

Traduction et hospitalité

Essai sur la tradition orale autochtone et le pluralisme juridique canadien

René Lemieux, B.Sc.Soc., M.A., Ph.D.

Thèse présentée à la
Faculté des études supérieures et postdoctorales,
en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit (LL.M.)

Faculté de droit
Université d'Ottawa

Août 2019

© René Lemieux, Ottawa, Canada, 2019

Indeed, perhaps it is in the very act of translating (or talking about translation) that Aboriginals and non-Aboriginals can be brought together.

David Gaertner¹

¹ David Gaertner, « 20 October 2008 : Translating Reconciliation » dans *Translation Effects : The Shaping of Modern Canadian Culture*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2014 à la p 445.

Résumé

La thèse a pour point de départ d'arrêt *Delgamuukw* (1997) qui évoque la possibilité d'admettre en cour des récits oraux autochtones à titre de preuve. Le discours sur cette nouveauté juridique est ici un prétexte à une réflexion sur ce qui passe et ce qui ne passe pas entre la tradition juridique autochtone et le droit colonial canadien. En grande partie, il s'agit, pour prendre une métaphore psychanalytique, d'allonger le droit colonial canadien sur un divan et de l'écouter discourir sur la représentation qu'il se donne des récits oraux autochtones, lesquels se constituent très souvent comme des ordres juridiques autochtones en confrontation ouverte avec la souveraineté de l'État canadien. La méthode proposée pour analyser ce discours est tirée pour une bonne part des études de la traduction, aussi appelées traductologie. Le premier chapitre vise à définir la problématique des enjeux autochtones à l'intérieur du pluralisme juridique au Canada en analysant les lieux des ordres juridiques autochtones au Canada, dans une perspective à la fois juridique et politique. Le deuxième chapitre examine une série de dichotomies conceptuels évoquées par le discours juridique canadien – l'oralité et l'écriture, le témoignage et la preuve, le fond et la forme – pour à chaque fois montrer la manière avec laquelle le droit s'affirme par l'exclusion d'une altérité. Finalement, l'objectif de la thèse est de montrer que les rapports entre le droit colonial canadien et les ordres juridiques autochtones s'organisent comme des apories – ou indécidables –, et ces apories travaillent en retour les concepts juridiques par lesquels le droit se raconte.

Remerciements

Je tiens à remercier mon directeur le professeur Darren O'Toole pour sa lecture généreuse et ses commentaires toujours très érudits. Je remercie également les évaluateurs de ma thèse, le professeur Charles-Maxime Panaccio et la professeure Sophie Thériault, pour les critiques très pertinentes qu'il et elle ont formulées, ainsi que le professeur Graham Mayeda pour ses bons mots lors de la soutenance. Je remercie également les professeurs et professeures de la faculté qui m'ont encouragé tout au long de mes études en droit à l'Université d'Ottawa, Pascale Fournier, Jean-Paul Lacasse, Tracey Lindberg et Peter Oliver.

Table des matières

Résumé.....	iii
Remerciements.....	iv
Introduction.....	1
Problématisation.....	3
Approche théorique et méthodologique	4
Le pluralisme juridique.....	5
La sociologie du droit de Luhmann	6
La déconstruction derridienne : un droit de citer.....	8
Objectifs de la thèse et originalité	9
Premier chapitre : Problématiser le pluralisme juridique au Canada.....	11
Concevoir les limites du pluralisme juridique au Canada.....	12
La notion de « reconnaissance » dans le pluralisme juridique.....	14
Un problème de métaphore, un problème de souveraineté	17
Deux images de la traduction, deux images du droit	22
Le spectre du politique	27
Chapitre 2 : Juridiction, ou « dire le droit », de l’oral à l’écrit et au-delà	32
Quelques éléments théoriques sur la distinction entre l’écriture et l’oralité	34
Repenser la dichotomie écriture/oralité à partir du témoignage	39
Du témoignage à la preuve : un problème de cadrage	45
La limite entre le fait et le droit.....	50
Conclusion : Du droit à l’hospitalité.....	54
Vers une nouvelle approche de la jurisprudence autochtone	57
Repenser le lieu du droit canadien	63
Bibliographie.....	67

Introduction

L'arrêt *Delgamuukw* de la Cour suprême du Canada² est sans doute une des plus importantes décisions judiciaires ayant ponctué les relations entre l'État canadien et les peuples autochtones. Cet arrêt est d'abord une cause de revendication territoriale des peuples Gitksan et Wet'suwet'en de l'intérieur des terres de la Colombie-Britannique (*Delgamuukw* est le nom d'un des appelants) entendue par le juge en chef Allan McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique³. Dans sa décision, le juge du premier procès, McEachern, a rendu un jugement sur la base de l'absence de preuve écrite et a affirmé que c'est à la volonté et au bon plaisir de la Couronne (selon les termes de la Proclamation royale de 1763, « *Royal Will & Pleasure* »⁴) que peut avoir lieu la reconnaissance des droits des Premières Nations (troisième proposition de droit du juge McEachern : « en *common law*, les droits ancestraux existent selon le bon plaisir de la Couronne et ils peuvent être éteints lorsque l'intention de la Couronne de le faire est claire et expresse »⁵). En effet, au lieu de fournir des preuves matérielles d'occupation historique du territoire (cartes ou autres documents écrits), des membres de ces communautés sont venus témoigner à la cour en performant des *adaawk* et des *kungax*. La juriste Val Napoleon définit ainsi ces deux types de récits oraux :

The *adaawk* are the ancient formal, collective, and owned oral histories of the Gitksan that form the key intellectual foundation for Gitksan law. The Wet'suwet'en equivalent is the *kungax* (spiritual songs and dances that connected the Wet'suwet'en to the land)⁶.

Ces récits ne se conformaient pas, selon le premier juge au procès, aux définitions judiciaires de la « vérité », comme le rappelle l'anthropologue Julie Cruikshank :

² *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, 3 RCS 1010, 1997.

³ *Delgamuukw v The Queen*, Western Weekly Reports 3, 1991; je citerai dorénavant cette version: Allan McEachern, *Reasons for Judgment: Delgamuukw v. B.C.*, Smithers, Supreme Court of British Columbia, 1991.

⁴ *Proclamation royale, 1763*, LRC (1985), app II, n° 1.

⁵ *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, *supra* note 2 au para 15.

⁶ Val Napoleon, « *Delgamuukw: A Legal Straightjacket for Oral Histories?* » (2005) 20:2 Canadian Journal of Law and Society 123-155 à la p 123, note 2.

In his *Reasons for Judgment*, [McEachern] stated that “much evidence must be discarded or discounted not because the witnesses are not decent, truthful persons but because their evidence fails to meet certain standards prescribed by law”. Later he added more specifically, “I am unable to accept adaawk, kungax and oral traditions as reliable bases for detailed history but they could confirm findings based on other admissible evidence.”⁷.

Ce jugement n’implique donc pas seulement la différence entre l’oralité et l’écriture, comme on le commente trop souvent – l’oralité du côté des autochtones, l’écriture du côté de la common law –, le jugement met également en présence le problème de la qualité d’une preuve en relation avec le témoignage. Ce problème est non seulement juridique, mais aussi épistémologique, car il s’institue comme relation entre le fond du procès (la preuve elle-même) et sa forme (l’admissibilité première de cette preuve)⁸.

La Cour suprême de Colombie-Britannique ayant rejeté les revendications des appelants, la cause fut ensuite portée devant la Cour d’appel de Colombie-Britannique qui rejeta en partie le jugement de McEachern sur l’extinction des droits, sans toutefois donner raison aux plaignants⁹. La cause fut alors portée devant la Cour suprême du Canada présidée par le juge en chef Antonio Lamer¹⁰. La décision servira à donner un appui à la doctrine du titre aborigène en vertu de l’article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹¹. Une des caractéristiques de cet arrêt est de donner un fondement juridique à la tradition orale autochtone :

Malgré les problèmes que crée l’utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques, le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse

⁷ Julie Cruikshank, « Invention of Anthropology in British Columbia’s Supreme Court: Oral Tradition as Evidence in *Delgamuukw v. BC* » [1992] 95 BC Studies: The British Columbian Quarterly 25-42 à la p 26; Cruikshank réfère à McEachern, *supra* note 3 aux pp 49 et 75.

⁸ Dans certains écrits introductifs au droit, on superpose à la *summa divisio* entre le droit privé et le droit public une division plus générale entre le droit de fond (ou substantiel, dans lequel se trouvent le droit public et le droit privé) et le droit de forme (ou droit judiciaire, dans lequel fait partie le droit de la preuve), voir André Émond et Lucie Lauzière, *Introduction à l’étude du droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 à la p 52; le fond et la forme pourraient se nommer « contenu » et « contenant », ou même « fait » et « droit », en fin de compte, on revient toujours à la distinction ontologique fondamentale entre la contingence et la nécessité.

⁹ *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 30 BCAC 1.

¹⁰ Le juge La Forest suivi par le juge L’Heureux-Dubé ont souscrit à la conclusion du juge en chef Lamer, mais pour des motifs différents (para 187-208). Le juge McLachlin souscrit aux motifs du juge en chef Lamer et ajoute qu’elle est « en outre largement en accord avec les commentaires du juge La Forest » (para 209).

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

être placé sur un pied d'égalité avec les différents types d'éléments de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques¹².

La cour reconnaît donc, malgré la contravention en partie qu'il représente à l'intérieur de la règle de droit qui veut qu'un oui-dire ne puisse pas être admis comme preuve en cour¹³, qu'un récit oral peut devenir une preuve « sur un même pied d'égalité » que celle qu'on retrouve normalement (les preuves « écrites »). L'arrêt constituerait-il une révolution complète des bases les plus élémentaires du droit d'origine britannique? La culture autochtone telle qu'exprimée par les appelants et telle qu'expliquée par les anthropologues venus appuyer les appelants lors du procès a-t-elle pu, non seulement être reconnue, mais aussi être intégrée à cet « arbre vivant » qu'est la constitution canadienne?¹⁴ Et si c'est le cas, la tradition orale autochtone est-elle une branche supplémentaire ou un nouveau rhizome?¹⁵

Problématisation

La plupart des commentateurs de la décision pensent que non. Val Napoleon affirme que les récits oraux sont toujours considérés comme des « artefacts culturels » présentés en cours plutôt que d'être ce qu'ils représentent pour les Gitksan, c'est-à-dire de véritables « éléments de droit traditionnel »¹⁶. Sophie McCall affirme par ailleurs que, bien souvent, l'arrêt a eu des effets contraires à l'intention de la Cour puisque dans une décision subséquente un juge s'est servi de *Delgamuukw* et de ses critères sur la preuve par l'oralité pour disqualifier la preuve présentée par les Cris et les Dénés en la qualifiant de oui-dire¹⁷.

¹² *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, supra note 2 au para 87.

¹³ Marie Houde et Ghislain Otis, « Les logiques de la rationalité judiciaire et le processus de la preuve dans le contentieux des droits des peuples autochtones : le cas des récits oraux » [2011] 41 Revue générale de droit.

¹⁴ *Edwards c Canada (Procureur général du Canada)*, SCR 276, 1928.

¹⁵ Pour reprendre l'image de Gilles Deleuze et Félix Guattari, *Mille plateaux*, Éditions de Minuit, Paris, 1980.

¹⁶ Napoleon, supra note 11.

¹⁷ Sophie McCall, « 1997: The Supreme Court of Canada Rules that the Laws of Evidence Must Be Adapted to Accommodate Aboriginal Oral Histories » dans par Kathy Mezei, Sherry Simon et Luise von Flotow, *Translation Effects : The Shaping of Modern Canadian Culture*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2014, 430-443; McCall réfère à *Benoit c Canada*, FCJ No 257, 2002 FCT 243, 2002.

On pourrait aussi voir dans l'arrêt *Delgamuukw*, comme le suggère John Borrows¹⁸, une défaite des ordres juridiques autochtones malgré la reconnaissance du titre aborigène, car l'arrêt englobe ces ordres dans le droit colonial canadien sans les reconnaître sur un même pied d'égalité. Peut-être aurait-il fallu, pour filer la métaphore végétale, que le droit colonial canadien soit greffé à l'arbre autochtone et non l'inverse? Quelles sont les conditions d'un rapport traductif constructif entre les ordres juridiques autochtones et le droit canadien?

Il s'agit ici d'investiguer les conditions d'un transfert d'un discours juridique autochtone, entendu comme l'expression d'une vision du monde, à l'intérieur du discours plus général du droit canadien, en considérant la coexistence, voire l'enchevêtrement, de traditions anthropologiques et juridiques distinctes du côté de l'État canadien et du côté des peuples autochtones. Il s'agit ici de s'intéresser à ce travail de traduction que nous tous et toutes faisons par le fait même de participer, ne serait-ce qu'implicitement, à la constitution du droit en y croyant. Ainsi, par droit, j'entends l'ensemble des « normes » que nous acceptons collectivement. Il s'agit ainsi, suivant l'imaginaire exprimé dans *Delgamuukw*, de faire l'exploration de ce qu'est le droit, de relever les apories de son discours, la manière qu'il a de s'imaginer, les possibilités de son développement.

Approche théorique et méthodologique

Mon étude se propose d'analyser comment les systèmes des « ordres juridiques autochtones » et du « droit canadien » sont mis en relation par les discours qui ont été générés. Afin de mieux expliquer ma démarche, je débute avec une courte description du pluralisme juridique qui visera à mettre au jour une « aporie » qu'il s'agit d'explorer dans le cadre de cette thèse. J'introduirai par la suite quelques éléments théoriques sur le concept de traduction (pris dans son sens large). Finalement, je présenterai un survol d'une méthode avec le sociologue de la communication Niklas Luhmann.

¹⁸ John Borrows, « Sovereignty's alchemy: an analysis of *Delgamuukw v. British Columbia* » (1999) 37 Osgoode Hall Law Journal.

Le pluralisme juridique

Le pluralisme juridique se définit à la fois comme une théorie sur la normativité du droit et comme méthode en études juridiques. La théorie provient d'un constat empirique : il y a du droit dont la source n'est pas l'État. Comme l'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 étatique¹⁹.

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 phénomène²⁰.

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 cadre du pluralisme juridique puisque 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 compte 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

¹⁹ Ghislain Otis, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche » dans par Ghislain Otis, *Méthodologie du pluralisme juridique*, coll 4 vents, Karthala, 2012, 288 à la p 10; Otis réfère au *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e édition, Paris, LGDJ, « Pluralisme juridique » par Jean-Guy Belley à la p 443.

²⁰ Otis, *supra* note 25 à la p 11.

juridique hiérarchiquement supérieur, de l'autre, un pluralisme extra-étatique (ou « radicale ») dont la légitimité politique est extérieure à l'État²¹. Ainsi, la distinction entre les deux est la place qu'on accorde au « souverain », c'est-à-dire celui qui détient l'autorité de la souveraineté. Je prends ce dernier concept dans son sens classique, tiré de Jean Bodin (1530-1596) et de Thomas Hobbes (1588-1679)²², et dont la meilleure définition, formulée négativement, a été donnée par le juriste allemand Carl Schmitt (1888-1985) : « Est souverain celui qui décide de l'état d'exception. »²³ En d'autres mots : celui (ou ce) qui décide des règles est celui (ou ce) qui décide quand elles ne s'appliquent pas. En partie, le premier chapitre vise à explorer cette problématique.

La sociologie du droit de Luhmann

La première source théorique pour analyser le discours juridique autour des enjeux relatifs aux ordres juridiques autochtones provient de la théorie sociologique de la communication de Niklas Luhmann²⁴ pour qui le système juridique se constitue à partir d'une fermeture normative (*normatively closed system*) corrélée à une ouverture informationnelle (*cognitively open system*) :

Following recent developments in systems theory we see closure and openness no longer as contradictions but as reciprocal conditions. The openness of a system bases itself upon self-referential closure, and closed "autopoietic" reproduction refers to

²¹ On tient généralement cette distinction de John Griffiths, « What is legal pluralism? » [1986] 24 *Journal of Legal Pluralism* 1-5.

²² Pour ces auteurs : Jean Bodin, *Les six livres de la République*, Paris, LGF, 1993; Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Gallimard, 2000.

²³ En allemand : « Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet. » Il s'agit de l'incipit de Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1934.

²⁴ Niklas Luhmann, « The self-reproduction of law and its limits » [1986] 3 *Dilemmas of law in the welfare state* 111-127; Niklas Luhmann, « Closure and openness: On reality in the world of law » dans *Autopoietic law: A new approach to law and society*, 1988, 335-348; Niklas Luhmann, « Law as a Social System » (1989) 83:1-2 *Northwestern University Law Review* 136-150; Niklas Luhmann, « Le droit comme système social » [1989] 11-12 *Droit et société* 53-67; Niklas Luhmann, « Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System » (1992) 13 *Cardozo Law Review* 1419-1441; Arthur J Jacobson et Günther Teubner, « Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann » [1989] 1647-1689; Alvaro P Pires, « Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs : le cas du droit criminel » dans *Transfert : explorations d'un champ conceptuel*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2014.

the environment. To paraphrase the famous definition of cybernetics by Ashby: the legal system is open to cognitive information but closed to normative control²⁵.

Pour Luhmann, la société se constitue en systèmes autoréférentiels qui, *en droit*, fonctionnent comme des cellules (au sens biologique; c'est l'image habituelle de l'autopoïèse empruntée à Maturana et Varela²⁶). Toutefois, tout comme pour une cellule, un système nécessite *en fait* de se nourrir par son extériorité (dans le lexique de Luhmann : par son environnement). Les rapports entre l'extérieur et l'intérieur d'un système sont ceux d'une mise en scène (ou d'une mise en abyme) par laquelle les données extérieures sont *performées* (au sens d'une interprétation théâtrale), comme le commente une spécialiste de Luhmann :

Le droit « invente » même l'environnement auquel il prétend réagir, dans tout acte juridique. L'acte de juger ne consiste pas à « importer » des données extérieures, des « faits bruts », afin de les comparer à des données juridiques préalables. Il s'agit plutôt de deux opérations internes diversement structurées qui se trouvent dans un rapport de référence réciproque. Les cas et les causes instruits et jugés sont construits à partir d'une collection de « faits » élaborés à l'intérieur même du monde juridique. Les lois ne peuvent donc être interprétées comme elles le sont au sein des théories de l'action, comme le résultat des efforts de différents groupes d'acteurs : juristes, autorités politiques, groupes de pression, etc. Au lieu de cela, le droit dans la sociologie systémique ne s'explique que par le droit, par la poursuite de la communication juridique, une opération succédant à une autre. La « positivité » du droit n'exprime rien d'autre : la création et la modification du droit par le droit, la mise en vigueur du droit en vertu du droit. La validité juridique ne peut être référée à rien d'autre qu'au système juridique lui-même²⁷.

On dit souvent que, chez Luhmann, *seule la communication communique* : sa sociologie se veut une analyse des énoncés, non pas des individus. À partir de sa théorie, il est possible d'analyser les discours qui circulent sur l'anthropologie autochtone et de les qualifier, et ce, en observant comment ont été catégorisés, dans les jugements et les commentaires sur ces jugements, les éléments du droit autochtone. Il s'agit ainsi de penser quelles

²⁵ Niklas Luhmann, *Essays on Self-Reference*, New York, Columbia University Press, 1990 à la p 229; Luhmann cite en outre Ashby qui définit les systèmes cybernétiques comme «open to energy but closed to information and control», W Ross Ashby, « Principles of the Self-Organizing System » dans W Buckley, dir, *Modern System Research for the Behavioral Scientist*, Chicago, Aldine, 1968 à la p 4; Luhmann réfère aussi à Jerome Y Lettvin et al, « What the Frog's Eye Tells the Frog's Brain » (1959) 47:11 Proceedings of the Institute of Radio Engineers à la p 1940.

²⁶ Humberto Maturana et Francisco Javier Varela, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Dordrecht, Reidel, 1980.

²⁷ Estelle Ferrarese, *Niklas Luhmann, une introduction*, coll Une introduction, Paris, Pocket, 2007 à la p 130.

transformations (comme traduction intersémiotique²⁸) opèrent le système juridique canadien pour se nourrir lui-même des cultures juridiques autochtones, et quelles sont les conséquences d'une telle « absorption » pour les ordres juridiques autochtones. Ces outils permettent de comprendre *ce qui passe* et *ce qui ne passe pas* entre les systèmes, mais surtout comment, et en quoi, les systèmes s'influencent les uns les autres.

La déconstruction derridienne : un droit de citer

La sociologie systémique de Niklas Luhmann a fait l'objet de nombreuses critiques dans le domaine des sciences juridiques. On y perçoit généralement un positivisme à outrance²⁹, et il est vrai que le sociologue est généralement assez pessimiste sur les tendances sociales qu'il observe. Pourtant, mon intérêt pour Luhmann est moins dans son épistémologie sur le droit³⁰ que dans les outils méthodologiques qu'il propose³¹. Je compte toutefois adjoindre à la méthode de Luhmann – la part « phagocytose »³² de ma recherche – une réflexion sur l'« hospitalité » du droit à partir de la déconstruction de Jacques Derrida³³. Cette réflexion vise à répondre aux critiques du premier jugement par McEachern qui voient non seulement un mauvais usage des traditions orales autochtones, mais une « traduction » ou une « décontextualisation ». Val Napoleon, par exemple, citant l'anthropologue Julie Cruikshank, considère que la citation des éléments du droit autochtone ne pouvait être qu'inadéquate parce qu'ils ont dû passer d'une culture à une autre :

But that knowledge is encoded both in distinctive paradigms and in seminal institutional arrangements for converting those observations into everyday practice,

²⁸ Roman Jakobson, « Aspects linguistiques de la traduction » dans *Essais de linguistique générale*, Paris, Éditions de Minuit, 1986, 78-86 à la p 79.

