

L'espace du droit et ses limites : la sculpture *Spirit of Haida Gwaii* et le wampum à deux rangs (*two row wampum*) comme images du pluralisme juridique au Canada

par René LEMIEUX*

Dans le présent article, l'auteur réfléchit au droit comme espace, ultimement à partir de deux objets autochtones utilisés dans les discussions sur le pluralisme juridique au Canada. Les objets en question, soit le wampum à deux rangs (two row wampum) et la sculpture Spirit of Haida Gwaii de Bill Reid, sont employés pour comprendre les rapports juridico-politiques entre les communautés autochtones et allochtones. Alors que le wampum à deux rangs réfère au non-interventionnisme du droit allochtone sur le droit autochtone, une des interprétations possibles de la sculpture Spirit of Haida Gwaii est d'y voir l'image du Canada comme bateau inclusif dans lequel tous sont embarqués. Le point de départ de l'auteur pour comprendre les deux objets est une réponse de l'ancienne juge en chef McLachlin à une question sur la possibilité d'intégrer des traditions juridiques autochtones dans le droit canadien : « We have our law, as I see it, embodied in our constitution, but you know the common law, and I think the civil law too, are quite capable of absorbing and reconciling different streams ». L'auteur cherche ainsi à comprendre cette absorption constatée, voire espérée, par McLachlin des divers droits traditionnels autochtones par le droit canadien comme espace. De cette analyse ressort un constat : que l'on soit en faveur ou non de cette image, force est de constater qu'un spectre hante toujours le droit canadien dans son appréhension des ordres juridiques autochtones, soit le spectre du politique.

In this article, the author reflects on law as space, based on two Indigenous objects used in discussions about legal pluralism in Canada. The objects in question, the Two-Row Wampum and Bill Reid's Spirit of Haida Gwaii, are used to understand the legal and political relationships between Indigenous and Settler communities. While the Two-Row Wampum refers to hands-off approach of Settler law to Indigenous law, one possible interpretation of the Spirit of Haida Gwaii is to see it as an image of Canada as an inclusive ship on which

* Professeur adjoint à l'Université Concordia.

every one is on board. The author's starting point for understanding both objects is a response by former Chief Justice McLachlin to a question about the possible integration of Indigenous legal traditions into Canadian law: "We have our law, as I see it, embodied in our constitution, but you know the common law, and I think the civil law too, are quite capable of absorbing and reconciling different streams." The author thus seeks to understand this absorption (alluded to and even desired by McLachlin) of the various traditional Indigenous laws by Canadian law as a space. From this analysis, one observation emerges: whether one approves of the image or not, a spectre still haunts Canadian law in how views and understands Indigenous legal orders, namely the spectre of politics.

En el presente artículo, el autor reflexiona sobre el derecho como espacio, en última instancia, a partir de dos objetos autóctonos utilizados en las discusiones sobre el pluralismo jurídico en Canadá. Los objetos en cuestión, el wampum de dos filas y la escultura Espíritu de Haida Gwaii de Bill Reid, se utilizan para comprender las relaciones jurídico-políticas entre las comunidades autóctonas y alóctonas. Si bien el wampum de dos filas hace referencia al no intervencionismo del derecho alóctono sobre el derecho autóctono, una de las posibles interpretaciones de la escultura Espíritu de Haida Gwaii es ver en ella la imagen de Canadá como un barco inclusivo en el que todos están embarcados. El punto de partida del autor para comprender los dos objetos es una respuesta del expresidente del Tribunal Supremo McLachlin a una pregunta sobre la posibilidad de integrar las tradiciones jurídicas autóctonas en el derecho canadiense: «Tenemos nuestras leyes, como yo las veo, plasmadas en nuestra Constitución, pero ustedes saben que el common law, y creo que también el civil law, son muy capaces de absorber y reconciliar diferentes corrientes». El autor busca así comprender esta absorción, señalada e incluso esperada por McLachlin de los diversos derechos autóctonos tradicionales por el derecho canadiense como espacio. De este análisis surge una observación: ya sea que estemos a favor de esta imagen o no, está claro que un espectro todavía acecha al derecho canadiense en su aprehensión de los ordenamientos jurídicos autóctonos, a saber, el espectro de la política.

SOMMAIRE

| | |
|---|------------|
| Introduction..... | 435 |
| I. La conception des limites du pluralisme juridique au Canada | 437 |
| II. La notion de « reconnaissance » dans le pluralisme juridique..... | 441 |
| III. Une métaphore pour problématiser la souveraineté | 445 |
| IV. Deux images de la traduction, deux images du droit..... | 452 |
| En guise de conclusion : les lieux des ordres juridiques autochtones | 458 |

Introduction

Une aporie se trouve au cœur de la réflexion sur les limites du pluralisme canadien. Par « aporie », terme emprunté au philosophe Jacques Derrida, il faut entendre une impossibilité logique, un obstacle à la résolution d'un problème, une voie sans issue, comme l'indique l'étymologie du mot grec ἀπορία¹. Ce terme doit être associé, selon Derrida, à celui d'« indécidable », à savoir des mots, des expressions ou des idées qui ne se donnent pas comme univoques. Il n'est toutefois pas question de démontrer ici une simple impossibilité structurale du pluralisme juridique, mais plutôt de forcer les limites de cette structure, de l'*ébranler*, de la *solliciter*² : « L'événement n'est possible que venu de l'impossible.³ »

Nous voulons dans les lignes qui suivent solliciter les limites conceptuelles de l'espace du droit canadien à partir de deux objets autochtones utilisés dans les discussions sur le pluralisme juridique au Canada. Ces objets, le wampum à deux rangs (*two row wampum* – aussi appelé wampum à deux voies en français) et la sculpture *Spirit of Haida Gwaii* de Bill Reid, servent à mieux comprendre les rapports juridico-politiques entre les communautés autochtones et allochtones. Alors que le wampum à deux rangs réfère généralement au non-interventionnisme du droit allochtone sur le droit autochtone, une des interprétations possibles de la sculpture *Spirit of Haida Gwaii* est d'y voir l'image du Canada comme bateau inclusif dans lequel tous sont embarqués. Ces deux images, nous tenterons de le montrer, ont des conséquences sur l'identité autochtone et le rôle de la politique dans la détermination du droit colonial. Nous y voyons une aporie au sens où l'une ou l'autre des images, poussée au bout de ce

¹ C'est principalement dans son ouvrage *Force de loi* que Derrida lie justice et aporie : Jacques DERRIDA, *Force de loi. Le « fondement mystique de l'autorité »*, coll. « La Philosophie en effet », Paris, Galilée, 1994. Bien que les trois apories proposées par Derrida soient d'une très grande importance, nous proposons ici une tout autre aporie plutôt liée au problème du rapport entre la souveraineté et la justice.

² Jacques DERRIDA, *L'écriture et la différence*, coll. « Tel Quel », Paris, Seuil, 1967, p. 13, rappelle l'étymologie de ce verbe : « de *sollus*, en latin archaïque : le tout, et de *citare* : pousser ».

³ Jacques DERRIDA, *Papier machine. Le ruban de machine à écrire et autres réponses*, coll. « La Philosophie en effet », Paris, Galilée, 2001, p. 285.

qu'elle peut, se révèle potentiellement problématique pour les intentions initiales qui animaient ses promoteurs.

Pour expliquer l'aporie, nous aborderons en première partie (I) la problématique de la diversité juridique au Canada par l'entremise d'une conférence de l'ancienne juge en chef de la Cour suprême, Beverley McLachlin. Dans la deuxième partie (II), nous nous intéresserons à la notion de « reconnaissance » dans le pluralisme juridique. Cette partie nous permettra de remettre en question les rapports de force qui peuvent s'instituer lorsqu'un ordre juridique reconnaît une tradition juridique différente d'elle-même. La troisième partie (III) présentera quelques éléments des discours tenus dans la jurisprudence, notamment, sur les deux figures à l'étude. La quatrième partie (IV) tentera de donner une nouvelle interprétation des relations entre les deux figures à l'étude à partir d'une théorie traductologique, la distinction entre une traduction implicite et une traduction explicite. Le terme « traduction » devra s'entendre ici de manière large comme *le fait pour un texte d'en réaliser un autre pour un nouveau public*⁴. La traductologie, en tant que discipline explorant les phénomènes traductifs, servira d'appui épistémologique à une compréhension plus large des rapports entre le juridique et le politique (comme altérité du juridique), dans le pluralisme. La dernière partie nous servira de conclusion : nous tâcherons d'exemplifier les conséquences de ces métaphores pour penser les relations entre autochtones et allochtones.

Nous proposons ainsi une réflexion théorique sur la place des ordres juridiques autochtones dans le pluralisme canadien, en grande partie en analysant l'usage discursif de métaphores tirées des cultures autochtones. Nous ne visons pas nécessairement à expliciter les attentes ou les souhaits des peuples autochtones envers le système juridique canadien⁵. Les deux

⁴ On pourrait alors parler de traduction comme forme singulière de discours rapporté, à la manière de Barbara FOLKART, *Le conflit des énonciations. Traduction et discours rapporté*, coll. « L'Univers des discours », Québec, Éditions Balzac, 1991.

