc jamais un état mûr où il cesse de croître. Au contraire, il continue de se réinventer inexorablement dans un mouvement plus similaire à celui de l’arbre grandissant que du fruit qui en tombe. Une véritable entreprise de réconciliation qui se commit à réellement prendre en considération la perspective autochtone appelle donc une réflexion sur le partage de juridiction.

²⁶⁸ Voir par exemple le « mixed jury » que suggère Marianne Constable où les détenteurs du savoir autochtone partagent l’autorité judiciaire avec les juges et avocats formés à la common law et au droit civil. Constable, *supra* note 58.

²⁶⁹ Hadley Friedland et Val Napoleon, « Gathering the Threads: Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions » (2013) [non publié] tel que cité dans Indigenous Law Research Unit, *Revitalizing Indigenous Law and Changing the Lawscape of Canada*, University of Victoria, en ligne : <[http://www.indigenoulaw/wp-content/uploads/2013/04/AJR_Brochure.pdf](http://www.indigenousbar.ca/indigenoulaw/wp-content/uploads/2013/04/AJR_Brochure.pdf)>.

CHAPITRE III

Wampums et constitution :

La reconnaissance constitutionnelle du wampum de la chaîne d'alliance ?

Les précédents chapitres s'intéressent à la manière dont les wampums invoqués devant les tribunaux sont reçus lorsqu'ils sont déposés pour faire valoir des principes normatifs intersociétaux (chapitre 1) ou pour prouver des faits (chapitre 2). Dans les deux cas, l'analyse jurisprudentielle révèle une marginalisation systématique de la dimension normative des wampums qui nous invite à questionner la capacité des tribunaux en tant que forum de réconciliation des perspectives autochtones et étatiques. S'il serait à mon avis idéal d'entreprendre une réflexion apte à repenser la structure institutionnelle des tribunaux pour en faire un espace de réciprocité plutôt que d'unilatéralisme, il nous faut reconnaître que les transformations institutionnelles souhaitées ne se concrétiseront pas dans un futur rapproché. Le présent chapitre prend donc acte de l'état actuel du droit et tente d'y dégager un espace où la perspective autochtone puisse s'épanouir. Pour le moment, aucun des jugements analysés n'aborde directement la question de la caractérisation juridique des wampums en droit canadien²⁷⁰. Si, comme nous l'avons précédemment fait valoir, le principe de continuité exige que le droit étatique considère sérieusement les traditions normatives autochtones contemporaines, et si cette prise en considération exige que la « perspective autochtone » exerce une influence sur la définition même des droits qui sont reconnus par la common law, il est donc nécessaire de s'intéresser au statut juridique des wampums au sein du droit canadien. Dans un premier temps, ce chapitre propose une exploration de trois possibles voies de caractérisation juridique des wampums en droit canadien, soit (a) les droits ancestraux, (b) les conventions constitutionnelles non-écrites et (c) les droits issus de traités. Nous terminerons cette première étape d'analyse par la proposition d'un cadre juridique qui puisse permettre de distinguer, parmi la grande variété de wampums existants, ceux qui ont une potentielle valeur normative susceptible de lier la Couronne. Dans un second temps, nous appliquerons ce cadre juridique au cas du wampum de la chaîne d'alliance²⁷¹, échangé lors de la conclusion du traité de Niagara en

²⁷⁰ Le juge Binnie, dans l'arrêt *Mitchell*, *supra* note 77 au para 127, traite bien du « cadre constitutionnel » qu'envisage l'intimé autochtone en s'appuyant sur le wampum à deux voies, mais sans plus d'explications sur la qualification ou la portée juridique de ce wampum en droit canadien.

²⁷¹ Notez que le wampum de la *chaîne d'alliance* réfère ici spécifiquement au wampum de la *covenant chain* tel que décrit par Sir William Johnson. Voir William Johnson, « Conference with Indians », (9 juillet – 14 août 1764) dans

1764 et qui est, à mon avis, parmi les wampums les plus près d'incarner des obligations constitutionnelles liant la Couronne. Enfin, j'amorcerai une réflexion sur les impacts potentiels d'une telle reconnaissance constitutionnelle.

A. Exploration des voies de caractérisation juridique des wampums en droit canadien

Dans l'état actuel du droit, alors que la dimension normative des wampums est systématiquement ignorée, une certaine forme de reconnaissance est accordée à leur valeur solennelle. Cette reconnaissance de l'aspect solennel de l'échange de wampums facilite la preuve de l'existence de traités constitutionnellement protégés²⁷². Pourtant, si nous prenons sérieusement la dimension normative des wampums en considération, il faut pousser la réflexion plus loin et questionner la qualification juridique des wampums au sein du système juridique canadien. Dans cette section, nous explorerons trois voies de caractérisation juridique des wampums. La première et la seconde voies proviennent des travaux de l'historienne Kathryn Muller qui suggère que le wampum à deux voies et la chaîne d'alliance pourraient être considérés comme (a) des droits ancestraux ou (b) comme des conventions constitutionnelles non-écrites²⁷³. La troisième voie de caractérisation est généralement mise de l'avant par les parties autochtones qui considèrent les wampums invoqués devant les tribunaux canadiens comme (c) des instruments juridiques porteurs d'obligations mutuellement contraignantes issues de traités avec la Couronne. Ces trois modes de caractérisation auraient pour effet d'inscrire les principes normatifs qu'incarnent les wampums au sein de l'architecture constitutionnelle canadienne.

Les wampums, sources de droits ancestraux ?

Milton W Hamilton & Albert B Corey, dir, *The Papers of Sir William Johnson*, vol XI, Albany, University of the State of New York, 1953, 262 (« the great Covenant Chain, 23 Rows broad, & the Year 1764 Worked upon it » aux pp 309-310).

²⁷² Voir *Sioui*, *supra* note 217 à la p 1059 et *Côté*, *supra* note 217 (quoique la question de l'existence du traité de Swegatchy demeure ouverte – voir le para 88 de l'arrêt de la cour suprême à ce sujet).

²⁷³ Muller, *supra* note 194 aux pp 235-236.

Comme le wampum à deux voies incarnant l'éthique de la *kaswentha*²⁷⁴ fait partie d'une coutume autochtone pré-contact, on pourrait faire valoir qu'il est « un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question »²⁷⁵. Sur cette base, Kathryn Muller suggère par exemple que les principes incarnés par ce wampum pourraient se qualifier de droit ancestral protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁷⁶. D'après elle, dans la mesure où la *kaswentha* était reconnue en tant que droit ancestral, son intégration au sein de l'ordre constitutionnel canadien raviverait et renforcerait les liens de partenariat aux origines de la relation entre les Haudenosaunee et le Canada.

Il est pourtant douteux qu'une telle reconnaissance soit envisageable à la lumière des conditions d'existence des droits ancestraux élaborées par la Cour suprême canadienne. L'éthique de la *kaswentha* qu'incarnent le wampum de la chaîne d'alliance et le wampum à deux voies renferme des *principes* plutôt que des *pratiques*. Or, à l'étape de la caractérisation de la nature du droit revendiqué, le tribunal va d'abord s'intéresser à la nature de l'*acte* susceptible de se qualifier de droit ancestral. Sous la plume du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Van der Peet*, la Cour suprême a tranché en faveur d'une qualification des droits ancestraux qui exclut la reconnaissance de *principes* juridiques et se limite plutôt à des *activités* spécifiques qui font partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone demandeur²⁷⁷. Cette approche a été entérinée par la jurisprudence subséquente²⁷⁸. Bref, le seul moyen de voir certains éléments de la *kaswentha* reconnus en tant que droits ancestraux constitutionnellement protégés serait d'identifier les pratiques qui découlent de la *kaswentha* plutôt que de revendiquer la reconnaissance des principes éthiques eux-mêmes.

²⁷⁴ L'éthique de la *kaswentha* désigne les principes de coexistence politique au cœur de la *Keyanerekowa* [Grande Loi de la Paix] des Haudenosaunee. L'alliance pacifique, le respect, l'autonomie sont des exemples de principes de l'éthique de la *kaswentha* qui sont illustrés par des wampums tels que le wampum à deux voies.

²⁷⁵ *Van der Peet*, *supra* note 20 au para 549.

²⁷⁶ Muller, *supra* note 194 à la p 235.

²⁷⁷ La juge L'Heureux-Dubé, dissidente, favorise au contraire une approche qui protège la « culture distinctive » à un niveau plus abstrait et général, ce qui permettrait plus de flexibilité pour l'évolution des pratiques qui découleraient des droits ancestraux. Voir *Van der Peet*, *supra* note 20 aux paras 155, 157.

²⁷⁸ Par exemple, dans l'arrêt *R c Pamajewon*, *supra* note 90 au para 27, la Cour suprême refuse de caractériser le droit revendiqué comme un « droit à l'autonomie gouvernementale » ou un « droit général de gérer les terres de leur réserve » en raison d'un « degré excessif de généralité ».

Même en imaginant que le groupe autochtone parvienne à démontrer que le droit caractérisé par la Cour fait partie intégrante de leur culture distinctive et est en continuité avec une coutume, pratique ou tradition pré-contact, l'interprétation téléologique de l'article 35 pourrait faire obstacle à la reconnaissance des activités découlant de la *kaswentha*. D'après la Cour suprême, l'article 35 vise à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté »²⁷⁹. En d'autres mots, « [l']objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs »²⁸⁰. Les droits ancestraux reconnus sous le régime de l'article 35 doivent donc être compatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Dans la mesure où la mise en œuvre de la *kaswentha* impliquerait, comme le revendiquent plusieurs Haudenosaunee, une relation de nation-à-nation qui s'inscrirait à l'extérieur du fédéralisme canadien, sa reconnaissance en tant que droit ancestral deviendrait incompatible avec l'objet au cœur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* tel qu'actuellement interprété par la Cour suprême. Il est vrai que d'autres interprétations de la *kaswentha* qui insistent plutôt sur l'alliance et le partenariat sont compatibles avec les objectifs de réconciliation et de conciliation mis de l'avant par le droit canadien. Une telle reconnaissance impliquerait néanmoins d'importants réaménagements de l'architecture constitutionnelle et institutionnelle canadien, comme nous le verrons à la section C du présent chapitre.

Les wampums, sources de conventions constitutionnelles non-écrites ?

La constitution canadienne se compose notamment de conventions constitutionnelles non écrites. La convention constitutionnelle est une règle de conduite qui a force obligatoire sur le plan politique, mais qui n'est pas susceptible de sanction juridique devant les tribunaux²⁸¹. Néanmoins, elle a une importance constitutionnelle non négligeable puisqu'elle définit la manière

²⁷⁹ *Van der Peet*, supra note 20 au para 31.

²⁸⁰ *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du patrimoine canadien)*, [2005] 3 RCS 388 au para 1.

²⁸¹ Par exemple, les principes du fédéralisme, de la démocratie, du constitutionnalisme et de la primauté du droit ainsi que du respect des minorités ont été reconnus comme des principes constitutionnels directeurs fondamentaux. Voir le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, supra note 130 au para 32. Notez toutefois que dans ce dernier cas, la Cour accorde une force juridiquement contraignante aux principes directeurs, ce qui les distingue des simples conventions constitutionnelles reconnues dans *Re Résolution pour modifier la constitution*, [1981] 1 RCS 753 à la p 883.

dont les pouvoirs exécutifs et législatifs sont exercés²⁸². Certains, dont Kathryn Muller qui semble être seule à avoir publié cette idée pourtant répandue, évoquent la possibilité que le wampum à deux voies et l'éthique qu'il incarne puisse se qualifier de convention constitutionnelle non-écrite. Selon ce point de vue, bien que le wampum à deux voies ait vraisemblablement été créé au cours du XIXe siècle²⁸³, l'éthique de la *kaswentha* qu'il incarne a été implicitement reconnue dans le cadre de multiples négociations avec des représentants de la Couronne au cours des XVIIe et XVIIIe siècles. Considérer la *kaswentha* incarnée par le wampum à deux voies comme une convention constitutionnelle permettrait de raviver la relation de partenariat entre les Haudenosaunee et la Couronne. Une telle reconnaissance aurait pour effet de légitimer l'existence tant des unités politiques canadiennes qu'autochtones, permettant le retour à une relation faite de coopération et d'interdépendance²⁸⁴.

Pour déterminer l'existence d'une convention constitutionnelle, les tribunaux doivent se poser trois questions : « premièrement, y-a-t-il [sic] des précédents; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle; et troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être ? »²⁸⁵ D'abord, en matière de précédents, il nous faut retourner au XVIIIe siècle, époque où les rapports de force entre la Couronne et les autochtones favorisaient le métissage des protocoles politiques et diplomatiques²⁸⁶. Des événements comme la Grande Paix de Montréal, en 1701, ou la conférence de Niagara, en 1764, sont susceptibles de servir de précédents où les principes de coexistence pacifique, de respect et d'autonomie au fondement de la *kaswentha* ont été appliqués. Ensuite, la raison d'être de cette convention constitutionnelle pourrait s'inscrire comme une manifestation du respect des minorités, principe constitutionnel directeur fondamental reconnu par la Cour Suprême dans le *Renvoi sur la sécession*²⁸⁷. Enfin, il resterait à faire la démonstration que les parties aux négociations se sentaient liées par l'éthique de la *kaswentha*²⁸⁸. C'est là où le bât blesse. Les siècles subséquents témoignent de la faiblesse de l'engagement de la Couronne envers les principes de la *kaswentha*. Le contexte

²⁸² Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada: 2014 Student Edition*, Toronto, Carswell, 2014 à la p 1-22.1.

²⁸³ Voir ci-dessous, note 302.

²⁸⁴ Muller, *supra* note 194 à la p 236.

²⁸⁵ Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5^e éd, Londres, University of London Press, 1959 à la p 136 cité dans *Re Résolution pour modifier la constitution*, *supra* note 281 à la p 888, repris dans *Re opposition à une résolution pour modifier la constitution*, [1982] 2 RCS 793 à la p 802.