²⁹ Marie-Claude Prémont juge ainsi que Luhmann fait du droit un « corps noir qui absorbe et anéantit toute radiation aventureuse », Marie-Claude Prémont, *Tropismes du droit: logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, coll Le droit aussi, Montréal, Liber/Thémis, 2003 à la p 36.

³⁰ Comme le propose Günther Teubner, « How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law » (1989) 23:5 *Law & Society Review* 727-757.

³¹ Pour un exemple de réinterprétation de la méthode luhmannienne, voir Sergey Tyulenev, « Why (not) Luhmann? On the applicability of social systems theory to translation studies » (2009) 2:2 *Translation Studies* 147-162; Sergey Tyulenev, *Applying Luhmann to translation studies: Translation in society*, New York, Routledge, 2012.

³² La phagocytose est le processus cellulaire par lequel une cellule peut en ingérer une autre pour se nourrir.

³³ En partie, ma réflexion provient de Jacques Derrida et Anne Dufourmantelle, *De l'hospitalité*, coll Petite bibliothèque des idées, Paris, Calmann-Lévy, 1997.

and these may get stripped away in translation because they do not travel easily across cultural boundaries³⁴.

Bien que je souscrive en partie à cette interprétation, le problème que j'y vois est qu'elle disqualifie non seulement le jugement de McEachern, mais toute possibilité de droit en général qui se pense d'abord comme une citation de son environnement externe à l'intérieur de son système normatif. Mon intuition est qu'une réflexion plus approfondie sur les limites de la recontextualisation en droit est nécessaire si l'on veut promouvoir un pluralisme juridique au Canada. À cet égard, la réflexion de Derrida sur la citation comme « greffe » dans sa célèbre conférence « Signature événement contexte » sera très utile³⁵.

Objectifs de la thèse et originalité

Ma thèse, dans la continuité des critiques anthropologiques et philosophiques du droit occidental³⁶, vise aussi à prendre la mesure du « montage » du droit canadien en adoptant une perspective décolonisatrice. Il vise ainsi à rendre compte de la proposition des juristes Hadley Friedland et Val Napoleon selon laquelle « cases or written decisions in Canadian law are also stories, albeit stories told and structured in a very stylized fashion and containing particular information »³⁷. Si les deux types de droit peuvent être dits équivalents, si les deux se constituent de récits, cela les rend-il plus aptes à participer à un dialogue? Une des recommandations de la Commission de vérité et réconciliation du Canada (2012) est de « concilier les affaires constitutionnelles et juridiques des peuples autochtones et de l'État pour s'assurer que les peuples autochtones sont des partenaires à

³⁴ Julie Cruikshank, *The Social Life of Stories: Narrative and Knowledge in the Yukon Territory*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1998 à la p 52; citée dans Napoleon, *supra* note 11 à la p 151.

³⁵ Jacques Derrida, « Signature événement contexte » dans *Marges de la philosophie*, Paris, Minuit, 1972, 365-393 à la p 381; on pourrait aussi voir chez Margaret Davies un souci semblable pour la question de la recontextualisation qui, autrement, risque de conduire au dogmatisme, voir Margaret Davies, *Delimiting the Law: « Postmodernism » and the Politics of Law*, London, Pluto Press, 1996; Davies réfère en outre à Limited Inc., la suite de la polémique avec John Searle après la parution de la traduction de « Signature événement contexte » (Jacques Derrida, *Limited Inc.*, Éditions Galilée, Paris, 1990).

³⁶ Pierre Legendre, *Leçons VII : Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit*, Paris, Fayard, 1988; Laurent De Sutter, *Magic. Une métaphysique du lien*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015; Laurent De Sutter, *Après la loi*, coll Perspectives critiques, Paris, Presses Universitaires de France, 2018.

³⁷ Hadley Friedland et Val Napoleon, « Gathering the Threads: Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions » (2016) 1:1 Lakehead Law Journal à la p 22.

part entière au sens de la Confédération, ce qui englobe la reconnaissance des lois et des traditions juridiques autochtones »³⁸, dans la perspective d'un rapport de nation à nation entre les premières nations et l'État canadien. Au-delà de cette thèse, il est nécessaire de réfléchir à la pratique de la traduction, mais il s'agit encore d'un premier pas dans la voie d'une décolonisation. À cet égard, la Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les autochtones du Manitoba (1999)³⁹ relève un problème majeur de la traduction en droit : la pensée dominante sur l'interprétation judiciaire se fonde exclusivement sur la traduction *vers les langues autochtones* de notions juridiques exprimées en anglais. Au-delà de la présente thèse, il devient nécessaire de penser la direction inverse : comment peut-on traduire *vers la culture coloniale* les réalités et les concepts autochtones, pour qu'une véritable décolonisation puisse advenir?

³⁸ Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Appels à l'action*, Winnipeg, Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2012 au para 45.iv.

³⁹ *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba: The Justice System and Aboriginal People*, Winnipeg, Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les Autochtones, 1999.

Premier chapitre : Problématiser le pluralisme juridique au Canada

Le présent chapitre a pour objectif de développer une problématique liée au pluralisme juridique au Canada. À partir de quelques références bibliographiques, je me propose de rendre compte de l'aporie qui sera 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 ἀπορία)⁴⁰. Ce terme doit être associé, chez Derrida, à celui d'« indécidable », à savoir des mots, des expressions ou des idées qui ne se donnent pas comme univoques. Il ne s'agit toutefois pas de démontrer ici une simple impossibilité structurale du pluralisme juridique, mais de forcer les limites de cette structure, l'*ébranler*, la *solliciter*⁴¹ : « L'événement n'est possible que venu de l'impossible. »⁴²

Pour expliquer l'aporie sur laquelle se base mon étude, je décrirai et commenterai succinctement quelques références contemporaines dans la doctrine du droit canadien, en commençant par une conférence de l'ancienne juge en chef de la Cour suprême, Beverley McLachlin. Je m'intéresserai par la suite à la question politique et méthodologique liée à la fois à la question du pluralisme juridique et à la traduction comme concept. Le terme « traduction » devra donc s'entendre comme *le fait de transformer un texte*. La traductologie comme discipline explorant les phénomènes traductifs servira ainsi d'appui épistémologique à une compréhension plus large des rapports entre le juridique et le politique, ou le juridique et son altérité, dans le pluralisme.

⁴⁰ C'est principalement dans le livre *Force de loi* que Derrida lie justice et aporie: Jacques Derrida, *Force de loi*, coll La philosophie en effet, Paris, Galilée, 1994. Bien que les trois apories proposées par Derrida soient d'une très grande importance, je propose une tout autre aporie plutôt liée au problème du rapport entre la souveraineté et la justice.

⁴¹ Derrida rappelle l'étymologie de ce verbe : « de *sollus*, en latin archaïque : le tout, et de *citare* : pousser » (Jacques Derrida, « Force et signification » dans *L'écriture et la différence*, Paris, Seuil, 1967, 9-49 à la p 13).

⁴² Jacques Derrida, *Papier Machine: le ruban de machine à écrire et autres réponses*, Éditions Galilée, Paris, 2001 à la p 285.

Concevoir les limites du pluralisme juridique au Canada

Lors du 75^e Congrès de la Fédération des sciences humaines à l'Université de Calgary, la très honorable Beverley McLachlin, alors juge en chef de la Cour suprême, a prononcé une conférence sur la primauté du droit dans une société multiculturelle, précisément sur la « *culture of inclusion* » au Canada⁴³. Elle reprend la thèse de John Ralston Saul dans *A Fair Country* pour qui le Canada est un pays métissé à partir de trois principales sources : autochtone, française et britannique⁴⁴. Cette thèse se retrouvait déjà, mieux formulée, chez le philosophe politique Will Kymlicka pour lequel le Canada est constitué de « trois silos » qui structurent nos rapports à l'identité en particulier et à la culture en général (dans son cas, on parlerait plutôt des autochtones, du bilinguisme et du multiculturalisme). Il affirme ainsi que ces 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 them⁴⁵.

La manière qu'a l'État d'appréhender la diversité canadienne est typiquement libérale, McLachlin suit en ce sens une philosophie politique tout à fait convenue. Pour elle, il s'agit moins de s'intéresser à montrer l'importance de la différence qualitative que propose la diversité canadienne, elle-même diversifiée, que de plaider pour une inclusion plus grande

⁴³ Beverley McLachlin, *The rule of law in a multicultural society*, YouTube, coll Big Thinking, Calgary, 30 mai 2016, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=FgcZBsQkxBk>>.

⁴⁴ John Ralston Saul, *A Fair Country: Telling Truths About Canada*, Penguin Canada, 2008; pour une critique de la thèse de Saul, on pourra consulter Jean Morisset, *Sur la piste du Canada errant*, Montréal, Boréal, 2018.

⁴⁵ Will Kymlicka, « Ethnocultural Diversity in a Liberal State: Making Sense of the Canadian Model(s) » dans par Keith Banting, Thomas J Courchene et F Leslie Seidle, *Belonging? Diversity, Recognition and Shared Citizenship in Canada*, III, coll The art of the state, Montréal, IRPP, 2007, 39-86 aux pp 39-40; 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 par Luis A Abanto et Ana M Fernández, *Reflecting on Identities and Cultural Frameworks in a Globalized World/ Sobre identidades y marcos culturales en tiempos globalizados*, coll Ottawa Hispanic Studies, Ottawa, Alter, 2018, 109-127 aux pp 112-115.

de cette différence dans notre 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. Il faut pour contrer cela travailler à une ouverture face à l'étranger. Dans sa conférence, pour donner une image du Canada comme pays exemplaire de cette ouverture, elle mentionne l'œuvre *Spirit of Haida Gwaii* du sculpteur haïda Bill Reid⁴⁶. L'œuvre met en scène une compagnie dépareillée dans un canot, comprenant un corbeau, un grizzly, un castor, etc., ainsi qu'un « *Kitslaani* », un chef semblant diriger l'équipage. Cette œuvre est, pour McLachlin, la représentation ultime de la diversité canadienne : bien que différents, nous sommes tous dans le même bateau ou, pour employer les termes de l'arrêt *Delgamuukw*, cités par McLachlin : « Let us face it, we are all here to stay. »⁴⁷ McLachlin tient la métaphore de l'œuvre du philosophe politique James Tully qu'elle cite :

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 [...]⁴⁸.

Dans sa conférence, toutefois, McLachlin ne termine pas la dernière phrase qui se poursuit ainsi : « [...] without imposing a metalanguage or allowing any speaker to set the terms of the discussion. »⁴⁹ 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 du langage qu'il utilise 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, 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 pourrait avoir les traditions juridiques autochtones ou religieuses comme la *sharī'ah* au Canada. Voici sa réponse :

⁴⁶ La sculpture est relativement connue, elle fut représentée sur les billets de 20 \$ canadiens de 2004 à 2012.

⁴⁷ *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, supra note 2 au para 186.

⁴⁸ James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in the Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995 à la p 24.

⁴⁹ *Ibid.*

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 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 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 together⁵⁰.

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 en place pour accueillir – ou dans les mots de McLachlin : *absorber* – cette altérité juridique?

La notion de « reconnaissance » dans le pluralisme juridique

Quelques études sur les mécanismes de reconnaissance des ordres juridiques minoritaires ont déjà été réalisées. Ces études nous permettent de prendre en compte non seulement des cas précis, mais aussi de comprendre la théorie qui, à la fois, rend possibles ces cas, mais qui se constitue également par ces cas. L’honorable 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 « L’appartenance aux communautés inuit du Nunavik : un cas de réception de l’ordre

⁵⁰ McLachlin, *supra* note 53, à 52 min.

juridique inuit »⁵¹, traite du pluralisme juridique et de la reconnaissance de l'identité inuite. L'article permet en outre de prendre la mesure du problème soulevé par la notion de reconnaissance. Dans cet article, Grammond reprend et explique la distinction entre le pluralisme intra-étatique et le pluralisme extra-étatique – une distinction qui sera rediscutée plus loin –, en accordant au premier type la notion de « délégation » et au second la « reconnaissance ». Pour ce qui est du premier :

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 supérieure⁵².

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 ou indirects?) et de l'internormativité (un système juridique tient-il compte des règles de l'autre système juridique?)⁵³.

Quoiqu'il identifie les politiques de reconnaissance au pluralisme juridique extra-étatique, Grammond conçoit tout de même que cette reconnaissance puisse poser un problème, ce à quoi il répond tout en ajoutant un deuxième 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

⁵¹ Sébastien Grammond, « L'appartenance aux communautés inuit du Nunavik: un cas de réception de l'ordre juridique inuit? » (2008) 23:1-2 Canadian Journal of Law and Society 93-119.

⁵² *Ibid* à la p 96.

⁵³ *Ibid* à la p 97; Grammond réfère à Guy Rocher, « L'effectivité du droit » dans Andrée Lajoie et al, dir, *Théorie et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998 à la p 133.

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 droit⁵⁴.

Grammond expose un premier pan du problème : s'il y a reconnaissance d'une *différence* dans l'ordre juridique autochtone (comme objet de la reconnaissance), c'est le sujet de la reconnaissance (le droit occidental) qui se trouve dans une 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 écossaise Glen S. Coulthard en fait l'argument principal de son livre *Red Skin, White Masks*⁵⁵, récemment traduit en français⁵⁶. En se basant essentiellement sur les travaux de Frantz Fanon⁵⁷, 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 coloniaux⁵⁸.

Trop vite, peut-on conclure, la « reconnaissance », peu importe les intentions, appelle ou conduit à une hiérarchisation de l'un par rapport à l'autre, réalisant la « délégation » du pluralisme juridique intra-étatique exposé par Grammond. À cet égard, Frantz Fanon jouait

⁵⁴ Grammond, *supra* note 61 à la p 98; Grammond réfère à Sébastien Grammond, « La réception des systèmes juridiques autochtones au Canada » dans par Albert Breton et al, *Le multijuridisme: manifestations, causes et conséquences*, Paris, Eska, 2010.

⁵⁵ Glen Sean Coulthard, *Red Skin, White Masks: Rejecting the Colonial Politics of Recognition*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2014.

⁵⁶ Glen Sean Coulthard, *Peau rouge, masques blancs. Contre la politique coloniale de la reconnaissance*, traduit par Arianne Des Rochers et Alex Gauthier, coll Humanités, Montréal, Lux éditeur, 2018.

⁵⁷ Le titre du livre de Coulthard fait évidemment référence au livre de Frantz Fanon, *Peau noire, masques blancs*, coll Esprit, Paris, Seuil, 1952.

⁵⁸ Coulthard, *supra* note 66 à la p 54.

sur le mot 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. »⁵⁹. La reconnaissance, si elle ne se fait que d'un seul côté de la relation entre les ordres juridiques, renvoie toujours à une hiérarchisation. 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. Avant d'aborder directement cette question, il faut d'abord voir en quoi se distinguent deux manières d'appréhender le problème de l'inclusion d'une normativité autre, et ce, par la théorie traductologique.

Un problème de métaphore, un problème de souveraineté

Dans un même numéro de *Politique et société* de 2004 dirigé par le politologue Daniel Salée, on retrouve en quelque sorte deux positions diamétralement opposées 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 », un manuscrit ancien dont on a effacé l'écriture (en grattant l'encre) pour y écrire de nouveau. Le Canada serait formé d'un ensemble de couches de sens dont l'articulation se trouverait dans une politique de réconciliation⁶⁰. Cette manière de penser la place des autochtones au Canada revient un peu à l'image des trois silos évoqués 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 Green⁶¹. Pour Schulte-Tenckhoff, le problème vient de l'usage même de l'adjectif « autochtone » pour décrire un peuple. Un peu à la manière du diagnostic de l'anthropologue Harry B. Hawthorn dans les années soixante qui

⁵⁹ Fanon, *supra* note 67 à la p 185.

⁶⁰ Joyce Green, « Autodétermination, citoyenneté et fédéralisme: pour une relecture autochtone du palimpseste canadien » (2004) 23:1 *Politique et sociétés* 9-32.

⁶¹ 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* 89-114; 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* 73-98.

jugeait que les autochtones, dans l'état actuel, étaient traités comme des « citizens minus »⁶², l'adjectif vient amoindrir tout substantif qu'il qualifie. Pour elle, les peuples autochtones doivent être considérés comme des peuples *tout court*, et la seule instance apte à juger de l'autodétermination de ces peuples est une cour de justice internationale⁶³. Cette analyse de la situation des Maoris avait été abordée de manière plus générale dans un autre article beaucoup plus développé dans lequel Schulte-Tenckhoff propose une conceptualisation du paradigme de l'« internalisation » (en anglais : *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 colonies⁶⁴.

Dans cet article, la seule relation juridique possible entre l'État colonial et les peuples « autochtones » serait, pour Schulte-Tenckhoff, un retour au « droit des gens » (*Law of Nations*, ou *jus gentium*). Elle exclut donc d'emblée tout rapport possible des 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 sa conférence mentionnée plus haut, l'ancienne juge en chef Beverley 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 ». Le wampum 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

⁶² Ce contre quoi il préconisait de les considérer comme des « citizens plus », voir Harry B Hawthorn, *A Survey of The Contemporary Indians of Canada: Economic, Political, Educational Needs and Policies. Part 1*, Ottawa, Indian Affairs Branch, 1966; et Harry B Hawthorn, *A Survey of The Contemporary Indians of Canada: Economic, Political, Educational Needs and Policies. Part 2*, Ottawa, Indian Affairs Branch, 1967.

⁶³ Schulte-Tenckhoff, *supra* note 71.

⁶⁴ Isabelle Schulte-Tenckhoff, « Reassessing the Paradigm of Domestication: The Problematic of Indigenous Treaties » (1998) IV:2 *Review of Constitutional Studies* 239-289 à la p 243.

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 Teiohá:te Kahswéntha »⁶⁵), une ceinture composée de trois bandes blanches et de deux bandes pourpres, ces dernières symbolisant pour certains deux voies parallèles qui, bien qu'elles aillent dans la même direction, ne se rencontrent pas. James Tully, cité par McLachlin, en parlait pourtant dans son livre en citant le grand chef Michael Mitchell d'Ahkwesáhsne :

[Les deux bandes] symbolize two paths or two vessels, travelling down the same river 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 boats. Neither of us will try to steer the other's vessel⁶⁶.

Contrairement au symbole haïda où nous nous retrouvons tous *dans le même bateau*, avec le wampum, bien que sur la même rivière, nous nous situons dans 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 présenté par Mitchell semble se donner comme la représentation du pluralisme juridique extra-étatique.

Le « Two Row Wampum » a été très souvent commenté, notamment par l'historien kanien'kehá:ka (mohawk) Darren Bonaparte qui tient un blogue où il rassemble ses textes écrits au cours des ans. Dans l'un deux, il rapporte le contenu d'une lettre de 1892 du conseil des chefs d'Ahkwesáhsne 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

⁶⁵ Darren Bonaparte, *A Lily Among Thorns: The Mohawk Repatriation of Káteri Tekahkwí:tha*, Ahkwesáhsne Mohawk Territory, The Wampum Chronicles, 2009 à la p 49.

⁶⁶ 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 aux pp 109-110; cité dans Tully, *supra* note 58 à la p 128.

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 time?⁶⁷

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), cela n’enlève pas sa force à la symbolique du wampum, mais au contraire démontre, comme le propose le juriste John Borrows⁶⁸, que les « voies séparées » étaient privilégiées par toutes les parties prenantes aux traités lorsqu’ils ont été conclus.

Il y a certes plusieurs manières d’interpréter le « Two Row Wampum »⁶⁹. Certaines interprétations sont meilleures que d’autres. D’autres encore sont carrément fautives. 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 « Two Row Wampum » dans une cause portant sur le passage aux frontières (rappelons que la communauté d’Akwesasne chevauche la frontière entre les États-Unis et le Canada, et dans ce dernier cas, les provinces de l’Ontario et du Québec)⁷⁰. Dans l’arrêt de la Cour suprême, le juge Ian Binnie donne l’interprétation suivante du wampum :

L’incarnation moderne du concept du wampum « à deux rangs », modifié pour refléter certaines réalités de l’État moderne, est l’idée de souveraineté « fusionnée »

⁶⁷ Darren Bonaparte, « The Two Row Wampum Belt: An Akwesasne Tradition of the Vessel and Canoe » (5 août 2005), en ligne : The Wampum Chronicles (d’abord publié dans The People’s Voice) <<http://www.wampumchronicles.com/tworowwampumbelt.html>>.

⁶⁸ 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, 1998, 155-172.

⁶⁹ Bonaparte lui-même 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; voir Darren Bonaparte, « The Disputed Myth, Metaphor and Reality of the Two Row Wampum » (9 août 2013), en ligne : The Wampum Chronicles (d’abord publié dans Indian Country Today) <<http://wampumchronicles.com/disputedmythtworowwampum.html>>.

⁷⁰ Notons aussi que Mitchell est aussi le réalisateur (recrédité en 2017) du film-manifeste *You Are On Indian Land* de 1969 où la question des frontières à l’intérieur de la communauté d’Akwesasne est l’enjeu central; voir Michael Kanentakeron Mitchell, *You Are on Indian Land*, ONF, 1969, en ligne : <https://www.onf.ca/film/you_are_on_indian_land/>.

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 traités⁷¹.

[...] 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) 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 assimilation⁷².

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 that 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 re-conceptualized 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. Then an Aboriginal people claim a right they are in effect merely pressing the Crown to maintain the structure heretofore in place⁷³.