⁵ Au demeurant, ces attentes ou ces souhaits sont multiples, à la fois entre les communautés autochtones et à l'intérieur de ces dernières. Pour avoir une idée de cette multiplicité, consulter l'étude de sociologie juridique d'Andrée LAJOIE,

images analysées – le wampum à deux rangs et la sculpture *Spirit of Haida Gwaii* – doivent donc se comprendre comme des idéaux-types.

I. La conception des limites du pluralisme juridique au Canada

Le pluralisme juridique se définit à la fois comme une théorie sur la normativité du droit et une méthode dans le domaine des études juridiques. La théorie provient d'un constat empirique : il y a du droit dont la source n'est pas l'État. C'est ce qu'indique le juriste Ghislain Otis :

Ce sont surtout les sociologues et les anthropologues du droit qui, par l'observation des phénomènes normatifs sans cesse mouvants au sein des groupes sociaux, professionnels et ethnoculturels, ont constaté que les individus se trouvent régis par des normes de conduite autonomes qui coexistent, et parfois interagissent, avec la norme étatique⁶.

Le pluralisme juridique est aussi une méthode en ce sens qu'il propose des outils et une perspective sur le phénomène. Pour Otis, le chercheur utilisant cette méthode

se penchera parfois sur les valeurs, les représentations, les acteurs, les espaces, les dynamiques, les institutions et les techniques des divers systèmes normatifs. [...] L'approche pluraliste permettra aussi au chercheur de repérer et de décrire les processus d'interaction entre les différents systèmes normatifs en présence et d'en jauger les conséquences sur ces systèmes. Il entreprendra une démarche de classification ou d'organisation des cas de figure afin d'affiner la description du phénomène⁷.

Henry QUILLINAN, Rod MACDONALD et Guy ROCHER, « Pluralisme juridique à Kahnawake? », (1998) 39-4 *C. de D.* 681.

⁶ Ghislain OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, coll. « 4 vents », Paris, Karthala, 2012, p. 9, à la p. 10, où l'auteur se réfère à André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, « Pluralisme juridique », p. 446.

⁷ G. OTIS, préc., note 6, à la p. 11.

Cette méthode possède elle aussi une visée normative en soi : les chercheurs prennent parti pour une pluralité des sources du droit, et leurs études contribuent à cette reconnaissance concrète. Le cas des ordres juridiques autochtones se présente comme une problématique particulière dans le contexte du pluralisme juridique, car cette source peut éventuellement se donner comme originale et originaire, y compris, de son point de vue, en ne reconnaissant pas l'autre source, celle de l'État. La problématique est donc de penser l'égalité ou la hiérarchisation parmi les sources du droit, ainsi que de prendre en considération un enjeu politique fondamental, celui de la souveraineté. Un courant du pluralisme juridique répond à cet enjeu en établissant une typologie dualiste : d'une part, un pluralisme intra-étatique (ou « atténué ») dont la souveraineté demeure entre les mains d'un seul ordre juridique hiérarchiquement supérieur; d'autre part, un pluralisme extra-étatique (ou « radical ») dont la légitimité politique est extérieure à l'État.

Lors du 75^e Congrès de la Fédération des sciences humaines tenu à l'Université de Calgary en 2016, la juge McLachlin, alors à la tête de la Cour suprême du Canada, prononce une conférence sur la primauté du droit dans une société multiculturelle, ou plus précisément sur la culture d'inclusion (*culture of inclusion*) au Canada⁸. Cette conférence se rapproche beaucoup de celle qu'elle a présentée quelques semaines plus tôt pour la Pensa Lecture in Human Rights⁹. Elle reprend dès le début la thèse de John Ralston Saul dans *A Fair Country*, thèse selon laquelle le Canada est un pays métissé à partir de trois principales sources : autochtone, française et britannique¹⁰. Le philosophe politique Will Kymlicka avait déjà exprimé une thèse dans le même sens en affirmant que le Canada était constitué de « trois silos » qui y structurent les rapports à l'identité en particulier et à la culture en général. Les « silos » seraient, d'après lui, les relations avec les autochtones, le bilinguisme et le multiculturalisme. Il affirme ainsi que ces

⁸ Beverley MCLACHLIN, « The Rule of Law in a Multicultural Society », *YouTube*, 30 mai 2016, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=FgczBsQkxBk>>.

⁹ Beverley MCLACHLIN, « Canadian Constitutionalism and the Ethic of Inclusion and Accommodation », (2016) 6-3 *Western Journal of Legal Studies* 1.

¹⁰ John RALSTON SAUL, *A Fair Country: Telling Truths About Canada*, Toronto, Penguin Canada, 2009; pour une critique de la thèse de Saul, consulter Jean MORISSET, *Sur la piste du Canada errant*, Montréal, Boréal, 2018.

silos doivent se comprendre comme des mécanismes étatiques synchroniques découlant d'une progression des institutions :

If we look carefully at these policies, however, a different image may come to mind – not so much three horizontal layers as three vertical silos –. One striking aspect of these accommodations is how disconnected they are from each other legally and administratively. These policies not only have different historical origins, but they are also embodied in different pieces of legislation, they are administered by different federal government departments, they are enshrined in different sections of the Constitution, and they are articulated and negotiated using different concepts and principles. As a result, each forms its own discrete silo, and there is very little interaction between them¹¹.

La manière dont l'État appréhende la diversité canadienne est typiquement libérale. McLachlin suit en ce sens une philosophie politique tout à fait convenue. Pour elle, l'idée est moins de montrer l'importance de la différence qualitative que propose la diversité canadienne, elle-même diversifiée, que de plaider pour une inclusion plus grande de cette différence dans la société, et ce, pour assurer la résolution des conflits de manière pacifique. McLachlin considère par exemple que le Canada est déjà suffisamment outillé pour assurer cette cohésion, bien que des dissensions futures soient possibles. Pour contrer cela, il faut s'ouvrir devant l'étranger. Dans sa conférence, pour donner une image du Canada comme pays exemplaire à cet égard, elle mentionne l'œuvre *Spirit of Haida Gwaii* du sculpteur haïda Bill Reid¹². La sculpture met en scène une compagnie

¹¹ Will KYMLICKA, « Ethnocultural Diversity in a Liberal State: Making Sense of the Canadian Model(s) », dans Keith BANTING, Thomas J. COURCHENE et F. Leslie SEIDLE (dir.), *Belonging? Diversity, Recognition and Shared Citizenship in Canada*, t. III, coll. « The Art of the State », Montréal, IRPP, 2007, p. 39, aux p. 39 et 40; pour une discussion plus approfondie sur les silos, voir : René LEMIEUX et Simon LABRECQUE, « L'État colonial canadien face aux récits identitaires québécois et autochtones », dans Luis A. ABANTO et Ana M. FERNÁNDEZ (dir.), *Ottawa Hispanic Studies. Sobre identidades y marcos culturales en tiempos globalizados. Reflecting on Identities and Cultural Frameworks in a Globalized World*, Ottawa, Alter, 2018, p. 109, aux p. 112-115.

¹² La sculpture est relativement connue, car elle a été représentée sur les billets de 20 \$ canadiens de 2004 à 2012.

dépareillée dans un canot et comprend un *kistlaani*, soit un chef semblant diriger l'équipage, un corbeau, un grizzly, un castor, etc. Cette œuvre est, pour McLachlin, la représentation ultime de la diversité canadienne : bien que nous soyons différents, nous sommes tous dans le même bateau. Reprenant les termes de l'arrêt *Delgamuukw v. British Columbia*, elle précise : « Let us face it, we are all here to stay.¹³ » McLachlin tient cette métaphore de l'œuvre du philosophe politique James Tully qu'elle cite d'ailleurs : The passengers are squabbling and vying for recognition and position each in their culturally distinct way. They are exchanging their diverse stories and claims as the chief appears to listen attentively to each, hoping to guide them to reach an agreement [...]¹⁴.

Toutefois, lors de sa conférence, McLachlin ne cite pas la dernière phrase qui se poursuit ainsi : « [...] without imposing a metalanguage or allowing any speaker to set the terms of the discussion¹⁵ ». La fin de la phrase est tout de même essentielle, car un des problèmes de l'image du « canot » est bien la position du chef et le langage qu'il emploie pour organiser la navigation commune. À cet égard, McLachlin, dans son compte rendu de la diversité canadienne, ne mentionne pas le pluralisme juridique ni ne fait référence à la possibilité d'ordres ou de traditions juridiques autres que la common law. Dans la période de questions de sa conférence à Calgary, un étudiant en droit, rappelant le pluralisme juridique déjà en place avec la cohabitation de la common law et du droit civil, demande à la juge en chef quelle place pourraient avoir les traditions juridiques autochtones ou religieuses comme la charia au Canada. Voici sa réponse que nous transcrivons :

I think we have our law, as I see it, embodied in our constitution, but you know the common law, and I think the civil law too, are quite capable of absorbing and reconciling different streams. Our law is supreme as set out in our constitution and in the laws that

¹³ *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, par. 186.