²⁸⁶ Webber, *supra* note 60.

²⁸⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 130 au para 32.

²⁸⁸ Répondre à cette question exige une recherche historique dont l'ampleur dépasse le cadre de cet article.

d'interdépendance qui a donné naissance à des relations de nations-à-nations avant le XIX^e siècle n'est plus.

Considérant qu'un retour à l'application de la *kaswentha* remettrait en cause des pans importants du droit canadien relatif aux autochtones²⁸⁹ et à la lumière du pluralisme de subordination²⁹⁰ qui caractérise actuellement la réception des wampums par le système judiciaire canadien, la reconnaissance de la *kaswentha* en tant que convention constitutionnelle non-écrite paraît pour le moment utopique. Un retour de la Couronne vers une posture d'ouverture à la réciprocité pourrait éventuellement permettre de revenir sur cette conclusion provisoire²⁹¹.

Les wampums, sources de droits issus de traités ?

Plusieurs intellectuels d'origine autochtone réfèrent à des ceintures de wampums, telles que le wampum à deux voies et la chaîne d'alliance, comme à des instruments juridiques contenant des obligations mutuellement contraignantes issues de traités conclus avec la Couronne²⁹². Le traité de Niagara conclu en 1764²⁹³ est couramment cité en exemple d'un événement marquant, quoique souffrant d'un faible degré de reconnaissance, de l'histoire constitutionnelle canadienne où ces deux wampums auraient été échangés.

Ce qui caractérise un traité, d'après la Cour Suprême du Canada, « c'est l'intention de créer des obligations, la présence d'obligations mutuellement exécutoires et d'un certain élément

²⁸⁹ Par exemple, le test permettant de justifier des violations, largement définies, aux droits ancestraux et issus de traités est contraire à l'éthique de la *kaswentha*. Voir Sparrow, *supra* note 83; Delgamuukw, *supra* note 21 au para 165 repris dans Tsilhqot'in, *supra* note 90 au para 83.

²⁹⁰ Otis, *supra* note 11 aux pp 20-21.

²⁹¹ L'actuel gouvernement fédéral semble faire un retour vers une démarche de réciprocité avec les premières nations. Voir Mélanie Marquis, « Justin Trudeau veut être le « partenaire » des autochtones », *La Presse [de Montréal]* (8 décembre 2015) en ligne : La Presse.ca <<http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-canadienne/201512/08/01-4928967-justin-trudeau-veut-etre-le-partenaire-des-autochtones.php>>.

²⁹² Voir notamment Borrows, *supra* note 47 aux pp 72-77; Borrows, *supra* note 8; Lynn Gehl, *The Truth that Wampum Tells: My Debwewin on the Algonquin Land Claims Process*, Halifax & Winnipeg, Fernwood Publishing, 2014. Sur le wampum de la chaîne d'alliance, voir Alan Ojiiig Corbiere et Aaron Mills, « The Treaty of Niagara 1764 and Canadian Constitutionalism Today: Crown/First Nations Relations 250 years », 4th Annual Indigenous Awareness Week, présentée à l'Université McGill, 15 septembre 2014 [non publiée].

²⁹³ Ce traité, signé le 1^{er} août 1764, réunissait Sir William Johnson en tant que représentant de la Couronne, et environ 200 représentants de 24 Premières Nations appartenant aux Haudenosaunee [Six Nations], à la Confédération des Sept Feux [Seven Nations] ainsi qu'à la Confédération des Grands Lacs [Western Lakes Confederacy]. Le traité créait une nouvelle chaîne d'alliance entre les Premières Nations signataires et la Couronne Britannique.

de solennité »²⁹⁴. Comme nous l'avons précédemment mentionné, la portée de l'échange des wampums est généralement confinée par les tribunaux à la détection du caractère *solennel* des engagements pris par les parties²⁹⁵. Le wampum n'est donc pas considéré par les tribunaux comme un instrument porteur du contenu normatif de l'entente conclue entre la Couronne et les Premières Nations.

Pourtant, en matière d'interprétation des traités, la Cour suprême précise l'importance de « tenir compte, en particulier, du contexte historique et de la perception que chacune des parties pouvait avoir à l'égard de la nature de l'engagement qui est rapporté dans le document étudié »²⁹⁶. Le langage du traité doit être interprété non pas au sens strict, mais « selon ce qui serait, pour les Indiens, le sens naturel de ce langage »²⁹⁷. Aussi, « les tribunaux doivent faire preuve de flexibilité lorsqu'il s'agit de déterminer la nature juridique d'un document qui consigne une transaction avec les Indiens »²⁹⁸.

Or, si conformément aux principes édictés par la Cour Suprême nous prenons sérieusement en considération la perspective historique et autochtone entourant la conclusion du traité de Niagara, il nous faut considérer la portée *normative* des wampums échangés plutôt que leur seule fonction *solennelle*. La tradition orale autochtone est claire, certains des wampums échangés incarnent des principes qui font partie intégrante du contenu du traité conclu le 1^{er} août 1764 avec Sir William Johnson.

Plusieurs obstacles se dressent pourtant sur le chemin de la reconnaissance des wampums échangés à Niagara comme étant porteurs de principes normatifs influant sur le contenu des obligations issues de traités. D'abord, pour qu'un wampum soit considéré comme source d'obligations mutuellement contraignantes liant la Couronne, encore faut-il prouver qu'il ait fait l'objet d'un échange. La démonstration est moins simple qu'il n'y paraît. Quelques centaines de wampums auraient été échangés lors de la conférence de Niagara. Les notes manuscrites

²⁹⁴ *Sioui*, *supra* note 217, voir aussi *Simon c La Reine*, [1985] 2 RCS 387 aux pp 401, 410 [*Simon*] et *R v White and Bob* (1964), 50 DLR (2d) 613 (CACB) à la p 649 [*White and Bob*].

²⁹⁵ *Sioui*, *supra* note 217 à la p 1060.

²⁹⁶ *Ibid* à la p 1035. Voir aussi *White and Bob*, *supra* note 296 aux pp 648-9.

²⁹⁷ *Nowegijick c La Reine*, [1983] 1 RCS 29 à la p 36 citant *Jones v Meehan*, 175 US 1 (1899) aux pp 10-11.

²⁹⁸ *Simon*, *supra* note 296 à la p 403, s'appuyant sur *White and Bob*, *supra* note 296 à la p 1035.

décrivant les échanges ne font une description que très sommaire de la nature de la plupart des wampums échangés. Par exemple, il semble qu'aucun passage des notes de Sir William Johnson ne fasse explicitement référence au wampum à deux voies²⁹⁹. Ce constat, s'il s'avère exact au terme de recherches plus approfondies, n'indique pas hors de tout doute que le wampum à deux voies n'a pas fait l'objet d'un échange lors de la conférence de Niagara, mais simplement que la documentation écrite ne corrobore pas l'existence de cet échange. En faire la preuve devient donc plus ardu³⁰⁰. Quant au wampum illustrant la chaîne d'alliance, il semble qu'il apparaisse dans les notes de Sir William Johnson relatives à l'échange des wampums à Niagara³⁰¹. Si tel est effectivement le cas, la preuve de l'échange est facilitée. Plus de recherche se concentrant sur l'identification des wampums échangés entre les Premières Nations et les Européens permettrait de clarifier la force probante de la preuve disponible pour prouver que les wampums invoqués par les Premières Nations ont effectivement fait l'objet d'un échange avec des représentants de la Couronne³⁰².

Une fois le wampum identifié et l'échange prouvé, il reste encore à s'assurer que le wampum en question est porteur d'un contenu normatif qu'il faudra ensuite interpréter. Tous les wampums ne scellent pas une entente³⁰³. Certains wampums ne servent en effet qu'à solenniser la parole³⁰⁴. Il faudra donc s'assurer que le wampum invoqué est porteur de sens, qu'il constitue un instrument servant de support à des principes mutuellement acceptés par les parties. Généralement, ces wampums sont échangés dans l'objectif de sceller un traité ou de jeter les fondements d'une relation. Ils sont créés puis conservés par les porteurs de wampums³⁰⁵ ou

²⁹⁹ Corbiere et Mills, *supra* note 294.

³⁰⁰ L'historienne Kathryn V Muller suggère que le wampum à deux voies a été créé puis popularisé par le Mohawk Seth Newhouse alors qu'il menait un processus de revitalisation de la *Keyanerekowa* [Grande Loi de la Paix] au cours du 19^e siècle. Si ces informations sont exactes, la création du wampum à deux voies serait postérieure à la tenue de la conférence de Niagara. Muller, *supra* note 194 aux pp 165-171.

³⁰¹ Corbiere et Mills, *supra* note 294.

³⁰² Tant la tradition orale que les archives documentaires devraient être considérées.

³⁰³ Selon l'historien Jonathan C Lainey, « il existait une multitude de colliers pour commémorer toutes sortes d'événements marquants, pour procéder à la nomination des chefs, pour souhaiter la bienvenue, pour sceller une alliance, pour conclure un traité ou une entente, pour permettre de relâcher et d'adopter un prisonnier, pour promettre un engagement envers l'autre, pour inviter à lever les armes, pour déclarer la guerre, etc. » Concevoir les wampums comme de simples outils mnémoniques au service de la conclusion des traités est réducteur. Lainey, *supra* note 35 aux pp 64-65.

³⁰⁴ Par exemple, les wampums utilisés pour solenniser une invitation ou échangés lors de la cérémonie de condoléance ne sont pas susceptibles de lier la Couronne. Voir ci-dessus aux pp 15-17.

³⁰⁵ Lainey, *supra* note 35 aux pp 54-56.

archivés par la Couronne³⁰⁶ afin de soutenir la mémorisation du contenu du traité par les parties. Le souci accordé à leur conservation ou à leur résurgence sert d'indice de leur importance.

L'interprétation du contenu normatif des wampums échangés doit tenir compte de la perspective « que chacune des parties pouvait avoir à l'égard de la nature de l'engagement qui est rapporté dans le document étudié »³⁰⁷. Le droit intersociétal que porte le wampum s'inscrit comme une invitation au dialogue entre les interprétations offertes par la Couronne et celles des Premières Nations. Une conversation dynamique devrait s'établir non seulement au sein des ordres juridiques autochtones, mais aussi entre ces ordres juridiques autochtones et l'ordre juridique étatique³⁰⁸. Mener une recherche en droit comparé pourrait fournir d'autres modèles d'organisation de la tribune judiciaire pour favoriser la tenue de ce dialogue et limiter l'asymétrie des rapports de force³⁰⁹.

Proposition d'un cadre juridique

Enfin, à mon avis, pour distinguer les wampums ayant une portée normative de la masse des wampums échangés à diverses fins, trois conditions s'imposent :

1. Le wampum doit avoir fait l'objet d'un échange entre représentant(s) légitime(s) de Première(s) Nation(s) et de la Couronne;
2. Il doit avoir servi d'instrument scellant les termes d'un traité;
3. Il doit avoir servi et continuer à servir d'instrument mnémonique au contenu de l'entente.

Les wampums susceptibles de rencontrer un tel fardeau de preuve sont rarissimes, notamment en raison des défaillances tant des archives que de la mémoire orale après plusieurs siècles de répression³¹⁰. Dans le cas où tous ces critères sont remplis et démontrés selon la balance des

³⁰⁶ *Ibid* aux pp 54-56.

³⁰⁷ *Sioui*, *supra* note 217 à la p 1035.

³⁰⁸ En ce sens, l'opinion du juge Binnie dans l'affaire *Mitchell*, *supra* note 77 constitue un pas dans la direction du dialogue relatif à l'interprétation du wampum à deux voies.

³⁰⁹ Voir Richland, *supra* note 114; Lafargue, *supra* note 114; Maaka, *supra* note 114.

³¹⁰ En 1924, par exemple, la police montée canadienne saisit certains wampums conservés par les Haudenosaunee, une attaque directe à la mémoire collective des Six Nations qui font face à des pratiques similaires, plus au sud, chez les Américains. Voir Bruce Elliot Johansen et Barbara Alice Mann, dir, « Wampum », *Encyclopedia of the*

probabilités, le wampum pourrait selon moi se qualifier de source de droits issus de traités. Ces droits, dans la mesure où un espace de reconnaissance leur est éventuellement reconnu, bénéficieraient de la protection constitutionnelle prévue à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une telle issue pourrait éventuellement permettre de reconnaître aux ordres juridiques autochtones un espace plus digne des objectifs de réconciliation que poursuit la Couronne que ce qu'indique le traitement actuel des wampums au sein de la jurisprudence canadienne. Le wampum de la chaîne d'alliance, échangé lors de la conférence de Niagara en 1764, semble pour le moment constituer le candidat le plus prometteur. Dans la prochaine section, nous appliquerons donc le test en trois critères précédemment développé au cas du wampum de la chaîne d'alliance.

B. Application au wampum de la chaîne d'alliance

Comme le wampum de la chaîne d'alliance est parmi les wampums les plus propices à se qualifier de porteur de droits issus de traités³¹¹, la prochaine section concentre son attention sur les caractéristiques de ce wampum et les différents courants d'interprétation normative qui en émanent afin de déterminer s'il renferme des principes de droit que les tribunaux devraient prendre en considération dans leurs interprétations du traité de Niagara. Ces thèmes seront abordés en trois temps, chacun représentant une étape du test d'admissibilité développé ci-haut, soit (a) l'échange du wampum (b) pour sceller les termes d'un traité et (c) l'interpréter.

(a) L'échange du wampum de la chaîne d'alliance

Haudenosaunee (Iroquois Confederacy), London, Greenwood Press, 2000 (« The evidentiary nature of wampum writing was the main reason that the colonial governments and later the U.S. governments sought to destroy or "collect" wampum, hoping to break down the league by destroying its main administrative tool. Indian agents did their best to acquire wampum belts, while in the nineteenth century, traders unstrung the messages and sold ancient documents, bead by bead, to tourists as "souvenirs". » aux pp 327-328). Voir aussi Arthur Einhorn, « Iroquois-Algonquin Wampum Exchanges and Preservation in the 20th century : a Case for in-situ Preservation » (1974) *Man in the Northeast* 7 à la p 76.