⁷¹ *Mitchell c. Ministre du Revenu national*, [2001] CSC 33 au para 129.

⁷² *Ibid* au para 130.

⁷³ Gordon Christie, « The Court's Exercise of Plenary Power: Rewriting the Two-Row Wampum » (2002) 16:2d Supreme Court Law Review 285-300 aux pp 293-294; sur la question de l'interprétation, on pourra

L'interprétation hétérodoxe du juge Binnie revient à assimiler l'image du « Two Row Wampum » avec celui, évoqué plus haut, du canot haïda. Le rôle de la métaphore, en droit, n'est pas innocent. Non seulement la cour vient ici donner une interprétation fautive de l'image, elle s'approprie cette interprétation *au moment même* où on dénie le pouvoir d'interpréter à une des parties, donc de sa souveraineté. La cour est à cet égard tout à fait cohérente avec elle-même : elle performe le refus d'une souveraineté autochtone, et tient son pouvoir d'interpréter comme le seul valable⁷⁴. De ce fait, toutefois, elle contredit le contenu de son message : cette supposée « souveraineté fusionnée » ne peut avoir lieu. Cette interprétation de la Cour suprême qui tient le Two Row Wampum pour un autre canot haïda où nous sommes tous 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 discussion ». 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? La théorie traductologique a peut-être les outils pour le faire.

Deux images de la traduction, deux images du droit

Afin de pouvoir formuler préliminairement l'aporie sur laquelle se base la présente recherche, je fais un court détour sur la traduction comme concept. Même si ce concept a déjà fait l'objet d'un travail théorique dans le cadre des études juridiques, il demeure sous-exploité. Pourtant, plusieurs éléments concourent à rapprocher l'acte traductif et le jugement dans le cadre d'un procès, notamment celui du « calcul ». Bien avant l'usage du mot « traduction » (et sa métaphore spatiale, celle d'un transport⁷⁵), on désignait en latin

également lire avec profit Gordon Christie, « A Colonial Reading of Recent Jurisprudence: Sparrow, Delgamuukw and Haida Nation » (2005) 23:1 Windsor Yearbook of Access to Justice 17-53.

⁷⁴ Le pouvoir de la souveraineté, c'est le pouvoir de décider quelle est la bonne interprétation, Thomas Hobbes l'avait bien compris; voir Hobbes, *supra* note 28, liv II, chap. 20; sur cette question, en contexte de traduction des langues autochtones, on peut lire Lemieux, *supra* note 71 aux pp 78-80.

⁷⁵ Voir René Lemieux, « Thanatographie d'Étienne Dolet: spéculer sur la liberté en traduction, la Modernité et la crainte de mourir » [2016] 4 Le Cygne noir; Pour des contre-exemples, on pourra consulter Daniel

le processus de traduction sous le nom *interpretatio*. Littéralement, l'interprète (ou *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 commercial⁷⁶. 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 accomplie⁷⁷.

Le pluralisme juridique pose un problème particulier à cette « construction de comparables ». La différence entre le pluralisme extra-étatique et 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 « Two Row Wampum » –, la mesure (le lieu du calcul) se trouvera à l'extérieur de la relation entre les parties, elle est transcendante, elle se donne comme un *tertium comparationis*, un tiers comparatif⁷⁸. C'est ce que propose, par exemple, Isabelle Schulte-Tenckhoff, mentionnée plus haut, pour qui seul le droit international peut être invoqué dans les causes impliquant un intérêt autochtone particulier.

Simeoni, « De quelques usages du concept de transfert dans la réflexion sur la traduction » dans par Pascal Gin, Nicolas Goyer et Walter Moser, *Transfert. Exploration d'un champ conceptuel*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2014, 103-117.

⁷⁶ « 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*, traduit par Henri Bornecque, Paris, Les Belles Lettres, 1921 à la p 111.

⁷⁷ François Ost, *Le droit comme traduction*, Québec, Presse de l'Université Laval, 2009 à la p 33; Ost cite l'opinion discordante du juge Antonin Scalia dans *Bendix Autolite v. Miswesco Enters*, 486US888,897, 1988.

⁷⁸ Voir à ce propos Jakobson, *supra* note 34.

Dans l'autre cas, celui du pluralisme intra-étatique (qui est aussi celui de la symbolique du *Spirit of Haida Gwaii*), la mesure est immanente à la relation, une des parties possède ou s'institue comme la mesure de l'autre, avec pour conséquence possible 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, la traductologie, est l'histoire du positionnement de cette mesure.

Juliane House, une 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*)⁷⁹. 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 :

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 entity⁸⁰.

⁷⁹ La théorie est Juliane House demeure peu connue dans le monde francophone. À ma connaissance, il n'y a pas de traduction française pour les termes « overt » et « covert ». « Explicite » et « implicite » sont mes traductions. Pour la théorie de House, voir Juliane House, *Translation Quality Assessment: Past and Present*, New York, Routledge, 2015.

⁸⁰ *Handbook of Translation Studies, I*, Amsterdam/Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, « Overt and covert translation » par Juliane House; une traduction française est disponible: *Handbook of Translation Studies online*, traduit par René Lemieux, Amsterdam/Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, <https://benjamins.com/online/hts/articles/ove1.fr> « Traduction explicite et implicite » par Juliane House.

L'initiateur moderne de cette façon de concevoir la traduction est le théologien protestant et théoricien de l'herméneutique du romantisme allemand Friedrich Schleiermacher (1768-1834) 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 lecteur⁸¹. Cette façon de voir la traduction propose de réfléchir à l'éthique du traducteur, à l'hospitalité de la langue, 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 l'auteur ou à la langue d'origine, et une hiérarchisation entre les textes (une traduction sera perçue comme ontologiquement inférieure à l'original). 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 dits « pragmatiques ». House appelle *covert translation* ce type de traduction (je l'appelle « traduction implicite »). Elle pourrait être rapprochée, par analogie, au 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 discourse world without co-activating the original's discourse world. Due to the fact that covert translations

⁸¹ Pour la conférence originale de Schleiermacher prononcée en 1813, voir Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, *Des différentes méthodes du traduire. Sur l'idée leibnizienne, encore inaccomplie, d'une langue philosophique universelle*, Éditions du Seuil, traduit par Antoine Berman, Paris, 1999; les intuitions de Schleiermacher seront réactivées en France au XXe 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*, Éditions Gallimard, Paris, 1984; Antoine Berman, *La traduction et la lettre, ou L'auberge du lointain*, Éditions du Seuil, Paris, 1999; Antoine Berman, *Pour une critique des traductions: John Donne*, Éditions Gallimard, Paris, 1995; Bien que critique des auteurs susmentionnés, Jean-René Ladmiral a suggéré la typologie « sourcier » et « cibliste » qui demeure la plus connue aujourd'hui dans le monde francophone, voir Jean-René Ladmiral, *Traduire: théorèmes pour la traduction*, coll Petite Bibliothèque Payot, n°366, Paris, Payot, 1979.

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 text⁸².

Un projet de loi, un panneau de signalisation routière, un arrêt de la Cour suprême ou un mode d'emploi pour un micro-onde sont des traductions implicites au sens où les différentes versions doivent être toutes vues comme des originaux (il faut donc tout faire pour cacher le processus de traduction)⁸³. La traduction des lois ou des décisions judiciaires est un bon exemple : il faut à la fois rendre le texte de manière à ce que la culture cible puisse le comprendre de la même manière qu'il a été compris par la culture source, mais également cacher le processus traductif, l'oblitérer, faire comme s'il n'avait jamais eu lieu – y compris dans les cas de corédaction bilingue qui, bien souvent, masque une hiérarchisation des cultures⁸⁴. On peut retracer l'origine de cette façon de voir la traduction avec le développement de la cybernétique et on la retrouve au Canada avec les travaux des linguistes Vinay et Darbelnet⁸⁵. 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. »⁸⁶ On ne traduit pas des mots ou même des phrases, on traduit un message, et le message est le même malgré les différents codes (les langues). Le point de comparaison (la mesure) est extérieur aux langues et aux textes, c'est le *sens* (ou le signifié). Les différentes versions (l'« original » ou la traduction : idéalement, on ne devrait pas être en mesure de discerner la différence) sont sur un même pied d'égalité. Cette manière de concevoir la traduction s'apparente au

⁸² House, *supra* note 91.

⁸³ Pour une critique des conséquences de ce type de traduction, voir notamment René Lemieux, *La traduction à l'époque de sa reproductibilité technique. Ou, L'im-possible dissonance interculturelle*, Eleonora Diamanti, Mariza Rosales et Dagmara Zawadzka, dir. *Actes du colloque étudiant du CELAT: Les dissonances du vivre-ensemble*, Montréal, CELAT, 2014, 19-30, en ligne : *Actes du colloque étudiant du CELAT: Les dissonances du vivre-ensemble* <<http://www.celat.ulaval.ca/wp-content/uploads/2014/05/Actes-compl%C3%A8tes-Les-Dissonances-du-vivre-ensemble-r%C3%A9duit.pdf#page=21>> (consulté le 6 décembre 2015).

⁸⁴ Voir à ce propos Judith Lavoie, « Le bilinguisme législatif et la place de la traduction » (2003) 16:1 TTR: traduction, terminologie, rédaction 121-139; on peut aussi consulter, dans le cas de la législation unilingue québécoise, René Lemieux, « Thème et version dans la législation québécoise: la cause des Barreaux et la traduction des lois » (2018) 9 Trahir, en ligne : Trahir <<https://trahir.wordpress.com/2018/04/27/lemieux-barreaux/>>.

⁸⁵ Jean-Paul Vinay et Jean Darbelnet, *Stylistique comparée du français et de l'anglais: méthode de traduction*, Montréal, Beauchemin, 1973.

⁸⁶ Jakobson, *supra* note 34 à la p 84.

pluralisme juridique extra-étatique, ce qui ne va pas sans risque puisque l'idéologie du traducteur – ses préférences, ses préjugés, ses intentions –, alors qu'elle était ouvertement annoncée dans le cas de la traduction explicite, est ici cachée, et même oubliée du traducteur : ce dernier se retrouverait, idéalement, dans un « tiers-espace », il serait exempt de toute idéologie⁸⁷. Ce type de traduction se présente comme l'image des tenants de l'interprétation traditionnelle du « Two Row Wampum » : s'il faut juger un différend, le lieu du jugement doit se faire *à l'extérieur* de la relation entre les parties (par exemple devant une cour de droit international). Dans les prochaines lignes, je conclurai le présent chapitre en montrant comment les deux types de traduction exposés ci-dessus se constituent comme l'alternative aporétique dans laquelle se trouvent les ordres juridiques autochtones au Canada.

Le spectre du politique

J'ai voulu dans les dernières lignes présenter deux modèles pour penser le pluralisme juridique. La symbolique du *Spirit of Haida Gwaii* ressemble fort au pluralisme juridique intra-étatique, c'est celui évoqué, je pense, par l'ancienne juge en chef Beverley McLachlin : la prise en compte des « valeurs » autochtones peut très bien se faire à l'intérieur du système juridique actuel. L'autre symbolique mentionnée, celui du « Two Row Wampum », propose plutôt de concevoir deux systèmes juridiques disjoints, sans attaches, sinon le lieu physique où se tiennent les deux voies parallèles. Peut-on dès lors toujours parler de pluralisme si tout contact est à éviter?

Si, par analogie, je lie ces symboles à la distinction fonctionnelle en traduction proposée par Juliane 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 peuvent être contraires aux intentions de départ. Si on considère qu'il y a du *propre* au qualificatif

⁸⁷ Le concept de tiers-espace est développé par Homi Bhabha, voir Homi Bhabha, *Les lieux de la culture. Une théorie postcoloniale*, Éditions Payot, traduit par Françoise Bouillot, Paris, 2007; Pour une critique de l'idéologie du tiers-espace, voir Maria Tymoczko, « Ideology and the Position of the Translator. In What Sense is a Translator "In Between"? » dans par Mona Baker, *Critical Readings in Translation Studies*, Routledge, Londres & New York, 2010, 213-228.

« autochtone » (ou, en anglais, *Indigenous*), si on pense que l'identité du système juridique autochtone vaut *parce qu'il est autochtone*, et non pas parce que c'est un système parmi d'autres, on serait tenté d'y voir une originalité essentielle (comme l'indique le terme français « autochtone » tiré du grec ancien *αὐτόχθων* qui signifie d'abord « propre au territoire », ou même à l'anglais « *Aboriginal* » qui indique, 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), sans remettre en cause la relation hiérarchique. Si, au contraire, on considère, comme Isabelle Schulte-Tenckhoff, que l'usage du qualificatif « autochtone » n'est qu'une stratégie pour inféoder un peuple, 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) peuvent faire l'affaire. Pour employer des termes de la métaphysique occidentale, dans le premier cas, on a affaire à un *autre* qui revient à l'*identique*, dans le second, une *différence* qui revient au *même*.

Encore une fois, ce très court exposé sur la première aporie de cette thèse, celle qui me semble à l'œuvre dans les enjeux du pluralisme juridique et du droit autochtone ne vise pas à critiquer les différents discours qui circulent sur la question. J'ai plutôt voulu en quelque sorte mettre l'accent sur les positions extrêmes, tenues par peu de chercheurs au demeurant. C'est toutefois par la détermination d'une limite conceptuelle de cet ordre qu'il est possible, il me semble, d'évaluer la problématique et de proposer, peut-être, des avenues de réflexions nouvelles. C'est ce que je tâcherai de faire dans le prochain chapitre.

Concluons simplement en rappelant le problème de la reconnaissance telle qu'analysée par Glen Coulthard. Ce politologue ne prétend pas proposer 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 *Peau rouge, masques blancs*, le philosophe politique Dale Turner, originaire de la Première Nation de Temagami en

Ontario⁸⁸, voit la chose de manière entièrement différente. Pour lui, des membres des peuples autochtones du Canada doivent s'investir dans l'appareil juridique canadien pour faire valoir les droits des Premières Nations. Il propose une nouvelle fonction, les « *word warriors* » (je traduis littéralement : *les guerriers des mots*⁸⁹), qu'il conçoit partiellement à partir du *Kitslaani*, le médiateur du *Spirit of Haida Gwaii* tel que décrit par James 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 peoples⁹⁰.

Les guerriers des mots de Turner doivent être des autochtones qui possèdent un savoir dédoublé : ils maîtrisent deux discours, celui des porteurs traditionnels du savoir autochtone (par exemple les aînés) et celui du savoir de l'État. L'enjeu de ce savoir dédoublé 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 state⁹¹.

⁸⁸ Contrairement à d'autres auteurs susmentionnés, je n'indique pas qu'il 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 justement ce qui est en jeu dans ce que je vais présenter : les « *word warriors* » sont des autochtones qui *savent parler le langage allochtone*.

⁸⁹ On pourrait également traduire par « guerriers du verbe » (plus classiciste), « guerrier de la parole » (plus poétique), « guerriers du discours » (trop intellectuel), et encore par « guerriers du langage » ou « guerriers de la langue » (c'est l'option des traducteurs de Coulthard, Arianne Des Rochers et Alex Gauthier, lorsque Coulthard cite Turner).

⁹⁰ Dale Turner, *This Is Not a Peace Pipe: Towards a Critical Indigenous Philosophy*, Toronto, University of Toronto Press, 2006 à la p 92.

⁹¹ *Ibid* à la p 72.

Il n'est pas bien difficile de voir là une image classique du traducteur (et de son possible corollaire : le traître⁹²). Le guerrier des mots comme médiateur se tient dans un tiers-espace, entre la communauté autochtone et la scène juridique de l'État, son rôle est d'apporter – de transporter, de 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 dieux⁹³.

Coulthard critique vertement cette nouvelle fonction proposée par Turner. Pour lui, le guerrier des mots 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 droits »⁹⁴. Au contraire : l'État sait très bien inclure le discours autochtone. L'État colonial 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'État⁹⁵.

La différence entre Coulthard et Turner pourrait se comprendre comme une différence d'attitude par rapport à la traduction. Turner voit le discours juridique comme un lieu possible de traduction, bien qu'imparfait, puisqu'il sait qu'une hiérarchisation ne peut qu'avoir lieu. Coulthard s'oppose à cette stratégie qui revient à accepter d'avance la défaite

⁹² Voir à ce propos Caroline Mangerel, *Le traître démonté: figures du traducteur et du métis dans les sémiosphères des Amériques*, thèse de doctorat en sémiologie sous la direction de Rachel Bouvet, Université du Québec à Montréal, 2013, en ligne : <<https://archipel.uqam.ca/6098/>>.

⁹³ 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*, Presses de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 2009. Il serait possible de faire un parallèle entre Hermès et le trickster de certaines légendes autochtones.

⁹⁴ Coulthard, *supra* note 66 à la p 86.

⁹⁵ *Ibid* à la 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*, traduit par Jules Molitor, Paris, Allia, 2018.

des luttes politiques autochtones : pour opposer le discours autochtone à un autre discours, il faut les mettre sur un même 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.

Pour paraphraser le plus grand critique d'Hegel, concluons provisoirement qu'un spectre hante le droit : le spectre du politique. Toutes les puissances de la vieille Jurisprudence se sont unies pour le traquer. Mais pourquoi donc? Sans doute est-il permis de penser que le droit, comme langage – comme tout langage – se suffit à lui-même, il se perpétue dans la plénitude de son être. Le langage du droit avale, il phagocyte : il transforme en traduisant l'extériorité, il assimile son environnement à partir de ses propres catégories. L'enjeu de cette digestion est ce à quoi je m'affairerai dans le prochain chapitre.

Chapitre 2 :

Juridiction, ou « dire le droit », de l'oral à l'écrit et au-delà

*Niemand
zeugt für den
Zeugen*

Paul Celan, dans *Aschenglorie*⁹⁶

La distinction conceptuelle entre l'oralité et l'écriture est une constante. Telle qu'on nous la présente généralement, cette distinction est nette et imperméable, elle institue de plus une différence entre les ordres juridiques autochtones et les traditions juridiques canadiennes. L'arrêt *Delgamuukw* (1997) a eu à cet égard une importance appréciable dans la jurisprudence canadienne dans la mesure où la Cour suprême demande à ce que le droit de la preuve soit « adapté » pour que les récits oraux puissent être utilisés comme « preuve de faits historiques »⁹⁷. La Cour demande ainsi à ce que le système juridique canadien « accommode » (c'est littéralement le terme utilisé en anglais⁹⁸) la tradition orale, mais plus encore, que cette tradition orale soit acceptée comme *preuve* (plutôt que comme témoignage, par exemple). La distinction entre preuve et témoignage, que j'explicitai plus loin, n'est pas si évidente. Bien que le droit canadien, la common law comme le droit civil, entende actuellement le témoignage comme un moyen de preuve, le concept de témoignage se réduit difficilement à son usage actuel. À titre préliminaire, j'indique

⁹⁶ Les trois derniers vers du poème « Aschenglorie » de Paul Celan, *Renverse du souffle*, Paris, Seuil, 2003 à la p 78. Traduit notamment en français par « Personne/ ne témoigne pour le témoin. » (Jean-Pierre Lefebvre) et par « Nul ne témoigne pour le/ témoin. » (André du Bouchet); et en anglais par « No one/ bears witness for the/ witness. ». Jacques Derrida en a fait un long commentaire dans *Poétique et politique du témoignage*, coll Carnets, Paris, L'Herne, 2005.

⁹⁷ *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, *supra* note 2 au para 87.

⁹⁸ Le même passage en anglais : « Notwithstanding the challenges created by the use of oral histories as proof of historical facts, the laws of evidence must be adapted in order that this type of evidence can be accommodated and placed on an equal footing with the types of historical evidence that courts are familiar with, which largely consists of historical documents. »

rapidement une différence essentielle, bien qu'absente du droit. Je cite Jacques Derrida sur cette question :

[L]'axiome que nous devrions respecter, me semble-t-il, quitte à le problématiser ensuite, c'est que *témoigner* n'est pas *prouver*. Témoigner est hétérogène à l'administration de la preuve ou à l'exhibition d'une pièce à conviction. Témoigner en appelle à l'acte de foi à l'égard d'une parole assermentée, donc produite elle-même dans l'espace de la foi jurée (« je jure de dire la vérité ») ou d'une promesse engageant une responsabilité devant la loi, d'une promesse toujours susceptible de trahison, toujours suspendue à cette possibilité du parjure, de l'infidélité ou de l'abjuration⁹⁹.

La différence essentielle est ainsi la *foi* accordée au témoignage. En d'autres mots, on demande une preuve lorsqu'on ne prête pas foi aux dires de quelqu'un¹⁰⁰. Nous verrons plus loin que la réception de la parole autochtone comme preuve (et non comme témoignage) implique déjà une méfiance envers cette parole. Le présent chapitre, sans nécessairement répondre à tous les questionnements qu'a pu produire l'arrêt *Delgamuukw*, vise à explorer différents enjeux que soulève la réception de la parole autochtone par le droit canadien. Il s'agit ainsi de circonscrire les limites de cet accommodement du droit canadien qui semble relativement peu comprendre la manière par laquelle le droit autochtone se constitue également comme forme.

Mon premier objectif sera de délimiter le lieu de la tradition orale autochtone. Il faut à cet égard repenser, et même déconstruire, les limites de l'écriture et de l'oralité. La première étape sera, à partir du philosophe Jacques Derrida, de repenser la distinction entre oralité et écriture, et ce, du point de vue de nos propres préconceptions de cette distinction. Il s'agira de voir comment s'articule cette différence. Mon hypothèse est qu'elle n'est pas

⁹⁹ Derrida, *supra* note 106 aux pp 30-31.