¹⁴ James TULLY, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, coll. « John Robert Seeley Lectures », Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 24.

¹⁵ *Id.*; la juge s'arrête au même endroit lors de sa conférence Pensa, voir : B. MCLACHLIN, préc., note 9, 11.

flow from it, but my hope is that other elements, values for example in the Indigenous tradition, can be respected. And there are lots and lots of models about how we can see legal problems through, for example, an Aboriginal perspective, and use sentencing circles or use other « non-traditional » legal techniques or legal processes to achieve justice. Because what we all want in the end is justice. We want something that works. It's not about imposing on anything. We work with what we have, we work within those structures, to hopefully find a home for Indigenous values, hopefully to achieve what a Canadian looking at that would say « this is justice for me », and I think our courts are committed to that. As far as setting up totally different legal regimes, that is something I haven't even begun to think about, that's much more complicated because you are talking about basic fundamental constitutional reforms. But working within our structure, yes, there's lots of room for inclusive values, particularly in the Indigenous area, provided that there's compatibility and provided that we all work forward together¹⁶.

L'ancienne juge en chef ne semble pas concevoir d'impossibilité structurelle à l'accueil, dans le droit canadien, d'une altérité juridique (autochtone ou autre). Le Canada est un pays tolérant, diversifié, ouvert à l'étranger, mais à condition de penser que tout est *déjà* en place *actuellement* pour cette tolérance, cette diversité, cette ouverture. Quels sont alors les mécanismes présents pour accueillir ou, dans les mots de McLachlin, pour *absorber* cette altérité juridique?

II. La notion de « reconnaissance » dans le pluralisme juridique

Quelques études sur les mécanismes de reconnaissance des ordres juridiques minoritaires ont été réalisées à ce jour. Elles permettent non seulement de tenir compte de cas précis, mais aussi de comprendre la théorie qui, à la fois, rend possibles ces cas et se constitue également par ces derniers. Sébastien Grammond, ancien doyen de la Section de droit civil à l'Université d'Ottawa et aujourd'hui juge à la Cour fédérale, s'est intéressé au pluralisme juridique dans les communautés inuites. Un de ses articles,

¹⁶

B. MCLACHLIN, préc., note 8, à la minute 52.

intitulé « L'appartenance aux communautés inuit du Nunavik : un cas de réception de l'ordre juridique inuit¹⁷ », traite du pluralisme juridique et de la reconnaissance de l'identité inuite. Ce texte permet en outre de prendre la mesure du problème soulevé par la notion de reconnaissance. Dans l'article en question, Grammond reprend et explique la distinction entre le pluralisme intra-étatique et le pluralisme extra-étatique¹⁸, en accordant au premier type la notion de « délégation » et au second la « reconnaissance » :

L'expression « pluralisme juridique » peut d'abord être considérée comme synonyme d'autonomie au sein d'un ordre normatif plus englobant : c'est le pluralisme intra-étatique. Cette expression réfère à l'existence, au sein d'un État, de divisions territoriales, personnelles ou fonctionnelles qui sont régies par des règles de droit différentes. Cependant, cette diversité s'inscrit dans un « ordre juridique » unique, c'est-à-dire que l'existence de ces règles diverses découle d'une habilitation, d'un pouvoir conféré par une règle hiérarchiquement supérieure¹⁹. [...]

[Quant au pluralisme extra-étatique, il] s'intéresse à l'existence parallèle de plusieurs ordres juridiques qui n'obéissent pas à une même règle suprême. En matière autochtone, cela signifie qu'on ne s'intéresse plus aux pouvoirs délégués par l'État canadien, mais plutôt aux systèmes normatifs qui existent au sein des peuples autochtones, indépendamment du droit canadien [...] Le pluralisme extra-étatique ne cherche pas à établir une quelconque hiérarchie entre deux ou plusieurs ordres juridiques qui interagissent. En effet, on ne peut juger de la validité du droit autochtone aux yeux du droit canadien, pas plus qu'on ne peut juger de la validité du droit allemand selon le droit japonais, puisque l'on a affaire à des ordres juridiques séparés. Les questions pertinentes relèvent plutôt de l'effectivité (est-ce que les règles posées par un ordre juridique produisent des effets directs

¹⁷ Sébastien GRAMMOND, « L'appartenance aux communautés inuit du Nunavik : un cas de réception de l'ordre juridique inuit? », (2008) 23-1-2 *C.J.L.S.* 93.

¹⁸ On tient généralement cette distinction de John GRIFFITHS, « What Is Legal Pluralism? », (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1.

¹⁹ S. GRAMMOND, préc., note 17, 96.

ou indirects?) et de l'internormativité (un système juridique tient-il compte des règles de l'autre système juridique?)²⁰.

Quoiqu'il identifie les politiques de reconnaissance au pluralisme juridique extra-étatique, Grammond conçoit tout de même que cette reconnaissance peut poser problème. Il y répond, tout en ajoutant un autre problème :

On pourrait cependant croire que si le droit canadien reconnaît le droit autochtone, celui-ci sera en fin de compte internalisé, ce qui transformera une situation de pluralisme extra-étatique en pluralisme intra-étatique. Il n'en est rien : le juge qui évolue à l'intérieur d'un ordre juridique peut très bien reconnaître une norme d'un autre ordre sans subordonner celui-ci à celui-là. C'est ce qui arrive à chaque fois qu'un juge québécois applique une norme de common law ontarienne ou vice versa. Une telle réception n'est cependant pas exempte de rapports de pouvoir, qui sont particulièrement aigus entre le droit canadien et les ordres juridiques autochtones. En effet, le juge canadien appelé à intégrer dans son raisonnement un élément de la « coutume » d'un peuple autochtone peut, bien malgré lui, déformer celle-ci en la sortant de son contexte, en l'interprétant en fonction de normes ou de principes occidentaux ou en lui donnant une forme « codifiée », appelée à « faire jurisprudence ». La reconnaissance du droit autochtone peut ainsi, paradoxalement, aboutir à priver les peuples autochtones du pouvoir de dire et de faire évoluer leur propre droit²¹.

Grammond expose un premier pan du problème : s'il y a reconnaissance d'une *différence* dans l'ordre juridique autochtone (comme

²⁰ *Id.*, 97; Grammond se réfère à Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 133.

²¹ S. GRAMMOND, préc., note 17, 98; Grammond fait référence à Sébastien GRAMMOND, « La réception des systèmes juridiques autochtones au Canada », dans Albert BRETON, Anne DES ORMEAUX, Katharina PISTOR et Pierre SALMON (dir.), *Le multijuridisme : manifestations, causes et conséquences*, Paris, Éditions ESKA, 2010, p. 55.

objet de la reconnaissance), c'est l'agent de la reconnaissance (le droit canadien allochtone) qui se trouve en position de force. Même s'il est possible pour un juge allochtone de juger à *partir* du droit autochtone, il risque de le « déformer » en le sortant hors de son contexte. Ce problème de la reconnaissance n'est pas nouveau. Le politologue d'origine Glen S. Coulthard en fait l'argument principal de son ouvrage intitulé *Red Skin, White Masks*²², traduit en français²³. En se basant notamment sur les travaux de Frantz Fanon²⁴, Coulthard montre que les politiques de reconnaissance sont la continuation de la colonisation par d'autres moyens :

[D]ans des contextes où le règne colonial ne dépend pas exclusivement du recours à la violence par l'État, la reproduction des rapports coloniaux repose plutôt sur l'habileté de celui-ci à convaincre les peuples autochtones d'adopter, de façon implicite ou explicite, les formes de reconnaissance *asymétriques* et *non réciproques* qui leur sont imposées ou accordées par la société et l'État coloniaux²⁵.

Hâtivement, on pourrait déduire que la « reconnaissance », peu importe les intentions, appelle ou conduit à une hiérarchisation d'un de ses éléments sur l'autre, réalisant la « délégation » du pluralisme juridique intra-étatique exposé par Grammond. À cet égard, Fanon jouait sur le sens en français, difficilement traduisible en anglais, du terme « reconnaissance » qui contient une ambivalence entre la *recognition* et la *gratitude* : « Non, je n'ai pas le droit de venir et de crier ma haine au Blanc. Je n'ai pas le devoir de murmurer ma reconnaissance au Blanc.²⁶ » La question serait ainsi peut-être de savoir à quel point l'État canadien est prêt à sacrifier sa souveraineté quant à l'administration de sa justice.