³¹¹ Outre le wampum de la chaîne d'alliance, le wampum des 24 Nations, qui aurait également été échangé lors de la Conférence de Niagara en 1764, est aussi potentiellement porteur d'un contenu normatif susceptible de lier la Couronne. Ce dernier wampum, s'il est démontré qu'il satisfait aux conditions ci-haut exprimées, pourrait aussi avoir un impact sur l'interprétation de la ceinture de la chaîne d'alliance. Une telle analyse dépasse le caractère plus limité de l'étude de cas proposée, mais demeure par ailleurs tout à fait souhaitable. Le même exercice pourrait également s'appliquer aux wampums échangés lors de la Grande Paix de Montréal en 1701.

À ce sujet, les informations issues de sources autochtones et des archives documentaires coïncident. Plusieurs intellectuels d'origine anishinabek – dont John Borrows, Lynn Gehl, Alan Ojiig Corbiere et Aaron Mills – affirment que ce wampum a été échangé lors de la conférence de Niagara tenue en 1764³¹². Ces témoignages sont corroborés par celui de Paul Williams, juriste d'origine haudenosaunee, qui rapporte également l'échange de ce wampum à l'occasion du traité de Niagara³¹³. Les recherches des anthropologue et historien Marshall Becker et Jonathan Lainey vont dans le même sens : « The important 1764 belt was presented at the Treaty of Niagara, where it was described as being twenty-three rows wide and having the year 1764 “worked upon it” »³¹⁴. Leurs conclusions s'appuient notamment sur les notes de Sir William Johnson, représentant de la Couronne lors des négociations du traité de Niagara et l'homme à l'origine de la demande de faire confectionner ce collier de wampums en vue des négociations. Plus tard, Andrew F Hunter³¹⁵ aurait eu accès au collier original et en aurait tiré des esquisses qui permettent aujourd'hui à des orateurs autochtones tels que Brian Charles de le reproduire³¹⁶. Bien que davantage de recherches historiques soient nécessaires pour prouver l'échange de ce wampum, notamment un examen minutieux des transcriptions des négociations qui ont eu lieu à Niagara en 1764, les sources jusqu'ici recueillies permettent au moins de dresser le portrait d'une certaine convergence des points de vues entre perspectives autochtones et sources documentaires. Bien qu'une telle convergence ne soit pas absolument indispensable, puisque la tradition orale autochtone peut de manière convaincante relayer un point de vue que les archives documentaires négligent, notre analyse jurisprudentielle du chapitre 2 démontre qu'une telle coïncidence des perspectives permet de faciliter les conclusions de fait que recherchent les tribunaux. Il faudrait

³¹² Borrows, *supra* note 8; Gehl, *supra* note 294; Corbiere et Mills, *supra* note 294.

³¹³ Williams, *supra* note 122.

³¹⁴ Marshall Joseph Becker et Jonathan Lainey, « Wampum Belts with Initials and/or Dates as Design Elements: A Preliminary Review of One Subcategory of Political Belts » (2004) 28:2 American Indian Culture and Research Journal 25 à la p 33.

³¹⁵ Andrew F Hunter, « Wampum Records of the Ottawas » (1901) Annual Archaeological Report, Being Part of Appendix to the Report of the Minister of Education of Ontario 52.

³¹⁶ Brian Charles et Alan Ojiig Corbiere, « Wampums », 27e Conférence annuelle d'automne du Barreau Autochtone Canadien présentée à Toronto, 17 octobre 2015. Notez que Lynn Gehl a aussi confectionné de « nouvelles éditions » du wampum de la chaîne d'alliance : « While my goal in creating these new editions was to remain as close as possible to the originals, in my process of weaving the British and Western Great Lakes Covenant Chain Confederacy Wampum Belt I removed the heart of the British man. It is now clear to me that generations of colonial governments lacked the intelligence of the heart in their treatment of my ancestors and, for that matter, in the way Canada continues today to deny all First Nations access to our land and resources. » Bien que ces nouvelles éditions incarnent en toute légitimité la perspective de Lynn Gehl et ses connaissances inspirées à la fois du « cœur, de la tête et de l'esprit des premières nations » [ma traduction], ils ne sauraient à mon avis remplir les critères de la première étape du test de constitutionnalité qui requiert la démonstration d'un *échange* avec des représentants de la Couronne. Voir Gehl, *supra* note 294 à la p 74.

aussi, dans ce même élan de recherche, s'intéresser aux différentes premières nations représentées aux négociations³¹⁷ ainsi qu'au négociateur de la Couronne, soit Sir William Johnson, afin de nous assurer que tous agissaient dans le cadre de leurs fonctions de représentants aptes à lier leurs communautés respectives. Bref, sans fournir de réponses définitives, cet examen sommaire des sources disponibles permet de débroussailler un sillon de recherche que pourraient investir un groupe interdisciplinaire pour éventuellement permettre de confirmer l'échange du wampum de la chaîne d'Alliance entre représentants légitimes des premières nations et de la Couronne.

Un instrument scellant les termes du traité de Niagara

Procéder à un tel examen exige un retour sur le protocole diplomatique applicable à l'époque de l'entente pour discerner les différentes fonctions remplies par les wampums échangés. Il faut savoir que certaines négociations pouvaient donner lieu à l'échange de centaines de wampums. Parmi cette multitude, il est nécessaire au juriste de distinguer entre les wampums porteurs de contenu normatif – c'est-à-dire ceux qui scellent les principes au cœur de l'entente – et les wampums qui servaient d'autres fonctions. À mon avis, différents facteurs devraient être pris en considération afin d'identifier, parmi la grande diversité des wampums échangés, ceux qui scellent les termes d'un traité. Par exemple, les wampums qui incarnent les principes d'une entente sont plus susceptibles d'être tissés *sous formes de colliers* que de branches³¹⁸. Leur échange survient généralement *lors de la conclusion de l'entente* plutôt qu'au début des négociations. Aussi, quoique ce ne soit pas toujours le cas, il arrive que les documents historiques qui relatent l'échange fournissent une *description plus élaborée* des wampums qui scellent les termes d'une entente que des autres wampums échangés en guise de solennités. Le *souci lié à la conservation ou à la reconstitution* du wampum peut également fournir un indice de son importance pour les parties. Enfin, les wampums porteurs de principes sont plus susceptibles d'être *liés à une mémoire orale dynamique* relayée par les premières nations. Chacun de ces éléments peut servir d'indice pour aider à distinguer les wampums qui incarnent les termes d'une

³¹⁷ Deux cent chefs représentant vingt-quatre premières nations provenant de l'actuelle Nouvelle-Écosse, de l'ouest du Mississippi et, plus au nord, des alentours de la Baie d'Hudson. Voir Borrows, *supra* note 8 à la p 163.

³¹⁸ Il semble que les petits colliers soient aussi moins susceptibles d'être utilisés pour conclure une entente. Voir Marshall J Becker, « Small wampum bands used by Native Americans in the Northeast: Functions and Recycling » (2008) 40:1 Material Culture 1.

entente de ceux qui remplissent d'autres fonctions cérémoniales. Dépendamment du contexte dans lequel l'échange a eu lieu et des sources d'informations encore accessibles aujourd'hui, certains facteurs pourraient jouer un rôle plus déterminant que d'autres. Bref, il n'est pas nécessaire que chacun de ces axes d'analyse soit concluant pour qu'un wampum invoqué devant les tribunaux soit qualifié d'instrument porteur du contenu de l'entente.

La forme du wampum de la chaîne d'alliance, tissé sous forme de collier large de vingt-trois rangées de perles³¹⁹, le distingue des branches de wampums échangées à Niagara en 1764, ce qui laisse entrevoir son importance. Il semble aussi que les notes relatives aux négociations du traité fournissent certaines indications quant aux motifs présents sur le collier. Entre autres, il y aurait mention de l'inscription « 1764 » qui permet d'identifier le wampum avec une certaine précision³²⁰. Approfondir la recherche historique sur la description exacte du wampum de la chaîne d'alliance dans les notes rapportant les négociations, en se concentrant notamment sur le contraste entre la description de ce wampum et les autres, s'avèrerait utile. Une telle recherche permettrait aussi de situer chronologiquement l'échange de ce wampum dans le cadre des tractations – a-t-il été échangé plutôt au début des négociations ou plutôt vers la fin ? Si les réponses demeurent incertaines, il est toutefois clair que le wampum de la chaîne d'alliance a fait l'objet d'efforts particuliers pour sa conservation puis sa reconstitution. En effet, s'il est exact tel qu'Andrew F Hunter le rapporte,³²¹ que le missionnaire George Hallen ait eu accès au wampum original en 1852, c'est dire qu'au moins jusqu'à cette date la version authentique a été conservée. Si les circonstances de sa disparition demeurent nébuleuses, les efforts déployés pour sa reconstitution indiquent quant à eux l'importance de ce wampum pour plusieurs membres des premières nations qui s'en réclament³²². Les récits oraux explicitement liés au wampum de la chaîne d'alliance continuent d'alimenter son interprétation, témoins de traditions normatives autochtones bien vivantes, capables de s'ancrer dans la mémoire du passé pour offrir une perspective contemporaine sur l'état de nos relations aujourd'hui. Bref, tant la forme du collier de wampum de la chaîne d'alliance, que la description de son motif dans les notes de Sir William Johnson, que les efforts fournis pour le conserver puis le reconstituer, que la vivacité des

³¹⁹ Hunter, *supra* note 317.

³²⁰ Par contraste, les échanges de wampums indiqués dans les transcriptions des négociations n'offrent généralement que très peu de précisions sur les motifs qu'arborent les colliers. Voir par exemple *Sioui*, *supra* note 217 à la p 1059.

³²¹ Hunter, *supra* note 317.

³²² Charles et Corbiere, *supra* note 318 et Gehl, *supra* note 294.

traditions orales qui l'interprètent encore à ce jour indiquent son importance en tant qu'instrument normatif porteur des termes du traité conclu à Niagara en 1764. Reste maintenant à s'intéresser à son interprétation afin d'enrichir notre compréhension des termes de l'entente survenue entre la Couronne et les premières nations présentes.

L'interprétation du wampum de la chaîne d'alliance

Une fois qu'il est démontré que le wampum en question a été échangé pour sceller les termes d'une entente, reste à se demander si le wampum sert encore aujourd'hui d'instrument mnémonique en appui à l'interprétation du contenu de l'entente. Dans la négative, nous parlerons de wampums devenus « muets », c'est-à-dire de wampums rattachés à une mémoire orale qui s'est tue. Ces wampums réduits au silence ne permettent pas de saisir les termes d'une entente – ils ont perdu leur faculté d'incarner un message et ne nous sont d'aucun secours dans l'interprétation des traités. Dans l'affirmative, par contre, plusieurs courants d'interprétation liés au sens du wampum pourraient émaner des traditions normatives autochtones. De tels wampums, dont le sens est porté par une parole vivante et contemporaine, permettent de s'instruire sur la perspective autochtone et d'enrichir la compréhension de la portée normative des traités dans le monde d'aujourd'hui. Délivé de sa seule qualité d'artéfact, le wampum peut alors nous permettre de jeter un nouvel éclairage sur l'organisation constitutionnelle canadienne. Le cas du wampum de la chaîne d'alliance est révélateur puisque les récits qui l'accompagnent n'ont pas été réduits au silence. Plusieurs voix autochtones portent à ce jour la mémoire de sa signification et offrent leurs interprétations respectives. Les archives fournissent aussi un aperçu des perspectives britannique et autochtones par le biais des notes de Sir William Johnson. Ce wampum peut donc servir, encore aujourd'hui, d'instrument mnémonique porteur du contenu de l'entente survenue à Niagara.

À cette étape de l'analyse, afin de replacer le wampum dans son contexte culturel hybride nourri au constitutionnalisme anishinaabe, il est impératif de nous ouvrir à une autre manière de penser le droit et, par ricochet, repenser la notion même de traité qu'incarne le wampum. Plutôt que d'y chercher des principes figés à extraire, il faut selon Aaron Mills, y voir la mise en place d'une *relation* entre les parties. Concevoir le traité de Niagara et les wampums qui y ont été

échangés sous la lorgnette du constitutionnalisme anishinaabe fait ressortir la nature profondément relationnelle plutôt que déontologique de la tradition juridique algonquienne. Le droit est ici conçu comme une manière de vivre plutôt que comme une série d'obligations désincarnées et indépendantes de l'expérience vécue. L'objectif primaire poursuivi par la conclusion des traités et l'échange de wampums qui les incarnent, selon cette perspective, consiste donc à fonder une communauté politique axée sur la recherche de l'harmonie et la reconnaissance de notre état d'interdépendance. Pour Aaron Mills, le wampum de la chaîne d'alliance représente le concept, central à la tradition juridique anishinabek, de *Manitokewin* qui réfère, au risque de simplifier à outrance, à l'art d'engager toutes les facettes de notre être (corps, raison, coeur et esprit) en saine relation avec le monde qui nous entoure et nous habite. Un tel engagement implique une reconnaissance explicite de notre propre incomplétude, de notre nécessité d'interagir pour exister. Le type de relation qu'établit le wampum de la chaîne d'alliance s'éloigne dès lors de toute tentative de domination de l'autre ou d'unilatéralisme. Il s'inscrit dans une logique où l'humilité s'impose, où le masque illusoire de la souveraineté craque pour laisser place au dialogue, au partage et au don comme principes fondateurs du *modus vivendi*. Dans les mots de Mills :

« ... within Anishinaabe legal order, treaty is simply the extension of the heart of what our law is all about – harmony as interdependence, manitokewin and kakinakegonaapsin – to relationships between different peoples. Treaties are neither contracts nor even legal instruments; they're the total relational means (legal, political, social, economic, spiritual and ecological) by which we orient and reorient ourselves to each other through time, to live well together and with all our relations within Creation. As such, treaties are at the heart of citizenship on Turtle Island. »³²³

D'après Mills, les termes du traité de Niagara et les principes au cœur du wampum de la chaîne d'alliance n'établissent donc pas uniquement une relation entre les peuples autochtones et la « Couronne » – par définition une entité abstraite dépourvue de corps, d'esprit, de coeur et de raison – mais plus largement avec l'ensemble des citoyens membres de la communauté politique qu'a mise en place le traité. Alan Ojiig Corbiere et Brian Charles offrent aussi des interprétations du wampum de la chaîne d'alliance³²⁴. Comme ils ont choisi de ne pas présenter leurs idées par

³²³ Mills, *supra* note 61 à la p 14.