¹⁰⁰ Il est vrai, malgré tout, que la limite entre le témoignage et la preuve est constamment transgressée, voir *Ibid* aux pp 38-39: « Phénoménologique ou sémantique, cette distinction entre *témoignage* et *preuve*, nous n'irons pas jusqu'à dire qu'*en fait* elle existe, au sens fort et strict de ce mot. Nous n'irons pas jusqu'à dire qu'elle *tient en réalité, solidement, actuellement ou présentement*. Nous avons affaire ici à une frontière à la fois rigoureuse et inconsistante, instable, hermétique et perméable, infranchissable *en droit* mais franchie *en fait*. Tout le problème tient à ce que le franchissement d'une telle limite conceptuelle est à la fois interdit et constamment pratiqué. Mais s'il y du témoignage et qui réponde proprement, *incontestablement*, au nom et au sens visé par ce nom dans notre "culture", dans le monde dont nous pensons pouvoir, justement, hériter et témoigner, alors ce témoignage ne doit pas essentiellement consister à prouver, à confirmer un savoir, à assurer une certitude théorique, un jugement déterminant. Il ne peut qu'en appeler à un acte de foi. »

dans la « forme » que prend l'écriture ou l'oralité, mais dans la capacité à être citée, ce qu'on pourrait appeler, dans les termes du droit, la jurisprudence.

Quelques éléments théoriques sur la distinction entre l'écriture et l'oralité

Il est devenu commun d'opposer l'écriture et l'oralité en termes de systèmes différents d'organisation d'une société humaine, que l'on perçoive dans l'écriture un progrès social ou, au contraire, l'introduction de la perfidie dans une société¹⁰¹. L'écriture, par rapport à l'oralité, possède le double statut d'être à la fois son envers – dans une pensée plus comparatiste, l'écriture s'oppose à l'oralité –, mais également sa continuité – dans une pensée plus évolutionniste, l'écriture suit chronologiquement l'oralité, elle la complète. Dans un cas comme dans l'autre, on a tendance à *préférer* un système sur l'autre, soit parce que l'écriture est plus « évoluée », signe d'une civilisation plus avancée, soit au contraire parce qu'elle nous éloigne d'une naturalité, celle de la langue parlée¹⁰². Pour ne donner qu'un exemple, dans le docufiction *Qallunaat! Pourquoi les blancs sont drôles*, on peut ainsi entendre, de la bouche d'un Inuit¹⁰³, que

[q]uand on parle, il est primordial de dire la vérité. Dans notre tradition orale [celle des Inuits], quelque chose qui est dit a plus d'importance que ce qui est écrit. Si vous écrivez quelque chose, ça peut être interprété de mille façons. Mais si ça a été dit, c'est censé venir du fond du cœur, du fond de l'âme. Alors ce qui est dit, dans notre tradition, notre culture, a une immense importance¹⁰⁴.

Comme problème d'interprétation, l'oralité serait le lieu d'une singularité du vouloir-dire, alors que l'écriture permettrait, au contraire, la dissémination des interprétations divergentes. Le juriste Jean-Paul Lacasse, dans son livre *Les Innus et le territoire* dont une section traite des particularités de la tradition orale, condamnait justement la dévaluation

¹⁰¹ Voir Claude Lévi-Strauss, *Tristes tropiques*, Paris, Éditions Plon, 1955.

¹⁰² Thème saussurien par excellence, voir Ferdinand de Saussure, *Cours de linguistique générale* [1916], Paris, Éditions Payot, 1995.

¹⁰³ J'utilise la graphie recommandée par l'Office québécois de la langue française. On pourrait également lire, et c'est de plus en plus le cas, le terme « Inuk » pour désigner une personne d'origine inuite et « Inuit » pour son pluriel (sans « s »).

¹⁰⁴ Mark Sandiford, *Qallunaat! Pourquoi les blancs sont drôles*, ONF, 2006, en ligne : <https://www.onf.ca/film/qallunaat_pourquoi_les_blancs_sont_droles/> à partir de 13:12.

de la tradition orale – comme on l’a fait trop souvent – au motif qu’on la « confond[ait] avec l’absence d’écriture, on l’assimil[ait] à l’anarchie et au désordre [...] »¹⁰⁵. Cette différence, explique-t-il, trouve son origine dans sa distinction avec le droit positif :

Dans la mesure où l’Innu n’est qu’un maillon de la chaîne qui symbolise le cercle de la vie, l’ordre social innu peut être envisagé comme un ordre dont les préceptes, transmis oralement, reposent sur des responsabilités qui viennent de la nature. L’on est donc loin ici de l’ordre social de la société majoritaire qui repose sur une logique de droits et de lois écrits et édictés sous forme de ce qui est qualifié de droit positif. Les deux logiques diffèrent mais ni l’une ni l’autre n’est supérieure. Elles s’inscrivent simplement dans des univers différents. C’est en ce sens qu’il faut rejeter toute idée voulant que l’oralité d’un ordre social rende celui-ci inférieur au droit écrit¹⁰⁶.

Peut-on si aisément faire un lien entre « écriture » et « droit positif » d’une part, « oralité » et son envers de l’autre? Qu’est-ce que cela dit sur notre manière de voir à la fois l’écriture de la loi et son altérité, l’oralité dans son naturalisme pleinement assumé?

Dans la jurisprudence, il appert que l’écriture est relativement préférée à l’oralité. Cela semble tomber sous le sens, et une décision judiciaire comme celle de *Delgamuukw* susmentionnée semble l’indiquer. Il semble aussi évident que la loi est liée de près à son écriture. Il n’est pas rare, comme en fait foi l’extrait qui va suivre, qu’on situe l’« invention » du droit à l’époque de la Révolution néolithique dans le Croissant fertile :

C’est à partir de la Mésopotamie et dans le monde indo-européen, lieux de naissance de la civilisation occidentale, que le système [une nouvelle structure économique, caractérisée par une récolte massive de ressources saisonnières et leur stockage intensif] a été porté jusqu’à ses plus extrêmes conséquences, que nous vivons aujourd’hui. Ce n’est pas un hasard si nous constatons que dans ces régions l’intensification des activités productives agricoles que permet l’invention de l’araire (vers 3000 av. J.-C. au Proche-Orient) va de pair avec l’invention de l’écriture (« premier et principal instrument de l’asservissement des hommes », selon C. Lévi-Strauss et, en tout cas, technique favorisant l’autonomisation du Droit et la constitution d’un groupe de spécialistes de son interprétation), et précède la première codification que nous connaissons, due au souverain Sumérien Ur-Nammu (vers 2080, reposant en fait sur des modèles plus anciens)¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Jean-Paul Lacasse, *Les Innus et le territoire: innu tipenitamun*, coll Territoires, Sillery, Septentrion, 2004 à la p 68; Lacasse réfère à Norbert Rouland, *L’anthropologie juridique*, coll Que sais-je?, Paris, Presses Universitaires de France, 1990 à la p 38.

¹⁰⁶ Lacasse, *supra* note 115 à la p 66.

¹⁰⁷ Rouland, *supra* note 115 aux pp 32-33; pour une interprétation différente du Code d’Hammourabi, voir le plus récent livre de De Sutter, *supra* note 46 aux pp 37-52.

C'est dans ce contexte que doit être comprise l'élaboration de la Loi juive qui sert de base à la tradition judéo-chrétienne, première des deux grandes sources de la civilisation « occidentale ». La Torah se présente elle-même, dans son récit, comme l'inscription par Dieu de la Loi dans la pierre (les Tables de la Loi¹⁰⁸), avant sa transcription par Moïse afin d'être distribuée aux tribus d'Israël¹⁰⁹. La principale caractéristique de cette Loi est son caractère non arbitraire, tous sont soumis à la Loi de la même manière. De plus, c'est à elle qu'on doit faire retour lorsqu'on en vient à une querelle judiciaire. Comparativement aux civilisations de la même époque (à Babylone ou en Égypte), le judaïsme associe strictement la divinité à l'écriture, ce qui a pour effet de donner une force plus grande à l'écrit. Que le Dieu d'Israël soit irreprésentable ne signifie pas seulement qu'il ne doit pas être sculpté dans la pierre ou modelé dans tout autre matériau (c'est l'image antithétique du « veau d'or »), il permet surtout son « transport ». Le Dieu d'Israël est transportable, car il est léger : il passe par le papier¹¹⁰.

Le droit pourrait toutefois se voir différemment dans l'autre grande source de notre civilisation, chez les Grecs de l'Antiquité. Comme le disent les philosophes Gilles Deleuze et Félix Guattari, les cités grecques, avec l'égalité formelle de leurs membres qu'elles créent – et ce, par l'exclusion formelle, soit des étrangers, des femmes, etc. –, depuis l'établissement du principe d'isonomie par Clisthène, permettent la mise en place d'un lieu d'échange de la parole entre les citoyens. La philosophie (φιλοσοφία) naît de ce lieu de l'échange entre égaux (des « amis », οἱ φίλοι) :

C'est sous ce premier trait [le philosophe comme ami] que la philosophie semble une chose grecque et coïncide avec l'apport des cités : avoir formé des sociétés d'amis ou d'égaux, mais aussi bien avoir promu entre elles et en chacun des rapports de rivalité, opposant des prétendants dans tous les domaines, en amour, dans les jeux, les tribunaux, les magistratures, la politique, et jusque dans la pensée qui ne trouverait pas seulement sa condition dans l'ami, mais dans le prétendant et dans le rival (la

¹⁰⁸ Exode 31:18 : « Lorsque l'Éternel eut achevé de parler à Moïse sur la montagne de Sinaï, il lui donna les deux tables du témoignage, tables de pierre, écrites du doigt de Dieu. » (Traduction Louis Segond.)

¹⁰⁹ Marc-Alain Ouaknin, *Le Livre brûlé: philosophie du Talmud*, coll Lieu commun, Paris, Seuil, 1994 à la p 30.

¹¹⁰ C'est une des thèses dans Régis Debray, *Dieu, un itinéraire: matériaux pour l'histoire de l'Éternel en Occident*, coll Le champ médiologique, Paris, Odile Jacob, 2001; voir également Peter Sloterdijk, *Derrida, un Égyptien: le problème de la pyramide juive*, traduit par Olivier Mannoni, Paris, Maren Sell, 2006 aux pp 47-55.

dialectique que Platon définit par l'*amphisbetesis*). La rivalité des hommes libres, un athlétisme généralisé : l'agôn¹¹¹.

Avec le judaïsme, on avait la Loi, mais avec les Grecs, on obtient le procès. Si on veut bien admettre que la philosophie naît avec Socrate (et son disciple Platon¹¹²), le problème auquel répond la philosophie est le problème de la rivalité des prétendants. La naissance de la philosophie ne pouvait avoir lieu qu'avec les Grecs et dans le monde juridique particulier de cette époque : s'il y a une multitude de prétendants, comment distinguer la prétention juste? Le combat de Socrate (et de Platon) sera celui d'une parole juste ou vraie contre une parole erronée, mais surtout trompeuse, la philosophie se constitue d'abord à partir et contre l'art de la rhétorique – y compris la sophistique.

L'écriture a bien sûr son importance. Le terme grec pour l'acte d'écrire, γράφω, désigne à la fois le fait d'égratigner (ancienne manière d'écrire), tracer des signes et poursuivre en justice (par le dépôt d'une plainte écrite). Mais l'écriture est secondaire par rapport à la parole. C'est ce qu'on peut remarquer dans le grand « procès » que Platon instruit contre l'écriture dans son dialogue *Le Phèdre*. Il est remarquable, on va le voir, que ce procès soit instruit sous le signe d'un mythe explicatif de la raison, cette dernière laissant un lieu pour son antithèse – bien évidemment pour mieux la surmonter. Le dialogue se veut d'abord une critique de l'usage sophistique du langage et une réflexion sur le beau et l'amour. Platon y fait intervenir Socrate et Phèdre, un jeune homme passionné par les discours des rhéteurs. Dans la dernière partie du dialogue, Platon introduit, par la bouche de Socrate, un mythe égyptien donnant l'origine de l'invention de l'écriture à partir d'un

¹¹¹ Gilles Deleuze et Félix Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie?*, Minuit, Paris, 1991 aux pp 9-10; voir également le documentaire de Pierre-André Boutang, *L'abécédaire de Gilles Deleuze*, Arte, 1996. Dans « H pour Histoire de la philosophie », Deleuze explique : « Pourquoi est-ce que ce problème, ce concept [l'Idée platonicienne], se forme dans un milieu grec? C'est que ça commence en effet avec les Grecs, c'est un problème typiquement grec. C'est un problème de la cité, de la cité démocratique, même si Platon n'accepte pas le caractère démocratique de la cité. C'est un problème de la cité démocratique. C'est dans une cité démocratique que, par exemple, une magistrature est l'objet de prétention. Il y a des prétendants... je prétends à telle fonction. Dans une formation impériale – comme les Romains à l'époque grecque –, dans une formation impériale, il y a des fonctionnaires qui sont nommés par le grand empereur. Il n'y a pas du tout cette rivalité. La cité athénienne, c'est une rivalité des prétendants. C'est même déjà avec Ulysse, les prétendants à Pénélope, tout ça, bon. Il y a tout un milieu "problème grec". C'est une civilisation où l'affrontement des rivaux apparaît constamment, c'est pour ça qu'ils inventent la gymnastique, je veux dire, ils inventent les Jeux olympiques. Ils sont procéduriers, personne n'est procédurier comme un Grec! La procédure, c'est la même chose. Un procès, c'est des prétendants. »

¹¹² On remarquera, sans que je m'y attarde trop, que le père putatif de la philosophie parle (Socrate est reconnu pour n'avoir jamais écrit) et que son disciple le plus connu, Platon, écrit (en mettant en scène le premier).

deuxième « dialogue », à l'image d'une mise en abyme du dialogue, cette fois entre Thamous, un roi égyptien, et Theuth, une figure analogue à Hermès chez les Grecs et à Mercure chez les Romains. Thamous est à la recherche d'une technique pour améliorer les connaissances de son peuple. Theuth lui proposera l'écriture :

Voici, ô Roi, dit Theuth, une connaissance qui aura pour effet de rendre les Égyptiens plus instruits et plus capables de se remémorer : mémoire aussi bien qu'instruction ont trouvé leur remède.

Recevant cette offrande, le roi réplique à Theuth, se posant comme juge du don :

Incomparable maître ès arts, ô Theuth, autre est l'homme qui est capable de donner le jour à l'institution d'un art; autre celui qui l'est d'apprécier ce que cet art comporte de préjudice ou d'utilité pour les hommes qui devront en faire usage. À cette heure, voici qu'en ta qualité de père des caractères de l'écriture, tu leur as, par complaisance pour eux, attribué tout le contraire de leurs véritables effets! Car cette connaissance aura, pour résultat, chez ceux qui l'auront acquise, de rendre leurs âmes oublieuses, parce qu'ils cesseront d'exercer leur mémoire : mettant en effet leur confiance dans l'écrit, c'est du dehors, grâce à des empreintes étrangères, non du dedans et grâce à eux-mêmes qu'ils se remémoreront les choses. Ce n'est donc pas pour la mémoire, c'est pour la remémoration que tu as découvert un remède¹¹³.

Le jugement ressemble fort à ce qu'on peut entendre bien souvent des critiques de l'écriture. Pour Platon, l'écriture est dérivée, secondaire, vicariante, elle remplace, se substitue à la mémoire vive, à la parole pleine, à la vérité intacte et inentamée, en se donnant comme le fils bâtard d'un père (c'est une des nombreuses métaphores employées par Platon dans son dialogue¹¹⁴). C'est le caractère répétitif de l'écriture qui fait problème, sa mécanique mortifère. Derrida commente :

Or l'écriture serait bien la possibilité pour le signifiant de se répéter tout seul, machinalement, sans âme qui vive pour le soutenir et l'assister dans sa répétition, c'est-à-dire sans que la vérité nulle part ne *se présente*. La sophistique, l'hypomnésie, l'écriture ne seraient donc séparées de la philosophie, de la dialectique, de

¹¹³ Platon, *Le Phèdre*, traduit par Guillaume Budé, Paris, Les Belles Lettres, 1924 à 274e-275b; cité dans Jacques Derrida, « La pharmacie de Platon » dans par Jacques Derrida, *La dissémination*, Éditions du Seuil, Paris, 1972, 69-197 aux pp 93, 126-127.

¹¹⁴ Une autre métaphore est celle du soleil et de la lune : l'écriture est comme la lune pour la parole, en l'absence de la lumière vive (la parole), la lune et l'écriture peuvent y suppléer, mais lorsque le soleil et la lune, ou la parole et l'écriture, sont tous deux présents – lors d'une éclipse –, la lumière disparaît.

l'anamnèse et de la parole vive que par l'épaisseur invisible, presque nulle, de telle feuille entre le signifiant et le signifié¹¹⁵.

La répétition – machinale ou mécanique – fait problème parce qu'elle feint la vivacité; alors qu'elle est le signe de la mort¹¹⁶. Il est intéressant de noter que tant la tradition philosophique grecque que la tradition religieuse judéo-chrétienne accordent une importance à la répétition ou au retour. Alors que l'écriture de la Loi dans la tradition juive lui donne son « poids », chez les Grecs, c'est la parole vive qui permet un retour véritable : quand l'orateur défend ses opinions sur la place publique.

Notre civilisation préfère-t-elle vraiment toujours l'écriture à la parole? Derrida pense que non, en se basant surtout sur la tradition métaphysique, de Platon à l'anthropologue Claude Lévi-Strauss en passant par le philosophe Jean-Jacques Rousseau et le linguiste Ferdinand de Saussure. C'est ce qu'il appelle le logocentrisme de notre civilisation, au sens où elle est centrée sur la parole. Il remarque toutefois, et ce sera le thème de la prochaine section, que c'est toujours à partir de la « présence » que se pose le préjugé en faveur de la parole¹¹⁷.

Repenser la dichotomie écriture/oralité à partir du témoignage

Ce que Derrida voit comme la tradition métaphysique de la répression de l'écriture, on pourrait le qualifier de prééminence de la présence sur ce qu'on perçoit comme son contraire : l'absence, le retard, la secondarité, la représentation – on pourrait ajouter la citation, la traduction, l'interprétation. Si la parole est présence vivante, l'écriture est à la fois l'absence (de l'auteur), le retard (dans son transport), la secondarité et la représentation (l'écriture répète la parole en tentant de l'imiter). On ne s'éloigne pas tellement d'une

¹¹⁵ Derrida, *supra* note 123 à la p 138. La mention de la feuille est une référence au linguiste suisse Ferdinand de Saussure qui voyait également dans l'écriture la mort de la langue.

¹¹⁶ Le problème de la répétition est par ailleurs une des raisons pour lesquelles, selon Derrida, la justice dépasse à la fois le droit positif et le droit naturel, voir Jacques Derrida, « Force de loi: le “fondement mystique de l'autorité”/ Force of law: the “mystical foundation of authority” [version bilingue, trad. Mary Quaintance] » (1990) 11 Cardozo Law Review 919-1045 à la p 960 et sqq.

¹¹⁷ Il s'agit d'un thème récurrent de sa pensée, voir Jacques Derrida, *De la grammatologie*, Éditions de Minuit, Paris, 1967.

naturalité, encore une fois, de l'un sur l'autre. Ferdinand de Saussure qualifiait ainsi l'écriture d'illusion qui cache l'objet réel de la linguistique, la langue orale :

Langue [orale]¹¹⁸ et écriture sont deux systèmes de signes distincts; l'unique raison d'être du second est de représenter le premier; l'objet linguistique n'est pas défini par la combinaison du mot écrit et du mot parlé; ce dernier constitue à lui seul cet objet. Mais le mot écrit se mêle si intimement au mot parlé dont il est l'image, qu'il finit par usurper le rôle principal; on en vient à donner autant et plus d'importance à la représentation du signe vocal qu'à ce signe lui-même. C'est comme si l'on croyait que, pour connaître quelqu'un, il vaut mieux regarder sa photographie que son visage¹¹⁹.

L'unique raison d'être du second, de l'écriture, est de représenter le premier, la langue orale, mais, ce faisant, il en usurpe non seulement le rôle prépondérant, mais en contamine la pureté du caractère¹²⁰. Il y a d'une part la présence ou la présentation, de l'autre le caractère second du premier, la représentation. Cette représentation, à la fois sa secondarité et sa dépendance (l'écriture n'est rien sans l'oralité, mais l'oralité *est pleinement* sans écriture), définit son artificialité ou sa fiction, bref, sa « culture » (vis-à-vis la « nature »). L'oralité est naturelle, alors que l'écriture ne l'est pas¹²¹.

Comment en est-on advenu à penser dans le domaine du droit que l'écriture l'emporte sur l'oralité? Saussure viendrait-il renverser toutes les croyances du droit? Bien sûr que non, car à chaque fois que l'écriture est préférée à l'oralité, dans la cause *Delgamuukw* ou ailleurs, c'est parce qu'on perçoit, dans l'oralité, une représentation ou une secondarité, justement, celle du oui-dire, compris comme le fait de témoigner d'événements qu'on n'a pas vécus soi-même, mais qui ont été racontés par d'autres. Derrida rappelle le lien entre témoignage et présence :

Quiconque témoigne (*bears witness*) n'apporte pas une preuve. C'est quelqu'un dont l'expérience, en principe singulière et irremplaçable (même si elle peut être recoupée

¹¹⁸ J'ajoute entre crochets « orale ». Il est intéressant de noter que, pour Saussure, le caractère naturel de la langue parlée est tellement évident qu'il ne lui viendrait pas à l'esprit de comparer « oralité » et « écriture », mais plutôt « langue » et « écriture ».