²² Glen Sean COULTHARD, *Red Skin, White Masks: Rejecting the Colonial Politics of Recognition*, coll. « Indigenous Americas », Minneapolis, University of Minnesota Press, 2014.

²³ Glen Sean COULTHARD, *Peau rouge, masques blancs. Contre la politique coloniale de la reconnaissance*, trad. de l'anglais par Arianne DES ROCHERS et Alex GAUTHIER, coll. « Humanités », Montréal, Lux Éditeur, 2018.

²⁴ Le titre de l'ouvrage de Coulthard fait évidemment référence à celui de Frantz FANON, *Peau noire, masques blancs*, coll. « Points », Paris, Seuil, 1952.

²⁵ G. S. COULTHARD, préc., note 23, p. 54.

²⁶ F. FANON, préc., note 24, p. 185.

III. Une métaphore pour problématiser la souveraineté

Dans un numéro de la revue *Politique et société* publié en 2004 et dirigé par le politologue Daniel Salée, on lit deux opinions diamétralement opposées en quelque sorte sur le statut de la reconnaissance de la spécificité des peuples autochtones. La politologue Joyce Green soutient que le Canada a besoin de se reconnaître comme un « palimpseste », ce type de manuscrit ancien dont on grattait l'encre pour y écrire de nouveau. Dans ce cas, le Canada serait formé d'un ensemble de couches de sens dont l'articulation se trouverait dans une politique de réconciliation²⁷. Cette manière de penser la place des autochtones au Canada ramène un peu à l'image des trois silos mentionnée plus haut. Dans le même numéro, l'anthropologue et sociologue genevoise Isabelle Schulte-Tenckhoff publie un article sur la traduction du Traité de Waitangi en Nouvelle-Zélande/Aotearoa et exprime ce qui pourrait se présenter comme une réponse à Green²⁸. Selon Schulte-Tenckhoff, le problème vient de l'usage même de l'adjectif « autochtone » pour décrire un peuple en général. Un peu à la manière du diagnostic de l'anthropologue Harry B. Hawthorn durant les années 1960, qui jugeait que les autochtones à son époque étaient traités comme des citoyens de seconde zone ou des « moins que citoyens » (*citizens minus*)²⁹, l'adjectif vient amoindrir le substantif qu'il qualifie. Aux yeux de Schulte-Tenckhoff, les peuples autochtones doivent être considérés comme des peuples *tout court*,

²⁷ Joyce GREEN, « Autodétermination, citoyenneté et fédéralisme : pour une relecture autochtone du palimpseste canadien », (2004) 23-1 *Politique et Sociétés* 9.

²⁸ Voir : Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, « *Te tino rangatiratanga* : substance ou apparence? Réflexion sur le dilemme constitutionnel de l'État néo-zélandais », (2004) 23-1 *Politique et Sociétés* 89; pour une réflexion épistémologique sur les effets de la traduction du Traité de Waitangi, voir : René LEMIEUX, « La souveraineté peut-elle se transférer? Les enseignements de la traduction du traité de Waitangi (1840) », (2016) 29-2 *TTR : Traduction, terminologie, rédaction* 73.

²⁹ Contre cette situation, Hawthorn préconisait de considérer les Autochtones comme des *citizens plus*, voir : Harry B. HAWTHORN (dir.), *A Survey of The Contemporary Indians of Canada: A Report on Economic, Political, Educational Needs and Policies*, t. I, Ottawa, Indian Affairs Branch, 1966; Harry B. HAWTHORN (dir.), *A Survey of The Contemporary Indians of Canada: Economic, Political, Educational Needs and Policies*, t. II, Ottawa, Indian Affairs Branch, 1967.

et la seule instance apte à juger de l'autodétermination de ces peuples est une cour de justice internationale³⁰. Cette analyse de la situation des Maoris a été proposée précédemment de manière plus générale dans un autre article beaucoup plus développé dans lequel Schulte-Tenckhoff propose une conceptualisation du paradigme de l'« internalisation » (*domestication*) dans le cas des traités :

The prevalent discourse and policy regarding Indigenous treaties is governed by what I shall term the paradigm of domestication [...] By virtue of this paradigm, state action, such as the unilateral abrogation of treaties or the extension of legislative authority over formerly recognized spheres of Indigenous jurisdiction, is shielded from legal and political scrutiny. It is a paradigm grounded in *ex post facto* reasoning that projects into the past the current configuration of international relations and the pre-eminence of the state system, thus failing to address the colonial nature of the state in former European settler colonies³¹.

La seule relation juridique possible entre l'État colonial et les peuples « autochtones » se situerait, d'après Schulte-Tenckhoff, dans le droit international. Elle exclut donc d'emblée tout rapport entre les différents droits à l'intérieur d'un même État. L'image du canot dans lequel tous se retrouvaient est ainsi un effet idéologique perpétuant la subalternité de certains ordres juridiques. Une autre image est-elle possible?

Dans la conférence mentionnée plus haut, l'ancienne juge en chef McLachlin oubliait justement de mentionner l'*autre* symbole traditionnel utilisé pour illustrer la relation entre l'État colonial et les nations autochtones, celle du wampum. Ce dernier est d'abord un type de coquillage taillé et poli qui servait à confectionner des colliers cérémoniels utilisés pour établir des relations diplomatiques entre nations autochtones du Nord-Est américain (notamment parmi les nations iroquoises et algonquiennes), ainsi qu'entre celles-ci et les nations coloniales. Le plus connu des wampums est surnommé *two row wampum* (en kanien'kéha, ou mohawk : *Tékeni*

³⁰ I. SCHULTE-TENCKHOFF, préc., note 28.

³¹ Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, « Reassessing the Paradigm of Domestication: The Problematic of Indigenous Treaties », (1998) 4-2 *Rev. Const. Stud.* 239, 243.

*Teiohá:te Kahswéntha*³²) et consiste en une ceinture (ou collier) composée de trois bandes blanches et de deux bandes pourpres, ces dernières symbolisant, selon certains, deux voies parallèles qui, bien qu'elles aillent dans la même direction, ne se rencontrent pas. Tully, cité par McLachlin, en parlait pourtant dans son livre en rapportant les paroles du grand chef Michael Mitchell d'Ahkwesáhsne :

[Les deux bandes] symbolize two paths or two vessels, travelling down the same rivers together. One, a birch bark canoe, will be for the Indian people, their laws, their customs and their ways. The other, a ship, will be for the white people and their laws, their customs and their ways. We shall each travel the same river together, side by side, but in our own boat. Neither of us will try to steer the other's vessel³³.

Contrairement au symbole haïda, où l'on se retrouve tous *dans le même bateau*, avec le wampum, bien que l'on soit sur la même rivière, on occupe des types d'embarcations différents. Cette symbolique évoque la séparation, mais aussi l'égalité et la réciprocité. Si le canot haïda peut faire figure de pluralisme juridique intra-étatique, le wampum à deux rangs présenté par Mitchell semble se donner comme la représentation du pluralisme juridique extra-étatique.

Le wampum à deux rangs a été très souvent commenté, notamment par l'historien kanien'kehá:ka (mohawk) Darren Bonaparte qui tient un

³² Darren BONAPARTE, *A Lily among Thorns: The Mohawk Repatriation of Káteri Tekahkwí:tha*, Mohawk Territory of Akwesasne, The Wampum Chronicles, 2009, p. 49; pour une vue d'ensemble de l'historiographie récente sur le wampum à deux rangs, voir : Jon PARMENTER, « The Meaning of *Kaswentha* and the Two Row Wampum Belt in Haudenosaunee (Iroquois) History: Can Indigenous Oral Tradition be Reconciled with the Documentary Record? », (2013) 3-1 *Journal of Early American History* 82.

³³ Michael Kanentakeron MITCHELL, « An Unbroken Assertion of Sovereignty: Presentation by the Haudenosaunee Confederation to the Canadian House of Commons Committee on Indian Self-government, 1983 », dans Boyce RICHARDSON (dir.), *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country*, Toronto, The Assembly of First Nations/Summerhill Press, 1989, p. 105, aux p. 109 et 110, cité dans J. TULLY, préc., note 14, p. 128.

blogue où il rassemble ses textes écrits au fil des années. Dans l'un d'eux, il rapporte le contenu d'une lettre de 1892 du conseil des chefs d'Akwesasne au gouvernement canadien concernant la signification des deux bandes du wampum :

It is interesting to note that this 1892 document states that the « boat and canoe » symbolism may not have originated with the Indians, as Iroquois spokespeople have been saying all these years. As the document states, « the English have made an illustration that they shall abide in their vessel » and « the Indians of the Iroquois remain in our Birchbark Canoe ». Since Iroquois political symbolism has always been focused on land-based metaphors, such as the council fire, the wood's edge, and pathways between villages, could the « two row » concept be an ancient European seafarer's tradition that we have adopted over time³⁴?