³²⁴ Charles et Corbiere, *supra* note 318.

écrit, je n'usurperai pas ici leurs voix, mais retiendrai seulement que l'interprétation du wampum de la chaîne d'alliance fait l'objet d'un dialogue dynamique au sein de la culture juridique anishinaabe.

La métaphore de la chaîne d'alliance est aussi profondément ancrée dans l'histoire de la confédération haudenosaunee et a acquis un rôle central comme instrument primaire de la diplomatie iroquoise pour gérer les relations multiculturelles avec les nouveaux venus européens au cours des XVIIe et XVIIIe siècles. Le cas du traité de Niagara n'est pas unique et le recours de Sir William Johnson à cette métaphore illustre sa compréhension de l'importance de ce concept pour les peuples autochtones avec lesquels il négocie alors. D'après les écrits de Francis Jennings, la chaîne d'alliance au cœur de la confédération iroquoise est un « exemple d'accommodement et de coopération entre différents peuples de différentes origines ethniques, différentes cultures et différentes structures sociales et politiques »³²⁵. Dans le contexte d'intenses rencontres interculturelles entre peuples européens et autochtones, la métaphore de la chaîne d'alliance devient un outil privilégié pour maintenir les liens d'interdépendance alors nécessaires au commerce. Pour le professeur Robert Williams, elle sert de « primary constitutional device » pour gérer les relations entre divers partenaires et constitue « a legal and political text, for both the English and the Iroquois were guided in their relations by its underlying principle of a continually renewed reciprocity of rights and duties »³²⁶. Dit simplement, la métaphore de la chaîne implique la nécessité pour les parties à l'alliance de se réunir régulièrement afin de polir l'argent de la chaîne et ainsi l'empêcher de se corrompre par la rouille ou de se rompre faute d'entretien. Plus concrètement, c'est à travers le dialogue fréquent, le partage, l'échange réciproque de cadeaux et de paroles de bonne volonté, la mise en commun des intérêts et des ressources que les différents peuples membres de l'alliance peuvent unir leurs esprits [*one mind*] et s'allier [*link arms together*] dans une relation multiculturelle scellée par traité³²⁷.

³²⁵ Francis Jennings, *The ambiguous Iroquois empire: the Covenant Chain confederation of Indian tribes with English colonies from its beginnings to the Lancaster Treaty of 1744*, New York, Norton, 1984 aux pp 374-375 [ma traduction].

³²⁶ Robert A Williams, « Linking Arms Together: Multicultural Constitutionalism in a North American Indigenous Vision of Law and Peace » (1994) 82 Cal L Rev 981 aux pp 989 et 991.

³²⁷ *Ibid* à la p 996.

Des indices de la perspective britannique subsistent également. Les notes de Sir William Johnson relatent les paroles ayant accompagné l'échange du wampum de la chaîne d'alliance et appuient l'idée que ce wampum incarne les engagements mutuels et l'amitié entre les peuples britanniques et autochtones :

« Brothers of the Western Nations, Sachems, Chiefs and Warriors;
You have now been here for several days, during which time we have frequently met to *renew and Strengthen our Engagements* and you have made so many *Promises of your Friendship* and Attachment to the English that there now remains for us only to exchange the great Belt of the Covenant Chain that *we may not forget our mutual Engagements*.
I now therefore present you *the great Belt by which I bind all your Western Nations together with the English ...* »³²⁸

À la lecture de cet extrait, il est clair que le wampum de la chaîne d'alliance est échangé pour commémorer les termes de l'entente conclue à Niagara. Ces notes servent de support à son interprétation contemporaine. Les éléments d'amitié, de renouvellement et de renforcement des engagements mutuels ainsi que d'union coïncident pour l'essentiel avec les interprétations offertes par les voix autochtones. La différence fondamentale réside sans doute dans la manière de faire sens des concepts d'*amitié*, d'*engagements mutuels* et d'*alliance* dans l'univers culturel de chacune des parties. Toute communication interculturelle est marquée par ce que Clifford Geertz appelle le « casse-tête de la traduction » [*puzzles of translation*] où chacun tente de comprendre comment ce qui fait sens dans l'univers symbolique de l'autre s'exprime au sein de son propre univers symbolique³²⁹. Cette inévitable réalité met en évidence l'importance de la recherche d'un dialogue internormatif où chacun accepte d'être partiellement transformé par le point de vue de l'autre, en toute ouverture et dans une logique de mutualisme dénuée de toute velléité de domination.

Au terme de cette analyse sommaire, il ressort que (a) le wampum de la chaîne d'alliance a été échangé entre premières nations et représentant de la Couronne (b) pour sceller le contenu de l'entente et (c) la mémoriser afin de nous permettre de l'interpréter. Une lecture du traité de

³²⁸ Voir Johnson, *supra* note 271 [mes italiques].

³²⁹ Voir Geertz, *supra* note 15 à la p 151.

Niagara sans une analyse de la portée normative de ce wampum est incomplète et contribue au maintien d'une vision ethnocentrique où la perspective autochtone demeure marginalisée, alors même que le contexte historique était alors marqué par un profond métissage des pratiques politiques et juridiques. L'enjeu devient plus épineux lorsque, une fois acquise la volonté de prendre en considération la normativité portée par le wampum de la chaîne d'alliance, il faut en examiner les effets sur l'actuelle structure constitutionnelle canadienne. Quels impacts auraient cette relecture du traité de Niagara sur le développement du droit canadien relatif aux Autochtones ? Quelles transformations la prise en considération du wampum de la chaîne d'alliance impliquerait-elle ? La prochaine section fait un pas exploratoire sur ce nouveau terrain de réflexion qui inflige, avec raison, des maux de tête à Aaron Mills qui perçoit surtout l'ampleur de l'incohérence entre sa lecture du traité de Niagara ancrée dans la pensée constitutionnelle anishinaabe et ce que le droit constitutionnel canadien en a fait³³⁰.

C. Exploration des effets d'une reconnaissance constitutionnelle du wampum de la chaîne d'alliance sur le droit canadien relatif aux Autochtones

Comme nous venons de le voir, tant les perspectives autochtones que britanniques réfèrent, lorsqu'il s'agit d'interpréter le wampum de la chaîne d'alliance, aux concepts d'amitié, d'alliance et d'engagements mutuels sensés guider les relations entre Autochtones et non-Autochtones. La prochaine section s'intéresse aux éventuels impacts de ces principes directeurs s'ils étaient considérés partie intégrante du droit constitutionnel canadien. Considérant que le wampum de la chaîne d'alliance constitue un objet interculturel appartenant à un corpus de droit intersociétal, les points de vue autochtones doivent aussi être informés des perspectives non-autochtones sur le sens à donner aux principes qu'incarne le wampum échangé à Niagara. Dans un premier temps, les notions d'amitié, d'alliance et d'engagements mutuels seront brièvement définies pour mieux comprendre comment ils renvoient tous à un *principe de réciprocité*. Dans un second temps, nous tenterons de voir comment ce principe de réciprocité s'articule (ou non) en droit canadien. Cet exercice nous permettra de dégager une esquisse des modifications

³³⁰ Mills, *supra* note 61.

constitutionnelles qu'imposerait la reconnaissance de la portée normative du wampum de la chaîne d'alliance.

L'amitié, l'alliance et le mutualisme au fondement d'un principe de réciprocité

Amitié – De prime abord, l'amitié ne semble pas appartenir au champ des relations interinstitutionnelles. Dans son acception classique, l'amitié relève des relations individuelles non-coercitives :

« Aucune force ne saurait provoquer l'amitié si les individus n'en ont pas le désir, ne saurait non plus la maintenir malgré eux. Aucun rapprochement n'est prescrit, aucune sanction ne l'entérine. »³³¹

Certains anthropologues qualifient même l'amitié « d'institution sociale non institutionnalisée »³³² dans la mesure où elle est socialement reconnue sans être officiellement structurée. C'est ainsi que dès le XVII^e siècle, le juriste Domat en arrive à conclure que l'amitié « n'est pas une matière des lois civiles »³³³ lorsqu'elle est comparée aux formes d'engagements et de devoirs qu'elle implique. Pourquoi donc s'intéresser au concept de l'amitié dans le cadre du droit constitutionnel canadien ? Cette vision individualisée de l'amitié, dans le contexte des négociations de Niagara et en particulier du wampum de la chaîne d'alliance, s'accorde avec cette idée que nous sommes tous individuellement parties au traité et que ce dernier nous engage à titre de citoyen d'une communauté politique commune³³⁴. Sont alors jetés les fondements d'une relation d'amitié entre Autochtones et non-Autochtones qui déborde nécessairement les responsabilités de la Couronne, une fiction juridique désincarnée et inapte aux rapports amicaux. Cette réflexion s'inscrit dès lors dans une vision du constitutionnalisme comme facteur structurant non seulement des rapports entre l'État et les citoyens, mais également des rapports entre citoyens.

³³¹ Claire Bidart, *L'amitié, un lien social*, Paris, La Découverte, 1997 à la p 5.

³³² Shmuel N Eisenstadt et Luis Roniger, *Patrons, clients, and friends : interpersonal relations and the structure of trust in society*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1984.

³³³ Jean Domat et Joseph Remy, *Œuvres de J. Domat : traité des lois*, Paris, Centre de philosophie politique et juridique, 1989.

³³⁴ Voir aussi John Ralston Saul, *The Comeback*, Toronto, Penguin, 2015.

Reste encore à s'interroger sur la signification de la notion d'amitié qui a fait l'objet de l'échange des consentements à Niagara, notamment par l'échange du wampum de la chaîne d'alliance. Qu'implique la reconnaissance de ce principe fondateur qui devrait guider nos relations et quel sens porte-t-il dans le contexte actuel dominé par le vocabulaire de la réconciliation ? Si les définitions varient et si le concept d'amitié se caractérise surtout par son aspect polysémique, l'étude sociologique menée par Claire Bidart permet de dégager un « noyau stable » des représentations de la notion d'*amitié*³³⁵. Ses recherches font ressortir deux thèmes centraux, soit le soutien en cas de drame et la relation de confiance. L'ami est d'abord celui sur qui l'on peut compter en cas de problème grave. La qualité de support qu'il fournit dans l'épreuve le distingue de l'entraide banale qui appartient au champ des « simples copains ». L'ami véritable peut parfois être amené à se sacrifier pour soutenir l'autre et la mesure de son dévouement dans l'adversité sert alors d'indice de la profondeur du lien d'amitié qui unit les êtres. L'ami est ensuite celui à qui l'on peut faire confiance, celui qui fait preuve de sincérité, d'honnêteté, de franchise, de désintéressement, celui qui ne juge pas.

Le socle de la confiance agit comme pilier sur lequel peuvent se déployer les différentes modalités de l'amitié³³⁶ dont la qualité va ultimement dépendre du niveau d'assurance et d'ouverture des parties à l'union amicale. À l'échelle individuelle, le concept d'amitié nous invite donc à rechercher et à offrir soutien dans les moments dramatiques et à faire preuve d'une ouverture de soi à l'autre et vice-versa pour qu'un lien de confiance se développe sur l'horizon du long terme. D'ailleurs, le vocabulaire de la *vérité*, actuellement intimement associé à celui de la réconciliation, s'inscrit dans cette démarche de rétablissement des fondements mêmes de toute relation d'amitié qui ne peut s'épanouir que sous le mode de la sincérité et de l'acceptation. La violation d'une base implicite de l'amitié, soit la *réciprocité* qui postule un rapport d'égalité entre les parties, constitue un motif de rupture du lien amical³³⁷. En ce sens, la réconciliation qu'appellent les tribunaux et les acteurs politiques invite les individus à déconstruire les opinions

³³⁵ Bidart, *supra* note 333 aux pp 18-21.

³³⁶ Claire Bidart identifie également des « représentations périphériques » de l'amitié, c'est-à-dire des occurrences secondaires telles que la confiance (ou le secret), la tolérance, le respect, l'acceptation des différences, la permanence de la présence, la durée, les échanges affectifs, le partage d'affinités, les ressemblances sur les plans social et culturel, la facilité de la relation, ... Bidart, *supra* note 333 aux pp 21 et ss.

³³⁷ « Une petite part des ruptures d'amitié est cependant vécue sur le mode conflictuel, et justifiée par une déception dans le comportement de l'autre ; les attentes n'ont pas été satisfaites, les règles de convenance pas respectées, ou mal anticipées. » *Ibid* à la p 332.

conventionnelles et les défenses suspectes qui les empêche de s'engager sur la reconstruction d'amitiés entre Autochtones et non-Autochtones, amitiés dont les bases ont été et sont encore voilées par l'opacité de la domination coloniale.