¹¹⁹ de Saussure, *supra* note 112 à la p 45.

¹²⁰ Saussure parlera en outre de « tyrannie de la lettre » et de la « monstruosité » qu'elle crée en contaminant la parole, voir *Ibid* aux pp 53-54.

¹²¹ Saussure parle en effet de la déformation que l'écriture peut induire à l'oralité, il ajoute : « Ces déformations phoniques appartiennent bien à la langue, seulement elles ne résultent pas de son jeu naturel; elles sont dues à un facteur qui lui est étranger. La linguistique doit les mettre en observation dans un compartiment spécial : ce sont des cas tératologiques »; voir *Ibid* à la p 54.

avec d'autres pour devenir preuve, pour devenir probante dans un dispositif de vérification) vient attester, justement, que quelque « chose » lui a été présent. Cette « chose » ne lui est plus présente, certes, sur le mode de la perception au moment où l'attestation se produit; mais elle lui est présente, s'il allègue cette présence, en tant que présentement *re-présentée* dans la mémoire. En tout cas, même si, chose rare et improbable, elle était encore contemporaine au moment de l'attestation, elle serait inaccessible, comme présence *perçue*, aux destinataires du témoignage qui, eux, installés dans l'ordre du croire, ou appelés à s'y installer, reçoivent le témoignage. Le témoin marque ou déclare que quelque chose lui est ou lui a été présent, qui ne l'est pas aux destinataires auxquels le témoin est lié par un contrat, un serment, une promesse, par une foi jurée dont la performativité est constitutive du témoignage et fait de celui-ci un gage, un engagement¹²².

Le témoignage se constitue déjà dans une certaine distance entre la « chose » et sa représentation, mais c'est une distance acceptée dans le cadre du droit. Pour sa part, le ouï-dire répète la représentation du véritable témoignage, il re-présente la représentation, il introduit une nouvelle distance dans la présentation. S'il peut ressembler au témoignage dans sa forme, le ouï-dire ne peut quant à lui servir à établir *vraiment* ce qui s'est passé, la personne qui l'émet n'a pas fait l'expérience des événements racontés, mais témoigne du témoignage de l'autre, en second, en dérivé – elle traduit. C'est en quelque sorte un « faux » témoignage au sens multiple qu'a pu prendre le faux dans notre histoire philosophique : une fabrication ou une fiction du témoignage, sa copie, voire son simulacre. Bref, cette personne représente une autre, absente qui ne peut pas témoigner, elle *parle à sa place*.

De manière peut-être symptomatique, cette distinction répète la différence sensorielle qu'on peut constater entre l'écrit et l'oral : le véritable témoin a *vu* (comme on voit ou lit un texte) alors que celui qui produit un ouï-dire a seulement *entendu*. Il n'est pas étonnant que, dans toute l'histoire de la philosophie occidentale, la vérité soit associée à la « lumière » et son contraire, l'ignorance, à l'« obscurité » : la métaphore est visuelle, on l'imagine difficilement auditive. Étymologiquement, dans leurs très profondes racines indo-européennes, le « savoir » et le « voir » sont associés, comme l'explique Émile Benveniste, en donnant l'exemple du témoignage :

Quand les autres langues indo-européennes offrent des témoignages anciens et explicites sur le sens de **weid-* [racine ancienne de *voir*], elles s'accordent avec le grec. Ainsi, [le sanskrit] *vettar* qui a le même sens de « témoin » est, au degré radical

¹²² Derrida, *supra* note 106 aux pp 35-36.

près, la forme qui correspond au grec *ístōr* « témoin », et signifie bien « le voyeur »; [en gotique] *weitwōps*, participe parfait (cf. [en sanskrit] *vidvas-*, *vidus-*) est celui qui sait pour avoir vu; de même encore [en irlandais] *fiāfu* (< **weidōn*), « témoin ». Le grec *ístōr* prend place dans la même série et la valeur propre de cette racine **wid-* est éclairée par la règle énoncée dans le Śatapatha Brāhmaṇa : *yad idānīm dvau vivadamānām eyātām aham adarśam aham asrauṣam iti ya eva brāyād aham adarśam iti tasmā eva śraddadhyāmā* « si maintenant deux hommes se disputent (ont un litige) en disant, l'un “moi, j’ai vu”, l’autre “moi, j’ai entendu”, celui qui dit “moi, j’ai vu”, c’est celui-là que nous devons croire. »¹²³

L’importance de la parole ou de l’ouïe n’est plus si claire ni même celle de l’écriture, ce qui compte, c’est la *présence*. La présence de quoi? Le droit l’interprète comme la vérité que le juge doit pondérer à partir de la preuve. C’est bien ce que semblent nous dire les principaux instruments des droits au Canada. Citons l’article 2811 du Code civil du Québec :

La preuve d’un acte juridique ou d’un fait peut être établie par écrit, par témoignage, par présomption, par aveu ou par la présentation d’un élément matériel, conformément aux règles énoncées dans le présent livre et de la manière indiquée par le Code de procédure civile (chapitre C-25.01) ou par quelque autre loi¹²⁴.

Le témoignage est un type de preuve (comme l’est la présentation d’un élément matériel ou l’écrit), il est ainsi subsumé par une catégorie qui l’englobe, la preuve. L’affirmation semble banale, mais elle ne l’est pas. L’article 2843 dit ainsi que

[le] témoignage est la déclaration par laquelle une personne relate les faits dont elle a eu personnellement connaissance ou par laquelle un expert donne son avis.

Il doit, pour faire preuve, être contenu dans une déposition faite à l’instance, sauf du consentement des parties ou dans les cas prévus par la loi¹²⁵.

Le témoignage doit « faire preuve »¹²⁶. Pour Jacques Derrida, au contraire, comme nous l’avons vu précédemment, le témoignage n’est pas un type de preuve, mais l’exigence de la parole en l’absence de preuve. On peut penser que c’est lorsque la preuve manque qu’on doit la suppléer par la parole testimoniale (inversant ainsi la tradition métaphysique qui

¹²³ Émile Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. Tome 2: pouvoir, droit, religion*, Éditions de Minuit, coll Le sens commun, Paris, 1969 à la p 173. Le « witness » anglais provient de cette racine.

¹²⁴ *Code civil du Québec*, CCQ-1991 art. 2811.

¹²⁵ *Ibid*, art 2843.

¹²⁶ Il en est de même dans le droit fédéral où le témoignage est défini dans la *Loi sur la preuve au Canada*, LRC (1985), ch C-5.

voit dans l'écrit le supplément de la parole). Un commentateur de Derrida, Marc Crépon, explique bien l'exigence éthique de cette parole testimoniale et testamentaire :

Le propre du témoignage est [...] d'être distinct de la preuve, d'offrir à celui auquel il s'adresse autre chose qu'une certitude théorique qu'un tiers (n'importe lequel : une institution, une autorité, une identité collective, etc.) pourrait venir confirmer, d'en appeler donc (et pour cette raison même) à un acte de foi, singulier et lui-même irremplaçable. Ce dont témoigne le témoin, nul ne l'a vu, *à sa place*, comme il l'a vu. Nul ne sera en mesure, par conséquent, d'en témoigner, *à sa place*, quand il ne sera plus là pour le faire. Nul tiers (nul tribunal, nul comité, nulle commission) ne pourra prendre le relais, comme témoin. Tout juste pourra-t-il (pourrons-nous) hériter de son témoignage, comme d'un testament. L'irremplaçabilité du témoin [...] est ainsi, à la fois et simultanément, ce qui appelle le témoignage – ce qui exige du témoin qu'il traduise ce qu'il a vu ou entendu, qu'il le laisse en héritage à celui ou ceux auxquels il s'adresse, tant qu'il est vivant – et ce qui lie son témoignage à l'anticipation, tout aussi irremplaçable, de sa propre mort¹²⁷.

La différence entre le témoignage et la preuve est que, dans le dernier cas, on l'exige lorsqu'on ne croit pas ou lorsqu'on ne fait pas confiance à une affirmation, alors que le témoignage exige une croyance (avec le serment¹²⁸). Dans les deux cas, toutefois, une présence est essentielle.

Si c'est la présence qui compte, à savoir le fait de contenir une vérité immédiatement accessible, la preuve (écrite) et le témoignage (toujours oral) doivent être entendus dans leur complémentarité. L'oralité ou l'écriture sont tous deux secondaires par rapport à l'exigence de la vérité « présentifiée ». Ce qui prime, ainsi, c'est l'importance de la « présence » (que ce soit de l'énonciateur ou de la vérité). On pourrait ainsi redéfinir entièrement le champ de la problématique de la différence entre écriture et oralité en suggérant, comme le propose Jacques Derrida dans *De la grammatologie*, un concept subsumant la différence, celui de l'« archi-écriture », à la fois antérieur à la distinction entre écriture et oralité, mais aussi postérieur, dans ses effets politiques et juridiques. Ces effets sont à définir (c'est ce que je tenterai de faire dans une prochaine section). Pour l'instant,

¹²⁷ Marc Crépon, « Traduire, témoigner, survivre » (2006) 2006/2:52 Rue Descartes 27-38 à la p 36; voir également Emmanuel Alloa, « “Là où il y a preuve, il n'y a pas de témoignage” : Les apories du témoin selon Jacques Derrida » (2017) 115:2 Revue philosophique de Louvain 289-303.

¹²⁸ Selon Benveniste, l'origine du mot « *testis* » (le témoin en latin) serait « *terstis* » (le tiers), car un témoin nécessite toujours un tiers assurant la vérité (Dieu, par exemple), voir Benveniste, *supra* note 132 à la p 277.

concluons simplement sur la distinction entre témoignage et oralité en indiquant quelques éléments de réflexion.

D'abord, on peut constater dans le droit une indétermination originelle à la distinction entre preuve et témoignage. La qualification de « preuve » ou de « témoignage » pour un artéfact n'est pas toujours évidente. En effet, les nouvelles technologies d'enregistrement renouvellent le questionnement sur la différence entre la preuve et le témoignage¹²⁹. Jacques Derrida s'est notamment intéressé à l'affaire Rodney King, un Afro-Américain passé à tabac lors d'une arrestation par des policiers de Los Angeles, et précisément à une scène filmée par un vidéaste amateur qui a été diffusée et utilisée en preuve lors du procès des policiers¹³⁰. Jusqu'à cet emploi de la vidéo lors d'un procès, Derrida soutient que la photographie ou la vidéo était généralement comprise comme une forme de témoignage. Lors du procès, la poursuite a en effet fait valoir que la vidéo devait être vue comme une preuve, alors que la défense soutenait qu'il fallait la voir comme un témoignage devant être soumis, comme tout témoignage, à un contre-interrogatoire (le vidéaste a dû se présenter devant le juge pour témoigner de la véracité de la vidéo)¹³¹.

Si un passage du témoignage à la preuve est possible en droit, la direction inverse l'est aussi. Il y a peu de temps, dans une décision rendue par un juge de paix magistrat de la Cour du Québec, il a été conclu qu'une photographie prise par un cinémomètre photographique (photo radar) qui n'a pas été vérifiée récemment constitue un oui-dire dans une affaire de dépassement de vitesse permise sur une route. Le juge Serge Cimon écrit :

¹²⁹ C'est le cas du professeur de droit Vincent Gautrais, titulaire de la Chaire L.R. Wilson du droit des technologies de l'information et du commerce électronique de l'Université de Montréal, voir notamment son livre Vincent Gautrais, *Preuve technologique*, Montréal, LexisNexis, 2014; ainsi que ces articles: Vincent Gautrais et Patrick Gingras, « La preuve des documents technologiques » (2010) 22:2 Les Cahiers de propriété intellectuelle 267-315; Vincent Gautrais, « Preuve - Preuve des reproductions: vues d'ailleurs! » [2014] 4 Cahiers Droit, Sciences & Technologies 301-316.

¹³⁰ Notamment dans Jacques Derrida, *Copy, Archive, Signature: A Conversation on Photography*, traduit par Jeff Fort, Stanford, Stanford University Press, 2010 aux pp 44-50; voir également Jacques Derrida et Bernard Stiegler, *Échographies de la télévision*, Paris, Galilée, 1996.

¹³¹ Voir notamment Kimberle Crenshaw et Gary Peller, « Reel Time/Real Justice » (1993) 70:2 Denver University Law Review 283-296; Charles Goodwin et Marjorie Harness Goodwin, « Contested vision: the discursive constitution of Rodney King » dans par Britt-Louise Gunnarsson, Per Linell et Nordberg, *The Construction of Professional Discourse*, London & New York, Routledge, 1997, 292-316; Sukanya Pillay, « Video as Evidence » dans *Video for Change: A Guide for Advocacy and Activism*, Pluto Press, 2005, 209-232.

En fait, l'attestation apposée par l'agente sur son rapport d'infraction s'appuie entièrement sur des informations recueillies et constatées par des tierces personnes. Non seulement s'agit-il d'une preuve par ouï-dire n'ayant aucune valeur probante, mais également d'une transgression flagrante des critères de l'article 62 Cpp¹³².

À cet égard, cet article du *Code de procédure pénal* affirme :

Le constat d'infraction ainsi que tout rapport d'infraction, dont la forme est prescrite par règlement, peut tenir lieu du témoignage, fait sous serment, de l'agent de la paix ou de la personne chargée de l'application d'une loi qui a délivré le constat ou rédigé le rapport, s'il atteste sur le constat ou le rapport qu'il a lui-même constaté les faits qui y sont mentionnés.

Il en est de même de la copie du constat ou du rapport certifié conforme par une personne autorisée à le faire par le poursuivant¹³³.

On peut ainsi en conclure qu'une preuve nécessite souvent d'être suppléé (au sens d'addition) par le témoignage et ce dernier ne constitue pas toujours un supplément (au sens de remplacement) de la preuve. Un dernier cas pourrait être évoqué pour terminer cette courte réflexion sur la différence entre la preuve et le témoignage, il s'agit de la polémique entre Claude Lanzmann et Georges Didi-Huberman sur les photographies prises à Auschwitz pendant la Seconde Guerre mondiale.

Du témoignage à la preuve : un problème de cadrage

Pour le cinéaste Claude Lanzmann, toute image directe de l'événement de la Shoah est à proscrire, seuls les témoignages des survivants (ou des bourreaux) peuvent faire l'objet d'une représentation¹³⁴. Il s'agit d'un refus radical de l'archive qui, toujours, peut être falsifiée. En 1985, Lanzmann répondait en partie aux propos négationnistes de l'historien Robert Faurisson pour qui aucune preuve ne permettait de conclure à l'existence de chambres à gaz à Auschwitz, ou même d'un génocide des juifs par les nazis lors de la Seconde Guerre mondiale¹³⁵. À cette absence de preuve, Lanzmann répond justement que

¹³² *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Maria Carmela Bove*, [2016] QCCQ 13829 au para 47.

¹³³ *Code de procédure pénale*, RLRQ c C-251 art. 62.

¹³⁴ Ce que tente de faire son documentaire, voir Claude Lanzmann, *Shoah*, 1985.

¹³⁵ Pour une réponse philosophique à Faurisson, voir notamment Giorgio Agamben, *Ce qui reste d'Auschwitz: Homo sacer*, tome 3, traduit par Pierre Alferi, Paris, Rivages, 2003.

la preuve ne suffira jamais, ce sont les témoignages qui comptent. Une polémique a vu le jour lorsque l'historien de l'art Georges Didi-Huberman commente, dans un catalogue d'exposition, des photos prises par un membre du *Sonderkommando* d'Auschwitz¹³⁶. Le *Sonderkommando*, majoritairement composé de prisonniers juifs agissant sous contrainte, était, dans les camps d'extermination, l'unité de travail chargée principalement de l'accompagnement des prisonniers dans les chambres à gaz et de la disposition des corps des victimes. Une de ces images a beaucoup circulé (voir la figure 1 ci-dessous).



Figure 1 : détail du négatif n° 277 : « Crémation de corps gazés dans des fosses d'incinération à l'air libre, devant la chambre à gaz du crématoire V d'Auschwitz », août 1944. Musée d'État d'Auschwitz-Birkenau.

¹³⁶ « Quatre bouts de pellicule arrachés à l'enfer » (2001) repris dans Georges Didi-Huberman, *Images malgré tout*, Paris, Minuit, 2003 aux pp 12-27; on peut aussi consulter un entretien radiophonique avec Georges Didi-Huberman diffusé sur France Culture, voir Olivier Bétard et Nicolas Berger, *Georges Didi-Huberman: Que faire des images d'Auschwitz?*, *Les Nouveaux Chemins de la connaissance avec Adèle Van Reeth*, France Culture, 11 novembre 2016, en ligne : Les Nouveaux Chemins de la connaissance avec Adèle Van Reeth <<https://www.franceculture.fr/emissions/les-nouveaux-chemins-de-la-connaissance/que-faire-des-images-dauschwitz>>.

Dans cette polémique, Didi-Huberman analyse ainsi la position de Lanzmann :

D'abord, l'image d'archive se trouve tirée par Lanzmann vers la seule notion de preuve : elle ne serait pas faite pour connaître, seulement pour prouver, et prouver cela même qui n'a pas besoin de preuve. Elle serait, en cela, du côté d'un « démenti », c'est-à-dire du côté du *négationnisme*¹³⁷.

Didi-Huberman soutient plutôt que l'image nous permet d'aller au-delà de la preuve. Plus loin, il tente de remettre en perspective l'usage de l'image comme archive :

[L'archive] n'est pas pour autant le pur et simple « reflet » de l'événement, ni sa pure et simple « preuve ». Car elle est toujours à élaborer par recoupements incessants, par *montage* avec d'autres archives. Il ne faut ni surestimer le caractère « immédiat » de l'archive, ni le sous-estimer comme un simple accident de la connaissance historique. L'archive demande toujours à être construite, mais elle est toujours le « témoin » de quelque chose, comme dit Arlette Farge [...] ¹³⁸.

Peut-être aurait-il fallu, dès le départ, montrer la scène de la photographie – la figure 1 n'était qu'un « détail », trouvé sur le web, avec la mention « Auschwitz, Poland, Cremation of bodies by the Sonderkommando »¹³⁹. En fait, la photographie a été recadrée, je reproduis le cliché dans son entièreté (voir la figure 2 à la page suivante).

¹³⁷ Didi-Huberman, *supra* note 146 à la p 121.

¹³⁸ *Ibid* à la p 127; Didi-Huberman fait référence à Arlette Farge, *Le Goût de l'archive*, Paris, Le Seuil, 1989.

¹³⁹ Cette image est disponible Sur Wikimedia Commons, un site associé à Wikipedia :

https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Auschwitz,_Poland,_Cremation_of_bodies_by_the_Sonderkommando.jpg



Figure 2 : la véritable photographie avec son « cadre ».

Didi-Huberman était conscient des retouches possibles aux clichés des *Sonderkommando*, il avait par ailleurs été témoin de plusieurs reprises « plus esthétiques » de ces images. Il explique deux manières de retoucher les images (ou preuves) historiques :

Il y a deux façons de « porter inattention », si je puis dire, à de telles images : la première consiste à les hypertrophier, à tout y vouloir voir. Bref, à en faire des *icônes* de l'horreur. Pour cela, il fallait que les clichés originaux fussent rendus *présentables*. On n'a pas hésité, pour ce faire, à les transformer complètement. [...] L'autre façon consiste à réduire, à dessécher l'image. À n'y voir qu'un *document* de l'horreur. Aussi étrange que cela puisse paraître dans un contexte – la discipline historique – qui respecte d'habitude son matériau d'étude, les quatre photographies du *Sonderkommando* ont souvent été transformées en vue d'être plus *informatives* qu'elles ne l'étaient dans leur état premier. Autre façon de les rendre « présentables » et de leur faire « rendre visage »...¹⁴⁰

¹⁴⁰ Didi-Huberman, *supra* note 146 à la p 50.

Dans ces images retouchées, il y manque toujours quelque chose : il y manque un « manque », cette bordure noire qui encadre l'image que notre œil est porté à voir :

Mais, en recadrant ces photographies, on commet une manipulation tout à la fois formelle, historique, éthique et ontologique. La *masse noire* qui entoure la vision des cadavres et des fosses, cette masse où *rien n'est visible* donne, en réalité, une *marque visuelle* aussi précieuse que tout le reste de la surface impressionnée. Cette masse où rien n'est visible, c'est l'espace de la chambre à gaz : la *chambre obscure* où il a fallu se retirer pour mettre en lumière le travail du *Sonderkommando*, dehors, au-dessus des fosses d'incinération. Cette masse noire nous donne donc la situation même, l'espace de possibilité, la condition d'existence des photographies mêmes. Supprimer une « zone d'ombre » (la masse visuelle) au profit d'une lumineuse « information » (l'attestation visible) c'est, de plus, faire comme si Alex¹⁴¹ avait pu tranquillement prendre ses photos à l'air libre. C'est presque insulter le danger qu'il courait et sa ruse de résistant. En recadrant ces images, on a sans doute cru préserver le *document* (le résultat visible, l'information distincte). Mais on en supprimait la phénoménologie, tout ce qui fait d'elles un *événement* (un processus, un travail, un corps à corps)¹⁴².

Le « cadre » noir compte autant, sinon plus, que l'image « documentaire ». Qu'arrive-t-il lorsqu'on remet en scène le cadre? On ne s'attarde plus seulement aux informations visuelles de la photographie, on s'intéresse désormais à sa production, on passe d'une esthétique visuelle, comme icône représentationnelle, à une narration des conditions de possibilité. On passe de la preuve au témoignage : l'image n'est plus la preuve documentaire nécessaire pour prouver l'existence des camps d'extermination, elle est le témoignage de la résistance dans ces camps. Lanzmann avait raison et il avait tort : si l'image n'est conçue que comme une preuve, elle est toujours soumise à la possibilité du détournement, y compris en étant utilisée par des négationnistes¹⁴³.