Il y a une tendance, dans le discours public, à considérer les revendications autochtones comme des « demandes » d'une entité minoritaire, hiérarchiquement inférieure, envers l'État canadien. Que la métaphore du bateau et du canot trouve son origine chez les colons (dans ce cas les Britanniques) n'enlève pas sa force à la symbolique du wampum. Au contraire, cela démontre, comme le propose le juriste John Borrows³⁵, que toutes les parties prenantes privilégiaient des « voies séparées » lors de la conclusion des traités.

Il existe certes plusieurs manières d'interpréter le wampum à deux rangs³⁶, et certaines sont probablement meilleures que d'autres. D'autres

³⁴ Darren BONAPARTE, « The Two Row Wampum Belt: An Akwasasne Tradition of the Vessel and Canoe », *The Wampum Chronicles*, 5 août 2005, en ligne : <<http://www.wampumchronicles.com/tworowwampumbelt.html>>. Notons que l'interprétation de cet auteur est très minoritaire dans le champ des études historiques sur le wampum.

³⁵ Voir notamment : John BORROWS, « Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government », dans Michael ASCH (dir.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1997, p. 155.

³⁶ Darren BONAPARTE, « The Disputed Myth, Metaphor and Reality of the Two Row Wampum », *The Wampum Chronicles*, 9 août 2013, en ligne :

encore peuvent induire en erreur. Le même grand chef Michael Kanentakeron Mitchell, cité par Tully, se retrouvera devant la Cour suprême une vingtaine d'années après sa déclaration sur le wampum à deux rangs dans une cause portant sur le passage aux frontières (rappelons que la communauté d'Ahkwesáhsne chevauche la frontière entre les États-Unis et le Canada, et – dans ce dernier cas – les provinces de l'Ontario et du Québec)³⁷. L'opinion majoritaire de la Cour suprême, rédigée par la juge en chef McLachlin, renverse la décision des instances inférieures en réfutant l'existence d'un droit ancestral autochtone lié au commerce transfrontalier, protégé par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison notamment de l'absence de preuve probante :

[L]a preuve indique que les Mohawks voyageaient parfois au nord et que le commerce était une caractéristique distinctive de leur société. La preuve ne révèle pas, cependant, l'existence d'une pratique ancestrale de commerce au nord du Saint-Laurent. Le commerce mohawk au moment du contact avec les Européens suivait principalement un axe est-ouest. La preuve pertinente à l'appui de la revendication consiste en un seul couteau rituel, des traités qui ne font pas mention d'un commerce antérieur et le simple fait de la participation des Mohawks au commerce de fourrure³⁸.

Cet arrêt de la Cour suprême est cohérent avec l'interprétation par McLachlin de la sculpture *Spirit of Haida Gwaii*³⁹. Il est toutefois également intéressant de noter que le wampum à deux rangs a fait l'objet d'une interprétation par le juge Binnie dans son opinion concordante.

<<http://wampumchronicles.com/disputedmythtworowwampum.html>>, retrouve une ancienne interprétation peu orthodoxe : les deux bandes sont le symbole des traces laissés par les chariots des colons servant au commerce; continuer à les utiliser, entre les communautés autochtones et allochtones, c'est s'assurer de maintenir la paix.

³⁷ Notons que Mitchell est aussi le réalisateur (recredité en 2017) du film-manifeste *You Are on Indian Land* de 1969, où la question des frontières à l'intérieur de la communauté d'Ahkwesáhsne est l'enjeu central; voir : Michael Kanentakeron MITCHELL, *You Are on Indian Land*, Montréal, Office national du film du Canada, 1969, en ligne : <https://www.onf.ca/film/you_are_on_indian_land/>.

³⁸ *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 51.

³⁹ Voir : *id.*, par. 10 et 11.

Contrairement à l'opinion rédigée par la juge en chef McLachlin, le juge Binnie considère que l'enjeu de la souveraineté canadienne, remise implicitement en question par la prétention de Mitchell, vaut la peine d'être abordé par le plus haut tribunal du pays⁴⁰. Dans notre article, nous nous intéressons toutefois à l'interprétation qu'il donne du wampum :

L'incarnation moderne du concept 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 » [un concept créé par la Commission royale sur les peuples autochtones], les Premières nations n'ont pas été totalement assujetties à une souveraineté non autochtone mais, avec le temps, sont devenues des parties au fusionnement. [...] Bien qu'historiquement, la Couronne ait pu être représentée comme une entité lointaine par-delà les mers à laquelle on ne pouvait guère s'attendre que les autochtones s'identifient, cela n'était plus le cas en 1982 quand le processus de conciliation du par. 35(1) a été établi. Avec le rapatriement de la Constitution, tous les aspects de la souveraineté canadienne se sont fermement ancrés à l'intérieur de nos frontières. Si le principe de « souveraineté fusionnée » énoncé par la Commission royale sur les peuples autochtones doit avoir un sens véritable, il doit comporter au moins l'idée que les Canadiens autochtones et non autochtones forment *ensemble* une entité souveraine munie d'une certaine communauté d'objectifs et d'efforts. C'est avec cette nouvelle entité, héritière des attributs historiques de la souveraineté, qu'il faut concilier les droits existants ancestraux ou issus de traités⁴¹. [...]

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)

⁴⁰ Nous remercions l'évaluateur anonyme de nous avoir fait remarquer que le juge Binnie laisse la porte ouverte à la reconnaissance d'une souveraineté partagée, même s'il affirme lui-même qu'il ne se prononce pas directement sur « la compatibilité ou l'incompatibilité d'institutions autonomes *internes* des Premières nations avec la souveraineté de la Couronne dans le passé ou dans le présent » : *id.*, par. 165.

⁴¹ *Id.*, par. 129.

constituée 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 [...] Cela représente en peu de mots un partenariat sans assimilation⁴².

Cette réinterprétation hétérodoxe a ses conséquences. Le juriste Gordon Christie les énonce magistralement :

Under Binnie J.'s approach, this vision of « reality » [of a modern state] is tempered by an explication of what this reality encompasses: it is not said to be a simple matter of the Crown exerting control over the Mohawk, but of the Mohawk being partners in confederation, active parties within Canadian society [...] While the majority in *Van der Peet* spoke of the purpose of recognizing and affirming Aboriginal rights as being defined by the goal of achieving a reconciliation of the prior presence of Aboriginal societies to Crown sovereignty, Binnie J. now introduces the notion that this reconciliation has already taken place. Under this vision, since Crown sovereignty already enfolds within it Mohawk autonomy, there is no need for the fact of Mohawk pre-existence to be worked into the fabric of Canadian society. Cases dealing with Aboriginal claims, then, are reconceptualized as disputes about movement away from what is already in place, with the law acting to pull things into line with what is already both legally mandated and in existence. When an Aboriginal people claim a right they are in effect merely pressing the Crown to maintain the structure heretofore in place⁴³.

L'interprétation du juge Binnie revient à assimiler l'image du wampum à deux rangs à celui, que nous avons mentionné plus haut, du canot haïda. Le rôle de la métaphore, en droit, n'est pas innocent. Non seulement la Cour suprême vient ici donner une interprétation fautive de

⁴² *Id.*, par. 130.

⁴³ Gordon CHRISTIE, « The Court's Exercise of Plenary Power: Rewriting the Two-row Wampum », (2002) 16 *S.C. Law Rev.* 285, 293 et 294; sur la question de l'interprétation, lire également Gordon CHRISTIE, « A Colonial Reading of Recent Jurisprudence: *Sparrow*, *Delgamuukw* and *Haida Nation* », (2005) 23-1 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 17.

l'image, mais elle s'approprie cette interprétation *au moment même* où l'on nie à une des parties son pouvoir d'interpréter, donc sa souveraineté. À noter que la Cour suprême est, à cet égard, tout à fait cohérente : elle performe le refus d'une souveraineté autochtone et tient son pouvoir d'interpréter comme le seul valable⁴⁴. De ce fait, toutefois, elle contredit le contenu de son message : cette supposée « souveraineté fusionnée » ne peut avoir lieu. Son interprétation qui tient le wampum à deux rangs pour un autre canot haïda où tous sont embarqués vient également contredire l'interprétation de Tully de ce canot, à savoir la fin de phrase omise dans l'acte manqué de l'ancienne juge en chef McLachlin, « without imposing a metalanguage or allowing any speaker to set the terms of the discussion⁴⁵ ». Dans un cas comme dans l'autre, la puissance interprétative du droit canadien se refuse à toute interprétation différente de la sacro-sainte souveraineté canadienne. Aurait-il pu en être autrement? Comment repenser séparément les deux images du canot haïda et du wampum kanien'kehá:ka? Nous proposons de passer par la présentation d'une théorie traductologique pour mieux appréhender le problème de l'inclusion d'une altérité normative.