Alliance – Si l'amitié traite des rapports interpersonnels et n'implique aucune notion d'obligations coercitives, le concept d'alliance implique quant à lui « une union contractée par engagement mutuel »³³⁸ et s'adresse plus largement aux relations qu'entretiennent des *groupes* d'individus rassemblés en communautés, en nations, en peuples³³⁹. La notion d'alliance, tout comme celle d'amitié, repose sur la présomption implicite d'une égalité entre les parties³⁴⁰. Les alliés deviennent des *partenaires* qui s'associent pour le bénéfice de leurs intérêts communs. Ils s'engagent dans une relation de réciprocité qui suppose qu'ils sont mutuellement utiles l'un pour l'autre. Du point de vue du droit positif, il faut distinguer l'alliance du traité. Alors que l'alliance se caractérise par une entente où la sanction est essentiellement politique ou diplomatique, le traité scelle une entente que les tribunaux peuvent par la suite interpréter et sanctionner. L'alliance peut toutefois faire l'objet d'un traité et en découlent alors des obligations juridiquement contraignantes, mais l'alliance non sanctionnée par une entente juridiquement contraignante a une nature plus flexible, apte à se faire et se défaire au gré des fluctuations de l'intérêt à s'unir. Ainsi en est-il, par exemple, des alliances militaires, interprovinciales ou communautaires qui reposent sur une convergence d'intérêts à un moment donné et dans un contexte précis. Ces alliances purement politiques ne survivent pas nécessairement au passage du temps et aux changements de circonstances. D'où l'idée, au cœur de la chaîne d'alliance, d'un renouvellement cyclique des liens qui unissent les parties, soit par le biais de rencontres, d'échanges de présents, de célébrations. Par contraste, le traité suppose des obligations mutuelles qui peuvent survivre, dans la durée, aux aléas de l'existence. Les parties sont liées non seulement par une communauté d'intérêts à un moment précis, mais par le devoir de s'acquitter de certains engagements. Le cas du wampum de la chaîne d'alliance est intéressant en ce qu'il consacre la création d'une *alliance* dans le cadre de la conclusion du *traité* de Niagara. L'alliance entre les peuples autochtones et non-autochtones est donc consacrée par les termes du traité, ce qui octroie aux termes de l'alliance une fondation juridique qui légitime l'implication des tribunaux. La

³³⁸ Josette Rey-Debove et Alain Rey, dir, *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris, Le Robert, 2008.

³³⁹ Quoique l'alliance puisse aussi référer à l'union du mariage entre deux êtres.

³⁴⁰ Que cette égalité soit réelle ou non importe peu – c'est la *présomption* d'égalité qui fait ici la différence.

référence aux *engagements mutuels* qui accompagne la remise du wampum de la chaîne d'alliance renforce cette prémisse.

Engagements mutuels – Sir William Johnson remet aux premières nations rassemblées à Niagara le wampum de la chaîne d'alliance afin que chacun puisse se commémorer ses « engagements mutuels »³⁴¹. Ici, au-delà du concept d'engagements, c'est le mutualisme qui nous intéresse. Le mot mutualisme vient du latin « mutuus » qui signifie « réciprocité ». L'étude des interactions mutualistes s'intéresse à la réciprocité à travers l'observation des comportements obéissant à une « logique de l'avantage mutuel »³⁴² où chacun trouve son bénéfice à travers la coopération ou l'échange. Encore une fois, tout comme dans le cas de l'amitié et de l'alliance, le mutualisme qu'incarne la chaîne d'alliance réfère à une logique sous-jacente de réciprocité qui peut être définie en opposition à l'unilatéralisme.

Entorses et articulations du principe de réciprocité en droit canadien

Reste maintenant à identifier comment s'incarne (ou pas) la logique de réciprocité de la chaîne d'alliance en droit étatique. Nous débuterons par une exploration des principes de droit canadien qui s'opposent au principe de réciprocité au cœur de la chaîne d'alliance, après quoi nous nous intéresserons aux principes juridiques porteurs de la logique mutualiste à laquelle se sont engagés Autochtones et non-Autochtones à Niagara. Dans l'éventualité où la valeur normative du wampum de la chaîne d'alliance était reconnue par le système juridique comme partie intégrante de l'ordre constitutionnel canadien, par exemple par le biais de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les prochaines sections permettent d'esquisser une ébauche des principes de droit étatique qui mériteraient d'être soit réformés, soit revalorisés.

Entorses au principe de réciprocité en droit canadien ou le règne de l'unilatéralisme – Commençons par les développements du droit canadien relatif aux Autochtones qui s'inscrivent en porte-à-faux du principe de réciprocité qu'incarne le wampum de la chaîne d'alliance. La

³⁴¹ « ... [so] that we may not forget our mutual Engagements. » Johnson, *supra* note 371.

³⁴² Où « le comportement égoïste relève de l'indifférence (s'il n'affecte pas les autres négativement) ou de l'exploitation (s'il leur nuit). Le comportement altruiste, quant à lui, équivaut à un sacrifice ». Nicolas Baumart, *Une théorie naturaliste et mutualiste de la morale*, thèse de doctorat en sciences sociales, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2008 [non publiée] à la p 77.

première entorse et sans doute la plus importante, dont nous avons déjà discuté au premier chapitre, est la persistance de la négation des ordres juridiques autochtones qui repose sur l'affirmation unilatérale de la souveraineté étatique canadienne exclusive. La seconde entorse, qui découle de la première, est l'adoption en 1867 de l'article 91(24) qui octroie au gouvernement fédéral la compétence législative exclusive sur les « Indiens et les terres réservées aux Indiens », sapant les fondements d'une autonomie gouvernementale autochtone qui aurait permis d'en faire des *partenaires* fédéraux plutôt que des *sujets*. Violant ainsi les principes de la chaîne d'alliance, toute une série d'instruments législatifs intrusifs et destinés à éliminer le « problème indien » ont été unilatéralement adoptés en vertu de la marginalisation constitutionnelle des Autochtones qui ne bénéficient pas d'un espace juridictionnel apte à leur permettre d'interagir sous la présomption d'égalité propre au principe de réciprocité. Ensuite, alors que la mobilisation autochtone a donné naissance à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et a par le fait même redonné une place aux voix autochtones au sein du débat constitutionnel, ce qui constitue un pas majeur sur la voie de la réciprocité, son interprétation subséquente constitue la troisième violation de la chaîne d'alliance. En particulier, l'interprétation large octroyée aux possibilités d'atteintes aux « droits ancestraux et issus de traités » maintient les bénéficiaires de ces droits sous le joug de l'unilatéralisme étatique. S'il est compréhensible que les tribunaux aient cherché à préciser les limites des droits protégés par l'article 35, la libéralité avec laquelle ils décrivent les objectifs législatifs « impérieux et réels » (donc aptes à justifier la violation des droits constitutionnels autochtones) constitue un sérieux talon d'Achille aux droits qu'ils prétendent protéger. Dans l'arrêt *Delgamuukw* relatif au titre aborigène, le juge en chef Lamer énumère une liste étonnamment longue d'activités qui pourraient justifier les infractions au titre :

« Depuis *Gladstone*, l'éventail d'objectifs législatifs qui peuvent justifier une atteinte au titre aborigène est assez large. La plupart de ces objectifs peuvent être rattachés à la conciliation de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, ce qui nécessite la reconnaissance du fait que les « sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie » (au par. 73). À mon avis, *l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des*

*populations requises par ces fins, sont des types d'objectifs compatibles avec cet objet et qui, en principe, peuvent justifier une atteinte à un titre aborigène. »*³⁴³

Cette possibilité, très largement définie, d'enfreindre les droits « protégés » par l'article 35 est d'autant plus troublante qu'elle repose sur le postulat bancal du « titre absolu ou sous-jacent de la Couronne »³⁴⁴, le fruit d'une affirmation unilatérale qui relève de la fiction juridique. Même le recours à l'obligation fiduciaire de la Couronne, qui découle elle aussi du titre sous-jacent de la Couronne, ne permet pas à l'article 35 d'émanciper les premiers peuples de l'unilatéralisme étatique. Ultimement, ce seront les institutions étatiques qui trancheront seules la question de savoir s'il y a eu respect de l'obligation fiduciaire et ce, pendant que les voix autochtones seront confinées au registre de la revendication. Cette entorse au principe de la réciprocité est d'autant plus troublante qu'elle est difficilement justifiable au regard de la structure même de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, l'article 35 appartient à la partie II, intitulée « Droits des peuples autochtones du Canada », et n'est donc pas assujéti aux limites prévues par l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Partie I)³⁴⁵. Or l'arrêt *Sparrow*³⁴⁶ a en quelque sorte mis en place une version jurisprudentielle de l'article 1 qui a permis, depuis *Gladstone*³⁴⁷ et surtout depuis *Delgamuukw*³⁴⁸, un élargissement inquiétant des violations unilatéralement justifiables de l'article 35.

Par ailleurs, il serait intéressant d'approfondir les distinctions entre les objectifs de « réconciliation » au cœur de l'article 35, tels qu'interprétés par la jurisprudence, et les objectifs de « réciprocité » qui animent la chaîne d'alliance. Au terme d'une analyse jurisprudentielle de la notion de réconciliation, Mark Walters conclut que la réconciliation conçue comme la restauration de relations d'amitié doit nécessairement précéder toute tentative de réconciliation entre les revendications autochtones et la souveraineté canadienne à laquelle réfèrent les tribunaux³⁴⁹. La

³⁴³ *Delgamuukw*, *supra* note 21 au para 165 [mes italiques, souligné dans l'original]. Ce passage est repris dans *Tsilhqot'in*, *supra* note 90 au para 83.

³⁴⁴ *Tsilhqot'in*, *supra* note 90 au para 71.

³⁴⁵ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

³⁴⁶ *Sparrow*, *supra* note 83.

³⁴⁷ *R c Gladstone*, [1996] 2 RCS 723.

³⁴⁸ *Delgamuukw*, *supra* note 21.

³⁴⁹ Mark D Walters, « The Jurisprudence of Reconciliation : Aboriginal Rights in Canada » dans Will Kymlicka et Bashir Bashir, dir, *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies*, Oxford University Press, 2010 à la p 190.

réciprocité est donc un moyen, voire une condition *sine qua non* pour atteindre la réconciliation. Un véritable engagement sur une telle piste exige non seulement un dialogue actif entre les parties, mais également une ouverture à la remise en question, comme nous venons de le voir, d'éléments fondamentalement structurants du droit constitutionnel canadien relatif aux Autochtones. La prochaine section esquisse certains principes de droit qui pourraient servir de points de départ vers une plus grande réciprocité et un plus grand respect des principes au cœur de la chaîne d'alliance.

Articulations du principe de réciprocité en droit canadien ou l'envers de l'unilatéralisme – Quels principes issus du droit canadien font écho au principe de réciprocité incarné par la chaîne d'alliance ? Déjà, la question peut sembler mal posée – elle s'intéresse uniquement aux développements du *droit canadien relatif aux Autochtones*, sans égards pour les ordres juridiques autochtones eux-mêmes dont la prise en considération est pourtant indispensable à toute entreprise de réciprocité. Cette posture tronquée s'explique par notre volonté de considérer ici le droit étatique dans son état actuel qui fait fi des traditions juridiques autochtones contemporaines, et de tenter d'y dénicher les semences d'une relation de partenariat entre Autochtones et Allochtones. Il appert que toutes tentatives d'amener les parties à négocier les termes de leur coexistence se rapprochent de la voie de la réciprocité. Lorsque la Cour, par exemple, développe les obligations de consultation et d'accommodement³⁵⁰ ou incite les parties à clarifier les modalités de leur souveraineté partagée par la conclusion de traités³⁵¹, elle fait un pas de plus sur la voie de la réciprocité. En favorisant la tenue de négociations entre les parties, les tribunaux invitent Autochtones et Allochtones à se réunir autour de la même table afin de discuter et d'échanger jusqu'à l'atteinte, idéalement, d'une entente [*one mind*]. La négociation de traités qui privilégie rencontres et négociations s'inscrit, à priori, dans une logique de réciprocité qui met l'accent sur l'importance de la fréquence du dialogue. On peut en effet y voir un parallèle

³⁵⁰ *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511.

³⁵¹ Hoehn, *supra* note 201. Le professeur Felix Hoehn fait valoir de manière convaincante qu'émerge de la jurisprudence de la Cour suprême un nouveau paradigme qui rejette la doctrine de la découverte et de la *terra nullius* comme fondement de la souveraineté étatique canadienne et accepte que la souveraineté pré-existante des premières nations continue au-delà de la proclamation de souveraineté de la Couronne. Selon ce point de vue, la négociation de traités visant à clarifier les modalités de cette souveraineté partagée peut permettre à la Couronne de faire de sa souveraineté *de facto* une souveraineté *de jure* et ainsi, remplir la promesse de la réconciliation.

avec l'entretien de la chaîne d'alliance qui suppose une succession de rencontres pour entretenir les fondements de la relation.

En pratique, il y a toutefois des limites à ce que les tribunaux et le droit canadien peuvent accomplir. Il n'est pas clair que la négociation dans un contexte d'inégalités des rapports de force puisse pleinement s'inscrire dans une logique de réciprocité et de réconciliation³⁵². Bien que le droit étatique ait ultimement un effet structurant en affectant la balance de pouvoir dont chacune des parties dispose, a peu de moyens pour intervenir sur leur bonne volonté ou sur leur désir de partager et de mettre en commun leurs intérêts et leurs ressources dans un esprit d'alliance véritable [*linking arms together*]. Le système de justice n'a pas de prise sur le « heart knowledge »³⁵³ auquel semble faire appel le wampum de la chaîne d'alliance et qui invite les parties à s'investir entièrement, en engageant toutes les dimensions de leur être. Même en réitérant ses vœux de respect de la bonne foi des parties ou en ayant recours à des principes constitutionnels tels que l'honneur de la Couronne, la *real politik* qui se joue sur le terrain fait entrer en scène des rapports de pouvoir qui bafouent rapidement la présomption d'égalité sous-jacent toute entreprise de réciprocité. Néanmoins la création des obligations de consultation et d'accommodement a forcé la Couronne à sortir d'une posture de déni des revendications autochtones et a poussé la tenue d'un dialogue entre les instances politiques autochtones et allochtones. Ce n'est pas une panacée, il ne faut pas y voir l'avènement d'une ère de cogestion territoriale³⁵⁴, mais plutôt un petit pas dans la direction de la discussion et d'une forme de justice plus procédurale que substantive.