Ce long détour devait servir non seulement à montrer qu'il n'est jamais évident de constater de prime abord le caractère de preuve ou de témoignage d'un document, mais plus encore de montrer l'importance du « cadre ». Il faut prendre le cadre ici comme ce qui *entoure* l'œuvre – par exemple une toile –, ce qui lui donne sa forme. Le cadre est à la fois

¹⁴¹ On ne connaît le photographe que par son prénom.

¹⁴² Didi-Huberman, *supra* note 146 aux pp 51-52.

¹⁴³ En cherchant les images sur le web, je suis tombé sur des sites conspirationnistes négationnistes d'extrême-droite qui prétendent que les images des corps (en particulier la figure 1) proviennent en fait d'un accident de train qui aurait eu lieu en Ohio en 1912. Jamais ces sites conspirationnistes ne montrent l'image avec le cadre noir. Le cadre noir est irréductible à leur réappropriation de l'image.

nécessaire et accessoire, sa structure aporétique nous oblige à le prendre en compte pour l'unique raison de ne pas en tenir compte. Derrida l'appelait le *parergon*, ce qui entoure l'*ergon* (ou l'œuvre) :

Un parergon vient contre, à côté et en plus de l'ergon, du travail fait, du fait, de l'œuvre mais il ne tombe pas à côté, il touche et coopère, depuis un certain dehors, au-dedans de l'opération. Ni simplement dehors ni simplement dedans. Comme un accessoire qu'on est obligé d'accueillir au bord, à bord. Il est d'abord l'à-bord¹⁴⁴.

Le cadre doit donc avoir lieu, mais c'est pour donner lieu, notamment à l'œuvre d'art. Il en est de même pour le droit qui se constitue dans une doublure. D'abord lui-même, comme « droit » (ou la forme), et son autre, les « faits » (ou le fond), comme cette séparation entre, lors d'un procès avec jury, le juge du droit et le juge des faits. Si cette enquête a commencé avec la distinction entre l'oralité et l'écriture pour se transformer en distinction entre le témoignage et la preuve, il faut peut-être encore une fois la transformer, cette fois en distinction entre le fait et le droit.

La limite entre le fait et le droit

La distinction entre le « fait » et le « droit » est une des grandes distinctions dont est constitué notre droit. Le fait est associé au fond, c'est-à-dire à la substance de la cause; le droit l'est à la forme, c'est-à-dire tout ce qui a trait à la procédure relative à la cause, mais aussi à sa recevabilité même. Dans un petit livre introductif à l'adresse des futurs étudiants en droit, les juristes André Émond et Lucie Lauzière donnent une définition de cette classification, entre « les règles de fond » et « les règles de forme » :

Le droit du fond, ou droit substantiel, est la branche du droit qui comprend l'ensemble des règles de droit relatives à l'énonciation des droits subjectifs d'une personne. [...]

Le droit de forme, ou droit judiciaire, rassemble pour sa part les règles de droit relatives à la reconnaissance et la mise en application des droits subjectifs d'une personne en cas de litige. Ces règles, qui régissent l'organisation et la compétence de

¹⁴⁴ Jacques Derrida, *La vérité en peinture*, Flammarion, Paris, 1978 à la p 63; la juriste Kirsten Anker a utilisé les concepts derridiens pour penser le problème juridique de la toile de Ngurrara, voir Kirsten Anker, « The truth in painting: cultural artefacts as proof of native title » (2005) 9 *Law Text Culture* 91-124 à la p 104; et Kirsten Anker, *Declarations of Interdependence: A Legal Pluralist Approach to Indigenous Rights*, New York, Routledge, 2014, ch 5.

l'instance judiciaire, l'instruction des procès devant elle et l'exécution de ses décisions, constituent les moyens pratiques mis à la disposition du citoyen pour qu'il puisse faire valoir ses droits devant les tribunaux. Cette branche du droit se divise en règles de procédure et en règles de preuve¹⁴⁵.

Le « droit judiciaire », en d'autres mots, le *droit du droit*, n'est autre que le droit de dire ce qu'est le droit – c'est une *juris-dictio*. C'est la règle de l'admissibilité de la preuve ou du témoignage, qui précède la présentation de la preuve ou la preuve elle-même, la présentation du témoignage ou le témoignage lui-même. Elle autorise – ou pas – la représentation, mais elle se dissimule en quelque sorte derrière la *substance*, l'*ergon* en l'espèce. Comme cadre, elle est trop souvent oubliée, mise de côté, alors qu'elle est véritablement celle qui *met en scène* le spectacle, que ce soit de la preuve ou du témoignage¹⁴⁶.

L'arrêt *Delgamuukw* de la Cour suprême mentionne justement la distinction entre le fond et la forme, cette fois en ce qui a trait à la possibilité de faire appel d'une décision judiciaire. L'arrêt cite l'affaire *Stein c. Le navire « Kathy K »* de 1976 :

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès¹⁴⁷.

On distingue ainsi les faits du droit : alors que les cours inférieures ont la tâche d'examiner l'ensemble d'une affaire, les juridictions supérieures examinent le *droit* de la cause, et précisément comment le droit a été interprété. Les instances supérieures fonctionnent donc comme une police du droit, tout en invoquant leur distance supposée de la preuve ou du témoignage. Par exemple dans la cause devenue jurisprudence de cette question, *Housen c. Nikolaisen* (la décision majoritaire) :

¹⁴⁵ Émond et Lauzière, *supra* note 13, sect 1.6.3, à la p 40.

¹⁴⁶ Il s'agit d'une question abordée par la Cour suprême dans l'affaire *Delgamuukw*, mais assez rapidement et sans conclusion satisfaisante, voir *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, *supra* note 2 au para 20.

¹⁴⁷ *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 RCS 802, 1976 à la p 808; cité dans *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, *supra* note 2 au para 78.

Le juge de première instance est celui qui est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait, parce qu'il a l'occasion d'examiner la preuve en profondeur, d'entendre les témoignages de vive voix et de se familiariser avec l'affaire dans son ensemble. Étant donné que le rôle principal du juge de première instance est d'apprécier et de soupeser d'abondantes quantités d'éléments de preuve, son expertise dans ce domaine et sa connaissance intime du dossier doivent être respectées¹⁴⁸.

Le ou la juge de première instance a l'occasion d'« entendre les témoignages de vive voix », il ou elle est témoin du témoignage et, pourtant, n'a pas le dernier mot. Les instances supérieures qui s'éloignent de la chose transforment cet éloignement en jugement sur le droit. La différence entre le fait et le droit n'est plus une limite à (ne pas) franchir, mais un continuum : on passe d'une différence en nature à une différence en degré. La cause *Housen* est à cet égard exemplaire. Une juge de première instance de la Saskatchewan doit juger la responsabilité d'une municipalité dans une affaire où le passager d'une voiture est devenu paraplégique suite à l'accident de cette voiture conduite par un homme qui avait bu de l'alcool. L'accident a eu lieu dans une courbe sans signalisation et où se trouvaient des broussailles. La juge répond par l'affirmative : la municipalité a la responsabilité d'indiquer les endroits dangereux ainsi que de nettoyer les routes. La Cour d'appel de la Saskatchewan infirme la décision au motif que la juge de première instance a commis une erreur manifeste dans l'inférence des faits. La question qui est portée devant la Cour suprême peut se formuler comme suit : la Cour d'appel a-t-elle fait erreur en droit en contrôlant ce qui peut se voir par certains comme des faits?¹⁴⁹ La Cour suprême est divisée sur cette question : les cinq juges de l'opinion majoritaire (écrite par Iacobucci et Major; McLachlin, L'Heureux-Dubé et Arbour y souscrivent) jugent que la Cour d'appel a eu tort, elle a pris des faits pour du droit, ils rétablissent donc le jugement de première instance. Les quatre juges dissidents (opinion écrite par Bastarache; Gonthier, Binnie et LeBel y souscrivent) croient au contraire que ce qui est vu comme de l'inférence des faits relève du droit, ils rejettent ainsi le pourvoi et conserveraient le jugement de la Cour d'appel. On peut dès lors se questionner sur ce que fait la Cour suprême en l'espèce : elle discrimine ce qui est du droit de ce qui est du fait. L'apparente division entre ceux qui voit du droit dans

¹⁴⁸ *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 RCS 235, 2002 au para 18.

¹⁴⁹ Ma reformulation. La question était plutôt « Sous quelles conditions une cour d'appel peut-elle modifier les conclusions d'un juge de première instance? »

le fait (l'opinion dissidente) et du fait dans le droit (l'opinion majoritaire) démontre peut-être au moins une chose : ce qui relève du droit n'est pas donné d'avance, tout comme le témoignage qui relève de la preuve. Il s'agit toujours d'une construction par le langage qui manifeste un pouvoir de la parole judiciaire.

On pourrait conclure à titre provisoire que le problème de l'affaire *Delgamuukw* était non seulement que le témoignage ait été pris pour une preuve, mais plus encore que le droit était dit d'un autre lieu. S'il y a un espace pour réhabiliter les ordres juridiques autochtones, c'est dans ce droit du droit, ce droit de dire ce qu'est le droit : la jurisprudence.

Conclusion :

Du droit à l'hospitalité

L'objectif du premier chapitre était de présenter un état, certes succinct, du pluralisme juridique au Canada et de la reconnaissance possible des ordres juridiques autochtones à l'intérieur de ce pluralisme. Le pluralisme juridique, qui se veut une ouverture pour des ordres juridiques non traditionnels, se présente comme une structure de reconnaissance : on reconnaît l'autre et, ce faisant, on lui offre un lieu pour habiter. Cette structure de la reconnaissance, comme on a pu le constater, est critiquée, en grande partie parce qu'elle institue une hiérarchie entre les normes. Il y a certes un espace pour le droit autochtone, mais pas au-delà de certaines limites que fixe l'ordre juridique dominant¹⁵⁰.

D'une manière plus conceptuelle, le premier chapitre visait également à montrer que le droit comme discipline est à la fois un système épistémologique visant l'autosuffisance, voire l'immunité, et également un « moment historique » visant une certaine clôture des problèmes soulevés par les contestations juridiques. À cet égard, le droit est, pour reprendre l'expression du cybernéticien Norbert Wiener, une « boîte noire »¹⁵¹, il absorbe les éléments étrangers pour les assimiler selon ses propres règles, ou dans les mots d'un juriste lecteur de Niklas Luhmann (à propos de l'inclusion du mariage homosexuel dans le Code civil français) :

Sous l'angle des droits, l'évolution du droit est ainsi faite que toutes les attaques contre le droit en vigueur se soldent par une « juridicisation » supplémentaire, c'est-à-dire par une intégration des revendications par le droit et une soumission au droit de nouvelles configurations. [...] La révolution opérée était politique et non juridique. Le droit n'était que le réceptacle, non pas le moteur des transformations¹⁵².

¹⁵⁰ Comme le montre bien l'essai de Claude Denis, *We Are Not You: First Nations and Canadian Modernity*, Toronto, University of Toronto Press, 1997.

¹⁵¹ Norbert Wiener, *The Human Use of Human Beings*, Boston, Houghton Mifflin, 1950; le sociologue Bruno Latour a repopularisé l'expression, voir Bruno Latour, *La Science en action: Introduction à la sociologie des sciences*, Paris, La Découverte, 1989.

¹⁵² Hugues Rabault, *Un monde sans réalité? En compagnie de Niklas Luhmann: épistémologie, politique et droit*, coll Dikè, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012 à la p 317.

On peut ainsi parler, suivant Hugues Rabault, Niklas Luhmann et Thomas Huber¹⁵³, du droit comme système immunitaire et, c'est ma proposition, comme système phagocytant¹⁵⁴. Ce système engouffre tout débat, possiblement pour l'assourdir. Le politique, dans ce contexte, menace. En tant que part maudite de l'équation, le politique est rejeté au contact du droit, car ce dernier a pour tâche de subsumer les conflits en apportant des solutions, dans la mesure du possible, généralisables. Les voix autochtones, comme celle de Glen Coulthard, tentent justement de briser cette surdité par une critique politique du système juridique, et ce, à partir de son extériorité.

Dans le dernier chapitre, j'ai voulu rendre plus clair le rôle de la parole (ou de l'oralité) dans la jurisprudence autochtone. S'il est tout à fait possible de mettre de l'avant l'importance de la parole, voire de démontrer sa supériorité face à l'écriture¹⁵⁵, j'ai pour ma part choisi de penser la performance de la parole comme l'envers de l'écriture, comme si les deux expériences humaines étaient les deux faces d'une même pièce. Il y aurait là, c'est mon hypothèse, une dialectique entre l'oralité et l'écriture, l'un suppléant l'autre, en attente d'être suppléé. On a beau avoir une preuve documentaire à déposer en cours, il faut pouvoir en témoigner en parole; tout comme un témoignage (oral) est déposé en preuve (par écrit), tout comme dans la mécanique du procès, les paroles prononcées pendant les délibérations seront retranscrites, parfois rendues publiques, tout comme l'écriture de la sentence passe par sa déclaration orale solennelle par le juge. L'un obtient sa valeur par l'autre. Dans les deux cas, toutefois, existe une réalité qui précède son admission en cours, cet incommensurable élément qui est cité, transformé, traduit par le droit. Cette réalité avant le droit – dans le cas qui nous intéresse, la parole autochtone avant son admissibilité (en preuve ou en témoignage) – ne reste que par sa transformation par le droit. Peut-être est-ce précisément là que se trouve le pouvoir transformateur du droit, dans sa capacité à transformer par la citation. Le droit *cite* : il ne fait peut-être que cela. Ce mode d'existence du langage juridique révèle son aporie : pour que le droit comme langage (qui se pense comme écriture) prenne en considération cet autre langage (la parole), il doit le transformer

¹⁵³ Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1995; Thomas Huber, *Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

¹⁵⁴ Je suis la métaphore biologique, avec l'autopoïèse, proposée par Maturana et Varela, *supra* note 32.

¹⁵⁵ C'est l'intention de l'autrice dans le dernier livre de Dalie Giroux, *Parler en Amérique. Oralité, colonialisme, territoire*, Montréal, Mémoire d'encrier, 2019.

pour en faire sien. Le philosophe Jacques Derrida pose le problème de manière particulièrement efficace, dans sa conférence « Signature événement contexte » (prononcée à Montréal en 1971) :

C'est sur cette possibilité que je voudrais insister : possibilité de prélèvement et de greffe citationnelle qui appartient à la structure de toute marque, parlée ou écrite, et qui constitue toute marque en écriture avant même et en dehors de tout horizon de communication sémio-linguistique; en écriture, c'est-à-dire en possibilité de fonctionnement coupé, en un certain point, de son vouloir-dire « originel » et de son appartenance à un contexte saturable et contraignant. Tout signe, linguistique ou non linguistique, parlé ou écrit (au sens courant de cette opposition), en petite ou en grande unité, peut être *cité*, mis entre guillemets; par là il peut rompre avec tout contexte donné, engendrer à l'infini de nouveaux contextes, de façon absolument non saturable. Cela ne suppose pas que la marque vaut hors contexte, mais au contraire qu'il n'y a que des contextes sans aucun centre d'ancrage absolu. Cette citationnalité, cette duplication ou duplicité, cette itérabilité de la marque n'est pas un accident ou une anomalie, c'est ce (normal/anormal) sans quoi une marque ne pourrait même plus avoir de fonctionnement dit « normal ». Que serait une marque que l'on ne pourrait pas citer? Et dont l'origine ne saurait être perdue en chemin?¹⁵⁶

Une marque (écrite ou orale), c'est-à-dire tout élément du discours, peut être citée : elle ne vit (et survit – pour reprendre une métaphore de la traduction chez Walter Benjamin¹⁵⁷) qu'à condition d'être citée. La question de savoir dans quelle mesure une cour de justice respecte véritablement la matérialité première du témoignage autochtone importera toujours moins que cette conclusion un peu décevante : une cour de justice n'admettra jamais la plénitude du témoignage, elle fera toujours œuvre de « critique » au sens premier (et grec) du mot : κρίνω, un triage, une distinction, une séparation, une décision – on ne peut juger sans mettre en pièces¹⁵⁸. Il s'agit là aussi d'un problème déjà abordé, mais non résolu : le droit autochtone ne *vaudrait-il*, actuellement, que s'il est reconnu par un droit allochtone? Quelles sont les conséquences de cette *valeur* (ou cette *absence* de valeur) pour le droit? Comment la corriger, si cela s'avère nécessaire? Le droit canadien doit-il – peut-il – penser l'oralité de la jurisprudence autochtone autrement? Sans pouvoir répondre

¹⁵⁶ Derrida, *supra* note 44 à la p 381.

¹⁵⁷ Walter Benjamin, « La tâche du traducteur » [1971].

¹⁵⁸ Le radical indo-européen a aussi donné, en latin, le verbe *cerno* et ses dérivés : cerner, concerner, décerner, discerner – mais aussi scruter, sécréter, excréter. C'est tout le vocabulaire du tamisage, ce qui passe et ce qui ne passe pas, ce qui doit demeurer et ce qui doit disparaître. Toute la mécanique de la traduction – et de l'hospitalité – s'y trouve en résumé.

exhaustivement à ces questions, il me semble nécessaire, à tout le moins d'amorcer des perspectives de recherche sur les lieux des droits autochtones au Canada.

L'ensemble des deux chapitres se voulait peut-être, après relecture, une tentative de penser métaphysiquement le problème de la « corruption », voire de la « contamination », en droit. Il s'agissait d'abord de montrer que le droit se pense d'abord et avant tout, si l'on suit la théorie luhmannienne, comme une totalité immanente sans aspérité. Par une sorte de tautologie plutôt efficace, le droit, en fin de compte, c'est du droit : c'est ce que le droit décide être du droit. Attaqué par une force extérieure, le droit y répond à sa manière, par son langage propre, visant la continuation de son être. Il s'agissait ensuite de montrer que le droit déborde de lui-même selon une logique de la complémentarité : ce qui le constitue, son objet, franchit constamment ses limites qu'il tente en vain de circonscrire. Que le droit soit un donné immanent totalement imperméable ou qu'il soit, au contraire, une surface entièrement ouverte vers son extériorité sont deux propositions strictement identiques du point de vue épistémologique. Dans les deux cas, son être se vit à travers l'adaptation à son environnement. Il s'agit, au fond, d'un vieux problème, celui de l'articulation entre l'être et le devenir, ou pour le dire de manière plus intelligente, entre la différence et la répétition. Le droit se définit à partir de sa propre performance.

Vers une nouvelle approche de la jurisprudence autochtone

Comment comprendre la différence entre le droit occidental et le droit autochtone en général? Faut-il même y voir une différence, accentuer la différence, dans la perspective, somme toute très canadienne, de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*? Le juriste français Pierre Loiseau de passage au Québec s'est intéressé au droit innu¹⁵⁹. De sa perspective d'« étranger », il rend compte du droit innu à partir de trois composantes majeures du droit civil : le mariage, la propriété et le contrat. Ce qu'il découvre, c'est que le droit innu ne possède aucun des trois, comment dès lors pourrait-il être compris comme un droit à part entière? La lecture de ce petit texte est fort intéressante, car ce qu'on

¹⁵⁹ Pierre Loiseau, « Introduction furtive au droit civil innu » (2010) 62:4 *Revue internationale de droit comparé* 1009-1020.

découvre avec lui est moins l'absence d'éléments essentiels du droit, mais la présence que laisse entrevoir cette absence : le droit nécessite-t-il toujours *ce que nous entendons* par mariage, propriété et contrat? Le travail analytique de Loiseau sur l'ordre innu vise en fait un retour sur le droit civil lui-même, et avec les ressources dont il dispose dans sa propre tradition, il est en mesure de conclure que ce qu'il perçoit dans l'ordre juridique innu, c'est du droit en soi¹⁶⁰. C'est donc en quelque sorte par le retour à lui-même qu'il peut expérimenter ce qu'est l'altérité. Cette « méthode » a toutefois ses difficultés : comment s'assurer de prendre en compte ce qui est autre, et pas seulement ce qu'on perçoit comme absent? Comment ne pas imposer ses propres schèmes conceptuels sur l'altérité, ce qui a pour effet de faire de l'altérité un donné immuable qui ne sert que ses intérêts propres?

Au-delà du problème épistémologique de la différence, il y a également le problème de son intégration ou de sa compréhension dans son identité. Il s'agit là d'un problème de la traduction en tant que concept épistémologique, et plus généralement du transfert. En 1953, le célèbre linguiste et sémiologue Roman Jakobson avait défini trois types de traduction : 1) la traduction intralinguale, comme explication ou reformulation, 2) la traduction interlinguale, la traduction entre les langues, et 3) la traduction intersémiotique, la traduction entre systèmes de signes, aussi appelée la transmutation¹⁶¹. Il y a eu de nombreux commentaires sur cette tripartition qui, de prime abord, semble simple et efficace. Elle laisse toutefois plusieurs zones d'obscurité, en particulier parce que Jakobson parle peu du dernier type de traduction (traduction intersémiotique) qu'il laisse à l'« intraduisible » (par exemple la poésie), mais aussi parce que plusieurs théoriciens se sont demandé si un quatrième type, une traduction intrasémiotique, ne devait pas compléter ce schéma. Le traductologue et poétologue Itamar Even-Zohar propose plutôt de penser cette problématique en termes de transfert¹⁶², ce qui implique de prendre en compte les changements inévitables qui ont lieu dans l'objet transféré entre son lieu de départ et son

¹⁶⁰ C'est en particulier chez Marc Aurèle et les stoïciens qu'il redécouvre ce qui pourrait se voir en fait comme des virtualités du droit romain non encore actualisées dans le droit qui lui est dérivé, le droit français. La thèse épistémologique qui sous-tend cette analyse n'est pas si différente de celle d'un Georges E. Sioui qui voit dans le concept de « cercle » une universalité antérieure à son dérèglement dans la « ligne » (la pensée eurocentriste), voir Georges E. Sioui, *Pour une histoire amérindienne de l'Amérique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999.