IV. Deux images de la traduction, deux images du droit

Afin de formuler préliminairement l'aporie à la base de notre article, nous ferons un court détour pour exposer la traduction comme concept. Même s'il a déjà fait l'objet d'un travail théorique dans le contexte des études juridiques⁴⁶, le concept de traduction demeure sous-exploité. Pourtant, plusieurs éléments concourent à rapprocher l'acte traductif et le jugement dans un procès, notamment celui du « calcul ». Bien avant l'emploi du mot « traduction » (et sa métaphore spatiale, celle d'un

⁴⁴ Le pouvoir de la souveraineté, c'est le pouvoir de décider quelle est la bonne interprétation, ainsi que l'avait bien compris Thomas HOBBS, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, trad. de l'anglais par Gérard MAIRET, coll. « Folio/Essais », Paris, Gallimard, 2000, p. 331 et 332; sur cette question, en contexte de traduction des langues autochtones, lire R. LEMIEUX, préc., note 28, 78-80.

⁴⁵ B. MCLACHLIN, préc., note 15.

⁴⁶ Nous pensons notamment à James Boyd WHITE, *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.

transport⁴⁷), on désignait en latin le processus de traduction sous le nom *interpretatio*. Littéralement, l'interprète (*interpretes*) était l'entremetteur, le courtier, l'intermédiaire ou le négociateur entre deux parties, celui qui, étymologiquement, se tenait entre (*inter*) les prix (*pretium*) et avait pour tâche de s'assurer de l'exactitude et de la précision des instruments de mesure (la balance, par exemple) dans le cas d'un échange marchand. Il n'est donc pas étonnant qu'une des premières réflexions sur les bonnes manières de traduire, chez Cicéron par exemple, adopte des images conceptuelles tirées du vocabulaire commercial⁴⁸. De même, du côté du droit, le jugement peut parfois s'apparenter à un calcul de la juste mesure entre deux parties. Le juriste François Ost rappelle la difficile commensurabilité entre des parties en conflit :

Mais ces forces, ces intérêts, ces valeurs en conflit, il s'agira précisément de les peser, c'est-à-dire de les ramener à une « commune mesure » en dépit souvent de leur hétérogénéité. Malgré leur incommensurabilité apparente (on songe au juge américain à la Cour suprême, Scalia, qui brocardait cette méthode en disant qu'elle consistait à se demander si « telle pierre est plus lourde que telle ligne est longue »), le juge va devoir s'atteler à la « construction de comparables » : traduire un préjudice moral en compensation financière, traduire le langage de la santé, ou de la sécurité, ou de la qualité de vie dans celui de l'emploi, de la prospérité économique, des impératifs nationaux – et réciproquement, avec le même sentiment d'approximation et parfois d'échec que ressent tout traducteur une fois sa tâche accomplie⁴⁹.

⁴⁷ Toutes les cultures ne pensent pas la traduction comme un déplacement. Pour des contre-exemples, voir : Daniel SIMEONI, « De quelques usages du concept de transfert dans la réflexion sur la traduction », dans Pascal GIN, Nicolas GOYER et Walter MOSER (dir.), *Transfert. Exploration d'un champ conceptuel*, coll. « Transferts culturels », Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2014, p. 103.

⁴⁸ « Je n'ai pas cru nécessaire de rendre mot pour mot; c'est le ton et la valeur des expressions dans leur ensemble que j'ai gardés. J'ai cru qu'il me fallait payer le lecteur non pas en comptant pièce par pièce, mais pour ainsi dire en pesant la somme en bloc » : CICÉRON, *L'Orateur. Du meilleur genre d'orateurs*, trad. par Henri BORNECQUE, Paris, Les Belles Lettres, 1921, p. 111.

⁴⁹ François OST, *Le droit comme traduction*, coll. « Mercure du Nord/Verbatim », Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 33, cite l'opinion discordante du

Le pluralisme juridique pose un problème particulier à cette « construction de comparables ». La différence entre le pluralisme extra-étatique et le pluralisme intra-étatique devient celui du lieu de la mesure par laquelle deux réalités peuvent être comparées. Dans le cas du pluralisme extra-étatique – et son symbole, le wampum à deux rangs –, la mesure (le lieu du calcul) se trouvera à l'extérieur de la relation entre les parties. Elle est transcendante et se donne comme un *tertium comparationis*, un tiers comparatif. C'est ce que propose Schulte-Tenckhoff, pour qui seul le droit international peut être invoqué dans les causes impliquant un intérêt autochtone particulier. Dans l'autre cas, celui du pluralisme intra-étatique (qui est aussi celui de la symbolique de la sculpture *Spirit of Haida Gwaii*), la mesure se révèle immanente à la relation. Une des parties s'institue comme la mesure de l'autre. Une conséquence possible est l'accaparement par l'une des deux parties du droit de juger l'autre, cette partie se trouvant pour ainsi dire dans la position de juge *et* partie. L'histoire de la pensée sur la traduction, parce qu'elle met en scène la mesure par laquelle un jugement se donne, permet de prendre en considération cette question.

Juliane House, théoricienne de la traduction, propose une typologie simplifiée pour comprendre la relation entre les deux types de traduction : la traduction explicite (*overt translation*) et la traduction implicite (*covert translation*)⁵⁰. Le pluralisme juridique intra-étatique pourrait se voir comme une « traduction explicite » : c'est la traduction littéraire ou celle des textes sacrés, celle dont la distinction entre l'original et le texte traduit est admise, reconnue, encouragée :

juge Antonin Scalia dans l'affaire *Bendix Autolite v. Miswesco Enters*, 486 U.S. 888, 897 (1988).

⁵⁰ La théorie de House demeure peu connue dans le monde francophone. Les termes *covert* et *overt* ont déjà été traduits respectivement par « tacite » et « manifeste ». Pour notre part, nous avons choisi « implicite » et « explicite » dans Juliane HOUSE, « Traduction explicite et implicite », dans Yves GAMBIER et Luc VAN DOORSLAER (dir.), *Handbook of Translation Studies*, trad. par René LEMIEUX, Amsterdam et Philadelphie, John Benjamins Publishing Company, 2018, en ligne : <<https://benjamins.com/online/hts/articles/ove1.fr>>; pour la théorie de House, voir : Juliane HOUSE, *Translation Quality Assessment: Past and Present*, Abingdon et New York, Routledge, 2015.

The language in overt translation may be interspersed with foreign elements from the original, which is « shining through ». An overt translation is embedded in a new speech event in the target culture. It is a case of « language mention » resembling a quotation. Examples are documents of historical events and texts considered sacrosanct. Functional equivalence is only achievable at a « second level », it is of a « removed » nature: While the new addressees are enabled to access the function which the original has in its discourse world, this access is realized in the target lingua-culture via the translation, which then operates both in the original's and its own discourse world. It is through this co-activation of discourse worlds that the translation's addressees can « eavesdrop », as it were, i.e., being able to appreciate the original's function, albeit at a lingua-cultural distance. Genuine cultural transfer occurs as a result of a contact situation that results in deviations from the norm of the target lingua-culture through the influence of the source lingua-culture. Linguistic-cultural transfer is often noticeable as a (deliberately) jarring deviation of the translation from target norms. An overt translation is thus both from a linguistic and a psycholinguistic perspective a distinctly hybrid entity⁵¹.

L'initiateur moderne de cette façon de concevoir la traduction est Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher (1768-1834), théologien protestant et théoricien de l'herméneutique du romantisme allemand, pour qui il n'y a fondamentalement que deux manières de traduire : soit on pousse le lecteur vers l'auteur, soit on tire l'auteur vers le lecteur⁵². Cette façon de voir la

⁵¹ Juliane HOUSE, « Overt and Covert Translation », dans Yves GAMBIER et Luc VAN DOORSLAER (dir.), *Handbook of Translation Studies*, t. 1, Amsterdam et Philadelphie, John Benjamins Publishing Company, 2010, p. 245, aux p. 245 et 246.

⁵² Pour la conférence originale de Schleiermacher prononcée en 1813, voir : Friedrich Daniel Ernst SCHLEIERMACHER et Christian BERNER (dir.), *Des différentes méthodes du traduire. Sur l'idée leibnizienne, encore inaccomplie, d'une langue philosophique universelle*, trad. de l'allemand par Antoine BERMAN, coll. « Points Essais », Paris, Seuil, 1999; les intuitions de Schleiermacher seront réactivées en France au XX^e siècle, d'abord par Henri Meschonnic puis par Antoine Berman, voir : Antoine BERMAN, *L'épreuve de l'étranger. Culture et traduction dans l'Allemagne romantique : Herder, Goethe, Schlegel, Novalis, Humboldt, Schleiermacher, Hölderlin*, coll. « Les Essais », Paris, Gallimard,

traduction propose de réfléchir à l'éthique du traducteur, à l'hospitalité de la langue et à la notion d'étranger *en tant qu'étranger*. En acceptant la différence de statut entre les langues, on vise à rendre de manière plus respectueuse l'original pris comme tel, ce qui a parfois pour conséquence une déférence induite à la langue d'origine, et une hiérarchisation entre les textes, car une traduction sera toujours perçue dans une sorte d'infériorité ontologique. La mesure du jugement est ici à l'intérieur du texte ou de la langue, de la source ou de la cible.