Au final, la difficulté de trouver au sein du droit étatique actuel l'articulation des principes qu'incarnent le wampum de la chaîne d'alliance pose un défi majeur au système de justice canadien. Pour aller au-delà de l'unilatéralisme étatique et honorer la promesse de réciprocité dans sa dimension normative, une réflexion plus profonde sur les structures institutionnelles capables d'accommoder un véritable dialogue internormatif s'impose. Quel genre de tribunaux

³⁵² Voir Taiaiake Alfred, *Wasáse: indigenous pathways of action and freedom*, Peterborough, Broadview Press, 2005 et Coulthard, *supra* note 72.

³⁵³ Voir Leilani Holmes, « Heart Knowledge, Blood Memory, and the Voice of the Land: Implications of Research among Hawaiian Elders » dans George J Sefa, Budd L Hall et Dorothy G Rosenberg, dir, *Indigenous Knowledges in Global Contexts*, Toronto, University of Toronto Press, 2000.

³⁵⁴ L'obligation de consultation et d'accommodement demeure essentiellement procédurale.

seraient en mesure de pleinement reconnaître le multijuridisme canadien et d'en concilier les différentes traditions normatives ? La Cour Suprême du Canada devrait-elle par exemple prévoir la présence obligatoire de juges issus de traditions juridiques autochtones (comme c'est déjà le cas pour la tradition juridique civiliste) ? Quel rôle l'émergence et le développement d'instances judiciaires autochtones, par exemple la Mohawk Court of Akwesasne³⁵⁵, seront-elles appeler à jouer au sein du dialogue internormatif ? Le développement d'institutions juridiques autochtones ou hybrides pourrait éventuellement contribuer à fournir les assises d'un dialogue interinstitutionnel entre tribunaux et dégager la structure actuelle de l'unilatéralisme étatique qui le caractérise.

D. Conclusion

Une fois la dimension constitutionnelle des wampums reconnue en droit canadien, encore faut-il s'intéresser à leur caractérisation juridique et aux conditions qui permettent d'en déceler le potentiel normatif. Il semble, au terme de notre analyse, que les wampums soient les plus à même de lier la Couronne, voire l'ensemble des citoyens canadiens, lorsqu'ils ont fait l'objet d'un échange lors de la conclusion d'un traité. De tels wampums pourraient incarner des principes de droits issus de traités qui bénéficieraient de la protection constitutionnelle prévue à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cependant, tous les wampums échangés lors de la conclusion d'un traité ne sont pas porteurs d'une dimension normative et il devient, dans ce contexte, nécessaire d'établir certains critères qui peuvent guider les tribunaux dans la sélection des wampums incarnant des principes susceptibles de lier la Couronne. À cette fin nous suggérons un test en trois étapes qui comprend la nécessité de prouver (1) un échange de wampums (2) qui scelle les termes d'un traité et (3) contribue à son interprétation. Ce test, une fois appliqué au cas du wampum de la chaîne d'alliance échangé à la conférence de Niagara en 1764, s'avère concluant à la lumière des informations dont nous disposons à ce jour. Considérant les témoignages autochtones relativement à ce wampum et les informations issues des archives documentaires, toute lecture du traité de Niagara sans une analyse de la portée normative du wampum de la chaîne d'alliance s'avère tronquée. Il ne suffit pas, pour une telle prise en considération, de mentionner l'existence de l'échange en guise de contexte historique, mais bien

³⁵⁵ Terrance, Hall et Francis, *supra* note 182.

de s'interroger sur les conséquences normatives des principes de droit qu'il incarne. Alors que ces principes généraux renvoient à une autre conception de la notion même de traité, c'est-à-dire à l'établissement d'une communauté politique qui lie l'ensemble des citoyens plutôt qu'uniquement l'instance de la Couronne qui les représente, il font aussi ressortir l'importance des notions d'amitié, d'alliance et d'engagements mutuels qui renvoient somme toute à un principe de réciprocité. À l'envers de l'unilatéralisme étatique, ce principe de réciprocité engage la Couronne – ainsi que l'ensemble des citoyens canadiens – à agir en partenariat avec les premières nations. En postulant une égalité des parties qui va à l'encontre des rapports de force asymétriques actuellement en faveur de la Couronne, le wampum de la chaîne d'alliance invite une relecture profonde du droit constitutionnel canadien applicable aux Autochtones. En effet, les entorses au principe de réciprocité sont d'une telle ampleur et ses articulations en droit canadien si limitées qu'il se dégage l'impression d'une impasse. La fédération canadienne a-t-elle la flexibilité nécessaire pour réparer les injustices du passé et permettre la résurgence d'une nouvelle ère de partenariat ? Le système de justice est-il en mesure de s'ouvrir à la reconnaissance du multijuridisme canadien et à tracer les limites des prétentions étatiques à une conception totalisante de la souveraineté ? Considérant le principe démocratique au cœur de la structure constitutionnelle canadienne, la réponse à ces questions dépend ultimement de chaque citoyen et de notre capacité à tisser de réels liens d'amitié à l'échelle individuelle, locale, puis collective et, à plus long terme, constitutionnelle. Sans ce changement de posture vers la réciprocité à laquelle nous invite le wampum de la chaîne d'alliance, nous nous condamnons au mieux à assumer la tyrannie de la majorité, au pire à la maintenir aveuglément en l'enrobant dans le langage fallacieux de la réconciliation.

CONCLUSION

Alors que la Commission Vérité et Réconciliation définit l'intégration des « systèmes de savoir, [d]es histoires orales, [d]es lois, [d]es protocoles et [d]es liens avec la terre des Autochtones » en tant qu' « éléments essentiels au processus de réconciliation »³⁵⁶, notre analyse révèle une série d'obstacles qui se dressent sur la voie de la mise en œuvre de ce principe par les tribunaux canadiens. D'abord, l'aspect normatif des wampums intersociétaux déposés en Cour pour appuyer des droits, tel que le droit à l'autodétermination des peuples autochtones, est marginalisé par le droit étatique. Une interprétation restrictive du principe de continuité combiné à une réification des traditions juridiques autochtones permet aux tribunaux de reléguer la normativité des wampums à un espace juridique figé dans le passé. Dans l'objectif de moderniser le langage désuet de ces instruments juridiques autochtones, le droit étatique procède ensuite à une traduction contemporaine de l'interprétation réifiée qu'il a lui-même produite. La reconnaissance des perspectives autochtones prend ici la forme d'un pluralisme de subordination³⁵⁷ qui intègre en apparence les droits issus des Autochtones, mais selon des termes unilatéralement développés par l'appareil étatique qui les déforme et les instrumentalise. Devant une telle conception de la reconnaissance, certains exercent leur révolte par un refus de reconnaître et d'être reconnu. La normativité du wampum à deux voies sert alors d'appui à une posture de contestation de la juridiction des tribunaux sur les peuples autochtones. Refusant toute participation à ce qui est perçu comme le manège de l'instance juridique, ces parties autochtones déclinent le recours à l'avocat, s'abstiennent d'enregistrer un plaidoyer et militent pour que la Cour reconnaisse les limites de sa propre juridiction. Ils font valoir que seul leur propre ordre juridique gouverné par la *Keyanerekowa* a la légitimité suffisante pour s'appliquer au cas dont le tribunal s'arroge la capacité d'être saisi. Poussée à son interprétation la plus radicale, le wampum à deux voies appuie une posture moniste qui nie les interactions et l'interdépendance qui s'est créée avec l'ordre juridique étatique. La réponse des tribunaux réitère le monisme juridique étatique en mettant de l'avant une conception totalisante de la souveraineté étatique canadienne. Sans interroger les assises bancales de leur propre légitimité sur le territoire canadien, les tribunaux répondent au refus de voir reconnaître leur propre juridiction par un refus de la remettre

³⁵⁶ Commission Vérité et Réconciliation du Canada, *supra* note 29 à la p 4.

³⁵⁷ Otis, *supra* note 11 aux pp 20-21.

en question. La lutte pour la reconnaissance prend ici la forme d'un dialogue de sourds où chacun s'enferme dans une fiction de sa propre souveraineté et laisse dans l'ombre les relations de respect, de paix et d'amitié auxquels invitent pourtant le wampum à deux voies.

Ensuite, lorsque le wampum est déposé en preuve pour appuyer des éléments factuels, une confrontation avec la preuve documentaire issue des archives va miner la crédibilité des témoignages fondés sur les récits oraux. Alors que les récits oraux liés qu'incarnent le wampum se concentrent surtout sur les idées qui en émanent, le test relatif au titre aborigène réduit l'apport du wampum à ses aspects factuels et historiques. Le statut reconnu à celui qui a l'autorité d'interpréter le wampum au sein de sa communauté se trouve aussi amoindri par les tribunaux qui le cantonnent au rôle de témoin. Le dialogue internormatif se conçoit alors comme une entreprise hiérarchisée où le juge étatique s'adresse au chef héréditaire autochtone en tant que dépositaire de preuve plutôt que de droit. Trouver une inexactitude factuelle dans le témoignage autochtone mène au discrédit des récits qu'il rapporte et fait ultimement obstacle à l'intégration de la seule source de perspective autochtone dans l'analyse que déploient ensuite les tribunaux. En posant un regard sur l'interprétation du wampum du Vatican dont l'interprétation semble être issue d'un mouvement de revitalisation culturelle autochtone, les tribunaux s'immiscent dans un processus de résurgence culturelle et juridique nécessaire à la survie des premières nations après des siècles de stress générés par le contact et l'oppression coloniale. Les sociétés autochtones se réinventent en s'abreuvant tant de la tradition que des éléments nouveaux qui se sont greffés à leur paysage culturel. Cette revitalisation culturelle et juridique peut être conçue comme un corolaire du droit à l'autodétermination autochtone, ce qui nous invite à penser la question de la reconnaissance des traditions juridiques autochtones comme un problème de partage juridictionnel plutôt que de réception.

Comme la question du partage juridictionnel et du droit à l'autodétermination exige à mon sens une transformation institutionnelle qui exigera temps et réflexion, il convient en attendant de s'interroger sur l'espace qui pourrait être dégagé aux aspects normatifs des wampums dans l'état actuel des tribunaux. Dans la mesure où ils ont fait l'objet d'un échange afin de sceller les termes d'un traité et qu'ils contribuent à son interprétation, les wampums peuvent à mon avis être considérés comme des instruments de droit intersociétal qui lient tant la Couronne que les parties

autochtones. Les principes qu'ils incarnent sont susceptibles de nourrir l'interprétation téléologique des traités qui bénéficient d'une protection constitutionnelle sous l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Appliqué au cas du wampum de la chaîne d'alliance, ce test en trois temps révèle qu'une lecture du traité de Niagara de 1764 demeure tronquée et ethnocentrique si elle fait fi des aspects normatifs qu'incarnent ce wampum qui invite à appliquer un principe de réciprocité aux relations entre Autochtones et Allochtones. D'autres wampums sont susceptibles de remplir ces conditions et d'offrir une lecture plus riche de l'architecture constitutionnelle canadienne nourrie par la conscience de ses racines multijuridiques.

L'ouverture du système juridique canadien à la mise en œuvre des recommandations de la Commission Vérité et Réconciliation n'est pas une mission impossible. Le Canada évolue déjà dans un contexte bijuridique et les juristes qui pensent, pratiquent et développent le droit canadien ont donc déjà l'habitude de naviguer d'une tradition juridique à l'autre. Pourtant, suivre les traces des wampums dans la jurisprudence canadienne révèle que le multijuridisme canadien demeure un défi. La prise en considération de la 'perspective autochtone' qu'incarnent les wampums est systématiquement marginalisée et l'aspect intersociétal qui pourrait amener les parties vers une discussion sur la symbolique du wampum est complètement ignoré. Dans ce contexte, le Canada devrait entreprendre une vaste étude de droit comparé pour documenter les manières dont le multijuridisme se met en œuvre ailleurs dans le monde et s'inspirer des modèles les plus près d'un pluralisme de coordination pour éventuellement s'émanciper de l'héritage colonial qui pèse sur ses structures institutionnelles, incluant celles du système de justice. Loin d'être prédéfinies, les solutions mises de l'avant ici continuent de se construire au fil d'une nécessaire discussion que la recherche et la rencontre ont la beauté de permettre.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

INTERNE

Code criminel, LRC 1985, c C-46.

Crown Lands Act, RSNC 1987, c 144.

Loi canadienne sur les droits de la personne, LRC 1985, c H-6.

Loi constitutionnelle de 1867 (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5.

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

Loi sur les douanes, LRC 1985, c 1 (2^e supp).

Loi sur les Indiens, LRC 1985, c I-5.

Proclamation Royale de 1763, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 1.

INTERNATIONALE

Convention (n° 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, 28 juin 1989, 1650 RTNU 383, 28 ILM 1382 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991).

Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des États, 26 décembre 1933, 1936 RTSN n° 3802.

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rés AG, Doc off AG NU, 61^e sess, Doc NU A/RES/61/295 (2007).

JURISPRUDENCE

INTERNE

Blankard v Galdy (1693) 91 ER 356 (KB).

Boots v Mohawk Council of Akwesasne, 1999 CanLII 7500 (CF), [1999] FCJ No 202.

Calder c Procureur Général de la Colombie-Britannique, [1973] RCS 313.

Calvin's Case (1608) 77 ER 377 (KB).

Campbell c. Hall (1774) 1 Cowp 204, 98 ER 1045 (KB).

Case of Tanistry (1608) 80 ER 516.

Connolly v Woolrich (1867) 17 RJRQ 75 (CSQC).