¹⁶¹ Jakobson, *supra* note 34.

¹⁶² Itamar Even-Zohar, *Polysystem Studies*, coll Poetics Today, n°vol. 11, n° 1, 1990 aux pp 73-78.

lieu d'arrivée. La question qui se pose dès lors est celle de savoir comment se transforment les concepts constitutifs d'un ordre juridique autochtone lorsqu'ils sont repris puis transformés par l'ordre juridique colonial.

Cette question est abordée par le juriste mi'kmaq Sákéj Henderson qui défend la légitimité d'une jurisprudence autochtone. Il écrit à cet égard que les

[...] First Nations cultures are frequently characterized inadequately as “oral” or “aural” cultures or condescendingly as “illiterate” peoples. These studies stress spoken communication. First Nations jurisprudences are shaped by and are best characterized as expressing diverse performance cultures and expressive symbolic forms.

First Nations legal media can be described as comparable (or analogous in legal expression) to the “synesthetic” tradition of early Greek and Hebrew societies. Through dynamic synthesis, First Nations jurisprudence exists not as a thing or noun or rule but rather as the overlapping and interpenetrating processes, perceptions, sensations, or activities that represent teachings, customs, and agreements¹⁶³.

Ce qu'il faut en comprendre, c'est que notre propre perception de l'altérité nous fait perdre de vue la légitimité propre des traditions normatives autochtones. L'altérité se transforme en absence conceptuelle. Il est toutefois intéressant de noter qu'Henderson mentionne, à titre de comparaison, la tradition grecque et hébraïque, comme si, pour bien comprendre l'altérité radicale, c'est en soi-même, au plus profond de notre propre tradition, qu'il fallait chercher le « commun » entre nos systèmes normatifs. Cette proposition n'est pas si différente de la réflexion méthodologique employée par Loiseau qui retrouve du droit romain dans le droit innu et, de là, réussit à faire des liens avec un droit français virtuel. J'aborderai rapidement dans les prochaines lignes quelques points de contact préliminaires à une réflexion plus grande qui reste à faire sur la traductibilité possible entre le droit colonial de la société majoritaire et les ordres juridiques autochtones.

La qualification apposée à la tradition orale autochtone a fait l'objet de plusieurs critiques. Quelle est la nature de cette tradition orale? Dans l'affaire *Delgamuukw*, par exemple, le juge de première instance a qualifié une partie de la preuve de « mythologie » :

¹⁶³ James Youngblood Henderson, *First Nations Jurisprudence and Aboriginal Rights: Defining the Just Society*, Saskatoon, Native Law Centre, University of Saskatchewan, 2006 aux pp 164-165.

Mrs. Johnson, another significant witness, did not have a clear understanding of the boundaries of her House, but she spoke comprehensively about its legends. When asked about the *adaawk* of her House of Antgulilibix she related several stories which I would have classified generally as mythology. The stories described supernatural grizzly bears, unseasonable snowstorms and the migration of her people in ancient times from Kitseguecla or Kitwanga to a clearing where there is now a vegetable farm near Kispiox, and eventually to the Gitksan village of Kispiox where several Gitksan Houses have been located for many years¹⁶⁴.

Le problème ici répète ce qui a été dit plus haut : c'est l'apparence du discours de l'altérité qui se fait catégoriser dans une typologie étrangère. Sans être la seule, une manière d'éviter le jugement erroné sur la nature de la tradition orale est de voir notre propre droit comme *forme* mythologique :

A legal tradition [...] includes not only a corpus juris, but also a language and a mythos – narratives in which the corpus juris is located by those whose wills act upon it. These myths establish the paradigms for behavior. They build relations between the normative and the material universe, between the constraints of reality and the demands of an ethic. These myths establish a repertoire of moves – a lexicon of normative action – that may be combined into meaningful patterns culled from meaningful patterns of the past¹⁶⁵.

Tout droit implique un mythe, ne serait-ce que dans la narration qu'il se fait de lui-même. Il faut dès lors tenter de penser la communauté de sens possible dans les traditions juridiques. Il s'agit d'un travail de longue haleine, car il est impossible de mettre tous les récits oraux autochtones sous un même genre narratif¹⁶⁶. On peut toutefois admettre que tous possèdent des récits normatifs, qui présentent des personnages – comme des héros, des monstres, des *tricksters*, etc.¹⁶⁷ – relevant plus ou moins de mythes ou d'histoires

¹⁶⁴ McEachern, *supra* note 3 à la p 57; *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, *supra* note 2 au para 98: « L'implication du raisonnement du juge de première instance est qu'il ne devrait jamais être accordé de valeur probante indépendante aux récits oraux et que, dans les litiges sur les droits ancestraux, ces récits ne sont utiles qu'à titre d'éléments de preuve tendant à en confirmer d'autres. Je crains que, si ce raisonnement était suivi, la valeur des récits oraux des peuples autochtones serait constamment et systématiquement sous-estimée par le système juridique canadien, en contravention des instructions expresses à l'effet contraire qui ont été données dans l'arrêt Van der Peet, précité, et suivant lesquelles les tribunaux doivent interpréter la preuve présentée par les peuples autochtones en tenant compte des difficultés inhérentes à l'examen des revendications autochtones. »; la cour fait référence à *Van der Peet v. R.*, [1996] 2 SCR 507, 1996.

¹⁶⁵ Robert M Cover, « Nomos and Narrative » (1983) 97:4 *Harvard Law Review* 4-68 à la p 9; cité dans Henderson, *supra* note 188 à la p 124.

¹⁶⁶ Voir à ce propos Gaertner, *supra* note 1.

¹⁶⁷ Sur cette question, voir John Borrows, « Heroes, Tricksters, Monsters, and Caretakers: Indigenous Law and Legal Education » (2016) 61:4 *McGill Law Journal* 795-846; sur les sources du droit autochtone, voir également John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, ch 2-3.

locales transmuées en histoires exemplaires¹⁶⁸. Cette situation est-elle si différente de celle à partir de laquelle se constitue le droit canadien avec sa jurisprudence? Repenser les termes d'un récit « mythologique », dans la différence entre ce qu'on connaît parce qu'on l'a perçu et ce qu'on connaît parce qu'on nous l'a raconté, permettrait-il de penser autrement non seulement le rapport du témoin avec ce qu'il énonce, mais aussi la relation entre l'énonciateur comme sujet du discours et le sujet de l'énoncé. Il y aurait peut-être là une vérité du récit dans le discours juridique à redécouvrir. On me permettra de longuement citer Hannah Arendt sur la « condition humaine » pour appuyer mon propos :

The realm of human affairs, strictly speaking, consists of the web of human relationships which exists wherever men live together. The disclosure of the “who” [*qui nous sommes*, plutôt que *ce que nous sommes*] through speech, and the setting of a new beginning through action, always fall into an already existing web where their immediate consequences can be felt. Together they start a new process which eventually emerges as the unique life story of the newcomer, affecting uniquely the life stories of all those with whom he comes into contact. It is because of this already existing web of human relationships, with its innumerable, conflicting wills and intentions, that action almost never achieves its purpose; but it is also because of this medium, in which action alone is real, that it “produces” stories with or without intention as naturally as fabrication produces tangible things. These stories may then be recorded in documents and monuments, they may be visible in use objects or art works, *they may be told and retold and worked into all kinds of material*. They themselves, in their living reality, are of an altogether different nature than these reifications. They tell us more about their subjects, the “hero” in the center of each story, than any product of human hands ever tells us about the master who produced it, and yet they are not products, properly speaking. Although everybody started his life by inserting himself into the human world through action and speech, nobody is the author or producer of his own life story. In other words, the stories, the results of action and speech, reveal an agent, but this agent is not an author or producer. Somebody began it and is its subject in the twofold sense of the word, namely, its actor and sufferer, but nobody is its author¹⁶⁹.

Arendt délimite clairement la différence entre le héros (du récit) et le narrateur, mais elle institue une codépendance : le héros est le sujet de l'histoire (au sens où il agit, c'est l'acteur de l'histoire racontée), mais il est également assujetti à l'histoire (au sens où il a besoin d'un auteur, celui qui raconte l'histoire). C'est le poète – ou le conteur, ou l'historien – qui

¹⁶⁸ On pourrait également citer le cas de la relation entre les *atanukan* et les *tipatshimun* chez les Innus, voir Rémi Savard, *Le rire précolombien dans le Québec d'aujourd'hui*, Montréal, L'Hexagone/Parti pris, 1977 à la p 63 sqq.

¹⁶⁹ Hannah Arendt, *The Human Condition*, 2nd edition, Chicago, University of Chicago Press, 1998 aux pp 183-184. Je souligne.

produit le héros, en le traduisant dans un récit : c'est parce qu'il raconte l'histoire du héros que le héros survit *dans la mémoire* (peu importe son support : livresque ou oral)¹⁷⁰. Cette structure de codépendance entre le poète et le héros, entre celui qui raconte et celui qui est raconté, donne au « public » ses repères, ses normes, ses exemples. Le héros est *exemplaire* : il est à la fois le modèle d'une bonne action (ou de contre-modèle dans le cas d'une action à proscrire), mais il est aussi – et c'est le sens premier du mot – retranché de la mondanité¹⁷¹. Il n'appartient pas de ce monde, il en est surélevé, subsumé, transfiguré. Pourrait-on dès lors voir dans la relation entre le héros et le poète, et plus précisément dans la transformation, une fois racontée, d'une action mondaine en thème héroïque. Il faut alors penser l'« histoire » dans son double sens : l'histoire qu'on raconte et l'Histoire comme processus de réification des récits normatifs.

Voilà peut-être une nouvelle manière de penser la jurisprudence. Quelle est-elle, au fond? La *prudentia* du droit : la connaissance pratique et les compétences du droit (un des sens du mot latin dans le Gaffiot). Comme acquisition et conservation des connaissances, la jurisprudence vise à rendre le droit avec clairvoyance – prévoyance et prévision : on convertit une décision passée (qu'on connaît en second) en action juridique pour le futur (dont on est le témoin au présent). La jurisprudence ne serait-elle ainsi que du oui-dire sédimenté et légitimé par l'histoire? De quel droit, dès lors, le droit canadien refuse-t-il le droit autochtone? Le sérieux qu'on accorde à un droit différent est donc sans véritable fondement hors du droit *en tant que droit*. Tenant sa légitimité que par tautologie, le droit n'exclut que parce qu'il ne peut faire que cela : son autolégitimation implique l'exclusion, c'est la loi de son genre. Entre un droit autochtone et un droit allochtone, la différence n'est ainsi plus si perceptible : tous deux se constituent comme jurisprudence, c'est-à-dire comme la tradition d'un oui-dire sédimenté ou, pour le dire contre Paul Celan, par le témoignage d'un témoignage. En ce sens, en droit, on témoigne toujours pour le témoin,

¹⁷⁰ Voir *Ibid* à la p 194 à propos d'Achille : « Even Achilles, it is true, remains dependent upon the storyteller, poet, or historian, without whom everything he did remains futile; but he is the only “hero,” and therefore the hero par excellence, who delivers into the narrator's hands the full significance of his deed, so that it is as though he had not merely enacted the story of his life but at the same time also “made” it. »

¹⁷¹ Le latin *exemplaris* vient d'*exemplum* (« l'exemple »), du verbe *eximo* (« ôter, retrancher »), composé du préfixe *ex-* (« hors de ») et *emo* (« prendre » ou « acheter »). L'« exemplaire » est retiré du marché, de l'économie normale de l'échange.

sans nécessairement témoigner à sa place. C'est le constat que faisait Derrida sur la relation entre le juge et le témoin :

Le juge, l'arbitre ou le destinataire du témoignage n'est donc pas un témoin : il ne peut ni ne doit l'être. Et pourtant il faut bien qu'en fin de compte le juge, l'arbitre ou le destinataire soient *aussi* des témoins; il faut bien qu'ils puissent témoigner, à leur tour, devant leur conscience ou devant autrui, de ce à quoi ils ont assisté, de ce à quoi ils ont été présents, de ce en présence de quoi ils se sont trouvés : le témoignage du témoin venu à la barre. C'est seulement sur le fondement de ce témoignage qu'ils pourront justifier, justement, leur jugement. Le juge, l'arbitre, l'historien reste aussi un témoin, un témoin de témoin quand il reçoit, évalue, critique, interprète le témoignage d'un survivant, par exemple un survivant [...]¹⁷².

La réception ou non d'une tradition orale autochtone par le droit canadien pourrait ainsi se voir comme une question morale : il y a lieu d'élargir les critères du droit canadien pour qu'une plus grande réception du droit autochtone ait lieu, et ce, parce que les caractéristiques qu'on attribue à la tradition orale autochtone ne diffèrent pas essentiellement de ce qu'on nomme « jurisprudence » dans le droit canadien. Cette manière de voir la problématique n'est toutefois pas la seule.

Repenser le lieu du droit canadien

Pour conclure cette thèse, je me permets d'ouvrir la problématique vers d'autres questions. Comment repenser, à partir d'une réflexion sur la traduction, les relations entre le droit canadien et les ordres juridiques autochtones? Y a-t-il toujours lieu de parler de droit? Y a-t-il toujours lieu de parler du Canada?

En stylistique, on parle d'une syllepse lorsqu'un même mot a au moins deux significations selon qui l'utilise. Ce qu'on pourrait nommer, comme en anglais, le « *double entendre* », dit aussi l'impossibilité de se comprendre ou, plus exactement, l'impossibilité de ne pas se comprendre, dans ce qui s'apparente à un dialogue de sourds. En utilisant les mêmes mots, on ne prend pas conscience qu'on parle des langues différentes. « Droit » pourrait en être un; « Canada » en serait un autre. Le juriste anishinabe John Borrows, tente

¹⁷² Derrida, *supra* note 106 aux pp 63-64.

de penser la pluralité juridique canadienne à travers la redécouverte et l'approfondissement de l'histoire de l'État canadien, et ce, en nous faisant entendre de nouveau, cette fois de manière double, donc avec une certaine duplicité, le droit canadien. Un exemple qu'il donne est une relecture du traité de Niagara, un traité conclu en 1764 en continuité avec la *Proclamation royale*, et qui doit être compris comme son envers indigène. Pour comprendre véritablement le texte, nous dit Borrows, il faut le mettre en contexte, et celui-ci est autochtone :

In order to appreciate the meaning that the Royal Proclamation holds for First Nation peoples, one must first understand its historical context. Contextualization of the Proclamation reveals that one cannot interpret its meaning using the written words of the document alone. To interpret the principles of the Proclamation using this procedure would conceal First Nations perspectives and inappropriately privilege one culture's practice over another. First Nations chose to chronicle their perception of the Proclamation through other methods such as contemporaneous speeches, physical symbols, and subsequent conduct. First Nations perspectives about the Proclamation become more conspicuous when reconstructed using these different sources because this method respects the facts that literacy in First Nations was orally based¹⁷³.

Selon Borrows, pour comprendre la tradition juridique canadienne aujourd'hui, il faut prendre en compte non seulement le texte, mais ce qui accompagne le texte : une tradition orale qui a été conservée du côté autochtone. Mais Borrows semble aller plus loin : pour comprendre les textes de la tradition juridique allochtone, il faut passer par les contextes autochtones¹⁷⁴. Le texte de la *Proclamation royale* ne peut se comprendre qu'en lien avec son contexte, lequel comprend la conclusion du traité de Niagara l'année suivante où un Two-Row Wampum a été échangé :

The Royal Proclamation became a treaty at Niagara because it was presented by the colonialists for affirmation, and was accepted by the First Nations. However, when presenting the Proclamation, both parties made representations and promises through methods other than the written word, such as oral statements and belts of wampum¹⁷⁵.

¹⁷³ Borrows, *supra* note 78 à la p 156.

¹⁷⁴ On pourrait même suggérer que toute prise en compte d'un contexte dans un cadre colonial participe d'une méthode « autochtone » de lecture (ou écoute) des textes. Il nous semble que c'est ce que tente de faire l'anthropologue Michael Asch avec son analyse des écrits entourant la signature du Traité n° 4 en Saskatchewan, voir Michael Asch, *On Being Here to Stay: Treaties and Aboriginal Rights in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2014.

¹⁷⁵ Borrows, *supra* note 78 à la p 161.

The two-row wampum belt illustrates a First Nations/Crown relationship that is founded on peace, friendship, and respect, where each nation will not interfere with the internal affairs of the other. An interpretation of the Proclamation using the Treaty of Niagara discredits the claims of the Crown to exercise sovereignty over First Nations¹⁷⁶.

L'interprétation donnée par Borrows de l'épisode du traité de Niagara n'est ainsi pas celle du *Spirit of Haida Gwaii* mentionnée dans le premier chapitre, elle n'est pas non plus celle, à proprement parler, du Two-Row Wampum tel qu'interprété par Michael Mitchell. Dans le premier cas, le droit autochtone serait inféodé à la reconnaissance étatique, et ainsi la souveraineté canadienne prévaudrait sur la tradition juridique autochtone. Dans le deuxième, le droit autochtone serait séparé du droit colonial, et aucun lien entre les deux ne serait possible. À la fois totalement intérieure à l'État canadien et entièrement extérieure au point d'être incommensurable, les traditions juridiques autochtones, et l'histoire des peuples autochtones dont elles sont l'expression sont à la fois indispensable pour penser le droit canadien en général, mais également séparée de celui-ci à un point tel que l'État canadien ne peut pas y légiférer comme il l'entend.

L'interprétation de Borrows ne revient toutefois pas seulement à subvertir la hiérarchie des ordres, elle les *pervertit* : le droit canadien ne se comprend que lorsqu'il est en contact avec les ordres juridiques autochtones. Sans eux, il est défaillant. Un nouveau regard sur le droit canadien, ce que nous invite à faire Borrows, nous oblige ainsi à changer radicalement notre perspective : il faut cesser de se demander si le droit canadien a ce qu'il faut pour accueillir les ordres juridiques autochtones, mais se demander si le droit colonial canadien a encore sa place, quelle est-elle et comment peut-elle se constituer à l'intérieur des ordres juridiques situés. Ainsi, il faut peut-être dès lors, pour continuer la métaphore végétale célèbre de l'affaire « personne »¹⁷⁷, que le droit colonial canadien soit greffé à l'arbre autochtone et non l'inverse. Dans un tout autre champ disciplinaire, les études littéraires, le critique muscogee-cherokee Craig Womack originaire des États-Unis nous invite à faire ce geste :

To take this one stop further, the primary purpose of this study is not to argue for canonical inclusion or opening up Native literature to a broader audience. Efforts

¹⁷⁶ *Ibid* à la p 164.

¹⁷⁷ *Edwards c Canada (Procureur général du Canada)*, *supra* note 19.

toward that end may be necessary for forming broader alliances, and others have taken up these issues in other books. This study takes a different tack. I say that tribal literatures are not some branch waiting to be grafted onto the main trunk. Tribal literatures are the *tree*, the oldest literatures in the Americas, the most American of American literatures. We *are* the canon. [...] Without Native American literature, *there is no American canon*¹⁷⁸.

Il s'agit d'une invitation à repenser l'hospitalité du lieu, en prenant conscience, même si on tend à l'oublier, que le droit canadien est dérivé d'un droit greffé sur ces lieux. En définitive, cette thèse pourrait se voir comme une ouverture à l'exploration empirique à venir de pratiques normatives se constituant dans les interstices des divers ordres juridiques au Canada, qu'ils soient autochtones ou allochtones¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Craig S Womack, *Red on Red: Native American Literary Separatism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999 aux pp 6-7.

¹⁷⁹ Ce qu'on pourrait nommer du droit intersociétal, suivant la conclusion de Kent McNeil, « La relativité de la souveraineté de jure au Canada, 1600-2018 » (2018) 49:2 *Revue de droit d'Ottawa* 305-329 aux pp 326-329.

Bibliographie

Jurisprudence

Edwards c Canada (Procureur général du Canada), [1928] SCR 276.
Stein c. Le navire « Kathy K », [1976] 2 RCS 802.
Bendix Autolite v. Miswesco Enters, [1988] 486US888,897.
Delgamuukw v The Queen, [1991] Western Weekly Reports 3.
Delgamuukw v. British Columbia, [1993] 30 BCAC 1.
Van der Peet v. R., [1996] 2 SCR 507.
Delgamuukw c Colombie-Britannique, [1997] 3 RCS 1010.
Mitchell c. Ministre du Revenu national, [2001] CSC 33.
Benoit c Canada, FCJ No 257, [2002] FCT 243.
Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 RCS 235.
Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Maria Carmela Bove, [2016] QCCQ 13829.

Lois et règlements

Code civil du Québec, CCQ-1991.
Code de procédure pénale, RLRQ c C-251.
Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), ch 11.
Loi sur la preuve au Canada, LRC (1985), ch C-5.
Proclamation royale, 1763, LRC (1985), app II, no 1.