L'autre façon de penser la traduction, introduite plus récemment par l'entremise de la linguistique et de la sémiotique, est celle des textes très souvent qualifiés de « pragmatiques ». House appelle ce type de traduction la *covert translation*, qui peut être rendu en français par « traduction implicite ». Ce type de traduction pourrait être rapproché, par analogie, du pluralisme extra-étatique :

A covert translation is a translation which enjoys the status of an original text in the receiving lingua-culture. The translation is covert because it is not marked pragmatically as a translation at all, but may, conceivably, have been created in its own right. An original and its covert translation might be said to differ « only » accidentally in their respective languages. Examples are transitory texts designed for « ready consumption »: instructions, commercial circulars, advertisements, journalistic and scientific texts. Covert translations often require subtle lingua-cultural translation problems. To solve these in order to meet the needs of the new addressees, the translator must take different cultural presuppositions into account. He will re-create an equivalent speech event in the target culture reproducing in the translation the original's function, i.e., « real » functional equivalence is the goal. A covert translation operates quite « overtly » in the target

1984; Antoine BERMAN, *La traduction et la lettre ou l'auberge du lointain*, coll. « L'Ordre philosophique », Paris, Seuil, 1999; Antoine BERMAN, *Pour une critique des traductions : John Donne*, coll. « Bibliothèque des idées », Paris, Gallimard, 1995. Bien qu'il critique des auteurs susmentionnés, Jean-René LADMIRAL, *Traduire : théorèmes pour la traduction*, coll. « Petite Bibliothèque Payot », Paris, Payot, p. 366, a suggéré la typologie « sourcier » et « cibliste » qui demeure la plus connue aujourd'hui dans le monde francophone.

discourse world without co-activating the original's discourse world. Due to the fact that covert translations operate exclusively in the new target culture, they are psycho-linguistically less complex than overt translation and also more deceptive. There is often a very real cultural distance from the original. Readers of covert translations often do not know that they are reading a translation, they receive it as though it were an original text⁵³.

Un projet de loi, un panneau de signalisation routière, un arrêt de la Cour suprême ou un mode d'emploi pour un micro-ondes sont des traductions implicites au sens où les différentes versions doivent toutes être vues comme des originaux. Il faut donc tout faire pour cacher le processus de traduction. La traduction des lois ou des décisions judiciaires est un bon exemple en ce sens : on doit non seulement rendre le texte de manière que la culture cible puisse le comprendre de la même façon qu'il a été saisi par la culture source, mais également cacher le processus traductif, l'oblitérer, agir comme s'il n'avait jamais eu lieu – y compris dans les cas de corédaction bilingue qui, bien souvent, masquent une hiérarchisation des cultures⁵⁴. Cette façon de voir la traduction a son origine dans le développement de la cybernétique en général. Le sémioticien Roman Jakobson donne la formule la plus efficace pour comprendre ce type de traduction : « Les langues diffèrent essentiellement par ce qu'elles *doivent* exprimer, et non par ce qu'elles *peuvent* exprimer.⁵⁵ » On ne traduit pas des mots ou même des phrases, on traduit un message et, en traduction, le message est le même malgré les différents codes (langues). Le point de comparaison (la mesure) est extérieur à la matière langagière ou même aux textes, c'est le *sens* (ou le signifié). Les différentes versions – que ce soit l'« original » ou la traduction, puisque idéalement on ne devrait pas être en

⁵³ J. HOUSE, préc., note 51, aux p. 245 et 246.

⁵⁴ Voir à ce propos : Judith LAVOIE, « Le bilinguisme législatif et la place de la traduction », (2003) 16-1 *TTR : traduction, terminologie, rédaction* 121; dans le cas de la législation unilingue québécoise, voir également : René LEMIEUX, « Thème et version dans la législation québécoise : la cause des Barreaux et la traduction des lois », (2018) 9 *Trahir*, en ligne : <<https://trahir.wordpress.com/2018/04/27/lemieux-barreaux/>>.

⁵⁵ Roman JAKOBSON, « Aspects linguistiques de la traduction », dans *Essais de linguistique générale*, trad. de l'anglais par Nicolas RUWET, coll. « Points », Paris, Éditions de Minuit, 1963, p. 78, à la p. 84.

mesure de discerner la différence – sont sur un pied d'égalité. Cette manière de concevoir la traduction s'apparente au pluralisme juridique extra-étatique, ce qui ne va pas sans risque, l'idéologie du traducteur (ses préférences, ses préjugés, ses intentions), ouvertement annoncée dans le cas de la traduction explicite, étant ici cachée, et même oubliée du traducteur : ce dernier se retrouverait, idéalement, dans un « tiers-espace », il serait exempt de toute idéologie⁵⁶. Ce type de traduction se présente comme l'image des tenants de l'interprétation traditionnelle du wampum à deux rangs : s'il faut juger un différend, le lieu du jugement doit être *à l'extérieur* de la relation entre les parties, par exemple devant une cour de droit international.

Nous n'avons pas proposé ce détour par la théorie traductologique pour en arriver à préférer une image à une autre ou même à déterminer, pour les ordres juridiques autochtones, la meilleure voie à suivre. Nous voulons plutôt rendre d'abord visibles les conséquences de ces métaphores pour penser ensuite les relations entre les ordres juridiques autochtones et le droit colonial canadien, ce que nous tâcherons de faire en conclusion.

En guise de conclusion : les lieux des ordres juridiques autochtones

Pour conclure, nous voulons présenter deux modèles afin de penser le pluralisme juridique. L'image de la sculpture *Spirit of Haida Gwaii* ressemble fort au pluralisme juridique intra-étatique : c'est celui qui est évoqué, pensons-nous, par l'ancienne juge en chef McLachlin, où la prise en considération des « valeurs » autochtones peut très bien se faire à l'intérieur du système juridique actuel. L'autre image mentionnée, celle du wampum à deux rangs, propose plutôt de concevoir deux systèmes juridiques disjoints, sans attaches, sinon le lieu physique où se tiennent les

⁵⁶ Le concept de tiers-espace a été élaboré par Homi K. BHABHA, *Les lieux de la culture. Une théorie postcoloniale*, trad. de l'anglais par Françoise BOUILLOT, Paris, Éditions Payot, 2007; pour une critique du concept de tiers-espace, voir : Maria TYMOCZKO, « Ideology and the Position of the Translator: In What Sense is a Translator “In Between”? », dans Mona BAKER (dir.), *Critical Readings in Translation Studies*, Abingdon et New York, Routledge, 2010, p. 213, aux p. 213-228.

deux voies parallèles. Peut-on dès lors toujours parler de « pluralisme » si tout contact est à éviter?

Si, par analogie, nous lions ces symboles à la distinction fonctionnelle en traduction proposée par House, ce n'est pas pour préférer l'un à l'autre, mais pour montrer que les conséquences de ces deux manières de concevoir la diversité juridique pourraient ultimement être contraires aux intentions de départ. Dans le premier cas, si l'on considère qu'il y a du *propre* au qualificatif « autochtone » (ou, en anglais, *Indigenous*), que l'identité du système juridique autochtone vaut *parce qu'il est autochtone*, et non parce que c'est un système parmi d'autres, on peut en conclure à la présence d'une originalité essentielle. C'est bien ce qu'indique le terme français « autochtone », tiré du grec ancien ἀυτόχθων, qui signifie d'abord « propre au territoire », ou même celui qui est parfois employé en anglais (*Aboriginal*) qui précise, venant cette fois du latin, l'origine : *ab origine*. Cette essentialité a aussi pour conséquence une possible intraduisibilité : l'origine en tant qu'origine ne peut que se perdre dans sa dérivation ou sa secondarité, sa citation ou sa décontextualisation. C'est étonnamment au pluralisme juridique intra-étatique que cette idée mène, car elle réclame une « éthique » nouvelle (il faut *mieux* traduire, c'est-à-dire *mieux* accueillir les ordres juridiques autochtones dans leur altérité : l'étranger *en tant qu'étranger*⁵⁷), sans remettre en cause la relation hiérarchique. Dans l'autre cas, si, au contraire, on considère, comme Schulte-Tenckhoff, que l'emploi du qualificatif « autochtone » n'est qu'une stratégie pour assujettir une nation, alors il n'y a plus de raison de réclamer un système particulier, les « normes » internationales du droit (avec la domination de la common law et du droit civil) pouvant convenir. Pour employer des termes de la métaphysique occidentale, on a affaire, dans le premier cas, à un *autre* qui revient à l'*identique* et, dans le second, à une *différence* qui revient au *même*. En d'autres termes, d'une part, la différence essentialisée de l'autochtonie mène potentiellement à une continuation de la politique

⁵⁷

Personne ne devrait s'étonner de cette ironie qui force, tant dans la théorie traductologique que dans la pensée juridique, à qualifier les ordres juridiques autochtones d'« étrangers » (lorsqu'ils sont comparés au droit colonial canadien). La conclusion à tirer de tout cela est fort probablement le manque d'imagination conceptuelle des allochtones. Par notre article, nous voulons simplement lancer une discussion sur cette problématique.

coloniale; de l'autre, le nivellement des ordres juridiques, une fois abandonné le qualificatif « autochtone », rend nécessaire le système-monde actuel se basant sur la souveraineté étatique d'origine européenne. Sans être du pareil au même, un certain colonialisme se perpétue dans les deux cas.