Craw v Ramsey (1669) 86 ER 273.

Dawes v Painter (1674) 89 ER 126.

Delgamuukw v British-Columbia [1993] 5 WWR 97 (CAC-B).

Delgamuukw c Colombie-Britannique, [1997] 3 RCS 1010.

Dutton v Howell (1693) 1 ER 17 (HL).

Guerin c La Reine, [1984] 2 SCR 335.

Inasa c Oshodi, [1934] AC 99 (PC).

Jacobs c Mohawk Council of Kahnawake, [1998] 3 CNLR 68 (TCDP).

Kelly c Conseil des Mohawks de Kahnawake, 2008 CanLII 42 (TCDP).

Mitchell c Canada (Ministre du Revenu National), [1999] 1 RCF 375.

Mitchell c Canada (Ministre du Revenu National), [2001] 1 RCS 911.

MM (Re), 2013 CanLII 59 (ABPC).

Nation haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), [2004] 3 RCS 511.

Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique, [2014] 2 RCS 256.

Nowegijick c La Reine, [1983] 1 RCS 29.

Oakville Motor Sales & Leasing Inc v Canada, [1996] 4 GTC 3198 (CCI).

Post Office v Estuary Radio Ltd., [1967] 3 All ER 680.
Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du patrimoine canadien), [2005] 3 RCS 388.
Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet), [2004] 3 RCS 550.
R c Adams, [1996] 3 RCS 101.
R c Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 RCS 295.
R c Côté, [1994] 3 CNLR 98 (QCCA).
R c Côté, [1996] 3 RCS 139.
R c Gladstone, [1996] 2 RCS 723.
R c Jacobs, [1999] 3 CNLR 239 (CSCB).
R c Marshall ; R c Bernard, [2005] 2 RCS 220.
R c Pamajewon, [1996] 2 RCS 821.
R c Sioui, [1990] 1 RCS 1025.
R c Sparrow, [1990] 1 RCS 1075.
R c Van der Peet, [1996] 2 RCS 507.
Renvoie relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217.
Re Résolution pour modifier la constitution, [1981] 1 RCS 753.
Re opposition à une résolution pour modifier la constitution, [1982] 2 RCS 793.
Re Stacey and Montour and the Queen, [1982] 3 CNLR 158 (QCCA).
R v Cook, 2010 ONSC 675.
R v Crow Shoe, 2004 ABPC 174.
R v David, [2000] 45 WCB (2d) 471 (ONSC).
R v Francis, [2007] 3 CNLR 294 (ONSC).
R v Gibson, [2007] OJ No 3948 (ONSC).
R v Hallock, [1996] AR 397; 32 WCB (2d) 392 (ABPC).
R v Jamieson, 2013 ONCJ 662.
R v Marshall, 2001 NSPC 2 (CanLII), [2001] 2 CNLR 256.
R v Marshall, 2002 NSSC 57, [2002] 3 CNLR 176.
R v Nicholas, [1988] OJ No 2430.
R v White and Bob (1964), 50 DLR (2d) 613 (CACB).
R v Yellowhorn, 2006 ABQB 307.
Simon c La Reine, [1985] 2 RCS 387.
St Catherines Milling and Lumber Company v The Queen, [1888] UKPC 70, [1888] 14 AC 46 (12 décembre 1888).
Witrong v Blany (1674) 84 ER 789.

AMÉRICAINNE

Jones v Meehan, 175 US 1 (1899).

AUSTRALIENNE

Mabo and others v Queensland (No 2) [1992] HCA 23.

INTERNATIONALE

Cayuga Indians (Great Britain) v United States (1926), VI RSA 173.
Island of Palmas case (Netherlands, USA) (1928), II R RSA 829.
Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v Norway) (1933) PCIJ (sér A/B) n° 53.
Sahara occidental, Avis consultatif, [1975] CIJ rec 12.

DOCTRINE

MONOGRAPHS

- Abel, Richard L. *The Politics of Informal Justice*, vol 2, New York, Academic Press, 1982.
- Alfred, Taiaiake. *Wasáse: indigenous pathways of action and freedom*, Peterborough, Broadview Press, 2005.
- Allen, Hervey. *Wampum and old gold*, New York, AMS Press, 1971 [@1921].
- Anaya, James. *Indigenous Peoples in International Law*, 2^e ed, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Anker, Kirsten. *Declarations of Interdependence: A Legal Pluralist Approach to Indigenous Rights*, Aldershot, Hampshire, Ashgate, 2014.
- Austin, John. *Lectures on Jurisprudence and the Philosophy of Positive Law*, St Clair Shores, MI, Scholarly Press, 1977.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, New York, Noonday Press, 1954.
- Baxter, Paul A et Allison Bird-Romero, *Encyclopedia of Native American Jewelry: a guide to history, people, and terms*, Phoenix, Oryx Press, 2000.
- Becker, Marshall J et Jonathan C Lainey, *The white-dog sacrifice: a post-1800 rite with an ornamental use of wampum*, vol 103, pt 3, Philadelphia, American Philosophical Society, 2013 [Transactions of the American Philosophical Society series].
- Bidart, Claire. *L'amitié, un lien social*, Paris, La Découverte, 1997.
- Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010.
- Borrows, John. *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.
- Boyd, Julian. dir, *Indian Treaties Printed by Benjamin Franklin*, Philadelphia, The Historical Society of Pennsylvania, 1938.
- Butterworth, Hezekiah. *The wampum belt or, 'The fairest page of history': a tale of William Penn's treaty with the Indians*, New York, Appleton and Co, 1896.
- Chanock, Martin. *Law, Custom, and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge, Cambridge University, 1985.
- Clarke, Noah T. *The Thacher Wampum Belts of the New York State Museum*, New York, University of the State of New York, 1929.
- Constable, Marianne. *The law of the other: the mixed jury and changing conceptions of citizenship, law, and knowledge*, Chicago, London, University of Chicago Press, 1994.
- Coulthard, Glen S. *Red Skins, White Masks: Rejecting the colonial politics of recognition*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2014.
- Cruikshank, Julie. *Do glaciers listen?: Local Knowledge, Colonial Encounters, & Social Imagination*, Vancouver, UBC Press ; Seattle, University of Washington Press, 2005.
- Domat, Jean et Joseph Remy, *Œuvres de J. Domat : traité des lois*, Paris, Centre de philosophie politique et juridique, 1989.
- Dorion, Henri et Jean-Paul Lacasse, *Le Québec : territoire incertain*, Québec, Septentrion, 2011.
- Dworkin, Donald. *Law's Empire*, London, UK, Belknap Press, 1986.
- Eisenstadt, Shmuel N et Luis Roniger, *Patrons, clients, and friends : interpersonal relations and the structure of trust in society*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1984.
- Fanon, Frantz. *Black Skin, White Masks*, London, Pluto, 2008 [@1952].
- Fanon, Frantz, Jean-Paul Sartre et Constance Farrington, *The Wretched of the Earth*, New York, Grove Press, 1965 [@1963].
- Fauteux, Aegidius. *Mémoire sur les postes du Canada par Le chevalier de Raymond*, Québec, publié par l'auteur, 1929.

- Fenton, William N. *The Great Law and the Longhouse: a political history of the Iroquois Confederacy*, vol 223, Norman, University of Oklahoma Press, 1998 [Civilization of the American Indian series].
- Geertz, Clifford. *Local knowledge : Further essays in interpretive anthropology*, New York, Basic Books, 1983.
- Gehl, Lynn. *The Truth that Wampum Tells: My Debwewin on the Algonquin Land Claims Process*, Halifax & Winnipeg, Fernwood Publishing, 2014.
- Hart, Herbert LA. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- Hewitt, JNB. « Wampum » : *Manuel des Indiens du Canada* [traduit de l'anglais], Ottawa, J de L Taché, 1915 [1913].
- Hoehn, Felix. *Reconciling sovereignties: aboriginal nations and Canada*, Saskatoon, Native Law Centre, University of Saskatchewan, 2012.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada: 2014 Student Edition*, Toronto, Carswell, 2014.
- Jennings, Francis. *The ambiguous Iroquois empire: the Covenant Chain confederation of Indian tribes with English colonies from its beginnings to the Lancaster Treaty of 1744*, New York, Norton, 1984.
- Jennings, Francis. *The history and culture of Iroquois diplomacy: an interdisciplinary guide to treaties of the Six Nations and their league*, D'Arcy McNickle Center for the History of the American Indian, Syracuse, Syracuse University Press, 1985.
- Jennings, Ivor. *The Law and the Constitution*, 5^e éd, Londres, University of London Press, 1959.
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Kymlicka, Will. *Politics in the Vernacular : Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford, New York University Press, 2001.
- Lafargue, Régis. *La Coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, Paris, LGDJ, coll « Droit et Société », 2010.
- Lafitau, Joseph-François. *Mœurs des sauvages américains, comparées aux mœurs des premiers temps*, t 2, Paris, Saugrain l'aîné, 1724.
- Lainey, Jonathan C. *La « monnaie » des sauvages : Les colliers de wampum d'hier à aujourd'hui*, Québec, Septentrion, 2004.
- Macklem, Patrick. *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001.
- Malinowski, Bronislaw. *Crime and custom in a savage society*, Patterson, NJ, Littlefield, Adams, 1926.
- McAdam (Saysewahum), Sylvia. *Nationhood Interrupted: Revitalizing Nêhiyaw Legal Systems*, Saskatoon, Purich Publishing, 2015.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- Miller, Bruce G. *Oral History on Trial: Recognizing Aboriginal Narratives in the Courts*, Vancouver, UBC Press, 2011.
- Moore, Sally Falk. *Social Facts and Fabrications: Customary Law on Kilimanjaro, 1880-1980*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- Morgan, Lewis H. *League of the Iroquois*, New York, Corinth Books, @1962.
- Ong, Walter J. *Orality and Literacy: The Technologizing of the World*, New York, Routledge, 2012 [@1982].
- Opekokew, Delia. *The First Nations: Indian Government and the Canadian Confederation*, Saskatoon, Federation of Saskatchewan Indians, 1980.
- Parker, Arthur Caswell. *The Constitution of the Five Nations, or, the Iroquois Book of the Great Law*, Ohsweken, Ont, Iroqrafts, 1991.
- Richland, Justin. *Arguing With Tradition: The Language of Law in Hopi Tribal Court*, Chicago, University of Chicago Press, 2008.
- Richardson, Benjamin J, Shin Imai et Kent McNeil, dir, *Indigenous Peoples and the Law: Comparative and Critical Perspectives*, Oxford, Portland, Hart, 2009.
- Saul, John Ralston. *The Comeback*, Toronto, Penguin, 2015.

- Sawaya, Jean-Pierre. *Alliance et dépendance : Comment la couronne britannique a obtenu la collaboration des Indiens de la vallée du Saint-Laurent entre 1760 et 1774*, Sillery, Éditions du Septentrion, 2002.
- Simpson, Audra. *Mohawk Interruptus: Political Life Across the Borders of Settler States*, Durham et London, Duke University Press, 2014.
- Taylor, Charles et Amy Gutmann. *Multiculturalism and 'The Politics of Recognition': an essay*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1992.
- Tully, James. *Strange multiplicity : Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- Valverde, Mariana. *Chronotopes of Law: Jurisdiction, Scale and Governance*, Abingdon, Oxon, New York, Routledge, 2015.

PÉRIODIQUES

- Abrams, George HJ. « The case for wampum: repatriation from the Museum of the American Indian to the six Nations Confederacy, Brandford, Ontario, Canada » (1994) *Museums and the Making of 'Ourselves': The Role of Objects in National Identity*, 351.
- Asch, Michael. « Aboriginal Self-Government and the Construction of Canadian Constitutional Identity » (1992) 30:2 *Alta L Rev* 465.
- Beauchamp, William M. « Wampum used in Council and as currency » (1898) 20 *Am Antiquarian* 1.
- Becker, Marshall J et Jonathan C Lainey. « Wampum Belts with Initials and/or /Dates as Design Elements : A Preliminary Review of One Subcategory of Political Belts » (2004) 28:2 *American Indian Culture and Research Journal* 25.
- Becker, Marshall J. « Lenape Land Sales, Treaties, and Wampum Belts » (1984) 108:3 *Pennsylvania Magazine of History and Biography* 351.
- Becker, Marshall J. « Small wampum bands used by Native Americans in the Northeast: Functions and Recycling » (2008) 40:1 *Material Culture* 1.
- Becker, Marshall J. « The Vatican Wampum Belt: An Important American Indian Artifact and its Cultural Origins and Meaning within the Category of 'Religious' or 'Ecclesiastical-Convert' Belts » (2001) 21 *Bolletino, Monumenti Musei E Galerie Pontificie* 363.
- Belley, Jean-Guy. « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) 18:1 *Sociologie et sociétés* 11.
- Christie, Gordon. « Culture, Self-Determination and Colonialism: Issues Around the Revitalization of Indigenous Legal Traditions » (2007) 6 *Indigenous L J* 13.
- Christie, Gordon. « The Court's Exercise of Plenary Power: Rewriting the Two-Row Wampum » (2002) 16:2 *SCLR* 285.
- Ceci, Lynn. « The First Fiscal Crisis in New York » (1980) 28:4 *Economic Development and Cultural Change* 839.
- Coulthard, Glen S. « Subjects of Empire : Indigenous Peoples and the 'Politics of Recognition' in Canada » (2007) *Contemporary Political Theory* 6.
- Cover, Robert. « The Supreme Court 1982 term foreword: nomos and narrative » (1983) 97:1 *Harvard Law Review* 4.
- Einhorn, Arthur. « Iroquois-Algonquin Wampum Exchanges and Preservation in the 20th century : a Case for in-situ Preservation » (1974) *Man in the Northeast* 7.
- Engel, David M. « Law, Time, and Community » (1987) 21 *Law & Society Review* 605.
- Fenton, William N. « The New York State wampum collection: The case for the integrity of cultural treasures » (1971) *Proceedings of the American Philosophical Society* 437.
- Foster, Michael K. « Another look at the function of Wampum in Iroquois-White councils » (1985) 99:114 *The History and Culture of Iroquois Diplomacy* 105.
- Fuller, Lon. « Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart » (1957/58) 71:4 *Harvard Law Review* 630.