Livres

Agamben, Giorgio. *Ce qui reste d'Auschwitz: Homo sacer, tome 3*, trad par Pierre Alferi, Paris, Rivages, 2003.
Anker, Kirsten. *Declarations of Interdependence: A Legal Pluralist Approach to Indigenous Rights*, New York, Routledge, 2014.
Arendt, Hannah. *The Human Condition*, 2nd edition, Chicago, University of Chicago Press, 1998.
Asch, Michael. *On Being Here to Stay: Treaties and Aboriginal Rights in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2014.
Benveniste, Émile. *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. Tome 2: pouvoir, droit, religion*, Éditions de Minuit, coll Le sens commun, Paris, 1969.
Berman, Antoine. *L'épreuve de l'étranger. Culture et traduction dans l'Allemagne romantique: Herder, Goethe, Schlegel, Novalis, Humboldt, Schleiermacher, Hölderlin*, Éditions Gallimard, Paris, 1984.
———. *Pour une critique des traductions: John Donne*, Éditions Gallimard, Paris, 1995.
———. *La traduction et la lettre, ou L'auberge du lointain*, Éditions du Seuil, Paris, 1999.
Bhabha, Homi. *Les lieux de la culture. Une théorie postcoloniale*, Éditions Payot, trad par Françoise Bouillot, Paris, 2007.

- Bodin, Jean. *Les six livres de la République*, Paris, LGF, 1993.
- Bonaparte, Darren. *A Lily Among Thorns: The Mohawk Repatriation of Káteri Tekahkwí:tha*, Ahkwesáhsne Mohawk Territory, The Wampum Chronicles, 2009.
- Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010.
- Celan, Paul. *Renverse du souffle*, Paris, Seuil, 2003.
- Cicéron. *L'Orateur. Du meilleur genre d'orateurs*, trad par Henri Bornecque, Paris, Les Belles Lettres, 1921.
- Coulthard, Glen Sean. *Red Skin, White Masks: Rejecting the Colonial Politics of Recognition*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2014.
- . *Peau rouge, masques blancs. Contre la politique coloniale de la reconnaissance*, trad par Arianne Des Rochers et Alex Gauthier, coll Humanités, Montréal, Lux éditeur, 2018.
- Cruikshank, Julie. *The Social Life of Stories: Narrative and Knowledge in the Yukon Territory*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1998.
- Davies, Margaret. *Delimiting the Law: « Postmodernism » and the Politics of Law*, London, Pluto Press, 1996.
- De Sutter, Laurent. *Magic. Une métaphysique du lien*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015.
- . *Après la loi*, coll Perspectives critiques, Paris, Presses Universitaires de France, 2018.
- Debray, Régis. *Dieu, un itinéraire: matériaux pour l'histoire de l'Éternel en Occident*, coll Le champ médiologique, Paris, Odile Jacob, 2001.
- Deleuze, Gilles et Félix Guattari. *Mille plateaux*, Éditions de Minuit, Paris, 1980.
- . *Qu'est-ce que la philosophie?*, Minuit, Paris, 1991.
- Denis, Claude. *We Are Not You: First Nations and Canadian Modernity*, Toronto, University of Toronto Press, 1997.
- Derrida, Jacques. *De la grammatologie*, Éditions de Minuit, Paris, 1967.
- . *La vérité en peinture*, Flammarion, Paris, 1978.
- . *Limited Inc.*, Éditions Galilée, Paris, 1990.
- . *Force de loi*, coll La philosophie en effet, Paris, Galilée, 1994.
- . *Papier Machine: le ruban de machine à écrire et autres réponses*, Éditions Galilée, Paris, 2001.
- . *Poétique et politique du témoignage*, coll Carnets, Paris, L'Herne, 2005.
- . *Copy, Archive, Signature: A Conversation on Photography*, trad par Jeff Fort, Stanford, Stanford University Press, 2010.
- Derrida, Jacques et Anne Dufourmantelle. *De l'hospitalité*, coll Petite bibliothèque des idées, Paris, Calmann-Lévy, 1997.
- Derrida, Jacques et Bernard Stiegler. *Échographies de la télévision*, Paris, Galilée, 1996.
- Didi-Huberman, Georges. *Images malgré tout*, Paris, Minuit, 2003.
- Émond, André et Lucie Lauzière. *Introduction à l'étude du droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.
- Even-Zohar, Itamar. *Polysystem Studies*, coll Poetics Today, n°vol 11, n° 1, 1990.
- Fanon, Frantz. *Peau noire, masques blancs*, coll Esprit, Paris, Seuil, 1952.
- Farge, Arlette. *Le Goût de l'archive*, Paris, Le Seuil, 1989.

- Ferrarese, Estelle. *Niklas Luhmann, une introduction*, coll Une introduction, Paris, Pocket, 2007.
- Gautrais, Vincent. *Preuve technologique*, Montréal, LexisNexis, 2014.
- Giroux, Dalie. *Parler en Amérique. Oralité, colonialisme, territoire*, Montréal, Mémoire d'encrier, 2019.
- Henderson, James Youngblood. *First Nations Jurisprudence and Aboriginal Rights: Defining the Just Society*, Saskatoon, Native Law Centre, University of Saskatchewan, 2006.
- Hobbes, Thomas. *Léviathan*, Paris, Gallimard, 2000.
- House, Julianne. *Translation Quality Assessment: Past and Present*, New York, Routledge, 2015.
- Huber, Thomas. *Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- Lacasse, Jean-Paul. *Les Innus et le territoire: innu tipenitamun*, coll Territoires, Sillery, Septentrion, 2004.
- Ladmiral, Jean-René. *Traduire: théorèmes pour la traduction*, coll Petite Bibliothèque Payot, n°366, Paris, Payot, 1979.
- Latour, Bruno. *La Science en action: Introduction à la sociologie des sciences*, Paris, La Découverte, 1989.
- Le Blanc, Charles. *Le complexe d'Hermès: regards philosophiques sur la traduction*, Presses de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 2009.
- Legendre, Pierre. *Leçons VII : Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit*, Paris, Fayard, 1988.
- Lévi-Strauss, Claude. *Tristes tropiques*, Paris, Éditions Plon, 1955.
- Luhmann, Niklas. *Essays on Self-Reference*, New York, Columbia University Press, 1990.
- . *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1995.
- Mangerel, Caroline. *Le traître démonté: figures du traducteur et du métis dans les sémiosphères des Amériques*, thèse de doctorat en sémiologie sous la direction de Rachel Bouvet, Université du Québec à Montréal, 2013, en ligne : <<https://archipel.uqam.ca/6098/>>.
- Marx, Karl. *Contribution à la critique de la Philosophie du droit de Hegel*, trad par Jules Molitor, Paris, Allia, 2018.
- Maturana, Humberto et Francisco Javier Varela. *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Dordrecht, Reidel, 1980.
- McEachern, Allan. *Reasons for Judgement: Delgamuukw v. B.C.*, Smithers, Supreme Court of British Columbia, 1991.
- Morisset, Jean. *Sur la piste du Canada errant*, Montréal, Boréal, 2018.
- Ost, François. *Le droit comme traduction*, Québec, Presse de l'Université Laval, 2009.
- Ouaknin, Marc-Alain. *Le Livre brûlé: philosophie du Talmud*, coll Lieu commun, Paris, Seuil, 1994.
- Platon. *Le Phèdre*, trad par Guillaume Budé, Paris, Les Belles Lettres, 1924.
- Prémont, Marie-Claude. *Tropismes du droit: logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, coll Le droit aussi, Montréal, Liber/Thémis, 2003.

- Rabault, Hugues. *Un monde sans réalité? En compagnie de Niklas Luhmann: épistémologie, politique et droit*, coll Dikè, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012.
- Rouland, Norbert. *L'anthropologie juridique*, coll Que sais-je?, Paris, Presses Universitaires de France, 1990.
- Saul, John Ralston. *A Fair Country: Telling Truths About Canada*, Penguin Canada, 2008.
- Saussure, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale* [1916], Paris, Éditions Payot, 1995.
- Savard, Rémi. *Le rire précolombien dans le Québec d'aujourd'hui*, Montréal, L'Hexagone/Parti pris, 1977.
- Schleiermacher, Friedrich Daniel Ernst. *Des différentes méthodes du traduire. Sur l'idée leibnizienne, encore inaccomplie, d'une langue philosophique universelle*, Éditions du Seuil, trad par Antoine Berman, Paris, 1999.
- Schmitt, Carl. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1934.
- Sioui, Georges E. *Pour une histoire amérindienne de l'Amérique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999.
- Sloterdijk, Peter. *Derrida, un Égyptien: le problème de la pyramide juive*, trad par Olivier Mannoni, Paris, Maren Sell, 2006.
- Tully, James. *Strange Multiplicity: Constitutionalism in the Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- Turner, Dale. *This Is Not a Peace Pipe: Towards a Critical Indigenous Philosophy*, Toronto, University of Toronto Press, 2006.
- Tyulenev, Sergey. *Applying Luhmann to translation studies: Translation in society*, New York, Routledge, 2012.
- Vinay, Jean-Paul et Jean Darbelnet. *Stylistique comparée du français et de l'anglais: méthode de traduction*, Montréal, Beauchemin, 1973.
- Wiener, Norbert. *The Human Use of Human Beings*, Boston, Houghton Mifflin, 1950.
- Womack, Craig S. *Red on Red: Native American Literary Separatism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999.

Articles et chapitres d'ouvrages collectifs

- Alloa, Emmanuel. « “Là où il y a preuve, il n'y a pas de témoignage”: Les apories du témoin selon Jacques Derrida » (2017) 115:2 *Revue philosophique de Louvain* 289-303.
- Anker, Kirsten. « The truth in painting: cultural artefacts as proof of native title » (2005) 9 *Law Text Culture* 91-124.
- Ashby, W. Ross. « Principles of the Self-Organizing System » dans W Buckley, dir, *Modern System Research for the Behavioral Scientist*, Chicago, Aldine, 1968.
- Belley, Jean-Guy. « Pluralisme juridique », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e édition, Paris, LGDJ.
- Benjamin, Walter. « La tâche du traducteur » [1971].
- Borrows, John. « 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, 1998, 155-172.

- . « Sovereignty's alchemy: an analysis of Delgamuukw v. British Columbia » (1999) 37 Osgoode Hall Law Journal.
- . « Heroes, Tricksters, Monsters, and Caretakers: Indigenous Law and Legal Education » (2016) 61:4 McGill Law Journal 795-846.
- Christie, Gordon. « The Court's Exercise of Plenary Power: Rewriting the Two-Row Wampum » (2002) 16:2d Supreme Court Law Review 285-300.
- . « A Colonial Reading of Recent Jurisprudence: Sparrow, Delgamuukw and Haida Nation » (2005) 23:1 Windsor Yearbook of Access to Justice 17-53.
- Cover, Robert M. « Nomos and Narrative » (1983) 97:4 Harvard Law Review 4-68.
- Crenshaw, Kimberle et Gary Peller. « Reel Time/Real Justice » (1993) 70:2 Denver University Law Review 283-296.
- Crépon, Marc. « Traduire, témoigner, survivre » (2006) 2006/2:52 Rue Descartes 27-38.
- Cruikshank, Julie. « Invention of Anthropology in British Columbia's Supreme Court: Oral Tradition as Evidence in Delgamuukw v. BC » [1992] 95 BC Studies: The British Columbian Quarterly 25-42.
- Derrida, Jacques. « Force et signification » dans *L'écriture et la différence*, Paris, Seuil, 1967, 9-49.
- . « La pharmacie de Platon » dans par Jacques Derrida, *La dissémination*, Éditions du Seuil, Paris, 1972, 69-197.
- . « Signature événement contexte » dans *Marges de la philosophie*, Paris, Minuit, 1972, 365-393.
- Derrida, Jacques. « Force de loi: le "fondement mystique de l'autorité"/ Force of law: the "mystical foundation of authority" [version bilingue] » (1990) 11 Cardozo Law Review 919-1045, trad Mary Quaintance.
- Friedland, Hadley et Val Napoleon. « Gathering the Threads: Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions » (2016) 1:1 Lakehead Law Journal.
- Gaertner, David. « 20 October 2008 : Translating Reconciliation » dans *Translation Effects : The Shaping of Modern Canadian Culture*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2014.
- Gautrais, Vincent. « Preuve - Preuve des reproductions: vues d'ailleurs! » [2014] 4 Cahiers Droit, Sciences & Technologies 301-316.
- Gautrais, Vincent et Patrick Gingras. « La preuve des documents technologiques » (2010) 22:2 Les Cahiers de propriété intellectuelle 267-315.
- Goodwin, Charles et Marjorie Harness Goodwin. « Contested vision: the discursive constitution of Rodney King » dans par Britt-Louise Gunnarsson, Per Linell et Nordberg, *The Construction of Professional Discourse*, London & New York, Routledge, 1997, 292-316.
- Grammond, Sébastien. « L'appartenance aux communautés inuit du Nunavik: un cas de réception de l'ordre juridique inuit? » (2008) 23:1-2 Canadian Journal of Law and Society 93-119.
- . « La réception des systèmes juridiques autochtones au Canada » dans par Albert Breton, Anne Des Ormeaux, Katharina Pistor et Pierre Salmon, *Le multijuridisme: manifestations, causes et conséquences*, Paris, Eska, 2010.
- Green, Joyce. « Autodétermination, citoyenneté et fédéralisme: pour une relecture autochtone du palimpseste canadien » (2004) 23:1 Politique et sociétés 9-32.

- Griffiths, John. « What is legal pluralism? » [1986] 24 *Journal of Legal Pluralism* 1-5.
- Houde, Marie et Ghislain Otis. « Les logiques de la rationalité judiciaire et le processus de la preuve dans le contentieux des droits des peuples autochtones : le cas des récits oraux » [2011] 41 *Revue générale de droit*.
- House, Julianne. « Overt and covert translation », *Handbook of Translation Studies, I*, Amsterdam/Philadelphia, John Benjamins Publishing Company.
- . « Traduction explicite et implicite », *Handbook of Translation Studies online*, traduit par René Lemieux, Amsterdam/Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, en ligne: <<https://benjamins.com/online/hts/articles/ove1.fr>>.
- Jacobson, Arthur J. et Günther Teubner. « Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann » [1989] 1647-1689.
- Jakobson, Roman. « Aspects linguistiques de la traduction » dans *Essais de linguistique générale*, Paris, Éditions de Minuit, 1986, 78-86.
- Kymlicka, Will. « Ethnocultural Diversity in a Liberal State: Making Sense of the Canadian Model(s) » dans par Keith Banting, Thomas J Courchene et F Leslie Seidle, *Belonging? Diversity, Recognition and Shared Citizenship in Canada*, III, coll The art of the state, Montréal, IRPP, 2007, 39-86.
- Lavoie, Judith. « Le bilinguisme législatif et la place de la traduction » (2003) 16:1 *TTR: traduction, terminologie, rédaction* 121-139.
- Lemieux, René. « La souveraineté peut-elle se transférer? Les enseignements de la traduction du traité de Waitangi (1840) » (2016) 29:2 *TTR: traduction, terminologie, rédaction* 73-98.
- . « Thanatographie d'Étienne Dolet: spéculer sur la liberté en traduction, la Modernité et la crainte de mourir » [2016] 4 *Le Cygne noir*.
- . « Thème et version dans la législation québécoise: la cause des Barreaux et la traduction des lois » (2018) 9 *Trahir*, en ligne : Trahir <<https://trahir.wordpress.com/2018/04/27/lemieux-barreaux/>>.
- Lemieux, René et Simon Labrecque. « L'État colonial canadien face aux récits identitaires québécois et autochtones » dans par Luis A Abanto et Ana M Fernández, *Reflecting on Identities and Cultural Frameworks in a Globalized World/ Sobre identidades y marcos culturales en tiempos globalizados*, coll Ottawa Hispanic Studies, Ottawa, Alter, 2018, 109-127.
- Lettvin, Jerome Y., Humberto Maturana, Warren S. McCulloch et Walter H. Pitts. « What the Frog's Eye Tells the Frog's Brain » (1959) 47:11 *Proceedings of the Institute of Radio Engineers*.
- Loiseau, Pierre. « Introduction furtive au droit civil innu » (2010) 62:4 *Revue internationale de droit comparé* 1009-1020.
- Luhmann, Niklas. « The self-reproduction of law and its limits » [1986] 3 *Dilemmas of law in the welfare state* 111-127.
- . « Closure and openness: On reality in the world of law » dans *Autopoietic law: A new approach to law and society*, 1988, 335-348.
- . « Law as a Social System » (1989) 83:1-2 *Northwestern University Law Review* 136-150.
- . « Le droit comme système social » [1989] 11-12 *Droit et société* 53-67.
- . « Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System » (1992) 13 *Cardozo Law Review* 1419-1441.

- McCall, Sophie. « 1997: The Supreme Court of Canada Rules that the Laws of Evidence Must Be Adapted to Accommodate Aboriginal Oral Histories » dans par Kathy Mezei, Sherry Simon et Luise von Flotow, *Translation Effects : The Shaping of Modern Canadian Culture*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2014, 430-443.
- McNeil, Kent. « La relativité de la souveraineté de jure au Canada, 1600-2018 » (2018) 49:2 *Revue de droit d'Ottawa* 305-329.
- Mitchell, Michael Kanentakeron. « 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.
- Napoleon, Val. « Delgamuukw: A Legal Straightjacket for Oral Histories? » (2005) 20:2 *Canadian Journal of Law and Society* 123-155.
- Otis, Ghislain. « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche » dans par Ghislain Otis, *Méthodologie du pluralisme juridique*, coll 4 vents, Karthala, 2012, 288.
- Pillay, Sukanya. « Video as Evidence » dans *Video for Change: A Guide for Advocacy and Activism*, Pluto Press, 2005, 209-232.
- Pires, Alvaro P. « Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs : le cas du droit criminel » dans *Transfert : explorations d'un champ conceptuel*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2014.
- Rocher, Guy. « L'effectivité du droit » dans Andrée Lajoie, Roderick A Macdonald, Richard Janda et Guy Rocher, dir, *Théorie et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998.
- Schulte-Tenckhoff, Isabelle. « Reassessing the Paradigm of Domestication: The Problematic of Indigenous Treaties » (1998) IV:2 *Review of Constitutional Studies* 239-289.
- . « Te tino rangatiratanga: substance ou apparence? Réflexion sur le dilemme constitutionnel de l'État néo-zélandais » (2004) 23:1 *Politique et Sociétés* 89-114.
- Simeoni, Daniel. « De quelques usages du concept de transfert dans la réflexion sur la traduction » dans par Pascal Gin, Nicolas Goyer et Walter Moser, *Transfert. Exploration d'un champ conceptuel*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2014, 103-117.
- Teubner, Günther. « How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law » (1989) 23:5 *Law & Society Review* 727-757.
- Tymoczko, Maria. « Ideology and the Position of the Translator. In What Sense is a Translator "In Between"? » dans par Mona Baker, *Critical Readings in Translation Studies*, Routledge, Londres & New York, 2010, 213-228.
- Tyulenev, Sergey. « Why (not) Luhmann? On the applicability of social systems theory to translation studies » (2009) 2:2 *Translation Studies* 147-162.

Autres documents

- Bétard, Olivier et Nicolas Berger. *Georges Didi-Huberman: Que faire des images d'Auschwitz?*, *Les Nouveaux Chemins de la connaissance avec Adèle Van Reeth*, France Culture, 11 novembre 2016.

- Bonaparte, Darren. « The Two Row Wampum Belt: An Akwesasne Tradition of the Vessel and Canoe » (5 août 2005), en ligne : The Wampum Chronicles (d'abord publié dans The People's Voice) <<http://www.wampumchronicles.com/tworowwampumbelt.html>>.
- . « The Disputed Myth, Metaphor and Reality of the Two Row Wampum » (9 août 2013), en ligne : The Wampum Chronicles (d'abord publié dans Indian Country Today) <<http://wampumchronicles.com/disputedmythtworowwampum.html>>.
- Boutang, Pierre-André. *L'abécédaire de Gilles Deleuze*, Arte, 1996.
- Commission de vérité et réconciliation du Canada. *Appels à l'action*, Winnipeg, Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2012.
- Hawthorn, Harry B. *A Survey of The Contemporary Indians of Canada: Economic, Political, Educational Needs and Policies. Part 1*, Ottawa, Indian Affairs Branch, 1966.
- . *A Survey of The Contemporary Indians of Canada: Economic, Political, Educational Needs and Policies. Part 2*, Ottawa, Indian Affairs Branch, 1967.
- Lanzmann, Claude. *Shoah*, 1985.
- Lemieux, René. « La traduction à l'époque de sa reproductibilité technique. Ou, L'impossible dissonance interculturelle » dans Eleonora Diamanti, Mariza Rosales et Dagmara Zawadzka, dir, *Actes du colloque étudiant du CELAT: Les dissonances du vivre-ensemble*, Montréal, CELAT, 2014, 19-30, en ligne : Actes du colloque étudiant du CELAT: Les dissonances du vivre-ensemble <<http://www.celat.ulaval.ca/wp-content/uploads/2014/05/Actes-compl%C3%A8tes-Les-Dissonances-du-vivre-ensemble-r%C3%A9duit.pdf#page=21>>.
- McLachlin, Beverley. *The rule of law in a multicultural society*, YouTube, coll Big Thinking, Calgary, 30 mai 2016.
- Mitchell, Michael Kanentakeron. *You Are on Indian Land*, ONF, 1969.
- Sandiford, Mark. *Qallunaat! Pourquoi les blancs sont drôles*, ONF, 2006.
- Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba: The Justice System and Aboriginal People*, Winnipeg, Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les Autochtones, 1999.