Une fois encore, par ce très court exposé sur une aporie qui nous semble se dégager des enjeux du pluralisme juridique et du droit autochtone, nous ne visons pas à critiquer les différents discours qui circulent sur la question. Nous tentons plutôt de mettre l'accent sur les positions extrêmes, tenues par peu de chercheurs au demeurant, qui montrent la façon dont s'articule le discours actuel sur les lieux des ordres juridiques autochtones au Canada. C'est toutefois par la détermination d'une limite conceptuelle de cet ordre qu'il est possible, à notre avis, d'évaluer la problématique et de proposer, peut-être, des avenues de réflexions nouvelles.

Nous concluons simplement en rappelant le problème de la reconnaissance telle qu'elle a été analysée par Coulthard. Ce politologue ne prétend pas apporter de contribution au droit : au contraire, le droit est un problème, car il voile les véritables enjeux politiques autochtones. Un auteur critiqué par Coulthard dans son ouvrage *Red Skin, White Masks*, le philosophe politique Dale Turner, originaire de la Première Nation de Temagami en Ontario⁵⁸, voit la chose de manière entièrement différente. Pour ce dernier, des membres des peuples autochtones du Canada doivent s'investir dans l'appareil juridique canadien pour faire valoir les droits des Premières Nations. Il suggère une nouvelle fonction, les *word warriors* (à traduire peut-être par « guerriers du verbe⁵⁹ »), qu'il conçoit partiellement

⁵⁸ Contrairement à ce que font d'autres auteurs susmentionnés, nous n'indiquons pas que Turner est « philosophe politique anishnabi », ce dont il ne se réclame jamais. Et pour cause, une grande partie de sa réflexion sur la philosophie politique vise justement (en partie) à la dissocier de l'identité de celui ou celle qui la pratique. Cette dissociation, discutée dans son livre dès l'introduction, est précisément l'élément en jeu dans ce dont il est question : les *word warriors* sont des autochtones qui *savent parler le langage allochtone*.

⁵⁹ On pourrait également traduire l'expression *word warriors* par « guerriers des mots » (plus littéral), « guerriers de la parole » (plus poétique), « guerriers du discours » (plus intellectuel) ou encore par « guerriers du langage » ou « guerriers de la langue » : c'est l'option des traducteurs de Coulthard, Arianne DES ROCHERS

à partir du *kitslaani*, le médiateur de la sculpture *Spirit of Haida Gwaii*, tel que l'a décrit Tully :

Tully's notion of a mediator is helpful. He is offering a way for philosophers, especially political philosophers, to see their own field of study in a way that includes – indeed, even demands – Aboriginal participation. But his mediator necessarily engages an Aboriginal mediator. An Aboriginal mediator – a word warrior – is an indigenous person who engages the imposed legal and political discourses of the state guided by the belief that the knowledge and skills to be gained by engaging in such discourses are necessary for the survival of all indigenous peoples⁶⁰.

Les guerriers du verbe de Turner doivent être des autochtones qui possèdent un savoir dédoublé : ils maîtrisent deux discours, celui des porteurs traditionnels du savoir autochtone (par exemple, des aînés) et celui du savoir de l'État. L'enjeu de ce savoir est la réconciliation au sein des communautés autochtones :

Who participates in mainstream academic and intellectual culture is problematic for indigenous peoples because indigenous forms of knowledge need to be reconciled with the legal and political discourses of the state; this necessitates a kind of division of intellectual labour in indigenous communities. A reconciliation must occur between « indigenous philosophers » – indigenous intellectuals who possess the privileged forms of indigenous knowledge – and what I call « word warriors », whose primary function is to engage the legal and political discourses of the state⁶¹.

et Alex GAUTHIER, dans G.S. COULTHARD, préc., note 23, lorsque ce dernier cite Turner, à la p. 86.

⁶⁰ Dale TURNER, *This Is Not a Peace Pipe: Towards a Critical Indigenous Philosophy*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, p. 92.

⁶¹ *Id.*, p. 72.

Il n'est pas difficile de voir là une image classique du traducteur et de son possible corollaire : le traître⁶². Le guerrier du verbe, comme médiateur, se tient dans un tiers-espace, entre la communauté autochtone et la scène juridique de l'État, et son rôle consiste à apporter – à transporter, à traduire – la parole autochtone sur la scène juridique de l'État en la performant *dans les mots de l'État*. Cette image du transport d'un message implique aussi, bien souvent, celui de sa déformation, tout comme Hermès, figure mythologique du traducteur chez les Grecs, pouvait transmettre aux humains un message déformé des dieux⁶³.

Coulthard critique vertement cette nouvelle fonction proposée par Turner. Selon lui, le guerrier du verbe joue le jeu de l'État. On ne peut être à la fois dans les deux camps : il faut choisir. Turner fait l'erreur de penser que l'État colonial fonctionne « en *excluant* les perspectives autochtones des espaces institutionnels et discursifs qui déterminent la portée des droits⁶⁴ ». Au contraire, l'État sait très bien inclure le discours autochtone. Il n'est pas une scène où s'entrechoque une multiplicité de discours, il *est* un discours : « À mon avis, le problème avec les discours juridiques et politiques de l'État est qu'ils profitent non seulement d'un statut hégémonique par rapport aux discours autochtones, mais qu'ils sont également soutenus par la puissance militaire, économique et politique de l'État.⁶⁵ »

⁶² À ce propos, voir : Caroline MANGEREL, *Le traître démonté : figures du traducteur et du métis dans les sémiosphères des Amériques*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des arts, Université du Québec à Montréal, 2013, en ligne : <<https://archipel.uqam.ca/6098/>>.

⁶³ Le crime originel d'Hermès est d'avoir volé les bœufs d'Apollon, dieu des créateurs. Inventeur de la raquette, Hermès savait effacer ses traces. Pour son crime, il sera condamné à répéter la parole des autres sans lui-même être la source de créations, voir : Charles LE BLANC, *Le complexe d'Hermès. Regards philosophiques sur la traduction*, coll. « Regards sur la traduction », Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2009. Dans une perspective de mythologie comparée, il serait intéressant de mettre côte à côte la figure d'Hermès et les légendes relatives aux *tricksters*.

⁶⁴ G. S. COULTHARD, préc., note 23, p. 86.

⁶⁵ *Id.*, p. 88; cet argument matérialiste est à rapprocher de la critique marxienne de la théorie hégélienne de l'État, voir : Karl MARX, *Contribution à la critique de la Philosophie du droit de Hegel*, trad. par Jules MOLITOR, Paris, Allia, 2018.

La distinction entre Coulthard et Turner pourrait se comprendre comme une différence d'attitude par rapport à la traduction. Le second voit le discours juridique comme un lieu possible de traduction, bien qu'il soit imparfait, parce que le philosophe politique sait qu'une hiérarchisation ne peut qu'avoir lieu. Le premier s'oppose à cette stratégie, car elle revient à accepter d'avance la défaite des luttes politiques autochtones : pour opposer le discours autochtone à un autre discours, il faut les mettre sur un pied d'égalité. Cette différence – conceptuellement assimilable aux deux types de traduction, explicite et implicite, énoncés plus haut – revient à marquer une différence entre le droit et le politique, où ce dernier est moins *un autre discours* que son extériorité interpellante. L'enjeu traductionnel est ainsi moins celui entre cultures juridiques différentes qu'entre le droit et le politique, ce dernier terme étant conçu comme une forme de résistance à la reconnaissance d'une entité capable de juger des désaccords. Politiser la place des ordres juridiques autochtones, c'est affirmer, contre McLachlin, que le droit canadien *ne peut pas*, structurellement, accueillir les ordres autochtones comme altérité qui, en fin de compte, restent inaudibles. Certes, cette politisation n'est pas absolue : des peuples autochtones peuvent bien accepter, comme le propose Turner, de jouer à leur manière le jeu du discours de l'État. Rappelons toutefois que ce discours du droit se révèle toujours le lieu de la définition de ce qu'est le droit : d'abord et avant tout, le droit dit ce qu'est le droit. Dans le présent cas, l'enjeu consiste moins à savoir comment faire une place aux ordres juridiques autochtones qu'à se demander quelles sont les conséquences liées au fait d'obtenir cette place que le droit canadien assigne dans son bateau.