- Griffiths, John. « What is Legal Pluralism? » (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* 1.
- Haas, Angela M. « Wampum as Hypertext: An American Indian Intellectual Tradition of Multimedia Theory and Practice » (2007) 9:4 *Studies in American Indian Literatures* (2^e) 77.
- Herman, Mary W. « Wampum as a money in Northeastern North America » (1956) 3:1 *Ethnohistory* 21.
- Leclair, Jean. « "Il faut savoir se méfier des oracles": regards sur le droit et les autochtones » (2011) 41:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 102.
- Manderson, Desmond. « From Hunger to Love: Myths of the source, interpretation, and constitution of law in children's literature » (2003) 15 *Law & Literature* 87.
- Merry, Sally Engle. « Legal Pluralism » (1988) 22:5 *Law & Society Review* 869.
- Paine, Robert. « Chief Justice McEachern's Shoes: Anthropology's Ineffectiveness in Court » (1996) 19:2 *PoLAR : Political and Legal Anthropology Review* 59.
- Pomedli, Michael M. « Eighteenth-Century Treaties: Amended Iroquois Condolence Rituals » (1995) 19:3 *American Indian Quarterly* 319.
- Ray, Arthur. « Native History on Trial : Confessions of an Expert Witness » (2003) 84:2 *Canadian Historical Review* 255.
- Rocher, Guy. « Pour une sociologie des ordres juridiques » (1988) 29:1 *Les Cahiers de droit* 91.
- Slattey, Brian. « The Metamorphosis of Aboriginal Title » (2006) 85 *Canadian Bar Review* 255.
- Slattey, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987) 66 *R du B can* 727.
- Snyderman, George S. « The functions of wampum » (1954) 98 *Proc Am Phil Soc'y* 469.
- Tully, James. « Recognition and dialogue: The emergence of a new field » (2004) 7:3 *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 84.
- Turgeon, Laurier. « Les ceintures de wampum en Amérique » (2005) 77 *Communications* 17.
- Vachon, André. « Colliers et ceintures de porcelaine dans la diplomatie indienne » (1971) 36 *Cahiers des Dix* 179.
- Wallace, Anthony F. « Revitalization Movements » (1956) 58:2 *American Anthropologist* 264.
- Walters, Mark D. « British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights : A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia* » (1992) 17 *Queen's LJ* 350.
- Walters, Mark D. « The "Golden Thread" of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 » (1998-1999) 44 *McGill LJ* 711.
- Webber, Jeremy. « Legal Pluralism and Human Agency » (2006) 44 *Osgoode Hall LJ* 167.
- Williams, Paul. « Reading Wampum Belts as living Symbols » (1990) 7:1 *Northeast Indian Quarterly* 31.
- Williams, Robert A. « Linking Arms Together: Multicultural Constitutionalism in a North American Indigenous Vision of Law and Peace » (1994) 82 *Cal L Rev* 981.

OUVRAGES COLLECTIFS

- Anker, Kirsten. « Law, Culture and Fact in Indigenous claims: Legal Pluralism as a Problem of Recognition » dans René Provost, dir, *Culture in the Domains of Law*, Cambridge University Press [à paraître 2016].
- Borrows, John. « Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government » dans Michael Asch dir, *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*, Vancouver, UBC Press, 1997.
- Fenton, William N. « Structure, Continuity, and Change in the Process of Iroquois Treaty Making » dans Francis Jennings, dir, *The History and Culture of Iroquois Diplomacy : An Interdisciplinary Guide to the Treaties of the Six Nations and Their League*, New York, Syracuse University Press, 1985, 3.
- Fenton, William N. « The Hiawatha wampum belt of the Iroquois League of Peace: A Symbol for the International Congress of Anthropology » dans Anthony FC Wallace, dir, *Men and Cultures: selected papers of the Fifth International Congress of Anthropological and Ethnological Sciences, Philadelphia, September 1-9, 1956*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1960, 3.

- Foster, Michael K. « On Who Spoke First at Iroquois-White Councils: An Exercise in the Method of Upstreaming » dans Michael Foster et al, dir, *Extending the Rafters, Interdisciplinary Approaches to Iroquoian Studies*, Albany, NY, SUNY Press, 1984, 183.
- Hamell, George R. « Wampum: Light, White and Bright Things Are Good to Think » dans Alexandra Van Dongen, dir, *One Man's Trash is another Man's Treasure*, Rotterdam, Museum Boymansvan Beuningen, 1996, 41.
- Holmes, Leilani. « Heart Knowledge, Blood Memory, and the Voice of the Land: Implications of Research among Hawaiian Elders » dans George J Sefa, Budd L Hall et Dorothy G Rosenberg, dir, *Indigenous Knowledges in Global Contexts*, Toronto, University of Toronto Press, 2000.
- Johansen, Bruce Elliot et Barbara Alice Mann, dir, « Wampum », *Encyclopedia of the Haudenosaunee (Iroquois Confederacy)*, London, Greenwood Press, 2000.
- Kovach, Margaret. « Emerging from the Margins : Indigenous Methodologies » dans Leslie A Brown et Susan Strega, *Research As Resistance : Critical, Indigenous and Anti-Oppressive Approaches*, Toronto, Canadian Scholars' Press/Women's Press, 2005, 19.
- Leclair, Jean. « Le fédéralisme comme refus des monismes nationalistes » dans Dimitrios Karmis et François Rocher, dir, *La dynamique confiance-méfiance dans les démocraties multinationales : Le Canada sous l'angle comparatif*, Québec, Presses de l'Université de Montréal, 2012, 209.
- Maaka, Roger C.A. « The Waitangi Tribunal : A treaty relationship at work » dans Richard Potz et Rene Kuppe, dir, *International Yearbook for Legal Anthropology : Indigenous Peoples, Constitutional States and Treaties or Other Constructive Arrangements Between Indigenous Peoples and States*, 12 Law & Anthropology, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 140.
- Mildon, Drew. « A bad connection: First Nations' Oral Evidence and the Listening Ear of the Courts » dans Renée Hulan et Renate Eigenbrod, dir, *Aboriginal oral traditions : theory, practice, ethics*, Halifax, Fernwood Pub, 2008, 90.
- Napoleon, Val and Hadley Friedland, « Indigenous Legal Traditions: Roots to Renaissance » dans Markus D Dubber et Tatjana Hörnle, dir, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, en ligne :
https://books.google.ca/books?hl=fr&lr=&id=Vg67BQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT267&dq=val+napoleon+indigenous+law+revitalization&ots=Am1X-MFTSj&sig=P9Is_5aBOe6gYkKBZOIWTW1EjW0#v=onepage&q&f=false;
- Otis, Ghislain. « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel » dans Ghislain Otis et al, dir, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Éditions des archives contemporaines et Agence universitaire de la francophonie, 2010, 3.
- Pena, Elizabeth. « Making 'Money' the Old-Fashioned Way : Eighteenth-Century Wampum Production in Albany » dans Charles L Fisher, *People, Places, and Material Things : Historical Archaeology of Albany*, Albany, New York State Museum, 2003 [Museum Bulletin 499].
- Ranger, Terence O. « The Invention of Traditional Colonial Africa » dans Eric J Hobsbawm and Terence O Ranger, dir, *The invention of tradition*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1983.
- Rey-Debove, Josette et Alain Rey, dir, *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris, Le Robert, 2008.
- Slaterry, Brian. « The Legal Basis of Aboriginal Title » dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia : Delgamuukw v. The Queen*, Lantzville, BC, Institute for Research on Public policy, 1992, 113.
- Speck, Frank G. « The Eastern Algonkian Wabanaki Confederacy » dans Robert M. Leavitt et David A. Francis, dir, *The Wampum Records – Wabanaki Traditional Laws*, Fredericton, Micmac-Maliseet Institute, 1990, 11.
- Taylor, Charles. « The Politics of Recognition » dans Amy Gutman, dir, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994.
- Walters, Mark D. « The Jurisprudence of Reconciliation : Aboriginal Rights in Canada » dans Will Kymlicka et Bashir Bashir, dir, *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies*, Oxford University Press, 2010.

Webber, Jeremy. « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés » dans Jean-Guy Belley, dir, *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996.

ALLOCUTIONS ET TEXTES PRÉSENTÉS LORS DE CONFÉRENCES

Charles, Brian et Alan Ojiig Corbiere, « Wampums », 27^e Conférence annuelle d'automne du Barreau Autochtone Canadien présentée à Toronto, 17 octobre 2015.

Confédération Haudenosaunee, allocution, *Minutes and Proceedings and Evidence of the Special Committee on Indian Self-Government*, vol 31, 31 mai- 1^{er} juin 1983.

Corbiere, Alan Ojiig et Aaron Mills, « The Treaty of Niagara 1764 and Canadian Constitutionalism Today: Crown/First Nations Relations 250 years », 4th Annual Indigenous Awareness Week, présentée à l'Université McGill, 15 septembre 2014 [non publiée].

Mills, Aaron. « The Treaty of Niagara 1764, Political Community and Non-Domination : A Perspective from Anishinaabe Constitutionalism on Being Well Together », 4th Annual Indigenous Awareness Week, présentée à la Faculté de droit de McGill, 15 septembre 2014 [non publiée].

Terrance, Gilbert, Justice Hall et Justice Francis, « Inherent Right Courts », *Reconciliation: The Grounding of Law*, 27th Annual Indigenous Bar Association Fall Conference, October 16, 2015.

Leclair, Jean. « Penser le Canada dans un monde désenchanté », Conférence donnée à l'occasion de la série Voir grand 2015 organisée par la Fédération des sciences humaines et par l'Université d'Ottawa, 4 juin 2015 [à paraître dans Constitutional Forum/Forum Constitutionnel].

THÈSES

Baumart, Nicolas. *Une théorie naturaliste et mutualiste de la morale*, thèse de doctorat en sciences sociales, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2008 [non publiée].

Muller, Kathryn. *Holding Hands With Wampum: Haudenosaunee Council Fires from the Great Law of Peace to Contemporary Relationships with the Canadian State*, thèse de doctorat en histoire, Université de Queen's, 2008 [non publiée].

DOCUMENTS D'ARCHIVES

William Johnson, « Conference with Indians », (9 juillet – 14 août 1764) dans Milton W Hamilton & Albert B Corey, dir, *The Papers of Sir William Johnson*, vol XI, Albany, University of the State of New York, 1953, 262.

« Mémoire sur les postes du Canada adressé à M de Surlaville, en 1754, par le Chevalier de Raymond », *Rapport de l'archiviste de la province de Québec pour 1927-1928*, 1928, 323.

The petition of the Six Nations Clanmothers to King George V (1917) Archives nationales du Canada, (RG 10, vol 6767, file 452-15, pt 1), en ligne : <<http://www.cmp-cpm.forces.gc.ca/dhh-dhp/pub/boo-bro/abo-aut/chapter-chapitre-05-eng.asp>>.

RAPPORTS GOUVERNEMENTAUX

Commission vérité et réconciliation du Canada, *Ce que nous avons retenu : Les principes de la vérité et de la réconciliation*, Ottawa, Bibliothèque et Archives Canada, 2015.

Hunter, Andrew F. « Wampum Records of the Ottawas » (1901) Annual Archaeological Report, Being Part of Appendix to the Report of the Minister of Education of Ontario 52.

Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Une relation à redéfinir, vol 2, 1^{ère} partie, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996 (présidents : René Dussault et Georges Erasmus).

Rapport du Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens au Canada, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1983.

AUTRES SOURCES

Bonaparte, Darren. « The Disputed Myth, Metaphor and Reality of Two Row Wampum », en ligne : (8 septembre 2013) Indian Country <<http://indiancountrytodaymedianetwork.com/2013/08/09/disputed-myth-metaphor-and-reality-two-row-wampum>>.

Friedland, Hadley et Val Napoleon, « Gathering the Threads: Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions » (2013) [non publié] tel que cité dans Indigenous Law Research Unit, *Revitalizing Indigenous Law and Changing the Lawscape of Canada*, University of Victoria, en ligne : <http://www.indigenousbar.ca/indigenouslaw/wp-content/uploads/2013/04/AJR_Brochure.pdf>.

International Council on Human Rights, *When Legal Worlds Overlap: Human Rights, State and Non-State Law*, Genève, Suisse, ATAR Roto Press, 2009, en ligne : <http://www.ichrp.org/files/reports/50/135_report_en.pdf>.

Mémoires sur le Canada attribués à M. Raudot (1705-1725), Archives nationales du Canada, (C11A, vol 122, fol 198v-199).

Marquis, Mélanie. « Justin Trudeau veut être le « partenaire » des autochtones », *La Presse [de Montréal]* (8 décembre 2015) en ligne : La Presse.ca <<http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-canadienne/201512/08/01-4928967-justin-trudeau-veut-etre-le-partenaire-des-autochtones.php>>.

Painter, Genevieve R. « Drawing Jurisdiction: Six Nations Soldiers, the British Crown, and the Archive of International Law » dans *The First World War Interrupted: Artefacts as International Law's Archive* (16 décembre 2014), en ligne: Critical Legal Thinking <<http://criticallegalthinking.com/2014/12/16/interruption-five-artefacts-international-law/>>.

Rapport de la Indigenous Law Research Unit at the University of Victoria, *Revitalizing Indigenous Law and Changing the Lawscape of Canada*, en ligne : <http://www.indigenousbar.ca/indigenouslaw/wp-content/uploads/2013/04/AJR_Brochure.pdf>.

Williams, Paul. « The Right to Compensation for Cultural Damages » [communication personnelle].